

**UNIFORM LAW
CONFERENCE OF CANADA**

**CONFERENCE SUR
L'UNIFORMISATION
DES LOIS AU CANADA**

**PROCEEDINGS
OF THE
SIXTY-EIGHTH ANNUAL MEETING**

HELD AT

WINNIPEG, MANITOBA

August, 1986

CONTENTS

	PAGE
Past Presidents	5
Officers: 1986-1987	7
Delegates: 1986	9
Delegates <i>Ex Officio</i>	17
Historical Note	18
Bibliography	23
Special Sessions:	
International Commercial Arbitration	24
Legislative Drafting Section	
Minutes	25
Opening Plenary Session	
Minutes	28
Uniform Law Section	
Minutes	33
Criminal Law Section	
Minutes	38
Closing Plenary Session	
Minutes	51
Appendices	
A. International Commercial Arbitration Act	54
B. Bilingual Drafting in a Common Law Jurisdiction in Canada	81
C. Sex and Gender in Legislative Drafting and Sexist Language in Legislation	90
D. Auditors' Report	124
E. Executive Director's Report	127
F. Custody Jurisdiction and Enforcement Reports (Interprovincial Child Abduction	128
G. Family Support Act Amendments	141
H. Law Reform Conference of Canada Report	144
I. Matrimonial Property Regimes Reports	145
J. Mental Health Report	388
K. Personal Property Security Report	390
L. Resolution of the Canadian Bar Association on Canada's Participation in Conventions on Private International Law	392

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

	PAGE
M. Trusts in the Conflict of Laws Report	394
N. Vital Statistics Act	482
O. Wills Amendment Act	506

Tables

I. Uniform Acts Recommended	555
II. Uniform Acts Withdrawn	557
III. Enactments of Uniform Acts	558
IV. Enactments by Jurisdictions	562
Cumulative Index, 1986-1987	569
Index, 1986 Proceedings	580

PAST PRESIDENTS

SIR JAMES AIKINS, K.C., Winnipeg (five terms)	1918-1923
MARINER G. TEED, K.C., Saint John	1923-1924
ISAAC PITBLADO, K.C., Winnipeg (five terms)	1925-1930
JOHN D. FALCONBRIDGE, K.C., Toronto (four terms)	1930-1934
DOUGLAS J. THOM, K.C., Regina (two terms)	1935-1937
I. A., HUMPHRIES, K.C., Toronto	1937-1938
R. MURRAY FISHER, K.C., Winnipeg (three terms)	1938-1941
F. H. BARLOW, K.C., Toronto (two terms)	1941-1943
PETER J. HUGHES, K.C., Fredericton	1943-1944
W. P. FILLMORE, K.C., Winnipeg (two terms)	1944-1946
W. P. J. O'MEARA, K.C., Ottawa (two terms)	1946-1948
J. PITCAIRN HOGG, K.C., Victoria	1948-1949
HON. ANTOINE RIVARD, K.C., Quebec	1949-1950
HORACE A. PORTER, K.C., Saint John	1950-1951
C. R. MAGONE, Q.C., Toronto	1951-1952
G. S. RUTHERFORD, Q.C., Winnipeg	1952-1953
LACHLAN MACTAVISH, Q.C., Toronto (two terms)	1953-1955
H. J. WILSON, Q.C., Edmonton (two terms)	1955-1957
HORACE E. READ, O.B.E., Q.C., LL.D., Halifax	1957-1958
E. C. LESLIE, Q.C., Regina	1958-1959
G. R. FOURNIER, Q.C., Quebec	1959-1960
J. A. Y. MACDONALD, Q.C., Halifax	1960-1961
J. F. H. TEED, Q.C., Saint John	1961-1962
E. A. DRIEDGER, Q.C., Ottawa	1962-1963
O. M. M. KAY, C.B.E., Q.C., Winnipeg	1963-1964
W. F. BOWKER, Q.C., LL.D., Edmonton	1964-1965
H. P. CARTER, Q.C., St. John's	1965-1966
GILBERT D. KENNEDY, Q.C., S.J.D., Victoria	1966-1967
M. M. HOYT, Q.C., B.C.L., Fredericton	1967-1968
R. S. MELDRUM, Q.C., Regina	1968-1969
EMILE COLAS, K.M., C.R., LL.D., Montreal	1969-1970
P. R. BRISSENDEN, Q.C., Vancouver	1970-1971
A. R. DICK, Q.C., Toronto	1971-1972
R. H. TALLIN, Winnipeg	1972-1973
D. S. THORSON, Q.C., Ottawa	1973-1974
ROBERT NORMAND, Q.C., Quebec	1974-1975
GLEN ACORN, Q.C., Edmonton	1975-1976
WENDALL MACKAY, Charlottetown	1976-1977
H. ALLAN LEAL, Q.C., LL.D., Toronto	1977-1978
ROBERT G. SMETHURST, Q.C., Winnipeg	1978-1979
GORDON F. COLES, Q.C., Halifax	1979-1980
PADRAIG O'DONOGHUE, Q.C., Whitehorse	1980-1981
GEORGE B. MACAULAY, Q.C., Victoria	1981-1982
ARTHUR N. STONE, Q.C., Toronto	1982-1983
SERGE KUJAWA, Q.C., Regina	1983-1984

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

GÉRARD BERTRAND, c.r., Ottawa 1984-1985
GRAHAM D. WALKER, Q.C., Halifax 1985-1986

OFFICERS:1986-87

Honorary President Gérard Bertrand, c.r., Ottawa
President Graham D. Walker, Q.C., Halifax
1st Vice-President M. Rémi Bouchard, Sainte-Foy
2nd Vice-President Georgina R. Jackson, Regina
Treasurer Gordon F. Gregory, Q.C., Fredericton
Secretary Peter Pagano, Edmonton
Ex Officio Bruno Lalonde, Fredericton
Ex Officio Howard F. Morton, Q.C., Toronto

UNIFORM LAW SECTION

Chairman Georgina R. Jackson, Regina
Secretary Melbourne M. Hoyt, Q.C., Exec. Dir.

CRIMINAL LAW SECTION

Chairman Howard F. Morton, Q.C., Toronto
Secretary Michael E. N. Zigayer, Ottawa

LEGISLATIVE DRAFTING SECTION

Chairman Bruno Lalonde, Fredericton
Vice-Chairman Allan Roger, Victoria
Secretary Merrilee Rasmussen, Regina

LOCAL SECRETARIES

Alberta Clark W. Dalton
British Columbia Allan Roger
Canada Gérard Bertrand, c.r.
Manitoba Miles Pepper, Q.C.
New Brunswick Basil Stapleton
Newfoundland John Noel
Northwest Territories Stien K. Lal, Q.C.
Nova Scotia Graham D. Walker, Q.C.
Ontario Arthur N. Stone, Q.C.
Prince Edward Island M. Raymond Moore
Quebec Marie-José Longtin
Saskatchewan Georgina R. Jackson
Yukon Territory Sydney B. Horton

(For addresses of the above, see List of Delegates, page 9.)

EXECUTIVE DIRECTOR

Melbourne M. Hoyt, Q.C.
Room 416, Centennial Building
670 King Street
P.O. Box 6000
Fredericton, N.B. E3B 5H1
(506) 453-2226

DELEGATES

1986 Annual Meeting

The following persons (90) attended one or more Sections of the Sixty-Eighth Meeting of the Conference

Legend

(L.D.S.) Attended the Legislative Drafting Section.

(U.L.S.) Attended the Uniform Law Section.

(C.L.S.) Attended the Criminal Law Section.

Alberta:

- CLARK W. DALTON, Director, Legal Research and Analysis, Attorney General's Department, 4th Floor, Bowker Building, 9833-109th Street, Edmonton T5K 2E8 (*U.L.S.*)
- BRIAN GREER, Assistant Chief Legislative Counsel, Attorney General's Department, 2nd Floor, Bowker Building, 9833-109th Street, Edmonton T5K 2E8 (*L.D.S. & U.L.S.*)
- GRANT HAMMOND, Director, Institute of Law Research and Reform, 402 Law Centre, The University of Alberta, Edmonton T6G 2H5 (*U.L.S.*)
- NEIL MCCRANK, Assistant Deputy Minister (Criminal), Attorney General's Department, 2nd Floor, Bowker Building, 9833-109th Street, Edmonton T5K 2E8 (*C.L.S.*)
- GARY MCCUAIG, Assistant Senior Agent, Criminal Justice Branch, Attorney General's Department, 6th Floor, J. E. Brownlee Building, 10365-97th Street, Edmonton T5J 3W7 (*C.L.S.*)
- PETER PAGANO, Chief Legislative Counsel, Attorney General's Department, 2nd Floor, Bowker Building, 9833-109th Street, Edmonton T5K 2E8 (*L.D.S. & U.L.S.*)
- DELMAR W. PERRAS, Q.C., Deputy Attorney General, 2nd Floor, Bowker Building, 9833-109th Street, Edmonton T5K 2E8 (*C.L.S.*)
- ALEX PRINGLE, Pringle, Brimacombe and Sanderman, Barristers and Solicitors, 2203, 10104-103rd Avenue, Edmonton T5J 0H8 (*C.L.S.*)
- YAROSLAW ROSLAK, Q.C., Director, Appeals, Research and Special Projects Branch, Criminal Justice Division, Attorney General's Department, 3rd Floor, Bowker Building, 9833-109th Street, Edmonton T5K 2E8 (*C.L.S.*)

DELEGATES

British Columbia:

- ARTHUR CLOSE, Chairman, Law Reform Commission of British Columbia, Suite 601, Chancery Place, 865 Hornby Street, Vancouver V6Z 2H4 (*U.L.S.*)
- ALLAN R. ROGER, Chief Legislative Counsel, Ministry of Attorney General, Parliament Buildings, Victoria V8V 1X4 (*L.D.S. & U.L.S.*)
- J. D. (JIM) TAYLOR, Deputy Regional Crown Counsel, 601-17 Church Street, Nanaimo V9R 5H5 (*C.L.S.*)

Canada:

- CAL BECKER, Director General, Criminal Justice Policy, Department of Justice, Ottawa (*C.L.S.*)
- GÉRARD BERTRAND, c.r., Premier Conseiller législatif du gouvernement, Ministère de la Justice, Ottawa K1A 0H8 (*L.D.S. & U.L.S.*)
- MARY DAWSON, Q.C., Associate Chief Legislative Counsel, Department of Justice, Ottawa K1A 0H8 (*L.D.S. & U.L.S.*)
- RAYMOND L. DU PLESSIS, Q.C., Law Clerk & Parliamentary Counsel, The Senate, Room 907, Victoria Building, 140 Wellington Street, Ottawa K1A 0A4 (*L.D.S.*)
- MARC JEWETT, Q.C., General Counsel, Constitutional and International Law, Department of Justice, Ottawa K1A 0H8 (*U.L.S.*)
- GILLES LÉTOURNEAU, vice-président, Commission de réforme du droit du Canada, 130, rue Albert, Ottawa K1A 0L6 (*C.L.S.*)
- HON. MR. JUSTICE A. M. LINDEN, President, Canadian Law Reform Commission, 130 Albert Street, Ottawa K1A 0L6 (*C.L.S.*)
- IAN MACRAE, Legislative Counsel, Privy Council Office Section, Department of Justice, 344 Wellington Street, Ottawa K1A 0H8 (*L.D.S.*)
- RICK MOSLEY, General Counsel, Criminal Law Policy and Amendments Section, Department of Justice, Ottawa K1A 0H8 (*C.L.S.*)
- MARCEL R. PELLETIER, Q.C., Law Clerk and Parliamentary Counsel, House of Commons, Room 451-N, Parliament Buildings, Wellington Street, Ottawa K1A 0A6 (*L.D.S.*)
- D. C. PRÉFONTAINE, c.r., Sous-ministre adjoint, Politique, programmes et recherche, Ministère de la Justice, Ottawa K1A 0H8 (*L.D.S.*)

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

- MICHEL PROULX, Proulx, Barot & Masson, 1001-1080 Beaver Hall Hill, Montreal H2Z 1S8 (C.L.S.)
- D. A. J. RUTHERFORD, Q.C., Assistant Deputy Attorney General, Department of Justice, Ottawa (C.L.S.)
- E. A. TOLLEFSON, Q.C., Coordinator, Criminal Law Review Section, Department of Justice, Ottawa K1A 0H8 (C.L.S.)
- ANNE-MARIE TRAHAN, c.r., Associate Deputy Minister, Department of Justice, Ottawa (U.L.S.)
- GERALD TREMBLAY, Clarkson, Tétrault, Avocats, 630 Ouest, Boulevard Dorchester, Suite 2200, Montreal (U.L.S.)
- MICHAEL E. H. ZIGAYER, Counsel, Criminal Law Policies and Amendments Section, Department of Justice, Ottawa K1A 0H8 (C.L.S.)

Manitoba:

- CLIFFORD H. C. EDWARDS, Q.C., Chairman, Law Reform Commission, Department of the Attorney General, 5th Floor, Woodsworth Building, 405 Broadway Avenue, Winnipeg R3C 3L6 (U.L.S.)
- TANNER ELTON, Deputy Attorney General, Department of the Attorney General, 110 Legislative Building, Winnipeg R3C 0V8 (C.L.S.)
- JOHN P. GUY, Q.C., Assistant Deputy Attorney General, Department of the Attorney General, 6th Floor, Woodsworth Building, 405 Broadway Avenue, Winnipeg R3C 3L6 (C.L.S.)
- I. R. A. MACMILLAN, D'Arcy and Deacon, Barristers and Solicitors, 1200-300 St. Mary Avenue, Winnipeg R3C 4E1 (C.L.S.)
- MILES H. PEPPER, Q.C., Legislative Counsel, Assistant Deputy Attorney General, 350-444 St. Mary Avenue, Winnipeg R3C 3T1 (L.D.S.)
- RON S. PEROZZO, Director, Legal Services, 6th Floor, Woodsworth Building, 405 Broadway Avenue, Winnipeg R3C 3L6 (U.L.S.)
- JEFFREY A. SCHNOOR, Director of Legal Research, Law Reform Commission, 521-405 Broadway, Winnipeg R3C 3L6 (U.L.S.)
- SAUL B. SIMONDS, Walsh, McKay, 10th Floor, One Lombard Place, Winnipeg R3B 0X3 (C.L.S.)
- ROBERT G. SMETHURST, Q.C., D'Arcy and Deacon, Barristers and Solicitors, 12th Floor, Royal Trust Building, 330 St. Mary Avenue, Winnipeg R3C 4E1 (U.L.S.)
- HYMIE WEINSTEIN, Q.C., Skwart, Myers, Baizley and Weinstein, 724 - 240 Graham Avenue, Winnipeg R3C 0J7 (C.L.S.)

DELEGATES

New Brunswick:

- ELAINE DOLEMAN, Legislative Counsel, Office of the Attorney General, P.O. Box 6000, Fredericton E3B 5H1 (*L.D.S. & U.L.S.*)
- GORDON F. GREGORY, Q.C., Deputy Minister and Deputy Attorney General, Department of Justice, P.O. Box 6000, Fredericton E3B 5H1 (*C.L.S.*)
- BRUNO LALONDE, Conseiller legislatif associe, Office of the Attorney General, P.O. Box 6000, Fredericton E3B 5H1 (*L.D.S. & U.L.S.*)
- ROBERT MURRAY, Director, Public Prosecution Branch, Office of the Attorney General, P.O. Box 6000, Fredericton E3B 5H1 (*C.L.S.*)
- D. LESLIE SMITH, c/o Graser, Smith and Townsend, Barristers & Solicitors, 57 Carleton Street, Box 38, Fredericton E3B 4Y2 (*U.L.S.*)
- BASIL STAPLETON, Director, Law Reform Branch, Office of the Attorney General, P.O. Box 6000, Fredericton E3B 5H1 (*U.L.S.*)
- ERIC L. TEED, Q.C., Teed & Teed, P.O. Box 6639, Saint John E2L 2B5 (*C.L.S.*)

Newfoundland:

- CALVIN LAKE, Legislative Counsel, Office of the Legislative Counsel, Confederation Building, St. John's A1C 5T7 (*L.D.S.*)
- MARY MANDVILLE, Solicitor, Department of Justice, Confederation Building, St. John's A1C 5T7 (*U.L.S.*)
- A. JOHN NOEL, Senior Legislative Counsel, Office of the Legislative Counsel, Confederation Building, St. John's A1C 5T7 (*L.D.S.*)
- MICHAEL ROCHE, Senior Crown Attorney (Western), Crown Attorney's Office, Sir Richard Squires Building, Corner Brook A2N 2J8 (*C.L.S.*)

Northwest Territories:

- DEBORAH MELDAZY, Chief, Legislation Division, Department of Justice, P.O. Box 1320, Yellowknife X1A 2L9 (*L.D.S.*)

Nova Scotia:

- R. GERALD CONRAD, Q.C., Executive Director, Legal Services, Department of the Attorney General, P.O. Box 7, Halifax B3J 2L6 (*U.L.S.*)

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

ARTHUR H. FORDHAM, Q.C., Legislative Counsel, Legislative Counsel Office, House of Assembly, P.O. Box 1116, Halifax B3J 2X1 (*U.L.S.*)

GORDON S. GALE, Q.C., Director (Criminal), Department of the Attorney General, P.O. Box 7, Halifax B3J 2L6 (*C.L.S.*)

GORDON C. JOHNSON, Legislative Counsel, Legislative Counsel Office, House of Assembly, P.O. Box 1116, Halifax B3J 2X1 (*L.D.S. & U.L.S.*)

GRAHAM D. WALKER, Q.C., Chief Legislative Counsel, Legislative Counsel Office, P.O. Box 1116, Halifax B3J 2X1 (*L.D.S. & U.L.S.*)

Ontario:

DOUGLAS A. BEECROFT, Counsel, Policy Development Division, Ministry of the Attorney General, 18 King Street East, 15th Floor, Toronto M5C 1C5 (*U.L.S.*)

JAMES BREITHAUPT, Q.C., Chairman, Ontario Law Reform Commission, 18 King Street East, 15th Floor, Toronto M5C 1C5 (*U.L.S.*)

R. F. CHALONER, Deputy Attorney General, Ministry of the Attorney General, 18 King St. E. - 18th Floor, Toronto M5C 1C5 (*C.L.S.*)

MICHAEL COCHRANE, Counsel, Policy Development Division, Ministry of the Attorney General, 18 King Street East, Toronto M5C 1C5 (*U.L.S.*)

JACK A. FADER, Q.C., Deputy Senior Legislative Counsel, Whitney Block - Room 1401, 99 Wellesley St. W., Toronto M7A 1A2 (*L.D.S.*)

BRIAN H. GREENSPAN, 130 Adelaide St. W., Toronto (*C.L.S.*)

DOUGLAS C. HUNT, Acting Assistant Deputy Attorney General-Criminal Law, Ministry of the Attorney General, 18 King Street East, Toronto M5C 1C5 (*C.L.S.*)

MICHAEL E. MARTIN, Director of Crown Attorneys, Ministry of the Attorney General, 18 King Street East, Toronto M5C 1C5 (*C.L.S.*)

CHRIS MEINHARDT, Regional Crown Attorney, Ministry of the Attorney General, 18 King Street East, Toronto M5C 1C5 (*C.L.S.*)

HOWARD F. MORTON, Q.C., Senior Crown Counsel, Criminal Policy, Ministry of the Attorney General, 18 King Street East, Toronto M5C 1C5 (*C.L.S.*)

DONALD REVELL, Legislative Counsel, Whitney Block - Room 1401, 99 Wellesley St. W., Toronto M7A 1A2 (*L.D.S.*)

DELEGATES

CORNELIA SCHUH, Deputy Senior Legislative Counsel (French),
Whitney Block - Room 1401, 99 Wellesley St. W., Toronto M7A
1A2 (L.D.S.)

ARTHUR N. STONE, Q.C., Senior Legislative Counsel, Whitney
Block - Room 1401, 99 Wellesley St. W., Toronto M7A 1A2
(L.D.S. & U.L.S.)

SIDNEY TUCKER, Q.C., Legislative Counsel, Whitney Block -
Room 1401, 99 Wellesley St. W., Toronto M7A 1A2 (L.D.S.)

Prince Edward Island:

RICHARD B. HUBLEY, Director Prosecutions, Department of Jus-
tice, Law Courts Building, Box 2200, Charlottetown C1A 8B9
(C.L.S.)

ROGER B. LANGILLE, Departmental Solicitor, Department of
Justice, Box 2000, Charlottetown C1A 7N8 (U.L.S.)

Quebec:

JEAN ALLAIRE, Directeur du Bureau des lois, Direction générale
des Affaires législatives, Ministère de la Justice, 1200 Route de
l'Église, Sainte-Foy G1V 4M1 (U.L.S.)

RÉMI BOUCHARD, Sous-ministre associé, Affaires criminelles et
pénales, Ministère de la Justice, 1200 Route de l'Église, Sainte-
Foy G1V 4M1 (C.L.S.)

FRANÇOIS DAVIAULT, 800 Boulevard Dorchester Ouest, Bureau
2536, Montréal H3B 1X9 (C.L.S.)

JEAN-FRANÇOIS DIONNE, Affaires criminelles et pénales, Minis-
tère de la Justice, 1200 Route de l'Église, Sainte-Foy G1V 4M1
(C.L.S.)

CLAUDE GÉLINAS, Directeur adjoint de Bureau des lois, Direction
générale des Affaires législatives, Ministère de la Justice, 1200
Route de l'Église, Sainte-Foy G1V 4M1 (L.D.S.)

DANIEL GRÉGOIRE, Affaires criminelles et pénales, Ministère de
la Justice, 1200 Route de l'Église, Sainte-Foy G1V 4M1
(C.L.S.)

MARIE-JOSÉE LONGTIN, Directrice de la législation ministérielle,
Direction générale des Affaires législatives, Ministère de la
Justice, 1200 Route de l'Église, Sainte-Foy G1V 4M1 (U.L.S.)

MICHEL PAQUETTE, Direction de la recherche, Ministère de la
Justice, 1200 Route de l'Église, Sainte-Foy G1V 4M1 (U.L.S.)

Saskatchewan:

SILAS HALYK, Q.C., Halyk, Brent, Covell, Barristers & Solicitors,
#202, 416 - 21st Street, East, Saskatoon S7K 0C2 (C.L.S.)

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

- KEN HODGES, Director of Research, Law Reform Commission of Saskatchewan, Sturdy-Stone Centre, 122 - 3rd Avenue North, Saskatoon S7K 2H6 (*U.L.S.*)
- GEORGINA JACKSON, Master of Titles/Director, Property Registration Branch, Department of Justice, 1874 Scarth Street, Regina S4P 3V7 (*U.L.S.*)
- SERGE KUJAWA, Q.C., Associate Deputy Minister and General Counsel - Criminal Law, Department of Justice, 1874 Scarth Street, Regina S4P 3V7 (*C.L.S.*)
- BONNIE OZIRNY, Senior Legislative Crown Counsel, Legislative Drafting Branch, Department of Justice, 1874 Scarth Street, Regina S4P 3V7 (*L.D.S. & U.L.S.*)
- C. RICHARD QUINNEY, Q.C., Director of Prosecutors, Public Prosecutions Division, Department of Justice, 1874 Scarth Street, Regina S4P 3V7 (*C.L.S.*)
- MERRILEE RASMUSSEN, Legislative Counsel and Law Clerk, Room 105, Legislative Building, Regina S4S 0B3 (*L.D.S. & U.L.S.*)
- ROD J. RATH, Rath, Oledzki, Johnson, Hart, Barristers & Solicitors, 302 - 1853 Hamilton Street, Regina S4P 2C1 (*U.L.S.*)
- LORELLE SCHOENFELD, Crown Solicitor, Legislative Services, Department of Justice, 1874 Scarth Street, Regina S4P 3V7 (*U.L.S.*)
- CAROL SNELL, Crown Prosecutor, Public Prosecutions Division, Department of Justice, 1874 Scarth Street, Regina S4P 3V7 (*C.L.S.*)

DELEGATES EX OFFICIO

1986 Annual Meeting

Attorney General for Alberta: HON. JAMES D. HORSMAN, Q.C.

Attorney General of British Columbia: HON. BRIAN R. D. SMITH,
Q.C.

Minister of Justice and Attorney General of Canada: HON. RAY HNA-
TYSHYN, P.C., M.P.

Attorney General of Manitoba: HON. ROLAND PENNER, Q.C.

Attorney General of New Brunswick: HON. DAVID R. CLARK, Q.C.

Minister of Justice and Attorney General of Newfoundland: HON.
LYNN VERGE, Q.C.

Attorney General of Nova Scotia: HON. RONALD C. GIFFIN, Q.C.

Attorney General of Ontario: HON. IAN G. SCOTT, Q.C.

Minister of Justice and Attorney General of Prince Edward Island:
HON. WAYNE D. CHEVERIE, Q.C.

Minister of Justice of Quebec: HON. HERBERT MARX

Minister of Justice and Attorney General for Saskatchewan: HON. SID
DUTCHAK

Minister of Justice of the Yukon: HON. ROGER KIMMERLY

HISTORICAL NOTE

More than sixty-seven years have passed since the Canadian Bar Association recommended that each provincial government provide for the appointment of commissioners to attend conferences organized for the purpose of promoting uniformity of legislation in the provinces.

The recommendation of the Canadian Bar Association was based upon, first, the realization that it was not organized in a way that it could prepare proposals in a legislative form that would be attractive to provincial governments, and second, observation of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, which had met annually in the United States since 1892 (and still does) to prepare model and uniform statutes. The subsequent adoption by many of the state legislatures of these Acts has resulted in a substantial degree of uniformity of legislation throughout the United States, particularly in the field of commercial law.

The Canadian Bar Association's idea was soon implemented by most provincial governments and later by the others. The first meeting of commissioners appointed under the authority of provincial statutes or by executive action in those provinces where no provision was made by statute took place in Montreal on September 2nd, 1918, and there the Conference of Commissioners on Uniformity of Laws throughout Canada was organized. In the following year the Conference changed its name to the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada and in 1974 adopted its present name.

Although work was done on the preparation of a constitution for the Conference in 1918-19 and in 1944 and was discussed in 1960-61 and again in 1974, the decision on each occasion was to carry on without the strictures and limitations that would have been the inevitable result of the adoption of a formal written constitution.

Since the organization meeting in 1918 the Conference has met during the week preceding the annual meeting of the Canadian Bar Association, and, with a few exceptions, at or near the same place. The following is a list of the dates and places of the meetings of the Conference:

1918. Sept. 2-4, Montreal.	1929. Aug. 30, 31, Sept 2-4, Quebec.
1919 Aug. 26-29, Winnipeg	1930 Aug. 11-14, Toronto
1920. Aug 30, 31, Sept 1-3, Ottawa	1931. Aug. 27-29, 31, Sept. 1, Murray Bay.
1921 Sept 2, 3, 5-8, Ottawa.	1932 Aug 25-27, 29, Calgary.
1922. Aug. 11, 12, 14-16, Vancouver.	1933 Aug. 24-26, 28, 29, Ottawa.
1923. Aug. 30, 31, Sept 1, 3-5, Montreal.	1934. Aug 30, 31, Sept. 1-4, Montreal
1924. July 2-5, Quebec	1935. Aug 22-24, 26, 27, Winnipeg.
1925 Aug 21, 22, 24, 25, Winnipeg	1936 Aug. 13-15, 17, 18, Halifax
1926. Aug. 27, 28, 30, 31, Saint John.	1937. Aug. 12-14, 16, 17, Toronto.
1927. Aug. 19, 20, 22, 23, Toronto.	1938. Aug 11-13, 15, 16, Vancouver.
1928 Aug. 23-25, 27, 28, Regina.	1939 Aug. 10-12, 14, 15, Quebec.

HISTORICAL NOTE

1941 Sept. 5, 6, 8-10, Toronto	1964. Aug. 24-28, Montreal
1942. Aug 18-22, Windsor.	1965. Aug. 23-27, Niagara Falls.
1943. Aug. 19-21, 23, 24, Winnipeg	1966. Aug. 22-26, Minaki
1944. Aug 24-26, 28, 29, Niagara Falls.	1967. Aug 28-Sept 1, St. John's
1945. Aug 23-25, 27, 28, Montreal	1968. Aug. 26-30, Vancouver
1946. Aug 22-24, 26, 27, Winnipeg	1969. Aug. 25-29, Ottawa.
1947 Aug. 28-30, Sept 1, 2, Ottawa	1970. Aug. 24-28, Charlottetown
1948. Aug 24-28, Montreal.	1971. Aug. 23-27, Jasper.
1949. Aug 23-27, Calgary	1972. Aug. 21-25, Lac Beauport.
1950 Sept. 12-16, Washington, D C	1973. Aug. 20-24, Victoria.
1951. Sept 4-8, Toronto	1974. Aug. 19-23, Minaki
1952 Aug 26-30, Victoria.	1975 Aug 18-22, Halifax.
1953. Sept. 1-5, Quebec.	1976. Aug. 19-27, Yellowknife.
1954. Aug 24-28, Winnipeg.	1977 Aug 18-27, St Andrews
1955. Aug. 23-27, Ottawa.	1978 Aug 17-26, St. John's.
1956. Aug 28-Sept. 1, Montreal.	1979 Aug 16-25, Saskatoon
1957. Aug 27-31, Calgary.	1980 Aug. 14-23, Charlottetown.
1958. Sept. 2-6, Niagara Falls	1981. Aug. 20-29, Whitehorse
1959 Aug 25-29, Victoria.	1982 Aug. 19-28, Montebello
1960. Aug. 30-Sept. 3, Quebec	1983. Aug. 18-27, Quebec.
1961. Aug. 21-25, Regina.	1984. Aug 18-24, Calgary
1962 Aug. 20-24, Saint John	1985 Aug 9-16, Halifax.
1963 Aug. 26-29, Edmonton	1986. Aug. 8-15, Winnipeg.

Because of travel and hotel restrictions due to war conditions, the annual meeting of the Canadian Bar Association scheduled to be held in Ottawa in 1940 was cancelled and for the same reasons no meeting of the Conference was held in that year. In 1941 both the Canadian Bar Association and the Conference held meetings, but in 1942 the Canadian Bar Association cancelled its meeting which was scheduled to be held in Windsor. The Conference, however, proceeded with its meeting. This meeting was significant in that the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws in the United States was holding its annual meeting at the same time in Detroit which enabled several joint sessions to be held of the members of both conferences.

While it is quite true that the Conference is a completely independent organization that is answerable to no government or other authority, it does recognize and in fact fosters its kinship with the Canadian Bar Association. For example, one of the ways of getting a subject on the Conference's agenda is a request from the Association. Second, the Conference names two of its executives annually to represent the Conference on the Council of the Bar Association. And third, the honorary president of the Conference each year makes a statement on its current activities to the Bar Association's annual meeting.

Since 1935 the Government of Canada has sent representatives annually to the meetings of the Conference and although the Province of Quebec was represented at the organization meeting in 1918, representation from that province was spasmodic until 1942. Since then, however, representatives of the Bar of Quebec have attended each year, with the

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

addition since 1946 of one or more delegates appointed by the Government of Quebec.

In 1950 the then newly-formed Province of Newfoundland joined the Conference and named delegates to take part in the work of the Conference.

Since the 1963 meeting the representation has been further enlarged by the attendance of representatives of the Northwest Territories and the Yukon Territory.

In most provinces statutes have been providing for grants towards the general expenses of the Conference and the expenses of the delegates. In the case of those jurisdictions where no legislative action has been taken, representatives are appointed and expenses provided for by order of the executive. The members of the Conference do not receive remuneration for their services. Generally speaking, the appointees to the Conference are representative of the bench, governmental law departments, faculties of law schools, the practising profession and, in recent years, law reform commissions and similar bodies.

The appointment of delegates by a government does not of course have any binding effect upon the government which may or may not, as it wishes, act upon any of the recommendations of the Conference.

The primary object of the Conference is to promote uniformity of legislation throughout Canada or the provinces in which uniformity may be found to be possible and advantageous. At the annual meetings of the Conference consideration is given to those branches of the law in respect of which it is desirable and practicable to secure uniformity. Between meetings, the work of the Conference is carried on by correspondence among the members of the Executive, the Local Secretaries and the Executive Director, and, among the members of the *ad hoc* committees. Matters for the consideration of the Conference may be brought forward by the delegates from any jurisdiction or by the Canadian Bar Association.

While the chief work of the Conference has been and is to try to achieve uniformity in respect of subject matters covered by existing legislation, the Conference has nevertheless gone beyond this field on occasion and has dealt with subjects not yet covered by legislation in Canada which after preparation are recommended for enactment. Examples of this practice are the *Uniform Survivorship Act*, section 39 of the *Uniform Evidence Act* dealing with photographic records, and section 5 of the same Act, the effect of which is to abrogate the rule in *Russell v. Russell*, the *Uniform Regulations Act*, the *Uniform Frus-*

HISTORICAL NOTE

trated Contracts Act, the *Uniform Proceeding's Against the Crown Act*, and the *Uniform Human Tissue Gift Act*. In these instances the Conference felt it better to establish and recommend a uniform statute before any legislature dealt with the subject rather than wait until the subject had been legislated upon and then attempt the more difficult task of recommending changes to effect uniformity.

Another innovation in the work of the Conference was the establishment of a section on criminal law and procedure, following a recommendation of the Criminal Law Section of the Canadian Bar Association in 1943. It was pointed out that no body existed in Canada with the proper personnel to study and prepare in legislative form recommendations for amendments to the *Criminal Code* and relevant statutes for submission to the Minister of Justice of Canada. This resulted in a resolution of the Canadian Bar Association urging the Conference to enlarge the scope of its work to encompass this field. At the 1944 meeting of the Conference a criminal law section was constituted, to which all provinces and Canada appointed representatives.

In 1950, the Canadian Bar Association held a joint annual meeting with the American Bar Association in Washington, D.C. The Conference also met in Washington which gave the members a second opportunity of observing the proceedings of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws which was meeting in Washington at the same time. It also gave the Americans an opportunity to attend sessions of the Canadian Conference which they did from time to time.

The interest of the Canadians in the work of the Americans and *vice versa* has since been manifested on several occasions, notably in 1965 when the president of the Canadian Conference attended the annual meeting of the United States Conference, in 1975 when the Americans held their annual meeting in Quebec, and in subsequent years when the presidents of the two Conferences have exchanged visits to their respective annual meetings.

The most concrete example of sustained collaboration between the American and Canadian conferences is the Transboundary Pollution Reciprocal Access Act. This Act was drafted by a joint American-Canadian Committee and recommended by both Conferences in 1982. That was the first time that we have joined in this sort of bilateral lawmaking.

An event of singular importance in the life of this Conference occurred in 1968. In that year Canada became a member of The Hague

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

Conference on Private International Law whose purpose is to work for the unification of private international law, particularly in the fields of commercial law and family law.

In short, The Hague Conference has the same general objectives at the international level as this Conference has within Canada.

The Government of Canada in appointing six delegates to attend the 1968 meeting of The Hague Conference greatly honoured this Conference by requesting the latter to nominate one of its members as a member of the Canadian delegation. This pattern was again followed when this Conference was asked to nominate one of its members to attend the 1972, the 1976 and the 1980 meetings of The Hague Conference as a member of the Canadian delegation.

A relatively new feature of the Conference is the Legislative Drafting Workshop which was organized in 1968 and which is now known as the Legislative Drafting Section of the Conference. It meets for two days preceding the annual meeting of the Conference and at the same place. It is attended by legislative draftsmen who as a rule also attend the annual meeting. The section concerns itself with matters of general interest in the field of parliamentary draftsmanship. The section also deals with drafting matters that are referred to it by the Uniform Law Section or by the Criminal Law Section.

One of the handicaps under which the Conference has laboured since its inception has been the lack of funds for legal research, the delegates being too busy with their regular work to undertake research in depth. Happily, however, this want has been met by most welcome grants in 1974 and succeeding years from the Government of Canada.

A novel experience in the life of the Conference—and a most important one—occurred at the 1978 annual meeting when the Canadian Intergovernmental Conference Secretariat brought in from Ottawa its first team of interpreters, translators and other specialists and provided its complete line of services, including instantaneous French to English and English to French interpretation at every sectional and plenary session throughout the ten days of the sittings of the Conference.

BIBLIOGRAPHY

(arranged chronologically)

- L'Association Du Bureau Canadien et l'Uniformité des Lois. The Honourable Judge Surveyor. 1923 Can. Bar Rev., p. 52.
- Uniformity of Legislation. R. W. Shannon. 1930 Can. Bar Rev., p. 28.
- Conference on Uniformity of Legislation in Canada. Sidney Smith. 1930 Can. Bar Rev., p. 593.
- Uniformity Coast to Coast—A Sketch of the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada. Published by the Conference in 1943.
- Notes and Comments. E. H. Silk, K.C., Hon. Valmore Bienvenue, K.C., W. P. M. Kennedy, 1943-44 U. of Toronto L.J., pp. 161, 164, 168.
- Securing Uniformity of Law in a Federal System—Canada. John Willis, 1943-44 U. of Toronto L.J., p. 352.
- Uniformity of Legislation in Canada—An Outline. L. R. MacTavish, K.C. 1947 Can. Bar Rev., p. 36.
- Uniformity of Legislation in Canada. (In English with French translation). Henry F. Muggah. 1956 Yearbook of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), P. 104
- Uniformity of Legislation in Canada (1957). (In English with French translation). Henry F. Muggah. 1957 Yearbook of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), p. 240.
- Uniformity of Legislation in Canada—The Conditional Sales Experience. Jacob Ziegel. 39 Can Bar Rev., 1961, pp. 165, 231.
- Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada—Model Acts recommended from 1918 to 1961. Published by the Conference in 1962.
- La Conférence des Commissionnaires pour l'uniformité de la législation au Canada. (In French and English.) J. W. Ryan and Gregoire Lehoux. 1970 Yearbook of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), p. 126. For a reprint of this article and for a list of the materials consulted in its preparation, *see* 1971 Proceedings of the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada, p. 414. For a review of this article, *see* Kurt H. Nadelmann. The American Journal of Comparative Law, Vol. 12, No. 2, Spring 1973.
- Consolidation of Uniform Acts of the Uniform Law Conference of Canada. Published by the Conference in 1978. A loose-leaf collection with annual supplements.
- Preserving the Uniformity of Law. Shiroky and Trebilcock. Canadian Confederation at the Crossroads: The Search for a Federal-Provincial Balance. The Fraser Institute, Vancouver. 1978, pp. 189-218.
- Uniform Law Conference of Canada. W. H. Hurlburt, Q.C. Commonwealth Law Bulletin, Vol. 5, No. 1, Jan. 1979, p. 246. A paper presented to the Meeting of Commonwealth Law Reform Agencies held at Marlborough House, London, England.
- Consolidated Index. Can. Bar Rev. Vols. 1-50 (1923-1972).
- Law Reform in Canada: Diversity or Uniformity. Frank Muldoon. 1983 12 Manitoba Law Journal, p. 257.
- Law Reform in Canada: The Impact of the Provincial Law Reform Agencies on Uniformity. Thomas Mapp. 1983 Dalhousie Law Journal, p. 277.

SPECIAL SESSIONS

International Commercial Arbitration

(Taken from the President's Report at the Opening Plenary Session)

This year we had a request from the Attorneys General, as a group, to develop uniform legislation in the arbitration field to implement the so-called New York Convention and the United Nation's model law on arbitration. Mr. Crosbie, the then Minister of Justice, contacted the President of the Conference to find out whether we could draft and recommend a uniform Act. We had meetings in January, in February, in March of 1986, and by the end of June, 1986, this legislation had been enacted by the Government of Canada, by the Province of Nova Scotia, by the Province of Saskatchewan, by the Province of British Columbia (in a different form, but still uniform in result), the Yukon and by the Northwest Territories, and by the Provinces of Newfoundland, New Brunswick, Prince Edward Island and Ontario. The Provinces of Quebec, Alberta and Manitoba have introduced a Bill in their respective Houses to implement this uniform legislation. Every jurisdiction in the Country has either enacted that legislation or has it now before its House.

The Uniform International Commercial Arbitration Act with schedules A and B is set out in Appendix A, page 54. Anyone wishing to receive a copy of the documents referred to in subsection (2) of section 14 may obtain them by writing to the Local Secretary of a jurisdiction.

LEGISLATIVE DRAFTING SECTION

MINUTES

Attendance

Twenty-three delegates were in attendance.

Opening

The Section opened with the Chairman, Bruno Lalonde, presiding. Allan Roger acted as Vice-Chairman and Merrilee Rasmussen acted as Secretary.

Hours of Sitting

It was agreed to sit on Friday, August 8th and Saturday, August 9th from 9:30 a.m. to 12:30 p.m. and from 2:00 p.m. to 5:00 p.m.

Recording of Deliberations

It was agreed that the Conference Secretariat proceed with recording the deliberations of the meeting for the internal use of the Conference only.

Adoption of Minutes

The Minutes of the 1985 meeting of the Section were adopted subject to the following correction:

The item headed "*Bilingual Drafting in Ontario*" appearing on page 26 of the 1985 Proceedings should have read as follows:

"Bilingual Drafting in a Common Law Jurisdiction in Canada"

Arthur Stone presented a paper on this subject to the Section.

(Note: Mr. Stone's paper on Bilingual Drafting is published in Appendix B, page 81.)

Nominating Committee

Arthur Stone and Graham Walker were appointed to the Nominating Committee and were authorized to add other members to the Committee.

Uniform Trusts Convention Act

The Section considered the draft Uniform Trusts Convention Act prepared by Allan Roger (English version) and Gerard Bertrand (French version).

RESOLVED that the drafts of the Uniform Trusts Convention Act in French and English be accepted as amended and referred to the Uniform Law Section for adoption.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

Non-sexist Drafting

The Section considered the papers presented by Don Revell and Cornelia Schuh and by Mary Dawson, and which are set out in Appendix C, page 90.

RESOLVED that the Legislative Drafting Section adopt the following statement of policy:

Sex-specific references should be avoided.

Il convient d'éviter toute caractérisation sexuelle;

that the policy be added as section 13.1 of the *Canadian Legislative Drafting Conventions*; and

that the French version of the Conventions, when adopted, also include this policy statement.

Plain Language

The Section discussed the report of the Canadian Law Information Council entitled "Plain Language and the Law".

Drafting Policy

The Section considered the report of Deborah Meldazy with respect to the manner in which provinces and territories are referred to in Uniform Acts.

RESOLVED that the Legislative Drafting Section adopt a policy of discontinuing the exclusive use of provincial terminology in Uniform Acts in favour of using terminology which encompasses both provinces and territories and accommodates their differences.

Miscellaneous Matters of Interest to Drafters

The Section discussed a number of matters of general interest to delegates. Topics covered included the following:

- copyright in statutes
- use of the term "individual"
- "prescribed" vs "required" forms
- use of legislative editors
- new technology
- decimal numbering system
- "numbering" of clauses/paragraphs
- re-use of numbers from repealed provisions
- revision of statutes
- methods of handling technical amendments to the general statute law
- relationship between Chief Legislative Counsel and legal staff

Procedure

The Section discussed the means by which it can most efficiently fulfill its mandate to prepare drafts of Uniform Acts for adoption by the

LEGISLATIVE DRAFTING SECTION

Uniform Law Section with a view to enabling the Annual Meeting to be devoted to discussion of problems and concerns common to delegates. It was suggested that when a matter comes before the Uniform Law Section, the Chairman of the Legislative Drafting Section would appoint two drafters as the principal "critics" of the drafts prepared, in addition to appointing a principal drafter to be responsible for preparation of each of the French and English versions of the draft Legislation. The draft Acts thus prepared would be reported back to the Legislative Drafting Section for formal transmission to the Uniform Law Section for adoption.

Uniform Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act

RESOLVED that the French version of the Uniform Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act be accepted and referred to the Uniform Law Section for adoption.

Uniform Intestate Succession Act

Bruno Lalonde advised the Section that the French version of the Uniform Intestate Succession Act would be delayed until standard terminology is developed.

Commonwealth Conference

Gerard Bertrand advised the Section that he, together with Peter Pagano and Allan Roger, would be attending the upcoming meeting of the Commonwealth Association of Legislative Counsel in Jamaica and would be presenting a paper on the topic of use of electronic aids in drafting.

Condolences

IL EST RESOLU de transmettre un message de sympathie à la famille de feu le Professeur Louis-Philippe Pigeon.

RESOLVED that a message of sympathy be sent to the family of the late Dr. Elmer A. Driedger.

Officers

The Nominating Committee reported that the incumbent officers be carried in office. Officers for 1986-1987 are:

Bruno Lalonde - Chairman

Allan Roger - Vice Chairman

Merrilee Rasmussen - Secretary

Close

There being no further business, on motion duly made, the Section adjourned to meet again at the time of the next Conference or earlier at the call of the Chair.

OPENING PLENARY SESSION

MINUTES

Opening of Meeting

The meeting opened at 8 p.m. on Sunday, August 10, in the Holiday Inn, Downtown in Winnipeg with Graham Walker in the chair and Mel Hoyt as secretary.

Address of Welcome

The President extended a warm welcome to all those delegates in attendance.

National Conference of Commissioners on Uniform State Laws

The President reported that he had just spent eight days with the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. The President of that Conference and his wife Diane will be arriving in Winnipeg on August 12th.

It has been decided by the N.C.C.U.S.L. and the Executive of our Conference that the Transboundary Pollution Joint Committee be eliminated because it has served its purpose. Reporting on that Act will be done through the American Liaison Committee acting jointly with this Conference. At the present time, there are four American States and four Canadian Provinces that have enacted the legislation. The N.C.C.U.S.L. has tentatively agreed to make that Liaison Committee a joint committee with this Conference.

Introduction of Delegates

The President asked the senior delegate from each jurisdiction to introduce himself and the other members of his delegation.

President's Report

In the past year, not to suggest that it hasn't been the effort before this year, but in the past year I personally and the Executive have made an effort to make the Uniform Law Conference a success and we urge each local secretary of the Uniform Law Conference to inform his or her government of the legislation adopted by the Conference and to urge its enactment. The question of the Evidence Act has been raised and we may be dealing with resolutions concerning this Act at the closing plenary which will be held at 10:00 o'clock Friday morning.

To indicate by examples (other provinces have adopted more uniform legislation than Nova Scotia has) in the past few years Nova Scotia has

OPENING PLENARY SESSION

enacted the following legislation based upon uniform legislation:

- (a) Chapter 12 of the Statutes of Nova Scotia, 1986, The International Commercial Arbitration Act;
- (b) much of what is in the Nova Scotia Personal Property Lien Registry Act comes from the Personal Property Security Act of the Uniform Law Conference;
- (c) the Pension Benefits Act, which is a Bill now in the Nova Scotia House is the result of efforts of the members of the Conference in working with the Finance departments across the country to create uniform legislation;
- (d) in 1984, Nova Scotia adopted the Reciprocal Recognition and Enforcement of Judgments Act applying to civil and commercial matters which is a product of this Conference;
- (e) in 1983, the Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act;
- (f) in 1982, the Convention of Civil Aspects of International Child Abduction; and
- (g) in the past years, the Bills of Sale Act, the Bulk Sales Act, the Criminal Inquiries Compensation Act, the Evidence Act, the Fatal Injuries Act, the High Traffic Rules, the Human Tissue Gift Act, the Intestate Succession Act, the Presumption of Death Act, the Regulation Act, the Variation of Trusts Act, the Warehousemen's Lien Act and the Wills Act.

This is to illustrate that this Conference does make a contribution to provincial legislation. Other provinces may be able to demonstrate a much greater record of adoption of uniform legislation than that set out above.

This year, we had a request from the Attorneys General, as a group, to develop uniform legislation in the arbitration field to implement the so-called New York Convention and the United Nations' model law on arbitration. Mr. Crosbie, the then Minister of Justice, contacted me to find out whether we could draft and recommend a Uniform Act. We did. We had meetings in January, in February, in March of 1986, and by the end of June, 1986, this legislation had been enacted by the Government of Canada, by the Province of Nova Scotia, by the Province of Saskatchewan, by the Province of British Columbia (in a different form, but still uniform in result), the Yukon and by the Northwest Territories,

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

and by the Provinces of Newfoundland, New Brunswick, Prince Edward Island, and Ontario. The Provinces of Quebec, Alberta, and Manitoba have introduced a Bill in their respective Houses to implement this uniform legislation. Every jurisdiction in the Country has either enacted that legislation or has it now before its House. This is performance. It shows that we can react successfully when required.

For the first time, as a result of a letter I received from Robert Wells, Q.C., the President of the Canadian Bar Association, extra efforts have been made to have the jurisdictions invite fee earning members of the Canadian Bar Association to this Conference. As we have heard from the introduction of delegates to this Conference, this effort has not been wasted.

The Government of Canada has done an assessment of its contribution to the Uniform Law Conference. This assessment is found in its Study Team Report to the Task Force on Program Review, commonly referred to in newspapers as the Neilson Report. As a result of an assessment done in respect of the research grant provided to the Uniform Law Conference of Canada, the Study Team recommends that the Government continue this program. The Task Force also looked at the administrative expenses of the Department of Justice in reference to this Conference, and although acknowledging that the beneficiaries of the Conference are mainly the provinces, it still feels that the Government of Canada has an obligation to provide funding in this field and that there is a benefit to the Government of Canada to have the law uniform across the country. The Task Force mentions specifically the Uniform Maintenance and Custody Act, the Uniform Franchises Act, the Uniform Evidence Act (although it's not enacted, it was considered a good product), the Uniform Sale of Goods Act and the Uniform Custody Jurisdiction Act as beneficial uniform legislation. It should be pointed out, (in case one gets the impression that the only thing that is produced by this Conference is the Uniform statutes), that the Task Force reports that the Criminal Law Section has been successful in having implemented 50% of over 200 resolutions passed by that group in dealing with amendments of the Criminal Code. In addition to recommending that the Government of Canada continues to be a member of this Conference and participate fully in it, it states that if the Conference were eliminated, the only logical conclusion would be to put in its place a more expensive consultative process for the provinces and the federal government. The drafters of this Report have advised the Government of Canada that this Conference is a worthwhile organization and that the Government of Canada should continue to support it, both with money and the effort of its advisers and employees.

OPENING PLENARY SESSION

Et maintenant en français.

Le vingt-cinq mars dernier, le Secrétariat des conférences inter-gouvernementales canadiennes m'avisait que les services qu'elle fournit à notre conférence ne le seraient qu'à la section du droit criminel. Auparavant, le Secrétariat les fournissait à nos trois sections, celle de la rédaction législative, celle des lois uniformes et celle du droit criminel. Ces services étaient les quatre suivantes:

Premièrement: remplir le rôle d'un secrétariat pour la conférence à savoir, recevoir les documents, voir à ce qu'ils soient disponibles en français et en anglais, les présenter dans des cahiers pour fin de distribution lors des séances;

Deuxièmement: fournir les services de traduction simultanée du français à l'anglais et de l'anglais au français;

Troisièmement: fournir sur place les services de traduction, de photocopie et de téléphone;

Quatrièmement: enregistrer des délibérations afin d'aider le Directeur Exécutif à préparer le procès-verbal officiel et à fournir, sur demande, une transcription en français et en anglais.

Le Secrétariat m'a expliqué que cette coupure de services résulta de restrictions budgétaires et que ces services ne seraient disponibles que pour les rencontres de ministres et de sous-ministres. De plus, le Secrétariat m'a indiqué qu'à son avis, seule la section du droit criminel tombe sous cette catégorie. Avec l'aide du Sous-ministre de la Justice d'Ottawa, Monsieur Iacobucci, j'ai tenté de convaincre le Secrétariat que ces services devraient être fournis aux trois sections de la conférence. Mais ce fut en vain.

Après cet échec, j'ai communiqué avec Monsieur le Juge Roger Savoir, Directeur Général de la Promotion des Langues Officielles au Secrétariat d'État. Après discussion, il m'a dit de demander une aide financière à Monsieur Guy Duchesne, responsable du service d'aide financière. J'ai alors convoqué un réunion du Comité Exécutif de la conférence pour discuter de cette affaire. Le Comité Exécutif réaffirme alors le caractère bilingue de la conférence et a demandé de l'aide financière au Secrétariat d'État.

At the present time, we have not received an answer to that application. We have some hope that we may receive approximately \$5,300. We are in a debit position to the extent of \$5,000. The Conference doesn't have any money. So the result is that I will be moving a motion, since our Treasurer is not here tonight, that the jurisdictional assessment be

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

increased by 25% and a second motion that there be a registration fee next year of \$25.00 for each member attending the Legislative Drafting Section and \$50.00 for each member attending the Uniform Law Conference or the Criminal Law Section.

If there are any questions, I will attempt to answer them. Thank you for your attention.

Auditors' Report

The Executive Director presented the Auditors' Report regarding a Statement of Receipts and Disbursements and Cash Position as of June 30, 1986.

RESOLVED that the Auditors' Report, Appendix D, page 124, be approved.

RESOLVED that the same auditors, Clarkson Gordon, be appointed auditors for the coming year.

RESOLVED that the usual banking motion be passed authorizing the Treasurer to draw upon the Conference's accounts.

Executive Director's Report

The Executive Director presented his report, Appendix E, page 127.

RESOLVED that the report be received.

Appointment of Resolutions Committee

RESOLVED that a Resolutions Committee be constituted, composed of Allan Roger, Anne Marie Trahan and Rod Rath, whose report will be presented at the Closing Plenary Session.

Appointment of Nominating Committee

There is no resolution required this year for a Nominating Committee because last year, the Conference decided to make the Officers' appointments for a two year period, so there will be no need to have a Nominating Committee Meeting until this time next year. However, a few members have expressed some concern about the long delay in rising through the ranks with two year terms. So the past presidents will be asked to review the change they made last year and to file a report next year before the Nominating Committee is appointed to determine whether or not they wish to change the term for the future.

Adjournment

There being no further business, the meeting adjourned at 9:15 p.m. to meet again in the Closing Plenary Session on Friday, August 15th.

UNIFORM LAW SECTION

MINUTES

Attendance

Forty delegates were in attendance. For details see list of delegates, page 9.

Sessions

The Section held ten sessions, two each day from Monday to Friday.

Distinguished Visitor

The Section was honoured by the participation of Mr. Phillip Carroll, President of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.

Arrangement of Minutes

A few of the matters discussed were opened one day, adjourned, and concluded on another day. For convenience, the minutes are put together as though no adjournments occurred and the subjects are arranged alphabetically.

Opening

The session opened with Georgina Jackson as Chairman and Mel Hoyt as Secretary.

Hours of Sitting

RESOLVED that the Section sit from 9:30 a.m. to 12:30 p.m. and from 2 p.m. to 5 p.m. daily, subject to change as circumstances require.

Agenda

A tentative agenda was considered and the order of business for the week agreed upon.

Class Actions

The matter was withdrawn from the agenda.

Custody Jurisdiction and Enforcement

Proposed Amendments to the Uniform Custody Jurisdiction and Enforcement Act (Interprovincial Child Abduction) were presented by the Quebec and Ontario Commissioners as set out in Appendix F, page 128.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

RESOLVED that:

- (a) the Quebec proposals be approved in principle;
- (b) the subject of Interprovincial Child Abduction be referred back to Ontario and Quebec for drafting of a Uniform Act; and
- (c) the Uniform Act be presented for adoption by this Conference in 1987.

Defamation

This matter stands referred to the Saskatchewan Commissioners for a report and draft Act in 1987.

Effect of Adoption

The matter was withdrawn from the agenda.

Family Support

The Ontario Commissioners presented a report and draft Act on Proposed Amendments to the Uniform Family Support Act as set out in Appendix G, page 141.

RESOLVED that the Proposed Amendments to the Uniform Family Support Act be adopted by the Conference and recommended for enactment with the following note at the end of the consolidation of that Act:

Note: Mechanisms for the enforcement of support orders are contained in the Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act.

Financial Exploitation of Crime

This matter was referred to the Steering Committee to determine whether the Conference should proceed with it.

French Version of the Consolidation of Uniform Acts

A report on this matter was presented by the Federal Commissioners as set out in Appendix F, page 160 of the 1985 Proceedings.

RESOLVED that the resolution as set out on pages 32 and 33 of the 1985 Proceedings be amended.

(a) by striking out "1985" in the second line of clause (d) and substituting therefor "1986", and

(b) by striking out "1986" in the last line of clause (e) and substituting therefor "1987".

Human Tissue Gifts

This matter was referred to the Alberta Commissioners for a report in 1987.

UNIFORM LAW SECTION

Interprovincial Child Abduction

This matter is reported under Custody Jurisdiction and Enforcement.

Law Reform Conference of Canada

A report of the Law Reform Conference of Canada was received. It is set out in Appendix H, page 144.

Matrimonial Property Regimes

The Quebec Commissioners brought back a report that they presented in 1985, entitled, "The Matrimonial Regimes in Canada: A Comparative Analysis of Provincial Legislation". This year, they presented a further report entitled, "The Matrimonial Property Regimes in Canada: A Comparative Analysis of the Provincial Acts". Both these reports are set out in Appendix I, page 145.

RESOLVED that the matter of Conflict of Laws Rules in relation to Matrimonial Property be referred back to Quebec, Ontario and Nova Scotia for the preparation of a report which will list the options with examples of the result where a particular option is chosen, together with the recommended option that will be the most acceptable to all jurisdictions.

Mental Health

A report of the Committee on Mental Health was received. It is set out in Appendix J, page 388.

Personal Property Security

A report of the Joint Committee on the Uniform Personal Property Security Act was received. It is set out in Appendix K, page 390.

Private International Law

A report was given by the Federal Commissioners on the role the Conference plays in these matters. It seemed appropriate at this time to put on record a Resolution of the Canadian Bar Association on Canada's Participation in Conventions on Private International Law. That Resolution is set out in Appendix L, page 392.

Protection of Privacy: Tort

The Saskatchewan Commissioners presented a report and draft Act on this matter.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

RESOLVED that this matter be referred back to the Saskatchewan Commissioners for a further report in 1987, and that all interested jurisdictions forward information to them to assist them in their research and work on the topic.

Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders

The French version of the Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act was not available for printing in the 1985 Proceedings.

RESOLVED that the French version of the Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act be adopted by the Conference subject to approval by the Permanent Editing Committee.

It has not yet been approved by the Permanent Editing Committee.

Time Sharing

This matter stands referred to the Manitoba Commissioners for a further report and draft Act in 1987 in light of an extensive study and report by the Ontario Law Reform Commission on the matter.

Trusts – Conflict of Laws relating to

The New Brunswick Commissioners presented a report on this matter as set out in Appendix M, page 394.

RESOLVED that the matter be referred back to the New Brunswick Commissioners for a draft Act with appropriate commentaries in 1987.

The Convention of the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition referred to in this report is set out at page 340 of the 1985 Proceedings.

Trusts Convention Act

RESOLVED that the Uniform Law Section recommends that:

- (1) the Conference endorses the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition;
- (2) all jurisdictions enact a Uniform Act to implement the Convention;
- (3) until certain policy decisions are made that any Uniform Legislation remain with the Conference to be acted upon by the Conference when those decisions are made.

Vital Statistics

The British Columbia Commissioners presented a draft Act on Vital Statistics. The draft was discussed in detail and a number of amendments were made to it.

RESOLVED that the draft Vital Statistics Act be circulated as set out in Appendix N, page 482, and if the Act is not disapproved by two or more jurisdictions on or before January 31, 1987, by notice to the Executive Director, it be adopted by the Conference as a Uniform Act and recommended for enactment in that form.

UNIFORM LAW SECTION

Note: No disapprovals were received.

Wills

The Saskatchewan Commissioners brought back a report that they presented in 1985 on the Formal Requirements of the Uniform Wills Act. This year they presented a Paper on Amendments to the Uniform Wills Act, together with a Supplementary Report on Wills. After a lengthy discussion, amendments were made to the Draft Amending Act appended to the 1986 Paper. As a result, a revised Uniform Wills Amendment Act was prepared and approved by the Section. All of which is set out in Appendix O, page 506.

Wills – Substantial Compliance

There was considerable discussion as to whether there should be provision for substantial compliance in the Uniform Wills Act.

RESOLVED that this matter be referred to the Saskatchewan Commissioners for a report in 1987, and a section on substantial compliance for incorporation into the Uniform Wills Act.

Close of Meeting

A unanimous vote of appreciation and thanks was tendered Georgina Jackson for her handling of the arduous duties of Chairman throughout the week.

CRIMINAL LAW SECTION

MINUTES

Attendance

Thirty-six (36) delegates were in attendance representing all of the provinces and the Federal Government. There were no representatives from the Yukon and the Northwest Territories. For details, see list of delegates.

Opening

Mr. Hymie Weinstein, Q.C. presided and Mr. Michael Zigayer acted as secretary. Each delegation was introduced by its leader.

Report of the Chairman

The Criminal Law Section of the Uniform Law Conference met Monday, August 11, through Friday, August 15, 1986.

On August 11, the work of the Criminal Law Section began with a discussion of the proposals contained in a draft document entitled: Powers and Procedures with Respect to the Investigation of Criminal Offences and the Apprehension of Criminal Offenders. The proposals were the result of a study set up in 1982 under the Criminal Law Review in the Department of Justice known as the police powers project. Extensive consultations which have taken place since then were reflected in the current proposals. It was seen that several of the recommendations remained contentious and Vince del Buono of the Department of Justice who led the discussion of this matter took note of the many criticisms offered.

At the close of the first day of discussion, the assembly supported a resolution moved by Serge Kujawa (23-0-0 with the federal delegation abstaining) asking the Provincial Attorneys General to examine the role played by private security guards in the administration of justice in the provinces.

August 12 began with a continuation of the review of the Police Powers document. There were differing views exposed regarding the extent to which it would be appropriate to regulate or provide rules to guide police practice within the *Criminal Code*.

With Vince del Buono's departure towards the close of the morning sitting, the Section began to examine the resolutions submitted by the provinces.

CRIMINAL LAW SECTION

In addition, there was a discussion of two current federal criminal law initiatives, Bills C-113 (addressing the sexual exploitation of children) and C-114 (dealing with pornography) and the draft rules of practice made pursuant to Subsection 672(5) of the *Criminal Code* respecting the determination of parole eligibility status and, finally, proposals to amend the Code to allow one judge of a Court of Appeal to make certain decisions in place of the full court.

This concluded the deliberations of the Criminal Law Section of the Uniform Law Conference.

Closing

Mr. Howard Morton of the Province of Ontario was elected Chairman of the Criminal Law Section for the 1987 Conference which is to be held in British Columbia.

RESOLUTIONS

I - ALBERTA

Item 1

The proposed resolution to amend section 121 of the *Criminal Code* to remove reference to "an offence punishable by death" so that the section would read:

"Everyone who commits perjury is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years."

was withdrawn following a brief discussion.

Item 2

That reference in section 178.1 of the *Criminal Code* to section 243.5 should be changed to section 243.4.

(CARRIED: 29-0-0)

Item 3

That former section 237(1)(c.1) of the *Criminal Code* be re-enacted relative to circumstances not set out in new section 241(1)(d).

(DEFEATED: 9-15-5)

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

Item 4

That section 243(4) of the *Criminal Code* should be amended to specify that mailing a notice of disqualification to the person's last recorded address as shown by the records of the Registrar of Motor Vehicles will suffice for the purposes of section 242.

(CARRIED: 26-0-1)

Item 5

That section 244 of the *Criminal Code* be amended to provide for offences in relation to persons unable to give informed consent to assaults.

(WITHDRAWN)

A consensus was expressed that this matter be subject to immediate review by the provinces.

Item 6

That section 442 of the *Criminal Code* be amended to prevent publication of the identity of a complainant aged less than 18 years.

(CARRIED: 16-4-7)

Item 7

The proposed resolution was divided into two parts. That the Federal Government study and examine section 446 of the *Criminal Code* in order to draft a clear practical provision relating to the reporting and detention of seized items . . .

(CARRIED: 29-0-1)

with emphasis on placing the responsibility on the person from whom the item was seized to seek the return of the seized item.

(CARRIED: 15-8-4)

Item 8

That section 446(17) of the *Criminal Code* be amended to allow both parties to appeal an order for detention or release of items seized.

(CARRIED: 27-3-0)

Item 9

That section 454(2.1) of the *Criminal Code* be amended by the addition of a provision to enable a justice effecting the release of an

CRIMINAL LAW SECTION

accused arrested on an out-of-province warrant to require that the accused appear in the appropriate court in the province of origin.

(CARRIED: 14-12-2)

Item 10

That section 458(1)(b) of the *Criminal Code* be amended to delete the word "indictable".

(CARRIED: 13-11-2)

Item 11

The resolution as amended addressed the timing of the notice to be provided by the prosecutor when seeking a greater penalty pursuant to section 592 of the *Criminal Code*.

That section 592(1) of the *Criminal Code* be amended to read:

592(1). Where an accused is convicted of an offence for which a greater punishment may be imposed by reason of previous convictions, no greater punishment shall be imposed upon him by reason thereof unless the prosecutor satisfies the court that the accused, before making his *guilty plea or on reasonable notice being given before his trial, as the case may be*, was notified that a greater punishment would be sought by reason thereof.

(CARRIED: 13-11-6)

Item 12

That section 643(1) of the *Criminal Code* be amended to remove the requirement that the Court be required to sign the transcript of evidence at a previous trial or preliminary inquiry into the charge in a manner similar to the recent amendment to section 468(5) (1985 SC c. 19, s. 98(2)).

(CARRIED: 29-0-0)

Item 13

The amended resolution read as follows:

That the *Criminal Code* be amended to provide for a provision for reviewable orders sealing search warrants and informations.

(CARRIED: 27-1-2)

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

Item 14

That section 128 of the *Criminal Code* be amended to provide an offence where a person who is the subject matter of an investigation provides a false name to a peace officer.

(DEFEATED: 9-11-6)

Item 15

That the applicable provincial legislation be amended to allow inter-provincial waiver of provincial offences for guilty plea.

(CARRIED: 19-2-10)

II – BRITISH COLUMBIA

Item 1

The resolution as amended read as follows:

That the *Criminal Code* be amended to provide that a judge in the course of sentencing may make an order prohibiting contact between a convicted accused and other persons subject to appropriate limitations, review procedures and penalties.

(CARRIED: 27-0-3)

Item 2

(a) That section 663(1)(b) of the *Criminal Code* be amended by removing “for a term not exceeding two years” after “a fine or otherwise” and that section 664(2)(b) be repealed.

(DEFEATED: 7-9-13)

(b) That sections 663(1)(b) and 664(2)(b) of the *Criminal Code* be amended by adding “subject to section 664.1” and that proposed section 664.1 read as follows:

Where an accused has been convicted of an offence under section 150 (incest), 157 (gross indecency), 246.1 (sexual assault), 246.2 (sexual assault with a weapon, threats to a third party, or causing bodily harm) or 246.3 (aggravated sexual assault). The time limits stipulated in section 663.1(b) and 664(2)(b) do not apply.

(DEFEATED: 7-7-12 IN REGULAR VOTE)
(CARRIED: 14-8-8 IN JURISDICTIONAL VOTE)

CRIMINAL LAW SECTION

(c) That section 666(1) of the *Criminal Code* be amended to provide a hybrid offence.

(CARRIED: 19-0-8)

Item 3

That section 306 be made a hybrid offence.

(DEFEATED: 6-19-14)

III - MANITOBA

Item 1

That the *Criminal Code* be amended by the addition of a section to the effect that:

In any criminal trial where, during the course of proceedings a statement or any other evidence is ruled inadmissible, the judge conducting the trial may make an order that the evidence taken during the voir dire shall not be published in any newspaper or broadcast before the time for final appeal has expired.

(CARRIED: 22-2-1)

Item 2

A resolution which proposed to amend section 608 to incorporate the concept of reverse onus in respect of bail pending appeal was withdrawn.

Item 3

That sections 603 and 605 of the *Criminal Code* be amended to provide that the same rights of appeal would govern both prosecution and defence appeals in indictable proceedings.

(DEFEATED: 9-14-5)

IV - NEW BRUNSWICK

Item 1

A proposed amendment to section 159 was withdrawn.

Item 2

The proposed amendment was modified to read as follows:

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

That section 160 of the *Criminal Code* be amended so as to provide forfeiture provisions relating to video films which are the subject matter of a conviction under section 159 of the *Criminal Code*.

(CARRIED: 24-0-0)

Item 3

That section 239(2) and 239(3) of the *Criminal Code* be amended to add a reference to paragraph 257(b) or, alternatively that a separate offence be created with a lesser penalty.

(DEFEATED: 9-12-3)

Item 4

The resolution which proposed that section 240(1)(a) of the Code be amended to clarify that a telewarrant application is possible in the case of a single motor vehicle accident was withdrawn.

Item 5

That section 242(1) of the *Criminal Code* be amended to clarify that an order issued thereunder is enforceable Canada-wide by the addition of the phrase "in Canada".

(CARRIED: 13-0-10)

Item 6

That section 243.4(1)(a) of the *Criminal Code* be amended to create a hybrid offence.

(CARRIED: 23-0-2)

Item 7

A proposed resolution to amend section 246.6 was withdrawn.

Item 8

That the reverse onus provision found at 457(501)(d) be deleted from the *Criminal Code*.

(DEFEATED: 6-13-7)

Item 9

That with respect to hybrid offences there be a two year limitation period for the purpose of prosecution by way of indictment.

(DEFEATED: 5-18-1)

CRIMINAL LAW SECTION

Item 10

That the *Canada Evidence Act* be amended to provide for the admissibility of telephone company records made in the course of a police investigation.

(CARRIED: 23-1-1)

V - ONTARIO

Item 1

That Prohibited Weapons Order No. 5 be amended to include devices commonly known as "hand claws".

(CARRIED: 21-0-0)

Item 2

(a) That the maximum penalty available on conviction of an offence contrary to section 236 (leaving the scene of an accident) be increased to five years imprisonment.

(CARRIED: 21-3-1)

(b) That minimum penalties identical to those provided in section 239 also apply with respect to section 236 convictions.

(CARRIED: 17-8-0)

Item 3

That section 245.1(1)(b) (assault causing bodily harm) be amended to become a hybrid offence.

(DEFEATED: 15-5-4)

Item 4

That the *Criminal Code* be amended to allow proof by certificate of analysis (similar to what presently exists at section 9 N.C.A. and section 30 F.D.A.) where a breach of probation or recognizance is charged based on a condition prohibiting use of non-medically prescribed drugs.

(CARRIED: 24-0-2)

Item 5

The substituted resolution read as follows:

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

That where a sentencing judge is imposing a probation order as part of a sentence, he may order that any of the terms or conditions of the probation order may apply during incarceration.

(CARRIED: 16-4-2)

Item 6

That section 3(7) of the *Criminal Code* be amended to provide that proof of service of any notice or document in criminal proceedings may be proved *viva voce* or by way of affidavit or solemn declaration irrespective of the statute which authorizes or requires such service.

(CARRIED: 19-0-0)

VI - QUEBEC

Item 1

(a) That the definition of "court of criminal jurisdiction" at section 2 of the *Criminal Code* be amended to read:

(a) a court of general or quarter sessions of the peace, when presided over by a superior court judge or a county or district court judge;

(b) That the French expression "juge de la cour provinciale" (provincial court judge) in section 2 of the *Criminal Code* be replaced by the expression "juge d'une cour provinciale" (provincial court judge);

(c) That the expression "provincial court judge" (juge d'une cour provinciale) be substituted for the term "magistrate" whenever:

(i) This term appeared before the amendment contained in section 206 (S.C. 1985 C. 19)

(ii) This term still appears despite that amendment in particular in subsections 9(1), 101(9), 104(6), 106.4(14), 439, 440, 484, 485, 487, 500(5), 501, 502, 700(1), 700(3), 704.

(d) That capitals be used in the names of the courts in the French and English versions of section 482(6).

(CARRIED: 17-0-1)

Item 2

That section 3(7) of the *Criminal Code* be amended to read as follows:

CRIMINAL LAW SECTION

For the purposes of this Act, service or delivery of any document may be proved by oral evidence given under oath by, or by the affidavit or solemn declaration of, the person claiming to have served it.

(CARRIED: 19-0-0)

Item 3

That the word “grave” (serious) be removed at section 243.4(1) with respect to the bodily harm threatened.

(CARRIED: 14-5-0)

Item 4

That section 242(1) and (2) of the *Criminal Code* be amended by adding:

- (a) to the English text “as the case may be” at the conclusion of the first paragraph of subsection (1) before paragraph (a).

Item 5

434(3)(b)
(French)

- (b) du procureur général de la province où l’infraction est alléguée avoir été commise,

comparaître devant une cour ou un juge qui aurait eu juridiction pour connaître de cette infraction si elle avait été commise à l’endroit où le prévenu se trouve, et lorsqu’il signifie qu’il consent à plaider coupable et plaide coupable à ladite infraction, la cour ou le juge doit *le* déclarer *coupable* et infliger la peine autorisée par la loi, mais s’il ne signifie pas qu’il consent à plaider coupable et ne plaide pas coupable, il doit, s’il était en détention avant sa comparution, être remis en détention et traité selon que le prévoit la loi.

(English)

- (b) in any other case, the Attorney General of the Province where the offence is alleged to have been committed consents,

appear before a court or judge that would have had jurisdiction to try that offence if it had been committed in the province where the accused is, and where he signifies his consent to plead guilty and pleads guilty to that offence the court or judge shall determine the accused to be guilty of the offence and impose the punishment warranted by law, but where

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

he does not signify his consent to plead guilty and plead *not* guilty, he shall, if he was in custody prior to his appearance, be returned to custody and shall be dealt with according to law.

453(b)

(b) in any other case, the Attorney General of the province where the offence is alleged to have been committed consents,

appear before a court or judge that would have had jurisdiction to try that offence if it had been committed in the place where the accused is, and where he signifies his consent to plead guilty and pleads guilty to that offence, the court or judge shall determine the accused to be guilty of the offence and impose the punishment warranted by law, but where he does not signify his consent to plead guilty and plead *not* guilty, he shall, if he was in custody prior to his appearance, be returned to custody and shall be dealt with according to law.

507(c)

le consentement personnel écrit du procureur général ou du sous-procureur général si poursuite en est une qui est menée par le procureur général ou si elle en est une où celui-ci intervient; ou

671

(Libération conditionnelle) Au moment de prononcer la peine conformément à l'alinéa 669(b), le juge qui préside au procès du contrevenant déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, ou en cas d'empêchement, tout juge du même tribunal peut, compte tenu du caractère du contrevenant, de la nature de l'infraction, des circonstances de cette dernière *et de toute recommandation formulée conformément à l'article 670*, porter, par ordonnance, le délai préalable à sa libération conditionnelle au nombre d'années, compris entre dix et vingt-cinq, qu'il estime indiqué dans les circonstances.

(CARRIED: 16-0-3)

Item 6

A proposed resolution to make a hybrid offence at section 666(1) was withdrawn.

Item 7

The modified resolution submitted read as follows:

That section 453 of the *Criminal Code* be amended.

CRIMINAL LAW SECTION

- (a) the officer in charge or the peace officer may, if appropriate, impose the following conditions:
 - (1) keeping the peace and being of good behaviour;
 - (2) reporting his address and not changing addresses without giving a designated police officer prior notice of the change;
 - (3) not contacting the complainant or other designated persons directly or indirectly;
 - (4) not frequenting a given location;
- (b) and that provision be made for a review by a justice of the district in which the release was made, at the request of the accused, on two days' notice in writing being given to the complainant.
- (c) That section 133 be amended to include a penalty for breach of a condition imposed by a police officer.

(CARRIED: 18-0-1)

Item 8

That section 457(5.1) be amended to include cases where the accused person has appeared on a summons or appearance notice without being released in a pending case.

(CARRIED: 14-2-1)

Item 9

- (a) That the content of form 44 be amended to include the wording of section 664(3);
- (b) That section 663(4)(c) be amended to read as follows:
 - cause the accused to be informed of the provisions of subsections 664(3) and (4) and the provisions of section 666.

(CARRIED: 20-0-0)

VII – SASKATCHEWAN

Item 1

That section 643(3) of the *Criminal Code* be amended by inserting the words “or a preliminary hearing” after the word “trial” in the second line thereof.

(CARRIED: 21-0-1)

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

Item 2

That section 445.1 be amended so that it clearly applies only in cases of seizure pursuant to a warrant.

(CARRIED: 15-0-6)

CLOSING PLENARY SESSION

MINUTES

Opening of Meeting

The meeting opened at 9:00 a.m. on Friday, August 15 with Graham Walker in the chair and Mel Hoyt as Secretary.

Annual Assessment

There was considerable discussion on balancing our budget.

RESOLVED that the annual contribution from each jurisdiction be increased by 50%, that is to say, the annual contribution from Prince Edward Island, Northwest Territories and Yukon be increased from \$2,000 to \$3,000 and all other jurisdictions from \$4,000 to \$6,000.

It was decided not to levy a registration fee.

Legislation Drafting Section

The Chairman, Bruno Lalonde, reported on the work of the Section.

Uniform Law Section

The Chairman, Georgina Jackson, reported on the work of the Section.

Criminal Law Section

The Chairman, Hymie Weinstein, reported on the work of the Section.

Transboundary Pollution Reciprocal Access Committee

The President, Graham Walker, reported on this matter and the joint committee with the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.

Four jurisdictions in Canada and four jurisdictions in the United States have enacted that legislation. Although it is hoped that many more jurisdictions will enact the legislation, it is thought that the joint committee has served its purpose.

RESOLVED that the Transboundary Pollution Reciprocal Access Committee cease to be a joint committee with the N.C.C.U.S.L., effective when a similar resolution is adopted by that Committee.

The N.C.C.U.S.L. has an American Liaison Committee which acts with the Uniform Law Conference of Canada and other international organizations.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

RESOLVED that the Executive appoint not more than four members of this Conference to this American Liaison Committee of the N.C.C.U.S.L., effective when a similar resolution is adopted by the N.C.C.U.S.L. The intent is that the Canadian members will incur no expenses whatsoever in the name of the Uniform Law Conference of Canada.

Resolutions Committee's Report

The Chairman, Allan Roger presented the Resolutions Committee's Report.

RESOLVED that the Conference express its appreciation by way of letter from the Secretary to:

1. The Government of Manitoba, for its generous hospitality in hosting the Sixty-eighth Annual Meeting of the Uniform Law Conference and in particular:
 - a) for the dinner provided by the Ukrainian Women's Organization, entertainment by the ORLAN Dance Group, and for the accordion world tour by Ted Komar;
 - b) for the softball game transportation, equipment and facilities, and for the BBQ dinner following the game, which ended after 7 hard-fought innings in a traditional triumph for the West; 11 to 5. The Conference score now stands at West 2, East 1;
 - c) for the delightful dinner and reception held for delegates and guests last evening; and
 - d) for the River Boat Cruise, city bus tour and other memorable excursions and activities enjoyed by delegates and their guests.
2. The Government of Canada, for hosting a reception for members of the Legislative Drafting Section.
3. The Manitoba Conference Committee consisting of Hymie Weinstein, John Guy, Tanner Elton, Miles Pepper, Lyle Thompson, Ron Perozzo, Elaine Orr, and Cliff Edwards, and the organizers of the spouses and guests program, Gail Guy, Sharon Weinstein and Barbara Elton for their success in ensuring that our visit to Winnipeg was memorable.
4. Peggy May, Conference Co-ordinator of the Holiday Inn, for her effective assistance with conference arrangements and for ensuring our comfortable stay.
5. Phillip Carroll, the President of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, for the hospitality

CLOSING PLENARY SESSION

extended to our President at the recent meeting in Boston, Massachusetts, and for contribution to the enhancement of relations between our conferences by honouring our Conference with the attendance of himself and his wife, Diane.

6. Marjorie Kreton, Manitoba Director of Vital Statistics, for her assistance to the Uniform Law Section in connection with its deliberations on the Uniform Vital Statistics Act.
7. Gary Champagne, Cathy Dermody, Robert Kehayes and Heather Bendell of the Canadian Intergovernmental Conference Secretariat for the efficient assistance in carrying out their work of the Conference.
8. Louise Maguire-Wellington and France Petrin for their written translation services and employees of the Department of Secretary of State for their excellent interpretation services.

Future Meetings

The President, Graham Walker, announced that future meetings of the Conference have been arranged as follows:

- 1987 - British Columbia, from August 8 to 14
- 1988 - Ontario, dates to be determined
- 1989 - Northwest Territories, subject to final confirmation
- 1990 - New Brunswick, subject to final confirmation

Close of Meeting

There being no further business, the meeting was adjourned to the call of the Chair.

APPENDIX A

(See page 54)

UNIFORM INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION ACT

Interpretation 1. (1) In this Act, “Convention” means the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, adopted by the United Nations Conference on International Commercial Arbitration in New York on June 10, 1958, as set out in Schedule A;

“International Law” means the Model Law On International Commercial Arbitration, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21, 1985, as set out in Schedule B.

(2) Words and expressions used in this Act have the same meaning as the corresponding words and expressions in the Convention and the International Law, as the case may be.

PART I

FOREIGN ARBITRAL AWARDS

Application of convention 2. (1) Subject to this Act, the Convention applies in [*enacting jurisdiction*].

(2) The Convention applies to arbitral awards and arbitration agreements whether made before or after the coming into force of this Part, but applies only in respect of

(a) the recognition and enforcement of arbitral awards made in another Contracting State, whether the award is made before or after the State becomes a Contracting State; and

(b) differences arising out of commercial legal relationships, whether contractual or not.

[NOTE: *Jurisdictions not wishing to base Part I on a reciprocal basis should delete paragraph (a).*

Jurisdictions not wishing to restrict the application of Part I to commercial transactions should delete paragraph (b).]

Application to court 3. For the purpose of seeking recognition of an arbitral award pursuant to the Convention, application shall be made to the (*name of the court*) Court.

APPENDIX A

PART II

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

4. (1) Subject to this Act, the International Law applies in *Application of international law* (enacting jurisdiction).

(2) The International Law applies to international commercial arbitration agreements and awards, whether made before or after the coming into force of this Part.

5. With respect to the recognition and enforcement of awards arising from an international commercial arbitration, the International Law applies only to awards made in *Reciprocity*

- (a) a Contracting State within the meaning of the Convention;
- (b) those territorial units outside Canada that are prescribed by regulation; and
- (c) those provinces and territories of Canada that are prescribed by regulation.

[NOTE: *Jurisdictions not wishing to base Part II on a reciprocal basis should delete section 5.*]

6. For the purpose of encouraging settlement of a dispute, an arbitral tribunal may, with the agreement of the parties, employ mediation, conciliation or other procedures at any time during the arbitration proceedings and, with the agreement of the parties, the members of the arbitral tribunal are not disqualified from resuming their roles as arbitrators by reason of the mediation, conciliation or other procedure. *Conciliation and other proceedings*

7. (1) Unless the parties otherwise agree, if an arbitrator is replaced or removed in accordance with the International Law, any hearing held prior to the replacement or removal shall be repeated. *Removal of arbitrator*

(2) With respect to article 15 of the International Law, the parties may remove an arbitrator at any time prior to the final award, regardless of how the arbitrator was appointed.

8. Notwithstanding article 28(2) of the International Law, if the parties fail to make a designation pursuant to article 28(1) of the International Law, the arbitral tribunal shall apply the rules of law it considers to be appropriate given all the circumstances respecting the dispute. *Rules applicable to substance of dispute*

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

Consolidation of proceedings 9. (1) The (*name of the court*) Court, upon application of the parties to two or more arbitration proceedings, may order

- (a) the arbitration proceedings to be consolidated, on terms it considers just;
- (b) the arbitration proceedings to be heard at the same time, or one immediately after another;
- (c) any of the arbitration proceedings to be stayed until after the determination of any other of them.

(2) Where the Court orders arbitration proceedings to be consolidated pursuant to paragraph (1)(a) and all the parties to the consolidated arbitration proceedings are in agreement as to the choice of the arbitral tribunal for that arbitration proceeding, the arbitral tribunal shall be appointed by the Court, but if all the parties cannot agree, the Court may appoint the arbitral tribunal for that arbitration proceeding.

(3) Nothing in this section shall be construed as preventing the parties to two or more arbitration proceedings from agreeing to consolidate those arbitration proceedings and taking such steps as are necessary to effect that consolidation.

Court 10. (1) The functions referred to in article 6 of the International Law shall be performed by the (*name of the court*) Court.

(2) For the purposes of the International Law, a reference to “court” or “competent court”, where in the context it means a court in (*enacting jurisdiction*), means the (*name of court*) Court except where the context otherwise requires.

**PART III
GENERAL**

Stay of proceedings 11. Where, pursuant to article II (3) of the Convention or article 8 of the International Law, a court refers the parties to arbitration, the proceedings of the court are stayed with respect to the matters to which the arbitration relates.

Crown bound 12. (1) This Act binds the Crown.

(2) An award recognized pursuant to this Act is enforceable against the Crown in the same manner and to the same extent as a judgment is enforceable against the Crown.

APPENDIX A

[NOTE: *Jurisdictions should consider whether subsection (2) is required in their jurisdiction.*]

13. (1) In any proceeding, a certificate issued by or under the authority of the Secretary of State for External Affairs of Canada containing a statement that a foreign state is a Contracting State is, in the absence of evidence to the contrary, proof of the truth of the statement without proof of the signature or official character of the person who issued or certified it.

*Proof of
contracting states*

(2) Nothing in this section precludes the taking of judicial notice pursuant to the Evidence Act or any other enactment.

[NOTE: *Jurisdictions not wishing to base the Act on a reciprocal basis should delete section 13.*]

14. (1) This Act shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the Act in their context and in the light of its objects and purposes.

*Aids in
interpretation*

(2) In applying subsection (1) to the International Law, recourse may be had to

- (a) the Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its 18th session (June 3-21, 1985);
- (b) the International Commercial Arbitration Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration;

as published in the Gazette.

15. The (*Regulation making authority*) may

Regulations

- (a) cause to be published in the Gazette the names of Contracting States to the Convention;
- (b) by regulation
 - (i) prescribe the territorial units and the provinces and territories of Canada for the purpose of section 5;
 - (ii) prescribe rules of court;
 - (iii) (*other further authority*).

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

[NOTE: *Jurisdictions not wishing to base the Act on a reciprocal basis should delete paragraph (a) and subparagraph (b)(i).*]

Commencement 16. (Proclamation section)

SCHEDULE A

**CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT
OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS**

Article I

1. This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall also apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought.

2. The term “arbitral awards” shall include not only awards made by arbitrators appointed for each case but also those made by permanent arbitral bodies to which the parties have submitted.

3. When signing, ratifying or acceding to this Convention, or notifying extension under article X hereof, any State may on the basis of reciprocity declare that it will apply the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State. It may also declare that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the national law of the State making such declaration.

Article II

1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.

2. The term “agreement in writing” shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.

APPENDIX A

3. The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

Article III

Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards.

Article IV

1. To obtain the recognition and enforcement mentioned in the preceding article, the party applying for recognition and enforcement shall, at the time of the application, supply:

- (a) The duly authenticated original award or a duly certified copy thereof;
- (b) The original agreement referred to in article II or a duly certified copy thereof.

2. If the said award or agreement is not made in an official language of the country in which the award is relied upon, the party applying for recognition and enforcement of the award shall produce a translation of these documents into such language. The translation shall be certified by an official or sworn translator or by a diplomatic or consular agent.

Article V

1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:

- (a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

- (b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or
 - (c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or
 - (d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or
 - (e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.
2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement are sought finds that:
- (a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or
 - (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

Article VI

If an application for the setting aside or suspension of the award has been made to a competent authority referred to in article V(1)(e), the authority before which the award is sought to be relied upon may, if it considers it proper, adjourn the decision on the enforcement of the award and may also, on the application of the party claiming enforcement of the award, order the other party to give suitable security.

Article VII

1. The provisions of the present Convention shall not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recogni-

APPENDIX A

tion and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting States nor deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon.

2. The Geneva Protocol on Arbitration Clauses of 1923 and the Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards of 1927 shall cease to have effect between Contracting States on their becoming bound and to the extent that they become bound, by this Convention.

Article VIII

1. This Convention shall be open until 31 December 1958 for signature on behalf of any Member of the United Nations and also on behalf of any other State which is or hereafter becomes a member of any specialized agency of the United Nations, or which is or hereafter becomes a party to the Statute of the International Court of Justice, or any other State to which an invitation has been addressed by the General Assembly of the United Nations.

2. This Convention shall be ratified and the instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article IX

1. This Convention shall be open for accession to all States referred to in article VIII.

2. Accession shall be effected by the deposit of an instrument of accession with the Secretary-General of the United Nations.

Article X

1. Any State may, at the time of signature, ratification or accession, declare that this Convention shall extend to all or any of the territories for the international relations of which it is responsible. Such a declaration shall take effect when the Convention enters into force for the State concerned.

2. At any time thereafter any such extension shall be made by notification addressed to the Secretary-General of the United Nations and shall take effect as from the ninetieth day after the day of receipt by the Secretary-General of the United Nations of this notification, or as

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

from the date of entry into force of the Convention for the State concerned, whichever is the later.

3. With respect to those territories to which this Convention is not extended at the time of signature, ratification or accession, each State concerned shall consider the possibility of taking the necessary steps in order to extend the application of this Convention to such territories, subject, where necessary for constitutional reasons, to the consent of the Governments of such territories.

Article XI

In the case of a federal or non-unitary State, the following provisions shall apply:

- (a) With respect to those articles in this Convention that come within the legislative jurisdiction of the federal authority, the obligations of the federal Government shall to this extent be the same as those of Contracting States which are not federal States;
- (b) With respect to those articles of this Convention that come within the legislative jurisdiction of constituent states or provinces which are not, under the constitutional system of the federation, bound to take legislative action, the federal Government shall bring such articles with a favourable recommendation to the notice of the appropriate authorities of constituent states or provinces at the earliest possible moment;
- (c) A federal State Party to this Convention shall, at the request of any other Contracting State transmitted through the Secretary-General of the United Nations, supply a statement of the law and practice of the federation and its constituent units in regard to any particular provision of this Convention, showing the extent to which effect has been given to that provision by legislative or other action.

Article XII

1. This Convention shall come into force on the ninetieth day following the date of deposit of the third instrument of ratification or accession.

2. For each State ratifying or acceding to this Convention after the deposit of the third instrument of ratification or accession, this Convention shall enter into force on the ninetieth day after deposit by such State of its instrument of ratification or accession.

APPENDIX A

Article XIII

1. Any Contracting State may denounce this Convention by a written notification to the Secretary-General of the United Nations. Denunciation shall take effect one year after the date of receipt of the notification by the Secretary-General.

2. Any State which has made a declaration or notification under article X may, at any time thereafter, by notification to the Secretary-General of the United Nations, declare that this Convention shall cease to extend to the territory concerned one year after the date of the receipt of the notification by the Secretary-General.

3. This Convention shall continue to be applicable to arbitral awards in respect of which recognition or enforcement proceedings have been instituted before the denunciation takes effect.

Article XIV

A Contracting State shall not be entitled to avail itself of the present Convention against other Contracting States except to the extent that it is itself bound to apply the Convention.

Article XV

The Secretary-General of the United Nations shall notify the States contemplated in article VIII of the following:

- (a) Signatures and ratifications in accordance with article VIII;
- (b) Accessions in accordance with article IX;
- (c) Declarations and notifications under articles I, X and XI;
- (d) The date upon which this Convention enters into force in accordance with article XII;
- (e) Denunciations and notifications in accordance with article XIII.

Article XVI

1. This Convention, of which the Chinese, English, French, Russian and Spanish texts shall be equally authentic, shall be deposited in the archives of the United Nations.

2. The Secretary-General of the United Nations shall transmit a certified copy of this Convention to the States contemplated in article VIII.

SCHEDULE B

**UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL
COMMERCIAL ARBITRATION**

(As adopted by the United Nations Commission on International
Trade Law on 21 June 1985)

CHAPTER I. GENERAL PROVISIONS

Article 1

Scope of application

- (1) This Law applies to international commercial arbitration, subject to any agreement in force between this State and any other State or States.
- (2) The provisions of this Law, except articles 8, 9, 35 and 36, apply only if the place of arbitration is in the territory of this State.
- (3) An arbitration is international if:
 - (a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or
 - (b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business:
 - (i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement;
 - (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or
 - (c) the parties have expressly agreed that the subject-matter of the arbitration agreement relates to more than one country.
- (4) For the purposes of paragraph (3) of this article:
 - (a) if a party has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the arbitration agreement;
 - (b) if a party does not have a place of business, reference is to be made to his habitual residence.

APPENDIX A

(5) This Law shall not affect any other law of this State by virtue of which certain disputes may not be submitted to arbitration or may be submitted to arbitration only according to provisions other than those of this Law.

Article 2

Definitions and rules of interpretation

For the purposes of this Law:

- (a) “arbitration” means any arbitration whether or not administered by a permanent arbitral institution;
- (b) “arbitral tribunal” means a sole arbitrator or a panel of arbitrators;
- (c) “court” means a body or organ of the judicial system of a State;
- (d) where a provision of this Law, except article 28, leaves the parties free to determine a certain issue, such freedom includes the right of the parties to authorize a third party, including an institution, to make that determination;
- (e) where a provision of this Law refers to the fact that the parties have agreed or that they may agree or in any other way refers to an agreement of the parties such agreement includes any arbitration rules referred to in that agreement;
- (f) where a provision of this Law, other than in articles 25(a) and 32(2)(a), refers to a claim, it also applies to a counter-claim, and where it refers to a defence, it also applies to a defence to such counter-claim.

Article 3

Receipt of written communications

- (1) Unless otherwise agreed by the parties:
 - (a) any written communication is deemed to have been received if it is delivered to the addressee personally or if it is delivered at his place of business, habitual residence or mailing address; if none of these can be found after making a reasonable inquiry, a written communication is deemed to have been received if it is sent to the addressee’s last-known place of business, habitual residence or mailing address by registered letter or any other means which provides a record of the attempt to deliver it;

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

(b) the communication is deemed to have been received on the day it is so delivered.

(2) The provisions of this article do not apply to communications in court proceedings.

Article 4

Waiver of right to object

A party who knows that any provision of this Law from which the parties may derogate or any requirement under the arbitration agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating his objection to such non-compliance without undue delay or, if a time-limit is provided therefor, within such period of time, shall be deemed to have waived his right to object.

Article 5

Extent of court intervention

In matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided in this Law.

Article 6

Court of other authority for certain functions of arbitration assistance and supervision

The functions referred to in articles 11(3), 11(4), 13(3), 14, 16(3) and 34(2) shall be performed by . . . (Each State enacting this model law specifies the court, courts or, where referred to therein, other authority competent to perform these functions.)

CHAPTER II. ARBITRATION AGREEMENT

Article 7

Definition and form of arbitration agreement

(1) "Arbitration agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.

APPENDIX A

(2) The arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement, or in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another. The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract.

Article 8

Arbitration agreement and substantive claim before court

(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

(2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.

Article 9

Arbitration agreement and interim measures by court

It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.

CHAPTER III. COMPOSITION OF ARBITRAL TRIBUNAL

Article 10

Number of arbitrators

- (1) The parties are free to determine the number of arbitrators.
- (2) Failing such determination, the number of arbitrators shall be three.

Article 11

Appointment of arbitrators

(1) No person shall be precluded by reason of his nationality from acting as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties.

(2) The parties are free to agree on a procedure of appointing the arbitrator or arbitrators, subject to the provisions of paragraphs (4) and (5) of this article.

(3) Failing such agreement,

(a) in an arbitration with three arbitrators, each party shall appoint one arbitrator, and the two arbitrators thus appointed shall appoint the third arbitrator; if a party fails to appoint the arbitrator within thirty days of receipt of a request to do so from the other party, or if the two arbitrators fail to agree on the third arbitrator within thirty days of their appointment, the appointment shall be made, upon request of a party, by the court or other authority specified in article 6;

(b) in an arbitration with a sole arbitrator, if the parties are unable to agree on the arbitrator, he shall be appointed, upon request of a party, by the court or other authority specified in article 6.

(4) Where, under an appointment procedure agreed upon by the parties,

(a) a party fails to act as required under such procedure, or

(b) the parties, or two arbitrators, are unable to reach an agreement expected of them under such procedure, or

(c) a third party, including an institution, fails to perform any function entrusted to it under such procedure,

any party may request the court or other authority specified in article 6 to take the necessary measure, unless the agreement on the appointment procedure provides other means for securing the appointment.

(5) A decision on a matter entrusted by paragraph (3) or (4) of this article to the court or other authority specified in article 6 shall be subject to no appeal. The court or other authority, in appointing an arbitrator, shall have due regard to any qualifications required of the arbitrator by the agreement of the parties and to such considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial arbitrator and, in the case of a sole or third arbitrator, shall take into

APPENDIX A

account as well the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than those of the parties.

Article 12

Grounds for challenge

(1) When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.

(2) An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in whose appointment he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.

Article 13

Challenge procedure

(1) The parties are free to agree on a procedure for challenging an arbitrator, subject to the provisions of paragraph (3) of this article.

(2) Failing such agreement, a party who intends to challenge an arbitrator shall, within fifteen days after becoming aware of the constitution of the arbitral tribunal or after becoming aware of any circumstances referred to in article 12(2), send a written statement of the reasons for the challenge to the arbitral tribunal. Unless the challenged arbitrator withdraws from his office or the other party agrees to the challenge, the arbitral tribunal shall decide on the challenge.

(3) If a challenge under any procedure agreed upon by the parties or under the procedure of paragraph (2) of this article is not successful, the challenging party may request, within thirty days after having received notice of the decision rejecting the challenge, the court or other authority specified in article 6 to decide on the challenge, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal, including the challenged arbitrator, may continue the arbitral proceedings and make an award.

Article 14

Failure or impossibility to act

(1) If an arbitrator becomes *de jure* or *de facto* unable to perform his functions or for other reasons fails to act without undue delay, his mandate terminates if he withdraws from his office or if the parties agree on the termination. Otherwise, if a controversy remains concerning any of these grounds, any party may request the court or other authority specified in article 6 to decide on the termination of the mandate, which decision shall be subject to no appeal.

(2) If, under this article or article 13(2), an arbitrator withdraws from his office or a party agrees to the termination of the mandate of an arbitrator, this does not imply acceptance of the validity of any ground referred to in this article or article 12(2).

Article 15

Appointment of substitute arbitrator

Where the mandate of an arbitrator terminates under article 13 or 14 or because of his withdrawal from office for any other reason or because of the revocation of his mandate by agreement of the parties or in any other case of termination of his mandate, a substitute arbitrator shall be appointed according to the rules that were applicable to the appointment of the arbitrator being replaced.

CHAPTER IV. JURISDICTION OF ARBITRAL TRIBUNAL

Article 16

Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction

(1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause.

(2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has

APPENDIX A

appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.

(3) The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.

Article 17

Power of arbitral tribunal to order interim measures

Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject-matter of the dispute. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure.

CHAPTER V. CONDUCT OF ARBITRAL PROCEEDINGS

Article 18

Equal treatment of parties

The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.

Article 19

Determination of rules of procedure

(1) Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.

(2) Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.

Article 20

Place of arbitration

(1) The parties are free to agree on the place of arbitration. Failing such agreement, the place of arbitration shall be determined by the arbitral tribunal having regard to the circumstances of the case, including the convenience of the parties.

(2) Notwithstanding the provisions of paragraph (1) of this article, the arbitral tribunal may, unless otherwise agreed by the parties, meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, experts or the parties, or for inspection of goods, other property or documents.

Article 21

Commencement of arbitral proceedings

Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral proceedings in respect of a particular dispute commence on the date on which a request for that dispute to be referred to arbitration is received by the respondent.

Article 22

Language

(1) The parties are free to agree on the language to be used in the arbitral proceedings. Failing such agreement, the arbitral tribunal shall determine the language or languages to be used in the proceedings. This agreement or determination, unless otherwise specified therein, shall apply to any written statement by a party, any hearing and any award, decision or other communication by the arbitral tribunal.

(2) The arbitral tribunal may order that any documentary evidence shall be accompanied by a translation into the language or languages agreed upon by the parties or determined by the arbitral tribunal.

Article 23

Statements of claim and defence

(1) Within the period of time agreed by the parties or determined by the arbitral tribunal, the claimant shall state the facts supporting his

APPENDIX A

claim, the points at issue and the relief or remedy sought, and the respondent shall state his defence in respect of these particulars, unless the parties have otherwise agreed as to the required elements of such statements. The parties may submit with their statements all documents they consider to be relevant or may add a reference to the documents or other evidence they will submit.

(2) Unless otherwise agreed by the parties, either party may amend or supplement his claim or defence during the course of the arbitral proceedings, unless the arbitral tribunal considers it inappropriate to allow such amendment having regard to the delay in making it.

Article 24

Hearings and written proceedings

(1) Subject to any contrary agreement by the parties, the arbitral tribunal shall decide whether to hold oral hearings for the presentation of evidence or for oral argument, or whether the proceedings shall be conducted on the basis of documents and other materials. However, unless the parties have agreed that no hearings shall be held, the arbitral tribunal shall hold such hearings at an appropriate stage of the proceedings, if so requested by a party.

(2) The parties shall be given sufficient advance notice of any hearing and of any meeting of the arbitral tribunal for the purposes of inspection of goods, other property or documents.

(3) All statements, documents or other information supplied to the arbitral tribunal by one party shall be communicated to the other party. Also any expert report or evidentiary document on which the arbitral tribunal may rely in making its decision shall be communicated to the parties.

Article 25

Default of a party

Unless otherwise agreed by the parties, if, without showing sufficient cause,

- (a) the claimant fails to communicate his statement of claim in accordance with article 23(1), the arbitral tribunal shall terminate the proceedings;
- (b) the respondent fails to communicate his statement of defence in accordance with article 23(1), the arbitral tribunal shall con-

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

tinue the proceedings without treating such failure in itself as an admission of the claimant's allegations;

- (c) any party fails to appear at a hearing or to produce documentary evidence, the arbitral tribunal may continue the proceedings and make the award on the evidence before it.

Article 26

Expert appointed by arbitral tribunal

- (1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal
 - (a) may appoint one or more experts to report to it on specific issues to be determined by the arbitral tribunal;
 - (b) may require a party to give the expert any relevant information or to produce, or to provide access to, any relevant documents, goods or other property for his inspection.
- (2) Unless otherwise agreed by the parties, if a party so requests or if the arbitral tribunal considers it necessary, the expert shall, after delivery of his written or oral report, participate in a hearing where the parties have the opportunity to put questions to him and to present expert witnesses in order to testify on the points at issue.

Article 27

Court assistance in taking evidence

The arbitral tribunal or a party with the approval of the arbitral tribunal may request from a competent court of this State assistance in taking evidence. The court may execute the request within its competence and according to its rules on taking evidence.

CHAPTER VI. MAKING OF AWARD AND TERMINATION OF PROCEEDINGS

Article 28

Rules applicable to substance of dispute

- (1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly

APPENDIX A

referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.

(2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

(3) The arbitral tribunal shall decide *ex aequo et bono* or as *amiable compositeur* only if the parties have expressly authorized it to do so.

(4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.

Article 29

Decision making by panel of arbitrators

In arbitral proceedings with more than one arbitrator, any decision of the arbitral tribunal shall be made, unless otherwise agreed by the parties, by a majority of all its members. However, questions of procedure may be decided by a presiding arbitrator, if so authorized by the parties or all members of the arbitral tribunal.

Article 30

Settlement

(1) If, during arbitral proceedings, the parties settle the dispute, the arbitral tribunal shall terminate the proceedings and, if requested by the parties and not objected to by the arbitral tribunal, record the settlement in the form of an arbitral award on agreed terms.

(2) An award on agreed terms shall be made in accordance with the provisions of article 31 and shall state that it is an award. Such an award has the same status and effect as any other award on the merits of the case.

Article 31

Form and contents of award

(1) The award shall be made in writing and shall be signed by the arbitrator or arbitrators. In arbitral proceedings with more than one arbitrator, the signatures of the majority of all members of the arbitral tribunal shall suffice, provided that the reason for any omitted signature is stated.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

(2) The award shall state the reasons upon which it is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given or the award is an award on agreed terms under article 30.

(3) The award shall state its date and the place of arbitration as determined in accordance with article 20(1). The award shall be deemed to have been made at that place.

(4) After the award is made, a copy signed by the arbitrators in accordance with paragraph (1) of this article shall be delivered to each party.

Article 32

Termination of proceedings

(1) The arbitral proceedings are terminated by the final award or by an order of the arbitral tribunal in accordance with paragraph (2) of this article.

(2) The arbitral tribunal shall issue an order for the termination of the arbitral proceedings when

- (a) the claimant withdraws his claim, unless the respondent objects thereto and the arbitral tribunal recognizes a legitimate interest on his part in obtaining a final settlement of the dispute;
- (b) the parties agree on the termination of the proceedings;
- (c) the arbitral tribunal finds that the continuation of the proceedings has for any other reason become unnecessary or impossible.

(3) The mandate of the arbitral tribunal terminates with the termination of the arbitral proceedings, subject to the provisions of articles 33 and 34(4).

Article 33

Correction and interpretation of award; additional award

(1) Within thirty days of receipt of the award, unless another period of time has been agreed upon by the parties:

- (a) a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to correct in the award any errors in computation, any clerical or typographical errors or any errors of similar nature;

APPENDIX A

- (b) if so agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to give an interpretation of a specific point or part of the award.

If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the correction or give the interpretation within thirty days of receipt of the request. The interpretation shall form part of the award.

(2) The arbitral tribunal may correct any error of the type referred to in paragraph (1)(a) of this article on its own initiative within thirty days of the date of the award.

(3) Unless otherwise agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request, within thirty days of receipt of the award, the arbitral tribunal to make an additional award as to claims presented in the arbitral proceedings but omitted from the award. If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the additional award within sixty days.

(4) The arbitral tribunal may extend, if necessary, the period of time within which it shall make a correction, interpretation or an additional award under paragraph (1) or (3) of this article.

(5) The provisions of article 31 shall apply to a correction or interpretation of the award or to an additional award.

CHAPTER VII. RECOURSE AGAINST AWARD

Article 34

Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award

(1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.

(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:

- (a) the party making the application furnishes proof that:
 - (i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

- (ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or
 - (iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or
 - (iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law; or
- (b) the court finds that:
- (i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or
 - (ii) the award is in conflict with the public policy of this State.

(3) An application for setting aside may not be made after three months have elapsed from the date on which the party making that application had received the award or, if a request had been made under article 33, from the date on which that request had been disposed of by the arbitral tribunal.

(4) The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside.

**CHAPTER VIII. RECOGNITION AND ENFORCEMENT
AWARDS**

Article 35

Recognition and enforcement

(1) An arbitral award, irrespective of the country in which it was made, shall be recognized as binding and, upon application in writing

APPENDIX A

to the competent court, shall be enforced subject to the provisions of this article and of article 36.

(2) The party relying on an award or applying for its enforcement shall supply the duly authenticated original award or a duly certified copy thereof, and the original arbitration agreement referred to in article 7 or a duly certified copy thereof. If the award or agreement is not made in an official language of this State, the party shall supply a duly certified translation thereof into such language.

Article 36

Grounds for refusing recognition or enforcement

(1) Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only:

- (a) at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent court where recognition or enforcement is sought proof that:
 - (i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or
 - (ii) the party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or
 - (iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or
 - (iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

(v) the award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a court of the country in which, or under the law of which, the award was made; or

(b) if the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or

(ii) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of this State.

(2) If an application for setting aside or suspension of an award has been made to a court referred to in paragraph (1)(a)(v) of this article, the court where recognition or enforcement is sought may, if it considers it proper, adjourn its decision and may also, on the application of the party claiming recognition or enforcement of the award, order the other party to provide appropriate security.

APPENDIX B

(See page 25)

BILINGUAL DRAFTING IN A COMMON LAW JURISDICTION IN CANADA*

The publication of Sir William Dale's book *Legislative Drafting: A New Approach*, has stimulated a discussion in England on changing the English legislative drafting method to have more similarity to "continental" drafting as practised in European countries whose law is based on Roman law. In Canada, essentially the same question must be faced in the development of bilingual statutes in common law jurisdictions. In our case, French drafting is being introduced where a body of statutes is already complete in English and written in a way that was developed when the use of French was not contemplated. One of the problems is that the French language and the civil law and its drafting method are seen as intertwined and as integral to cultural ideals which all of us are committed to preserve. In the search for cultural ideals, there is a tendency for French drafting theory to distance or isolate itself from English drafting methods.

It is the purpose of this paper to propose that much can be done to bring the French and English drafting methods together. It is concerned with legislative drafting for the future. English language statutes that are already on the books must be translated as they are.

In Canada, the Civil Code is referred to as an example of the French ideal and is compared to English statutes to show fundamental cultural differences. The counterpart in Ontario to the Civil Code of Quebec or the Napoleonic Code of France is the common law. That is, the principles expressed in the Civil Code as pure general principles are expressed in the common law, similarly, as generally stated flexible principles in decided cases. The statute law outside the Civil Code is the counterpart of English statute law. In practice in Canada, the attributes of the Civil Code are not found in French statute law. French statutes address the same procedural and administrative detail as the English statutes do in the same subject matter. On the other hand, common law concepts such as reasonableness, good faith and fault and negligence are commonly stated unadorned in English statutes and are troublesome to French translators who look for greater specificity. The quality of English drafting varies but, in the case of well drafted statutes in either language, the differences are not as great as is generally assumed.

*A paper by ARTHUR N. STONE, SENIOR LEGISLATIVE COUNSEL, ONTARIO, delivered to the Legislative Drafting Section of the Uniform Law Conference of Canada in August, 1985.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

One fundamental principle must be recognized and accepted: in a province, there is one body of law and one judicial system. It is not possible for either to be different for different cultures within the province (as perhaps can be done to some extent in Federal statutes which must recognize two systems of law). From this principle certain results follow:

1. The degree of particularity in statutes is the same in both French and English.
2. To express the law of the province, some local adaptation is necessary in French terminology which is the medium for expressing the civil law.
3. The substance of the law should not be confused with drafting method or style, and substance comes first.

Current Ontario statutes were drafted over the past 100 years. In that time, the English drafting method and style has gone through continuous change. The most recent statutes are found by translators to be easier to translate into comfortable French than the older ones. Developments in English drafting can be speeded up. Many characteristics of English statutes are in the control of the draftsman. They exist only as habits, not essential to the law, and continue because, in English, they cause no problem. The characteristics of English drafting, often pointed to as a cultural difference, are not seen in that way by the English draftsman. He sees two principal governing factors: the expectation of the judicial system and his own drafting ability. His principal objective is clear communication. It is, therefore, entirely possible to change habits of expression only.

Awareness of certain improvements would be beneficial to both English and French expression.

Reduce the use of internal references to a minimum. In verbal communication, the use of words to represent a thing or act simultaneously conveys the thought. The use of an internal reference does not. This has become peculiar to statutes and can be eliminated by not departing from the ordinary means of communicating by words.

e.g. "an order under section 23" becomes "an order for adoption" etc.

Reduce the use of "subject to" and "notwithstanding" to a minimum. These are sometimes used merely to remind the reader of another relevant provision. The draftsman can accept that a general statement in a statute is not self-contained and severable, and that a subsequent more

APPENDIX B

particular qualification to a generalization is equally legislative without special reference. A genuine contradiction requiring paramountcy to be settled is probably a failure in organization.

Reduce the use of the case to a minimum. e.g. “Where a person is over the age of sixteen years, he shall . . . etc.” becomes “A person who is over the age of sixteen years shall etc.” It comes easily to a draftsman who is faced with characterizing an endless series of new thoughts to get into the habit of beginning with “where”. Although the use of the case is often necessary for ultimate simplicity, it is useful to test each case to see if it can be eliminated.

Approach the subject directly. Introduce each new step in a statute with a positively stated general principle describing it, followed by such qualifications or particulars as the law requires. Avoid long sentences, especially in a complicated matter.

Reduce the use of clauses. Use clauses for clarity only and not as a device to put more in the sentence.

Avoid over-particularity. The need for particularity is an aspect of the civil right to know the law before the event. The trend to more particularity is universal and is invading even Civil Codes. However, over-particularity can destroy its own objective. It can also deprive a court of the degree of flexibility a court must have to obtain justice in particular cases.

Reduce definitions. There is a tendency to overuse definitions in English. Overuse can be addressed by assuming there won't be any definitions and adding them on a clear balance of convenience basis. Definitions should not be used as a device to shape the application of the Act or to create qualifications respecting its subject matter if the object can be achieved in the substantive provisions.

These principles are already being observed in well-drafted English statutes, but the draftsman needs to be ever-vigilant as their abuse comes easily in English.

For bilingual drafting in a common law jurisdiction, the French draftsman should be a person trained and with practical experience in the law of the province and be an experienced working draftsman in the same jurisdiction. This ensures that both the English and French draftsmen have a common perception of what is required to be covered. Such a person, if not available, should be trained and the process will take longer. Then, the English and French draftsmen should work together for the purpose, among other things, of identifying ways in which the

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

English text may be modified for greater compatibility with the French in those matter that are within the discretion of the draftsman. And finally, a consistent English style arising out of the experience should be formalized.

English drafting in Canada has attained a good reputation for quality and has a reasonably uniform style. However, in almost 120 years as a bilingual state, English drafting has not profited sufficiently from the good characteristics of French drafting: purity of thought and conciseness of expression. The yearning in England for reform in English drafting has little chance of fulfilment by means of interplay with "continental" drafting. In Canada, mutual influence is destined to happen. The conditions are in place and the urgency increases. It will not be done by the French and English draftsmen working in solitudes. It will not be done if civiliste draftsmen are air-lifted into a common law province. It can be done by unifying the drafting process in a manner responsive to the judicial system of the province.

If bilingual drafting is approached positively, it can result in an improved, distinctly Canadian, method and style in English language drafting.

LA RÉDACTION BILINGUE DANS UN RESSORT DE *COMMON LAW* AU CANADA*

La publication du livre de Sir William Dale, "*Legislative Drafting : A New Approach*", a soulevé, en Angleterre, la question d'un changement éventuel de la méthode de rédaction législative anglaise; ce changement viserait à rapprocher celle-ci davantage de la rédaction "continentale" qui a cours dans les pays d'Europe dont le système juridique s'inspire largement du droit romain. La même question se pose avec autant d'acuité au Canada, et concerne la rédaction d'un nombre croissant de textes législatifs bilingues dans les ressorts de *common law*. Dans notre cas, la rédaction française est introduite alors même qu'existe déjà un ensemble de lois rédigées en anglais selon des méthodes élaborées à une époque où il n'était pas question de faire usage du français. L'un des problèmes auxquels on se butte réside dans le fait que la langue française, le droit civil et sa méthode de rédaction sont considérés comme intimement mêlés et faisant partie intégrante d'idéals culturels que nous tenons tous à sauvegarder. Dans le cadre de cette recherche d'idéals culturels, la rédaction française a tendance à s'isoler, à se distancier des méthodes de rédaction anglaise.

Le présent document se propose de démontrer qu'on peut déjà accomplir beaucoup pour rapprocher les méthodes de rédaction française et anglaise. Nous n'aborderons ici que la rédaction des lois à venir. Les textes législatifs qui figurent déjà en anglais dans les recueils doivent être traduits tels quels.

Au Canada, le Code civil est souvent cité comme l'exemple de l'idéal français et on le compare volontiers aux lois anglaises afin d'illustrer les différences culturelles fondamentales qui existent entre les deux systèmes. En Ontario, la *common law* représente l'équivalent du Code civil du Québec, ou du Code Napoléon de la France. Nous voulons dire par là que les principes exprimés dans le Code civil sous la forme de principes généraux se retrouvent semblablement, mais de façon plus souple en *common law*, dans les jugements des tribunaux. Les lois particulières en dehors du Code civil constituent la contrepartie des lois particulières anglaises. Dans la pratique, au Canada, les caractéristiques généralement attribuées au Code civil ne se retrouvent pas dans les textes législatifs écrits en français. Ces derniers s'attachent aux mêmes

*Document rédigé par ARTHUR N. STONE, premier Conseiller législatif, province de l'Ontario, présenté à la section rédaction législative de la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada, en août 1985.

détails “procéduriers” et administratifs que les lois anglaises touchant un sujet semblable. D'autre part, les concepts de la *common law* comme ceux de “reasonableness”, “good faith”, “fault” et “negligence” sont habituellement énoncés tels quels dans les lois anglaises et causent bien des soucis aux traducteurs français qui aspirent à plus de précision. La qualité de la rédaction anglaise peut varier, mais dans le cas de lois bien rédigées dans l'une ou l'autre langue, les différences ne sont pas si prononcées qu'on le prétend généralement.

Il y a lieu d'admettre et d'accepter un principe fondamental : dans un ressort, il n'y a qu'un ensemble de lois et qu'un système judiciaire. Il est impossible que l'un ou l'autre varie de façon à s'accommoder à d'autres cultures présentes dans la province (comme cela peut parfois se faire, dans une certaine mesure, pour les lois fédérales qui doivent tenir compte de deux systèmes de droit). Les remarques suivantes découlent de ce grand principe :

1. Le même degré de précision se retrouve dans les lois française et anglaise.
2. Afin d'exprimer le droit d'un ressort, il est nécessaire d'apporter une certaine adaptation régionale à la terminologie française qui est le mode d'expression du droit civil.
3. Il y a lieu de ne pas confondre le fond de la loi avec la méthode ou le style de rédaction (la forme). Il importe de se rappeler que le fond l'emporte toujours sur la forme.

Les lois actuelles de l'Ontario ont été rédigées au cours des cent dernières années. Tout au long de cette période, la méthode de rédaction de même que le style anglais n'ont cessé d'évoluer. Les traducteurs constatent qu'il est plus aisé de traduire en français les textes législatifs récents que les plus anciens. Il est possible d'accélérer l'évolution des méthodes de rédaction anglaise. Bon nombre des caractéristiques propres aux lois anglaises sont en effet laissées à la discrétion du rédacteur. Il ne s'agit que d'habitudes de rédaction; elles ne sont pas essentielles au droit et ne se perpétuent que parce que, en anglais, elles ne suscitent aucune difficulté. Les caractéristiques de la rédaction anglaise, dont il est dit souvent qu'elles reflètent une différence culturelle, ne sont pas perçues de cette façon par le rédacteur anglais. Ce dernier voit là deux facteurs dominants : d'une part, les exigences du système judiciaire et d'autre part, ses aptitudes en tant que rédacteur. Sa préoccupation principale est d'être bien compris. Il est donc tout à fait possible de modifier les habitudes rédactionnelles qui ne touchent qu'à l'expression (la forme).

APPENDICE B

La connaissance de certaines améliorations à apporter ne peut être bénéfique aux versions anglaise et française.

Réduire le nombre de renvois internes. Dans le domaine de la communication verbale, les mots que l'on emploie pour représenter un objet ou un acte transmettent simultanément la pensée de leur auteur; ce n'est pas le cas s'il est fait usage de renvois internes. Cette tendance est devenue le propre des textes législatifs et peut être éliminée en continuant de communiquer par les mots; par exemple, "l'ordonnance visée à l'article 23" devient "l'ordonnance d'adoption", etc.

Limiter l'usage des termes "sous réserve de" et "malgré" (ou "non-obstant"). Ces termes ne sont parfois utilisés que pour rappeler au lecteur une autre disposition pertinente. Le rédacteur peut admettre qu'un énoncé de portée générale dans une loi n'est pas autonome et dissociable du reste du texte. De la même façon, une précision limitant une disposition générale a également un effet législatif, sans qu'il soit nécessaire d'ajouter un renvoi précis. La véritable contradiction, celle qui exige que l'on décide de la disposition qui l'emporte sur l'autre, résulte probablement d'une défaillance dans la structuration de la pensée.

Limiter l'usage de la proposition conditionnelle. Par exemple, il est préférable d'écrire "La personne qui est âgée de plus de seize ans, etc." plutôt que "Si une personne est âgée de plus de seize ans, elle, etc.". Le rédacteur qui doit souvent énoncer une longue série de situations nouvelles a tendance à commencer ses phrases par "si". Bien que l'usage de la proposition conditionnelle permette parfois de simplifier la rédaction, le rédacteur doit toujours vérifier s'il n'est pas possible d'éviter cette construction.

Aborder le sujet de façon directe. Introduire chaque nouvel élément dans une loi au moyen d'un principe général énoncé de manière positive. Suivent ensuite les conditions ou les détails que la loi exige. Il est recommandé d'éviter les longues phrases, surtout lorsque le sujet est particulièrement compliqué.

Réduire l'usage de membres de phrase. Ne se servir de membres de phrase et de propositions subordonnées que pour rendre le texte plus clair, non pour faire tenir un nombre excessif d'idées dans une même phrase.

Éviter l'excès de précision. Le besoin de précision découle du droit du citoyen à la connaissance préalable de la loi. La tendance à une plus grande précision est universelle et envahit même les Codes civils. Toutefois, le désir de préciser à outrance peut produire un effet contraire au

CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA

résultat escompté. Cet excès de précision peut également ôter au tribunal le degré de souplesse dont il doit toujours disposer pour satisfaire aux besoins de la justice dans des cas particuliers.

Diminuer le nombre de définitions. Les rédacteurs anglophones ont tendance à abuser des définitions. Il est possible d'éviter ce piège en présumant l'absence de toute définition et en n'ajoutant que celles qui s'avèrent indispensables à l'intelligence du texte. Les définitions ne doivent pas servir à diriger l'application de la loi ni à limiter sa portée s'il est possible de le faire au moyen des dispositions de fond.

Les principes que nous venons d'exposer sont pour la plupart déjà observés dans les lois anglaises qui sont soigneusement rédigées. La vigilance demeure cependant indiquée puisque les "tics rédactionnels" que nous venons de dénoncer se présentent fréquemment sous la plume d'un rédacteur anglophone.

Pour ce qui est de la rédaction bilingue dans un ressort de *common law*, le rédacteur français doit, de préférence, avoir reçu une solide formation juridique et posséder une expérience pratique du droit en vigueur dans ce ressort. Il doit également y avoir fait de la rédaction législative pendant un certain laps de temps. De la sorte, on s'assure que les rédacteurs anglais et français ont la même perception du sujet à traiter. Dans le cas où il est impossible de recruter une personne possédant ces qualités, il faut procéder à la formation du candidat et de ce fait, le processus sera plus long. Après quoi, les rédacteurs anglais et français travailleront de concert dans le but, notamment, de trouver les moyens de rapprocher le texte anglais du texte français, dans les domaines qui relèvent de la compétence du rédacteur. Enfin, il y aura lieu, à la suite de l'expérience acquise, d'élaborer un style anglais cohérent.

On peut dire que la rédaction législative anglaise au Canada a atteint un degré de qualité fort acceptable; quant au style, il est maintenant passablement uniforme. Il n'en demeure pas moins qu'après presque 120 ans de bilinguisme, la rédaction anglaise n'a pas su profiter suffisamment des caractéristiques enrichissantes de la rédaction française : pureté de la pensée et concision de l'expression. Le désir exprimé en Angleterre de réformer la rédaction législative a peu de chance d'aboutir par le seul moyen des contacts avec les méthodes de rédaction qui ont cours sur le continent. Au Canada, cependant, on s'achemine vers une influence réciproque. Les mécanismes sont en place et le sentiment d'urgence augmente avec le temps. Rien de valable ne sera accompli si les rédacteurs anglais et français s'enferment chacun dans sa tour d'ivoire. Pareillement, rien d'utile ne sera accompli si des rédacteurs

APPENDICE B

civilistes sont “parachutés” dans un ressort de *common law*. Des résultats positifs ne seront obtenus qu’en mêlant intimement les deux processus rédactionnels d’une façon qui tienne pleinement compte du système judiciaire du ressort.

La rédaction bilingue, envisagée sous un angle franchement positif, ne peut que déboucher, du point de vue de la rédaction anglaise, sur une méthode et un style de plus haute tenue, typiquement canadiens.

APPENDIX C

(See page 26)

SEX AND GENDER IN LEGISLATIVE DRAFTING

Introduction

This paper recommends that the Drafting Section of the Uniform Law Conference adopt a non-sexist legislative drafting style and briefly sets out the reasons supporting the recommendation.

In North America and Europe, the last decades have seen greater attention being paid to questions of sex and gender in language. There is an increased sensitivity to the images of men and women that our languages create and reflect. In the English speaking world, a major focus has been on the third person singular pronoun, although the titles of occupations and positions (like “chairman”) have also received attention. Among French speakers, a major focus has been on “la féminisation des titres” – the creation and use of feminine forms of the masculine nouns that are generally used for occupations and positions.

Linguistic changes that were originally thought extreme have become part of current usage and indeed of government policy. In recent years, legislative counsel in a number of Canadian jurisdictions (including Manitoba, Newfoundland, the Northwest Territories, Nova Scotia, Ontario and the Yukon) have adopted drafting styles that are intended to be non-sexist. The Government of Ontario announced in the summer of 1985 that it was committed, as a matter of policy, to a legislative style that “fully expresses and enhances the equality of the sexes”. The Yukon will publish the forthcoming revision of its ordinances in a non-sexist style. The federal Parliamentary Committee on Equality Rights in its recent report (“Equality for All”, October 1985) recommended that federal legislation be drafted in non-sexist language.

At the outset, we note that sex and gender issues present themselves in very different forms in English and French because of their different grammatical structures. Obviously, there can be no uniform solutions that apply in the same way to both languages. However, the underlying principles are the same because the social and political changes that have led to demands for “non-sexist” language are the same for speakers of both languages. In a bilingual context, to consider either language in isolation gives an incomplete picture. It is necessary to study the implications of French and English usage together in order to develop a consistent approach.

The Question

It is now time to ask if the Drafting Section should adopt the following statement of policy:

APPENDIX C

Sex-specific references should be avoided.*

We suggest that the Uniform Law Conference should consider this question and the matters set out in this paper and take a position on non-sexist drafting that reflects current and accepted developments in language.

Basic Principles

In our opinion, the following basic principles of legislative drafting relate to the question of non-sexist drafting:

1. Legislative drafters have an obligation to use plain language. Legislation should be written in a style that is as close to ordinary language as is consistent with the accuracy requirements of the legislation. For example, a statute should not use a masculine form when a correct user of the language would use a neutral form or would indicate the possibility of a choice between alternatives.
2. Legislation should address all its readers equally. Neither women nor men should be required to perform adjustments to the text that the other is not required to perform. Persons of either sex who are "targeted" by a provision should clearly understand this without having to convert the text by looking in an obscure place (i.e. an interpretation act).
3. The language of legislation should not offend any of its readers. Increasing numbers of women and men are offended by language that they consider sexist, believing that such language creates images that are inappropriate today. The following books will be of interest to those who wish to consider this issue further:

The Handbook of Nonsexist Writing, Casey Miller and Kate Swift, Barnes and Noble Books, New York, 1981.

Words and Women, Casey Miller and Kate Swift, Anchor Books, Garden City, New York, 1977.

Man made Language, Dale Spender, Routledge & Kegan Paul, London, 1985 (second edition).

Les mots et les femmes, Marina Yaguello, Payot, Paris, 1978.

*The statement of policy, before amendment by the Drafting Section, read as follows:

New Uniform Acts should be drafted without sex-specific references, except if the context requires them.

4. Legislation should be drafted in a manner that is neutral in terms of language issues, correct and up to date, neither faddish nor stodgy. It is not the function of legislation to coin new words or use language in a way that has not yet become accepted. On the other hand, to resist change where a trend has been firmly established is to endorse language that no longer reflects current use.

Sex-neutral legislative language is not a fad. As noted in our introduction, it is being used in several Canadian jurisdictions and has been endorsed by a parliamentary committee at the federal level. Robert Dick, a well-known Canadian commentator on legal drafting in English, recommends a sex-neutral style in the 1985 edition of his already classic text *Legal Drafting* (Carswell, Toronto) and provides recommendations (at pages 167 to 169) for reducing, if not eliminating, sex specific references. It is Dick's conclusion on the matter that "Modern society demands that new approaches be taken both for the drafting of documents and of judgments". Furthermore, the federal government has endorsed sex-neutral writing in all official communications (see, for example, Appendix II to *The Canadian Style: A Guide to Writing and Editing*, Department of the Secretary of State, Dundurn Press, Toronto, 1985 and *Guidelines Respecting the Elimination of Sexist Language in Departmental Communications*, Department of Justice, 1984).

5. Legislative counsel should use a drafting style that is consistent with political reality. By adopting a non-sexist approach at the outset, one avoids the possibility of hurried and awkward amendments at the committee stage.
6. The Uniform Law Conference should use a style that permits participating jurisdictions to adopt Uniform Acts with a minimum of change.

We have found that it is easy to convert an English draft that is written in the new style to the old style, but that the reverse process is often difficult. If a sex-neutral drafting style is adopted at the outset in both languages, the conversion problem disappears for everyone.

English and French

We would now like to consider the implications of the proposed statement of policy for the English drafter and the French drafter.

APPENDIX C

The English language

The English drafter confronts non-sexist drafting issues in relation to nouns and pronouns. The major problems are not with nouns but with the third person singular pronouns.

It is increasingly clear that many people no longer believe that “he” functions as a generic pronoun to include “she”. In fact, one must question if in ordinary English “he” ever was a true generic or dual gender pronoun. When one is expecting a visitor but does not know the visitor’s sex, one would not say “he is coming at three o’clock”. One would say “my visitor is coming at three o’clock”.

As much as anything, it is the use in interpretation acts of provisions such as the following:

In every Act, . . . unless the contrary intention appears, words importing . . . the masculine gender only include . . . females and the converse. (*Interpretation Act*, R.S.O. 1980, c.219, s.27(j))

that has tended to cement the idea in lawyers’ minds that “he” is sex-neutral. In other words, this is not a linguistic fact but a convenient legal fiction, developed at a time when the subjects of legislative statements were likely to be males. One must always question the utility of such interpretation act provisions. G. C. Thornton at page 96 of the second edition of his text, *Legislative Drafting* (Butterworths, London, 1979), states:

. . . the process of shortening laws by Interpretation statutes cannot be taken too far without risk of defeating its own ends. Unless a provision in an Interpretation Act serves to advance the successful communication of law, it should not be there. Written law should not be misleading or incomprehensible without reference to Interpretation legislation. Indeed, it may be said that in many respects the Interpretation Act forces the draftsman to walk a tight-rope; a balanced approach is called for.

Most people will have a mental image when reading a sex-specific reference that is different than when reading a sex-neutral reference. Provisions such as the one quoted from Ontario’s *Interpretation Act* do not serve as aids to successful communication when a person who reads “he” does not see at once an image of “he and she” in the mind’s eye. If such is the case, then it is time to stop relying on the excessively artificial provisions contained in many interpretation acts. This returns us to the

point raised in the discussion of the first basic principle. If the use of “he” by itself is not plain English then we should discard the practice.

The argument is frequently made that “he or she” is awkward. In fact, often the discipline of avoiding the third person singular pronoun, except where it is really essential, clarifies, shortens and improves the text. Pronouns can always be eliminated by the repetition of nouns. Restructuring sentences avoids unnecessary or boring repetition of nouns. Eliminating pronouns has the very real advantage of eliminating for all time the possibility of committing the error of incorrect pronominal reference.

We recommend that pronouns and possessive adjectives not be used at all if the noun can be either an individual or a corporation. The strings “he, she or it”, “his, her or its” or “him, her or it” are so ungainly that they should be avoided as much as possible. “It” and “its” may be used if the noun can not be an individual. “He or she” and “his or her” may be used if the noun can only be an individual.

Sometimes one can use the plural rather than the singular. This totally eliminates the problem of third person singular pronouns. However, we would caution that this is frequently not the appropriate solution.

Nouns create relatively minor problems in English. With the exception of a few nouns that always denote one sex (e.g. “husband” or “wife”), a very few nouns that have both a masculine and feminine form (e.g. “executor” and “executrix”) and a few other nouns that have an established form that some people consider to be masculine only (e.g. “chairman” and “alderman”), English personal nouns appear to have no grammatical gender because their form is the same in the masculine and the feminine.

The problems that do arise can be avoided by using common sense. Apart from nouns with natural gender like “husband” and “wife”, it is best to use forms like “police officer” (rather than “policeman”) and “flight attendant” (rather than “stewardess”). It is our opinion that synthetic absurdities such as “personhole cover” must be avoided in legislation. The words that create the most difficulty are words like “chairman” and “alderman” which some consider to have dual gender and which others consider to have masculine gender only. Some people do not like the alternatives, such as “presiding officer”, and it would appear, from our experience, that the use of words such as “chairman” or any of their alternatives is not merely a drafting issue but a hot political issue that should be considered by the drafter with his or her clients at an early stage.

APPENDIX C

The French language

The French speaking reader is left cold by the debate over “he” and “she”, since in French the grammatical gender of nouns governs the gender of pronouns that refer to those nouns. This rule is almost too basic for discussion. Questions arise, instead, where the gender of the nouns themselves is concerned, because of the growing tendency to “feminize” titles or occupational designations that are grammatically masculine (“la féminisation des titres”). Any difficulties that the use of “he or she” might cause in English drafting pale into insignificance beside the problems that a systematic “féminisation des titres” would present for drafters working in French, because of the complicated rules whereby adjectives, pronouns and even verbs in some forms must agree with the nouns to which they are linked.

Problems of gender do not present themselves in the same way in French and English; hence, the solutions used cannot be the same either. It would be impossible to devise a universal drafting recipe capable of producing a non-sexist style in both languages. While many drafters appear to be of the opinion that adopting “he or she” in English would automatically require the adoption of feminized titles in French, we do not share this view.

It is highly ironic that the same feminist movement expresses itself so differently in the two languages. In English, feminine endings are being ropped and there is a growing preference for titles and designations that apply equally to both sexes (so that terms like “poetess” and “actress” are disappearing). In French, on the other hand, a tendency to develop and use new feminine forms of titles and occupational designations is clearly emerging. These differences are best explained by basic structural differences between the two languages, rather than by differences in the socio-political context.

We should also point out that, although discussions of “féminisation des titres” usually only deal with occupational titles and designations, the principle that applies to “l’avocate” and “la juge” (feminine forms of “lawyer” and “judge”) should be applied as well to “la conjointe” and “la propriétaire” (feminine forms of “spouse” and “owner”). In other words, to be consistent, one would have to feminize all nouns that refer to human beings. This could lead to an excessively awkward and repetitive legislative style.

The traditional argument is that the masculine form of a word like “conjoint” (spouse) is a fact of the language and merely a grammatical convention. The person designated by the word may be either a woman or a man. In this sense, the masculine gender in French performs the

function of a dual gender. Hence it is possible to say that a woman is “le redacteur en chef” (editor in chief) of a magazine or that she is “un ecrivain a succes” (a best-selling writer). Sometimes the feminine gender plays the same dual role: for example, “une personne” (a person) or “une vedette” (a movie star) may be of either sex. But feminine nouns designating occupations do not usually have this property: for example, most men would not want to be referred to as “une bonne d’enfants”, even if they were in fact working as nannies.

The traditional argument is losing ground, precisely because of the growing tendency to use feminine titles which could eventually, to the extent that they become accepted usage, undermine the generic function of the masculine gender. As Robert Dubuc wrote recently (*C’est-a-dire*, vol. XVI, no. 5, 1986):

Although we must welcome the use of feminine forms of occupational titles when they are applied to women, which is in keeping with the traditional use of grammatical gender to indicate sex, it must be borne in mind that this legitimate development may be compromised in so far as it involves the rejection of certain functional uses of the masculine gender such as the “masculin d’espece” and the generic masculine.
(*Translation*)

The Government of Canada and the Office de la langue française in Quebec have already expressed official support for “feminisation des titres” – but not in the context of legislative writing. For example, in the French version of its “Guidelines respecting the elimination of sexist language in departmental communications”, published in 1984, the federal Department of Justice states:

It must be borne in mind that the masculine does not necessarily include the feminine – *except in legislative texts, which are governed by the Interpretation Act whereby the masculine also includes the feminine.* (*Translation – emphasis added*)

This rather artificial distinction is difficult to reconcile with the principle that legislative language should follow the rules of ordinary language as much as possible. Why should there be such a large gap between legislative and non-legislative French?

Has the feminization of nouns spread so that a reasonably correct speaker of standard French no longer recognizes the traditional *generic* or *dual gender* function of titles in masculine form? If so, this evolu-

APPENDIX C

tionary linguistic development must result in a systematic feminization of titles in our French legislative texts.

However, it seems to us that the French language has yet to reach this point. When basic building blocks of a language are questioned and perhaps changed, as is the case here, the pace of linguistic evolution is quite slow. (Note that the case of English is different. The “he or she” formula won the sanction of general use surprisingly quickly, and precisely because most English personal nouns have the same form in the masculine and the feminine. It is possible to say “he or she” without touching the rules of English grammar at all.)

If and when the masculine loses its generic function, it will quite naturally become apparent that changes in the style of legislation written in French are needed. The skill of future drafters will be put to the test in writing a French which is not unduly repetitive or loaded with parentheses.

For the moment, how do the basic principles set out at the beginning of this document apply to drafting in French? Without attempting an exhaustive definition of what constitutes a non-sexist style in French, we can say that it is desirable to limit the use of forms which might be seen as referring only to men. For example, it is often appropriate to use expressions based on the grammatically feminine “personne”. Grammatically masculine pronouns such as “celui” can be avoided, especially when the context would require them to be followed by an “il”. Context permitting, the plural can sometimes be used (because the plural, even though it may be the masculine plural, is felt to be less clearly or exclusively masculine than the singular).

But, in the present situation, masculine forms will continue to be used for most titles and job designations, as the standard reference works recommend. The justification for this approach has to be general usage and not an interpretation act. This is a solution that may need to be reconsidered in the foreseeable future. The principle to bear in mind will always be that legislation must be written in a language that follows current usage without being either rigidly conservative on the one hand or too daringly innovative on the other.

Personal Observations

The Ontario Government’s “non-sexist style” policy created no problems for legislative counsel in Ontario when preparing English language materials since, for the most part, we had already implemented a style that eliminated sex-specific references. Several major new Acts, such as

The Family Law Reform Act, 1978, the *The Courts of Justice Act, 1984* and the *Child and Family Services Act, 1984*, the *Loan and Trust Corporations Act, 1985* and the proposed *Personal Property Security Act* (as set out in the Catzman Committee Report of 1984), and numerous amending Acts, including a major set of amendments to the *Workers' Compensation Act* (which was replete with masculine references), were prepared in a non-sexist style before the Government adopted the new policy. There has been no adverse reaction either to our initial efforts or to the government policy.

In adopting the new style we noticed two things. The first is that one must develop the self-discipline to use it. The second is that some clients must be educated to the fact that the *Interpretation Act* does not require us to use "he" for "she". We note that there have been no negative comments from the House, the press or the public with respect to the Ontario "non-sexist" style. Indeed, there have been almost no comments at all, which confirms our view that "he or she" is plain English and is taken for granted by users of our legislation.

In our opinion, the use of a non-sexist style in English results in better drafting. The restructuring that becomes necessary to avoid repetitive language or unnecessary pronouns often yields clearer, more concise sentences.

Our recommendations for a non-sexist style in French involve no fundamental changes of approach and no radical changes of old habits. It is only necessary to remain sensitive to the issues, to avoid exclusively masculine forms and to use feminine forms, or the plural, whenever appropriate.

Recommendation

We recommend that the Drafting Section of the Uniform Conference take a position on non-sexist language in the drafting of Uniform Acts that reflects current and accepted developments in language. Sex-neutral drafting improves communication and is fundamental to plain language drafting. Whether a particular jurisdiction chooses to revert to the old style would be a drafting style matter and would not affect the object of uniformity.

To implement our recommendation, we would move that the Drafting Section adopt the following statement of policy:

APPENDIX C

*Sex-specific references should be avoided.**

We would further move that the English version of the *Canadian Legislative Drafting Conventions* be amended by adding the statement of policy as section 13a and that the French version of the *Conventions*, when adopted, also include the policy statement.

*The statement of policy, before amendment by the Drafting Section, read as follows:

New Uniform Acts should be drafted without sex-specific references, except if the context requires them.

GENRE ET SEXE EN RÉDACTION LÉGISLATIVE

Cornelia Schuh, Premier conseiller législatif adjoint (Section française)

Donald L. Revell, Conseiller législatif

Michel Moisan, Conseiller linguistique

Bureau des conseillers législatifs

Ontario

Le présent document est une version modifiée de celui qui a été présenté à l'assemblée annuelle de la Section de rédaction de la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada, le 8 août 1986 à Winnipeg (Manitoba). Des notes infrapaginales signalent les modifications.

GENRE ET SEXE EN RÉDACTION LÉGISLATIVE

INTRODUCTION

Le présent document recommande l'adoption, par la Section de rédaction de la Conférence sur l'uniformisation des lois, d'un style non sexiste de rédaction législative et présente brièvement les raisons qui motivent cette recommandation.

Au cours des dernières décennies, la question du sexe et du genre en ce qui concerne le langage a fait l'objet de débats nombreux et souvent passionnés, tant en Amérique du Nord qu'en Europe. De plus en plus, on se rend compte que la langue engendre, puis reflète une certaine perception des hommes et des femmes. Chez les anglophones, le débat porte surtout sur la troisième personne du pronom personnel singulier («he» ou «she»), et, dans une moindre mesure, sur certains titres ou désignations d'emploi (par exemple le mot «chairman»). Parmi les francophones, les discussions ont pour objet principal la «féminisation des titres», c'est-à-dire la création et l'utilisation de formes féminines correspondant aux substantifs masculins employés dans les titres et les désignations d'emplois.

Des modifications linguistiques qui paraissaient, à l'origine, révolutionnaires, sont passées dans la langue courante et font même l'objet d'énoncés de politique de la part des gouvernements. Ces dernières années, les conseillers législatifs de certaines compétences législatives du Canada (notamment le Manitoba, Terre-Neuve, les territoires du Nord-Ouest, la Nouvelle-Écosse, l'Ontario et le Yukon) ont adopté des styles de rédaction visant à éliminer le sexisme dans les textes législatifs. Le gouvernement de l'Ontario a annoncé, au cours de l'été 1985, qu'il s'engageait, dans le cadre d'une politique clairement énoncée, à employer un style législatif «qui reflète pleinement et met en valeur l'égalité

APPENDICE C

des sexes». Le Yukon compte publier la refonte prochaine de ses ordonnances dans un style non sexiste. Quant au Comité parlementaire fédéral sur les droits à l'égalité, il a récemment recommandé (dans son rapport «Égalité pour tous», publié en octobre 1985) que les textes législatifs fédéraux soient rédigés dans un langage non sexiste.

De prime abord, il importe de souligner que la question du sexe et du genre se présente sous des formes très différentes en anglais et en français en raison des différences considérables qui existent entre ces langues au niveau de leurs structures grammaticales. De toute évidence, il ne saurait exister de solution unique aux problèmes que l'abolition du langage sexiste peut poser dans les deux langues. Les principes qui sous-tendent la question sont cependant identiques, puisque l'évolution sociale et politique qui a amené des anglophones comme des francophones à exiger l'adoption d'un langage non sexiste est la même dans les deux communautés linguistiques. Dans un contexte bilingue, étudier les problèmes qui se présentent dans une langue en faisant totalement abstraction de l'autre, c'est obtenir une image incomplète de la réalité. Nous ne pourrions élaborer des solutions pleinement cohérentes que si nous étudions les conséquences que peut entraîner l'adoption d'un style non sexiste en anglais et en français.

Question à l'étude

Il convient maintenant de se demander si la Section de rédaction doit adopter l'énoncé de politique suivant:

*Il convient d'éviter toute caractérisation sexuelle.**

Nous croyons que la Conférence sur l'uniformisation des lois devrait étudier cette question ainsi que le présent document et adopter, à la suite de cette étude, une position qui reflète l'évolution que connaît la langue et que sanctionne l'usage.

Principes fondamentaux

À notre avis, certains principes fondamentaux de la rédaction législative ont une incidence sur l'adoption d'un style non sexiste.

1. Les rédacteurs législatifs sont tenus d'écrire dans une langue aussi simple que possible. Le style des textes législatifs doit être aussi proche du langage courant que le permettent les exigences

*Le texte de l'énoncé, avant d'être modifié par la Section de rédaction, était le suivant :
Les nouvelles lois uniformes doivent être rédigées de manière à éliminer toute référence spécifique à un sexe en particulier, sauf lorsque le contexte l'exige.

inhérentes à ce genre de texte. Une loi, par exemple, ne doit pas viser uniquement un être masculin si la même réalité est décrite, dans la langue courante, par un terme neutre, ou par l'indication d'une possibilité de choix entre l'un et l'autre sexe.

2. En principe, le rédacteur législatif met tous ses lecteurs éventuels sur un pied d'égalité. Ni les hommes ni les femmes ne devraient être obligés d'effectuer, relativement à un texte législatif, un «rajustement» que les membres de l'autre sexe ne sont pas tenus de faire. Les personnes de l'un et l'autre sexe qui sont visées par une disposition d'une loi devraient comprendre immédiatement que celle-ci s'applique à elles, sans qu'elles soient obligées d'adapter le texte à leur situation personnelle au moyen d'une «grille» peu accessible (en l'occurrence, une loi d'interprétation).
3. Le langage de la loi ne doit offenser aucun de ses lecteurs. Un nombre sans cesse croissant de femmes et d'hommes sont froissés par un langage qu'ils jugent sexiste et qui crée, selon eux, des perceptions qui ne correspondent plus à la réalité contemporaine. Les ouvrages dont les titres suivent ne manqueront pas d'intéresser les lecteurs qui désirent approfondir cette question :

Les mots et les femmes, par Marina Yaguello, Payot, Paris, 1978.

The Handbook of Nonsexist Writing, par Casey Miller et Kate Swift, Barnes and Noble Books, New York, 1981.

Words and Women, par Casey Miller et Kate Swift, Anchor Books, Garden City, New York, 1977.

Man made Language, par Dale Spender, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1985 (2^e édition).

4. Le style des textes législatifs doit être neutre, reflétant une langue moderne et correcte, qui évite à la fois les modes éphémères et le conservatisme outrancier. Il n'appartient pas aux textes de loi de créer des néologismes ou d'utiliser la langue d'une manière qui n'a pas encore reçu la caution de l'usage. D'autre part, refuser de reconnaître une légitime évolution linguistique, c'est se cramponner à un style exsangue et condamné à la fossilisation.

Il ne faut pas croire qu'utiliser un style exempt de sexisme serait sacrifier à une mode passagère : nous avons vu, dans notre

APPENDICE C

introduction, que la moitié environ des compétences législatives du Canada utilisent déjà un style législatif non sexiste, et qu'un comité parlementaire du gouvernement fédéral a donné son plein appui à un style de ce genre. Un spécialiste canadien de la rédaction juridique en anglais, Robert Dick, recommande lui aussi l'emploi d'un style non sexiste dans la 2^e édition de son ouvrage *Legal Drafting* (Carswell, Toronto, 1985); il y suggère notamment, aux pages 167 à 169, des moyens de réduire le nombre de références qui ne s'appliquent qu'aux membres d'un seul sexe. L'auteur conclut à ce sujet : «La société contemporaine exige que la rédaction des documents ainsi que celle des jugements soient abordées sous un angle nouveau» (*Traduction*). Pour sa part, le gouvernement fédéral appuie le style non sexiste dans toutes les communications officielles (voir, par exemple l'annexe II de l'ouvrage *The Canadian Style: A Guide to Writing and Editing*, Secrétariat d'État, Dundurn Press, Toronto, 1985, ainsi que la brochure *Directives visant à l'élimination des stéréotypes sexuels dans les communications du ministère*, ministère de la Justice, 1984).

5. Les conseillers législatifs doivent employer un style qui reflète la réalité politique. En adoptant, tout au début de leur travail de rédaction, un style non sexiste, ils peuvent éviter d'avoir à procéder à des remaniements hâtifs et difficiles lorsque leur texte est étudié en comité.
6. La Conférence sur l'uniformisation des lois devrait rédiger ses lois uniformes dans un style qui facilite leur adoption par les compétences législatives participantes.

Il nous semble qu'il est relativement facile de prendre un texte anglais rédigé selon le nouveau style (c'est-à-dire non sexiste) et de le «transposer» en ancien style, mais que le processus inverse pose souvent des difficultés. Si le conseiller législatif adopte dans les deux langues, dès le début de sa rédaction, un style neutre sur le plan du sexe, le problème de la «transposition» disparaît.

L'anglais et le français

Nous étudierons maintenant les incidences de l'énoncé de politique proposé sur le travail du rédacteur anglais, puis sur celui de son homologue français.

Rédaction en anglais

C'est au plan des noms et des pronoms que le rédacteur anglais doit aborder le style non sexiste. Encore faut-il préciser que les problèmes les plus importants touchent davantage les pronoms personnels de la troisième personne du singulier que les substantifs.

Il devient de plus en plus évident qu'aux yeux d'un grand nombre de personnes, le pronom masculin «he» ne joue plus le rôle d'un générique qui engloberait aussi le pronom féminin «she». En fait, on peut se demander à bon droit si le pronom «he» a jamais joué le rôle d'un mot générique ou à double genre dans l'anglais courant. Un anglophone qui attend la visite d'une personne dont il ne connaît pas le sexe ne dit pas : «He is coming at three o'clock», mais plutôt : «My visitor is coming at three o'clock».

Un des facteurs principaux qui ont amené les avocats à conclure que le pronom «he» pouvait représenter les deux sexes est sans doute la présence, dans les lois d'interprétation, de dispositions de ce genre :

«Dans toute loi, . . . à moins que le contexte n'indique le contraire, . . . les termes du genre masculin comprennent le féminin, . . . et l'inverse est également vrai.» (*Loi d'interprétation*, L.R.O. 1980, chap. 219, al. 27 j) (*Traduction*)

En d'autres termes, ce rôle générique accordé à «he» ne représente en rien une réalité linguistique, mais constitue plutôt une fiction juridique pratique, inventée à une époque où la plupart des personnes visées par les textes législatifs étaient des hommes. Il convient de s'interroger sur l'utilité de telles dispositions dans les lois d'interprétation. G. C. Thornton, à la page 96 de son livre *Legislative Drafting* (2^e édition, Butterworths, Londres, 1979), s'exprime comme suit :

« . . . l'obtention de textes législatifs plus courts par le recours à des lois d'interprétation ne saurait faire l'objet d'un emploi exagéré sans risque de perdre précisément le résultat qu'on veut obtenir. Une disposition ne doit figurer dans une loi d'interprétation que si elle contribue à améliorer la communication du droit. Un texte législatif ne doit ni être incompréhensible, ni induire ses lecteurs en erreur à moins d'être élucidé par une loi d'interprétation. On peut même dire qu'à bien des points de vue, la loi d'interprétation oblige le rédacteur législatif à marcher sur la corde raide; il y a lieu d'adopter une démarche bien équilibrée.» (*Traduction*)

APPENDICE C

On peut avancer que chez la plupart des lecteurs, un texte comportant une référence à un sexe particulier produit une perception différente de celle que produit un texte neutre sur le plan du sexe. Des dispositions semblables à l'alinéa sur le plan du sexe. Des dispositions semblables à l'alinéa précité de la *Loi d'interprétation* de l'Ontario ne contribuent certes pas à améliorer la communication si les lecteurs ne perçoivent pas automatiquement à la lecture que le «he» visé par un texte législatif peut être aussi bien une femme qu'un homme. Si tel est bien le cas, il est temps d'abandonner le recours à cette disposition très artificielle figurant dans de nombreuses lois d'interprétation. Ceci nous ramène à l'exemple cité dans la discussion du premier principe fondamental : si l'emploi du pronom «he» dans un sens neutre n'appartient pas à l'anglais courant, il faut nous défaire de cette habitude rédactionnelle.

On a souvent avancé que l'expression «he or she» est inélégante et peu maniable. On peut rétorquer à cet argument que l'habitude d'éviter le pronom personnel singulier, sauf lorsque son emploi s'impose, contribue à clarifier, à raccourcir et à améliorer le texte. Il est toujours possible d'éliminer certains pronoms en répétant les substantifs auxquels ils se rapportent, et une restructuration des phrases permet d'éviter les répétitions lassantes ou inutiles de substantifs. L'élimination des pronoms présente au surplus l'avantage considérable d'éliminer toute possibilité de confusion quant à leurs antécédents.

Nous recommandons au rédacteur anglais d'éviter tout à fait d'employer des adjectifs possessifs et des pronoms lorsque le substantif peut représenter soit une personne physique, soit une personne morale. Rien de plus disgracieux, en effet, que ces lourdes séries de pronoms et d'adjectifs : «he, she or it», «his, her or its», «him, her or it». Les termes «it» et «its» peuvent servir si le substantif ne peut pas représenter une personne physique. Quant aux expressions «he or she» et «his or her», on ne les emploie que lorsque le substantif ne représente qu'une personne physique.

L'occasion se présente parfois d'utiliser le pluriel au lieu du singulier. Cette possibilité élimine d'emblée les difficultés que pose l'emploi des pronoms singuliers. Il ne faut toutefois pas abuser de cette solution, qui ne convient pas à tous les contextes.

Les substantifs causent en général peu de difficultés en anglais; ils n'ont pas, en effet, de genre grammatical visible puisque les masculins et les féminins ont une forme identique. Les exceptions à cette règle sont peu nombreuses : quelques mots qui désignent toujours les membres d'un sexe particulier (par exemple «husband» ou «wife»), certains termes qui possèdent une forme différente au masculin et au féminin

(par exemple «executor» et «executrix») et un petit nombre d'autres substantifs dont la forme reçue, au dire de certains, ne peut servir qu'à désigner des êtres de sexe masculin (par exemple «chairman» et «alderman»).

Il suffit au rédacteur de faire preuve d'un peu de doigté pour éviter la plupart des difficultés. Si l'emploi de certains termes comportant un genre naturel (par exemple «husband» ou «wife») s'impose parfois, il est préférable d'utiliser en règle générale des noms qui ne sont pas «marqués», par exemple «police officer» au lieu de «policeman» ou «flight attendant» au lieu de «stewardess». Nous croyons que des créations artificielles et absurdes, comme «personhole cover», n'ont pas leur place dans un texte législatif. Ce sont sans doute les mots comme «chairman» et «alderman» qui sont à l'origine des difficultés les plus nombreuses. Certains les considèrent comme des termes «hermaphrodites», et d'autres comme des mots ne s'appliquant qu'aux seuls hommes. Comme l'unanimité est encore loin d'être faite sur des solutions de rechange telles «presiding officer», l'expérience nous amène à conclure que l'utilisation d'expressions contestées comme «chairman» ne relève pas d'un simple choix rédactionnel, mais constitue plutôt une question politique délicate qui devrait faire l'objet de discussions entre le conseiller législatif et ses clients dès le début du travail de rédaction.

Rédaction en français

Pour le lecteur francophone, le débat au sujet de «he» et «she» demeure sans intérêt, puisqu'en français c'est le genre grammatical du substantif qui régit le genre du pronom qui s'y rapporte. Il semblerait inutile même d'en discuter, tant cette règle invariable de la langue est fondamentale. C'est donc au niveau du genre du substantif que les questions se présentent, à cause de la tendance croissante à féminiser les titres ou les désignations professionnelles qui sont masculins au plan grammatical. Les difficultés éventuelles que peut poser l'emploi de «he or she» en rédaction anglaise pâlisent auprès des problèmes que la féminisation systématique des titres poserait pour le (la) rédacteur(trice) français(e) compte tenu de l'accord obligatoire des articles, des adjectifs, des pronoms et des participes avec leurs substantifs.

Les problèmes que pose le genre ne se présentent pas de la même façon en anglais et en français; les solutions employées ne sauraient donc être les mêmes. Il est impossible de traduire directement une «recette rédactionnelle» permettant d'obtenir un style non sexiste dans les deux langues. Beaucoup de rédacteurs semblent croire, par exemple, qu'une adoption du couple «he or she» en anglais devrait automatique-

ment entraîner l'adoption de la féminisation des titres en français. Nous ne sommes pas de cet avis.

Notons, en passant, à quel point il est ironique que le même courant féministe se manifeste de façons diamétralement opposées dans les deux langues. En anglais, on tend à supprimer les marques du féminin et à privilégier les titres et les désignations qui conviennent aux deux sexes (des termes comme «poetess» et «actress» sont en voie de disparition). En français, au contraire, on constate une nette tendance à la création et à l'emploi de nouvelles formes féminines pour ces titres et désignations d'emplois. Cela relève sans doute des différences fondamentales de structure entre les deux langues et non de différences sur le plan socio-politique.

Notons aussi que, bien que les discussions sur la féminisation des substantifs ne portent d'habitude que sur les titres ou sur les désignations professionnelles, ce qui vaut pour l'avocate et la juge devrait aussi valoir, en principe, pour la conjointe et la propriétaire. En effet, si l'on voulait être conséquent, tous les substantifs qui désignent des êtres humains devraient être féminisés. Inutile de fournir des exemples du style législatif qui résulterait d'une telle démarche!

L'argument traditionnel, on le sait, est que la forme masculine d'un mot comme «conjoint» est un fait de langue, une convention purement grammaticale. La personne désignée par ce mot peut être indifféremment une femme ou un homme. En ce sens, le genre masculin joue le rôle d'un générique, et ne fait référence à aucun sexe en particulier. C'est la raison pour laquelle on peut dire qu'une femme est *le rédacteur* en chef d'une revue ou qu'elle est *un écrivain* à succès. Il arrive que le genre féminin joue ce même rôle de générique : une personne, une vedette, peuvent être un homme ou une femme. Mais cela est plutôt rare quand il s'agit de titres professionnels : un homme accepterait-il volontiers de se faire qualifier de «bonne d'enfants», même s'il en exerçait le métier?

Cet argument traditionnel est d'ailleurs en train de perdre une partie de sa force, à cause justement de la tendance croissante à féminiser les titres, qui pourrait en fin de compte saper la fonction générique du masculin dans la mesure où elle est entérinée par l'usage. Comme l'écrivait récemment Robert Dubuc (*C'est-à-dire*, vol. XVI, no. 5, 1986) :

Autant il faut être favorable à la féminisation des titres et des fonctions lorsqu'ils sont appliqués à des femmes, parce qu'on rejoint la tradition de la distinction des sexes par les

genres, autant on risque de compromettre cette légitime évolution en voulant nier certains emplois fonctionnels du masculin, soit le masculin d'espèce et le masculin générique.

Le gouvernement du Canada et l'Office de la langue française du Québec se sont déjà exprimés officiellement en faveur de la féminisation des titres – mais toujours en faisant exception du contexte législatif. Nous lisons par exemple dans la version française des «Directives visant à l'élimination des stéréotypes sexuels dans les communications du ministère», publiée en 1984 par le ministère de la Justice du Canada, l'énoncé suivant :

Il importe de tenir compte du fait que le masculin n'inclut pas nécessairement le féminin, *sauf dans les textes législatifs auxquels s'applique la Loi d'interprétation, qui prévoit que le masculin s'entend également du féminin.* *

Cette distinction plutôt artificielle paraîtra difficilement acceptable à ceux qui croient que le langage législatif devrait reproduire, dans la mesure du possible, les normes linguistiques générales. Pourquoi tolérer une divergence, sur ce point capital, entre le français législatif et le français courant?

La féminisation des substantifs s'est-elle déjà répandue au point où la personne qui parle à peu près correctement un français standard ne reconnaît plus aux titres de forme masculine leur rôle traditionnel de *générique*? Si tel est le cas, la conséquence inévitable de cette évolution linguistique doit être une féminisation systématique des titres dans nos textes législatifs.

Or, il nous semble que la langue française est encore loin d'en être arrivée là. L'évolution linguistique travaille en effet assez lentement, puisque ce sont des principes fondamentaux de la langue qui sont remis en question et qui seront peut-être modifiés. (Ce n'est pas le cas en anglais. La formulation «he or she» a obtenu la sanction de l'usage avec une rapidité surprenante, justement parce que la plupart des substantifs anglais n'ont pas de genre visible. On peut dire «he or she» sans toucher le moins du monde aux règles grammaticales anglaises.)

S'il devait arriver que le masculin perde sa fonction générique, des modifications au style législatif s'imposeraient. Il appartiendrait alors aux rédacteurs d'exploiter toutes les ressources de la langue de manière à éviter les répétitions et les parenthèses.

Pour le moment, comment faut-il appliquer les principes fondamentaux énoncés plus haut? Sans donner une définition exhaustive du

*C'est nous qui soulignons

APPENDICE C

«style non sexiste» en français, on peut poser qu'il serait sans doute souhaitable de restreindre, lorsqu'on veut parler de personnes en général, l'emploi des formes qui pourraient être perçues comme visant uniquement des hommes. On choisira par exemple des locutions formées avec «personne», on évitera les pronoms masculins tels que «ce-lui», surtout quand le contexte exige qu'on les fasse suivre d'un «il». On aura recours au pluriel (parce que le pluriel, bien qu'il s'agisse du masculin pluriel, n'est pas perçu comme exclusivement masculin) lorsque le contexte le permet.

On continuera quand même, pour l'instant, d'employer les substantifs de forme masculine pour la plupart des titres et des désignations d'emplois, selon ce que recommandent les grands dictionnaires de langue. La justification de ce dernier procédé doit cependant rester l'usage et non une loi d'interprétation. C'est une solution qui devra peut-être être révisée dans un avenir plus ou moins rapproché. Il n'en demeure pas moins que la langue des textes législatifs doit suivre l'usage reçu et se tenir à égale distance des archaïsmes stérilisants et des nouveautés trop audacieuses.

Observations

L'énoncé de politique du gouvernement de l'Ontario uniformisant l'emploi d'un style non sexiste n'a causé aucune difficulté aux conseillers législatifs de la province dans l'élaboration de textes législatifs en anglais. Notre bureau avait, en effet, déjà mis au point des techniques de rédaction visant à éliminer le sexisme dans les textes législatifs. Plusieurs lois importantes ont été rédigées dans un style non sexiste avant même que le gouvernement n'adopte son énoncé de politique : *The Family Law Reform Act, 1978*, la *Courts of Justice Act, 1984*, la *Child and Family Services Act, 1984*, la *Loan and Trust Corporations Act, 1985*, ainsi que le projet de *Personal Property Security Act* (tel que présenté dans le rapport du Comité Catzman de 1984). La même remarque s'applique également à de nombreuses lois modificatrices, y compris d'importantes modifications apportées à la *Workers' Compensation Act* (qui fourmillait de renvois sexistes). Nous soulignons que ni nos premiers efforts dans le sens du style non sexiste, ni la politique du gouvernement à ce sujet n'ont fait l'objet de réactions négatives.

L'expérience que nous avons acquise dans l'utilisation de ce nouveau style de rédaction nous amène à formuler deux remarques. En premier lieu, le rédacteur législatif doit s'astreindre à la discipline d'utiliser ce style d'une façon uniforme. En second lieu, il faut parfois assurer à certains clients que la loi d'interprétation ne nous oblige nullement à

utiliser le masculin si l'on vise aussi le féminin. Aucun commentaire défavorable au sujet du style non sexiste des documents ontariens ne nous est parvenu de l'Assemblée législative, de la presse ou du public. À dire vrai, l'adoption de ce nouveau style a suscité très peu de commentaires, ce qui nous confirme dans notre opinion que «he or she» appartient bien à l'anglais parlé couramment, et que les lecteurs de nos textes tiennent cette expression pour reçue par le bon usage.

À notre avis, l'utilisation d'un style non sexiste en anglais se traduit également par une rédaction de meilleure qualité. La restructuration du texte qu'exige l'élimination des répétitions et des pronoms inutiles permet souvent d'obtenir des phrases à la fois plus claires et plus concises.

Les recommandations que nous formulons au sujet d'un style non sexiste en français n'exigent aucune modification profonde des méthodes, ni même des habitudes de rédaction. Il suffit que le rédacteur ait une attitude positive à l'égard de cette question, qu'il s'efforce d'éviter les tournures exclusivement masculines, qu'il utilise de préférence des termes épiciènes ou encore qu'il reformule certaines phrases au pluriel, lorsque le contexte s'y prête.

Recommandation

Nous recommandons que la Section de rédaction de la Conférence sur l'uniformisation des lois adopte, à l'égard de l'utilisation du langage non sexiste dans la rédaction des lois uniformes, une position qui reflète l'évolution que connaît la langue et que sanctionne l'usage. Une rédaction exempte de sexisme contribue à l'amélioration de la communication du message législatif et est nécessaire à l'obtention d'un texte dont l'énoncé reflète la langue courante. Le choix que pourrait éventuellement faire une compétence législative de revenir à l'ancien style ne serait alors qu'une question de style de rédaction et n'aurait aucune incidence sur l'objet de l'uniformisation.

Nous proposons que la Section de rédaction donne suite à notre recommandation en adoptant l'énoncé de politique suivant :

*Il convient d'éviter toute caractérisation sexuelle.**

Nous proposons en outre que la version anglaise des *Canadian Legislative Drafting Conventions* soit modifiée par adjonction de cet énoncé de politique sous le numéro d'article 13a, et que la version française éventuelle des *Conventions* comprenne aussi ce texte.

* Le texte de l'énoncé, avant d'être modifié par la Section de rédaction, était le suivant :
Les nouvelles lois uniformes doivent être rédigées de manière à éliminer toute référence spécifique à un sexe en particulier, sauf lorsque le contexte l'exige.

SEXIST LANGUAGE IN LEGISLATION

INTRODUCTION

This paper has been prepared for consideration by the Legislative Drafting Section of the Uniform Law Conference of Canada at its meeting to be held in Winnipeg on August 8 and 9, 1986.

Over the past year the Legislation Section of the Department of Justice in Ottawa has had to look carefully at the question of sexist language in legislation. It participated in the preparation of the Government Response to the Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights.

Part I of this paper sets out the Government Response, mentioned above, contained in a booklet entitled "Toward Equality". Part II includes some of the reasoning behind the approach the Legislation Section of the Department of Justice of Canada is taking with respect to the use of the pronoun "he" in legislation. Part III contains a brief response to the comments relating to the English version of legislation contained in the paper entitled "Sex and Gender in Legislative Drafting" that was prepared by members of the Office of the Legislative Counsel of Ontario. Included as a schedule is a more general paper prepared in August, 1985 entitled "Notes on the use of sexist language in legislation". That paper deals with nouns as well as pronouns.

PART I

(An extract from "Toward Equality", the Government response to the Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights)

Recommendation

72. We recommend that all federal laws henceforth be drafted in non-sexist language.

Response

The Government supports the principle that federal laws be drafted so as to avoid the use of sexist terms, and this is the policy of the Legislation Section of the Department of Justice, as elaborated below. This principle must be applied within the context of the current state of development of the language—English or French—and in such a way as not to unduly strain the language by deviating from accepted terminology and structures of the language or attempting to create new terminology. Furthermore, the principle should be balanced against another important goal, that of drafting laws in plain language, in a style that is easy to read.

The application of the principle of avoiding the use of sexist terms will vary depending on which language version of legislation is being considered. The practical problems differ for the English and French versions.

English-language Version

It is the policy of the Department of Justice to avoid, where possible, any nouns that might carry with them an unintended sexual connotation.

Pronouns in the English version of legislation, more specifically the pronoun “he,” are somewhat more difficult to deal with. There are those who would suggest that the pronoun “he” should never be used on its own in legislation to refer to a person whose sex is not identified. Because of this sensitivity, drafters have replaced the pronoun “he” with its corresponding noun where this is possible without creating an excessively cumbersome or ambiguous provision. Other techniques, such as drafting in the plural, may be used as well but may lead to ambiguity in certain situations.

It is sometimes suggested that the words “he or she” be substituted for the word “he” wherever it appears. This suggestion creates several problems. Perhaps the most obvious is that in much of our legislation, the pronoun, “he” replaces the word “person,” which includes corporations as well as living individuals. A simple substitution of “he or she” would not suffice in those cases. Another problem is that, even where a particular enactment relates only to living individuals, sometimes the subject matter is complex and involves a number of different individuals. Constant reference to “he or she” in these provisions can become very cumbersome and difficult to read. Since, for these reasons, the phrase “he or she” cannot be used consistently throughout our statutes, its use is avoided.

French-language Version

Whereas there are a large number of neutral terms in English, in French all nouns and adjectives are either masculine or feminine. For example, the word “personne” (person), which is feminine, when used with the adjective “physique” (physical) encompasses all humanity and when used with “morale” (moral) covers all associations, companies, corporations and other similar organizations. These examples show that in French the masculine and feminine are primarily grammatical categories and do not necessarily indicate sex or natural gender.

APPENDIX C

It is essential that there be no ambiguity in the law. It is, therefore, necessary to respect the rule of syntax that an adjective modifying a masculine noun and a feminine noun is masculine plural.

It is also necessary to rule out cumbersome graphic presentations in which the agreements for the two genders are given in parentheses or separated by slashes, such as: “Sous l’autorité du conseil d’administration, le (la) président/e est responsable de . . . et il (elle) est tenu/e . . . etc.” There are practical ways of avoiding this problem in cases where it might be necessary to refer to the two genders, such as using the plural or nouns such as “personne.” It is obviously not possible to set rigid rules. Each law must be drafted according to its particular circumstances, with all possible care being taken to avoid any ambiguity or redundancy.

Interpretation Act

It has been noted in *Equality For All* that subsection 26(6) of the *Interpretation Act* provides that “words importing male persons include female persons and corporations.” The Government recognizes that this one-way presumption has sexist overtones and will, for that reason, introduce an amendment to that provision to provide the converse rule. This proposal would allow, for example, for the use of the pronoun “she” in legislation where the incumbent of a position is female. Should a male person replace her, no legal problems would have been created.

The policy reflected in this response will be in effect beginning on March 4, 1986.

Recommandation

72. Nous recommandons que dorénavant toutes les lois fédérales soient rédigées dans un langage non sexiste.

Réponse

Le gouvernement souscrit au principe voulant que les lois fédérales soient rédigées dans des termes non sexistes; c’est d’ailleurs la politique de la Section de la législation du ministère de la Justice, comme on l’explique plus loin. Ce principe doit aussi être appliqué dans le contexte de l’état actuel de la langue—française ou anglaise—et de façon à ne pas poser de contraintes linguistiques inutiles en s’écarter de la terminologie, des structures linguistiques et des règles de grammaire acceptées, ou en inventant des termes insolites. De plus, le principe doit être conforme à un objectif très important, c’est-à-dire la rédaction des lois dans un langage clair et sobre.

L'application de ce principe variera toutefois selon qu'il s'agira de la version française ou anglaise. En effet, les problèmes d'ordre pratique en cette matière diffèrent d'une langue officielle à l'autre.

Version française

Alors que l'on trouve en anglais un grand nombre de termes neutres, la situation est différente en français, où la langue se partage uniquement entre substantifs et adjectifs masculins et féminins. Est, par exemple, féminin le mot «personne» qui, d'une part, accompagné de l'adjectif «physique», englob toute l'humanité, et qui, d'autre part, accompagné de «morale», s'entend, en droit, de toutes associations, compagnies, corporations et autres organismes de même nature. Ces exemples montrent bien qu'en français le masculin et le féminin sont avant tout des catégories grammaticales et non pas nécessairement une indication de sexe ou du genre naturel.

Il est essentiel que la loi ne contienne aucune ambiguïté. Il s'impose donc que soit respectée intégralement la règle de syntaxe selon laquelle l'adjectif se rapportant à un nom masculin et à un nom féminin se met au masculin pluriel.

Il s'impose aussi que soient proscrites les lourdes présentations graphiques où les accords applicables aux deux genres sont intercalés entre parenthèses ou séparés par des barres obliques, telles que «sous l'autorité du conseil d'administration, le (la) président/e est responsable de . . . et il (elle) est tenu/e . . . etc.» En effet, des solutions pratiques existent pour éviter cette calamité dans les cas où il pourrait être nécessaire d'indiquer les deux genres, par exemple l'utilisation du pluriel ou de substantifs neutres comme «personne». On ne saurait évidemment fixer de règles rigides, chaque texte devant être établi selon les circonstances qui lui sont propres, toutes précautions étant prises pour éviter les ambiguïtés et les redondances.

Version anglaise

Le ministère de la Justice a pour politique d'éviter d'employer, chaque fois que cela est possible, des substantifs qui pourraient avoir une connotation sexiste involontaire.

Par contre, dans les lois, la question des pronoms, et plus précisément le pronom «he» (il), est un peu plus difficile à aborder. D'aucuns prétendent que ce pronom ne devrait jamais être utilisé seul pour désigner une personne de l'un ou l'autre sexe. Pour faire droit à cette inquiétude, les rédacteurs ont remplacé le pronom «he» par le nom auquel il correspond lorsqu'il est possible de le faire sans aboutir à une

APPENDIX C

disposition trop lourde ou ambiguë. On peut aussi utiliser d'autres moyens, comme l'emploi du pluriel, mais cette solution peut créer des ambiguïtés dans certains cas.

D'autres suggèrent qu'on remplace «he» par «he or she» (il ou elle) dans tous les cas où il se présente. Cette solution poserait plusieurs problèmes. Le plus évident est peut-être le fait que, dans beaucoup de nos textes de loi, le pronom «he» remplace le mot «person» (personne), qui comprend les «corporations» (personnes morales) aussi bien que les individus. Donc, dans ces cas, la simple substitution des mots «he or she» ne serait pas satisfaisante. Elle entraînerait aussi un autre problème : même dans les textes de loi qui ne concernent que des individus, l'objet de la loi est parfois complexe et met en cause un certain nombre de personnes différentes. La répétition continuelle de «he or she» pourrait alors engendrer un style très lourd et peu élégant. Étant donné que pour ces raisons «he or she» ne peut être utilisé de façon constante dans nos lois, on évite son emploi.

Loi d'interprétation

Il existe déjà au paragraphe 26(6) de la *Loi d'interprétation*, comme en fait foi le rapport *Égalité pour tous*, des dispositions prévoyant que les mots qui désignent les personnes du sexe masculin s'entendent également des personnes du sexe féminin. Même si en français, comme il a été dit plus haut, les genres masculin et féminin sont d'abord des catégories grammaticales, le gouvernement reconnaît que cette présomption unilatérale a des connotations sexistes. Le gouvernement est donc disposé à faire modifier la *Loi d'interprétation* en vue de prévoir que dans un texte visant des personnes, chaque genre comprend les deux sexes. Il serait alors possible, par exemple, d'utiliser «elle» dans une loi pour désigner le titulaire d'un poste lorsqu'il s'agit d'une femme. Grâce à cette règle il n'y aurait pas de problème d'ordre juridique si plus tard un homme devenait titulaire de ce poste.

La politique énoncée dans le présent document entre en vigueur le 4 mars 1986.

PART II

The Federal Experience

The Legislation Section of the Department of Justice of Canada has been facing for almost ten years now suggestions that the pronoun "he" be eliminated in statutes unless the pronoun "she" is also used.

At the federal level the Legislation Section has taken the approach of avoiding, where possible, the use of pronouns, but we do not endorse

the wholesale removal of the pronoun “he” and its related pronominal or adjectival forms from our Statutes. Nor do we endorse the substitution of phrases such as “he or she”.

The pronoun “he” has two well-established functions. It has the function of replacing a reference to a male person. It also has the function of replacing a reference to any person when the question of sex is not relevant. Most of our legislation is read in the abstract and no one is imagining a male or a female when an individual is referred to. While the practice of using the phrase “he or she” is perhaps on some occasions useful and appropriate in informal documents, it is distracting and inappropriate in statutes.

Aside from stylistic clumsiness, the difficulty with a legislative style that utilizes the phrase “he or she” or, in certain cases, “he, she or it” is that it imposes on the reader the distraction of thinking about the sex of the individual concerned. This distraction is in most cases totally unnecessary.

Once the step is taken of using “he or she” in legislation, it is necessary to do so everywhere to avoid interpretation problems. For this reason, the Legislation Section of the Department of Justice of Canada is reluctant to use “he or she” anywhere in federal statutes.

The more jurisdictions that take up the practice of using “he or she” the more intense the pressure will become to have other jurisdictions follow suit. Consequently, what any of us do in this regard is important to all of us.

It is too early to say whether the pressure to use “he or she” will increase or diminish in the future.

Drafters should not jump too quickly – we must follow, not lead, the forces of change in language. In the meantime, we are taking the approach of minimizing the use of pronouns in our legislation, but not of abandoning them altogether. Pronouns are an important part of the English language and should be used when they are needed.

On a practical level, we have found that we can eliminate a great many references to “he” and its related forms with the substitution of the appropriate noun. This does, in fact, on occasion serve to clarify a particular provision. However, there are other occasions when to remove the pronoun “he” and replace it with a noun is to create an ambiguity, or an awkwardness, or both. For example, in the phrase “. . . the Minister may, where in the opinion of the Minister, . . .”, I am left wondering whether we are talking about two different ministers. I am sure no one would suggest that this structure is normal English.

APPENDIX C

Over the past year there have been several occasions when the use of the pronoun “he” and its related forms throughout a particular Bill has been subjected to criticism at a Parliamentary Committee studying the Bill. Before the federal government policy statement was released, when challenged, we simply changed all personal pronouns to the corresponding nouns regardless of how heavy that made the provision in question.

Now that the government policy has been released, we are taking particular care in the drafting of our legislation to use nouns wherever we can without unduly damaging the clarity or simplicity of the language. There are of course a number of occasions when the decision as to whether to use the pronoun or noun is marginal. Consequently, we will probably still be faced with a few last minute amendments in Committee when a Member of Parliament objects to a particular decision.

Since the government policy has been released, we have not been asked to carry out a wholesale removal of the pronoun “he” in any Bill. In one case (a Bill drafted some time ago and without an eye to the problem), we removed about three-quarters of the pronouns. In another Bill, where we had exercised some care with our use of pronouns, we did not have to make any changes (even though there were forty-seven references to “he”, “his”, “him” or “himself” throughout the Bill). We had highlighted for the client Minister six references that could have been changed without undue damage, but, in the final analysis, the Bill was passed in its original form.

This is a complex problem and we should not take irrevocable stands for the next few years as we deal with it. As mentioned earlier, the Legislation Section of the Department of Justice in Ottawa has been dealing with it for some time. I point, for example, to the federal *Access to Information Act* and the *Privacy Act*, both of which were prepared in the late 70's, and to the Canadian Charter of Rights and Freedoms. None of these use any form of the pronoun “he”. The elimination of the pronoun was possible for those pieces of legislation because they do not focus on many different individuals. This approach is not always so easy to apply.

PART III

Response to the Ontario Paper

I would like to make two comments on the Ontario paper entitled “Sex and Gender in Legislative Drafting”.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

1. The first and most important thing to note is that the recommended addition to the Canadian Legislative Drafting Conventions, namely,

“13a. New Uniform Acts should be drafted without sex-specific references, except if the context requires them”

is not clear and does not adequately address the issues we must grapple with. The issues, as I see them, are

- whether we should ever use the words “he”, “his”, “him” and “himself” in our draft Acts without their feminine counterparts,
- whether we should ever use the expression “he or she” or “he, she or it”, as appropriate, and
- whether we should always replace personal pronouns with nouns (or eliminate them in some other way).

I suspect that these are the only major issues in respect of which the various drafters across Canada do not agree and should be addressed as such. To propose a general statement such as the Ontario proposal is to avoid the important questions. Those of us who continue to use the words “he”, “his”, “him” and “himself” without adding the parallel “she”, “her” and “herself” in legislation do not see them as “sex-specific references”.

My first recommendation is that we avoid adding any new rule to the Canadian Legislative Drafting Conventions on this subject since we do not have a sufficiently high level of consensus on what it should be. The Ontario proposal is too general and the reader will read his own bias into it.

Alternatively, if we do add something to the Conventions, it should be more specific. I would propose something along the following lines:

“13a. New Uniform Acts should avoid language that will offend sensitivities relating to sexist language. The pronoun “he” and its related pronominal and adjectival forms should be avoided, by restructuring provisions or by substituting appropriate nouns, but only where this is possible without rendering provisions awkward or ambiguous. Joint expressions such as “he or she” should be avoided.”

2. It is submitted in the Ontario paper (in Item 2 under the heading “Basic Principles”) that “persons of either sex who are “targetted” by a provision should clearly understand this without having to convert the

APPENDIX C

text by looking in an obscure place, (i.e. an interpretation act)". I would submit that the relevant *Interpretation Act* provisions are there for greater certainty and merely confirm what a reasonable person would expect. The reason why the pronoun "he" includes members of both sexes is not because the *Interpretation Act* says so but because that is a function that the pronoun "he" has traditionally played in the English language. In the provisions where "he" is used in its general sense, questions of sex are simply not relevant.

The suggestion that we replace our pronoun "he" with "he or she" is a reaction to case-law of a century ago. That case-law went to amazing lengths to exclude women from the ambit of certain laws. For example, even in the face of an *Interpretation Act* provision along the lines of our modern ones relating to the pronoun "he", the courts held that provisions conferring the right to vote on certain "persons" did not confer that right on women. Those cases were a reflection of their times. Today, the mood of society has changed radically. No one today would suggest that a law does not apply to women unless the law very precisely stipulated that it does not apply. It is no longer necessary to take extraordinary measures with our language to ensure that women are included in the ambit of general provisions.

CONCLUSION

We are faced with competing demands. One is to produce plain language legislation that adheres to the common usage of our language. The other is to respond to pressure groups who wish to use our legislation to make a point.

It is evident that we live in a world of political realities. It is evident that we must respond to some degree to the concerns of those who are exerting political pressure. It is evident, as well, that we must proceed with caution and that we must not allow ourselves to lose sight of our primary function, which is to produce coherent, comprehensible legislation in the current language of the day.

It is recommended that we not adopt the Ontario proposal. If it is felt by the Conference to be necessary to include a rule on sexist language in the Canadian Legislative Drafting Conventions, it is recommended that we adopt a more specific one, along the lines of the one proposed in Part III.

SCHEDULE

August 28, 1985

Notes on the use of sexist language in legislation

From time to time questions arise in connection with perceived discrimination based on word usage. It may be suggested that some terminology used in our federal legislation, while not containing substantive discrimination between the sexes, may utilize words that demean or ignore women.

This note does not deal with substantive discrimination, but deals only with linguistic issues. Problems arise in connection with the use of nouns and in connection with the use of pronouns, the latter being the most problematic.

Nouns

With respect to nouns, the English language is full of words that have, or that had at an earlier time, a masculine connotation. I list below four groups of such words:

1. waiter
2. man, fireman, chairman
3. aviator, prosecutor
4. lawyer, doctor, virtue, fraternity

The above listed words have, to a greater or lesser degree, a masculine connotation attached to them.

With respect to Group 1, the term "waiter" represents those words that have a well established feminine counterpart, in the case of waiter the counterpart being "waitress". Few people would feel comfortable using the term "waiter" alone unless they wished to give some idea that we only wanted to cover male persons who wait tables. In our legislation, we would probably say "waiter or waitress", a general substitute not being available.

With respect to Group 2, this group is perhaps the most problematic. The word "man" has two well-established meanings, one being "a member of the male sex", another being "a member of the human species". Normally, when used in its general sense, the meaning of the word "man" is quite clear in its context (eg. "Man does not live by bread alone"). On the other hand, sensitivities are such that we try to avoid usages of terms that include "man", utilizing alternatives when there exist established alternatives in our

APPENDIX C

language. For example, we could substitute “fire fighter” for the term “fireman”.

With respect to Group 3, words such as “aviator” have feminine counterparts which are not at all frequently used. We might use the word “aviator” to cover both male and female flyers, or we might try to find an alternative word. We would be unlikely to use the word “aviatrix” because of its rarity.

With respect to Group 4, these words have effectively lost the masculine connotation they originally had. “Lawyer” and “doctor” contain the suffixes “er” and “or” which were in times past indications of masculine gender. The words “virtue” and “fraternity” both contain Latin roots of words relating to male persons. I don’t believe there are many who would find these words offensive. Consequently, we would tend to use these words.

As you can see, there can be no absolute rule as to when a noun is acceptable or unacceptable. It is a matter of assessing current sensitivities in relation to sexist language, bearing in mind the state of evolution of the English language, in order to determine whether the use of a particular word is politically acceptable.

Pronouns

With respect to pronouns, objections that are raised relate to the use of the third person singular, more particularly to the use of the word “he”.

Our language and our legislation are full of the pronoun “he”. While the pronoun “he” often refers back to a male individual, it more frequently refers to nouns that relate to individuals or persons without reference to their sex. Without going into a long linguistic explanation, suffice it to say that the term “he” reflects the last vestige of gender in the English language in that the non-sex-specific words that it replaces were originally of the masculine gender.

This pronoun “he” raises the ire of certain persons who are vigilant against sexist terminology. I believe we have only four options with respect to the use of the term “he” in legislation.

1. Leave the word “he” where it naturally appears in our language as being a term of gender, not sex.
2. Avoid all pronouns, replacing them with the nouns to which they refer.

3. Draft all laws in the plural.
4. Replace “he” by the words “he or she” or “he, she or it”, as the context requires.

At the present time, the Legislation Section has taken the approach of avoiding pronouns where they can be eliminated and replaced by their corresponding noun without unduly straining the language. Where they cannot be conveniently replaced, we have left the pronoun “he” to do its normal work.

Below are some advantages and disadvantages of the four approaches.

1. Leaving the language as it presently stands with the pronoun “he” in its normal usage is the approach that allows us to use the English language at its best. It is at its clearest and least cumbersome when it is not forced into artificial structures.
2. Avoiding pronouns is a useful technique to eliminate complaints with respect to the use of the term “he”. It does result in some cumbersome formulations in some cases. Certain legislation lends itself more easily to this approach than other legislation. Generally, we have avoided the use of the pronoun “he” in legislation that is of particular interest to persons who are likely to object to its use in legislation.
3. Drafting everything in the plural is problematic. It may work in certain instances; in other cases it results in a loss of clarity.
4. It is frequently suggested that we substitute the words “he or she” for the word “he” where it appears. In many instances this would result in very cumbersome provisions. There is as well an additional defect in this suggestion. Frequently it is the word “person” that is being replaced by the word “he”. The word “person” in our legislation includes corporations. I don’t think anybody would seriously suggest that we use the phrase “he, she or it” throughout our statutes to replace the word “person”.

As you can see, from a linguistic point of view, by far the preferable option presented is the first one. This is all the more so because of the recent intense pressure towards plain language drafting. What plain language drafting means, of course, is drafting in such a way that the material being drafted is easy to read.

APPENDIX C

On the other hand, there is significant pressure brought to bear from time to time to eliminate so called sexist language and frequently the word “he” comes under attack.

The solution that the Legislation Section has found to date is to avoid the use of the pronoun “he” where possible, taking particular care in sensitive subject areas.

Interpretation Act

One provision that comes under attack from time to time in our legislation is subsection 26(6) of the *Interpretation Act* which reads:

Gender “(6) Words importing male persons include female persons and corporations.”

We have concluded that an amendment to this provision would not do any particular harm and might give significant satisfaction to those groups that are seeking reform in connection with sexist language.

There appears to be no reason why we could not include in that provision the reverse rule along the following lines:

“Words importing female persons include male persons and corporations.”

Indeed, such a proposal would have the advantage of enabling us to use the pronoun “she” in cases where statutes refer to a position the incumbent of which is known to be a female person. Should a subsequent holder of such a position be a male, no legal problems would have been created.

Mary Dawson, Q.C.

APPENDIX D

(See page 32)

AUDITORS' REPORT

To the Members of the
Uniform Law Conference of Canada:

We have examined the statement of receipts and disbursements and cash position of the Uniform Law Conference of Canada for the year ended June 30, 1986. Our examination was made in accordance with generally accepted auditing standards, and accordingly included such tests and other procedures as we considered necessary in the circumstances.

In our opinion, this statement presents fairly the cash position of the organization as at June 30, 1986 and the cash transactions for the year then ended, in accordance with the basis of accounting described in Note 1 to the statement applied on a basis consistent with that of the preceding period.

Saint John, Canada
July 16, 1986.

Clarkson Gordon
Chartered Accountants

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

Statement of Receipts and Disbursements and Cash Position Year Ended June 30, 1986

	General Fund	Research Fund	Total 1986	Total 1985
Receipts:				
Annual contributions	\$46,000		\$46,000	\$51,500
Government of Canada		\$ 1,107	1,107	619
Interest	4,531		4,531	6,603
Other				19
	<u>50,531</u>	<u>1,107</u>	<u>51,638</u>	<u>58,741</u>
Disbursements:				
Printing	22,119		22,119	27,867
Executive Director honorarium .	18,519		18,519	17,637
Secretarial services	4,234		4,234	3,058
National Conference of Commissions on Uniform State Laws	209		209	
Executive travel	8,191		8,191	3,319
Annual meeting	3,403		3,403	941
Professional fees	677		677	1,218
Postage	734		734	605
Stationery	971		971	483
Miscellaneous	10	2	12	5
Telephone	1,200		1,200	720
Sale of Goods Project		125	125	707
Personal Property Security Project		996	996	400
Uncitral Law on International Commercial Arbitration Project		4,000	4,000	
	<u>60,267</u>	<u>5,123</u>	<u>65,390</u>	<u>56,960</u>
Excess (deficiency) of receipts over disbursements	(9,736)	(4,016)	(13,752)	1,781
Cash position, beginning of year ...	<u>19,732</u>	<u>73,893</u>	<u>93,625</u>	<u>91,844</u>
Cash position, end of year	<u>\$ 9,996</u>	<u>\$69,877</u>	<u>\$79,873</u>	<u>\$93,625</u>
Cash position consists of:				
Term deposits		\$65,000	\$65,000	\$29,466
Current account	\$ 9,996	4,877	14,873	64,159
	<u>\$ 9,996</u>	<u>\$69,877</u>	<u>\$79,873</u>	<u>\$93,625</u>

(See accompanying notes)

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

Notes to the Statement of Receipts and Disbursements and Cash Position June 30, 1986

1. *Accounting policies*

The accompanying statement of receipts and disbursements and cash position reflects only the cash transactions of the organization during the year.

This statement is prepared on a fund basis. The Research Fund includes the receipts and disbursements for specific projects. The General Fund includes the receipts and disbursements for all other activities of the organization.

2. *Tax status*

The Conference qualifies as a non-profit organization and is exempt from income taxes.

APPENDIX E

(See page 32)

EXECUTIVE DIRECTOR'S REPORT

I want to say a few words about the publication and distribution of our Proceedings.

The minutes of the Uniform Law Section are distributed to all members of that Section within two or three months after the close of the meeting. If the Legislative Drafting Section and the Criminal Law Section would like their minutes distributed to their respective members the same way, I would gladly do so. In this way, not only the Uniform Law Section members, but all members of the Conference would know what was decided at the last meeting, and what has to be done for the next meeting and by whom. This should overcome the inconvenience caused by the delay necessary or desirable to publish the Proceedings.

It has been suggested that the Proceedings should be published with less than a three month delay. At the present time, there is a ten month delay. This is not necessary, but strange to say, it may be desirable. Usually reports and draft Acts are adopted as presented at the meeting, but not always. Some of the Acts are adopted subject to the November 30 Rule. But the main cause for delay is the adoption of Acts subject to completion, revision or translation after the meeting. This takes time depending on the availability of members assigned to do the job.

To get the Proceedings out in June, as is now the case, press time has to be called in March or April at the latest. Even now, some of the material that should go in the Proceedings is not available at press time. To call press time any earlier would increase the amount of material that should go in but is not available.

APPENDICE F

(Voir page 33)

MODIFICATIONS SUGGÉRÉES À LA LOI UNIFORME SUR LA COMPÉTENCE ET L'EXÉCUTION DES JUGEMENTS EN MATIÈRE DE GARDE D'ENFANTS

(Enlèvement interprovincial d'enfants)

Les commissaires du Québec

À sa réunion de 1985, à Halifax, la Conférence a adopté un certain nombre de principes qui visent à appliquer en matière d'enlèvement interprovincial d'enfants des solutions analogues à celles que prévoit la *Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*. Nous avons été chargés de préparer un projet de loi qui exprimerait ces principes. La meilleure façon de réaliser cette tâche, à notre avis, est de suggérer les modifications suivantes à la *Loi uniforme sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière de garde d'enfants*:

Nouvel article 2A

AUTORITÉ CENTRALE – (1) Le Lieutenant-gouverneur en conseil désigne une Autorité centrale pour accomplir les fonctions attribuées à cette Autorité par la présente loi.

DEMANDE – (2) Une demande d'aide peut être adressée à l'Autorité centrale de (*compétence législative*) tant par une personne qui réside en (*compétence législative*) que par une personne résidante ou une Autorité centrale d'une autre province ou d'un autre territoire du Canada, en vue d'assurer

(a) le retour d'un enfant qui a été déplacé ou retenu en violation d'un droit de garde, attribué à un ou plusieurs titulaires par le droit de (*compétence législative*) ou d'une autre province ou d'un autre territoire du Canada dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour, si, au moment du déplacement ou du non-retour, ce droit était exercé de façon effective ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus;

(b) le retour d'un enfant qui a été déplacé ou retenu alors qu'une instance visant à déterminer ou à modifier le droit de garde a été introduite en (*compétence législative*) ou dans une autre province ou un autre territoire du Canada où l'enfant avait sa résidence habituelle et que ce déplacement ou ce non-retour risque d'empêcher l'exécution de la décision qui doit être rendue; ou

APPENDICE F

(c) l'exercice interprovincial paisible du droit de visite attribué par le droit de (*compétence législative*) ou d'une autre province ou d'un autre territoire du Canada dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle.

TRANSMISSION DE LA DEMANDE – (3) L'Autorité centrale de (*compétence législative*) transmet immédiatement la demande à l'Autorité centrale de la province ou du territoire

(a) où elle est exécutable, conformément à son libellé; ou

(b) où l'Autorité centrale de (*compétence législative*) a des motifs de croire que l'enfant se trouve et, dans ce cas, elle en informe le demandeur ou, le cas échéant, l'Autorité centrale qui lui a transmis la demande.

EXÉCUTION FORCÉE – (4) Sous réserve du paragraphe (6), des qu'elle reçoit une demande exécutable en (*compétence législative*), l'Autorité centrale de (*compétence législative*) doit prendre ou s'assurer que soient prises toutes les mesures appropriées, suivant les circonstances, pour

(a) localiser tout enfant visé dans la demande;

(b) sauvegarder la sécurité de cet enfant et prévenir des préjudices pour les parties concernées;

(c) assurer la remise volontaire de cet enfant ou faciliter une solution à l'amiable;

(d) introduire ou favoriser l'introduction d'une procédure judiciaire en vue d'assurer le retour rapide et sans danger de cet enfant dans la province ou le territoire de sa résidence habituelle ou d'organiser ou de protéger le droit de visite et les conditions auxquelles l'exercice de ce droit pourrait être soumis.

DEVOIR D'AGIR D'URGENCE – (5) L'Autorité centrale doit appliquer d'urgence les mesures prévues au paragraphe (4).

DEMANDE NON FONDÉE – (6) L'Autorité centrale n'est pas tenue d'agir conformément au paragraphe (4) si elle est d'avis que la demande est manifestement non fondée. En ce cas, elle informe immédiatement de ses motifs le demandeur ou, le cas échéant, l'Autorité centrale qui lui a transmis la demande.

FRAIS – (7) Sous réserve du paragraphe (8), les services fournis par l'Autorité centrale ou en son nom en relation avec les demandes introduites en application du présent article sont gratuits.

RÉCOUVREMENT DES FRAIS – (8) L'Autorité centrale peut

(a) réclamer du demandeur le paiement des dépenses causées ou qui seraient causées par les opérations liées au retour de l'enfant et, si ce demandeur n'est pas admissible à l'aide juridique en vertu de (*Loi pertinente*), les frais de justice ainsi que les frais liés à l'assistance ou à la représentation juridique, et

(b) demander au tribunal, si des procédures judiciaires sont nécessaires pour obtenir le retour de l'enfant ou la protection du droit de visite, une ordonnance mettant à la charge de la personne qui a déplacé ou retenu l'enfant, ou qui a empêché l'exercice du droit de visite, le paiement de tous frais nécessaires engagés au nom du demandeur.

CARACTÈRE FACULTATIF DE LA DEMANDE – (9) Le présent article n'empêche pas celui qui prétend qu'il y a eu une violation du droit de garde ou de visite de s'adresser directement à tout tribunal compétent au Canada pour obtenir

(a) l'exécution ou la modification de ces droits, et

(b) le recouvrement de ses frais de la part de la personne qui a déplacé ou retenu l'enfant, ou qui a empêché l'exercice du droit de visite.

Article 6 – Biffer le paragraphe (a)

Nouvel article 6A

RETOUR D'UN ENFANT DÉPLACÉ OU RETENU ILLICITEMENT – (1) Sous réserve du paragraphe 6A(2), lorsqu'un enfant qui se trouve en (*compétence législative*) a été déplacé ou retenu illicitement, le tribunal de (*compétence législative*), sur demande, ordonne son retour à l'endroit jugé approprié lorsque, au moment de l'introduction de la demande devant le tribunal,

(a) une période de moins d'un an s'est écoulée depuis le déplacement ou le non-retour, ou

(b) une période de plus d'un an s'est écoulée depuis le déplacement ou le non-retour et il est prouvé que le retour sera dans l'intérêt de l'enfant.

MOTIFS DE REFUSER LE RETOUR DE L'ENFANT – (2) Le tribunal peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant si

(a) celui qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque de déplacement ou du non-retour ou avait consenti ou a acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour;

APPENDICE F

(b) il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique ou, de toute autre manière, ne le place dans une situation intolérable; ou

(c) le tribunal constate que l'enfant s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion.

DÉCISIONS RELATIVES À LA GARDE DE L'ENFANT - (3) Le tribunal de (*compétence législative*), après avoir été informé qu'un enfant a été déplacé ou est retenu illicitement en (*compétence législative*), ne peut décider de la garde de cet enfant si les conditions prévues par le présent article pour le retour de l'enfant peuvent être satisfaites, ou si une demande de retour peut être présentée dans un délai raisonnable, et le seul fait qu'une décision relative à la garde ait été rendue ou soit susceptible d'être reconnue en (*compétence législative*) ne peut justifier le refus d'ordonner le retour de l'enfant.

Nouvel article 19

RECEVABILITÉ DE CERTAINS DOCUMENTS DEVANT LE TRIBUNAL – Toute demande soumise à l'Autorité centrale de (*compétence législative*) ou à l'Autorité centrale d'une province ou d'un territoire du Canada ou présentée directement au tribunal de (*compétence législative*) ou d'une province ou d'un territoire du Canada, en application de la présente loi, ainsi que tout document ou information qui y est annexé ou qui est fourni par une Autorité centrale, sont recevables devant le tribunal de (*compétence législative*).

Nouvel article 20

CAUTION – Aucune caution ne peut être imposée pour garantir le paiement des frais et dépens à l'occasion des procédures judiciaires liées à une demande de retour d'un enfant ou d'organisation des droits de visite.

Nouvel article 21

RÈGLEMENT – Le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement, préciser les informations requises et les documents qui doivent être fournis avec les demandes faites à l'Autorité centrale de (*compétence législative*) suivant le paragraphe 2A(2) de la présente loi.

**PROPOSED AMENDMENTS TO THE UNIFORM
CUSTODY JURISDICTION AND ENFORCEMENT ACT**

(Interprovincial Child Abduction)

Québec Commissioners

At its 1985 meeting, in Halifax, the Conference adopted a number of principles that aim to apply in matters of interprovincial child abduction solutions similar to those set out in the *Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*. We were instructed to prepare a draft act to implement these principles. The best way to achieve this task, in our opinion, is to suggest the following amendments to the *Uniform Custody Jurisdiction and Enforcement Act*:

New Section 2A

CENTRAL AUTHORITY - (1) The Lieutenant Governor in Council shall designate a Central Authority to discharge the functions ascribed to that Authority by this Act.

APPLICATION - (2) An application for assistance may be presented to the Central Authority of (*enacting jurisdiction*) by a resident of (*enacting jurisdiction*), as well as by a resident or a Central Authority of another province or territory of Canada, to secure

(a) the return of a child who has been removed or retained in breach of custody rights attributed to one or several persons or bodies under the law of (*enacting jurisdiction*) or of another province or territory of Canada in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention, if, at the time of removal or retention, those rights were actually exercised or would have been so exercised but for the removal or retention;

(b) the return of a child who has been removed or retained when proceedings for determining or modifying custody rights have been introduced in (*enacting jurisdiction*) or in another province or territory of Canada where the child was habitually resident and the removal or retention might prevent the execution of the decision to be rendered; or

(c) the interprovincial peaceful enjoyment of access rights attributed under the law of (*enacting jurisdiction*) or of another province or territory of Canada in which the child is habitually resident.

APPENDIX F

TRANSMISSION OF THE APPLICATION – (3) The Central Authority of (*enacting jurisdiction*) shall forthwith transmit the application to the Central Authority of the province or territory

(a) where it is executable, according to its wording; or

(b) where the Central Authority of (*enacting jurisdiction*) has reason to believe that the child is and, in that case, shall so inform the applicant or the Central Authority through which the application was submitted, as the case may be.

ENFORCEMENT – (4) Subject to subsection (6), on receipt of an application executable in (*enacting jurisdiction*), the Central Authority of (*enacting jurisdiction*), either directly or through any intermediary, shall take all appropriate measures, as the case may be,

(a) to discover the whereabouts of any child to which the application relates;

(b) to safeguard the safety of any such child and prevent prejudice to any interested party;

(c) to secure the voluntary return of any such child or to bring about an amicable resolution of the issues;

(d) to initiate or facilitate the institution of judicial proceedings with a view to securing the prompt and safe return of any such child to the province or territory of his habitual residence or to organizing or protecting access rights and securing respect for the conditions to which the exercise of these rights may be subject.

DUTY TO ACT EXPEDITIOUSLY – (5) The Central Authority shall act expeditiously in taking the measures provided for in subsection (4).

APPLICATION UNFOUNDED – (6) The Central Authority shall not be bound to act in accordance with subsection (4) if it is of the opinion that the application is manifestly unfounded. In that case, the Central Authority shall forthwith inform the applicant or the Central Authority through which the application was submitted, as the case may be, of its reasons.

CHARGES – (7) Subject to subsection (8), the services provided by the Central Authority or on its behalf in relation to applications submitted under this section are free of charge.

RECOVERY OF EXPENSES – (8) The Central Authority may

(a) require the applicant to pay the expenses incurred or to be incurred in implementing the return of the child and, if he or she is

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

ineligible for legal aid under the (*appropriate Act*), court costs as well as costs arising from legal aid or legal representation; and

(b) apply to the court, if judicial proceedings are required for the return of the child or the protection of access rights, to have an order directing the person who removed or retained the child, or who prevented the exercise of access rights, to pay necessary expenses incurred on behalf of the applicant.

OPTIONAL CHARACTER OF THE APPLICATION – (9) This section shall not preclude any person who claims that there has been a breach of custody or access rights from applying directly to any competent court in Canada

(a) for the enforcement or modification of the rights in question, and

b) for the recovery of his or her expenses from the person who removed or retained the child, or who prevented the exercise of access rights.

Section 6 – Delete subsection (a)

New Section 6A

RETURN OF A CHILD WRONGFULLY REMOVED OR RETAINED – (1) Subject to subsection 6A(2), where a child who is in (*enacting jurisdiction*) has been wrongfully removed or retained, the court in (*enacting jurisdiction*), upon application, shall order the return of the child to such place as the court considers appropriate where, at the time of commencement of the proceedings before the court,

(a) a period of less than one year has elapsed from the date of the removal or retention, or

(b) a period of more than one year has elapsed from the date of the removal or retention and it is proved that the return will be in the best interests of the child.

GROUND FOR REFUSING TO RETURN THE CHILD – (2) The court may refuse to order the return of the child if

(a) the person having the care of the person of the child was not actually exercising the custody rights at the time of removal or retention, or had consented to or subsequently acquiesced in the removal or retention;

APPENDIX F

(b) there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation; or

(c) it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of his or her views.

DECISIONS RELATING TO CUSTODY OF THE CHILD –
(3) The court in (*enacting jurisdiction*), after having been notified that a child has been wrongfully removed or retained in (*enacting jurisdiction*), shall not decide on the custody of the child if the conditions set out in this section for the return of the child may be fulfilled, or if an application for his or her return may be made within a reasonable time, and the sole fact that a decision relating to custody has been given in or is entitled to recognition in (*enacting jurisdiction*) shall not be a ground for refusing to order the return of the child.

New Section 19

ADMISSIBILITY OF SOME DOCUMENTS IN COURT – Any application submitted to the Central Authority of (*enacting jurisdiction*) or to the Central Authority of a province or territory of Canada or directly to the court of (*enacting jurisdiction*) or of a province or territory of Canada in accordance with the terms of this Act, together with documents and any other information appended thereto or provided by a Central Authority, shall be admissible in the court of (*enacting jurisdiction*).

New Section 20

SECURITY FOR COSTS – No security shall be required to guarantee the payment of costs and expenses in the judicial proceedings related to an application for the return of a child or the organization of access rights.

New Section 21

REGULATION – The Lieutenant Governor in Council can, by regulation, specify the information required in, and documents to be provided with, any applications made to the Central Authority of (*enacting jurisdiction*) under subsection 2A(2) of this Act.

**SUMMARY OF PROPOSED AMENDMENTS TO
THE UNIFORM CUSTODY JURISDICTION
AND ENFORCEMENT ACT:**

- (i) Add section 2A(1)-(9) to create and empower a Central Authority;
- (ii) Delete section 6(a);
- (iii) Add section 6A(1)-(3) with respect to the return of a child;
- (iv) Add section 19 with respect to the admissibility of documents from another jurisdiction;
- (v) Add section 20 with respect to security for costs;
- (vi) Add section 21 which grants regulation-making authority.

In this letter I propose to provide some comments on the six proposals and provide you with my suggestions for the treatment of this issue at the upcoming conference in Winnipeg.

- (i) Add section 2A (1)-(9) to create and empower a Central Authority:

Subsection 1 of the new section 2A has its origins in Article 6 of the Hague Convention. It would appear that an amendment such as this, to the *Uniform Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, would be a duplication of section 2(1) of the *Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act* which states as follows:

“There shall be a Director of Maintenance and Custody Enforcement who shall be appointed by the Lieutenant Governor in Council.”

Do you see a distinction between the Director of Maintenance and Custody Enforcement and the Central Authority? Is there any reason why the current Director under the *Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act* could not be, and perform the duties of, the Central Authority?

Subsection 2 of the new section 2A, dealing with an application to secure a child, is designed to permit a resident or Central Authority to apply for assistance in obtaining the return of a child. However, section 3(1) of the *Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act* states that a custody order may be filed in the Office of the Director by a person entitled to custody under the order.

Do you contemplate a difference between an application by a resident or Central Authority and an application by an entitled person?

APPENDIX F

I also note that section 2A(2)(c) deals with the interprovincial enjoyment of access rights. Ontario's *Support and Custody Orders Enforcement Act* only offers enforcement for custody orders and agreements. This is an area of significant importance to all provincial jurisdictions. The rights of non-custodial parents and the need for more effective enforcement mechanisms is an area in great need of reform. As you have no doubt heard from other provincial jurisdictions, enforcement like that now available for support and custody is less economically feasible in the case of access. Ontario did not include a reference to access in the *Support and Custody Orders Enforcement Act* because it was thought to be virtually impossible, from a financial point of view, to establish effective enforcement for access rights. It would be misleading for us to include a reference to access rights in the *Uniform Act* without underlining the logistical problems in implementation.

Subsection 4 of the new section 2A deals with enforcement. It has its origins in Articles 7 and 10 of the Hague Convention and states essentially that the Central Authority shall take all appropriate measures, as the case may be, to locate the child in question, safeguard the child, secure the voluntary return of the child and initiate or facilitate proceedings, if necessary.

Section 2(2) of the *Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act* states that it is the duty of the Director to enforce custody orders in such manner, if any, as appears practicable and the Director may, for that purpose, commence and conduct a proceeding and take steps for the enforcement of an order in the name of the Director for the benefit of the person entitled to the enforcement of the order, or of the person's child. As you can see, there are parallels between subsection 4 to the new section 2A and section 2(2) of the *Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act*.

With respect to the new section 2A(4)(a) concerning location of a child, this provision parallels the current section 15 of the *Uniform Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, as does section 6(1) of the *Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act*.

With respect to subparagraphs (b) and (c) concerning the safety of a child and securing the voluntary return of a child, it is our understanding that these are "steps" contemplated within section 2(2) of the *Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act*.

APPENDIX F

With respect to subparagraph (d) concerning the initiation or facilitation of proceedings to secure the prompt return of a child, this is specifically contemplated in section 2(2) of the *Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act*.

With respect to subsection 5 of the new section 2A concerning the duty to act expeditiously. Assuming that the Director and Central Authority offer the same service, such a provision might conflict with the discretion given the Director in section 2(2) of the *Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act*.

Subsection 6 of the new section 2A authorizes the Central Authority to refuse to act in manifestly unfounded cases and to provide the applicant with its reasons for not acting. The discretion to refuse to act was contemplated in the original drafting of section 2(2) of the *Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act*. The requirement to provide reasons for refusing to act is not in either *Uniform Act*. I wish to consider the consequences of such a provision in more detail.

Subsection 7 of the new section 2A provides that the service provided by the Central Authority is to be free of charge. This subsection has its origins in Article 26 of the Hague Convention and duplicates the provision in section 2(3) of the *Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act* which provides that the Director shall not charge a fee for services to persons on whose behalf the Director acts.

Subsection 8 of the new section 2A concerns the recovery of expenses by the Central Authority. It has its origins in Article 26 of the Hague Convention. It duplicates, in part, the provisions of section 6 of the *Uniform Custody Jurisdiction and Enforcement Act*.

(ii) Delete section 6(a):

- and -

(iii) Add section 6A(1)-(3) with respect to the return of a child:

The proposals contained in this new section would, in effect, be an elaboration of provisions already contained in sections 3, 4, 6 and 7 of the *Uniform Custody Jurisdiction and Enforcement Act*.

(iv) Add section 19 with respect to the admissibility of documents from another jurisdiction:

APPENDIX F

The new section 19 which you propose to add to the *Uniform Custody Jurisdiction and Enforcement Act* has its origins in Article 30 of the Hague Convention and does not have any parallel provision in either the *Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act* or the *Uniform Custody and Jurisdiction Enforcement Act*. We have not yet considered the problems experienced with respect to admissibility of documents from another jurisdiction, but are certainly prepared to consider the addition of such a section.

- (v) Add section 20 with respect to security for costs:

The new section 20 has its origins in Article 22 of the Hague Convention and does not have any parallel in either the *Uniform Custody Jurisdiction and Enforcement Act* or the *Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act*.

We may wish to consider whether or not security should be required from non-resident applicants in some cases. I look forward to discussing this element of the change further.

- (vi) Add section 21 which grants regulation-making authority:

I am not convinced of the necessity for regulation-making authority as it provides an opportunity to deviate from any uniformity. However, this is a matter that should be given further consideration.

CONCLUSIONS:

As you can see from the above comments, we differ on a number of the proposed amendments to the *Uniform Custody Jurisdiction and Enforcement Act*. I believe that the goal you seek to achieve may be accomplished by making fewer amendments to both the *Uniform Custody Jurisdiction and Enforcement Act* and the *Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act*.

You have obviously spent a great deal of time and thought preparing the set of proposals and I would like to be able to give these matters further consideration. Perhaps, if you have no objection, I could provide a responding set of amendments to both the *Uniform Custody Jurisdiction and Enforcement Act* and the *Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act*.

Given our difference of opinion, it is my recommendation that your proposed amendment and our comments on them be the subject of a

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

progress report in Winnipeg, rather than the subject of actual amendments. The amending process could be deferred to 1987. This would give us approximately one year to hone the proposed amendments to both *Uniform Acts*.

APPENDIX G

(See page 34)

PROPOSED AMENDMENTS TO THE UNIFORM FAMILY SUPPORT ACT

At the 1985 meeting of the Uniform Law Conference, the Conference adopted the Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act (Appendix J to the 1985 Proceedings). One of the features of the Act is that it spells out a number of enforcement mechanisms. Several of these mechanisms had previously existed in the Uniform Family Support Act. In order to avoid duplication and possible inconsistency, Ontario undertook to advise the Conference of the consequential amendments that would be necessary to the Uniform Family Support Act.

Section 10 of the Uniform Family Support Act provides for an order restraining the disposition or wasting of assets. The order is available in three circumstances:

1. In or pending an application under section 5 of the Act (application for support). No amendment is recommended to this portion of the provision.
2. In or pending an appearance to a notice under section 17 of the Act (judgment debtor examination). Section 14 of the Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act now provides for the making of a similar restraining order once an order for support has been made, so this aspect of section 10 of the Uniform Family Support Act is no longer necessary.
3. Where an order for support has been made. As indicated above, this situation is now covered by section 14 of the Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act.

Subsection 14(1) of the Uniform Support Act permits a court to order a person to provide information for the purpose of bringing an application under the Act or for the purpose of enforcing a support order. Section 6 of the Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act now performs this function in so far as it relates to the enforcing of orders. Accordingly, it is proposed that subsection 14(1) of the Uniform Support Act be revised so that it relates only to information needed for the purpose of bringing an application under the Act.

Subsection 15(1) of the Uniform Family Support Act permits a court to order an employer to provide information relating to a person's income. One of the circumstances where this order can be made is where a proceeding is brought under section 17 of the Act (judgment debtor examination). It is proposed that section 17 be deleted (see below), so this aspect of subsection 15(1) is no longer necessary.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

Section 17 of the Uniform Family Support Act provides for the examination of the debtor as a means of enforcing a support order that is in default. Section 13 of the Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act now deals with this procedure.

Section 18 of the Uniform Family Support Act permits a debtor to be imprisoned if he or she is in default in the payment of a support order. This possibility is now covered by clauses 13(5)(g) and (h) of the Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act.

Subsections 19(1) and (2) of the Uniform Family Support Act provide for the attachment of a debtor's wages as a means of enforcing an order. Sections 8 and 9 of the Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act now deal extensively with the use of garnishment as an enforcement mechanism.

Subsection 19(3) of the Uniform Family Support Act deals with the priority of an attachment order. Section 17 of the Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act now deals more generally with the priority issue.

Section 20 of the Uniform Family Support Act permits the court in a judgment debtor examination to order the debtor to give security for the payment of support. Clause 13(5)(d) of the Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act now provides this authority.

Section 21 of the Uniform Family Support Act provides that an attachment order or other process used to enforce a support order may be issued against the Crown. Subsection 1(3) of the Uniform Maintenance and Custody Enforcement Act provides that the Crown is bound by all the provisions of the Act, including those that relate to garnishment.

AMENDMENTS TO THE UNIFORM FAMILY SUPPORT ACT

1. Section 10 of the *Uniform Family Support Act* is amended by striking out "or appearance to a notice under section 17 or where an order for support has been made" in the first and second lines and by striking out "or order" in the last line.

2. Subsection 14(1) of the said Act is repealed and the following substituted therefor:

Access to records (1) Where it appears to a court that, for the purpose of bringing an application under this Act, the proposed appli-

APPENDIX G

cant has need to learn or confirm the name and address of the employer or the whereabouts of the proposed respondent, the court may order any person or public agency to provide the court with such particulars thereof as are contained in the records in its custody or control and the person or agency shall provide to the court such particulars as it is able to provide.

3. Subsection 15(1) is repealed and the following substituted therefor:

(1) In an application under section 5, 11 or 12, the court may order the employer of a party to the application to make a written return to the court showing the wages or other remuneration resulting from the employment of the party over the preceding twelve months. *Order for return by employer*

4. Sections 17 to 21 of the said Act are repealed.

APPENDIX H

(See page 35)

REPORT OF THE LAW REFORM CONFERENCE OF CANADA

On Sunday, August 10th, 1986, representatives of the Law Reform agencies met to discuss matters of mutual interest and concern. This group is now called the Law Reform Conference of Canada.

It was a very valuable day of discussions covering the objectives and workings of law reform agencies in general and the future programme of the Law Reform Commission of Canada, in particular.

Considerable time was spent reviewing ways and means of better cooperation and communication between the various agencies, as well as their interrelationships with governments and the Uniform Law Conference. In each of these spheres, they are desirous of working closer with all concerned and providing the necessary research wherever possible.

The Chairman and Chairman elect, Mr. Arthur Close, met with the Steering Committee of the Uniform Law Conference after our meeting and had a very profitable discussion as to how the Law Reform Conference and the Uniform Law Conference could work more closely together in the future.

Clifford H.C. Edwards, Q.C.
Chairman

August 1986

APPENDICE I

(Voir page 35)

Les Régimes Matrimoniaux au Canada Analyse comparative des législations provinciales Table des matières

	Page No.
Introduction	149
Chapitre 1. Les notions de base	151
1.1 Les conjoints	151
1.1.1 La règle générale : un mariage valide	151
1.1.2 Les cas des concubins	152
1.1.3 Le cas du conjoint survivant	153
1.2 Les biens familiaux (“family assets”), les acquêts et les propres	154
1.3 La résidence familiale (au le foyer conjugal)	155
1.4 Le contrat familial (ou “domestic contract”)	156
Chapitre 2. Les régimes primaires : Éléments des régimes matrimoniaux visant à protéger la famille	157
2.1 Le principe : l'égalité des époux au sein de la famille et la direction collégiale de la famille	157
2.2 Les droits et obligations des époux	158
2.2.1 La contribution aux besoins de la famille	158
2.2.1.1 Le principe	158
2.2.1.2 Les modalités	160
2.2.1.3 Les clauses d'exonération	161
2.2.1.4 La responsabilité face aux dettes	162
2.2.2 La protection de la résidence familiale	163
A. Au Québec	164
i. Un système de cogestion de la résidence familiale	165
ii. Le droit de disposer	165
B. Les provinces de common law	166
i. Les droits de possession et de jouissance	166
ii. Le droit de disposer	167
a) Le principe : l'interdiction d'aliéner la résidence familiale sans le consentement de son conjoint	167

CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA

b) La renonciation de l'époux non-propriétaire	168
c) Le consentement de l'époux non-propriétaire	168
d) La sanction à l'absence de consentement	169
e) L'enregistrement et la protection des tiers	169
2.2.3 Le versement compensatoire : le rétablissement de l'équilibre patrimonial	170
2.2.4 Le transfert de droits à l'autre conjoint et la protection des intérêts de la famille par voie judiciaire	172
Chapitre 3 Les contrats familiaux	173
3.1 La nature des contrats	174
3.2 Les formalités	176
3.3 Les effets des contrats familiaux	179
3.4 Les pouvoirs du tribunal	181
Chapitre 4. La nature des régimes secondaires	182
4.1 La nature des régimes	183
A. Au Québec : La société d'acquêts	183
B. Les provinces de common law : Régimes de communauté différenciée (sur certains biens)	184
4.2 Des catégories de biens et de leur qualification	185
A. Au Québec : les propres et les acquêts	185
B. Les provinces de common law : les biens familiaux	186
i. Les provinces où le principal facteur de qualification est le mode d'acquisition du bien	187
ii. Les provinces où le principal facteur de qualification est le mode d'utilisation du bien	189
a) Le but de l'utilisation	189
b) Le mode d'utilisation du bien	191
c) Les utilisateurs du bien	191

APPENDICE I

iii. La contribution de l'un des époux dans l'acquisition d'un bien appartenant à son conjoint	192
4.3 L'administration des biens	192
4.4 Les libéralités entre conjoints	193
4.5 Le changement de régime matrimonial	195
Chapitre 5. La dissolution et la liquidation du régime	195
5.1 Les causes donnant ouverture à la dissolution du régime	197
A. Au Québec	197
B. Les provinces de common law	199
i. Le jugement de divorce ou la déclaration de nullité	199
ii. L'ordonnance de séparation judiciaire	200
iii. L'accord entre les parties en vue de se séparer à l'amiable	200
iv. La séparation de fait des époux	200
v. La dissipation ou dilapidation du patrimoine au détriment du conjoint	200
vi. Les cas du décès de l'un des conjoints	200
5.2 Les règles de dissolution et de liquidation du régime	202
5.2.1 Le principe de base : le droit au partage	202
5.2.1.1. Les provinces où existe une présomption d'égalité de partage (y compris le Québec)	203
A. Au Québec	203
i. La formation des masses et les récompenses	204
ii. Les dettes	205
iii. Le solde : rapports et prélèvements	205
iv. Le partage	205
B. Les provinces de common law	206
5.2.1.2 Les provinces où n'existe pas la présomption d'égalité de partage	207
5.2.2 Les dérogations au partage égal	207
5.2.2.1 L'approche générale	208
5.2.2.2 Les critères particuliers	210

CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA

i. La durée du mariage et la période de cohabitation	210
ii. Les accords entre les parties	211
iii. Les contributions des époux	211
iv. Les circonstances ayant trait à l'acquisition, à l'usage et à la disposition d'un bien	211
a) L'origine du bien	212
b) La nature et l'utilisation du bien	212
c) Les transferts et les dispositions de biens	213
v. Situation financière des époux	214
vi. La conduite des parties	214
5.3 Les donations stipulées au contrat de mariage	215
5.4 L'attribution préférentielle de la résidence familiale et des meubles affectés à l'usage du ménage	216
5.5 Le versement compensatoire	218
Chapitre 6. Les conflits de lois	222
A. Au Québec	222
i. Les règles de droit international privé régissant les contrats de mariage	222
ii. Les règles de droit international privé régissant le régime matrimonial légal	223
B. Les provinces de common law	226
i. Les règles traditionnelles du common law en matière de mariage	226
ii. Les modifications apportées aux règles de conflits de lois par les récentes réformes	226
a) L'existence dans la législation de règles spécifiques en matière de conflits de lois	227
b) L'absence dans la législation de règles spécifiques en matière de conflits de lois	230
Conclusion	232
Annexes	246
Annexe 1: Commentaires sur une politique législative pour l'uniformisation dans le domaine des régimes matrimoniaux	246
Annexe 2: Tableau comparatif	250

LES REGIMES MATRIMONIAUX AU CANADA

Analyse comparative des législations provinciales

INTRODUCTION

“Dans le contexte de l’organisation patrimoniale de la famille, les régimes matrimoniaux peuvent être définis comme la réglementation des relations patrimoniales à l’intérieur du mariage.”⁽¹⁾

L’association de deux individus dans le mariage a une incidence certaine sur leurs biens, car il existera obligatoirement des rapports pécuniaires entre les époux. L’agencement de ces rapports pécuniaires amène certaines questions : d’abord, doit-on régir ces rapports pécuniaires et comment le faire? Ensuite, doit-on soumettre les époux à certaines règles de nature obligatoire? Et enfin, de quelle manière protéger la cellule familiale tout en laissant les conjoints libres d’exprimer leur propre choix en regard du type d’association qu’ils veulent former?

Le but recherché par le législateur est, dans ce domaine, d’une importance capitale dans le choix des moyens. Sans faire l’historique du droit matrimonial canadien,⁽²⁾ soulignons que depuis quelques années de nombreux changements sociaux ont forcé les législateurs canadiens à envisager de nouvelles solutions.

Dans les provinces de common law, qui prônaient pour la plupart un régime de type séparatiste qu’il serait d’ailleurs plus juste de qualifier d’absence de régime, l’augmentation des divorces a mis en évidence la situation précaire du conjoint qui, du fait qu’il demeurait à la maison (généralement l’épouse), n’accumulait que peu de biens. Cette situation est apparue clairement lors de l’affaire Murdoch.⁽³⁾ Elle s’est fait jour aussi au Québec, alors que l’unité de gestion, caractéristique des régimes de type communautaire, entraînait une désaffection envers ces régimes et un engouement de plus en plus prononcé pour le régime de la séparation de biens.

Face à ces diverses difficultés et dans une optique de réforme, de nouvelles législations ont vu le jour. En regard de ces législations, notons que “les positions extrêmes effectuent un repli”,⁽⁴⁾ c’est-à-dire que les régimes de type séparatiste tendent à adopter des solutions de type communautaire, alors que les régimes de type communautaire cherchent davantage à s’enligner sur des paramètres de type séparatiste. Ainsi on peut percevoir un rapprochement entre les deux grands types de régime; ce rapprochement vise à permettre aux diverses législations de mieux coller à la nouvelle réalité familiale et sociale.

CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA

Le but de cette étude est donc de voir de quelle manière s'est effectuée ce rapprochement et quelles sont les différences qui existent encore malgré cela entre les diverses législations canadiennes.

Organisation générale de l'étude

Voici la liste des lois que nous allons principalement examiner (cf. Annexe 2 – Table comparatif) :*

- CODE CIVIL DU QUEBEC
- THE FAMILY LAW REFORM ACT, S.O. 1978, c. 2 (Ont.)**
- THE FAMILY RELATIONS ACT, R.S.B.C. 1979, c. 121 (C.-B.)
- THE MATRIMONIAL PROPERTY ACT, S.A. 1978, c. 20 (Alb.)
- THE MARITAL PROPERTY ACT, S.M. 1978, c 24 – Cap. M45 (Man.)
- THE MATRIMONIAL PROPERTY ACT, S.S. 1979, c. M-61 (Sask.)
- THE FAMILY LAW REFORM ACT, S.P.E.I. 1978, c. 6 (I.P.E.)
- THE MATRIMONIAL PROPERTY ACT, S.N.S. 1980, c. 9 (N.E.)
- THE MARITAL PROPERTY ACT, S.N.B. 1980, c. 9 (N.B.)
- THE MATRIMONIAL PROPERTY ACT, S. Nfld. 1979, c. 32 (T.-N.)
- THE MATRIMONIAL PROPERTY ORDINANCE, R.O.N.W.T. 1974 c. M-7 (T.N.O.)
- THE MATRIMONIAL PROPERTY ORDINANCE, R.O.Y.T. 1979 (2nd) c. 11 (Yukon)

Notre étude se veut comparative; il ne s'agit donc pas d'une analyse détaillée de chacune des lois concernées, mais bien davantage d'un travail de synthèse. Nous tenterons de cerner les points convergents et divergents qui existent entre ce diverses législations. Il faut souligner que le Québec, étant la seule province de tradition civiliste, occupera une place particulière dans notre travail.***

Ce travail comportera six chapitres, soit : les notations de base (chapitre 1), les régimes primaires (chapitre 2), les contrats familiaux (chapi-

* Les articles cités au texte se réfèrent aux lois énumérées; au cas contraire la loi sera clairement identifiée.

** Le texte ne tient pas compte du projet de loi 1 déposé le 4 juin 1985 devant l'Assemblée législative de l'Ontario, intitulé *An Act to revise the Family Law Reform Act*

*** Ce travail n'étudiera que le régime légal actuel au Québec, soit la société d'acquêts. Il fait donc abstraction du régime de la communauté de biens qui était le régime légal jusqu'au premier juillet 1970 et qui est encore le régime matrimonial de beaucoup de couples mariés qui vivent au Québec.

tre 3), les régimes de partage (chapitre 4), la dissolution et la liquidation de régime (chapitre 5) et les conflits de lois (chapitre 6).

Chaque chapitre étudiera les diverses dispositions dans une optique de droit comparé, et nous verrons aussi de quelle manière les tribunaux ont interprété ces dispositions. L'attention sera principalement portée sur les régimes secondaires, dit de partage, puisqu'ils agissent principalement au moment de la dislocation de la famille. Mais nous examinerons aussi de quelle façon chacune des législations vise à protéger la famille et comment elle lui assure une base de fonctionnement déterminée (régime primaire).

Afin de faciliter la consultation, un tableau se trouvant en annexe (Annexe 2) présente, pour chaque rubrique de travail, les dispositions concernées dans chacune des lois.

En conclusion, nous exposerons les grandes lignes ressortant d'une telle étude comparative; de plus, pour faire suite à cette conclusion, l'Annexe 1 présentera des commentaires concernant les questions de politique législative pour l'uniformisation et discutant de l'optique d'un futur projet de loi uniforme en matière de régimes de biens.

CHAPITRE 1. LES NOTIONS DE BASE

Les lois soumises traitant de notions communes ou du moins semblables, plusieurs termes seront fréquemment discutés. Ils doivent donc obligatoirement être définis; ce sont les termes conjoint, bien familial (au Québec, on rencontrera plutôt les termes acquêt et propre), contrat familial et enfin résidence familiale (ou foyer conjugal).

1.1 *LES CONJOINTS*

Qu'englobe ce terme?

Cette notion rejoint le cadre d'application de la loi : à qui s'appliquent ces diverses législations?

1.1.1 *La règle générale : un mariage valide*

A. QUEBEC

Au Québec, les règles concernant la société d'acquêts s'applique à tous les époux qui n'ont rédigé aucun contrat de mariage (art. 464), ainsi qu'à tous ceux qui ont choisi la société d'acquêts comme régime matrimonial. Il faut évidemment que le mariage soit valide (arts 410 et ss.) et qu'il n'ait fait l'objet d'aucun jugement en séparation de corps ou en divorce.

Toutefois, un mariage déclaré nul produira des effets civils (art. 432); de ce fait, les époux pourront demander la liquidation de leur régime matrimonial comme si celui-ci avait réellement existé. Cette règle ne s'applique pas lorsque les époux étaient de mauvaise foi (art. 433).

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Les législations de partage de biens touchent principalement les personnes mariées, dont le mariage est valide et n'a pas fait l'objet d'un jugement de séparation, de divorce ou d'annulation.

Quant aux personnes dont le mariage est nul de nullité absolue, ils sont couverts par la loi s'il se sont épousés de bonne foi et qu'ils ont cohabité durant une certaine période de temps (généralement 1 an).

Certaines législations permettent aux personnes dont le mariage est dissous ("former spouse") d'utiliser les dispositions de la loi. Il s'agit de l'Alberta [art. 1(e)], du Yukon [art. 2(1)] et de la Colombie-Britannique [art. 1], cette dernière ne le faisant cependant que dans une optique particulière, celle d'exiger le respect d'une ordonnance déjà rendue ou de la faire modifier.

1.1.2 *Le cas des concubins*

Les concubins ("common law spouses") sont-ils inclus dans la définition conjoint?

A. AU QUEBEC

Au Québec, le législateur a choisi de ne soumettre les concubins à aucune règle particulière; le nouveau Code civil du Québec est donc silencieux à leur sujet. Ceux-ci peuvent néanmoins conclure des ententes régissant leur union.

Donc, "jusqu'à maintenant, le législateur québécois ne s'est pas engagé dans la voie de la définition de droits et obligations découlant de l'union libre, laissant les intéressés définir eux-mêmes les conséquences qu'ils souhaitent".⁽⁵⁾

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Seules trois législations font spécifiquement mention du cas des concubins, mais en les excluant des dispositions touchant le partage des biens. Ce sont les lois de l'Ontario (art. 14) et de la Colombie-Britannique (art. 1) et une ordonnance du Yukon (art. 30.6(1) *AN ORDINANCE TO AMEND THE MATRIMONIAL PROPERTY ORDINANCE (6)*). Les législations de l'Ontario et du Yukon ne touchent les concubins qu'au chapitre de l'obligation alimentaire.

APPENDICE I

Les concubins sont soumis à certaines exigences avant d'être admis à se prévaloir des dispositions les concernant; ainsi les différentes législations requièrent que la cohabitation ait duré une certaine période de temps (cinq ans selon la loi de l'Ontario et deux ans selon celle de la Colombie-Britannique ou que la relation puisse être qualifiée de "relativement stable" (ordonnance du Yukon), ou encore que, même si les critères précédents ne sont pas respectés, un enfant soit né de l'union.

Donc, les concubins ne sont touchés que fort partiellement par les nouvelles lois et pas du tout par les régimes de partage de biens; règle générale, ils demeurent couverts par les anciennes règles (par exemple, les notions de "constructive trust" et de "resulting trust").

Toutefois, l'optique est différente lorsque les concubins ont rédigé un accord de cohabitation; dans ce cas, quelques législations leur accordent désormais des droits. Il s'agit des législations de l'Ontario, du Nouveau-Brunswick, de l'Ile-du-Prince-Edouard et de Terre-Neuve, ainsi que l'ordonnance du Yukon. Ces lois "tiennent compte de l'union libre et en font découler des effets juridiques dans la mesure où une convention a été conclue entre les concubins".⁶⁹ Nous examinerons ce point de façon plus détaillée dans le chapitre traitant des contrats familiaux (voir chapitre no 3).

1.1.3 *Le cas du conjoint survivant*

Certaines législations prévoient le cas du conjoint survivant; toutefois elles ne le font pas toutes dans une même perspective.

A. AU QUEBEC

Au Québec, le décès est une cause de dissolution de régime (art. 497). Toutefois, dans certains cas, le conjoint survivant aura un choix à faire entre les avantages que lui procurent son régime matrimonial et ses droits dans la succession (art. 624 C.c.B.-C.). Ce choix devra être fait à l'occasion d'une succession légale et lorsque le conjoint survivant vient en concurrence avec d'autres héritiers.

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Dans les provinces de common law, certaines lois comprennent le décès au nombre des causes autorisant soit une demande de partage de biens, soit la reconnaissance du droit au partage. Il s'agit des législations de Terre-Neuve [art. 2(1)(e)], de la Nouvelle-Ecosse [art. 2(1)(g)] et du Nouveau-Brunswick [art. 4(1)].

Cette dernière législation autorise également [art. 5(2)] le conjoint survivant à utiliser les dispositions du partage si une demande à cet effet

a été faite avant le décès; elle prévoit donc la poursuite des procédures de partage au cas où il y aurait décès de l'un des conjoints durant cette période. Cette règle vaut aussi dans d'autres législations, telles celles de la Saskatchewan [art. 2(k)(iii)], de l'Ontario [art. 4(3)] et du Yukon [art. 19(2)].

Les autres lois ne font aucunement mention du conjoint survivant. Il faut sans doute alors considérer que les règles successorales des provinces de common law contiennent des mesures de protection du conjoint survivant et des enfants du défunt suffisantes. Ainsi, ces derniers étant amenés à recevoir une part des biens du de cujus par le mécanisme de la créance alimentaire, les législateurs ont peut-être jugé inutile que se fasse également un partage des biens familiaux au moment du décès, ce processus de partage étant primordialement établi pour éviter que ne se produisent des injustices entre les époux.

1.2 *LES BIENS FAMILIAUX ("FAMILY ASSETS"), LES ACQUETS ET LES PROPRES*

On retrouve, quelle qu'en soit la désignation, deux types de biens sous toutes les législations : les biens qui pourront être partagés entre les époux au moment de la rupture du mariage et ceux qui demeureront propres aux époux et qui ne seront pas sujets à partage.

A. AU QUEBEC

Au Québec, on parle de bien acquêt et de bien propre. Le critère principal de qualification est le mode "d'acquisition" des biens; ainsi le terme "acquêt" désigne généralement un bien acquis durant le mariage (art. 481), alors que les biens propres comprennent les biens acquis avant le mariage, ainsi que ceux obtenus par legs ou donations (voir arts 482 et ss.).

Tous les biens non spécifiquement stipulés propres par la loi sont des biens acquêts (art. 481).

Les biens acquêts seront partagés également entre les époux au moment de la dissolution du régime, alors que les biens propres demeureront entre les mains de l'époux les possédant.

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Dans ces provinces, on distingue désormais entre les biens familiaux et les autres catégories de biens. Cette qualification est à la base des nouveaux systèmes de partage, puisque seuls les biens familiaux seront sujets à partage lorsqu'il y aura rupture du mariage.

APPENDICE I

Un bien familial est un bien meuble ou immeuble appartenant à l'un ou à l'autre des conjoints et possédant un caractère dit "familial". Cette qualification se fait à l'aide de certains critères déterminés par la loi.* En plus des critères de base, certaines législations comprennent une liste non-exhaustive de ce que les biens familiaux peuvent comprendre. C'est le cas pour l'Ontario (art. 3), le Nouveau-Brunswick [art. 1(a)], l'Île-du-Prince-Édouard [art. 4(a)], le Manitoba [art. 1(1)(d)(i)] et enfin le Yukon [art. 5(1)]. Dans la province de Terre-Neuve, les biens sont présumés familiaux, sauf exceptions [art. 16(b)].

Les "biens commerciaux" sont une autre catégorie de biens que l'on retrouve fréquemment dans les législations de common law; ils se différencient des biens familiaux du fait qu'ils ne sont pas toujours sujets à partage. Ils sont parfois définis sous une forme générale, parfois inclus dans la définition des biens familiaux, et parfois exclus de cette définition, c'est-à-dire définis de façon négative comme n'étant pas des biens familiaux (voir, par exemple, l'article 1(1)(b) de la loi manitobaine). Certaines législations ne font pas la distinction entre les biens familiaux et commerciaux; ce sont celles de l'Alberta et de la Saskatchewan.

1.3 LA RESIDENCE FAMILIALE (OU LE FOYER CONJUGAL)

De façon générale, on peut définir la résidence familiale comme étant le bien à l'égard duquel l'un des époux est titulaire d'un droit (la nature de ce droit varie selon la province) et qui est utilisé comme résidence de la famille. Il y a donc deux critères de définition.

A. AU QUÉBEC

Le Code civil du Québec ne donne pas de définition spécifique de la résidence familiale, toutefois la terminologie employée étant celle de résidence *principale* de la famille, on indique par le fait même qu'il ne peut y en avoir qu'une seule. Les résidences secondaires, tel le chalet, sont donc exclues de la définition. Il faut, de plus, que la résidence serve à l'usage de la famille, ce groupe comprenant généralement un père, une mère et des enfants.

La notion touche deux aspects particuliers, soit celle du bail et celle de la propriété. En effet, la résidence peut-être louée, ou elle peut-être la propriété de l'un des époux. Dans ce dernier cas, il peut s'agir soit d'un immeuble de cinq logements et plus, soit d'un immeuble de moins de

*Nous verrons dans une autre rubrique (no 4.1.1) les critères de qualification qui permettent de déterminer qu'un bien est familial ou autre.

cinq logements. Il peut donc être question autant d'un droit réel (droit de propriété) que d'un droit personnel (droit au bail).

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Dans la majorité des cas, la résidence familiale est incluse dans la définition de bien familial, c'est-à-dire que par sa nature même, elle est considérée comme étant un bien familial.⁽⁸⁾ La Colombie-Britannique, quant à elle, ne définit pas spécifiquement le terme dans sa législation.

Quel type de droit l'époux doit-il détenir dans la propriété afin que celle-ci puisse être qualifiée de résidence familiale? A Terre-Neuve, il doit s'agir d'un droit de propriété dans l'immeuble, alors qu'en Alberta et en Colombie-Britannique, il peut s'agir autant d'un droit au bail que d'un droit de propriété. Les autres provinces sont moins rigides sur ce point. Ainsi, en Ontario, à l'Ile-du-Prince-Edouard, au Manitoba, en Saskatchewan, en Nouvelle-Ecosse et au Nouveau-Brunswick, il suffit que l'époux possède un "intérêt" dans le bien afin que celui-ci puisse être qualifié de résidence familiale. De plus, dans plusieurs provinces,⁽⁹⁾ les droits dans le bien peuvent être détenus par une personne morale sans que cela change la nature du bien.

Généralement, seule la portion de terrain utilisée comme résidence familiale est incluse dans la définition, c'est-à-dire que seule la partie du bien dont la famille fait réellement usage dans un but familial et qui est raisonnablement nécessaire à la jouissance des lieux pourra être qualifiée de résidence familiale. Ainsi, ne sera pas incluse dans la définition, la partie de l'immeuble que l'un des époux utilise comme commerce.

Il est possible d'avoir plus d'une résidence familiale, sauf au Manitoba où la législation ne mentionne pas spécifiquement cette possibilité.

1.4 *LE CONTRAT FAMILIAL (OU "DOMESTIC CONTRACT")*

Le contrat familial peut se définir comme une entente entre les conjoints afin de régler leurs rapports patrimoniaux. Il peut emprunter diverses formes suivant les législations; il peut s'agir d'un contrat de mariage (qui s'apparente à celui que l'on connaît au Québec), d'un accord de cohabitation, d'un accord de séparation ou d'un accord de paternité.

Cette terminologie est spécifique aux provinces de common law. Il ne faut donc pas confondre le terme général de "contrat familial" avec l'expression "contrat de mariage" couramment utilisée au Québec pour désigner une convention relative au choix du régime matrimonial ou à une modification de régime matrimonial. Comme on le voit, le contrat familial a une portée plus vaste et peut englober le contrat de mariage;

c'est pourquoi, pour les fins du texte, le contrat de mariage et la demande conjointe en séparation de corps tel que nous les connaissons au Québec, se retrouveront sous la rubrique générale de contrat familial.

CHAPITRE 2. LES REGIMES PRIMAIRES : ELEMENTS DES REGIMES MATRIMONIAUX VISANT A PROTEGER LA FAMILLE

Il existe deux grands principes qui sous-tendent la réforme des régimes de biens entre époux au Canada : l'égalité des personnes qui forment le couple (régime primaire) et la liberté dans le choix de l'organisation de leur union (régime secondaire).

Nous allons d'abord voir de quelle manière s'organise le premier de ces principes et comment les législateurs tentent d'élaborer des règles de base minimales qui assurent une certaine stabilité à la famille.

Les différentes législations des provinces de common law visent principalement le moment de la dissolution du mariage, mis à part le cas très particulier de la résidence familiale. C'est un choix des législateurs de ne pas être "interventionnistes" durant le mariage afin de ne pas toucher la capacité des époux et leur indépendance.

Au Québec, par contre, depuis l'avènement du nouveau Code civil, un régime primaire obligatoire (arts 440 et ss.) s'impose à tous le époux et règle une partie de leurs rapports patrimoniaux. Les époux ne peuvent en aucune manière déroger à ces dispositions (art. 440).

2.1 *LE PRINCIPE : L'EGALITE DES EPOUX AU SEIN DE LA FAMILLE ET LA DIRECTION COLLEGIALE DE LA FAMILLE*

Un point commun ressort des différentes législations canadiennes : elles ont toutes pour but d'assurer l'égalité des conjoints au sein de la famille.

A. AU QUEBEC

Au Québec, le principe de l'égalité des époux se retrouve au chapitre sixième, Des effets du mariage. L'article 441 énonce :

"Les époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations."

De plus, l'article 443 énonce que les époux assument de concert la direction morale et matérielle de la famille, de même qu'ils exercent ensemble l'autorité parentale.

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Dans les provinces de common law, le principe est parfois énoncé au préambule de la loi; c'est le cas pour les lois de l'Ontario, du Manitoba et de la Nouvelle-Ecosse. De plus, la loi ontarienne réitère ce principe à l'article 4(5) :

“Child care, household management and financial provision are the *joint responsibilities* of the spouses.”

D'autres législations parlent d'égalité des époux dans un cadre plus particulier, moins général. Ainsi la loi de la Saskatchewan traite du but de la loi au chapitre de la distribution des biens matrimoniaux; l'article 20 l'énonce ainsi :

“The purpose of this Act, and in particular of this Part, is to recognize that child care, household management and financial provision are the *joint and mutual responsibilities* of spouses and that inherent in the marital relationship there is *joint contribution*, whether financial or otherwise, . . .”

et cette égalité des époux au sein du mariage autorise le législateur à diviser les biens familiaux de façon égale entre les deux conjoints au moment de la dissolution du lien matrimonial.

D'autres provinces énoncent aussi le principe de l'égalité des époux dans leurs lois; citons le Nouveau-Brunswick (art. 2), l'Ile-du-Prince-Edouard [art. 5(7)], Terre-Neuve (art. 17) et le Yukon [art. 6(1)].

En conclusion, soulignons que quel que soit le cadre où on l'invoque ou la manière dont on l'illustre, le principe de l'égalité des époux est à la lecture des diverses législations, le but premier du législateur et sa grande préoccupation.

2.2 LES DROITS ET OBLIGATIONS DES EPOUX

2.2.1 *La contribution aux besoins de la famille*

2.2.1.1 *Le principe*

Il semble assez clairement établi que les époux doivent subvenir à leurs besoins respectifs et à ceux de leur famille.

Lorsque l'on traite de contribution aux charges du ménage, deux facteurs sont importants : les besoins des époux et leurs capacités respectives. Ces facteurs sont fréquemment utilisés afin de permettre le calcul de la contribution moyenne que devrait faire l'époux.

APPENDICE I

A. AU QUÉBEC

Le principe de base est énoncé à l'article 445 du Code civil du Québec :

“Les époux contribuent aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives.”

Il est donc interdit aux époux de modifier par contrat de mariage, la quantité de leur contribution respective, puisque l'article 445 se retrouve aux dispositions impératives de la loi. Ainsi, une clause stipulant que le mari assumera seul toutes les charges du ménage est désormais sans effet.

L'article 633 traite, quant à lui, de l'obligation alimentaire :

“Les époux de même que les parents en ligne directe se doivent des aliments.”

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

La contribution aux besoins de la famille constitue une obligation afférente au mariage; cette contribution se fait en regard des besoins et des capacités des époux.

Ainsi l'article 15 de la loi de l'Ontario indique :

“15. . . . Il doit les aliments à l'autre conjoint dans la mesure de ses capacités et des besoins de l'autre.”

L'article 16 de la loi de l'Ile-du-Prince-Edouard est au même effet :

“16. Every spouse has an obligation to provide support for himself or herself and for the other spouse, in accordance with need, to the extent that he or she is capable of doing so.”

La loi de la Colombie-Britannique va plus loin et détermine une liste de cinq facteurs permettant d'évaluer le degré d'obligation d'un époux : il y a bien sûr le besoins et les capacités respectives des époux, mais aussi le rôle du conjoint dans la famille, un accord entre les époux et enfin la situation économique (ex. - le cas où l'un des conjoints est au chômage).

Notons que dans les provinces de common law, cette obligation ne se retrouve pas toujours dans les lois traitant du partage de biens; il en est fait souvent mention dans d'autres lois particulières, telles le *MAINTENANCE ORDER ACT* de l'Alberta (art. 3) et *THE FAMILY MAINTENANCE ACT* du Manitoba. Dans ce dernier cas, l'article 2(1) prévoit :

“2(1). Spouses have the mutual obligation to contribute reasonably to each other's support and maintenance?”

L'obligation de contribution peut aussi, en certains cas, toucher les concubins, lesquels sont alors assujettis à cette obligation; c'est le cas, par exemple, au Manitoba (art. 2(3) *THE FAMILY MAINTENANCE ACT*).

Dans plusieurs provinces, la législation n'indique pas de quelle manière et dans quelle proportion doit se faire la contribution aux charges du ménage (ainsi les provinces de la Saskatchewan, de Terre-Neuve et du Nouveau-Brunswick,⁽¹⁰⁾ ou alors elle n'en traite que dans le cas où un jugement ordonnant le paiement d'aliments a été rendu suite à une demande de partage de biens. Dans ce dernier cas, le conjoint doit subvenir à ses propres besoins dans la mesure où cela lui est possible. Il en est ainsi dans la loi de l'Ontario qui prévoit à son article 15 (celui-ci s'appliquant également à la suite d'un jugement portant sur des aliments [art. 14(ii)] :

“15. Les besoins de chaque conjoint sont en premier lieu à sa propre charge.”

D'autres dispositions sont au même effet, telles l'article 16 de la loi de l'Île-du-Prince-Édouard et l'article 30.2(1) de *AN ORDINANCE TO AMEND THE MATRIMONIAL PROPERTY ORDINANCE* du Yukon.

En dernier lieu, soulignons que les parents ont l'obligation de subvenir aux besoins de leurs enfants (voir par exemple, l'article 16 de la loi de l'Ontario, l'article 56 de la loi de la Colombie-Britannique, l'article 17 de *FAMILY MAINTENANCE ACT* de la Nouvelle-Écosse et l'article 30.2(1) de *AN ORDINANCE TO AMEND THE MATRIMONIAL PROPERTY ORDINANCE*).

2.2.1.2 *Les modalités*

Il semble évident que la contribution aux charges du ménage puisse être financière, c'est-à-dire faite en argent. Il semble de plus qu'un époux ait généralement la faculté de remplir sa contribution par son travail au foyer.

A. AU QUÉBEC

Au Québec, le deuxième alinéa de l'article 445 indique clairement que le travail au foyer constitue une contribution adéquate :

“ . . . Chaque époux peut s'acquitter de sa contribution par son activité au foyer.”

APPENDICE I

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

De même, dans les provinces de common law, la contribution du conjoint qui travaille au foyer est généralement considérée comme valable; en ce sens, l'article 5(2) de *FAMILY MAINTENANCE ACT* du Manitoba est explicite :

“5(2). Domestic service as financial contribution. – Any housekeeping, child care or other domestic service performed by a spouse for the family is a contribution to support and maintenance within the meaning of section 2 in the same way as if the spouse were devoting the time spent in performing that service in gainful employment and were contributing the earnings therefrom to support and maintenance.”

Toutes les législations ne contiennent pas des dispositions aussi explicites, mais elles n'en permettent pas moins de considérer les travaux ménagers comme pouvant faire partie de la contribution aux charges du ménage, telle la loi de la Saskatchewan qui énonce à son article 20 :

“. . . and that inherent in the marital relationship there is joint contribution, *whether financial or otherwise*, . . .

Cette rédaction générale laisse place à plusieurs formes de contribution possibles pour les époux, et d'autres provinces ont utilisé ce type de rédaction dans leur législation (voir l'article 5(6) de la loi de l'Île-du-Prince-Édouard et l'article 6(1) de l'ordonnance du Yukon).

Il semble donc que les époux peuvent contribuer aux charges du ménage et au bien-être de la famille de différentes manières, et que les tribunaux ne seront pas trop stricts dans l'évaluation de cette contribution.

2.2.1.3 *Les clauses d'exonération*

Selon les diverses dispositions que nous venons d'examiner, il ne paraît pas possible que l'un des époux ait à assurer seul toutes les charges du ménage.

A. AU QUÉBEC

Au Québec, le cas est clair, car l'article 445 faisant partie du régime primaire, les époux ne peuvent y déroger pour aucune considération. Il ne serait donc plus possible de stipuler au contrat de mariage que le mari assumera seul toutes les charges du ménage, comme cela se faisait fréquemment avant l'entrée en vigueur du nouveau droit de la famille.

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Dans les provinces de common law, au contraire, les époux pourraient, à l'intérieur d'un contrat de mariage, conclure une entente modifiant la proportion respective de leur contribution aux charges du ménage, puisque les contrats familiaux prévalent généralement sur la loi (voir la rubrique no 3.4). Dans une même perspective, on peut citer l'article 33(1) de la loi de Terr-Neuve qui décrète que :

“33(1). Without limiting the generality of sections 31 and 32, a marriage contract or cohabitation agreement may include an agreement of the parties as to . . .

(b) support obligations . . .”

Dans certains cas, lorsque la clause du contrat de mariage sera considérée comme abusive, les tribunaux pourront la modifier; mais il s'agit de cas extrêmes, puisque règle générale les tribunaux ne peuvent intervenir pour modifier un contrat familial (voir, à titre d'exemple, l'article 2(9) de la loi de l'Ontario qui stipule que le contrat familial prévaut sur la loi, ainsi que l'article 18(3) qui traite des cas où la cour peut passer outre à un contrat familial).

2.2.1.4 *La responsabilité face aux dettes*

A. AU QUEBEC

Depuis l'adoption du Livre de la famille au nouveau Code civil du Québec, les époux sont solidairement responsables des dettes contractées dans l'intérêt de la famille.

L'article 446 énonce le principe :

“L'époux qui contracte pour les besoins courants de la famille engage aussi pour le tout son conjoint non séparé de corps . . .”

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Les nouvelles législations de ces provinces ne s'appliquant qu'au moment de la dissolution du lien matrimonial ou de la demande judiciaire d'un partage de biens, il faut référer aux règles traditionnelles du common law si l'on veut connaître les droits de créanciers durant le mariage.

A l'origine, le common law rendait l'époux responsable des dettes contractées par son épouse avant le mariage et de celles contractées après le mariage pour les nécessités de la vie. Il était de plus responsable

APPENDICE I

de tout acte dommageable imputable à son épouse. Cette responsabilité du mari face aux dettes de son épouse découlait de son pouvoir d'administration sur les biens de l'épouse et visait à compenser celle-ci du fait qu'elle était privée du droit d'administrer ses biens.

Vers la fin du siècle dernier, lors de l'adoption des *MARRIED WOMEN'S PROPERTY ACT* qui édictent la séparation de biens entre les époux, le droit a été considérablement modifié et a permis à l'épouse d'acquérir des biens et de les administrer.

Ces législations, en concordance, prévoient alors une responsabilité limitée du mari face aux dettes contractées par son épouse avant ou après le mariage, ainsi qu'en regard de tout fait dommageable imputable à cette dernière.⁽¹¹⁾ Les époux sont donc personnellement responsables des dettes contractées par chacun d'eux.

Néanmoins, trois provinces édictent désormais une responsabilité solidaire des conjoints face aux dettes contractées dans l'intérêt de la famille. Ainsi, l'article 30.24(1) de *AN ORDINANCE TO AMEND THE MATRIMONIAL PROPERTY ORDINANCE* du Yukon, remplaçant les anciennes règles de common law [art. 30.24(4)], énonce que :

“During cohabitation, a spouse has authority to render himself and his spouse jointly and severally liable to a third party for necessities of life, *except* where the spouse has notified the third party that he has withdrawn the authority”

Deux autres lois sont au même effet et déterminent une responsabilité conjointe et solidaire des époux face aux dettes (“jointly and severally liable”); il s'agit de la loi de l'Ontario [art. 33(1)] et de celle de l'Ile-du-Prince-Edouard (art. 33).

Dans une autre rubrique (no 5.2), nous traiterons de ce qu'il advient des dettes matrimoniales et des dettes personnelles des conjoints lors d'un partage de biens entre les époux.

2.2.2 *La protection de la résidence familiale*

La nécessité de protéger la résidence familiale semble avoir fait l'unanimité chez les législateurs canadiens, tant au Québec que dans les provinces de common law.

Un auteur a fort bien exprimé l'importance que revêt la résidence familiale dans le cadre des rapports patrimoniaux entre époux et de la protection de la famille :

“The legal position of the matrimonial home in family property relation is of special importance because it is the

CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA

“shelter and focal point of the family” and is often the spouses’ only “substantial asset.”⁽¹²⁾

Certaines commissions de réforme du droit ont initialement proposé de rendre les deux conjoint copropriétaires de la résidence familiale; il s’agit des commissions de réforme de l’Ontario et de la Saskatchewan. De même, la Commission de l’Alberta a discuté de cette option dans ses travaux.⁽¹³⁾

Pour plusieurs, la copropriété de la résidence familiale apparaissait comme la meilleure protection possible pour la famille, et elle permettait, de plus, un partage égal au cas de séparation des époux. Les meubles “affectés à l’usage du ménage” devaient aussi être détenus en copropriété.

On indiquait, néanmoins, certains inconvénients découlant de l’idée de copropriété puisque la création du droit de propriété dans le bien résulterait du seul fait du mariage sans contrepartie nécessaire à moins de prévoir pour les époux l’obligation de fournir une contribution égale. De plus, la copropriété risquait d’engendrer une complexité accrue des opérations concernant les propriétés immobilières sans oublier le fait que la copropriété de la résidence familiale n’avait aucune incidence sur les autres biens des époux, dont il fallait encore régler le sort par la suite.⁽¹⁴⁾

Les facteurs négatifs étaient-ils plus nombreux que les facteurs positifs? Dans tous les cas, seule la province de Terre-Neuve a retenu l’idée de la copropriété de la résidence familiale [art. 6(2)]; les autres provinces ont préféré opter pour un système de cogestion entre les époux.

Les différences entre les provinces se situent surtout au niveau des modalités de protection. Ainsi, deux provinces se distinguent des autres en obligeant les conjoints à enregistrer une déclaration de résidence familiale s’ils veulent que leur demeure soit soumise aux dispositions de la loi. Il s’agit du Québec et de la Colombie-Britannique (*THE LAND (WIFE PROTECTION) ACT*).

Voyons maintenant de quelle manière les législateurs canadiens tentent de protéger la résidence familiale.

A. AU QUÉBEC

Ce sont les articles 449 et suivants qui établissent le régime de protection de la résidence familiale. Ces dispositions sont édictées dans le cadre du régime primaire; elles s’appliquent à tous les époux et ces derniers ne peuvent y déroger sous aucune considération.

APPENDICE I

i. *Un système de cogestion de la résidence familiale*

Afin de protéger la résidence familiale, le législateur québécois a mis sur pied un “système de cogestion qui oblige les époux à agir de concert pour les actes relatifs à la résidence familiale”.⁽¹⁵⁾ Les propositions du rapport de l’Office de révision du Code civil allaient d’ailleurs dans ce sens.⁽¹⁶⁾

Les dispositions concernées touchent trois aspects : la protection des meubles du ménage, la protection du bail et enfin la protection de la résidence, propriété de l’un des époux.

L’article 449 vise la protection des meubles “affectés à l’usage du ménage”; cet article interdit à l’époux propriétaire d’aliéner ces meubles sans le consentement de son conjoint. La sanction à une contravention à cet article est la possibilité de faire annuler la vente lorsque le cocontractant était de mauvaise foi ou lorsque l’acquisition a été faite à titre gratuit (art. 450). De plus, l’époux lésé conserve toujours un recours en dommages-intérêts contre son conjoint.

L’article 451 protège le bail de la résidence principale en empêchant l’époux locataire d’agir sans le consentement de son conjoint. Il faut néanmoins qu’un avis ait été envoyé au locateur pour que cette protection existe. Cet avis n’est soumis à aucune formalité particulière. L’action en nullité est ouverte à l’époux lésé; il s’agit d’une nullité relative. Le recours en dommages-intérêts est aussi possible.

Enfin, le régime de protection de la résidence familiale est édicté aux articles 452 et suivants.

ii. *L’obligation d’enregistrer une déclaration de résidence familiale*

Le législateur québécois soumet la protection de la résidence familiale à une condition de base : l’enregistrement d’une déclaration de résidence familiale. La protection n’existe que si l’enregistrement de cette déclaration a été fait; la protection de la résidence familiale n’est donc pas automatique. Le but de cet enregistrement est d’aviser les tiers, ces derniers se trouvant généralement dans l’impossibilité de connaître le statut de la personne avec qui ils contractent.

Lorsqu’il y a eu enregistrement d’une déclaration de résidence familiale, l’époux lésé peut soit demander la nullité de l’acte fait sans son consentement si l’immeuble compte moins de cinq logements, soit exiger que le locateur lui consente un bail des lieux déjà

occupés à des fins résidentielles si l'immeuble compte cinq logements ou plus.

Afin que le droit de propriété de l'époux ne soit pas indûment paralysé par l'impossibilité d'obtenir le consentement du conjoint ou par un refus injustifié de ce dernier, l'époux propriétaire peut être autorisé par le tribunal "à passer seul un acte pour lequel le consentement de son conjoint serait nécessaire" (art. 456).

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Les différentes législations contiennent une définition de la résidence familiale; il s'agit de l'immeuble dans lequel l'un ou les deux époux possèdent un droit (dont la nature varie selon les législations) et qui est habituellement occupé par la famille.

Quant au droit conféré par la loi à l'époux non-proprétaire de la résidence familiale, nous avons souligné que seule la province de Terre-Neuve avait opté pour un régime de copropriété; les autres provinces ont préféré mettre sur pied un système de cogestion entre les époux.

La résidence familiale est donc avantageusement protégée dans la province de Terre-Neuve. Ainsi, en copropriété, le produit de la vente de l'immeuble est également divisé entre les conjoints; des autres provinces, seul le Nouveau-Brunswick procède de façon identique, c'est-à-dire que lors de l'aliénation de la résidence familiale, "chaque conjoint a droit à la moitié du produit net" de la vente (art. 20). De plus, au décès de l'un des copropriétaires, le conjoint survivant obtient un droit complet de propriété dans l'immeuble, sans nécessité d'intervention du tribunal.

Dans les provinces autres que Terre-Neuve, les nouvelles lois "confèrent aux deux époux un droit immédiat de jouissance et de possession du foyer conjugal et interdisent sa vente, à défaut de consentement des deux époux."⁽¹⁷⁾

La protection se situe donc à deux niveaux : d'abord au niveau du droit de possession et de jouissance, ensuite au niveau du droit de disposer.

i. *Les droits de possession et de jouissance*

Dans sept provinces et un territoire, l'époux non-proprétaire acquiert, du seul fait du mariage, un droit de possession et de jouissance de la résidence identique à celui de son conjoint.⁽¹⁸⁾

Le droit égal de possession se termine lorsqu'un immeuble perd son statut de résidence familiale, à la dissolution du mariage ou

APPENDICE I

lorsqu'un droit de possession exclusive est accordé par le tribunal. Cette autorisation au tribunal d'ordonner la possession exclusive de la résidence familiale est prévue dans les sept mêmes provinces.⁽¹⁹⁾ Et deux autres provinces, qui n'accordent pas de droit de possession automatique à l'époux non-proprétaire, autorisent le tribunal à rendre pareille ordonnance.⁽²⁰⁾ Cette ordonnance de possession exclusive est rendue sans égard au droit de propriété et elle peut l'être généralement lorsque "les autres possibilités de logement sont inadéquates ou si le meilleur intérêt de l'enfant l'exige" (art. 45(3) de la loi de l'Ontario).

Enfin, la possession exclusive de la résidence familiale peut être accordée au moment de la dissolution du régime. (Nous traiterons davantage de cet aspect dans la rubrique no 5.4.)

Soulignons que les dispositions que nous venons de considérer n'empêchent pas l'époux propriétaire d'aliéner l'immeuble et c'est pourquoi le second niveau de protection touche le droit de disposer.

ii. *Le droit de disposer*

a) *Le principe: l'interdiction d'aliéner la résidence familiale sans le consentement de son conjoint*

Les nouvelles législations imposent des restrictions au droit de disposer de l'époux propriétaire; ainsi, la résidence familiale ne peut être aliénée sans le consentement de l'autre conjoint.

Les quatre provinces de l'ouest (Colombie-Britannique, Alberta, Manitoba et Saskatchewan) ne traitent pas de cet aspect dans leur loi de partage de biens (sauf lorsqu'il y a eu ordonnance de possession exclusive); ainsi, pour cette rubrique, les lois à examiner dans ces quatre provinces sont : *THE DOWER ACT* de l'Alberta (R.S.A. 1980, chap. D-38), *THE DOWER ACT* du Manitoba (R.S.M. 1970, chap. D-100), *THE HOMESTEADS ACT* de la Saskatchewan (R.S.S. 1981, chap. M-15) et enfin *THE LAND (WIFE PROTECTION) ACT* de la Colombie-Britannique (R.S.B.C. (1979), chap. 223). Certaines dispositions de ces lois protègent la résidence familiale en empêchant l'époux propriétaire de disposer de celle-ci sans le consentement de son conjoint.⁽²¹⁾ Néanmoins, cette protection n'attribue aucun droit de propriété dans l'immeuble et il faut alors référer aux lois de partage des biens qui traitent de cet aspect. Soulignons ici que dans les quatre provinces concernées, les lois sur le partage des

biens s'appliquent en sus et non en dérogation des lois mentionnées ci-haut.

Les provinces de common law possèdent donc toutes des dispositions empêchant l'époux propriétaire de la résidence familiale d'aliéner celle-ci sans le consentement de son conjoint.⁽²²⁾

b) *La renonciation de l'époux non-propriétaire*

Pour aliéner l'immeuble, l'époux propriétaire doit obtenir le consentement de son conjoint ou la renonciation de ce dernier à ses droits. En effet, l'époux non-propriétaire peut, sous certaines considérations, renoncer à l'exercice de ses droits. Chaque loi prescrit la forme spécifique que doit avoir une telle renonciation; il ne peut donc y avoir de renonciation tacite, celle-ci devant être expresse et faite selon les formes prévues par la loi.

En Ontario, cette renonciation peut se faire dans un accord de séparation [art. 42(1)(b)], mais elle ne peut absolument pas se trouver dans un contrat de mariage, sous peine de nullité [art. 5(2)]. Il semble donc que la loi de l'Ontario ne permette pas de modifier les règles concernant la résidence familiale durant le mariage, mais seulement à la fin de celui-ci. Il en va de même à l'Île-du-Prince-Édouard [art. 51(2)]. Par contre, dans d'autres provinces, cette renonciation peut se faire durant la période du mariage.⁽²³⁾

Dans les provinces de l'Ouest, les lois sur le douaire permettent à l'époux protégé de renoncer à ses droits, sauf la loi de la Saskatchewan qui ne contient aucune disposition autorisant une telle renonciation.⁽²⁴⁾ La renonciation n'est toutefois pas irrévocable.

c) *Le consentement de l'époux non-propriétaire*

Dans le cas où il n'y a eu aucune renonciation, de quelle façon le consentement du conjoint non-propriétaire doit-il être manifesté?

Règle générale, le consentement doit être écrit et suivre certaines formalités; il ne peut alors être tacite ou présumé.⁽²⁵⁾ Certaines législations exigent que le conjoint non-propriétaire de la résidence signe l'acte de disposition afin de rendre l'aliénation valide.⁽²⁶⁾ Toutefois, quelques provinces admettent le consentement tacite.⁽²⁷⁾ Il s'agit alors d'une question de preuve afin de déterminer si le conjoint a consenti. La loi de la Colombie-Britannique prévoit même le cas où il y a une présomption de consentement (art. 10).

APPENDICE I

Il faut noter que l'époux propriétaire peut se passer du consentement de son conjoint lorsqu'un jugement du tribunal l'y autorise.

d) *La sanction à l'absence de consentement*

Quelle est la sanction lorsque l'époux propriétaire passe outre et aliène l'immeuble sans le consentement de son conjoint ou sans l'autorisation du tribunal?

La sanction la plus fréquente est la possibilité de faire annuler la vente, généralement lorsque l'acheteur est de mauvaise foi.⁽²⁸⁾ Toutefois, lorsque l'acheteur est de bonne foi et qu'il acquiert l'immeuble pour considération, la vente ne pourra être annulée. Il restera l'action en dommages. D'ailleurs, l'ordonnance des Territoires du Nord-Ouest ne semble admettre que le recours en dommages pour remédier au défaut (art. 12).

Dans les provinces de l'Ouest, seule la Colombie-Britannique sanctionne l'absence de consentement par l'action en nullité (art. 10(1) *THE LAND (WIFE PROTECTION) ACT*). Dans les autres provinces, la loi du Manitoba spécifie qu'une telle disposition est invalide et sans effet jusqu'au consentement de l'épouse (art. 3(1) *THE DOWER ACT*). En Alberta, une telle disposition est considérée comme une contravention à la loi et l'époux qui l'a faite est coupable d'une infraction (art. 2 *THE DOWER ACT*). La jurisprudence de cette province semble reconnaître qu'une telle disposition est valide, mais qu'elle ne serait pas exécutoire (*T.D. Bank v. Gordon*).⁽²⁹⁾

e) *L'enregistrement et la protection des tiers*

L'enregistrement d'une déclaration de résidence familiale est possible dans certaines provinces de common law, mais la protection n'est pas soumise à cet enregistrement, sauf en Colombie-Britannique (art. 2(1) *THE LAND (WIFE PROTECTION) ACT*). Les diverses lois envisageant la possibilité de detenir plusieurs résidences familiales, l'enregistrement permet alors aux époux d'identifier un seul immeuble en tant que résidence familiale et d'anéantir ainsi la présomption à l'égard des autres immeubles.⁽³⁰⁾ Cet enregistrement peut être radié par la suite si la désignation ne correspond plus à la réalité familiale.

L'enregistrement d'une déclaration de résidence familiale n'est donc pas obligatoire pour assurer la protection de la loi; cette

dernière est automatique lorsque l'immeuble tombe sous la définition de résidence familiale.

Dans ces conditions, comment peut-on protéger les tiers?

Toutes les provinces obligent celui qui dispose d'un immeuble à rédiger un affidavit où il stipule l'un ou plusieurs des points suivants : qu'il n'est pas marié, que l'immeuble n'est pas et n'a jamais été occupé en tant que résidence familiale, qu'une renonciation a été obtenue, ou enfin qu'un immeuble autre que celui aliéné est déjà désigné comme résidence principale de la famille.

L'affidavit crée une présomption à l'effet que l'immeuble n'est pas une résidence familiale; dans le cas de transfert illégal, il permet donc au tiers contractant de faire la preuve de sa bonne foi, c'est-à-dire qu'il ignorait que l'immeuble aliéné servait de résidence familiale.

Soulignons en terminant que la plupart des législations étendent la protection aux meubles affectés à l'usage du ménage (household goods).

Ainsi pour protéger la résidence familiale, seule Terre-Neuve a édicté la copropriété automatique; les autres provinces ont mis sur pied un système de cogestion.

Ce type de mécanisme de protection ne fait pas l'unanimité et certains émettent l'opinion que: "Compte tenu de la nature et de l'importance particulière de ce bien, les dispositions doivent aller plus loin. Etant donné que l'aliénation du foyer conjugal est déjà sujette à des restrictions, les transactions immobilières ne seraient pas tellement plus complexes, si un droit était dévolu. Un système de copropriété du foyer conjugal pourrait venir s'ajouter à un régime de partage différé sans susciter des problèmes particulièrement compliqués".⁽³¹⁾

2.2.3 Le versement compensatoire : le rétablissement de l'équilibre patrimonial

Les critères législatifs concernant le partage des biens ne reconnaissent pas toujours de façon adéquate l'apport d'un époux dans l'accumulation des biens de son conjoint. C'est pourquoi certaines législations permettent au tribunal de considérer cet apport et d'offrir une compensation appropriée à l'époux qui l'a fourni.

Nous ne présentons ici que sommairement la notion de prestation compensatoire; nous verrons les différents mécanismes et modalités du

APPENDICE I

versement de façon plus détaillée dans la rubrique 5.5, après avoir traité des systèmes de partage de biens.

A. AU QUEBEC

C'est l'article 559 C.c.Q. qui établit le principe :

“Art. 559. Au moment où il prononce le divorce, le tribunal peut ordonner à l'un des époux de verser à l'autre, en compensation de l'apport, en biens ou services, de ce dernier à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint, une prestation payable au comptant ou par versements, en tenant compte, notamment, des avantages que procurent le régime matrimonial et le contrat de mariage.

Cette prestation compensatoire peut être payée, en tout ou en partie, par l'attribution d'un droit de propriété, d'usage ou d'habitation, conformément aux articles 458 à 460”

D'autres articles touchent aussi la notion de prestation compensatoire et ils se réfèrent tous à l'article 559.

La prestation permet de compenser l'époux qui a contribué à l'enrichissement de son conjoint. Au moment de la dissolution du mariage, le tribunal peut lui accorder une somme équivalente à l'apport qu'il a fourni et qui s'est soldé par l'accroissement du patrimoine de l'autre époux.

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Toutes les provinces ne prévoient pas le versement compensatoire; seules les lois de l'Ontario (art. 8), de l'Ile-du-Prince-Edouard (art 8), du Nouveau-Brunswick (art. 42), de la Nouvelle-Ecosse (art. 18) et de Terre-Neuve (art. 27) comprennent des dispositions à cet effet.

Ces articles visent à ce que soit compensé l'époux qui a fourni un certain apport à l'enrichissement de son conjoint et pour qui le partage selon les critères généraux de la loi se révélerait inéquitable.

“8. Sur demande d'un conjoint ou d'un ancien conjoint qui a fait un apport en travail, en argent ou qui s'évalue en argent à l'acquisition, à la gestion, à l'entretien, à l'exploitation ou à l'amélioration d'un bien autre que familial auquel l'autre conjoint a ou avait droit, la cour peut :

- a) ordonner un versement compensatoire;
- b) attribuer au demandeur une part du droit de l'autre conjoint de valeur équivalente à son apport.

La cour évalue l'apport comme si les parties n'étaient pas conjoints, *et sans tenir compte du fait qu'un conjoint de ce sexe ferait normalement cet apport?*

On cherche à rétablir l'équilibre patrimonial entre les époux par un versement compensatoire, car il apparaît qu'un simple partage des biens n'atteindrait pas ce but.

Il s'agit d'une mesure différente de celle du partage des biens non-familiaux. Ce partage est possible sous certaines législations lorsque le partage des seuls biens divisibles s'avèrerait injuste. (Nous verrons plus loin que la distinction est parfois difficile à faire; ainsi les articles 4(6)(ii) et 8 de la loi de l'Ontario ont semblé difficiles à différencier pour certains juges de cette province.)

2.2.4 *Le transfert de droits à l'autre conjoint et la protection des intérêts de la famille par voie judiciaire*

Dans cette rubrique, nous traiterons de deux cas qui se distinguent d'une situation familiale normale : le cas où l'un des conjoints est incapable d'assurer son rôle à l'intérieur de la famille et le cas où le tribunal doit ou peut intervenir pour régler certaines questions concernant la famille.

Certaines législations sont plus directives que d'autres sur ces points. Le Québec, par exemple, prévoit clairement ces possibilités, tout en laissant une certaine marge de manoeuvre aux époux; l'Ontario, par contre, traite de cas spécifiques [ex. : l'action en dommages d'un époux contre son conjoint, art. 65(3)(a)].

A. AU QUEBEC

L'article 447 C.c.Q. permet aux époux de se donner mandat dans certains cas :

“Art. 447. Chacun des époux peut donner à l'autre mandat de le représenter dans des actes *relatifs à la direction morale et matérielle de la famille*.

Ce mandat est présumé lorsque l'un des époux est dans l'impossibilité de manifester sa volonté pour quelque cause que ce soit ou ne peut le faire en temps utile.”

Lorsque les époux ne s'entendent pas sur un point particulier, ils peuvent demander au tribunal de trancher (art. 448). Ce dernier “statuera dans l'intérêt de la famille, après avoir favorisé la conciliation des parties”.

APPENDICE I

De plus, nous avons vu précédemment qu'en relation avec les droits concernant la résidence familiale, l'un des époux peut être autorisé par le tribunal à disposer ou à aliéner celle-ci sans le consentement de son conjoint (art. 456).

Finalement, soulignons rapidement, puisque ce point touche le régime secondaire, qu'un époux pourrait se voir confier par le tribunal le mandat d'administrer les biens de son conjoint ou même recevoir de ce dernier le mandat de le représenter "dans l'exercice des droits et pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue". (Voir les articles 475, 476 et suivants)

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

La possibilité pour les conjoints de se donner mandat n'est pas explicitement prévue dans les législations de common law; chaque époux pourrait néanmoins permettre à son conjoint d'administrer ses biens durant le mariage (voir rubrique no 4.1.2) ou d'assurer seul la direction générale de la famille. Cet accord pourrait se faire à l'intérieur d'un contrat familial.

Les pouvoirs de la Cour sont différents d'une législation à l'autre; ils portent sur des points très diversifiés.

La possibilité d'attribuer la possession exclusive de la résidence familiale à l'un des conjoints est l'un des principaux pouvoirs du tribunal durant le mariage.⁽³²⁾ De plus, les tribunaux peuvent rendre des jugements en matière alimentaire⁽³³⁾ ou dans des actions en dommages entre conjoints⁽³⁴⁾ et enfin trancher tout différend qui survient entre eux.⁽³⁵⁾

CHAPITRE 3. LES CONTRATS FAMILIAUX

Dans toutes les provinces, les conjoints peuvent écarter les dispositions législatives les concernant et créer leur propre entente à l'aide d'accords écrits. Ces accords sont nommés "contrats familiaux" et comprennent le contrat de mariage, l'accord de cohabitation et l'accord de séparation. Ces contrats peuvent être rédigés avant ou pendant le mariage et régir la vie commune pendant le mariage ou la fin de celui-ci.

Le contrat de mariage est un document plus fréquemment rédigé au Québec que dans les provinces de common law. Cela tient à la tradition civiliste du Québec et au fait qu'il existe un régime légal dans cette province. Les époux doivent donc, obligatoirement, rédiger un contrat de mariage, s'ils ne veulent pas être soumis en tout ou en partie au régime légal, la société d'acquêts.

Dans les provinces de common law, où n'existe que la séparation de biens, les époux n'envisageaient généralement de rédiger un contrat de mariage que pour couvrir des situations non prévues. On peut désormais se demander si les récents changements législatifs n'entraîneront pas la rédaction d'un plus grand nombre de contrats de mariage dans ces provinces.

De plus, il faut souligner les différences de terminologie qui existent entre le Québec et les provinces de common law. Dans ces dernières, on utilise le terme "contrat familial" pour qualifier tout type de contrat. Au Québec, ce terme est inconnu et on ne fait habituellement référence qu'au contrat de mariage. Pour les fins du texte, le terme "contrat familial" englobera le contrat de mariage et la demande conjointe en séparation tel que nous les connaissons au Québec.

Nous verrons donc dans quels cas ces contrats peuvent être conclus par les conjoints, quelles sont les conditions et formalités qu'ils doivent respecter, quels sont les effets de ces contrats et enfin dans quels cas les tribunaux peuvent passer outre à ces contrats ou les modifier.

3.1 LA NATURE DES CONTRATS

Les époux peuvent conclure différentes ententes selon leurs besoins. Voyons quels sont ces types de contrat et quel peut être leur contenu.

A. AU QUÉBEC

Au Québec, il n'existe que deux types d'accord qui soient réglementés : le contrat de mariage et la demande conjointe en séparation de corps. Ces accords ne peuvent être conclus qu'entre époux. Néanmoins, les concubins ne sont pas empêchés de conclure une entente s'ils le désirent. Depuis l'abrogation de l'article 768 C.c.B.-C. qui empêchait les concubins de se faire des donations autres qu'alimentaires par contrat, c'est le principe de la liberté contractuelle qui les régit (art. 13 C.c.B.-C.) et les concubins peuvent donc faire toutes les conventions qu'ils désirent afin de régler leurs rapports patrimoniaux. Même si le contenu de ces conventions n'est pas spécifiquement réglementé, les concubins sont de plus en plus encouragés à passer de tels accords.

Entre époux, le contrat de mariage est le type d'accord le plus usuel. En vertu de l'article 463 C.c.Q. :

"Il est permis de faire, par contrat de mariage, toutes sortes de stipulations, sous réserve des dispositions impératives de la loi, de l'ordre public et des bonnes moeurs"

Les époux sont donc restreints sur deux points dans la rédaction de leur contrat de mariage : ils ne peuvent déroger au régime primaire et ils

APPENDICE I

ne peuvent aller à l'encontre de l'ordre public et des bonnes moeurs. Ils ne pourraient donc modifier les règles concernant la résidence familiale puisque ces dernières sont contenues dans le régime primaire et sont obligatoires pour tous les époux. Mis à part ces deux restrictions, les époux ont libres de stipuler ce qu'ils veulent dans leur contrat de mariage.

Comme nous l'avons souligné précédemment, les époux qui ne rédigent pas de contrat de mariage sont gouvernés par le régime légal, la société d'acquêts (art. 464). S'ils veulent être soumis à un autre régime (ex. : la séparation de biens), les époux doivent rédiger un contrat de mariage; de même, un contrat de mariage est nécessaire si l'on veut modifier certaines règles du régime légal.

Depuis la mise en vigueur du nouveau Code civil du Québec, les époux peuvent faire une demande conjointe en séparation de corps, lorsqu'ils s'entendent sur tout ou partie des conséquences de leur rupture (voir l'art. 527 C.c.Q. et les arts 822 et suivants C.P.c.).

Le projet d'accord de séparation peut porter sur toutes matières; il règle la situation des époux et, éventuellement, celle des enfants lorsque survient le relâchement du lien matrimonial.

Il n'existe qu'une restriction dans la rédaction d'un tel projet : il faut que celui-ci préserve suffisamment les intérêts des époux et des enfants, autrement le juge peut refuser de l'entériner (art. 822.3 C.P.c.). Soulignons que le juge doit aussi vérifier la réalité des consentements des époux.

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

On retrouve trois types d'accord dans les législations de common law : le contrat de mariage, l'accord de cohabitation et l'accord de séparation. L'Ontario et l'Ile-du-Prince-Edouard connaissent un troisième type d'accord, l'accord de paternité.

Dans sept provinces, les accords familiaux peuvent intervenir pendant le mariage ou à la fin de celui-ci et on peut y régler toutes questions qui existent entre les conjoints, de leur vivant ou au décès de l'un d'eux.⁽³⁶⁾ Néanmoins, deux provinces ne permettent pas de régler le sort des biens au cas de décès de l'un des conjoints : il s'agit de la Colombie-Britannique [art. 48(2)] et de la Saskatchewan [arts. 38(1), (4)]. L'accord peut néanmoins régir la fin du mariage lorsqu'elle ne découle pas du décès de l'un des époux.⁽³⁷⁾

Le contenu du contrat de mariage est-il réglementé? Celui-ci établit "les droits et obligations réciproques en mariage" (art. 51(1) de la loi de

l'Ontario), ainsi que ceux qui découleront de la fin du mariage. Règle générale, aucune limite ne s'impose aux conjoints dans la rédaction de tels accords. Néanmoins, dans quatre provinces, les époux ne peuvent changer ou modifier, par contrat de mariage, les règles concernant la résidence familiale et les meubles "affectés à l'usage du ménage".⁽³⁸⁾ De plus, le contrat familial ne peut déterminer les droits de garde ou de visite des enfants. Ces modifications peuvent toutefois se faire à l'intérieur d'un accord de séparation.⁽³⁹⁾

L'accord de séparation règle les droits et pouvoirs réciproques des époux lors de la dissolution du lien matrimonial. Certaines conséquences d'une séparation peuvent être réglées à l'intérieur d'un contrat de mariage, mais d'autres qui concernent la résidence familiale et la garde des enfants ne peuvent l'être qu'à l'intérieur d'un accord de séparation.

Quant à l'accord de cohabitation, il intervient entre deux personnes qui cohabitent hors mariage et il règle toutes questions relatives à leur cohabitation. Dans le cas d'un mariage subséquent, l'accord de cohabitation se transforme alors en contrat de mariage.⁽⁴⁰⁾

Qu'en est-il des contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi?

Avec certaines restrictions, quelques législations considèrent cette entente valide et l'assimilent à un contrat familial conclu selon les termes de la loi. Ainsi l'article 39(1) de la loi du Nouveau-Brunswick prévoit que :

"39(1) Est réputé constituer un contrat domestique aux fins de la présente loi toute entente de séparation ou contrat de mariage régulièrement conclu avant l'entrée en vigueur de la présente partie."

Toutefois, la loi avance deux conditions à cet égard : le contrat antérieur ou une partie de celui-ci serait valide s'il avait été conclu après l'entrée en vigueur de la loi et ce contrat a été conclu en prévision de l'entrée en vigueur de la loi (art. 39(2) de la loi du Nouveau-Brunswick).

D'autres législations possèdent des dispositions analogues; il s'agit des lois de l'Ontario (art. 59), de l'Ile-du-Prince-Edouard (art. 59), de la Saskatchewan (art. 41) et de l'ordonnance du Yukon (art. 40).

3.2 *LES FORMALITES*

Les contrats familiaux sont, en raison des diverses législations provinciales, soumis à des formalités pour assurer leur validité.

APPENDICE I

A. AU QUEBEC

En vertu de l'article 472 C.c.Q., le contrat de mariage doit être fait devant notaire et porter minute sous peine de nullité. Le notaire doit, de plus, en donner avis à la personne chargée de tenir le registre central des régimes matrimoniaux (art. 474); le défaut d'enregistrement n'entraîne pas cependant la nullité de l'acte.

Le mineur autorisé à se marier peut signer un contrat de mariage, mais il doit alors être autorisé à cet effet par le tribunal (art. 466).

Les conventions matrimoniales ne sont pas immuables; elles peuvent être modifiées avant ou après le mariage, mais ces modifications doivent elles-même faites par contrat de mariage, donc par acte notarié. Si la modification est faite avant la célébration du mariage, il faudra obtenir le consentement de tous ceux qui étaient parties au contrat de mariage. De plus, si les modifications sont ultérieures au mariage, les créanciers peuvent, dans l'année qui suit ces modifications, les faire déclarer inopposables à leur égard.

Outre la nullité qui entache le contrat de mariage qui ne respecte pas les formalités de la loi, le contrat est aussi soumis aux règles générales relatives aux contrats; il pourrait donc être annulé pour les mêmes motifs que tout autre contrat.

Quant à la demande conjointe de séparation, elle "se forme par la production, au greffe du tribunal, d'une déclaration . . . signée par les parties et, le cas échéant, par leurs procureurs . . ." (art. 814 C.P.c.). Il y est joint un projet d'accord daté et signé par les époux qui porte règlement complet des conséquences de la séparation et indique la personne chargée de liquider le régime matrimonial. Ce projet règle aussi la situation des époux pendant l'instance.

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Toute personne ayant la capacité de se marier peut signer un contrat de mariage. Dans toutes les provinces, les contrats familiaux doivent être faits sous forme écrite. Dans certains cas, ils doivent, en plus d'être signés par les époux, être rédigés devant témoins.⁽⁴¹⁾ Les conjoints doivent parfois joindre à leur contrat une déclaration stipulant qu'ils comprennent la nature et la portée d'un tel accord, et qu'ils renoncent à toutes poursuites en vertu de la loi.⁽⁴²⁾

Le mineur, lorsqu'autorisé à passer de tel contrat, doit le faire homologuer par la cour.⁽⁴³⁾ En Colombie-Britannique, l'article 48(5) de la loi autorise le mineur à passer un contrat de mariage, mais ne fait aucune référence à l'accord de séparation. Toutefois, il est possible que la

définition du contrat de mariage puisse inclure un accord de séparation, comme le souligne un auteur :

“It would appear, however, that the definition of ‘marriage agreement’ in subsection 48(2) of the Act is broad enough in scope to include a separation agreement : accordingly, a married minor, in British Columbia, ought to be able to enter into a valid and enforceable separation agreement.”⁽⁴⁴⁾

En Saskatchewan, l'article 38(4)(a) de la loi indique clairement que la définition de “contrats familiaux” comprend l'accord de séparation; dès lors, on peut considérer qu'il est permis à un mineur de cette province de conclure un accord de séparation.

Quelle est la sanction lorsque le contrat familial ne respecte pas les formalités requises?

Dans certaines provinces,⁽⁴⁵⁾ les contrats qui ne respectent pas les formalités de la loi sont nuls. Il semble en être de même au Nouveau-Brunswick, bien que la loi n'est pas explicite sur le sujet [voir l'art. 37(1)].

Les législations des autres provinces ne stipulent pas expressément la sanction qui pèse sur un contrat ne remplissant pas les formalités requises; il est donc fort probable qu'un tel contrat ne serait pas pris en considération.

Les décisions sur ce point sont contradictoires. Dans *Re Tufts*,⁽⁴⁶⁾ le jugement détermine qu'un tel accord n'est pas un contrat de mariage au sens de la loi.

Dans *Moore v. Moore*,⁽⁴⁷⁾ le juge Steinberg est d'avis qu'un accord qui ne respecterait pas les formalités de la loi ne serait pas un contrat familial. Ainsi, il souligne :

“*What is the purpose of s 54(1) of the Act? In my view it is a recognition that contracts to settle matrimonial difficulties ought to be removed from the traditional law relating to contracts to this extent: spouses ought not to be bound to any agreements encompassing the issues set out in ss. 51(1) and 53 unless and until they have signed the agreements and their signatures have been witnessed. These agreements are not normal commercial agreements and their negotiations are subject to a considerable amount of emotion, vacillation, and pressure . . .*”

APPENDICE I

Par contre, dans *Geropoulos v. Geropoulos*,⁽⁴⁸⁾ le juge Eberle est d'avis qu'un tel contrat pourrait être valide.

Soulignons que le contrat sera invalide si l'on ne respecte pas les règles relatives à la formation des contrats, c'est-à-dire s'il est entaché de fraude, menaces ou violence, ou encore s'il est contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs. Ainsi, un accord de séparation qui serait obtenu à l'aide de manoeuvres frauduleuses ou de menaces ne pourrait être considéré comme valide par le tribunal.

Dans certaines provinces, les accords autres que familiaux, c'est-à-dire qui ne respectent pas les formalités requises par la loi pour constituer un contrat familial, peuvent être pris en considération par le tribunal lors du partage des biens.⁽⁴⁹⁾

En dernier lieu, soulignons que lorsque certaines dispositions sont nulles alors que le contrat est valide, ces dispositions seront généralement considérées comme indépendantes du reste du contrat et ne l'affecteront pas.⁽⁵⁰⁾

3.3. LES EFFETS DES CONTRATS FAMILIAUX

Règle générale, les contrats familiaux n'ont d'effets qu'entre les époux. Toutefois, dans certains cas, l'on considère qu'ils en ont aussi à l'égard des tiers.

A. AU QUEBEC

Le contrat permet aux époux de faire un choix quant aux différents régimes matrimoniaux qui s'offrent à eux et d'empêcher ainsi l'application du régime légal, s'ils le désirent. Il permet de plus aux conjoints d'exclure en tout ou en partie les dispositions de la loi, exception faite des dispositions impératives qui concernent le régime primaire. Ils peuvent donc, par l'intermédiaire du contrat de mariage, créer leur propre régime de biens. Dans certains cas, le contrat de mariage peut avoir des effets à l'égard des tiers; il doit pour se faire être enregistré au registre central des régimes matrimoniaux. Il faudra procéder à un double enregistrement pour donner effet à un contrat de mariage contenant des donations, les donations devant être enregistrées au Bureau d'enregistrement des titres immobiliers du domicile du donateur (art. 804-806 C.P.c.). Il semble que, sans ces enregistrements, le contrat de mariage ne sera pas opposable aux tiers. En certains cas, le tiers est considéré comme une partie à l'entente; c'est le cas, notamment, lorsque des donations sont portées au contrat de mariage.

Enfin, l'accord conjoint de séparation permet aux époux de régler toutes les conséquences de leur séparation. Il aura effet entre eux et à l'égard de leurs enfants.

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

L'effet principal du contrat familial est de rendre la législation concernant le partage des biens inapplicable aux époux. Ainsi l'article 41 de la loi de Terre-Neuve indique clairement :

“42. A person may enter into an agreement under this Part to vary or exclude the application of this Act.”

Dans la majorité des provinces le contrat familial prévaut sur les dispositions de la loi.⁽⁵¹⁾ Ainsi, l'article 2(9) de la loi de l'Ontario précise :

“Art. 2 . . .

(9) Sauf disposition contraire de la présente loi, un contrat familial prévaut sur ce que celle-ci prévoit *dans la même matière*.”

Il semble donc que la règle générale soit à l'effet que le tribunal ne pourra modifier un contrat validement conclu. Il peut néanmoins exister certaines exceptions à cette règle (voir la rubrique no 3.4 traitant des pouvoirs du tribunal).

En Ontario [art. 51(2)] et à l'Ile-de-Prince-Edouard [art. 51(2)], les dispositions concernant la résidence familiale et les meubles affectés à l'usage du ménage ne peuvent être modifiés par contrat de mariage; il s'agit donc de dispositions impératives qui s'appliquent à tous les époux. Dans les autres provinces, toutefois, il semble que les droits concernant la résidence familiale puissent être touchés par un contrat familial.

Lorsque le contrat familial est silencieux sur certains points, l'on supposera que les époux ont désiré l'application de la loi quant à cette partie. L'article 48(8) de la loi de la Colombie-Britannique énonce :

“Art 48 . . .

(8) A provision of a marriage agreement that is void or voidable is severable from the other provisions of the marriage agreements.” (Voir aussi l'article 38(3) de la loi de Saskatchewan)

Dans le cas où un tiers fait un don à l'un ou l'autre des époux ou aux deux et que ce don ne peut être modifié ou révoqué sans le consentement du donateur, le tiers est alors parfois considéré comme une partie au

APPENDICE I

contrat. Le tiers est partie à l'entente en considération uniquement de la disposition le concernant; le contrat familial n'a d'effet à son égard que dans ce cadre.⁽⁵²⁾

3.4 LES POUVOIRS DU TRIBUNAL

Le tribunal dispose de certains pouvoirs en regard des contrats familiaux; il peut parfois les déclarer invalides, parfois les modifier, parfois s'en inspirer dans le règlement d'un partage de biens, alors même qu'ils ont été déclarés nuls.

A. AU QUEBEC

Au Québec, le contrat de mariage peut être invalidé par le tribunal s'il ne respecte pas les formalités édictées ou s'il va à l'encontre des règles générales relatives à la validité des contrats, par exemple s'il a été fait de façon frauduleuse ou sous l'effet de menaces. De même, le tribunal pourra déclarer nulle une clause qui va à l'encontre de l'ordre public et des bonnes moeurs ou qui modifie ou exclut une règle contenue au régime primaire.

Quant à la demande conjointe en séparation, le juge peut supprimer ou modifier toute clause qui lui apparaîtrait contraire à l'intérêt des enfants ou qui ne représenterait pas suffisamment les intérêts des époux (art. 822.2 et 822.3 C.P.c.). Il peut même rejeter la demande de séparation pour un tel motif ou encore exiger que l'entente soit modifiée (art. 822.3 C.P.c.).

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Dans toutes les provinces, le tribunal pourra passer outre un contrat familial si ce dernier ne respecte pas les règles générales relatives à la formation et à la validité des contrats ou s'il est contraire à l'ordre public. Au Manitoba et à Terre-Neuve, ce sont d'ailleurs les seuls cas où le tribunal a le pouvoir d'intervenir; autrement, il ne peut modifier le contrat ou modifier le partage des biens que celui-ci détermine. Dans les autres provinces, le tribunal peut, dans certaines circonstances déterminées, modifier le contrat familial.

Ainsi, le critère du meilleur intérêt de l'enfant est, dans plusieurs provinces, considéré comme un facteur permettant au tribunal de passer outre aux dispositions d'un contrat familial.⁽⁵³⁾

En Ontario, le tribunal peut ne pas tenir compte des dispositions d'un contrat familial dans deux cas : en considération de dispositions alimentaires [art. 18(4)] et lorsque le meilleur intérêt de l'enfant le justifie

(art. 55). Il faut souligner que la jurisprudence ontarienne n'a pas encore fixé de façon précise dans quels autres cas le contrat familial n'aura pas d'application.⁽⁵⁴⁾

La loi de la Colombie-Britannique donne au tribunal un pouvoir assez large pour modifier le contrat familial (art. 51-54). En vertu de l'article 51, le tribunal peut changer le contrat sur une base d'équité. Dans une même optique, l'article 29 de la loi de la Nouvelle-Ecosse énonce :

“Art. 29. Upon an application by a party to a marriage contract or separation agreement, the court may, where it is satisfied that any term of the contract or agreement is unconscionable, unduly harsh on one party or fraudulent, make an order varying the terms of the contract or agreement as the court sees fit.”

De même, l'article 41 de la loi du Nouveau-Brunswick permet au tribunal d'ignorer toute clause qui serait inéquitable en regard de deux circonstances : lorsque “le contrat domestique a été conclu avant l'entrée en vigueur de la présente partie sans tenir compte de cette éventualité” ou lorsque “le conjoint qui conteste la clause a conclu le contrat domestique sans les conseils juridiques d'une personne indépendante du conseiller juridique de l'autre conjoint”.

En Saskatchewan, il semble que le tribunal puisse déroger aux termes de l'entente lorsque les droits de possession sont concernés (art. 5, 6, 7 et 24).

Enfin, pour terminer soulignons que, dans certains cas, les tribunaux pourront prendre considération, dans le règlement d'un partage de biens, une entente autre qu'un contrat familial au sens de la loi.⁽⁵⁵⁾

CHAPITRE 4. LA NATURE DES REGIMES SECONDAIRES

“Les extrêmes tendent à se rapprocher.” Si cette proposition peut s'appliquer aux nouveaux régimes de biens et s'il est exact qu'il s'est accompli certains rapprochements, il n'en demeure pas moins qu'il existe encore un écart non négligeable entre les différentes provinces.

Entre le Québec et les provinces de common law, cet écart se situe à l'origine même des systèmes; en effet, malgré les récentes réformes, les provinces de common law ne possèdent pas de régime matrimonial complet tel qu'on le connaît au Québec. Si les législateurs de ces provinces “se sont tournés vers les droits codifiés et ont importé dans leur système la notion du partage des biens”, ils n'ont pas pour autant

APPENDICE I

retenu “l’institution du régime matrimonial avec tous ses éléments techniques de qualification des biens, récompenses, recours des créanciers après le partage, etc. Ils ont donc, si l’on nous permet une métaphore, acheté la matière première (le régime matrimonial) du droit codifié, afin de la transformer dans un produit fini différent : le partage de certains biens (dont la qualification se fait davantage par l’usage que par l’origine) dans les cas de dissolution du mariage.”⁽⁵⁶⁾

Les provinces canadiennes autres que le Québec se démarquent entre elles, par de nombreuses différences, notamment au niveau des types de biens sujets à partage, et cela malgré le fait qu’elles possèdent un système de droit de même origine et qu’elles aient bâti leur réforme sur des bases communes :

“Starting with essentially the same basic premises the provinces have managed to exact legislation of at times bewildering diversity.”⁽⁵⁷⁾

Nous verrons plus spécifiquement toutes ces différences lorsque nous traiterons de la qualification des biens; voyons d’abord quels choix ont été faits.

4.1 LA NATURE DES REGIMES

En matière de régimes secondaires, plusieurs possibilités s’offraient aux législateurs canadiens dans leur désir de changement : la communauté de biens, la communauté différée de biens, avec ou sans pouvoir discrétionnaire judiciaire, et la séparation de biens, sous réserve d’un pouvoir discrétionnaire judiciaire.

Bien sûr, les choix exercés “reflètent une idéologie” et chaque province, ce faisant, énonce ses principes en matière de régime de biens.

A. AU QUEBEC : LA SOCIÉTÉ D’ACQUÊTS

C’est en 1970, par la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*,⁽⁵⁸⁾ que le législateur québécois adopte, comme régime légal, la société d’acquêts. La cause la plus importante de ce changement est le désintéressement croissant des couples québécois pour l’ancien régime légal, la communauté de biens.

La société d’acquêts est fondamentalement un système de partage différé, dans lequel le partage des biens acquêts ne se produit qu’à la dissolution du régime. Pendant le mariage, le régime n’a pas d’incidence sur la propriété des biens puisque, suivant l’article 493 C.c.Q., “Chaque époux a l’administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens propres et acquêts” et “il n’est pas tenu, pendant la durée du

régime, des dettes nées du chef de son conjoint”, à moins qu’il ne s’agisse de dettes contractées pour les besoins courants de la famille (art. 496). Seule restriction, le consentement du conjoint est requis, lorsqu’un époux veut donner des biens acquis si ce ne sont des choses modiques ou des cadeaux s’usage (art. 494).

A la fin du régime, les acquis sont toujours divisés en parts égales entre les époux et le tribunal ne peut ordonner un partage inégal comme dans les provinces de common law. Quant aux autres biens, les biens propres, ils ne sont jamais sujets à partage.

Il s’agit donc d’un système avantageux puisqu’il laisse les époux indépendants durant le mariage, tout en procédant à la répartition de biens acquis durant le mariage à la dissolution du régime.

En terminant, voici de quelle manière l’Office de révision du Code civil envisageait le futur régime légal en 1969 : un régime “qui, tout à la fois, respectait l’autonomie, l’égalité et l’indépendance des deux époux, et permettrait à chacun de participer, lors de la dissolution du régime, aux bénéfices réalisés pendant sa durée”.⁽⁵⁹⁾

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW : REGIME DE COMMUNAUTE DIFFEREE SUR CERTAINS BIENS

De même, dans les provinces de common law, aucun droit de propriété dans les biens n’est dévolu avant la dissolution du régime; en général, aucun droit n’est accordé avant qu’une ordonnance judiciaire n’ait été rendue.

Au cours du mariage, on observe une absence de régime et chaque époux peut acquérir et disposer de ses biens selon son bon vouloir. Toutefois, l’époux propriétaire de la résidence familiale ne pourra l’aliéner sans avoir obtenu le consentement de son conjoint. Du plus, lorsque l’un des époux a dissipé ses avoirs, le tribunal pourra être autorisé à ordonner un partage inégal des biens à la fin du régime.

Les législateurs canadiens n’ont pas désiré créer une véritable copropriété de certains biens et ont préféré conservé durant le mariage des règles laissant les époux maîtres de leur avoir. C’est lors de la dissolution du régime que les époux se verront offrir une partie des biens qualifiés de “partageables”.

Le régime n’affecte donc pas la propriété des biens durant le mariage, mais à la fin de celui-ci, certains biens désignés (selon certains critères et sans égard au droit de propriété) seront partagés entre les époux.

4.2 LES CATÉGORIES DE BIENS ET LEUR QUALIFICATION

Dans les relations entre époux, les biens se divisent suivant des catégories et dès lors, surtout dans un régime de partage différé, l'un des principaux problèmes est la qualification des biens. Dans les provinces de common law, "la difficulté consiste à définir ce qu'est un bien familial"⁽⁶⁰⁾ et à le discerner des autres biens. Au Québec, il s'agit de distinguer entre les biens propres et les biens acquêts.

Il est vrai que cette qualification des biens a peu d'importance durant le mariage et qu'elle n'est vraiment utile que lors de la dissolution du régime, puisqu'elle est faite primordialement pour des fins de partage. D'ailleurs, les provinces de common law ne connaissent aucune qualification "aux fins d'administration". Au Québec, ce type de qualification n'est nécessaire, pendant le mariage, que lors de la disposition entre vifs et à titre gratuit, par l'un des époux, de ses biens acquêts puisque le consentement de son conjoint est requis. Si nous désirons traiter des catégories de biens et de leur qualification dans une section précédente à celle de la liquidation du régime, c'est parce que les biens sont majoritairement acquis durant le mariage et que c'est à ce moment qu'ils trouvent l'objet de leur qualification.

A. AU QUÉBEC : LES PROPRES ET LES ACQUETS

En société d'acquêts, les biens des époux se divisent en deux catégories : les propres et les acquêts (art. 480). Les biens acquêts sont ceux qui seront partagés également entre les époux à la fin du régime, alors que les propres demeurent entre les mains de l'époux qui les possède. Tous les biens non spécifiquement déclarés propres par la loi sont des biens acquêts (art. 481).

Les biens propres sont donc énumérés par la loi (art. 482 et ss.). Certains biens sont propres de par leur nature : il s'agit des biens personnels et des instruments de travail, des biens reçus par succession, legs ou donation, des droits dans un régime de retraite, de rente ou d'assurance des dommages-intérêts et des indemnités, perçues pour atteinte à la personne (art. 486), des droits dans une pension alimentaire ou d'invalidité (art. 485), et enfin des droits de propriété intellectuelle et industrielle (art. 490).

Les autres biens sont qualifiés selon le moment de leur acquisition ou selon leur provenance. Ainsi les biens acquis avant le mariage par l'un ou l'autre des époux sont propres et donc exclus du partage (art. 482, al. 1)⁽⁶¹⁾, alors que les biens acquis pendant la durée du mariage entrent en société; de même, les produits du travail de l'époux et les fruits et revenus perçus durant le mariage (art. 481, 1° et 2° alinéa) sont des biens

acquêts. Néanmoins, les revenus provenant d'une entreprise propre à l'époux sont propres (art. 489), à condition que ces revenus soient investis dans l'entreprise. Cette règle diffère quelque peu des règles concernant les revenus d'entreprise dans certaines provinces de common law, celles-ci permettant relativement facilement que ces revenus soient partagés (Alberta, Manitoba et Saskatchewan).

Le législateur crée une présomption en faveur des acquêts à l'article 491 :

“Art. 491. Tout bien est présumé acquêt, *tant entre les époux qu'à l'égard des tiers*, à moins qu'il ne soit établi qu'il est propre.”

De plus, le législateur a institué, depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, une nouvelle catégorie de biens : les biens indivis (art. 492). Lorsque l'époux ne peut faire la preuve qu'un bien est l'un de ses propres ou de ses acquêts, le bien sera présumé appartenir pour moitié aux deux conjoints.

Au Québec, la qualification des biens se fait donc à partir de critères fixes; c'est principalement le mode ou le moment d'acquisition du bien qui déterminera son statut. Cette qualification n'est pas faite avec l'objectif d'évaluer “les profits et les pertes d'un partnership”⁽⁶²⁾ comme c'est davantage le cas en Ontario, mais bien d'évaluer un résultat à un moment défini.

“Au Québec, le processus de qualification est complet en lui-même; les critères sont certains et objectifs, sans que le facteur “écoulement du temps” ne soit considéré. Ils reflètent une situation donnée des conjoints à une époque donnée de leur vie. Il s'agit en fait d'un “bilan” de leurs patrimoines respectifs et les éléments servant à qualifier les biens sont utilisés puis délaissés dès que la solution est apportée. Evidemment, l'élément “temps” est considéré dans cette analyse, mais de façon statique; on examine les biens à un moment quelconque de la vie conjugale, mais sans faire entrer en ligne de compte le facteur “durée”; on se contente de compiler des données purement objectives”.⁽⁶³⁾

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW : LES BIENS FAMILIAUX

Dans les provinces de common law, les biens qui sont partageables à la fin du régime sont les biens familiaux. Les neuf provinces se divisent en deux groupes quant à la méthode de qualification de ces biens : un

APPENDICE I

premier groupe où le facteur principal de qualification est le mode d'acquisition du bien (Alberta, Manitoba, Saskatchewan, Nouveau-Brunswick, Terre-Neuve et Nouvelle-Ecosse) et un second groupe où le facteur principal est le mode d'utilisation du bien (Ontario, Ile-du-Prince-Edouard, Nouveau-Brunswick et Colombie-Britannique). Ce dernier groupe utilise un autre élément, le facteur contribution; toutefois, seule la Colombie-Britannique se sert de cet élément dans une optique de qualification des biens, comme nous le verrons postérieurement.

Deux provinces possèdent un régime mixte, c'est-à-dire qu'elles utilisent deux facteurs de qualification : le Nouveau-Brunswick (mi-utilisation, mi-acquisition) et la Colombie-Britannique (mi-utilisation, mi-contribution).

Nous allons maintenant examiner de quelle manière se fait la qualification des biens familiaux et voir quels sont les critères spécifiques utilisés par les tribunaux dans cette qualification.

i. Les provinces où le principal facteur de qualification est le mode d'acquisition du bien

Dans les provinces où le principal facteur de qualification des biens familiaux est le mode ou la date d'acquisition du bien, les biens qualifiés de familiaux seront soumis au partage à la dissolution du régime, alors que les autres biens ne le seront pas, sauf exception. Entre les diverses provinces la terminologie diffère : au Manitoba, à Terre-Neuve et en Nouvelle-Ecosse, les biens autres que familiaux sont considérés comme exemptés du partage, alors qu'au Nouveau-Brunswick et en Saskatchewan, ces biens sont dits propres aux époux. L'Alberta ne fait pas cette distinction et les biens pourront entrer dans l'une ou l'autre catégorie. Ces distinctions entre les termes ne portent pas atteinte au résultat final qui demeurera la même; les biens seront soumis au partage ou ils ne le seront pas.⁽⁶⁴⁾

Dans ce groupe de provinces, le facteur principal de qualification des biens familiaux est donc la provenance ou la date d'acquisition du bien. En outre, certaines provinces, telles Terre-Neuve, la Nouvelle-Ecosse et le Nouveau-Brunswick, utilisent un critère de contribution afin de faire entrer certains biens, qui peuvent être familiaux ou autres, dans le partage de l'actif; ce critère ne sert donc pas comme tel à la qualification du bien, mais est plutôt utilisé pour permettre le partage de certains biens quelle que soit leur qualification.

De façon générale, les biens familiaux peuvent être définis comme étant les biens acquis par les conjoints pendant la durée du mariage.

Dès lors, les biens acquis avant le mariage ou après, soit à la cessation de la vie commune, soit à la fin du mariage, ne seront pas considérés comme familiaux et ne seront pas partagés à la dissolution du régime.⁽⁶⁵⁾ Toutefois, lorsque les biens acquis après le mariage le sont suite à une contribution de l'ex-conjoint ou en remplacement d'un bien familial, le tribunal pourra prendre ces circonstances en considération et englober ces biens dans le partage.

Les biens acquis pendant le mariage mais alors que les époux vivent séparément ne seront pas sujets à partage.⁽⁶⁶⁾ Il faut souligner, cependant, que les effets d'une séparation tombent sous le pouvoir discrétionnaire du tribunal qui peut prendre ces circonstances en considération lors du partage des biens.

Les biens acquis par legs ou héritage ne seront jamais partagés à la dissolution du régime,⁽⁶⁷⁾ sauf en Nouvelle-Ecosse où ces biens sont qualifiés de familiaux [art. 4(1)(a)] et sont donc calculés dans le partage. Toutefois, si le donateur avait l'intention d'avantager les deux époux, le bien sera considéré comme familial au Manitoba et probablement dans les autres provinces. De plus, au Nouveau-Brunswick, à Terre-Neuve et en Nouvelle-Ecosse, les dons d'un époux à l'autre ne seront pas exclus du partage. Il semble en être de même en Alberta, où, selon la jurisprudence,⁽⁶⁸⁾ ces biens pourraient être pris en considération dans le partage.

Les effets personnels,⁽⁶⁹⁾ ainsi que les indemnités reçues en raison de dommages,⁽⁷⁰⁾ ne sont pas considérés comme des biens familiaux. Quant aux biens acquis en remplacement d'un autre, ils ont le même statut que le bien original; au Manitoba, cependant, si le bien de remplacement est utilisé à des fins familiales, il sera classé parmi les biens familiaux quelle que soit son origine [art. 6(5), (6), 8(2)].

Enfin, dans trois provinces,⁽⁷¹⁾ l'actif d'entreprise est exclu du partage des biens. Au contraire, les lois du Manitoba, de l'Alberta et de la Saskatchewan permettent le partage de cet actif assez facilement. Comme le soulignait un auteur,⁽⁷²⁾ si l'actif d'entreprise est exclu, la législation de Terre-Neuve, de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick "est presque identique (dans ses effets) à celle de l'Ontario en ce sens que les biens servant à des fins

APPENDICE I

familiales peuvent constituer la majeure partie des biens partageables”.

Autre point commun avec la législation ontarienne et les lois qui s'en inspirent, ces mêmes trois provinces utilisent un critère de contribution pour faire entrer certains biens dans le partage de l'actif ce que ni les provinces de l'Alberta, du Manitoba et de la Saskatchewan ne font.

Il existe donc quelques différences entre les diverses provinces de ce premier groupe. Seules les provinces de l'Alberta, du Manitoba et de la Saskatchewan utilisent le critère du mode d'acquisition sans presque aucune autre règle pour qualifier leurs biens. Elles se rapprochent ainsi du mode de qualification connu au Québec. Quant aux provinces qui s'inspirent de la loi de l'Ontario, elles utilisent un tout autre mode de qualification qui n'a que peu de points communs avec celui du Québec.

ii. *Les provinces où le principal facteur de qualification est le mode d'utilisation du bien*

En Ontario et à l'Ile-du-Prince-Edouard, le principal facteur de qualification des biens familiaux est le mode d'utilisation du bien.⁽⁷³⁾ La Colombie-Britannique et le Nouveau-Brunswick emploient aussi ce critère mais en le joignant à un autre. Ainsi, le Nouveau-Brunswick fait entrer dans la catégorie des biens familiaux, les biens acquis durant le mariage et ceux qui sont utilisés pour la famille; alors qu'en Colombie-Britannique, tous les biens pour lesquels un époux a fait une contribution sont familiaux, qu'ils respectent ou non le critère de l'utilisation. L'emploi d'un double critère de qualification dans ces deux provinces a pour effet d'accroître les biens partageables.

Règle générale, pour déterminer si un bien doit être classé dans la catégorie des biens familiaux, on examinera plusieurs facteurs, tels le but et le mode de l'utilisation ainsi que les personnes qui utilisent le bien.

a) *Le but de utilisation*

Sous réserve de l'emploi d'un autre critère, dans les quatre provinces, tous les biens servant “dans un but familial” sont des biens familiaux et donc sujets à partage. Tous les autres biens sont propres aux époux et donc non-partageables de prime abord. En Ontario, au Nouveau-Brunswick et en Colombie-Britannique, le fardeau de preuve repose sur celui qui allègue qu'un bien est

familial. Toutefois, en Colombie-Britannique, la jurisprudence⁽⁷⁴⁾ a déterminé que si le bien est allégué familial à cause de l'utilisation qui en est faite, c'est au réclamant de faire la preuve que ce bien n'est pas "ordinairement utilisé" dans un but familial; il y a donc renversement du fardeau de preuve dans ce cas.

Pour ce qualifier comme bien familial, il faut que le bien soit utilisé dans un "but familial". Pour identifier ce but, les diverses législations, sauf celle de la Colombie-Britannique, établissent une liste de ce qui peut généralement constituer un "but familial".

Ainsi l'article 3 de la loi de l'Ontario indique comme bien familial :

"les biens qui appartiennent à l'un des conjoints ou aux deux et dont jouissent soit les conjoints ensemble, soit l'un ou plusieurs de leurs enfants pendant qu'ils font ménage ensemble, à des fins de logement ou de transport ou à des fins ménagères, éducatives, sociales ou artistiques, . . ."

Un bien entrant dans une liste d'énumération n'est toutefois pas nécessairement un bien familial. D'abord, ces listes ne sont pas exhaustives; de plus, il faut généralement que les autres conditions de l'utilisation soient remplies.

"The mere fact that the use will benefit the family cannot be definitive of use for a family purpose; the use must be in the course of the home or domestic life of the spouses".⁽⁷⁵⁾

Ainsi, on oppose l'utilisation à des fins familiales à l'utilisation à des fins personnelles ou professionnelles.⁽⁷⁶⁾

Quelques difficultés se soulèvent lorsque le bien sert à des utilisations multiples. Dans cette situation, "le teste de l'usage principal" devrait, en théorie du moins, recevoir application, selon l'avis d'un auteur;⁽⁷⁷⁾ c'est d'ailleurs le teste que les tribunaux emploient pour qualifier la résidence "familiale". Toutefois, lorsque l'usage est alternatif, les tribunaux préfèrent généralement qualifier le bien de "familial".⁽⁷⁸⁾ Ils peuvent, avant de faire leur qualification, considérer la fréquence d'utilisation du bien dans chacune de ses utilités, ainsi que l'intention des parties.

Qu'arrive-t-il dans le cas où les parties ont cessé de cohabiter? Les biens peuvent-ils encore être utilisés dans un "but familial" suite à cette séparation? Il semble, suivant la jurisprudence, qu'un

APPENDICE I

bien initialement utilisé à des fins familiales ne cesse pas d'être utilisé à cette fin, même si la vie commune des époux a pris fin.⁽⁷⁹⁾

b) *Le mode d'utilisation du bien*

Pour être qualifié de bien familial, le bien doit aussi être utilisé dans le cadre général de la vie de la famille : “. . . that property must be used in the customary *mode of life* of the parties.”⁽⁸⁰⁾ À l'inverse de cette assertion, il ne faut pas que le bien soit utilisé à des fins particulières si on veut le qualifier de “familial”.

La période de temps pendant laquelle un bien est utilisé n'a pas d'importance; ainsi un chalet qui ne servirait que quatre semaines par année pourrait être qualifié de bien familial. Dans *Mercer v. Mercer*,⁽⁸¹⁾ un chalet d'été occupé durant une courte période de temps avant la séparation des parties a été qualifié de bien familial par le tribunal.

Les tribunaux, en Ontario⁽⁸²⁾ et en Colombie-Britannique⁽⁸³⁾ exigent que le bien soit vraiment utilisé de façon concrète avant d'être qualifié de familial, même s'il a été acquis dans un tel but. Ainsi, les biens qui n'ont pas encore été utilisés, tels les assurances de biens ou de personne ou les fonds de pension, ne seront généralement pas qualifiés de “biens familiaux” par les tribunaux, puisque même si “les produits en découlant ont pour but d'assurer la sécurité financière future de la famille, . . . le fonds lui-même n'est pas véritablement utilisé”.⁽⁸⁴⁾

Quant aux biens qui changent de destination au cours de la vie conjugale, le tribunal peut, avant le partage, en examiner toute l'histoire avant de les qualifier. Ainsi, dans *Bregman v. Bregman*,⁽⁸⁵⁾ un tableau de Picasso, accroché dans le bureau de l'époux pendant quelques années, puis transféré dans la résidence familiale quelque temps avant la séparation des époux, a été qualifié de “bien familial” par le tribunal.

Enfin, le compte de banque, de par sa nature même, est présumé faire partie du “mode de vie” de la famille.⁽⁸⁶⁾ Toutefois, une réserve d'argent particulière, utilisée à des fins spécifiques, ne sera pas qualifiée de “bien familial”.⁽⁸⁷⁾

c) *Les utilisateurs du bien*

Pour être qualifié de “familial”, le bien doit être utilisé par les époux ou leurs enfants.

Au Nouveau-Brunswick, en Ontario et à l'Île-du-Prince-Édouard, l'utilisation doit être faite par les deux époux alors

qu'ils vivent ensemble. Par contre, en Colombie-Britannique, il n'est pas nécessaire que l'utilisation se fasse conjointement par les deux époux alors qu'ils vivent ensemble.⁽⁸⁸⁾ Cette différence est importante lorsque la dissolution du régime survient après une longue période de séparation.

Toutes ces législations reconnaissent que l'utilisation faite par les enfants est valable pour la qualification. Il faut néanmoins que les enfants demeurent toujours avec leurs parents dans la résidence familiale, sauf en Colombie-Britannique.

iii. *La contribution de l'un des époux dans l'acquisition d'un bien appartenant à son conjoint*

Dans cinq provinces soit la Colombie-Britannique, Terre-Neuve, la Nouvelle-Ecosse, l'Ontario et l'Ile-du-Prince-Edouard, la valeur de la contribution que fait un époux pour l'acquisition d'un bien appartenant à son conjoint est reconnue. Exception faite de la Colombie-Britannique, cette contribution ne change pas la qualification du bien; elle entraîne soit un partage inégal des biens familiaux, soit un partage des biens autres que familiaux.

La situation est différente en Colombie-Britannique, car dans cette province, un bien à l'égard duquel une contribution a été faite, est considéré être un "bien familial" (art. 45(3)(e) et 46). Le fardeau de la preuve repose cependant sur l'époux qui a fait la contribution; néanmoins la loi est suffisamment large pour permettre d'inclure bon nombre de biens. De plus, la jurisprudence a déterminé qu'il n'était pas nécessaire dans ce cas que le bien soit utilisé à une "fin familiale".⁽⁸⁹⁾ La contribution peut être faite de plusieurs façons et, quelle que soit son importance, elle donne droit à un partage égal du bien. Toutefois, le travail ménager n'est pas encore accepté comme une contribution valable par la majorité de la jurisprudence.⁽⁹⁰⁾ Enfin, la contribution ne touche pas seulement l'acquisition mais aussi la conservation du bien.

En terminant, signalons que quelques législations traitent, en certaines occasions, des biens détenus par des tiers et qui sont considérés comme des biens familiaux,⁽⁹¹⁾ tels les biens appartenant à une compagnie ou à une fiducie et qui seraient des biens familiaux s'ils étaient inscrits comme la propriété de l'un des conjoints.

4.3 L'ADMINISTRATION DES BIENS

Règle générale, les époux conservent les pleins pouvoirs à l'égard de leurs biens durant le mariage. Cette indépendance des époux n'est

APPENDICE I

toutefois pas absolue; en effet, il existe quelques petites restrictions à cette liberté d'administration.

A. AU QUEBEC

L'article 493 énonce le principe : durant le mariage, chacun des époux conserve l'entière administration de tous ses biens, propres et acquêts.

“Art. 493. Chaque époux a l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens propres et de ses acquêts”.

Il existe néanmoins deux exceptions à ce principe. D'abord, l'époux ne peut disposer de ses acquêts entre vifs à titre gratuit sans le consentement de son conjoint (art. 494, al. 1). Si ce consentement est impossible à obtenir ou si le refus est injustifié par rapport à l'intérêt familial, l'époux pourra s'adresser au tribunal afin de faire autoriser l'aliénation. Deuxièmement, toutes les règles édictées par le régime primaire constituent une restriction au pouvoir d'administrer des époux; ainsi, l'époux propriétaire de la résidence familiale ne peut l'aliéner sans le consentement de son conjoint.

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Pendant le mariage, les époux possèdent, administrent et disposent de leurs biens dans la plus entière liberté.

Il n'existe qu'une exception à cette liberté; elle est relative aux règles concernant la résidence familiale et les biens affectés à l'usage du ménage. En effet, l'époux propriétaire de la résidence familiale ne peut l'aliéner avant d'avoir obtenu le consentement de son conjoint et ce quelle que soit la nature de ce bien.

Qu'en est-il lorsque l'un des époux dissipe son patrimoine et risque ainsi de priver son conjoint de sa part d'actifs lors du partage? En Alberta, le conjoint est autorisé, dans une telle situation, à demander au tribunal un partage immédiat des biens [art. 5(1)(e)]. Dans les autres provinces, le tribunal ne pourra sanctionner une telle conduite de l'époux qu'au moment du partage des biens, à la fin du mariage; il pourra alors ordonner un partage inégal des biens ou même ordonner une distribution des biens non-familiaux qui ne sont habituellement pas sujets à partage.

4.4. *LES LIBERALITES ENTRE CONJOINTS*

Les réformes apportées aux régimes de biens ont entraîné des modifications importantes en matière de libéralités entre conjoints, tant au Québec que dans les provinces de common law.

CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA

Alors que les libéralités entre conjoints étaient considérées de façon suspecte avant les réformes, désormais celles-ci sont réglementées de manière plus souple.

A. AU QUÉBEC

Antérieurement au 1^{er} juillet 1970, les époux ne pouvaient se faire de don à titre gratuit; toute donation entre époux après la célébration du mariage était en effet prohibée et elle pouvait être déclarée nulle par le tribunal (anciens articles 770 et 1265, al. 2).

“Ces prohibitions furent établies surtout pour la sécurité des affaires et pour éviter que les époux ne modifient leurs conventions matrimoniales”.⁽⁹²⁾

La jurisprudence avait cependant admis les cadeaux d'usage entre époux.⁽⁹³⁾

Depuis l'entrée en vigueur de la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*,⁽⁹⁴⁾ le 1^{er} juillet 1970, la prohibition des donations entre époux a été abrogée. Les époux peuvent désormais se faire valablement des dons.

Toutefois, lorsque de telles donations auront pour effet de modifier le régime matrimonial, les époux devront respecter les articles 470 et suivants qui traitent de la modification de régime.

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Dans la plupart des provinces de common law, le présomption de donation (“presumption of advancement”) a été abolie par les nouvelles lois de partage de biens. Ainsi l'article 11(1) de la loi de l'Ontario édicte :

“11(1) La présomption traditionnelle de libéralité entre conjoints est abolie. Elle est remplacée par la même présomption de fiducie au profit du cédant que celle qui existe entre ceux qui ne sont pas conjoints . . .”

Les autres lois possèdent des dispositions fort semblables à celle de l'Ontario.⁽⁹⁵⁾

L'ancienne présomption a donc été remplacée par la création d'exceptions spécifiques qui rendent les époux détenteurs en fiducie de certains biens; c'est ce qu'on a nommé la présomption de fiducie (“presumption of resulting trust”). Cette présomption n'existe pas s'il y a preuve qu'il s'agit véritablement d'un don. Autrement, le bien sera considéré comme détenu de façon conjointe entre les deux époux. Les nouvelles dispositions ne font pas de distinction entre le mari et l'épouse, alors que la

APPENDICE I

présomption de donation n'affectait que les biens offerts par le mari à son épouse.

Soulignons que la jurisprudence ontarienne repousse la présomption de fiducie lorsque le bien est placé par l'un des époux au seul nom de son conjoint sur l'insistance de ce dernier et dans le but principal de la protéger au cas où il y aurait rupture.⁽⁹⁶⁾

Enfin, les nouvelles règles ne pourront être appliquées lorsque les parties ont divorcé avant l'entrée en vigueur de la loi.⁽⁹⁷⁾

4.5 *LE CHANGEMENT DE REGIME MATRIMONIAL*

Les époux peuvent-ils changer de régime matrimonial alors qu'ils ont déjà fait un choix à ce sujet avant ou au moment du mariage?

A. AU QUEBEC

Au Québec, la règle était celle de l'immutabilité des conventions matrimoniales jusqu'en 1969, moment où le législateur a adopté le principe de la mutabilité des régimes matrimoniaux, sous réserve du contrôle judiciaire. Depuis, le nouvel article 470 C.c.Q., adopté en 1980, a aboli ce contrôle et les époux peuvent désormais changer de régime avant ou après la célébration du mariage, à la seule condition qu'ils le fassent par contrat de mariage. Les règles concernant la modification de régime sont édictées aux art. 470 et ss. du Code civil.

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Dans les provinces de common law, la seule possibilité pour les époux de modifier ou de changer le régime légal réside dans la rédaction d'un contrat de mariage ou d'un accord de séparation.

CHAPITRE 5. LA DISSOLUTION ET LA LIQUIDATION DU REGIME

Depuis les réformes, la condition des époux des provinces de common law n'a pas fondamentalement changé durant le mariage, exception faite des régimes de protection de la résidence familiale et des sanctions touchant la dissipation des biens, mais leur situation est désormais totalement différente lorsque survient la fin du mariage. C'est principalement à ce moment que les législateurs canadiens ont décidé d'intervenir et de modifier le droit tel qu'il existait avant la réforme.

Au Québec, le changement du régime de la communauté de biens à celui de la société d'acquêts a provoqué divers bouleversements pour les

époux mariés sous le régime légal, d'abord durant celui-ci en regard de l'administration, ensuite à sa dissolution (masses partageables différentes, absence de biens réservés à l'épouse, etc.).

“C'est lors de la dissolution que la majorité des mécanismes de la société d'acquêts se met en branle afin de se rendre à l'objectif final du régime”.⁽⁹⁸⁾

Cette phrase, exacte quant à la société d'acquêts, pourrait encore davantage s'appliquer aux régimes de partage de biens des provinces de common law, car la dissolution est le moment où les objectifs des différentes régimes trouvent réellement leur application.

Au Québec, on est passé d'un régime de communauté de biens à un régime de société d'acquêts avec, par la suite, l'élaboration d'un régime primaire impératif; dans les provinces de common law, on a adopté un régime de partage différé après avoir connu l'absence de régime. Il s'agit dans tous les cas de régimes dits de partage. Le droit dans une part des biens du conjoint est le grand principe de base des régimes de partage.

Néanmoins, au moment du partage des biens, certaines provinces connaissent une présomption de partage égal, alors que d'autres provinces laissent le tribunal apprécier la part qui reviendra au conjoint. Il s'agit de la différence fondamentale existant entre les diverses lois.

Malgré cette distinction de base, toutes les provinces connaissent certaines exceptions au droit au partage, plus ou moins importantes selon les législations. D'abord, le tribunal peut décider de varier le partage des biens familiaux tel qu'établi par la loi et ordonner un partage inégal de ceux-ci, ou, dans certains cas, il peut même ordonner le partage des biens non-familiaux, les biens propres ou personnels. Certains critères sont établis en fonction de ces exceptions, comme nous le verrons plus loin. Le Québec fait cavalier seul puisqu'il n'autorise pas le tribunal à varier le partage des acquêts tel que déterminé par la loi, mis à part le cas où l'un des époux, ou les deux, renonceraient au partage.

La qualification des biens étant assez différente d'une province à l'autre, ainsi que les facteurs de variation du partage et la jurisprudence les interprétant, les résultats finaux sont souvent fort dissemblables d'une province à l'autre. Donc, malgré des points communs, chacune des provinces possède son régime particulier.

Dans cette rubrique, nous verrons les événements qui entraînent un partage de biens, le principe du partage et les exceptions, le sort des

APPENDICE I

clauses contenues à l'intérieur des contrats familiaux, l'attribution préférentielle de la résidence familiale et des meubles affectés à l'usage du ménage, la prestation compensatoire et, enfin, les autres pouvoirs généraux du tribunal.

5.1 *LÈS CAUSES DONNANT OUVERTURE A LA DISSOLUTION DU REGIME*

Dans toutes les provinces, la possibilité de dissoudre le régime matrimonial est soumise à la survenance de certains événements. Dans certains cas, cette liquidation peut se faire par simple accord des époux et sans qu'il y ait nécessairement fin du mariage.

A. AU QUEBEC

C'est l'article 497 C.c.Q. qui établit les causes de dissolution du régime. Il énonce :

“Art. 497. Le régime de la société d'acquêts se dissout :

- 1° par le décès de l'un des époux;
- 2° par le changement conventionnel de régime pendant le mariage;
- 3° par le jugement qui prononce le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens;
- 4° par l'absence de l'un des époux dans les cas prévus par la loi;
- 5° par la nullité du mariage dans les cas prévus par les articles 432 et 434;

Les effets de la dissolution se produisent immédiatement, sauf dans les cas des paragraphes 3° et 5°, ou ils remontent, entre les époux, au jour de la demande.”

Le décès est l'une des plus fréquentes causes de dissolution du régime. Ce point diverge des règles existantes dans plusieurs provinces de common law où le décès ne donne pas toujours droit au partage des biens. Il faut remarquer que dans ces provinces, on préfère parfois laisser aux lois sur les successions le soin de régler le sort des biens du conjoint décédé.

Au Québec aussi, le décès donne lieu à l'ouverture d'une succession. Mais plutôt que d'édicter que les biens seront partagés selon les règles de dissolution des régimes matrimoniaux ou selon les règles successorales, un choix est laissé au conjoint survivant. En effet, l'article 624(c)

C.c.B.-C. oblige le conjoint survivant à faire un choix entre les avantages que lui procure son régime matrimonial et sa part dans la succession de son conjoint. L'époux ne peut donc tout à la fois obtenir sa part dans les acquêts et sa part de succession. Soulignons toutefois que cet article ne s'applique que lorsqu'il s'agit d'une succession légale et que l'époux vient en concurrence avec d'autres héritiers; autrement, il peut bénéficier de son régime matrimonial et de la succession.⁽⁹⁹⁾ Il faut noter que le Projet de loi 20 portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens propose d'abolir l'obligation du choix posée par l'article 624(c) et de permettre le cumul des avantages provenant du régime matrimonial et du droit successoral.

Le divorce est une autre cause de dissolution de régime. Règle générale, les droits des époux sont établis à la date de jugement irrévocable mais, en matière de divorce, les effets de la dissolution "remontent, entre les époux, au jour de la demande" (art. 497, in fine). Il en va de même en matière de séparation de corps, de séparation de biens et de nullité de mariage, puisque l'on suppose la vie commune terminée dès la demande. De plus, en vertu de l'article 498, les effets entre les époux pourraient remonter au jour de la cessation de la vie commune, à condition que le tribunal l'autorise sur demande des conjoints.

La séparation de biens par voie judiciaire est une procédure qui n'est plus fréquemment utilisée, puisque les époux peuvent procéder à la modification de leur régime par voie conventionnelle en vertu des articles 469 et suivants.

Qu'en est-il justement du changement conventionnel de régime durant le mariage? Cette procédure est plus fréquemment utilisée que la séparation judiciaire de biens parce que moins complexe. Ce sont les articles 469 et suivants qui traitent de la marche à suivre. En vertu de l'article 465, "la modification de régime effectuée pendant le mariage prend effet du jour de l'acte le constatant". C'est donc à ce moment que se fera la liquidation de l'ancien régime.

En cas d'absence du conjoint, à quel moment la liquidation du régime matrimonial peut-elle se faire? Lors de l'envoi en possession provisoire ou lors de l'envoi en possession définitive? Selon le professeur Comtois, c'est lors de l'envoi en possession définitive, donc après 30 ans d'absence, "que le partage de la société d'acquêts doit être fait de façon complète, avec établissement des rapports, des reprises et des récompenses".⁽¹⁰⁰⁾

Enfin, dans les cas de nullité de mariage, les effets de la dissolution remontent au jour de la demande (art. 497, in fine). Entre le jour du mariage et celui de la dissolution, les époux de bonne foi disposent des

APPENDICE I

effets du mariage putatif et ils pourront de ce fait demander le partage des biens lors de la dissolution. Toutefois, lorsque l'un des époux était de mauvaise foi, seul l'époux de bonne foi pourra réclamer le partage des acquêts de son conjoint.

Donc, en conclusion, les causes de dissolution de régime habituellement rencontrées sont le décès, la séparation de corps et le divorce, ainsi que le changement conventionnel de régime.

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Règle générale dans les provinces de common law, aucun droit de propriété n'est dévolu tant qu'un jugement n'a pas été rendu. La législation de Colombie-Britannique fait cependant exception puisqu'elle édicte que, dès qu'il y a fin du mariage, les époux détiennent automatiquement les biens en commun, sans qu'il y ait nécessité d'un jugement [art. 43(2)].

Pour qu'une requête en partage de biens puisse être présentée, il faut généralement qu'il y ait fin du mariage. Le Manitoba et la Saskatchewan sont les deux seules provinces à autoriser les conjoints à présenter une requête pour partage de biens durant le mariage et ceci même s'il n'y a aucune possibilité de rupture entre les conjoints.

A quel moment peut-on considérer qu'il y a rupture entre les époux?

Les circonstances suivantes sont identifiées par une ou plusieurs lois comme constituant une rupture et autorisant la présentation d'une requête:

i. *Le jugement de divorce ou la déclaration de nullité*

Toutes les provinces de common law, sauf la Saskatchewan, considèrent que le jugement de divorce ou la déclaration de nullité constituent une rupture du lien matrimonial donnant ouverture à la dissolution du régime et au partage des biens des époux.⁽¹⁰¹⁾ Les différentes législations réfèrent au jugement conditionnel de divorce (Ontario, Ile-du-Prince-Edouard, Nouveau-Brunswick et Alberta) ou au début des procédures (Manitoba, Nouvelle-Ecosse et Terre-Neuve). La jurisprudence de la Colombie-Britannique semble majoritairement d'avis que la dissolution du régime peut se faire lors du jugement provisoire; toutefois dans un arrêt, *Mandelkau v. Mandelkau*,⁽¹⁰²⁾ on a opté pour le jugement définitif.

En Saskatchewan, comme nous l'avons souligné auparavant, il n'y a nulle nécessité qu'il y ait rupture entre les conjoints; ceux-ci peuvent donc déposer une requête en partage de biens à tout moment et la loi n'indique pas de causes précises.

ii. *L'ordonnance de séparation judiciaire*

Les lois de l'Alberta, du Manitoba et de la Colombie-Britannique autorisent les époux à faire une demande de partage de biens lors d'une ordonnance de séparation judiciaire.⁽¹⁰³⁾ Au Manitoba, cette demande de partage pourrait se faire au début des procédures.

iii. *L'accord entre les parties en vue de se séparer à l'amiable*

Dans certaines provinces, la rédaction d'un accord de séparation entre les conjoints peut permettre une demande en partage de biens; c'est le cas en Colombie-Britannique et au Manitoba.⁽¹⁰⁴⁾

iv. *La séparation de fait des époux*

Lorsque les époux vivent séparés et qu'il n'y a aucune possibilité de réconciliation, un partage des biens pourra être ordonné dans la plupart des provinces.⁽¹⁰⁵⁾ Au Manitoba, les époux doivent avoir été séparés durant une période d'au moins six mois, alors qu'en Alberta cette période doit être d'un an, à moins que le tribunal ne soit convaincu qu'il n'y a aucune possibilité de réconciliation.⁽¹⁰⁶⁾

v. *La dissipation ou dilapidation du patrimoine au détriment du conjoint*

Lorsque l'un des époux dilapide ses biens, son conjoint est parfois autorisé à présenter une requête en partage de biens; cette circonstance est envisagée par les lois de l'Alberta et du Manitoba, mais selon des degrés différents.⁽¹⁰⁷⁾ De plus, il semble que cette circonstance ne soit envisagée que lorsque le mariage est déjà en difficulté.

vi. *Le cas du décès de l'un des conjoints*

Le cas du décès pose certains problèmes dans les provinces de common law, car les lois relatives au partage des biens entrent en conflit avec les lois sur les successions. Certaines provinces ont préféré laisser à ces dernières le soin de régler le partage des biens entre les époux à la mort de l'un d'eux, alors que d'autres provinces ont cherché à intégrer les deux procédures.

La situation diffère selon que la rupture entre les époux survient avant le décès ou qu'elle est causée directement par celui-ci.

APPENDICE I

Dans le premier cas, toutes les législations autorisent le conjoint survivant qui a déjà présenté une requête en partage de biens avant le décès à poursuivre les procédures. De même, toutes les provinces, sauf l'Ontario, l'Ile-du-Prince-Edouard et le Nouveau-Brunswick, autorisent le conjoint survivant à présenter une requête en partage contre la succession de l'époux décédé lorsqu'il y a eu rupture entre les conjoints avant que ne survienne le décès, pour l'une des causes de rupture énumérées précédemment.⁽¹⁰⁸⁾ Enfin, lorsque c'est l'époux décédé qui a présenté la requête en partage, seules quelques législations permettent au conjoint survivant de poursuivre les procédures.⁽¹⁰⁹⁾ Cette faculté ne semble pas offerte au conjoint survivant en Alberta (art. 16).

Dans le second cas, lorsque le décès est la cause de la fin du mariage, certaines provinces permettent qu'une ordonnance de partage soit rendue en faveur du conjoint survivant, mais non en faveur de la succession du défunct.⁽¹¹⁰⁾ Par contre, d'autres provinces ne donnent aucune juridiction à leur loi relative au partage des biens dans pareils cas.⁽¹¹¹⁾

Enfin, dans toutes les provinces de common law, les règles générales des successions trouvent application lorsque survient un décès. Qu'arrive-t-il lorsqu'en vertu de la loi, un conjoint survivant peut de plus demander le partage des biens de l'époux décédé? Le cumul des recours sous les deux lois est-il possible? En vertu de la loi du Nouveau-Brunswick, le conjoint survivant doit faire un choix [art. 4(4)]; il ne peut cumuler les deux recours. Par contre, trois législations autorisent spécifiquement les conjoints à exercer les deux recours.⁽¹¹²⁾ Il faut de plus souligner que le tribunal peut considérer cette situation du cumul des recours pour ordonner un partage inégal des biens familiaux.⁽¹¹³⁾

En terminant sur ce point voyons l'avis de McLean quant à la façon dont les différentes législations traitent le cas du décès comme cause de dissolution de régime :

“It is, however, unfortunate that only Newfoundland and Nova Scotia extend the legislation to cover distribution of property on death, and it may not be without significance that in those provinces the definition of matrimonial property is relatively narrow”.⁽¹¹⁴⁾

Dans les provinces de common law, le décès n'est donc pas toujours une cause de dissolution de régime, comme c'est le cas au Québec. Cette distinction est peut-être due au fait que le Québec connaît la liberté absolue de tester, alors que les provinces de common law protègent le

conjoint survivant de façon spécifique à l'aide d'une créance alimentaire. De ce fait, les législateurs ont probablement jugé inutile d'accorder un droit supplémentaire dans les biens du de cujus. Néanmoins, dans un but d'uniformisation, si ce n'est d'équité, il serait peut-être préférable que le conjoint survivant puisse dans tous les cas bénéficier du recours en partage, quitte à faire certains ajustements du côté de ses droits dans la succession.

Maintenant, voyons de quelle manière se fait la liquidation du régime dans les différentes juridictions.

5.2 *LES REGLES DE DISSOLUTION ET DE LIQUIDATION DU REGIME*

Dans cette rubrique, nous examinerons les règles et les procédés de partage mis au point dans les diverses législations.

Le principe de base est celui du droit au partage mais, malgré ce principe commun, il demeure plusieurs distinctions entre les législations. La différence fondamentale concerne la présomption de partage que connaissent certaines provinces, alors que d'autres l'ignorent et préfèrent s'en remettre au pouvoir discrétionnaire du tribunal. Les autres variantes touchent les exceptions au partage : les facteurs discrétionnaires et leur interprétation jurisprudentielle sont distincts d'une province à l'autre.

Soulignons que le Québec pour sa part n'autorise pas le tribunal à modifier le partage égal des acquêts.

5.2.1 *Le principe de base : le droit au partage*

Dans les provinces de common law, le point le plus important de la réforme réside certainement dans l'acquisition par les époux d'un droit au partage de certains biens lors de la dissolution du régime. Il s'agit d'un grand bouleversement pour des provinces de tradition séparatiste!

Le Québec, quant à lui, s'il a changé de régime légal, n'a pas connu de virage aussi radical, puisqu'il demeure toujours régi par un système de partage bien que les modalités de ce partage aient varié.

En fait, il faut s'interroger sur le sens réel de droit au partage dans les provinces de common law. M^{me} Guay-Archambault s'est posé la question;⁽¹¹⁵⁾ selon elle, certaines provinces auraient légiféré dans le sens d'un droit quasi-automatique au partage, alors que d'autres auraient laissé toute discrétion au tribunal sur ce point. Elle souligne :

“On s'accorde, sinon sur les modalités, du moins sur le principe du partage de biens. Le législateur, selon qu'il en

APPENDICE I

fait un droit découlant du mariage ou qu'il veut ainsi reconnaître la contribution d'un conjoint, emprunte des voies différentes. Dans le premier cas, il crée une présomption que certains biens sont sujets à partage à la rupture du lien conjugal. Dans le deuxième, il s'en remet à la discrétion du tribunal pour évaluer la contribution et déterminer les droits qu'elle fonde".⁽¹¹⁵⁾

Donc, le partage est soit un droit, soit un privilège. A notre avis, le droit au partage existe dans toutes les législations, mais selon des modalités différentes. Ainsi, lorsque la loi n'édicte aucune présomption d'égalité de partage, les circonstances de ce dernier sont évaluées par le tribunal qui pourrait ordonner le partage égal ou, à la limite, refuser tout partage. Nous ne croyons pas que cette dernière option soit une possibilité réellement envisagée par le législateur; il s'agit très certainement d'un cas extrême. Règle générale, le droit à un certain partage demeure l'idée principale des diverses législations.

5.2.1.1 *Les provinces où existe une présomption d'égalité de partage (y compris le Québec)*

Dans ces provinces, la loi établit une présomption à l'effet que la division des biens qualifiés de "partageables" doit se faire par moitié. Cette règle souffre quelques exceptions et le tribunal dispose toujours d'un certain pouvoir discrétionnaire afin de modifier le partage, sauf au Québec où le partage ne pourra être modifié que si l'un ou l'autre des époux, ou les deux, y renoncent.

A. AU QUÉBEC

La règle est énoncée à l'article 499 C.c.Q. :

"Après la dissolution du régime, chaque époux conserve ses biens propres.

Il a la faculté d'accepter le partage des acquêts de son conjoint ou d'y renoncer, *nonobstant toute convention contraire?*"

Il faut retenir cependant que seuls les biens acquêts sont soumis à partage, les époux conservant chacun leurs biens propres. Comme l'article 499 le mentionne, le droit d'option de l'époux existe même s'il en a été convenu autrement au contrat de mariage. L'époux a donc toujours le droit d'accepter ou de refuser (par exemple dans le cas où les acquêts sont déficitaires) le partage des acquêts. De plus, la décision de l'un des conjoints n'affecte pas celle de son époux; "il s'agit, en effet, de deux démarches parallèles".⁽¹¹⁶⁾

Le partage dépend donc de l'acceptation ou de la renonciation des époux; cette acceptation ou renonciation est soumise à certaines formalités prévues par la loi (voir les articles 500 à 504 C.c.Q.).

Les héritiers d'un conjoint décédé possèdent les mêmes droits que ce dernier; ils peuvent accepter ou renoncer au partage des acquêts du conjoint survivant (art. 505). Toutefois, dans le cas de décès ou d'absence, le conjoint survivant "peut exiger que l'on place dans son lot, moyennant, s'il y a lieu, une soulte payable au comptant ou par versements, la résidence familiale et les meubles qui sont affectés à l'usage du ménage, ainsi que tout autre bien de caractère familial faisant partie de la masse à partager".

L'article 503 sanctionne assez sévèrement le cas de divertissement ou de recel des acquêts par l'un des conjoints. Ce dernier est alors réputé acceptant, nonobstant toute renonciation, et il perd sa part dans les acquêts divertis ou recelés, ainsi que son bénéfice d'émolument.

En dernier lieu, soulignons que les créanciers possèdent certains recours lorsque la renonciation est faite au préjudice de leurs droits (art. 502) : ils peuvent alors "attaquer la renonciation et accepter la part des acquêts du conjoint de leur débiteur aux lieu et place de ce dernier". Cependant, ce recours ne donne aucun droit à l'époux qui a renoncé.

Pour expliquer de quelle manière se fait la liquidation du régime de la société d'acquêts, nous suivrons la même chronologie que celle du Code civil, qui esquisse les différentes étapes de la liquidation.

i. *La formation des masses et les récompenses*

Lorsqu'il y a acceptation, on forme alors deux masses avec les biens de chaque conjoint : la masse des propres et la masse des acquêts (art. 507). Ce sont les règles concernant la qualification des biens, ainsi que la présomption générale d'acquêt qui permettra d'établir l'inventaire des biens dans chaque masse.

On dresse ensuite un compte des récompenses dues à une masse par l'autre, et vice versa. C'est le Code civil qui détermine dans quels cas une récompense est due.* Règle générale, chaque fois que les propres se seront appauvris pour enrichir les acquêts, il y aura récompense en faveur des propres; au contraire, lorsque les acquêts se seront appauvris pour enrichir les propres, il y aura récompense en faveur des acquêts. En effet, l'article 508 édicte que "la récompense est égale à l'enrichissement dont une masse a bénéficié au détriment de l'autre".

*Ces cas sont identifiés à la rubrique 4.2.1.

APPENDICE I

Donc, lorsque les acquêts doivent récompense aux propres, il s'agit d'un actif à la masse des propres et d'un passif à la masse des acquêts; dans le cas contraire, ce sont les propres qui sont débiteurs des acquêts.

ii. *Les dettes*

Les récompenses étant réglées, il faut maintenant fixer le sort des dettes non-acquittées.

L'article 511 énonce que les dettes sont présumées acquêts dans certains cas. Ainsi les dettes encourues au profit des propres et qui n'ont pas encore été acquittées au moment de la dissolution "donnent lieu à récompense comme si elles avaient déjà été payées par les acquêts".

Toutefois, si le Code discute des dettes contractées en faveur des propres, il ne traite pas des dettes non encore acquittées et qui ont été contractées en faveur des acquêts. Selon le professeur Comtois, "il paraîtrait juste et normal de faire une provision pour ces dettes et de les acquitter avant le partage, si la chose est possible, sinon de retenir le montant de la dette en faisant la provision nécessaire à cette fin".⁽¹¹⁷⁾

Avant le partage,** les créanciers antérieurs conservent leurs recours sur l'intégrité du patrimoine du débiteur et la dissolution du régime ne peut leur porter préjudice (art. 517). "Ils pourront donc, lorsque leur créance est antérieure à la date de la dissolution exiger le paiement de leur débiteur, sans que celui-ci puisse leur opposer que ses acquêts ou ses propres, selon la source de la dette, ne sont pas suffisants pour payer".⁽¹¹⁸⁾

iii. *Le solde : rapports et prélèvements*

A cette étape, le compte débiteur devra payer à l'autre masse ce qu'il lui doit. L'article 513 énonce les méthodes selon lesquelles ce paiement pourra se faire. De plus, comme l'indique ce même article, le choix quant aux biens prélevés ou rapportés est effectué par l'époux titulaire. C'est ce dernier qui détermine les biens qui feront l'objet d'un prélèvement ou d'un rapport.

iv. *Le partage*

La dernière étape demeure le partage. Comme nous l'avons déjà souligné, le juge ne peut modifier le principe de l'égalité du

**Quant aux droits des créanciers après le partage, nous en traiterons dans la rubrique 5.6

partage; le code édicte qu'il se fera par moitié. Toutefois, dans le cas où un époux désirerait conserver certains biens qui sont sujets à partage, l'article 514 lui permet de désintéresser son conjoint "pour la totalité ou une part de ce qui lui revient, en lui payant la valeur".

Finalement, si les parties ne parviennent pas à s'entendre quant à l'estimation des biens, celle-ci sera faite par des experts désignés par les parties ou par le tribunal (art. 516).

En conclusion, nous pouvons dire que le législateur a tenté, en adoptant le régime de la société d'acquêts, de simplifier les mécanismes de dissolution du régime tels qu'ils existaient sous la communauté. Néanmoins, la procédure demeure assez ardue. Est-ce le prix à payer pour obtenir un régime de biens qui rende vraiment justice aux époux? Voici l'opinion de Caparros sur le sujet :

"Entre la date de la dissolution de la société d'acquêts et le moment où le partage et les derniers recours sont réglés, il y a un nombre considérable de mécanismes, de techniques et d'options à mettre en oeuvre. A première vue, on y trouve une complexité quelque peu harassante, mais à y regarder de plus près, on y découvre un réalisme réconfortant. Il est, en effet, impossible de procéder à la liquidation d'un régime matrimonial, ou à toute autre liquidation impliquant des personnes, des biens et des intérêts opposés, sans se buter à des difficultés. *L'avantage de la législation québécoise sur la société d'acquêts est d'avoir su régler ces difficultés et d'avoir tache d'y apporter des solutions*".⁽¹¹⁹⁾

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Dans la majorité des provinces de common law, la règle de base est à l'effet que le partage des biens familiaux se fait en parts égales. Ainsi, la loi de l'Ontario est fondée "sur le principe qu'une contribution mutuelle, financière ou autre, des époux au bien-être de la famille est inhérente à la relation matrimoniale et qu'elle donne droit aux deux époux à un partage égal des biens familiaux lors de la dissolution".⁽¹²⁰⁾ Ce même principe fonde aussi la législation de l'Ile-du-Prince-Edouard [art. 5(1)], du Nouveau-Brunswick [art. 3(1)], de la Nouvelle-Ecosse (art. 12), de Terre-Neuve [art. 19(1)], de la Saskatchewan [art. 2(1)] et de la Colombie-Britannique (art. 43).

APPENDICE I

Il existe des exceptions au droit au partage égal et le tribunal pourra changer la quotité du partage dans certaines circonstances, mais il n'en demeure pas moins que, de prime abord, le partage *doit* se faire en parts égales.

5.2.1.2 *Les provinces où n'existe pas la présomption d'égalité de partage*

L'Alberta et le Manitoba connaissent une règle différente. Dans ces provinces, le partage est soumis à la discrétion judiciaire. Il pourra se faire par moitié, mais il n'existe pas de présomption à cet effet et c'est le tribunal qui a le pouvoir de déterminer, dans chaque cas, le montant des parts.

Ainsi l'article 7(1) de la loi de l'Alberta stipule :

“7(1) The Court may, in accordance with this section, make a distribution between the spouses of all the property owned by both spouses and by each of them.”

Quant à l'article 12 de la loi du Manitoba, il est à l'effet que :

“12. Subject to section 13, spouses each have the right upon application to have an accounting of assets under section 14 and an equalization of assets under section 16.”

On voit donc que, dans ces provinces, si le partage demeure un droit pour les époux, sa quotité est laissée à l'appréciation du tribunal.

Voyons maintenant quelles sont les dérogations au partage.

5.2.2 *Les dérogations au partage égal*

On retrouve deux types de dérogation possible au partage égal : le partage inégal des biens familiaux et le partage des biens non-familiaux. Toutes les provinces de common law permettent au tribunal de varier la quotité du partage des biens familiaux; en outre, les provinces de common law autorisent le tribunal à partager les biens non-familiaux suivant certaines règles.

A l'égard de ces modifications à la quotité du partage, les législations établissent une approche générale et cette approche est suivie en fonction de différents facteurs. Les législations donnent donc quelques indications qui précisent de quelle manière le pouvoir discrétionnaire du juge doit être exercé.

Deux questions se posent en rapport avec cette section : en quoi consiste cette approche générale? Et quel poids peut-on accorder aux

facteurs spécifiques énumérés dans la loi? En plus de répondre à ces questions, nous verrons de quelle manière les tribunaux ont interprété la faculté qu'ils ont de déroger au partage égal dans certains cas.

5.2.2.1 *L'approche générale*

L'approche générale est à l'effet que les tribunaux peuvent ordonner un partage inégal des biens lorsqu'un partage égal s'avèrerait *inéquitable*. Il s'agit du premier point à considérer; par la suite, le tribunal doit examiner les critères spécifiques de dérogation énumérés dans la loi.

Ainsi en Ontario, le critère de base est "l'inéquité" du partage [art. 4(4)], alors que Terre-Neuve utilise le critère "grossly unjust and unconscionable" (art. 20) et que le Manitoba traite d'un partage "grossly unfair and unconscionable" [art. 13(1)]. Règle générale, les autres provinces connaissent ces mêmes types de critères de base.

Il faut souligner que les tribunaux de l'Ontario, de la Colombie-Britannique et de la Saskatchewan s'en tiennent généralement à la règle de l'égalité de partage et, s'ils ordonnent un partage inégal, celui-ci doit être justifié par rapport aux critères spécifiques de la loi.

Jusqu'à maintenant, les tribunaux ontariens ont interprété restrictivement les exceptions au partage égal.⁽¹²¹⁾ Voyons d'ailleurs de quelle façon s'exprimait le juge dans *Silverstein v. Silverstein*⁽¹²²⁾ quant à la manière dont les tribunaux doivent considérer les dérogations au partage égal :

"It is my opinion that a Court should be loath to depart from that basic rule, and it should be exercise its power to depart from that rule only in clear cases where inequity would result, having regard to one or more of the statutory criteria set out in clause (a) to (f)"

En Colombie-Britannique, les tribunaux se sont exprimés à quelques reprises quant à l'approche générale qui permet aux tribunaux de déroger aux règles du partage égal. Dans *Margolese v. Margolese*,⁽¹²³⁾ le juge refuse l'argument selon lequel l'approche des tribunaux ontariens est inapplicable en Colombie-Britannique. Selon lui, les tribunaux ne peuvent dévier des critères de partage déterminés par la loi, à moins de motifs précis. On retient donc une interprétation restrictive des exceptions au partage. Toutefois dans *Udrea v. Udrea*,⁽¹²⁴⁾ le juge adopte une approche plus libérale : "I think that I can pretty much do what I think is fair having regard to the matters enumerated in 51(a) to (f)".

Dans certaines provinces, la jurisprudence est à l'effet que les tribunaux sont justifiés d'accorder un partage inégal, lorsque la définition

APPENDICE I

que donne la loi des biens familiaux ne reflète pas la prémisse selon laquelle les services rendus à la famille doivent se voir accorder une reconnaissance économique.⁽¹²⁵⁾

De même, le critère de “l’équité” s’applique généralement lorsqu’il s’agit de déterminer si les biens non-familiaux pourront être partagés. Ceux-ci ne sont habituellement pas sujets à partage, toutefois, lorsque le seul partage inégal des biens familiaux s’avèrerait inéquitable, le tribunal sera alors autorisé à partager les biens non-familiaux.

En Alberta, en Saskatchewan et en Colombie-Britannique, on applique le critère de l’“équité” de façon assez large, mais selon des modalités différentes. En Saskatchewan, le tribunal peut ordonner un partage des biens non-familiaux seulement s’il apparaît “unfair and inequitable” de ne pas faire une telle distribution, alors qu’en Alberta, le tribunal peut autoriser un tel partage dans la mesure où il le considère juste et équitable. En Colombie-Britannique, on accorde le partage des biens non-familiaux dans les cas où il serait “inequitable” de ne pas ordonner un tel partage. Dans cette dernière province, le tribunal, semble-t-il, autorise relativement facilement le partage des biens non-familiaux.

L’Ontario, l’Île-de-Prince-Édouard et le Nouveau-Brunswick appliquent un critère plus restrictif. Voici ce qu’énonce l’article 4(6) de la loi de l’Ontario:

“4(6) La Cour partage un bien autre que familial pour l’un des motifs suivants :

- a) l’épuisement anormal des biens familiaux par l’un des conjoints;
- b) le résultat du partage des seuls biens familiaux serait inéquitable, compte tenu :
 - i) des facteurs énoncés aux alinéas (4) a) à f);
 - ii) du fait que l’un des conjoints, en prenant sur lui une partie des responsabilités énoncées au paragraphe (5), a permis à l’autre de se livrer à l’acquisition, à la gestion, à l’entretien, à l’exploitation ou à l’amélioration d’un bien autre que familial!”*

*L’article 4(6)(b)(ii), disposant d’un cas de partage de biens non-familiaux, entre en conflit avec l’article 8 traitant du versement compensatoire; nous verrons plus loin que les tribunaux ont eu quelques difficultés à distinguer entre les deux dispositions.

Il faut donc que l'époux ait appauvri de façon anormale les biens familiaux ou alors que le partage des seuls biens familiaux s'avère injuste. Tout comme en matière de partage inégal des biens familiaux, la loi fait référence à certains facteurs spécifiques qui autorisent le partage dans certains cas. Il semble de plus que les tribunaux n'accordent pas le partage des biens non-familiaux s'ils ne peuvent se référer à l'un de ces critères. Toutefois, même s'ils sont généralement stricts, les juges se montrent, dans certains arrêts, assez larges dans leur interprétation.⁽¹²⁶⁾

5.2.2.2 *Les critères particuliers*

Comme nous l'avons vu précédemment, les tribunaux réfèrent généralement à certains critères spécifiques afin de justifier un partage inégal des biens familiaux ou un partage des biens autres que familiaux, et ceci lorsqu'il est inéquitable d'ordonner le seul partage égal des biens familiaux.

Les critères particuliers énumérés dans la loi ne peuvent être considérés de façon indépendante; il faut les examiner à la lumière du critère général et en rapport les uns avec les autres. Il existe plusieurs variantes entre les législations : les critères énumérés ne sont pas toujours identiques et lorsqu'ils sont les mêmes, la jurisprudence en donne fréquemment une interprétation différente.⁽¹²⁷⁾

i. *La durée du mariage et la période de cohabitation*

Certaines législations envisagent spécifiquement la durée du mariage⁽¹²⁸⁾ et la plupart prennent en considération la période de cohabitation ou de séparation des époux.⁽¹²⁹⁾ La Saskatchewan tient compte expressément de la période de cohabitation qui a précédé le mariage; ce critère est considéré dans la jurisprudence d'autres provinces, même si la législation n'en fait pas spécifiquement mention.⁽¹³⁰⁾

Il est important de souligner que dans toutes les provinces, sauf au Manitoba et en Saskatchewan, la durée du mariage ou la période de cohabitation n'a pas d'incidence sur la classification des biens familiaux.

Un mariage de courte durée alors même que l'époux n'a fait aucune contribution permettra de priver en partie cet époux de sa part dans les biens familiaux, alors qu'un mariage de longue durée autorisera les tribunaux à partager les biens non-familiaux. De même, le partage sera réduit si le mariage a été long mais que les périodes de séparation ont été nombreuses ou prolongées.

ii. *Les accords entre les parties*

Si les contrats familiaux peuvent exclure les dispositions de la loi, qu'en est-il des accords conclus entre les parties et qui ne peuvent être considérés comme des contrats familiaux au sens de la loi? Certaines législations autorisent le tribunal à prendre en considération de tels accords afin de modifier le partage des biens.⁽¹³¹⁾

iii. *Les contributions des époux*

Toutes les législations permettent au tribunal de modifier le partage lorsque l'un des époux a fait des contributions qui ont favorisé l'actif de son conjoint.

Le travail ménager est parfois considéré comme une contribution valable permettant de modifier la quotité du partage; toutefois, il semble acquis, dans la jurisprudence, que le travail ménager fait dans un cadre "normal" ne peut entraîner une modification du partage égal. La règle générale (partage égal) ne pourra être changée que s'il s'agit d'une contribution "extraordinaire" en matière de travail ménager⁽¹³²⁾ ou que le partage égal des biens ne récompense pas suffisamment la contribution de l'époux fait en matière de travail ménager, même si ce dernier a été accompli dans un cadre normal.⁽¹³³⁾

Les autres types de contribution permettant de modifier la quotité du partage sont assez restreints : il peut s'agir d'une contribution en argent (directe ou indirecte) ou de l'aide dans l'acquisition, la conservation, l'entretien de certains types de biens appartenant au conjoint. Dans certains cas, on considérera l'aide apportée dans la carrière ou la future carrière du conjoint.

Comme nous l'avons vu précédemment, la Colombie-Britannique occupe une place particulière en matière de contribution, puisque ce facteur permet non seulement de modifier la quotité du partage, mais vise aussi la qualification des biens. Il est donc utilisé à deux niveaux et revêt de ce fait une importance particulière.

iv. *Les circonstances ayant trait à l'acquisition, à l'usage et à la disposition d'un bien*

Cette rubrique touche les origines d'un bien, ainsi que sa nature, son utilisation (conservation, entretien et amélioration) et enfin la disposition ou le transfert de ce bien. Nous allons voir de

quelle manière ces facteurs peuvent permettre de modifier la quotité du partage.

a) *L'origine du bien*

Ce facteur doit être considéré sous deux angles : le moment d'acquisition du bien et la manière dont le bien a été acquis, c'est-à-dire s'il a été acquis par donation ou héritage ou autrement.

Dans certaines provinces,⁽¹³⁴⁾ le tribunal est autorisé à considérer le fait qu'un bien a été acquis par donation et il peut, dans ces circonstances, refuser le partage de ces biens. Le refus de partager ce type de bien (quelle que soit leur qualification) est fait dans l'optique probable de respecter les volontés du testateur.

Toutefois, ce ne sera pas toujours le cas. Ainsi lorsqu'une demeure a été acquise par donation, mais qu'elle a servi de résidence familiale durant des années, elle sera divisée également entre les époux lors du partage.⁽¹³⁵⁾ De même, il pourra y avoir modification de la quotité du partage, lorsqu'un époux a fait une contribution permettant l'amélioration d'un bien reçu en cadeau par son conjoint.⁽¹³⁶⁾

En Alberta et au Manitoba, le tribunal peut aussi prendre en considération le fait qu'un bien a été acquis par donation; toutefois, au Manitoba, ce facteur joue uniquement lorsque l'époux détient des biens pour une somme importante en raison de dons ou d'héritages qu'il a reçus.⁽¹³⁷⁾

Toutes les provinces, sauf l'Alberta et le Manitoba, tiennent compte de la date d'acquisition du bien comme motif permettant au tribunal de refuser un partage de biens autres que familiaux. Ainsi, un bien acquis plusieurs mois après la séparation et avec des économies personnelles de l'époux ne sera probablement pas sujet à partage, même lorsque le partage des seuls biens familiaux s'avèrerait inéquitable et qu'il est possible alors d'ordonner un partage des biens non-familiaux.

b) *La nature et l'utilisation du bien*

La nature du bien, s'il s'agit d'un bien commercial, est un facteur de variation du partage égal dans la législation manitobaine [art. 13(2)(g)]; aucune autre loi ne fait mention de ce facteur.

Le fait qu'un bien soit détenu en copropriété avec un tiers se retrouve dans les critères de variation énumérés dans les lois de l'Alberta [art. 8(c)] et de la Saskatchewan [art. 21(2)(n)]. Lorsque

APPENDICE I

le bien est détenu en copropriété et qu'il est utilisé avec le tiers, il y aura possibilité de modifier les règles du partage établies par la loi.

Quant à l'utilisation que l'on fait du bien, il s'agit d'un critère que l'on retrouve dans plusieurs législations.⁽¹³⁸⁾ Ce critère est donc utilisé à la fois pour modifier l'approche générale de la loi quant au partage et pour qualifier les biens.

c) *Les transferts et les dispositions de biens*

La règle générale est à l'effet que les tribunaux peuvent toujours prendre en considération les aliénations faites par les époux pendant la période du mariage ou de la séparation.

Il s'agit d'un critère spécifiquement énuméré dans certaines lois.⁽¹³⁹⁾ En effet, certains types de dispositions sont prohibés. Si, en Colombie-Britannique, seule la date de la disposition peut être prise en considération, dans les autres provinces, c'est la nature même de la disposition qui est importante. Ainsi, dans toutes les législations (sauf dans une certaine mesure en Colombie-Britannique), le transfert d'un bien familial fait au préjudice des droits du conjoint peut provoquer une modification de la règle du partage des biens familiaux et même un partage des biens non-familiaux. Le critère de base est l'injustice ou le préjudice causé à l'autre conjoint.

De façon plus générale, lorsqu'il y a eu "épuisement anormal" des biens familiaux, plusieurs législations autorisent alors le tribunal à partager les biens non-familiaux. Ils'agit généralement du cas où l'un des époux a dissipé ses biens.⁽¹⁴⁰⁾

Les remèdes dont dispose le tribunal afin de contrer la dissipation des biens sont de deux types : direct et indirect. Ainsi, dans certains cas, le tribunal peut prendre en considération la valeur des transferts et ordonner un partage des biens qui tient compte de ceux-ci.⁽¹⁴¹⁾ De façon plus spécifique, le tribunal peut ordonner au cessionnaire de remettre au conjoint soit une somme d'argent,⁽¹⁴²⁾ soit une partie ou la totalité du bien.⁽¹⁴³⁾ Toutefois, l'Alberta et la Saskatchewan protègent le tiers de bonne foi et, dans ce cas, il est probable qu'un tribunal ordonnerait plutôt une modification au partage qu'un remboursement. Dans quelques provinces, le tribunal peut examiner la manière dont le bien a été acquis pourrait ainsi considérer un don entre les époux afin de modifier la quotité du partage.⁽¹⁴⁴⁾

v. *La situation financière des époux*

Dans la majorité des provinces de common law, sauf en Colombie-Britannique et à Terre-Neuve, le partage est ordonné sans égard aux obligations alimentaires des époux. Toutefois, le tribunal se doit de considérer la situation financière générale des époux et, de façon indirecte, le fait qu'un des époux ait une charge alimentaire importante pourra influencer la détermination du partage.

Dans cinq provinces, le tribunal est autorisé à tenir compte spécifiquement des dettes des époux.⁽¹⁴⁵⁾ Dans d'autres provinces, le tribunal peut faire référence aux dettes en rapport avec d'autres facteurs.⁽¹⁴⁶⁾ Le tribunal peut aussi considérer les conséquences financières immédiates du partage (par exemple en matière fiscale), ainsi que les besoins respectifs des parties et le niveau de vie que connaissaient les conjoints pendant le mariage. Sur ce dernier point, le tribunal peut viser à maintenir les conjoints dans un standard de vie semblable en regard de leur âge, de leurs diverses obligations et de leurs possibilités présentes et futures d'assurer leur subsistance.

vi. *La conduite des parties*

Règle générale, les tribunaux refusent de prendre en considération la conduite des parties lors du partage des biens. Voici l'avis du juge dans l'arrêt *Stammler v. Stammler*.⁽¹⁴⁷⁾

“ . . . the legislation intends that contribution to the marriage in human terms, both positive and negative, is not to be taken into consideration.”

La majorité de la jurisprudence partage cette opinion. Toutefois, le tribunal pourra parfois modifier le partage en fonction de l'apport très important d'un époux dans la relation matrimoniale ou, au contraire, d'une participation moindre de ce dernier.

En définitive, il apparaît que les tribunaux des provinces de common law disposent d'une assez large discrétion afin de modifier la quotité du partage, ce qui n'est pas le cas au Québec où le partage des biens acquis se fait toujours en parts égales.

De plus, les tribunaux des provinces de common law ont une assez grande liberté en regard de la forme que peut prendre la distribution des biens; par exemple, le tribunal peut ordonner qu'un bien soit divisé ou vendu, ou encore qu'un bien soit cédé en propriété ou en fiducie à l'un des conjoints. Règle générale, toute

APPENDICE I

forme de distribution est possible et c'est surtout la nature des biens qui influencera le type de distribution.⁽¹⁴⁸⁾

5.3 *LES DONATIONS STIPULEES AU CONTRAT DE MARIAGE*

Qu'arrive-t-il aux donations stipulées au contrat de mariage lors de la dissolution du régime? Nous avons survolé ce point dans la rubrique 3.3 en examinant les effets des contrats familiaux; nous allons maintenant voir de façon plus spécifique comment se concilient ces clauses du contrat de mariage et les dispositions légales de dissolution de régime.

A. AU QUEBEC

L'ancien article 208 C.c.B.-C. édictait le principe du non-effet du divorce sur les donations contenues au contrat de mariage, tant celles stipulées entre vifs que celles consenties à cause de mort. Cet article a été abrogé le 1^{er} décembre 1982.

Ce sont les articles 557 et 558 qui édictent les nouvelles règles :

“Art. 557. Le divorce rend caduques les donations à cause de mort que les époux se sont consenties en considération du mariage.”

“Art. 558. Le divorce ne rend pas caduques les autres donations à cause de mort ni les donations entre vifs consenties aux époux en considération du mariage.”

Toutefois, le tribunal peut, au moment où il prononce le divorce, les déclarer caduques ou les réduire, ou ordonner que le paiement des donations entre vifs soit différé pour un temps qu'il détermine.

On voit donc que, règle générale, le divorce ou la séparation de corps n'anéantissent pas les donations que les époux se sont consenties dans leur contrat de mariage, exceptions faites des donations à cause de mort consenties en considération du mariage puisque ces dispositions sont considérées de nature testamentaire. En effet, ces dernières subissent un même traitement qu'il s'agisse de nullité de mariage (art. 437) ou de divorce (art. 557) : ces donations sont nulles ou caduques. L'abrogation de l'article 208 C.c.B.-C. a fait disparaître la discrétion judiciaire qui existait sur ce point. Quant aux donations faites par des tiers ou aux donations entre vifs, elles demeurent valides, mais le tribunal peut soit les annuler, soit les réduire, soit en retarder le paiement. A ce niveau, donc, le pouvoir discrétionnaire demeure et celui-ci pourra prendre en considération la conduite des parties.

On peut donc dire que, tout comme dans le droit antérieur, le divorce ou la séparation ne rendent pas automatiquement caduques les donations entre vifs faites par contrat de mariage, mais le pouvoir discrétionnaire du tribunal peut s'exercer sur ce point, soit en les annulant ou en les modifiant, soit en ordonnant que ces donations soient exécutées conformément à la convention.

En ce sens, on peut aussi dire que la jurisprudence antérieure reçoit application.

On s'est interrogé fréquemment à savoir si les tribunaux devaient ou pouvaient respecter ce que l'on nommait les "clauses de divorce", c'est-à-dire les arrangements pris par les parties en considération d'une séparation possible. On stipulait alors que le divorce ou la séparation de corps était une cause d'exigibilité ou de révocabilité des donations faites par contrat de mariage. Face à ces clauses, un auteur exprimait ainsi son avis quant à l'attitude des tribunaux :

"Suite à plusieurs jugements, dont certains sont récents, on peut affirmer que les tribunaux donnent plein effet à la volonté stipulée par les parties lors du contrat de mariage, soit pour révoquer, soit pour rendre exigible une donation."⁽¹⁴⁹⁾

C'est probablement dans cette optique que les tribunaux continueront d'analyser ces clauses et de régler, lors du divorce ou de la séparation de corps, le sort des donations contenues au contrat de mariage.

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Dans les provinces de common law, la séparation de biens n'était pas tempérée par des donations, contrairement à la pratique notariale au Québec. Les époux n'ont donc pas l'habitude d'accorder des dons à leur conjoint à l'intérieur du contrat de mariage. Il faudra examiner si les récentes réformes modifieront cette façon de faire.

5.4 L'ATTRIBUTION PREFERENTIELLE DE LA RESIDENCE FAMILIALE ET DES MEUBLES AFFECTES A L'USAGE DU MENAGE

La possibilité pour le tribunal d'attribuer à l'un des conjoints la possession exclusive de la propriété servant de résidence familiale date des récentes réformes. Auparavant, même les lois qui assuraient une certaine protection de la résidence familiale (les lois sur le douaire et les lois sur le "homestead") ne prévoyaient pas cette alternative.

APPENDICE I

Dans la plupart des provinces, le tribunal peut désormais rendre une ordonnance de possession exclusive de la résidence familiale au moment de la dissolution du lien matrimonial. Dans quelles circonstances et selon quelles modalités une telle ordonnance peut-elle être rendue? C'est ce que nous allons examiner dans cette rubrique.

A. AU QUEBEC

Le Québec se différencie des provinces de common law du fait qu'il n'autorise généralement pas le tribunal à accorder la possession exclusive de la résidence familiale à l'époux non-proprétaire en cas de séparation de corps ou de divorce. Un droit de propriété ne pourra être accordé que le but d'attribuer une compensation à l'époux qui a fourni un apport et enrichi le patrimoine de son conjoint (voir rubrique 5.5), et ceci uniquement dans le cas du divorce, puisqu'en matière de séparation de corps, seul un droit d'habitation peut être accordé. Hormis ce cas, aucune ordonnance de possession exclusive ne pourra être rendue à l'égard de la résidence familiale.

Toutefois, le tribunal peut, lors de la séparation de corps ou du divorce, accorder un droit d'habitation de l'ancienne résidence familiale à l'époux non-proprétaire.⁽¹⁵⁰⁾ De plus, en vertu de l'article 457 C.c.Q., le tribunal peut allouer, dans le cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage et si la demande lui en est faite, le bail de la résidence familiale au conjoint du locataire. Si une telle ordonnance est rendue, "l'attribution lie le locateur dès que le jugement lui est signifié et libère, pour l'avenir, le locataire originaire des droits et obligations résultant du bail". Dans les mêmes cas, le tribunal peut attribuer à l'un des conjoints, la propriété ou l'usage des meubles affectés à l'usage du ménage et dont son conjoint a la propriété.

L'attribution préférentielle existe cependant lorsque le régime matrimonial de la société d'acquêts est dissous suite au décès ou à l'absence d'un conjoint. En ce cas, le conjoint survivant peut exiger que la résidence familiale, les meubles affectés à l'usage du ménage ou tout autre bien partageable ayant un caractère familial soit placé dans son lot (art. 515). Le projet de loi 20 propose l'introduction d'une règle similaire, en matière successorale, indépendamment du régime matrimonial.

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Dans toutes les provinces de common law, il est possible au tribunal, lors de la dissolution du lien matrimonial, d'accorder la possession exclusive de la résidence familiale à l'un ou l'autre des époux.⁽¹⁵¹⁾

Dans cinq de ces provinces, certaines conditions sont requises afin de pouvoir ordonner une possession exclusive. Ainsi, en Ontario, à l'Île-du-Prince-Édouard, au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse et à Terre-Neuve, cette ordonnance ne peut être rendue que si toutes les autres mesures concernant la résidence familiale sont inadéquates ou si l'intérêt des enfants exige qu'une telle ordonnance soit rendue.

En Alberta et en Saskatchewan, la loi ne pose aucun pré-requis, mais offre une liste de facteurs que le tribunal doit considérer avant d'exercer sa juridiction. Par exemple, on retrouve les facteurs suivants : la situation financière des époux, les besoins des enfants et, enfin, les autres remèdes possibles. De plus, la loi de la Saskatchewan réfère aux comportements des époux et à toutes autres circonstances pertinentes.

Dans l'arrêt *Crites v. Crites*,⁽¹⁵²⁾ le juge est d'avis que le "besoin" dans lequel se trouve un conjoint est le facteur primordial à considérer.

"'Need' is the major factor to be considered in an application for exclusive possession under section 5"

Le tribunal détermine la période de possession exclusive; elle n'est donc que pour un temps déterminé et elle peut prendre fin si l'époux qui détient le titre dispose de son droit dans la résidence familiale.⁽¹⁵³⁾

Toutefois, les législations accordent une certaine protection au conjoint qui détient un droit de possession exclusive. D'abord, certaines dispositions interdisent l'aliénation de la résidence familiale sans le consentement du conjoint (voir rubrique 2.2.2), puis d'autres dispositions visent spécifiquement les actions des tiers.⁽¹⁵⁴⁾

5.5 LE VERSEMENT COMPENSATOIRE

Cette notion a déjà été vue de façon succincte dans la rubrique 2.2.3. Nous en traiterons maintenant de manière plus explicite puisque c'est lors de la dissolution du régime, ou suite à celle-ci, que le versement compensatoire est fait.

Comme nous l'avons souligné précédemment, le but de ces dispositions est de rétablir l'équilibre patrimonial entre les époux.

A. AU QUÉBEC

Les dispositions concernant la prestation compensatoire sont entrées en vigueur le 1^{er} décembre 1982. Il s'agit donc de dispositions relativement nouvelles. L'article 559 C.c.Q. s'applique en matière de divorce alors que l'article 533 touche la séparation de corps et l'article 735.1 C.c.B.-C. le décès.

APPENDICE I

C'est l'article 559 C.c.Q. qui établit le principe en matière de prestation compensatoire. Pour avoir droit à une prestation compensatoire, l'époux doit avoir contribué par son apport à l'enrichissement de son conjoint. Il n'est pas important qu'il y ait une cause à l'apport fait.

“L'article 559 C.c.Q. ne retient pas les principes traditionnels de l'enrichissement sans cause et l'on doit rechercher uniquement si l'apport de l'un des époux a contribué à l'enrichissement du patrimoine de l'autre sans se demander si cet apport a été fait sans cause ou non.”⁽¹⁵⁵⁾

Qu'est ce qui constitue véritablement un apport pouvant donner lieu à compensation? Certaines contributions ne semblent poser aucune difficulté : ainsi l'apport en biens, le prêt en argent et la collaboration à une entreprise commerciale ou familiale appartenant au conjoint.

Le cas du travail ménager semble plus problématique et la jurisprudence est divisée sur ce point. Toutefois, lorsque le travail ménager va au-delà de l'obligation légale du conjoint qui s'acquitte ainsi de sa contribution aux charges du mariage (art. 445), sa validité en tant qu'apport ne semble plus faire de doute.⁽¹⁵⁶⁾ Qu'en est-il dans les autres cas? Il existe présentement deux courants jurisprudentiels sur ce point : certains arrêts considèrent le travail ménager comme la contribution de l'époux aux charges du ménage et sont unanimes à dire qu'il ne s'agit pas d'un apport à moins qu'il n'y ait surplus, tandis que d'autres arrêts acceptent le travail ménager comme apport sans qu'il y ait nécessité de restreindre son acceptation. Soulignons que la Cour d'appel dans un arrêt récent, *Globenski c. Poirier*,⁽¹⁵⁷⁾ est venue cautionner le premier courant jurisprudentiel et a refusé de considérer le travail ménager comme un apport valable dans le cas où il est effectué de façon raisonnable. Toutefois, cette position n'est sans doute pas définitive.

Lorsqu'il est déterminé qu'il y a eu apport, de quelle manière la prestation va-t-elle être établie et payée au conjoint qui y a droit?

La prestation est établie en fonction de l'apport, qu'il faut évaluer de manière assez discrétionnaire lorsque celui-ci est fait autrement qu'en biens ou en argent, ainsi qu'en fonction des avantages que procurent le régime matrimonial et le contrat de mariage.

Cette prestation pourra être payée au comptant ou par versements. De plus, le second alinéa de l'article 559 édicte que : “Cette prestation compensatoire peut être payée, en tout ou en partie, par l'attribution d'un droit de propriété, d'usage ou d'habitation, conformément aux articles 458 à 462”. Ce droit de propriété, de possession ou d'habitation de la résidence familiale est souvent attribué lorsque la prestation est

difficile à évaluer⁽¹⁵⁸⁾ ou lorsque le patrimoine du conjoint ne permet pas l'attribution d'un autre type de compensation (ex. : un montant d'argent).⁽¹⁵⁹⁾ En fait, l'apport, ainsi que le montant de la prestation, sont souvent difficiles à évaluer avec exactitude.

En terminant, soulignons que ces dispositions sont plus fréquemment utilisées en régime de séparation de biens que sous la société d'acquêts, le régime légal accordant déjà un certain partage des biens, évitant ainsi que certaines inéquités ne se produisent. Toutefois, l'époux marié en société d'acquêts pourrait, dans certains cas, avoir droit à une prestation compensatoire, par exemple, lorsqu'il a contribué à l'acquisition de biens propres par son conjoint ou s'il les a fait fructifier.

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Ce ne sont pas toutes les provinces de common law qui traitent du versement compensatoire dans leur législation; seules les lois de l'Ontario (art. 8), de l'Île-du-Prince-Édouard (art. 8), du Nouveau-Brunswick (art. 42), de la Nouvelle-Écosse (art. 18) et de Terre-Neuve (art. 27), comprennent des dispositions à cet effet.

Tout comme au Québec, ces dispositions visent à compenser l'époux qui a fourni un apport et enrichi le patrimoine de son conjoint; cet apport est examiné de façon indépendante des règles du partage. Au Nouveau-Brunswick, toutefois, aucun versement compensatoire ne peut être ordonné si un partage a déjà été effectué selon l'approche générale de la loi [art. 42(8)]. Dans les autres provinces, la double application (selon l'approche générale, puis en rapport avec un versement compensatoire) ne cause généralement pas de difficultés. Il faut admettre toutefois que, dans la pratique, il y a parfois confusion entre la notion de partage et celle de prestation compensatoire.

L'apport doit être fait en considération de certains types de biens, sauf au Nouveau-Brunswick où il peut toucher tous les biens. En Nouvelle-Écosse et à Terre-Neuve, l'apport doit être fait à des biens commerciaux et en Ontario et à l'Île-du-Prince-Édouard, il ne peut toucher qu'un bien autre que familial.

A titre d'exemple, voyons l'article 8 de la loi de l'Ontario :

“Art. 8. Sur demande d'un conjoint ou d'un ancien conjoint qui a fait un apport en travail, en argent et qui s'évalue en argent à l'acquisition, à la gestion, à l'entretien, à l'exploitation ou à l'amélioration *d'un bien autre que familial auquel l'autre conjoint a ou avait droit*, la cour peut :

- a) ordonner un versement compensatoire;

APPENDICE I

- b) attribuer au demandeur une part du droit de l'autre conjoint de valeur équivalente à son apport.

La cour évalue l'apport comme si les parties n'étaient pas conjoints, *et sans tenir compte du fait qu'un conjoint de ce sexe ferait normalement cet apport?*

L'apport peut être fait d'une multitude de manières : il peut s'agir d'un prêt en argent, d'une collaboration dans un travail, de l'aide afin d'acquérir, d'entretenir, de réparer un bien, etc. Cette contribution peut être directe (exemple : un prêt en argent) ou indirecte (exemple : aide dans l'entretien d'un bien propre).

Le cas du travail ménager pose aussi des problèmes dans les provinces de common law; malgré l'énoncé fréquent à l'effet que l'apport doit être considéré "sans tenir compte du fait qu'un conjoint de ce sexe ferait normalement cet apport", la position des tribunaux semble ambivalente.⁽¹⁶⁰⁾ Dans *Leatherdale v. Leatherdale*,⁽¹⁶¹⁾ la Cour Suprême refusa de considérer le travail ménager comme un apport valable donnant lieu à un versement compensatoire sous l'article 8 de la loi de l'Ontario. Le juge en chef Laskin fait siennes les paroles du juge Lacourcière de la Cour d'appel :

" . . . a wife is not entitled to an award under 5.8 simply because she has been a zealous wife and mother, freeing the husband for the pursuit of great income and assets which may become non-family assets".⁽¹⁶²⁾

Lorsque l'apport est prouvé, les tribunaux peuvent alors rendre une ordonnance en vue de compenser cet apport.

La compensation peut se faire par une somme d'argent; de plus, un époux qui a fait un apport en vue de l'acquisition ou de l'entretien d'un bien par son conjoint, peut se voir accorder une part dans ce bien. En effet, la nature de la compensation dépend essentiellement du type d'apport qui est fait. Par exemple, s'il s'agit d'un prêt en argent, la compensation sera probablement effectuée sous la forme d'une somme d'argent équivalente. Evidemment, dans cette évaluation, chaque cas est un cas d'espèce soumis à l'appréciation du tribunal qui devra estimer le degré et la nature de la compensation.

En terminant, soulignons qu'il s'est posé un conflit dans la législation ontarienne entre l'article 8 traitant du versement compensatoire et l'article 4(6) traitant des biens autres que familiaux. La jurisprudence s'est interrogée sur la différence qui existait entre ces deux dispositions. En fait, elles autorisent toutes deux le partage des biens non-familiaux, l'article 4(6) lorsque le seul partage des biens familiaux s'avèrerait

injuste pour l'un des conjoints, l'article 8 en vue de reconnaître l'apport d'un époux à l'enrichissement de son conjoint. Mais dans *Leatherdale v. Leatherdale*,⁽¹⁶³⁾ on souligne que l'article 4(6) ne trouve application que lorsqu'il a eu "partage inéquitable du patrimoine familial", et que si ce n'est pas le cas, seul l'article 8 peut s'appliquer afin de compenser l'apport de l'un des époux. Il semble y avoir des cas où l'on pourrait appliquer les deux articles, mais il apparaît difficile de croire que les sommes seront alors cumulatives.

CHAPITRE 6. LES CONFLITS DE LOIS

Dans cette section, nous traiterons des règles de droit international privé qui régissent les régimes matrimoniaux et les contrats de mariage. Ces règles prennent une importance particulière dans une étude comparée des régimes de biens au Canada. En effet, il arrive assez fréquemment que les couples se déplacent d'une province à l'autre durant leur mariage et il est intéressant et important de voir les conséquences juridiques de tels déplacements.

La majorité des nouvelles lois de régime de biens contiennent des dispositions spécifiques traitant des conflits de lois; au Québec, c'est le Code civil du Bas-Canada qui règle les problèmes de droit international privé.

Nous examinerons donc succinctement de quelle manière les différentes législations canadiennes organisent leurs règles de conflits de lois en ce qui concerne les régimes de biens et les contrats de mariage.

A. AU QUÉBEC

Le droit international privé québécois comporte des règles relatives aux contrats de mariage et d'autres qui concernent le régime matrimonial légal.

i. *Les règles de droit international privé régissant les contrats de mariage*

Il faut se référer aux règles régissant les contrats en générale.⁽¹⁶⁴⁾
La forme du contrat de mariage est régie par l'article 7 C.c.B.-C.:

"Art. 7. Les actes faits ou passés hors du Bas-Canada sont valables, si on y a suivi les formalités requises par les lois du lieu où ils sont faits ou passés."

Le fond du contrat de mariage est gouverné par la règle de "l'autonomie de la volonté" exprimée à l'article 8 C.c.B.-C. :

“Art. 8. Les actes s’interprètent et s’apprécient suivant la loi du lieu où ils sont passés, à moins qu’il n’y ait quelque loi à ce contraire, que les parties ne s’en soient exprimées autrement, ou que, de la nature de l’acte, ou des autres circonstances, il n’apparaisse que l’intention a été de s’en rapporter à la loi d’un autre lieu; auxquels cas il est donné effet à cette loi, ou à cette intention exprimée ou présumée.”

Théoriquement, les époux peuvent donc choisir la loi qui s’appliquera à leur acte. Un contrat de mariage valablement rédigé en Ontario, selon la loi ontarienne, pourrait donc être considéré valide au Québec. De plus, en ce qui concerne les contrats de mariage, l’article 463 C.c.Q. énonce :

“Art. 463. Il est permis de faire, par contrat de mariage, toutes sortes de stipulations, sous réserve des dispositions impératives de la loi, de l’ordre public et des bonnes moeurs.”

Les époux pourraient donc, à la rigueur, adopter le régime d’une loi étrangère, à condition de respecter les dispositions impératives de la loi québécoise (régime primaire), l’ordre public et les bonnes moeurs. Toutefois, il faut se demander si les tribunaux n’exigeront pas qu’il y ait un facteur de rattachement entre les époux et la loi qu’ils choisiront afin de régir leur contrat de mariage. Autrement, ne pourrait-on pas dire que le contrat est contraire à l’ordre public? Ainsi le professeur Talpis est d’avis que le régime choisi doit être “au moins celui du futur mari, celui de la future épouse, du premier domicile commun ou du lieu de la célébration du mariage”.⁽¹⁶⁵⁾

Enfin, comme le souligne l’article 8, lorsque les parties n’ont pas déterminé la loi qui leur sera applicable ou que leur intention ne peut être décelée à la lecture du contrat, c’est la loi du lieu où l’acte a été rédigé qui gouvernera le contrat de mariage.

ii. *Les règles de droit international privé régissant le régime matrimonial légal*

Il n’existe actuellement aucune qualification claire du régime matrimonial légal en droit international privé.

C’est la jurisprudence qui a établi la règle en cette matière; en l’absence de contrat de mariage, on suit le principe de l’autonomie de la volonté et on cherche à déceler l’intention des parties au

moment du mariage. Il y a présomption à l'effet qu'ils ont choisi la loi de leur domicile; on applique donc généralement le critère du domicile matrimonial.

“According to Quebec law, the domicile of the spouses at the time of their marriage fixes their matrimonial status, and they are deemed in the absence of a marriage contract to have adopted the law of that domicile for the determination of their property rights.”⁽¹⁶⁶⁾

Qu'est-ce que le domicile matrimonial? La définition de ce terme est sujet de controverse. Avant la réforme du droit de la famille, la jurisprudence majoritaire de la Cour d'Appel était à l'effet qu'il s'agissait du domicile du mari au moment du mariage,⁽¹⁶⁷⁾ alors que la jurisprudence de la Cour supérieure semblait préférer le domicile où les époux se sont établis immédiatement après le mariage.⁽¹⁶⁸⁾ Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, la doctrine et la jurisprudence demeurent tout aussi partagées, certains optant pour le domicile commun des époux au moment du mariage, alors que d'autres choisissent le domicile où les époux se sont établis tout de suite après le mariage.⁽¹⁶⁹⁾

Soulignons que, depuis la réforme et la modification de l'article 83 C.c.B.-C., l'épouse n'acquiert plus nécessairement le domicile du mari. Cette nouvelle règle pourrait venir modifier la détermination du “domicile matrimonial”. Ainsi, d'après M^{me} Groffier, la modification de l'article 83 pourrait favoriser le courant jurisprudentiel qui privilégie le domicile où les époux se sont installés tout de suite après le mariage :

“Avec la réforme de l'article 83 du Code civil du Bas-Canada, il semble que cette jurisprudence d'exception doive devenir plus fréquente puisque l'épouse n'acquiert plus le domicile du mari au moment de la cérémonie du mariage mais bien au moment où elle établit, avec lui, son principal établissement avec l'intention d'y demeurer.”⁽¹⁷⁰⁾

Une règle est toutefois clairement fixée : le changement de domicile des époux n'affecte pas le régime matrimonial légal, ni la loi s'y appliquant.⁽¹⁷¹⁾

Il faut aussi définir ce que l'on entend par régime matrimonial. Dernièrement, la Cour supérieure⁽¹⁷²⁾ a considéré que le régime des

APPENDICE I

“family assets” de l’Ontario ne constituait pas réellement un régime matrimonial.

Il s’agissait dans cette affaire, d’une requête en partage faisant suite à un jugement de divorce. L’épouse réclamait le partage des biens familiaux et invoquait les dispositions du *Family Law Reform Act* de l’Ontario. Au moment de leur mariage, les parties étaient domiciliés en Ontario et c’est dans cette province qu’elles ont établi leur domicile matrimonial. Par la suite, elles sont venues s’installer au Québec. Suivant la règle selon laquelle le régime matrimonial légal et la loi qui s’y applique ne sont pas modifiés par un changement de domicile, l’épouse était vraisemblablement habilitée à présenter une telle requête. Néanmoins, le tribunal rejette la demande. Selon ce dernier, le régime matrimonial légal de l’Ontario n’a pas été modifié par l’entrée en vigueur du *Family Law Reform Act* et les époux demeurent de ce fait toujours régis par le régime de la séparation de biens :

“La Cour conclut donc que le *Family Law Reform Act 1978* n’a pas pour objet de modifier le régime légal de séparation de biens dans cette province. Les époux conservent la propriété des biens qui leur appartiennent durant le mariage. Lors de la dissolution du mariage, par un événement autre que le décès, ou lors de la séparation des époux, un conjoint peut, cependant, s’adresser au Tribunal ontarien en vue d’obtenir que ce Tribunal exerce la discrétion qui lui est conférée en matière de partage des “family assets”.

“La Cour conclut donc, sur cette question, que le *Family Law Reform Act 1978*, adopté par le législatrice de l’Ontario, n’est applicable que dans les cas de divorce, de séparation ou d’annulation de mariage qui sont du ressort des Tribunaux de cette province.

“Les conjoints qui sont soumis à la juridiction des tribunaux du Québec en matière de divorce, séparation ou annulation de mariage et qui, par ailleurs, se sont épousés sous le régime légal de séparation de biens dans la province d’Ontario ne peuvent, au Québec, demander aux Tribunaux d’appliquer le *Family Law Reform Act 1978*”

Il y aura certainement des problèmes à ce sujet dans l’avenir puisque le Québec refuse de considérer les règles ontariennes comme constituant un régime matrimonial, alors que l’Ontario a

tendance à ordonner un partage des biens des époux sans nécessairement tenir compte du régime matrimonial existant, qu'il soit ontarien ou étranger.⁽¹⁷³⁾

B. LES PROVINCES DE COMMON LAW

Avant d'aborder les règles de droit international privé contenues dans les nouvelles lois de partage, examinons brièvement quelles sont les règles traditionnelles de conflits de lois du common law en matière de mariage.

i. *Les règles traditionnelles du common law en matière de mariage*

Les règles applicables sont différentes selon qu'il existe ou non un contrat de mariage ou une entente entre les parties.

S'il existe un contrat de mariage ou une entente entre les parties, c'est ce contrat ou cette entente qui détermine les droits des époux sur les biens. La loi applicable sera la "loi propre au contrat" ("proper law of the contract"), c'est-à-dire soit la loi expressément choisie par les parties, soit celle qui est la plus intimement liée au contrat.⁽¹⁷⁴⁾ Un changement subséquent de domicile n'affecte pas la loi applicable; en effet, le domicile n'est pas considéré comme un facteur pertinent. On favorise donc la règle de l'immutabilité.

Lorsqu'il n'existe pas de contrat de mariage entre les parties, on utilise généralement la loi applicable aux biens. En effet, en common law, la distinction meuble/immeuble du droit civil est inconnue, mais elle a tout de même été adoptée en matière de conflits de lois. Ainsi, on applique aux meubles de la famille, la loi du domicile du mari au moment de leur acquisition, tandis que l'on applique aux immeubles, la loi de leur situation ("lex situs").

ii. *Les modifications apportés aux règles de conflits de lois par les récentes réformes*

Les récentes réformes ont donné lieu à deux changements majeurs qui ont provoqué la nécessité de certains ajustements en matière de conflits de lois. De par l'instauration de l'égalité entre l'homme et la femme et la création d'un nouveau type de bien, soit le bien familial, il devenait difficile de continuer à favoriser le domicile du mari et il s'avèrerait nécessaire de créer une nouvelle règle de conflit en ce qui concerne les biens familiaux.

C'est en raison de ces changements que plusieurs législations ont modifié les règles traditionnelles de conflits de lois afin de les adapter à la nouvelle réalité juridique.

APPENDICE I

a) *L'existence dans la législation de règles spécifiques en matière de conflits de lois*

Quelques provinces possèdent, à l'intérieur de leur législation de partage, des règles spécifiques en matière de conflits de lois : il s'agit de l'Ontario, de l'Ile-du-Prince-Edouard et de la Nouvelle-Ecosse.

L'Ontario

La loi ontarienne traite des conflits de lois dans trois dispositions différentes : ce sont les articles 13, 49 et 57. Les règles traditionnelles ont été modifiées afin de tenir compte du fait que l'épouse n'acquiert plus immédiatement le domicile de son mari et de la nouvelle distinction entre biens familiaux et non-familiaux.

Lorsqu'il existe un contrat de mariage ou une entente entre les époux, c'est ce contrat ou cette entente qui règle le sort des biens à la dissolution du régime, exception faite de la résidence familiale qui est soumise à de nouvelles règles.

Lorsqu'il n'y a pas de contrat de mariage ou d'entente entre les époux, les meubles de la famille sont désormais soumis à "la loi interne du lieu où les conjoints avaient leur dernière résidence habituelle commune". Quant aux immeubles, ils sont soumis à la loi interne du lieu de leur situation ("lex situs"). Enfin, une troisième règle est édictée en ce qui concerne les biens partageables (meubles et immeubles) : ces derniers sont soumis à la loi interne du lieu où les conjoints ont eu leur dernière résidence habituelle commune.

C'est l'article 13 de la loi qui énonce ces règles :

"13(1) Le partage des biens familiaux et, en ce qui concerne les meubles, les droits patrimoniaux de chaque conjoint, sont régis par la loi interne du lieu où les conjoints avaient leur dernière résidence habituelle commune. Toutefois, s'ils n'ont jamais eu de résidence habituelle commune, la loi de l'Ontario s'applique.

(2) En ce qui concerne les immeubles, les droits patrimoniaux de chaque conjoint sont régis par la loi interne du site de chaque immeuble. Toutefois, si la loi de l'Ontario régit le partage des biens familiaux, il est tenu compte, pour l'application de l'article 4, de la valeur des immeubles sis ailleurs."

La nouvelle législation opte donc pour la mutabilité du régime, contrairement aux règles traditionnelles du common law qui édictaient l'immutabilité du régime.⁽¹⁷⁵⁾ L'article 13(1) touche donc la majorité des biens des époux, c'est-à-dire tous les biens meubles et tous les biens partageables. Les immeubles restent soumis à la loi du lieu de leur situation et pourraient donc échapper aux règles du régime ontarien. Néanmoins, le tribunal peut, lorsque la loi ontarienne s'applique au partage des biens, prendre en considération tout immeuble détenu par l'un des époux et situé hors de la province (art. 57).

En principe, la loi ontarienne a conservé la distinction qui existait en common law entre l'existence ou l'absence d'un contrat de mariage entre les époux. Néanmoins, l'interprétation jurisprudentielle de l'article 13 peut laisser croire que cette distinction n'existe plus.

Ainsi, dans l'arrêt *Sinnett c. Sinnett*,⁽¹⁷⁶⁾ on a mis de côté le contrat de mariage afin d'appliquer la loi ontarienne. Dans cet arrêt, il s'agissait d'époux mariés au Québec, soumis selon leur contrat de mariage au régime de la séparation de biens, et qui étaient par la suite venus s'installer en Ontario et y avaient acquis une résidence familiale. Le juge parvient à la conclusion que le contrat de mariage n'affecte pas le droit du mari de demander le partage égal de la résidence familiale en vertu de l'article 4(1) de la loi ontarienne.

Voici l'interprétation que fait un auteur de cet arrêt : “. . . the initial impression was that the contractual provisions were void as a result of violations of mandatory provisions of the *Family Law Reform Act*”.⁽¹⁷⁷⁾

Dans un autre arrêt, *Kerr v. Kerr*,⁽¹⁷⁸⁾ le juge refuse la proposition selon laquelle la distinction existant en common law entre l'absence et l'existence d'un contrat de mariage aurait été abolie par la nouvelle législation; néanmoins, il parvient à la même conclusion que dans *Sinnett* et accorde le partage.

Quelle conclusion tirer d'une telle jurisprudence? Selon un auteur, il faut considérer que l'article 13 prévaut sur le contrat de mariage :

“Although the reasoning in the case (*Sinnett*) is somewhat unclear, it is submitted that the better interpretation accepts the paramountcy of section 13 of the *Family Law Reform Act*”.⁽¹⁷⁹⁾

APPENDICE I

Comme nous le soulignons auparavant, il semble bien que les tribunaux ontariens appliqueront leurs règles de partage de biens malgré l'existence d'un contrat de mariage étranger.

L'Ile-du-Prince-Edouard

La législation de l'Ile-du-Prince-Edouard reproduit les mêmes règles de conflit que celles se trouvant dans la loi ontarienne. L'article 57 édicte que le fond et la forme du contrat sont régis par la "loi propre au contrat" ("the proper law of the contract"). Quant aux règles de conflit concernant les biens familiaux, ainsi que les biens meubles et immeubles en l'absence de contrat ou d'entente, elles sont identiques à celles de la loi de l'Ontario.

La Nouvelle-Ecosse

De même, la Nouvelle-Ecosse a adopté une approche semblable à celle de l'Ontario et de l'Ile-du-Prince-Edouard. Ses règles de conflits de lois sont analogues à celles édictées par la loi de l'Ontario; elles se retrouvent à l'article 22 de la législation de la Nouvelle-Ecosse :

"22(1) The division of matrimonial assets and the ownership of moveable property as between spouses, wherever situated, are governed by the law of the place where both spouses had their last common habitual residence or, where there is no such residence, by the law of the Province.

(2) The ownership of immovable property as between spouses is governed by the law of the place where that property is situated.

(3) Notwithstanding subsection (2), where the law of the Province governs the division of assets, the value of the immovable property wherever situated may be taken into consideration for the purposes of a division of assets."

L'on se retrouve donc confronté à des interrogations similaires à celles qui se posent en rapport avec la législation ontarienne : le principal point est de déterminer l'interaction qui existe entre les contrats de mariage ou ententes entre époux et les règles de conflits de lois édictées par la loi. La distinction traditionnelle entre l'existence d'un contrat de mariage entre les époux ou son absence subsiste-t-elle encore en Nouvelle-Ecosse? Il semble bien que cette distinction n'ait plus de justification vu les nouvelles règles de

conflits de lois et celles concernant le partage des biens. Vu la similitude de l'article 22 avec la disposition connexe de la loi ontarienne, la même jurisprudence s'applique et l'on peut penser que, tout comme en Ontario, les tribunaux de Nouvelle-Ecosse feront prévaloir les règles de partage de biens.

b) *L'absence dans la législation de règles spécifiques en matière de conflits de lois*

L'Alberta, le Manitoba et le Nouveau-Brunswick

L'Alberta, le Manitoba et le Nouveau-Brunswick ont adopté une approche analogue en ce qui concerne les conflits de lois. Dans ces provinces, les législations ne contiennent aucune disposition spécifique de droit international privé et il faut référer aux règles concernant la juridiction du tribunal. En général, le critère de base afin de déterminer la juridiction du tribunal est celui de la "résidence habituelle" des époux ou de l'un d'eux.⁽¹⁸⁰⁾ Ainsi, les tribunaux du Manitoba appliqueront leur législation à toute action commencée dans la province si les époux y possèdent leur résidence commune habituelle, ou encore si les époux y possédaient leur dernière résidence commune habituelle, ou enfin, lorsque les époux n'ont plus de résidence commune si ceux-ci résidaient de façon habituelle au Manitoba au moment du mariage. La législation de l'Alberta est au même effet.

L'article 44(1) de la loi du Nouveau-Brunswick établit une règle un peu différente; en effet, il peut s'agir de la dernière résidence habituelle d'un seul des époux.

"44(1) Les Parties I, II et III de la présente loi s'appliquent

a) à la répartition des droits de propriété entre les conjoints qui ont maintenu leur dernière résidence commune habituelle au Nouveau-Brunswick; et

b) en l'absence de résidence commune habituelle, à la répartition des droits de propriété entre conjoints dont l'un a maintenu sa dernière résidence habituelle au Nouveau-Brunswick."

Il semble que, lorsque le tribunal aura juridiction en vertu de la législation de partage, il appliquera la loi interne et qu'au contraire, s'il n'a pas juridiction, il ne pourra ordonner aucun partage. Ainsi, dans l'arrêt *Wolch v. Wolch*,⁽¹⁸¹⁾ le tribunal statue que:

APPENDICE I

“ . . . since jurisdiction could not be established under the *Marital Property Act*, no division could be ordered.”

La Saskatchewan et la Colombie-Britannique

Dans le même sens, les législations de la Saskatchewan et de la Colombie-Britannique ne contiennent aucune disposition expresse concernant les conflits de lois. Dans *McKinney v. McKinney*,⁽¹⁸²⁾ un arrêt de la Colombie-Britannique, le juge a appliqué le test de la “loi la plus appropriée” et a aussi considéré le critère de la juridiction :

“ . . . where the court had in personam jurisdiction over the defendant, British Columbia law would be applied to the facts of the case so long as British Columbia was *in fact the jurisdiction of most substantial and real connection*.”

En l’absence de règles spécifiques, il est possible que ces provinces continuent de s’inspirer des règles traditionnelles de common law en matière de conflits de lois. Soulignons que l’article 21(2)(p) de la loi de la Saskatchewan autorise le tribunal, lorsque la loi interne s’applique, à tenir compte dans le cadre du partage des biens, de tous les immeubles des époux situés à l’extérieur de la province.

Terre-Neuve

Finalement, la province de Terre-Neuve constitue un cas particulier puisqu’elle établit une règle particulière quant à la résidence familiale. Ainsi, la législation terre-neuvienne (art. 5) s’applique à toute résidence familiale située sur le territoire de Terre-Neuve, même si les époux se sont mariés dans une autre province. L’article 30 règle le sort des autres biens. Il édicte :

“30(1) The division of matrimonial assets and the ownership of moveable property as between spouses, wherever situated, are governed by the internal law of the place where both spouses had their last common habitual residence, or where there is no such residence, by the law of the province.

(2) The ownership of immoveable property as between spouses is governed by the internal law of the place where that property is situated.

(3) Notwithstanding subsection (2), where the law of the province governs the division of matrimonial assets, the value of the immovable property wherever situated may be taken into consideration for the purposes of this Part.”

Donc, les biens meubles sont gouvernés soit par la loi interne du dernier lieu de résidence commune des époux, soit par la loi de la province. Quant aux immeubles, ils sont soumis à la loi interne du lieu de leur situation (“lex situs”); toutefois le tribunal peut, lors du partage des biens familiaux, prendre en considération tout immeuble possédé par l’un des époux et situé à l’extérieur de la province.

Conclusion

Après avoir examiné les règles concernant les différents régimes de biens des provinces canadiennes, quelle conclusion peut-on tirer d’une telle analyse?

Les changements qui se sont produits dans les différentes législations canadiennes ont modifié considérablement les rapports patrimoniaux existant entre les époux. Bien que l’objectif principal de ces réformes ait été le même, c’est-à-dire une plus grande égalité entre les époux, ainsi qu’une plus grande autonomie pour chacun d’eux et une meilleure protection de la famille, les techniques employées pour y parvenir étaient différentes. Ainsi le Québec, qui possédait déjà un régime de partage de biens, a élaboré un ensemble de règles obligatoires pour les époux durant le mariage (régime primaire), alors que les provinces de common law ont adopté un régime de partage de biens visant à assurer une meilleure répartition des biens au moment de la dissolution du lien matrimonial.

Les provinces de common law ne connaissent pas l’institution du régime matrimonial tel que nous la connaissons au Québec; on a même été jusqu’à affirmer que “le régime des ‘family assets’ de l’Ontario ne constituait pas réellement un régime matrimonial”.⁽¹⁸³⁾ Mais bien qu’il soit évident que les techniques de qualification ne sont pas les mêmes et que la discrétion laissée au tribunal est bien plus grande dans les provinces de common law, il n’en demeure pas moins que les grandes différences qui existaient auparavant entre le Québec et les provinces de common law se sont atténuées et qu’un certain rapprochement s’est effectué.

Il faut souligner toutefois que toutes les provinces de common law n’ont pas fait le même cheminement et certaines ont modifié de façon

APPENDICE I

moins radicale que d'autres leur régime de biens. A ce propos, McLean exprimait un souhait pour l'avenir et considérait qu'il faudrait probablement envisager une certaine uniformisation des différentes législations :

“That clearly has its disadvantages, and if changes are contemplated in the legislation the desirability of some degree of uniformity is a consideration which should be taken into account.”⁽¹⁸⁴⁾

Les changements sociaux des dernières années ont contraint le législateur à faire des changements juridiques et c'est dans ce contexte que les différentes réformes de régime de biens se sont produites. Mais si de nombreux changements sociaux ont entraîné les réformes, l'on peut dire aussi que ces dernières ont provoqué divers bouleversements dans la société canadienne :

“In any event . . . for richer or poorer, for better or for worse, the legislation will bring about significant changes in the fabric of Canadian society.”⁽¹⁸⁵⁾

La famille demeure la base de la société et c'est pourquoi les législations concernant les régimes de biens revêtent une si grande importance; il faut viser à assurer une plus grande protection de la famille et une plus grande égalité et autonomie aux conjoints. Il y aura sans doute des ajustements à faire dans les années à venir, mais les nouveaux régimes constituent sans nul doute un grand pas en avant.

Dans les commentaires en annexe, nous verrons quels aménagements pourraient être faits afin de rendre plus uniforme les divers régimes de biens à travers le Canada et nous chercherons à établir brièvement une base pour préparer une législation uniforme dans ce domaine. Les points suivants seront notamment examinés : la terminologie employée, le champ d'application, les mécanismes de protection de la résidence familiale, les méthodes de qualification des biens, ainsi que les types de biens, la discrétion judiciaire accordée au tribunal et enfin les conflits de lois.

Dans ce travail, nous avons voulu faire une synthèse globale; nous n'avons cerné que les points les plus importants et négligé les détails. Les propositions d'uniformisation toucheront donc en majorité les idées de base des législations et non les mécanismes particuliers.

DIRECTION GENERALE DES AFFAIRES LEGISLATIVES
MINISTRE DE LA JUSTICE DU QUEBEC

6 août 1985

CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA

-
- (1) Caparros, E., *“Les Régimes matrimoniaux au Québec”*, Wilson et Lafleur, Montréal, 1979.
-
- (2) Voir à ce sujet Bisset-Johnson et Holland, *Matrimonial Property Law in Canada*, Carswell, 1980, et le *Canadian Family Law Guide*, C.C.H. Canadian Limited, 1976.
-
- (3) (1975) 1 S.C.R. 423, (1983) 41 D.L.R. (3d) 367.
-
- (4) Pineau, J., *“Les régimes matrimoniaux”*, Les Editions Thémis, Montreal, 1976.
-
- (5) *Le concubinage*, Les Cahiers de la Direction de la Recherche et de l'information, Chambre des Notaires du Québec, Vol. 8 no 1A – mars 1985.
-
- (6) 1980 (2nd), Chapter 15.
-
- (7) *Le concubinage*, Les Cahiers de la Direction de la Recherche et de l'information, Chambre des Notaires du Québec, Vol. 8 no 1A – mars 1985.
-
- (8) Voir les législations de l'Ontario (art. 3), du Nouveau-Brunswick [art. 1(s)], de l'Île-du-Prince-Édouard [art. 4(a)], du Manitoba [art. 1(1)(d)(i)], de Terre-Neuve [art. 16(2)], de la Saskatchewan (art. 2(g) in fine) et enfin du Yukon [art. 5(1)].
-
- (9) Voir les législations de l'Ontario [art. 39(3)], du Nouveau-Brunswick [art. 17(2)], de l'Île-du-Prince-Édouard [art. 39(3)], du Manitoba [art. 1(e)], de Terre-Neuve [art. 4(3)], de la Saskatchewan [art. 2(g)] et de la Nouvelle-Écosse [art. 3(3)].
-
- (10) Dans ce cas, il faut s'en remettre aux règles déterminées par le common law.
-
- (11) *Married Woman's Property Act*, R.S.B.C. 1979, c. 252, art. 24.
Married Women's Act, R.S.A. 1980, c. M-7, art. 6.
The Married Women's Property Act, R.S.M. 1970, c. M-70, art. 5(1).
The Married Persons' Property Act, R.S.S. 1978, c. M-6, arts 11 et 12.
Married Women's Property Act, R.S.N.S 1967, c. 176, arts 20 et 21.
Married Woman's Property Act, R.S.N.B. 1973, c. M-4, arts 4 et 5. (abrogé, art. 50).
The Married Women's Property Act, R.S. Nfld, 1970. c. 227, art. 4.
Married Women's Property Ordinance, R.O.N.W.T. 1974, c. M-6, art. 5.
Married Women's Property Ordinance, R.O.Y.T. 1971, c. M-4, art. 5.
-
- (12) Peter M. Jackson, *“Recent Proposals For Reform of Family Property Law in the Common Law Provinces”*, (1975) 21 McGill L.J. 556, p. 579.
-
- (13) Ontario Law Reform Commission, *Report on Family Law; Part IV, Family Property Law* (1974).
Law Reform Commission of Saskatchewan, Third Working Paper, *Tentative Proposals for Reform of Matrimonial Property Law* (1974).
The University of Alberta, Institute of Law Research and Reform, Working Paper, *Matrimonial Property* (1974).
-
- (14) Ce dernier facteur est important, car les commissions de réforme avaient pour mandat premier d'étudier les inégalités que créait l'absence de régime matrimonial entre les époux au moment de la dissolution du mariage.

APPENDICE I

-
- (15) Auger, J., “*La Loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux*”, (1981) C.P. du N. 33, page 54.
-
- (16) Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, chapitre VII, section 2; De la résidence familiale.
-
- (17) F. M. Steel, “*Le Régime matrimonial idéal – Que serait-il?*”, Forum sur le droit de la famille, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme.
-
- (18) Voir les lois du Manitoba [art. 6(2)], de la Saskatchewan (art. 4), de l’Ontario [art. 40(2)], du Nouveau-Brunswick [art. 18(2)], de l’Île-du-Prince-Édouard [art. 40(1)], de la Nouvelle-Écosse [art. 6(1)], de Terre-Neuve [art. 6(1)] et enfin l’ordonnance des Territoires du Nord-Ouest [art. 23(1)].
-
- (19) Voir à ce sujet, les lois du Manitoba [art. 6(2)], de la Saskatchewan (art. 5), de l’Ontario [art. 45(1)], du Nouveau-Brunswick [art. 23(1)], de Terre-Neuve [art. 13(1)] et enfin du Yukon [art. 28(2)].
-
- (20) Il s’agit des provinces de l’Alberta (arts 19 et 20) et de la Colombie-Britannique (art. 77).
-
- (21) Notons que les lois de la Saskatchewan et de la Colombie-Britannique visent spécifiquement l’épouse; en ce sens, la protection ne semble être accordée que lorsque le mari est propriétaire de la résidence familiale.
-
- (22) Voir les lois de l’Ontario [arts 42(2)(c) et 44(b)], de l’Île-du-Prince-Édouard [art. 42(1)], du Nouveau-Brunswick (art. 19), de Terre-Neuve (art. 8), des Territoires du Nord-Ouest (art. 3), du Yukon (art. 24), du Manitoba (art. 31(1) *THE DOWER ACT*), de l’Alberta (art. 2(1) *THE DOWER ACT*) et enfin de la Colombie-Britannique (art. 3(1) *THE LAND (WIFE PROTECTION) ACT*).
-
- (23) Dans les provinces de Terre-Neuve [art. 33(1)(a)], du Nouveau-Brunswick [arts 34(a), 35(1)(a) et 36(a)], de la Nouvelle-Écosse (arts 5(5) et 23), des Territoires du Nord-Ouest (art. 8) et du Yukon [art. 3(1)].
-
- (24) Voir l’article 6 *THE DOWER ACT* du Manitoba, les articles 7 et 8 *THE DOWER ACT* de l’Alberta et enfin l’article 11 *THE LAND (WIFE PROTECTION) ACT* de la Colombie-Britannique.
-
- (25) Voir, par exemple, le cas du Manitoba (art. 3(1) *THE DOWER ACT*), de l’Alberta (art. 4 *THE DOWER ACT*) et des Territoires du Nord-Ouest (art. 5).
-
- (26) C’est le cas de la Saskatchewan (art. 3(1) *THE HOMESTEADS ACT*), de Terre-Neuve [art. 8(1)], du Nouveau-Brunswick [art. 19(1)(a)] et de la Nouvelle-Écosse [art. 8(1)(a)].
-
- (27) Voir la province de l’Ontario [art. 42(1)], du Nouveau-Brunswick [art. 19(1)(b)] et de l’Île-du-Prince-Édouard [art. 42(1)].
-
- (28) Voir les lois de l’Ontario [art. 42(2)], de l’Île-du-Prince-Édouard [art. 42(2)], de la Nouvelle-Écosse [art. 8(2)], du Nouveau-Brunswick [art. 19(1)], de Terre-Neuve (art. 9) et du Yukon [art. 24(3)].
-
- (29) (1981) 5 W.W.R. 235 (Sask. C.A.).

CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA

-
- (30) Ce mécanisme de désignation est prévu par les lois de l'Ontario (art. 41), de l'Ile-du-Prince-Edouard (art. 41), de la Nouvelle-Ecosse (art. 7) et de Terre-Neuve (art. 7).
-
- (31) *RAPPORT SUR LE DROIT DE LA FAMILLE* – Commission de réforme du droit du Canada (Ottawa, Information Canada, 1976).
-
- (32) Voir à ce propos, l'article 45 de la loi de l'Ontario, l'article 45 de la loi de l'Ile-du-Prince-Edouard, l'article 19 de la loi de l'Alberta, l'article 5 de la loi de la Saskatchewan, l'article 6(2) de la loi du Manitoba, l'article 11 de la loi de la Nouvelle-Ecosse, l'article 23 de la loi du Nouveau-Brunswick, l'article 13 de Terre-Neuve et l'article 28(4) de l'ordonnance du Yukon.
-
- (33) Voir, par exemple, l'article 26 de la loi de la Nouvelle-Ecosse, l'article 38(1) de la loi du Nouveau-Brunswick, l'article 38 de la loi de Terre-Neuve et l'article 39(1) de *AN ORDINANCE TO AMEND THE MATRIMONIAL PROPERTY ORDINANCE* du Yukon.
-
- (34) Voir, par exemple, l'article 65(3)(a) de la loi de l'Ontario et l'article 60(3)(a) de la loi de l'Ile-du-Prince-Edouard.
-
- (35) Voir, par exemple, l'article 42(1) de la loi du Nouveau-Brunswick.
-
- (36) Voir les législations de l'Alberta (art. 37), du Manitoba [art. 1(f)], du Nouveau-Brunswick (art. 33), de Terre-Neuve (arts 31, 32, 33 et 34), de la Nouvelle-Ecosse (arts 23, 28), de l'Ontario (arts. 51, 52, 53) et de l'Ile-du-Prince-Edouard (arts 51, 52, 53)
-
- (37) Voir l'article 38(1), (4) de la loi de la Saskatchewan et l'article 48(2)(b) de la loi de la Colombie-Britannique.
-
- (38) Voir les lois de l'Alberta [art. 37(1)], de l'Ontario [art. 51(2)], de l'Ile-du-Prince-Edouard [art. 51(2)] et de la Colombie-Britannique (art. 51).
-
- (39) Voir, par exemple, l'article 51(1) de la loi de l'Ontario.
-
- (40) Voir l'article 52(2) de la loi de l'Ontario, l'article 52(2) de la loi de l'Ile-du-Prince-Edouard, l'article 35(2) de la loi de Terre-Neuve et l'article 36(2) de l'ordonnance du Yukon.
-
- (41) Il en est ainsi dans les provinces de l'Ontario [art. 54(1)], de l'Ile-du-Prince-Edouard [art. 54(1)], de la Colombie-Britannique [art. 48(3)], de la Saskatchewan [art. 38(1)], de la Nouvelle-Ecosse (art. 19), du Nouveau-Brunswick [art. 37(1)], de Terre-Neuve (art. 35) et du Yukon [art. 37(1)].
-
- (42) Cette exigence se retrouve dans les lois de la Saskatchewan [art. 38(1)] et de l'Alberta (art. 38).
-
- (43) Voir les lois de l'Ontario [art. 54(2)], de l'Ile-du-Prince-Edouard [art. 54(2)], de la Colombie-Britannique [art. 48(5), (6)], de la Nouvelle-Ecosse (art. 25), du Nouveau-Brunswick [art. 37(2)], de Terre-Neuve (art. 36) et de l'ordonnance du Yukon [art. 37(2)].
-
- (44) Guide C.C.H. Canadian Ltd., Edition 1982, à la page 7403.

APPENDICE I

-
- (45) Dans les provinces de Terre-Neuve (art. 35), de la Nouvelle-Ecosse (art. 24), de l'Ontario (art. 54) et de l'Ile-du-Prince-Edouard (art. 54).
-
- (46) (1978) 21 O.R. (2d) 852 (H.C.).
-
- (47) (1980) 14 R.F.L. (Ont.) 631.
-
- (48) (1981) 33 O.R. (2d) 829, confirmé par 35 O.R. (2d) 763 (C.A.).
-
- (49) Voir les lois de l'Ontario [art. 4(4)a)] et de l'Ile-du-Prince-Edouard [art. 5(5)a)], du Nouveau-Brunswick [art. 7(a)], de l'Alberta (art. 8) et de la Saskatchewan (art. 22(2)a) et 40).
-
- (50) Voir l'article 48(8) de la loi de la Colombie-Britannique et l'article 38(3) de la loi de la Saskatchewan.
-
- (51) Voir les lois de l'Ontario [art. 2(9)], de l'Ile-du-Prince-Edouard [art. 2(9)], du Nouveau-Brunswick (art. 40), du Manitoba [art. 5(1)], ainsi que celle de Terre-Neuve (art. 41) et du Yukon (art. 36(4) de *AN ORDINANCE TO AMEND THE MATRIMONIAL PROPERTY ORDINANCE*).
-
- (52) Il en est ainsi dans la législation de l'Ontario (art. 56), de l'Ile-du-Prince-Edouard (art. 56), de la Colombie-Britannique [art. 48(9)] et enfin du Yukon [art. 39(1)].
-
- (53) Voir les lois de la Nouvelle-Ecosse (art. 26), du Nouveau-Brunswick [art. 38(1)], de Terre-Neuve (art. 38) et enfin la législation du Yukon (art. 39(1) de *AN ORDINANCE TO AMEND THE MATRIMONIAL PROPERTY ORDINANCE*).
-
- (54) *Lotton v. Lotton*, (1979) 11 R.F.L. (2d) 112 (Ont. C.A.).
McConnel v. McConnel, (1979) 12 R.F.L. (2d) 108 (Ont. S.C., L.J.).
Ramboer v. Ramboer, (1979) 11 R.F.L. (2d) 320 (Ont. S.C., L.J.).
Sinnet v. Sinnet, (1980) 15 R.F.L. (2d) 115 (Ont. Co. Cr.).
-
- (55) Voir supra note 49.
-
- (56) Caparros, E., "Les régimes matrimoniaux secondaires à la lumière du nouveau Code civil du Québec", (1982) 13 R.G.D. 27, à la page 30.
-
- (57) McLean, A.J., "Matrimonial Property Canadian Common Law Style", vol. 31, U. of T.L.J. 363 (1981), à la page 435.
-
- (58) L.Q. 1969, c. 77.
-
- (59) Assemblée nationale du Québec (4e session, 28e législature), projet de loi 10, Editeur officiel du Québec, 1969, notes explicatives, note 8 in fine.
-
- (60) F. M. Steel, "Le régime matrimonial idéal - Que serait-il?", Forum sur le droit de la famille, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme.
-
- (61) Nous verrons que dans certaines provinces de common law, notamment en Nouvelle-Ecosse (art. 4), les biens acquis avant le mariage sont inclus dans la masse partageable s'ils se qualifient comme biens familiaux.

CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA

-
- (62) Beaulnes, J., "*Critères de qualification des acquêts et des family assets en droit québécois et ontarien*", (1984) 13 R.G.D. 27.
-
- (63) Beaulnes, J., "*Critères de qualification des acquêts et des family assets en droit québécois et ontarien*", (1984) 13 R.G.D. 27.
-
- (64) Voir à ce propos, l'article de McLean, A. J., "*Matrimonial Property Canadian Common Law Style*", (supra note 57).
-
- (65) Cas des biens possédés avant le mariage : Voir les lois de l'Alberta [art. 7(2)], du Manitoba [art. 4(1)], de Terre-Neuve [art. 16(1)(b)], du Nouveau-Brunswick (art. 1) et de la Saskatchewan [art. 23(1)(c)].
Cas des biens acquis après le mariage : Voir les lois de Terre-Neuve [art. 16(1)(b)], de la Nouvelle-Ecosse [art. 4(1)], du Manitoba [art. 4(1)], de l'Alberta [art. 7(3)(c)], du Nouveau-Brunswick (art. 1) et de la Saskatchewan [art. 23(3)(c)].
-
- (66) Voir les lois du Manitoba [art. 4(1)], de la Nouvelle-Ecosse [art. 4(1)(g), (3)], de Terre-Neuve [art. 16(1)(vii)] et du Nouveau-Brunswick (art. 1).
-
- (67) Voir les lois de l'Alberta [art. 7(2)(a), (b)], du Manitoba (art. 7), de la Saskatchewan [art. 23(1)(a), (b)], de Terre-Neuve [art. 16(1)(b)(i)] et du Nouveau-Brunswick (art. 1).
-
- (68) *Mazurenko v. Mazurenko*, (1980) 15 R.F.L. (2d) 148 (A.Q.B.).
-
- (69) Voir les lois du Manitoba [art. 11(a)], de Terre-Neuve [art. 16(1)(b)(ii)] et de la Nouvelle-Ecosse [art. 4(1)(d)]. En Nouvelle-Ecosse, la loi parle d'effets personnels "non-excessifs", alors qu'à Terre-Neuve, la loi inclut dans cette définition les meubles et les bijoux de famille [art. 19(1)(b)(vi)].
-
- (70) En Alberta [art. 7(2)(e), (3)], en Saskatchewan [art. 23(3)(a), (b)], en Nouvelle-Ecosse [art. 4(1)(b), (c), (2)], et au Nouveau-Brunswick (art. 1). Les indemnités reçues en raison de tout type de dommages sont exclues. A Terre-Neuve [art. 16(1)(b)(ii)] et au Manitoba [art. 8(1)], seuls les dommages concernant la personne sont exclus.
-
- (71) Voir les lois de Terre-Neuve [art. 17(1)(b)(iv)], de la Nouvelle-Ecosse [art. 4(1)(e)] et du Nouveau-Brunswick (art. 1) qui se rapprochent de la législation ontarienne qui exclut l'actif d'entreprise ("commercial assets").
-
- (72) F. M. Steel, "*Le régime matrimonial idéal - Que serait-il?*", Forum sur le droit de la famille, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme.
-
- (73) Voir aussi la législation du Yukon qui utilise majoritairement ce critère afin de déterminer la masse partageable au moment de la dissolution du régime.
-
- (74) *Margolese v. Margolese*, (1980) 2 W.W.R. 723 (B.C.S.C.).
-
- (75) McLean, A. J., "*Matrimonial Property Canadian Common Law Style*", vol. 31, U. of T.L.J. 363 (1981).
-
- (76) *Bregman v. Bregman*, (1978) 91 D.L.R. (3d) 470, R.F.L. (2d) 201 (Ont. H.C.).

APPENDICE I

-
- (77) Beaulnes, J., “*Critères de qualification des acquêts et des family assets en droit québécois et ontarien*”, (1984) 15 R.G.D. 537.
-
- (78) *Coburn v. Coburn*, (1978) 6 R.F.L. (2d) 235.
-
- (79) *Moore v. Moore*, (1980) 14 R.F.L. (2d) 631.
-
- (80) *Taylor v. Taylor*, (1978) 6 R.F.L. (2d) 341 (Ont. U.F.C.).
-
- (81) (1978) 5 R.F.L. (1d) 224 (O.H.C.).
-
- (82) *Fisher v. Fisher*, (1978) 89 D.L.R. (3d) 543, 6 R.F.L. (2d) 361 (O.H.C.).
Taylor v. Taylor, (1978) 6 R.F.L. (2d) 341 (Ont. U.F.C.).
-
- (83) *McKinney v. McKinney*, (1980) 17 R.F.L. (2d) 308 (L.J.S.C.).
Robertshaw v. Robertshaw, (1980) 2 W.W.R. 215, (1979) 17 B.C.L.R. 137 (B.C.S.C.).
-
- (84) Beaulnes, J., “*Critères de qualification des acquêts et des family assets en droit québécois et ontarien*”, (1984) 15 R.G.D. 537. Voir aussi les arrêts :
Moore v. Moore, (1980) 14 R.F.L. (2d) 631.
St-Germaine v. St-Germaine, (1980) 14 R.F.L. (2d) 186.
-
- (85) (1978) 91 D.L.R. (3d) 470, R.F.L. (2d) 201 (Ont. H.C.).
-
- (86) Voir les lois du Manitoba [art. 1(d)(ii)], de la Colombie-Britannique [art. 45(2)], du Nouveau-Brunswick (art. 1), de l’Ontario [art. 3(b)] et de l’Île-du-Prince-Édouard [art. 4(a)].
-
- (87) *Murray v. Murray*, (1979) 11 B.C.L.R. 338 (B.C.S.C.).
-
- (88) *Bandiera v. Bandiera*, (1979) 13 B.C.L.R. 327 (L.J.S.C.).
Jarvis v. Jarvis, (1979) 14 R.F.L. (1d) 1 (B.C.S.C.).
-
- (89) *Margolese v. Margolese*, (1980) 2 W.W.R. 723.
Robertshaw v. Robertshaw, (1980) 2 W.W.R. 215, (1979) 17 B.C.L.R. 137 (B.C.S.C.).
-
- (90) Arrêts qui ne considèrent pas le travail ménager comme un apport valable :
Madill v. Madill, (1979) 10 F.L.D. 420 (B.C.S.C.)
Mandelkau v. Mandelkau, (1979) 10 F.L.D. 367 (B.C.S.C.)
Treacher v. Treacher, (1979) 10 R.F.L. (2d) 216 (L.J.S.C.)
 Arrêts qui considèrent le travail ménager comme un apport valable :
McKinney v. McKinney, (1980) 17 R.F.L. (2d) 308 (L.J.S.C.)
Stewart v. Stewart, (1979) 10 F.L.D. 450 (L.J.S.C.)
-
- (91) Voir les lois de la Colombie-Britannique [art. 45(3)(a), (b)], du Manitoba [art. 1(d)(iii), (iv), (v)], du Nouveau-Brunswick (art. 1), de Terre-Neuve [art. 16(3)], de Nouvelle-Écosse [art. 4(4)], de l’Ontario [art. 3(b)(ii), (iii), (iv)], de l’Île-du-Prince-Édouard [art. 4(a)(ii), (iii), (iv)] et enfin de la Saskatchewan [art. 2(b)].
-
- (92) Aubrey, J.P., “*Ventes et donations entre époux*”, (1976-77) 79 R. du N. 328, à la page 328.

CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA

-
- (93) *Parker c. Betts*, 1955 R.P. 364 (C.S.).
Berthiaume et Godin Inc. c. Dame St-Onge, 1953 C.S. 205.
Alexandre c. Oligny, (1968-69) 71 R. du N. 476.
-
- (94) L.Q. 1969, c. 77.
-
- (95) Voir les lois de l'Île-du-Prince-Édouard [art. 12(1)], du Nouveau-Brunswick [art. 15(1)], de la Nouvelle-Écosse [art. 21(1)], de Terre-Neuve [art. 29(1), (2)], de la Saskatchewan (art. 50), de l'Alberta (art. 36) et enfin l'ordonnance du Yukon [art. 8(2)].
-
- (96) *Meszaros v. Meszaros*, (1978) 22 O.R. (2d) 695 (H.C.).
-
- (97) *McLaren v. McLaren*, (1979) 24 O.R. (2d) 481, 100 D.L.R. (3d) 163, 8 R.F.L. (2d) 301 (C.A.).
-
- (98) Caparros, E., "*Les régimes matrimoniaux au Québec*", Wilson et Lafleur, Sorej Inc., 1979.
-
- (99) Une question d'est posée en rapport avec l'article 624(c) : le conjoint survivant doit-il rapporter une partie ou la totalité de ses acquêts à la masse successorale lorsqu'il désire hériter ou est-il suffisant qu'il refuse le partage des acquêts de son conjoint? Les auteurs ont des avis partagés sur ce point :
Caparros, E., "*Les régimes matrimoniaux au Québec*", Wilson et Lafleur, Sorej Inc., 1979, 259 p.
Comtois, R., "*Les causes de dissolution du régime matrimonial et leurs particularités*", (1981) R. du N. Vol. 83, p. 312.
Castelli, M.D., "*L'article 624(c) du Code civil et l'obligation de "renoncer" du conjoint survivant*", (1974) 15 C. de D. 871.
Charron, C., "*Le conjoint survivant et la succession légitime en droit québécois*", (1978) 8 R.D.U.S. 197.
-
- (100) Comtois R., "*Les causes de dissolution du régime matrimonial et leurs particularités*", (1981) R. du N. Vol. 83.
Soulignons que le projet de loi 20 propose de modifier cette règle en permettant de dissoudre le régime après un an d'absence et d'ouvrir la succession à l'expiration des sept années d'absence.
-
- (101) Voir les lois de l'Ontario [art. 4(1)], de l'Île-du-Prince-Édouard [art. 5(1)], de la Nouvelle-Écosse [art. 12(a), (b)], du Nouveau-Brunswick [art. 3(1)(a), (b)], de l'Alberta [art. 5(1)(a)], du Manitoba [art. 12(d)], de la Colombie-Britannique [art. 43(1)(c), (d)] et de Terre-Neuve (art. 19).
-
- (102) (1979) 10 F.L.D. 367 (B.C.S.C.).
-
- (103) Voir l'article 5(1)(b) de la loi de l'Alberta, l'article 12(b) de la loi du Manitoba et l'article 43(1)(c) de la loi de la Colombie-Britannique.
-
- (104) Voir l'article 43(1)(a) de la loi de la Colombie-Britannique et l'article 12(a) de la loi du Manitoba.
-
- (105) Voir les lois de l'Ontario [art. 4(1)], de l'Île-du-Prince-Édouard [art. 5(1)], de la Nouvelle-Écosse [art. 12(1)(c)], du Nouveau-Brunswick [art. 4(1)(c), (d)], de la Colombie-Britannique [art. 43(1)(b), 44] et de Terre-Neuve [art. 19(1)(c)].

APPENDICE I

-
- (106) Voir l'article 5(1)(c) de la loi du Manitoba et l'article 12(c) de la loi de l'Alberta.
-
- (107) Voir l'article 5(1)(d) et (e) de la loi de l'Alberta et les articles 1(c) et 12(e) de la loi du Manitoba.
-
- (108) Voir les lois de l'Ontario [art. 4(3)], de l'Île-du-Prince-Édouard [art. 5(3)], de la Nouvelle-Écosse [arts 2(g), 12(1)], du Nouveau-Brunswick (art. 5), de la Saskatchewan [art. 30(1)], de l'Alberta [art. 11(1)], du Manitoba [art. 18(1)], de Terre-Neuve [arts 2(1)(e), 19(1)] et enfin de la Colombie-Britannique (art. 5).
-
- (109) Voir les lois de l'Ontario [art. 4(3)], de l'Île-du-Prince-Édouard [art. 5(3)], du Nouveau-Brunswick (art. 5) et de la Saskatchewan [art. 30(1)]. Les lois de la Colombie-Britannique, du Manitoba, de la Nouvelle-Écosse et de Terre-Neuve sont silencieuses sur ce point.
-
- (110) Il s'agit des lois du Nouveau-Brunswick (art. 4), de la Nouvelle-Écosse [art. 12(1)(d)], de Terre-Neuve [art. 19(1)(d)] et de la Saskatchewan [art. 30(1)].
-
- (111) Il s'agit des lois de l'Ontario, de l'Île-du-Prince-Édouard, du Manitoba, de l'Alberta et de la Colombie-Britannique.
-
- (112) Il s'agit des lois de la Nouvelle-Écosse [art. 12(4)], de la Saskatchewan [art. 30(4)] et de Terre-Neuve [art. 19(1)]. Les autres législations sont silencieuses sur ce point.
-
- (113) La législation de l'Alberta en fait un facteur spécifique de variation de partage [art. 11(1), (3)], alors que les autres lois en traitent de façon moins précise en incluant le cumul dans leur liste générale de critères de variation (voir, par exemple, l'art. 4(4)(e) de la loi de l'Ontario).
-
- (114) McLean, A. J., *"Matrimonial Property Canadian Common Law Style"*, vol. 31, U. of T.L.J. 363 (1981).
-
- (115) Guay-Archambault, D., *"Regards sur le nouveau droit de la famille au Canada anglais et au Québec"*, (1981) 22 C. de D. 723.
-
- (116) Caparros, E., *"Les régimes matrimoniaux au Québec"*, Wilson et Lafleur, Sorej Inc., 1979, 259 p.
-
- (117) Comtois R., *"Les causes de dissolution du régime matrimonial et leurs particularités"*, (1981) R. du N. Vol. 83.
-
- (118) Caparros, E., *"Les régimes matrimoniaux au Québec"*, Wilson et Lafleur, Sorej Inc., 1979, 259 p.
-
- (119) Caparros, E., *"Les régimes matrimoniaux au Québec"*, Wilson et Lafleur, Sorej Inc., 1979, 259 p.
-
- (120) Groffier, E., *"La réforme du régime des biens des époux en Ontario"*, (1979) 81 R. du N. 485.
-
- (121) *Silverstein v. Silverstein*, (1978) 87 D.L.R. (3d) 116, 1 R.F.L. (2d) 239 (Ont. H.C.).
Mercer v. Mercer, (1978) 5 R.F.L. (2d) 224 (Ont. H.C.).

CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA

-
- (122) Voir supra note 121.
-
- (123) (1980) 2 W.W.R. 723 (B.C.S.C.).
-
- (124) (1979) 10 F.L.D. 75 (L.J.S.C.)
Voir également *Stammler v. Stammler*, (1979) 11 R.F.L. (2d) 83, 14 B.C.L.R. 57 (B.C.S.C.).
-
- (125) Dans les provinces de l'Ontario, de l'Île-du-Prince-Édouard, du Nouveau-Brunswick, de la Colombie-Britannique et dans une certaine mesure de l'Alberta.
-
- (126) *Weir v. Weir*, (1978) 6 R.F.L. (2d) 189 (Ont. H.C.).
Ramboer v. Ramboer, (1979) 11 R.F.L. (2d) 320 (Ont. S.C., L.J.).
-
- (127) Voir à ce propos les listes de critères particuliers des législations : Ontario [art. 4(4)(a) à (f)], l'Île-du-Prince-Édouard [art. 5(5)(b) à (f)], Nouvelle-Écosse [art. 13(a) à (m)], Nouveau-Brunswick [art. 6(c) à (e), 7(a) à (f)], Terre-Neuve [art. 7(a) à (f)], Alberta [art. 8(a) à (n)], Saskatchewan [art. 7(a) à (g)], Manitoba [art. 13(1), 13(2)(a) à (h)] et la Colombie-Britannique [art. 51(a) à (f)].
-
- (128) Voir les législations de l'Alberta [art. 8(e)], de la Colombie-Britannique [art. 51(a)] et de Terre-Neuve [art. 20(e)].
-
- (129) Voir les législations de l'Alberta [art. 8(f)], de la Colombie-Britannique [art. 51(b)], du Manitoba [art. 13(2)(b), (c)], du Nouveau-Brunswick [art. 7(a)], de Terre-Neuve [art. 20(i)], de la Nouvelle-Écosse [art. 13(b)], de l'Ontario [art. 4(4)(b), (c)], de l'Île-du-Prince-Édouard [art. 5(5)(b), (c)] et de la Saskatchewan [art. 21(2)(b), (c)].
-
- (130) *Dresen v. Dresen*, (1979) 13 R.F.L. (2d) 97 (L.J.S.C.).
-
- (131) Il s'agit des lois de l'Ontario (art. 4(a), 59), de l'Île-du-Prince-Édouard (art. 5(a), 59), du Nouveau-Brunswick [art. 7(a), 39(1)], de la Saskatchewan (art. 7(a), 40, 41), de l'Alberta [art. 8(g)], du Manitoba [art. 13(2)(c)] et l'ordonnance du Yukon (art. 14(1)(a), 40).
-
- (132) *Weir v. Weir*, (1978) 6 R.F.L. (2d) 189 (Ont. H.C.).
Hominuke v. Hominuke, (1979) 17 A.R. 1 (Alb. T.D.).
-
- (133) *Silverstein v. Silverstein*, (1978) 87 D.L.R. (3d) 116, 1 R.F.L. (2d) 239 (Ont. H.C.).
-
- (134) Les provinces de l'Ontario, de l'Île-du-Prince-Édouard, du Nouveau-Brunswick, de la Saskatchewan et de la Colombie-Britannique.
-
- (135) *Weir v. Weir*, (1978) 87 D.L.R. (3d) 116, 1 R.F.L. (2d) 239 (Ont. H.C.).
-
- (136) *Brown v. Brown*, (1978) 6 R.F.L. (2d) 189 (Ont. H.C.). Mais voir le traitement spécial de la résidence familiale au Manitoba [art. 3(1)(d)] et en Saskatchewan (art. 22).
-
- (137) Voir l'article 8(c) de la loi de l'Alberta et l'article 13(2)(f) de la loi du Manitoba.
-
- (138) Voir les lois de la Colombie-Britannique [art. 51(f)], du Nouveau-Brunswick [art. 7(f)], de l'Ontario [art. 4(4)(f)], de l'Île-du-Prince-Édouard [art. 5(5)(f)] et de la Saskatchewan [art. 23(2)(c)].

APPENDICE I

-
- (139) Voir les lois de l'Ontario [art. 4(4)(f)], de l'Ile-du-Prince-Edouard [art. 5(5)(f)] et de Nouveau-Brunswick [art. 7(f)].
-
- (140) Voir les lois de l'Ontario [art. 4(6)(a)], de l'Ile-du-Prince-Edouard [art. 5(6)], du Nouveau-Brunswick [art. 8(c)], de la Nouvelle-Ecosse [art. 13(a)], de Terre-Neuve [art. 20(1)], de la Saskatchewan [art. 21(2)(h)], du Manitoba [art. 13(2)(a)] et de l'Alberta [art. 8(1)].
-
- (141) *Lee v. Lee*, (1980) 3 Sask. R. 427 (S.Q.B.).
-
- (142) En Alberta, au Manitoba et en Saskatchewan.
-
- (143) En Alberta, en Colombie-Britannique et en Saskatchewan.
-
- (144) Voir les lois de l'Ontario [art. 4(4)(f)], de l'Ile-du-Prince-Edouard [art. 5(5)(f)], de la Nouvelle-Ecosse [art. 13(e)], du Nouveau-Brunswick [art. 7(f)], de la Saskatchewan [art. 21(2)(i)], de l'Alberta [art. 8(i), (j)] et de la Colombie-Britannique [art. 51(f)].
-
- (145) Voir les lois du Nouveau-Brunswick (art. 9), de la Nouvelle-Ecosse [art. 13(b)], de Terre-Neuve [art. 20(b)], de la Saskatchewan [art. 21(2)(a)] et du Manitoba [art. 10, 13(2)(b)].
-
- (146) Voir, par exemple, les lois de l'Ontario [art. 4(4)(f)], de l'Ile-du-Prince-Edouard [art. 5(5)(f)] et de la Colombie-Britannique [art. 51(f)].
-
- (147) (1979) 11 R.F.L. (2d) 83, 14 B.C.L.R. 57 (B.C.S.C.).
-
- (148) Voir les lois de l'Ontario (art. 6), de l'Ile-du-Prince-Edouard (art. 7), du Nouveau-Brunswick (art. 10), de la Nouvelle-Ecosse (art. 15), de la Saskatchewan (art. 26), du Manitoba (art. 16, 19), de l'Alberta (art. 9) et de la Colombie-Britannique (art. 52).
-
- (149) Ste-Marie, J., "*Les effets du divorce et la séparation de corps sur les clauses usuelles des contrats de mariage*", (1981) 84 R du N. 3.
-
- (150) En effet, l'article 12(b) de la *Loi sur le divorce*, S.R.C., 1970, c. D-8, permet au tribunal d'imposer, dans le jugement conditionnel, les modalités ou restrictions qu'il estime justes et appropriées. (Voir aussi articles 813.12 et 817 C.P.c.)
-
- (151) Voir les lois de l'Ontario [art. 45(1), (3)], de l'Ile-du-Prince-Edouard [art. 45(1), (3)], du Nouveau-Brunswick [art. 23(1)(a)], de la Nouvelle-Ecosse [art. 11(1), (4)], de l'Alberta (art. 19, 20), du Manitoba [art. 6(2)], de la Colombie-Britannique (art. 77) et enfin de Terre-Neuve [art. 13(1), (3)].
-
- (152) (1980) 4 Sask. R. 239 (U.F.C.).
-
- (153) Voir les lois de la Colombie-Britannique [art. 77(5)] et de la Saskatchewan (art. 13).
-
- (154) Voir les lois de l'Ontario (art. 43), de l'Ile-du-Prince-Edouard (art. 43), du Nouveau-Brunswick [art. 21(1)], de la Nouvelle-Ecosse (art. 9), de la Saskatchewan (art. 14) et enfin de Terre-Neuve (art. 11).
-
- (155) *Famille 36*, J.E. 83-436 (C. sup.).

CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA

-
- (156) Voir, par exemple, *Anonyme*, C.S. (Drummond) 405-04-000046-824, 83/01/04 Juge : A Biron (N/réf. CS-8300 89) et *Globensky c. Poirier*, *Droit de la Famille* – 67, J.E. 85-2.
-
- (157) *Globensky c. Poirier*, *Droit de la Famille* – 67, J.E. 85-2.
-
- (158) *Anonyme*, C.S. (Drummond) 45-04-000041-817, 83/02/21 Juge : J. Marquis (N/réf. CS-830100).
-
- (159) *Famille 42*, J.E. 83-436 (C. sup.).
-
- (160) *Boydell v. Boydell*, (1978) 2 R.F.L. (2d) 121 (Ont. U.F.C.).
Fisher v. Fisher, (1978) 89 D.L.R. (3d) 543, 6 R.F.L. (2d) 361 (O.H.C.).
Taylor v. Taylor, (1978) 6 R.F.L. (2d) 341 (Ont. U.F.C.).
-
- (161) *Leatherdale v. Leatherdale*, (1982) R.C.S. 743.
-
- (162) Voir supra note 160.
-
- (163) Voir supra note 160.
-
- (164) *Tétrault c. Baby*, 78 C.S. 280.
-
- (165) Cité dans : Groffier, E., “*Précis de droit international privé québécois*”, Les Éditions Yvons Blais inc., 2e édition, 1982.
-
- (166) *Pouliot c. Cloutier*, [1944] R.C.S. 284, à la page 288.
-
- (167) *Delisle c. Delisle*, [1970] C.A. 962.
Robinson c. Montréal Trust, [1971] C.A. 876, et voir aussi *Wadsworth c. McCord*, (1887) 12 R.C.S. 466.
-
- (168) *Martineau c. Vincent Martineau*, [1975] C.S. 1137.
Brown c. Waldman, (1929-30) 32 R.P. 199 (C.S.).
Putnam c. Young, (1914) 45 C.S. 161 (C. de R.).
National Trust Co. Ltd. c. McGlory, C.S. Hull, no 4, 002, 22 mai 1964, publié dans (1969) 15 McGill L.J. 108.
Rochon c. Hauser, C.S. Hull, no 550-05-0001 156-77, 18 septembre 1980.
-
- (169) En faveur du domicile commun des époux après le mariage : – G.-A. Castel, “*Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux dans la province de Québec*”, (1962) 22 R. du B. 233.
En faveur du domicile commun au moment du mariage :
– W.S. Johnson, *Conflict of Laws*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1962.
En faveur à la fois du domicile commun des époux au moment du mariage et du domicile où les époux vont effectivement se fixer après le mariage :
– P.B. Mignault, *Droit civil canadien*, Montréal, Théorêt, 1895.
– R. Comtois, “*Conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux, successions, legs, testaments et partages*”, dans *Mélanges offerts à Me R. Cossette*, Chambre des notaires de la Province de Québec, 1968.
-
- (170) Groffier, E., “*La loi 89 et le droit international privé*”, (1982) 13 R.A.D. 67

APPENDICE I

-
- (171) Voir notamment *Astill v. Hallée* (1878) 4 Q.L.R. 120 (C.B.R.) qui énonce le principe.
-
- (172) *Charpentier c. Smith Dorion*, (1981) C.S. 84.
-
- (173) Voir notamment *Kerr v. Kerr*, (1981) 32 O.R. (2d) 146 (H.C.).
-
- (174) La loi la plus intimement liée au contrat n'est pas nécessairement la loi du lieu de passation de l'acte; il s'agit dans chaque cas d'examiner l'entente et ses circonstances. ". . . the preference being given to the country with which the transaction has the most real connection, and not to the law of the place of contract as such" Westlake, *Private International Law* (7th ed., 1925), p. 302.
-
- (175) La jurisprudence avait déjà suggéré que la règle de la mutabilité soit substituée à la règle de l'immutabilité. Voir, par exemple : *Lashley v. Hog*, (1804) 47 F.R. 1243 (H.L.).
-
- (176) (1980) 15 R.F.L. (2d) 115 (Ont. Co. Ct.).
-
- (177) McLeod, M.J., "*The Conflict of Laws*", Carswell, 1983, à la page 397.
-
- (178) (1981) 32 O.R. (2d) 146 H.C.
-
- (179) McLeod, M.J., "*The Conflict of Laws*", Carswell, 1983, à la page 388.
-
- (180) Voir la législation de l'Alberta (art. 3), du Manitoba (art. 2) et du Nouveau-Brunswick [art. 44(1)].
-
- (181) (1980) 19 R.F.L. (2d) 307, varied 20 R.F.L. (2d) 325 (Man. C.A.).
-
- (182) (1980) 17 R.F.L. (2d) 308 (B.C.S.C.).
-
- (183) *Charpentier c. Smith Dorion*, (1981) C.S. 84.
-
- (184) McLean, A. J., "*Matrimonial Property Canadian Common Law Style*", vol. 31, U. of T.L.J. 363 (1981), à la page 363.
-
- (185) McLean, A. J., "*Matrimonial Property Canadian Common Law Style*", vol. 31, U. of T.L.J. 363 (1981), à la page 363.

Annexe 1

**COMMENTAIRES SUR UNE POLITIQUE LÉGISLATIVE POUR
L'UNIFORMISATION DANS LE DOMAINE DES RÉGIMES
MATRIMONIAUX**

L'objectif d'une telle annexe est de commenter brièvement les points qu'il serait avantageux d'uniformiser entre les différentes législations canadiennes en matière de régimes matrimoniaux. Ce texte n'examinera que certaines questions particulières qui pourraient poser des difficultés aux praticiens et aux juristes qui voudront étudier les législations les unes par rapport aux autres. Nous verrons donc les questions suivantes: la terminologie employée, le champ d'application, les mécanismes de protection de la résidence familiale, la méthode de qualification et les types de biens, la discrétion judiciaire accordée au tribunal et enfin les règles de conflits de lois.

Le Québec occupant une place spéciale dans cette étude et se distinguant (comme nous l'avons vu) des provinces de common law dans le domaine des régimes matrimoniaux, nous soulignerons rapidement dans quelle optique pourrait se faire une uniformisation qui favoriserait un certain rapprochement entre notre province de droit civil et les autres provinces canadiennes.

1. La terminologie employée

Bien que toutes les législations connaissent des notions semblables, les termes employés pour identifier ces notions ne sont pas toujours les mêmes.

Ainsi les biens partageables se retrouvent sous divers qualificatifs : bien familial, bien matrimonial et bien acquêt (au Québec). Les provinces de common law pourraient tendre à utiliser la même terminologie, le terme le plus fréquemment employé étant celui de bien familial.

La résidence de la famille est couverte, elle aussi, par diverses dénominations, soit celle de résidence familiale, de foyer conjugal et de résidence principale de la famille.

2. Le champ d'application

On dénote de nombreuses différences quant au champ d'application des diverses législations. Ces différences se situent à trois niveaux: la possibilité d'obtenir un partage des biens alors qu'il n'y a pas fin du mariage, l'application ou la non-application de la loi aux concubins et enfin l'application ou la non-application de la loi au conjoint survivant. Quant à ces trois points, quel traitement serait le plus approprié?

APPENDICE I

Le conjoint survivant devrait pouvoir obtenir, sous toutes les législations, la division des biens partageables. Cette option est indiquée afin que, entre autres, les époux qui se séparent ou qui divorcent ne soient pas plus avantagés que ceux qui perdent leur conjoint à cause de décès. Evidemment, il faudra agencer les règles en matière successorale pour qu'il n'y ait pas de conflits.

Le cas de concubins est davantage problématique. Doit-on prendre en considération les concubins dans les législations de partage? Cela ne semble pas être une priorité des législateurs canadiens et dans le contexte présent, il est peut-être préférable de faire abstraction du cas des concubins quitte à réexaminer leur situation dans l'avenir,

Enfin, le partage des biens devrait-il être permis lorsqu'il n'y a pas fin du mariage? Cette question se pose davantage face aux provinces de common law puisqu'au Québec les époux peuvent procéder à la dissolution de leur régime et au partage de leurs biens en changeant conventionnellement de régime matrimonial. En fait, peu de législations de common law envisagent la possibilité d'un partage des biens durant le mariage et cela n'apparaît pas être une optique appropriée vu l'objectif principal des lois de partage.

3. Les mécanismes de protection de la résidence familiale

Certaines provinces protègent la résidence familiale dans des lois particulières (loi sur le douaire ou sur le "homestead"); ne serait-il pas préférable d'intégrer les mécanismes de protection de la résidence familiale dans les législations de partage? Il faut souligner que ces lois particulières ne font pas seulement protéger la résidence familiale mais assurent, dans certains cas, une part de cette dernière au conjoint survivant. Toutefois, si les lois de partage s'appliquaient au conjoint survivant, il serait alors possible de régler le sort de la résidence familiale au même moment.

Donc, en définitive, ne pourrait-il pas y avoir abolition de cas lois particulières et intégration des règles concernant la résidence familiale dans les législations de partage?

4. Les méthodes de qualification et les types de biens

Il existe deux méthodes de qualification des biens dans les législations canadiennes : la méthode selon laquelle on qualifie le bien en rapport avec le moment de son acquisition ou en raison de sa provenance, et la méthode selon laquelle on qualifie le bien en rapport avec l'utilisation qui en est faite. Les deux méthodes amènent à des solutions différentes et de ce fait les masses déterminées partageables varieront d'une prov-

ince à l'autre. Néanmoins il arrive parfois que les critères d'analyse fassent double emploi.

Ne serait-il pas avantageux d'uniformiser les méthodes de qualification des biens afin de ne pas créer trop de variation dans la détermination des masses partageables? Ou bien, à la rigueur, ne serait-il pas possible d'intégrer les deux méthodes afin que la qualification de tous les biens se fasse selon un double critère? Ainsi, l'utilisation continue de certains biens qui, en raison de la règle de l'acquisition ne seraient pas familiaux, permettrait de modifier cette qualification.

En dernier lieu, soulignons que la catégorie des biens commerciaux ne se retrouve pas sous toutes les législations. La situation de ces biens est particulière et difficile à traiter dans une certaine perspective de partage de biens qui intéressent la famille; dans certaines provinces, ils sont partageables, dans d'autres ils ne le sont pas ou il n'en est fait mention. Le partage des biens commerciaux, s'il doit être considéré, ne devrait-il pas intervenir que dans les seuls cas où il y a une certaine forme d'association entre les conjoints alors que le travail de l'un enrichit l'autre?

5. La discrétion judiciaire accordée au tribunal

Alors que la discrétion judiciaire accordée au tribunal est très importante dans certaines provinces, mitigée dans d'autres, elle est parfaitement inexistante au Québec, si ce n'est le cas de la prestation compensatoire.

Dans les provinces de common law, il serait certainement avantageux que toutes les législations connaissent une présomption de partage égal des biens. A partir de cette présomption, les législations pourraient accorder une certaine discrétion au tribunal afin de varier le partage, cette discrétion s'établissant selon certains critères déterminés dans la loi ayant pour but le rétablissement de l'égalité entre les conjoints.

Au Québec, la seule discrétion laissée au tribunal se retrouve en matière de prestation compensatoire qui compense un apport en biens ou en services à l'enrichissement du patrimoine du conjoint. Dans ce domaine, peut-être serait-il approprié d'élargir les critères de compensation et de mieux cerner la discrétion du tribunal.

On pourrait donc faire en sorte que la discrétion laissée aux tribunaux canadiens en matière de partage de biens soit générale et déterminée par des critères fixés dans la loi.

6. Les conflits de lois

En dernier lieu, soulignons sans s'attarder que les différences existant en matière de conflits de lois risquent de causer des problèmes aux praticiens et aux juristes. Les positions adoptées par certaines provinces (Ontario, Québec) dans ce domaine démontrent bien les difficultés d'application qui vont se poser entre les différentes législations à travers le Canada.

Conclusion

Nous n'avons pas voulu faire une étude exhaustive quant aux possibilités d'uniformisation qui existent entre les différentes législations, mais nous avons essayé d'attirer l'attention sur certains points particuliers qu'il serait avantageux d'uniformiser dans le domaine des régimes matrimoniaux canadiens.

En définitive, certains points devraient être considérés : les modes de qualification des biens fort différents d'une province à l'autre, le fait que certaines lois ne touchent absolument pas le cas du conjoint survivant et la protection de la résidence familiale, le fait que certaines lois ne connaissent pas de présomption de partage égal et enfin les nombreuses distinctions existant en matière de conflits de lois.

ANNEXE 2 - TABLEAU COMPARATIF

	Québec	Ontario	Colombie-Britannique	Alberta	Manitoba	Saskatchewan
<i>Titre de la Loi</i>	<i>Code civil du Québec</i>	<i>Family Law Reform Act, S.O. 1978, c. 2</i>	<i>Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121</i>	<i>Matrimonial Property Act, S.A. 1978, c. 20</i>	<i>Marital Property Act, S.M. 1978, c. 24 / M 45</i>	<i>The Matrimonial Property Act, S.S. 1979, c. M-61</i>
<i>Définitions</i>	Arts 481 à 490	Arts 1, 3, 14, 38, 39(1) et 50	Arts 1, 21, 45 et 46	Art. 1	Arts 1(1), 2(2), 3 et 4	Art. 2
Régime primaire						
<i>Égalité des époux</i>	Art. 441	Préambule			Préambule	Art. 20
<i>Contribution aux besoins de la famille</i>	Art. 445	Arts 15-16	Arts 56-57	Art. 3 <i>Maintenance Order Act, R.S.A. 1980, c. M-1.</i>	Art. 2(1) <i>The Family Maintenance Act, S.M. 1978, c. 25 / F20</i>	
<i>Modalités</i>	Art. 445, 2 ^e alinéa				Art. 5(2) <i>The Family Maintenance Act, S.M. 1978 c. 25 / F20</i>	Art. 20
<i>Responsabilité face aux dettes</i>	Art. 446	Art. 33(1)				

1A

CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA

	Île-du-Prince-Edouard	Nouvelle-Écosse	Nouveau-Brunswick	Terre-Neuve	T.N.O.	Yukon	1B
<i>Titre de la loi</i>	<i>Family Law Reform Act, S.P.E.I. 1978, c. 6</i>	<i>Matrimonial Property Act, S.N.S. 1980, c. 9</i>	<i>Marital Property Act, S.N.B. 1980, C. M-1.1</i>	<i>The Matrimonial Property Act, S. Nfld. 1979, c. 32</i>	<i>Matrimonial Property Ordinance, R.O.N.W.T. 1974, c. M-7</i>	<i>Matrimonial Property Ordinance(1), R.O.Y.T. 1979 (2nd), c. 11</i>	
<i>Définitions</i>	Arts 2, 4, 15, 38 et 50	Arts 2, 3(1) et 4(1)	Arts 1, 33	Arts 2, 4(1), 16(1), et 16(2), 31, 32(1), 34	Art. 2	Arts 2(1), 5(1), 21(1), 22(1)	
Régime primaire <i>Égalité des époux</i>	Art. 5(7)	Préambule	Art. 2	Art.17		Art. 6(1)	
<i>Contribution aux besoins de la famille</i>	Art. 16	Arts 5-7 <i>The Family Maintenance Act, S.N.S. 1980, c. 6</i>	Art. 2		Art. 4 <i>The Maintenance Ordinance, R.O.N.W.T. 1974, c. M-2</i>	Art. 30.2(1) <i>An Ordinance to Amend the Matrimonial Prop. Ordinance</i>	
<i>Modalités</i>	Art. 5(6)				Art. 28(4)	Art. 6(1)	
<i>Responsabilité face aux dettes</i>	Art. 33		Art. 2			(1) Sera aussi consulté : <i>An Ordinance to Amend the Matrimonial Property Ordinance</i> R.O.Y.T. 1980 (2nd), c. 15	

	Québec	Ontario	Colombie-Britannique	Alberta	Manitoba	Saskatchewan
<i>Protection de la résidence familiale</i>	Arts 449 et ss.	Arts 38 et ss.	Voir <i>The Land (Wife Protection) Act</i> , R.S.B.C. 1979, c. 223	Arts 19(1) et ss. Voir <i>The Dower Act</i> , R.S.A. 1980, c. D-38	Art. 6(2) Voir <i>The Dower Act</i> , S.M. 1964 (1st Sess.), c. 16	Arts 4 et ss. Voir <i>The Homesteads Act</i> , S.S. 1981, c. H-5
<i>Versement compensatoire</i>	Art. 559 C.c.Q.	Art. 8				
<i>Transfert de droits et protection judiciaire</i>	Arts 447-448 et 456	Arts 45, 65(3)(a)		Art. 19	Art. 6(2)	Art. 5-21(1)
<i>Des contrats familiaux</i>	Arts 462 et ss. Arts 13 et 768 C.c.B.-C. Arts 527 et ss.	Arts 51 et ss. Arts 2(9)-18(4)	Arts 48 et ss.	Arts 38 et ss.	Arts 37 et ss.	Arts 38 et ss.
Les régimes secondaires <i>De la nature des régimes :</i>	Société d'acquêts : Régime à base de partage différé	Régime de communauté différé (sur certains biens)	Régime de communauté différé (sur certains biens)	Régime de communauté différé (sur certains biens)	Régime de communauté différé (sur certains biens)	Régime de communauté différé (sur certains biens)
<i>Types de biens :</i>	Propres et acquêts Arts 480 et ss.	Biens familiaux et autres biens : Art. 3	Biens familiaux et autres biens : Art. 45	Biens familiaux et autres biens : Art. 7	Biens familiaux et autres biens : Art. 1, 4, 7 and 8	Biens familiaux et autres biens : Art. 23
<i>Qualification : Facteur principal</i>	Mode d'acquisition	Mode d'utilisation	Mode d'utilisation et contribution	Mode d'acquisition	Mode d'acquisition	Mode d'acquisition

	Île-du-Prince-Edouard	Nouvelle-Écosse	Nouveau-Brunswick	Terre-Neuve	T.N.O.	Yukon
<i>Protection de la résidence familiale</i>	Arts 38 et ss.	Arts 3 et ss.	Arts 16 et ss.	Arts 4 et ss.	Arts 3 et ss.	Arts 20 et ss.
<i>Versement compensatoire</i>	Art. 8	Art. 18	Art. 42	Art. 27		
<i>Transfert de droits et protection judiciaire</i>	Arts 45-60(3)(a)	Arts 11-26	Arts 23-38(1) 42(1)	Arts 13-38		Arts 28(4)-39(1)
<i>Des contrats familiaux</i>	Arts 50 et ss.	Arts 23 et ss. Art. 5	Arts 33 et ss.	Arts 31 et ss.		Art. 3 Arts 37 et ss.
Les régimes secondaires						
<i>De la nature des régimes :</i>	Régime de communauté différé (sur certains biens)	Régime de communauté différé (sur certains biens)	Régime de communauté différé (sur certains biens)	Régime de communauté différé (sur certains biens)	Régime de communauté différé (sur certains biens)	Régime de communauté différé (sur certains biens)
<i>Types de biens :</i>	Biens familiaux et autres biens : Art. 4	Biens familiaux et autres biens : Art. 4	Biens familiaux et autres biens : Art. 1	Biens familiaux et autres biens : Art. 16	Résidence familiale et autres biens : Art. 2(b)	Biens familiaux et autres biens : Art. 5
<i>Qualification : Facteur principal</i>	Mode d'utilisation	Mode d'acquisition	Mode d'acquisition	Mode d'acquisition		Mode d'utilisation

	Québec	Ontario	Colombie-Britannique	Alberta	Manitoba	Saskatchewan
<i>Administration</i>	Arts 493, 494	Dans les provinces de common law, on ne connaît pas la qualification dite "aux fins d'administration"	Dans les provinces de common law, on ne connaît pas la qualification dite "aux fins d'administration"	Dans les provinces de common law, on ne connaît pas la qualification dite "aux fins d'administration"	Dans les provinces de common law, on ne connaît pas la qualification dite "aux fins d'administration"	Dans les provinces de common law, on ne connaît pas la qualification dite "aux fins d'administration"
<i>Libéralités entre conjoints</i>	Anciens articles 770 et 1265, al. 2 (abrogés)	Abolition de la présomption de donation : art. 11		Abolition de la présomption de donation : art. 36		Abolition de la présomption de donation : art. 50
<i>Modification et changement de régime</i>	Arts 470 et ss.	Rédaction d'un contrat de mariage ou d'un accord de séparation	Rédaction d'un contrat de mariage ou d'un accord de séparation	Rédaction d'un contrat de mariage ou d'un accord de séparation	Rédaction d'un contrat de mariage ou d'un accord de séparation	Rédaction d'un contrat de mariage ou d'un accord de séparation
Dissolution et liquidation du régime						
<i>Causes :</i>	Arts 497, 498	Art. 4	Art. 43	Arts 5, 11	Art. 12	Art. 30
<i>Type de partage :</i>	Présomption d'égalité de partage : Arts 499 et ss.	Présomption d'égalité de partage : Art. 4(1)	Présomption d'égalité de partage : Art. 43	Discretion judiciaire Art. 7(1)	Discretion judiciaire Art. 12	Présomption d'égalité de partage : Art. 21(1)
<i>Exceptions au partage :</i>	Nil	Partage inégal des biens familiaux : Art. 4(4)	Partage inégal des biens familiaux : Art. 51	Partage inégal des biens familiaux : Art. 7(3)	Partage inégal des biens familiaux : Art. 13(1)	Partage inégal des biens familiaux : Art. 21(2)

3A

	Île-du-Prince-Édouard	Nouvelle-Écosse	Nouveau-Brunswick	Terre-Neuve	T.N.O.	Yukon 3B
<i>Administration</i>	Dans les provinces de common law, on ne connaît pas la qualification dite "aux fins d'administration"	Dans les provinces de common law, on ne connaît pas la qualification dite "aux fins d'administration"	Dans les provinces de common law, on ne connaît pas la qualification dite "aux fins d'administration"	Dans les provinces de common law, on ne connaît pas la qualification dite "aux fins d'administration"	Dans les provinces de common law, on ne connaît pas la qualification dite "aux fins d'administration"	Dans les provinces de common law, on ne connaît pas la qualification dite "aux fins d'administration"
<i>Libéralités entre conjoints</i>	Abolition de la présomption de donation : art. 12	Abolition de la présomption de donation : art. 21	Abolition de la présomption de donation : art. 15	Abolition de la présomption de donation : art. 29		Abolition de la présomption de donation : art. 8(1)
<i>Modification et changement de régime</i>	Rédaction d'un contrat de mariage ou d'un accord de séparation	Rédaction d'un contrat de mariage ou d'un accord de séparation	Rédaction d'un contrat de mariage ou d'un accord de séparation	Rédaction d'un contrat de mariage ou d'un accord de séparation	Rédaction d'un contrat de mariage ou d'un accord de séparation	Rédaction d'un contrat de mariage ou d'un accord de séparation
Dissolution et liquidation du régime						
<i>Causes :</i>	Art. 5	Art. 12	Arts 3, 4	Art. 19		
<i>Type de partage :</i>	Présomption d'égalité de partage : Art. 5(1)	Présomption d'égalité de partage : Art. 12	Présomption d'égalité de partage : Art. 3(1)	Présomption d'égalité de partage : Art. 19(1)	Discretion judiciaire Art. 28(2)	Présomption d'égalité de partage : Art. 6(1)
<i>Exceptions au partage :</i>	Partage inégal des biens familiaux : Art. 5(5)	Partage inégal des biens familiaux : Art. 13	Partage inégal des biens familiaux : Art. 7	Partage inégal des biens familiaux : Art. 20		Partage inégal des biens familiaux : Art. 14(1)

	Québec	Ontario	Colombie-Britannique	Alberta	Manitoba	Saskatchewan ^{4A}
<i>Exceptions au partage :</i>		Partage des biens autres que familiaux Art. 4(5)	Partage des biens autres que familiaux Art. 51			Partage des biens autres que familiaux Art. 51
<i>Des clauses particulières : les donations</i>	Art. 447 Arts 557, 558	Régime sans donation par contrat de mariage	Régime sans donation par contrat de mariage	Régime sans donation par contrat de mariage	Régime sans donation par contrat de mariage	Régime sans donation par contrat de mariage
<i>Attribution préférentielle</i>	Arts 457, 458	Art. 45(1), (3)	Art. 77	Arts 19, 20	Art. 6(2)	
<i>Conflits de lois</i>	Arts 7, 8, 83 C.c.B.-C.	Arts 13(1), (2), 49(1), 57	Aucune disposition spécifique	Art. 3	Art. 2	Aucune disposition spécifique Art. 21(2)(p)

	Île-du-Prince-Edouard	Nouvelle-Écosse	Nouveau-Brunswick	Terre-Neuve	T.N.O.	Yukon
<i>Exceptions au partage :</i>	Partage des biens autres que familiaux : Art. 5(6)	Partage des biens autres que familiaux : Art. 13	Partage des biens autres que familiaux : Art. 8			Partage des biens autres que familiaux : Art. 15(1)
<i>Des clauses particulières : les donations</i>	Régime sans donation par contrat de mariage	Régime sans donation par contrat de mariage	Régime sans donation par contrat de mariage	Régime sans donation par contrat de mariage	Régime sans donation par contrat de mariage	Régime sans donation par contrat de mariage
<i>Attribution préférentielle</i>	Art. 45(1), (3)	Art. 11(1), (4)	Art. 23(1)(a)	Art. 13(1), (3)		
<i>Conflits des lois</i>	Arts 14(1), (2) 49(1), 57	Art. 22	Art. 44	Arts 5, 30		Art. 18

4B

**LES RÉGIMES MATRIMONIAUX AU CANADA:
ANALYSE COMPARATIVE DES LÉGISLATIONS
PROVINCIALES**

Observations préliminaires visant l'élaboration d'un projet de loi uniforme en matière de conflits de lois dans le domaine des régimes matrimoniaux

I Problématique générale

Les questions relatives au droit international privé sont particulièrement importantes dans le contexte canadien. En effet, les déplacements d'une province à l'autre entraînent parfois des difficultés qui, en étant d'abord une source d'insécurité pour les individus concernés, favorisent, en plus, l'ambiguïté sur le plan juridique. En matière de régimes matrimoniaux, ces difficultés sont d'autant plus considérables que, jusqu'à tout récemment, le Québec et les provinces de common law connaissaient des régimes diamétralement opposés. Toutefois, les récentes réformes, bien qu'ayant favorisées certains rapprochements, n'ont pas permis d'éclaircir les points obscurs; au contraire, les nouvelles règles ont soulevées de nombreuses questions.

En définitive, les préoccupations jurisprudentielles, la mobilité de la population et l'accroissement des divorces, ainsi que l'examen des diverses dispositions existant déjà en la matière, nous permettent d'affirmer la nécessité d'intégrer, dans toutes les législations, des règles spécifiques sur le sujet.

Dans le présent texte, nous examinerons les principales difficultés qui peuvent être rencontrées dans l'élaboration d'un projet de loi uniforme en la matière; il ne s'agira donc pas de traiter de tous les points que devraient couvrir une telle législation, mais bien de faire un exposé sommaire sur certains éléments particuliers.

II Les problèmes de qualification et les facteurs de rattachement: la définition du régime matrimonial et la détermination de la loi applicable

1. L'explication de la notion et l'exposé du problème

Nous tenterons, en premier lieu, d'expliquer les notions qui soulèvent des problèmes et d'évaluer sous quel angle se pose ces derniers.

a) La qualification

La qualification permet d'identifier le cadre juridique où se situe un fait, une chose, etc. Par exemple, la société d'acquêts est qualifiée de

APPENDICE I

régime matrimonial et cette qualification permet de fixer la règle de conflit de lois qui va s'appliquer en conséquence.

Les juges ont parfois du mal à qualifier des institutions jusque-là inconnues dans le domaine juridique. Il en est ainsi de la législation ontarienne de partage de biens, qui a été interprétée de différentes manières par les tribunaux québécois.⁽¹⁾ Les questions qui se posent sont les suivantes: de quelle manière qualifier les nouvelles législations des provinces de common law? S'agit-il vraiment de dispositions touchant au régime matrimonial? En fait, les récentes réformes ont-elles eu pour effet de modifier le régime légal de la séparation de biens, tel qu'il existait auparavant dans ces provinces?

b) Les facteurs de rattachement

Les facteurs de rattachement établissent un lien entre la situation conflictuelle et certaines catégories juridiques. Ils permettent de déterminer la loi applicable au régime matrimonial.

Nous verrons que certains prônent la loi du domicile conjugal comme facteur de rattachement en matière de régimes matrimoniaux, alors que d'autres favorisent la loi de la nationalité ou celle du lieu de célébration du mariage. Les complications surviennent justement quant au choix du facteur de rattachement.

2. *L'exposé juridique*

2.1 Le droit actuel au Québec et dans les provinces canadiennes de common law

a) La qualification

Nous examinerons deux décisions importantes sur ce point, mais qui énoncent des positions différentes. En effet, alors que la Cour supérieure dans l'affaire *Charpentier c. Smith-Dorion*, (1981) C.S. 84,⁽²⁾ a considéré que le régime des "family assets" de l'Ontario ne constituait pas réellement un régime matrimonial, la Cour d'Appel, plus récemment, dans *Palmer c. Mulligan* (C.A. Mtl, no. 500-09-000534-942, 10 avril 1985), a décidé que les époux mariés dans les provinces de common law pouvaient bénéficier du partage des actifs matrimoniaux selon la législation de réforme, à condition que cette dernière ait été en vigueur lors du changement de domicile des époux. D'après cette interprétation, la nouvelle législation vient modifier le régime légal de la séparation de biens et les règles de partage font donc partie intégrante du régime matrimonial.

L'Ontario, pour sa part, a tendance à ordonner un partage des biens des époux sans nécessairement tenir compte du régime matrimonial, qu'il soit ontarien ou étranger [*Kerr c. Kerr* (1981) 32 O.R. (2d) 146 (H.C.)].

b) Les facteurs de rattachement

Au Québec, c'est le principe de l'autonomie de la volonté qui prévaut. En l'absence de contrat de mariage, il faut rechercher le régime matrimonial voulu par les parties; on privilégie alors le domicile conjugal comme facteur de rattachement.

Dans les provinces de common law, c'est la "loi propre au contrat" qui s'applique, lorsqu'il existe un accord entre les époux. Dans le cas contraire, une distinction est faite entre les biens meubles et les biens immeubles, car on applique aux premiers, la loi du domicile conjugal, et aux seconds, la loi du lieu de leur situation. Le droit international privé québécois diffère sur ce point, puisqu'il ne fait pas cette distinction en matière de régimes matrimoniaux. En dernier lieu, il faut souligner que les nouvelles législations de partage de biens soumettent parfois les biens familiaux à une règle particulière, lorsque se pose un problème de conflits de lois.

2.2 Le droit proposé par l'Office de révision du Code civil

L'article 21 du Projet de l'Office énonce les facteurs qui permettent de déterminer la loi applicable au contrat de mariage. L'article 26, pour sa part, détermine les facteurs de rattachement appelés à fixer la loi applicable au régime matrimonial légal et la solution de l'Office se distingue quelque peu du droit actuel. Le deuxième paragraphe de l'article 26 se lit comme suit:

"26. . . .

Le régime matrimonial des époux qui se sont mariés sans passer de conventions matrimoniales est régi par la loi de leur domicile commun au moment du mariage ou, à défaut, par la loi de leur nationalité commune ou encore, à défaut de l'un et de l'autre, par la loi du lieu de la célébration du mariage.

. . ."

2.3 Le droit comparé

2.3.1 La France

En droit français, le principe de l'autonomie de la volonté prédomine; on doit donc rechercher la volonté des époux. Dans la recher-

APPENDICE I

che de cette volonté, le domicile conjugal est un indice prépondérant, bien qu'il ne soit pas le seul.

2.3.2 La Belgique

En l'absence de contrat de mariage, c'est la nationalité des époux qui détermine la loi applicable au régime matrimonial. Cette règle a été remise en question ces dernières années et on s'oriente de plus en plus vers un système davantage nuancé.

Lorsque les époux ont signé un contrat de mariage, on applique la loi nationale des parties à la capacité et au consentement, alors que l'on applique la loi du lieu de passation de l'acte pour ce qui est de la forme. Enfin, on respecte la volonté des époux dans le choix du régime.

2.3.3 L'Angleterre

Lorsqu'il existe un contrat de mariage ou un "settlement", c'est la "proper law", la loi propre au contrat, qui sera applicable à celui-ci. Cette loi sera déterminée par certains indices et on accorde un poids particulier à deux facteurs: le lieu de célébration du mariage et le domicile conjugal.

Le droit anglais fait une distinction entre les biens meubles et les biens immeubles en l'absence de contrat de mariage; on applique la loi du domicile conjugal aux biens meubles et celle du lieu de leur situation aux biens immeubles.

2.3.4 La Convention de la Haye

La Convention ne contient aucune définition du régime matrimonial; elle ne nous donne donc aucune indication sur le type d'institution pouvant se définir comme un régime matrimonial.

L'article 3 traite du cas des époux qui ont rédigé un contrat de mariage. On respecte la volonté des époux quant au choix de leur régime. L'article 4, pour sa part, énoncent les facteurs de rattachement qui permettent de déterminer la loi applicable au régime matrimonial légal:

"Art. 4

Si les époux n'ont pas, avant le mariage, désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci est soumis à la loi interne de l'État sur le territoire duquel ils établissent leur première résidence habituelle après le mariage."

La Convention refuse donc de faire de la loi nationale des époux, le facteur de rattachement principal.

3. *L'évaluation des propositions et les solutions possibles*

Quant au problème de la qualification, nous sommes en accord avec l'orientation de Mme Groffier qui privilégie une solution souple, laissant place à des institutions inconnues au Québec. En effet, selon cette dernière, évaluer les régimes de common law en fonction de leurs structures formelles ou conceptuelles constitue une approche trop stricte; il serait plus adéquat de les apprécier en considérant leur objectif général de protection, c'est-à-dire par rapport à leur sens fonctionnel, ce en quoi, ils se rapprochent de notre définition civiliste du "régime matrimonial"⁽³⁾. La Cour d'Appel semble vouloir suivre cette voie (réf. *Palmer c. Mulligan*).

Au sujet de la détermination de la loi applicable au régime matrimonial, la règle de l'autonomie de la volonté doit être conservée comme principe général; il s'agira donc de fixer les facteurs de rattachement qui peuvent servir d'indices à cette volonté.

III Les conflits dans le temps

1. *L'explication de la notion et l'exposé du problème*

La problématique des conflits dans le temps peut se poser ainsi: lorsque la loi applicable au régime matrimonial est modifiée, les modifications survenues affectent-elles les époux ayant changés de domicile? En d'autres termes, ". . . s'agissant d'apprécier au Québec le régime matrimonial d'époux soumis à un régime matrimonial étranger en vertu de leur domicile matrimonial, *devrait-on appliquer la loi étrangère dans sa teneur ancienne ou nouvelle?*"⁽⁴⁾. De plus, devrait-on appliquer les dispositions transitoires qui accompagnent ces nouvelles législations?

Ce sont des questions importantes; elles se sont posées à quelques reprises devant nos tribunaux, précisément dans des arrêts que nous avons déjà examinés.

2. *L'exposé juridique*

2.1. Le droit actuel au Québec et dans les provinces canadiennes de common law

Bien que la jurisprudence ait été jusqu'à maintenant assez contradictoire⁽⁵⁾, les tribunaux tendent désormais à appliquer la loi nouvelle. Toutefois, il faut, règle générale, que les modifications soient survenues préalablement au changement de domicile des époux. C'est la position adoptée par la Cour d'Appel dans *Palmer c. Mulligan*.

APPENDICE I

De plus, la majorité de la doctrine du Québec et du Canada se rallie au principe de l'application des dispositions transitoires de la loi étrangère. Lorsque les modifications au régime sont survenues avant le changement de domicile des époux, on appliquera donc les modifications, ainsi que les dispositions du droit transitoire s'y rattachant.

2.2 Le droit proposé par l'Office de révision du Code civil

Le projet de l'Office n'apporte aucune solution sur ce point.

2.3 Le droit comparé

2.3.1 La France

La France a adopté la thèse de l'adaptation, "c'est-à-dire celle qui consiste à appliquer la loi étrangère dans sa teneur nouvelle tout en faisant des exceptions pour des circonstances exceptionnelles"⁽⁶⁾.

2.3.2 La Belgique

On tente de régler les conflits dans le temps et les conflits transitoires à l'aide d'un même principe; habituellement, on n'applique aucune des modifications survenues au régime légal suite au changement de domicile des époux.

2.3.3 L'Angleterre

On favorise généralement la loi qui était celle existant au moment du mariage. Mais la position est nuancée et les tribunaux acceptent parfois l'application d'une loi autre, en raison de certains facteurs (ex.- un changement important des circonstances du mariage).

2.3.4 La Convention de la Haye

La Convention de la Haye n'aborde les problèmes de droit transitoire qu'en fonction de sa propre application; c'est l'article 21 du document qui en traite.

3. *L'évaluation des propositions et les solutions possibles*

"Afin d'éviter les difficultés, il vaudrait mieux considérer les règles de rattachement du for désignant les dispositions matérielles de la loi étrangère applicables telles qu'elles existent à *un moment donné* sans tenir compte des changements subséquents"⁽⁷⁾.

Il faudrait donc fixer un terme et, au-delà de ce dernier, les modifications apportées à la loi du régime n'affecteront plus les époux. Ce terme pourrait être la date du changement de domicile des époux.

IV Les questions subsidiaires: la mutabilité du régime matrimonial et le renvoi

1. La mutabilité du régime matrimonial

Il s'agit ici de déterminer si le changement de domicile des époux affecte le régime matrimonial légal et la loi s'y appliquant? Par exemple, si des époux qui se sont mariés en Ontario sans passer de contrat de mariage, et qui sont donc soumis au régime légal de la séparation de biens, décident de s'installer au Québec, verront-ils leur régime légal modifié par celui de la société d'acquêts qui régit les époux mariés sans contrat de mariage au Québec?

La jurisprudence québécoise opte nettement pour l'immutabilité du régime; il semble que, de la même manière, la jurisprudence des autres provinces canadiennes privilégie le principe de l'immutabilité. Toutefois, il est possible de permettre la modification conventionnelle (et non automatique) du régime, lorsque la loi interne du domicile des époux autorise une telle modification. Au Québec, la pratique est à l'effet que des époux installés dans la province peuvent procéder à une telle modification sans se préoccuper de la loi applicable à leur régime matrimonial. Le Projet de Code civil accepte cette solution, puisqu'il édicte:

“Art. 26 . . .

Le changement ou la modification du régime matrimonial est régi par la loi du domicile commun des époux au moment du changement, ou, à défaut, par la loi qui régit leur régime.”

Soulignons que le principe de l'immutabilité a longtemps été considéré comme absolu dans les pays européens, mais qu'il connaît aujourd'hui de plus en plus d'exceptions. Par exemple, la France admet désormais le principe de la mutabilité contrôlée. C'est la loi applicable au régime matrimonial qui règle la question de la mutabilité.

La Convention de la Haye, pour sa part, conserve le principe de la permanence du rattachement, sauf exceptions (art. 7).

2. Le renvoi

Il s'agit du cas où la règle de droit international privé du for édicte que c'est la règle de droit international privé étrangère qui s'applique au problème.

Cette technique est parfois employée en droit québécois, alors qu'elle est complètement ignorée dans les provinces de common law. Ainsi, les

APPENDICE I

nouvelles législations de partage de biens ont banni cette règle de leurs dispositions de droit international privé (voir, par exemple, l'article 13 de la loi de l'Ontario qui exclut le renvoi).

Dans les autres pays, certains l'autorisent, avec ou sans restrictions (Allemagne (avec restrictions), Belgique, Suisse), alors que d'autres s'y opposent complètement (Italie, Grèce, Danemark, Suède, États-Unis). Quant à la France, quoique le principe du renvoi soit accepté en droit international privé, la jurisprudence a toujours refusé de l'appliquer en matière de régimes matrimoniaux. Pour sa part, en faisant référence, à son article 3, à la loi interne du pays concerné, la Convention de la Haye rejette le mécanisme du renvoi.

Cette notion ne faisant pas l'unanimité chez les auteurs et dans la jurisprudence, il serait peut-être avantageux de ne pas en tenir compte dans une législation uniforme.

(1) Notons, que le Parlement ontarien devait adopter en décembre dernier un régime de partage de biens. Voir *An Act to revise the Family Law Reform Act*.

(2) Voir aussi le jugement suivant: *Droit de la famille 124*, J.E. 85-19.

(3) Groffier, E., "*Évolution récente du droit international privé de la famille*", R. du B., Tome 44, no. 3, mai-juin 1984.

"Il s'agit donc d'une certaine adaptation de la qualification "régime matrimonial", d'un recours à l'équivalence des institutions étrangères qui diffère de la démarche de la qualification proprement dite".

(4) Castel, J. G., *Droit international privé québécois*, Butterworths, 1980.

(5) Ainsi, dans l'arrêt *Zamkovetz c. Korneychuk*, (1972) C.S. 855, la Cour se prononça en faveur de la loi étrangère telle qu'elle existait au moment du mariage, alors que dans *Proscheck c. Dame Prochazka*, (1973) C.A. 410, la Cour d'Appel rejeta l'interprétation de l'arrêt précédent et se prononça en faveur de la loi nouvelle.

(6) Groffier, E., *Précis de droit international privé*, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1982.

(7) Castel, J. G., voir supra note 3.

La législation des provinces de common law constitue-t-elle un régime en soi et, dans l'affirmative, à quel moment se crée un droit en vertu de la loi? (p. 2 de votre document)

Il est très important de déterminer à quel *moment* (voir aussi p. 4 de votre document) un conjoint acquiert un droit en vertu de la loi dans les provinces de common law. Ce n'est que dans les cas où un droit est acquis avant de quitter une province pour une autre qu'un véritable conflit de lois se pose. Dans la plupart des provinces de common law (sauf la Colombie-Britannique dont la loi est formulée différemment), c'est au moment où le *tribunal rend une ordonnance* à l'issue d'un litige que s'acquiert un droit. Avant cela, tout conjoint a le droit de *s'adresser à un tribunal*, mais non un droit à un partage égal. Voir la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Maroukis* (1984) R.C.S. 137 qui confirme une décision de la cour d'appel de l'Ontario (24 R.F.L. (2d) 113). Cette question n'a pas vraiment été traitée dans l'arrêt *Palmer v. Milligan*. Voir l'explication des décisions dans l'affaire *De Nichols*. Selon *De Nichols v. Curlier* (1900) A.C. 21 (Chambre des lords), les droits avaient pris naissance en vertu du régime de la communauté de biens avant le départ de la France alors que dans l'affaire *Groos*, les droits en vertu du «legitima portio» n'avaient *pas* encore été acquis au moment où les conjoints ont quitté les Pays-Bas. Cela ne veut pas dire que la loi d'un état donné ne puisse pas être plus pertinente que la loi du for, mais bien que le tribunal ne doit pas se sentir obligé de donner plus d'effet à une règle étrangère qu'elle n'en aurait eu dans l'état d'où elle émane.

Selon *De Nichols v. Curlier* (1900) A.C. 21 (Chambre des lords), les droits avaient pris naissance en vertu du régime de la communauté de biens avant le départ de la France alors que dans l'affaire *Groos*, les droits en vertu du «legitima portio» n'avaient *pas* encore été acquis au moment où les conjoints ont quitté les Pays-Bas. Cela ne veut pas dire que la loi d'un état donné ne puisse pas être plus pertinente que la loi du for, mais bien que le tribunal ne doit pas se sentir obligé de donner plus d'effet à une règle étrangère qu'elle n'en aurait eu dans l'état d'où elle émane.

Abnégation de droits par contrat

Il est essentiel de comprendre que la loi des provinces de common law vise le partage des biens (partageables) quel qu'en soit le propriétaire. C'est pourquoi le tribunal ontarien a pu, dans l'affaire *Kerr c. Kerr* (p. 2 de votre document), écarter le contrat qui avait été conclu avant le mariage et qui, manifestement, ne traitait que de la propriété des biens et non des droits transcendants à la propriété dont il est question dans la

APPENDICE I

loi de l'Ontario. Il y a lieu de souligner ici que cette approche a permis au tribunal ontarien de mieux protéger un conjoint qui avait renoncé par écrit à d'importants droits qui lui étaient dévolus en vertu de la loi du Québec. Le tribunal ne cherchait pas par là à attaquer le droit québécois.

Le facteur d'attache le plus pertinent

L'on préconise d'appliquer le droit du lieu de la dernière résidence habituelle commune des parties dans les cas où un tribunal est appelé à se prononcer sur des *droits acquis* dans un autre état. Voir, par exemple, les dispositions 44(2) de la loi du N.-B., 30(1) de la loi de T.-N., 22(1) de la loi de la N.-E., 14(1) de la loi de l'Î.-P.-E. et les articles 15 et 58 de la loi de l'Ontario en matière matrimoniale. Même dans les cas où aucun droit n'a été acquis en vertu d'une loi étrangère, le tribunal saisi d'une affaire peut fort bien décider, comme il est habilité à le faire, que la loi d'un autre état, tel que celui de la dernière résidence habituelle commune des conjoints, est plus appropriée que la loi du for. Toutefois cette décision est laissée à la discrétion du tribunal; celui-ci ne doit aucunement se sentir obligé d'appliquer une loi étrangère.

Une telle loi devrait également déterminer si les parties peuvent choisir une autre loi pour régir leur contrat de mariage ou une entente de séparation.

Le recours à la loi du lieu de la résidence habituelle permet d'éviter les difficultés que pose la théorie du domicile et est davantage conforme aux conventions de La Haye; de plus, il s'agit sans doute du choix du droit le plus approprié.

Il est recommandé (p. 6 de votre document) de ne prévoir aucun renvoi dans une loi uniforme quelle qu'elle soit.

Matrimonial Regimes in Canada
A Comparative Analysis of Provincial Legislation

Table of Contents

	Page No.
Introduction	272
CHAPTER 1. Basic Notions	274
1.1 The spouses	274
1.1.1 The general rule: a valid marriage	274
1.1.2 Unmarried couples	275
1.1.3 The surviving spouse	276
1.2 Family assets, acquests and private property	277
1.3 The family residence (or the family home)	278
1.4 The family contract (or domestic contract)	279
CHAPTER 2. Primary Regimes: Elements of Matrimonial Regimes Aimed at Protecting the Family	279
2.1 The principle: the equality of spouses within the family and the collegial management of the family	280
2.2 The rights and obligations of the spouses	281
2.2.1 Contribution to the needs of the family	281
2.2.1.1 The principle	281
2.2.1.2 Terms and conditions	283
2.2.1.3 Exemption Clauses	284
2.2.1.4 Liability for debts	285
2.2.2 Protection of the family residence	286
A. In Québec	287
i. A system of co-management of the family residence	287
ii. The obligation of registering a declaration of family residence	288
B. The common law provinces	288
i. The rights of possession and enjoyment	289
ii. The right of disposition	290
2.2.3 The compensatory payment: the re-establishment of the estate balance	293

APPENDIX I

2.2.4 Transfer of rights to the other spouse and judicial protection of the interests of the family	295
CHAPTER 3. Family Contract	296
3.1 The nature of contracts	297
3.2 The formalities	299
3.3 The effects of family contracts	302
3.4 The powers of the Court	303
CHAPTER 4. The Nature of Secondary Regimes	305
4.1 The nature of the regimes	305
A. In Québec: the partnership of acquests	306
B. The common law provinces: the deferred community regime on certain property	306
4.2 Classes of property and its qualification	307
A. In Québec: private property and acquests	309
B. The common law provinces: family property	309
i. The provinces in which the principal qualification factor is the mode of acquisition of property	309
ii. The provinces in which the principal qualification factor is the mode of utilization of property	311
iii. The contribution of one spouse in the acquisition of property belonging to the other spouse	314
4.3 Administration of property	315
4.4 Advancement of property between spouses	315
4.5 Change of matrimonial regime	317
CHAPTER 5. Dissolution and Liquidation of the Regime	317
5.1 Causes leading to dissolution of the regime	319
A. In Québec	319
B. The common law provinces	321
i. The decree of divorce or declaration of nullity	321

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

ii. The judicial separation order	322
iii. Agreement between the parties for an amicable separation	322
iv. De facto separation	322
v. Dissipation of the assets to the detriment of the other spouse	322
vi. Upon the death of one of the spouses	322
5.2 The rules of dissolution and liquidation of the regime	324
5.2.1 The basic principle: the right to division	324
5.2.1.1 The provinces in which there is a presumption of equality of division (including Québec)	325
A. In Québec	325
i. Formation of the masses and compensation	326
ii. The debts	327
iii. The balance: returns and withdrawals	327
iv. The partition	327
B. The common law provinces	328
5.2.1.2 Provinces where there is no presumption of equal division	329
5.2.2 The derogations to equal division	329
5.2.2.1 The general approach	329
5.2.2.2 Specific criteria	332
i. Duration of the marriage and period of cohabitation	332
ii. Agreements between the parties	332
iii. Contribution of the spouses	333
iv. Circumstances relating to acquisition, usage and disposal of property	333
v. The financial situation of the spouses	335
vi. The conduct of the parties	336
5.3 Gifts stipulated in the marriage contract	336
5.4 Preferential award of the family residence and the household furniture	338
5.5 Compensatory payment	340
CHAPTER 6. Conflict of Laws	343
A. In Québec	344
i. The rules of private international law governing marriage contracts	344

APPENDIX I

ii. The rules of private international law governing the legal matrimonial regime	345
B. The common law provinces	347
i. Traditional rules of common law in marriage	347
ii. Amendments to the rules of conflict of laws by recent reforms	348
a) Specific rules in the legislation in the matter of conflict of laws	
b) Absence in the legislation of specific rules on conflict of laws	
Conclusion	353
Schedule 1: Comments on a Legislative Policy for Uniformity in the Field of Matrimonial Regimes	366
Schedule 2: Comparative Table	370

THE MATRIMONIAL REGIMES IN CANADA

A Comparative Analysis of Provincial Legislation

INTRODUCTION

“In the context of the organization of the material obligations and responsibilities of the family, matrimonial regimes may be defined as the regulation of these relationships in marriage.”⁽¹⁾ (translation)

The association of two individuals in marriage has a certain impact on their property (sometimes loosely referred to hereinafter as “estate”) because there necessarily exists financial relationships between the spouses. The manner in which these relationships are arranged pose certain questions: firstly, should they be subject to rules and, if so, what rules? Next, should the spouses be subject to certain obligatory rules? And, lastly, in what way should the family unit be protected yet still leave the spouses free to establish their own type of association they would prefer?

The goal of the legislator in this field is of vital importance in the choice of means. Without delving into the history of Canadian matrimonial law,⁽²⁾ let us recognize that for some years past numerous social changes have forced Canadian legislators to envisage new solutions.

In the Common Law provinces, which, for the most part, lean to a separatist type of regime, which might be more aptly referred to as an absence of regime, the increase in the divorces rate has drawn attention to the precarious situation of the spouse who, by the fact of staying at home (usually the wife), accumulates very little property. This situation was readily apparent in the Murdoch case.⁽³⁾ It also appeared in Québec where common management, characteristic of the community type regimes, gave rise to disaffection with such regimes and an increasing leaning towards the regime of separation as to property.

In the light of these various difficulties and in a perspective of reform, new legislation came about. With regard to that legislation, we should note that “extreme positions force compromise,”⁽⁴⁾ (translation) that is, regimes of the separatist type tend to adopt solutions of the community type, while regimes of the community type look more to align themselves along the separatist type parameters. So it is, then, that a rapprochement can be seen between the two principal types of regimes; the aim of that rapprochement is to enable the various Acts of legislation to better mirror the new family and social reality.

The purpose of this study is, therefore, to see in what way such rapprochement is effected and what are the differences between the various Canadian Acts that still exist in spite of it.

APPENDIX I

The General Plan Of The Study

The following is the list of Acts that we shall mainly look at (cf. Schedule 2 – Comparative Table):*

- CIVIL CODE OF QUÉBEC
- THE FAMILY LAW REFORM ACT, S.O. 1978, c. 2 (Ont.)**
- THE FAMILY RELATIONS ACT, R.S.B.C. 1979, c. 121 (B.C.)
- THE MATRIMONIAL PROPERTY ACT, S.A. 1978, c. 20 (Alta.)
- THE MARITAL PROPERTY ACT, S.M. 1978, c. 24 – Cap. M45 (Man.)
- THE MATRIMONIAL PROPERTY ACT, S.S. 1979, c. M-61 (Sask.)
- THE FAMILY LAW REFORM ACT, S.P.E.I. 1978, c. 6 (P.E.I.)
- THE MATRIMONIAL PROPERTY ACT, S.N.S. 1980, c. 9 (N.S.)
- THE MARITAL PROPERTY ACT, S.N.B. 1980, c. 9 (N.B.)
- THE MATRIMONIAL PROPERTY ACT, S.NFLD. 1979, c. 32 (NF)
- THE MATRIMONIAL PROPERTY ORDINANCE, R.O.N.W.T. 1974, c. M-7 (N.W.T.)
- THE MATRIMONIAL PROPERTY ORDINANCE, R.O.Y.T. 1979, (2nd) c. 11 (Yukon)

As this is a comparative study, it is not a detailed analysis of each Act concerned but rather a work of synthesis. We shall attempt to pinpoint the convergent and divergent points of the various Acts. It must be pointed out that as Québec is the only province with a Civil Law tradition, it will have a special place in our work.***

This study comprises six Chapters, namely: Basic Notions (Chapter 1); Primary Regimes (Chapter 2); Family Contracts (Chapter 3); Partition Regimes (Chapter 4); Dissolution and Liquidation of the Regime (Chapter 5); and Conflict of Laws (Chapter 6).

Each Chapter will examine the various provisions from the perspective of comparative law and we shall see in what way the Courts have interpreted these provisions. Attention will be mainly focussed on sec-

* The articles and sections quoted in the text refer to the Acts listed; should the contrary be the case, the Act will be clearly identified.

** This work will study only the present legal regime in Québec, being the partnership of acquests. Therefore, no mention is made of the regime of community of property which was the legal regime until 1 July 1970 and which is still the matrimonial regime of many married couples living in Québec.

*** The text does not take into account Bill 1 tabled on 4 June 1985 in the Ontario Legislative Assembly, entitled *An Act to revise the Family Law Reform*.

ondary regimes, called partition, because these mainly apply at the time of break-up of the family. But we shall also examine the way in which each Act contemplates protecting the family and how it ensures an established basis of operation (primary regime).

In order to facilitate consultation, a Table scheduled hereto (Schedule 2) lists the provisions concerned in each Act for each study heading.

In conclusion, we shall set forth the main points that emerge from such a comparative study. In addition, as a follow-up to that conclusion, Schedule 1 will present comments concerning questions of legislative policy for possible uniformity and which discuss the problematics of a future uniform Bill in the matter of property regimes.

CHAPTER 1 BASIC NOTIONS

In the Acts quoted, dealing with common or at least similar notions, many terms will be frequently discussed. Therefore, they have to be defined; such terms as spouse, family property (in Québec, the terms “acquests” and “private” are those that are used), family contract and lastly, family residence (conjugal home).

1.1 *THE SPOUSES*

What does this term encompass?

This notion comes within the scope of application of the Act: to whom do the various Acts apply?

1.1.1 *The General Rule: A Valid Marriage*

A. IN QUÉBEC

In Québec the rules concerning the partnership of acquests apply to all spouses who have not executed a marriage contract (art. 464), as well as to all those who have chosen the partnership of acquests as their matrimonial regime. Obviously, the marriage must be valid (art. 410 *et seq.*) and not subject to any judgment on separation as to bed and board or divorce.

However, a marriage that is declared null produces civil effects (art. 432); where that is the case, the spouses can request liquidation of their matrimonial regime as though it had really existed. This rule does not apply if the spouses were in bad faith (art. 433).

APPENDIX I

B. THE COMMON LAW PROVINCES

The Acts on division of property mainly concern married couples whose marriage is valid and not subject to a separation, divorce, or annulment judgment.

As to persons whose marriage is completely annulled, they are covered by the Act if they were married in good faith and have cohabited during a certain period of time (generally one (1) year).

Certain Acts allow persons whose marriage is dissolved (former spouse) to make use of the provision of the Act. These are the Acts of Alberta [s. 1(e)], the Yukon [s. 2(1)] and British Columbia (s. 1), the latter so allowing, however, only in a particular perspective, that of requiring compliance with an order already rendered or amending it.

1.1.2 *Unmarried Couples*

Are common law spouses included in the definition of spouse?

A. IN QUÉBEC

In Québec, the legislator has chosen not to make unmarried couples subject to any particular rule; the Civil Code of Québec is, therefore, silent in that regard. They may, nevertheless, conclude agreements regulating their union.

Therefore, “until now, the Québec legislator has not undertaken to define rights and obligations in respect of unmarried couples, leaving the interested parties themselves to define the consequences as they so wish.”⁽⁵⁾ (translation)

B. COMMON LAW PROVINCES

Only three Acts make specific mention of the case of unmarried couples, but exclude therefrom provisions dealing with division of property. These are the Acts of Ontario (s. 14) and British Columbia (s. 1) and a Yukon Ordinance [s. 30.6(1), *AN ORDINANCE TO AMEND THE MATRIMONIAL PROPERTY ORDINANCE*].⁽⁶⁾ The Ontario and Yukon legislation deals with unmarried couples only with regard to the obligation of support.

Unmarried couples are subject to certain requirements before being eligible to avail themselves of the provisions concerning them; for instance, the various Acts require that cohabitation continue for a certain period of time [five (5) years pursuant to the Ontario Act and two (2) years pursuant to the British Columbia Act] or where the

relationship may be described as “relatively stable” (Yukon Ordinance), or again that, even though the preceding criteria are not met, a child is born of the union.

Therefore, unmarried couples are only partly dealt with by the new Acts and not at all by division of property regimes. Generally, they are covered by former rules (for example, the notions of constructive trust and resulting trust).

However, the approach is different where unmarried couples have a cohabitation agreement; in that case, some Acts henceforth grant them rights. These are the Acts of Ontario, New Brunswick, Prince Edward Island and Newfoundland, as well as the Yukon Ordinance. These Acts “take account of union out of wedlock and attribute legal effects to the extent that a covenant has been concluded by the unmarried couple.”⁽⁷⁾ (translation) We shall examine this point in greater detail in the chapter dealing with family contracts (see Chapter 3).

1.1.3 *The Surviving Spouse*

Certain Acts make provision for surviving spouses; however, do not all have the same approach.

A. IN QUÉBEC

In Québec, death is a cause for dissolution of the regime (art. 497). However, in certain cases, the surviving spouse has an option between the advantages derived from the matrimonial regime and the rights accorded by the succession (art. 624 C.C.L.C.). This option must be made upon legal succession or where there are other heirs in addition to the surviving spouse.

B. THE COMMON LAW PROVINCES

In the common law provinces, certain Acts encompass death in a number of cases authorizing either an application for a division of property or recognition of the right of division. These are the Acts of Newfoundland [s. 2(1)(e)], Nova Scotia [s. 2(1)(g)] and New Brunswick [s. 4(1)].

The latter Act also authorizes [s. 5(2)] the surviving spouse to make use of the division provisions if an application thereto has been made before the death; it provides, therefore, for the institution of division proceedings in the case where death of one of the spouses occurs during that period. That rule also applies in other legislation such as that of Saskatchewan [s. 2(k)(iii)], Ontario [s. 4(3)] and the Yukon [s. 19(2)].

APPENDIX I

The other Acts make no mention whatsoever of the surviving spouse. It must certainly be accepted that the rules of succession of the common law provinces contain sufficient measures to protect the surviving spouse and the children of the deceased. The latter being entitled to receive a share of the property *de cuius* through the support credit procedure, the legislators have perhaps considered it of no useful purpose to also have division of the family property at the time of death, this process of division being primarily established to avoid injustices between the spouses.

1.2 FAMILY ASSETS, ACQUESTS AND PRIVATE PROPERTY

Whatever the designation, there are two types of property dealt with in all legislation: property which can be divided between the spouses at the time of break-up of the marriage, and property which remains private to the spouses and which will not be subject to division.

A. IN QUÉBEC

In Québec, we speak of acquests and private property. The main criterium of qualification is the mode of “acquisition” of the property thus, the term “acquests” usually designates a property acquired during a marriage (art. 481), while private property consists of property acquired before the marriage, as well as that obtained by legacy or gift (see art. 482 *et seq.*).

All property not specifically stipulated by law as private is an acquests (art. 481).

Acquests are divided equally between the spouses at the time of dissolution of the regime, whereas private property belongs to the spouse-owner.

B. THE COMMON LAW PROVINCES

In these provinces, we shall distinguish between family assets and the other classes of property. That qualification is the basis of new systems of division because only family assets are subject to division when there is a break-down of the marriage.

A family asset is a moveable or an immovable property belonging to one or other of the spouses and which has a character called “family”. That qualification comes about due to certain criteria determined by law.*

* We shall see under another heading (No. 4.1.1) the qualification criteria enabling determination of whether a property is family or other.

In addition to the basic criteria, certain Acts contain a limited list of what family assets can consist of. Such is the case of Ontario (s. 3), New Brunswick [s. 1(a)], Prince Edward Island [s. 4(a)], Manitoba [s. 1(1)(d)(i)] and, lastly, the Yukon [s. 5(1)]. In Newfoundland, property is presumed to be family, saving exceptions [s. 16(b)].

“Commercial property” is another class of property frequently found in common law Acts; it differs from family property in that it is not always subject to division. It is sometimes defined under a general form, sometimes included in the definition of family assets and sometimes excluded from that definition, that is, defined negatively as not being family assets [e.g., section 1(1)(b) of the Manitoba Act]. Certain Acts do not distinguish between family assets and commercial property; for instance, those of Alberta and Saskatchewan.

1.3 *THE FAMILY RESIDENCE (OR THE FAMILY HOME)*

Generally, the family residence may be defined as being property in respect of which one of the spouses is the holder of a right (the nature of that right varies according to the province), and which is used as the family residence. There are, therefore, two criteria of definition.

A. IN QUÉBEC

The Civil Code of Québec does not give a specific definition of the family residence; however, the terminology used being that of *principal* family residence, by that very fact the indication is given that there can only be one. Secondary residences, such as a cottage, are, therefore, excluded from the definition. Furthermore, the residence must be used by the family, that term normally comprising the father, the mother, and the children.

The notion deals two particular aspects, that of a lease and that of ownership. The residence may be leased or it may be the property of one of the spouses. In the latter case, it may be either an immovable of five or more dwellings, or an immovable of less than five dwellings. It may, therefore, be either a real right (right of ownership) or a personal right (leasing right).

B. THE COMMON LAW PROVINCES

In most cases, the family residence is included in the definition of family property, that is, that by its very nature, it is considered as being family property.⁽⁶⁾ With regard to British Columbia, no specific definition of the term is contained in its Act.

APPENDIX I

What type of right must the spouse hold in the property before it can be qualified as the family residence? In Newfoundland, it must be a right of ownership of the property, whereas in Alberta and in British Columbia, it may be either a right of lease or a right of ownership. The other provinces are less rigid on this point. For example, in Ontario, Prince Edward Island, Manitoba, Saskatchewan, Nova Scotia and in New Brunswick, it is sufficient that the spouse have an “interest” in the property in order that it may be qualified as the family residence. Furthermore, in several provinces,⁹⁾ the rights to the property may be held by an artificial person without that affecting the nature of the property.

Generally, only that part of the lot used as the family residence is included in the definition, that is, only that part of the property that the family actually makes use of for family purposes and which is reasonably necessary to the enjoyment of the premises can be qualified as the family residence. For instance, a part of the immovable that is used by one spouse for commercial purposes is not included in the definition.

It is possible to have more than one family residence, except in Manitoba where no specific mention is made of that possibility.

1.4 *THE FAMILY CONTRACT (OR DOMESTIC CONTRACT)*

The family contract may be defined as being an agreement between the spouses in order to regulate the estate relationships of each. It may take various forms depending on the Act; it may be a marriage contract (which may be likened to that of Québec), a cohabitation agreement, a separation agreement or a paternity agreement.

That terminology is particular to the common law provinces. Therefore, the general term “family contract” must not be confused with the expression “marriage contract”, in current use in Québec, to describe a covenant regarding the matrimonial regime or a variation of the matrimonial regime. As will be seen, the family contract has a much wider scope and may include the marriage contract; therefore, for the purposes of this study, the marriage contract and the joint application for separation as to bed and board, as is known in Québec, is to be found under the general heading of family contract.

CHAPTER 2. PRIMARY REGIMES: ELEMENTS OF MATRIMONIAL REGIMES AIMED AT PROTECTING THE FAMILY

There are two main principles underlying the reform of property regimes between spouses in Canada: the equality of the two people

forming the couple (primary regimes), and the freedom of choice in the organization of their union (secondary regime).

Firstly, we shall see in what way the first of these principles is honoured and how the legislators try to establish minimum basic rules ensuring a certain stability in the family.

The various Acts of the common law provinces mainly contemplate the dissolution of the marriage, apart from the very particular case of the family residence. The legislators do not choose to be “interventionist” during the marriage so as not to affect the capacity of the spouses and their independence.

In Québec, on the other hand, since the advent of the new Civil Code, an obligatory primary regime (art. 440 *et seq.*) is imposed on all spouses and regulates a part of the regimes governing their estates. The spouses can in no way derogate from these provisions (art. 440).

2.1 *THE PRINCIPLE: THE EQUALITY OF SPOUSES WITHIN THE FAMILY AND THE COLLEGIAL MANAGEMENT OF THE FAMILY*

A common point emerges from the various Canadian Acts: they all aim at ensuring equality of the spouses in family relationships.

A. IN QUÉBEC

In Québec, the principle of equality of the spouses is found in Chapter VI “Effects of Marriage”. Article 441 reads:

“The spouses have identical rights and obligations in marriage.”

Moreover, article 443 states that the spouses together take in hand the moral and material direction of the family as well as exercising together parental authority.

B. THE COMMON LAW PROVINCES

In the common law provinces the principle is sometimes stated in the preamble of the Act; such is the case for the Acts of Ontario, Manitoba and Nova Scotia. Also, the Ontario Act reiterates that principle in section 4(5):

“Child care, household management and financial provision are the *joint responsibilities* of the spouses.”

Other Acts refer to the equality of the spouses in a more particular way, less generally. For instance, the Saskatchewan Act mentions the

APPENDIX I

purpose of the Act with regard to the distribution of matrimonial property: section 20 enunciates this as follows:

“The purpose of this Act, and in particular of this Part, is to recognize that child care, household management and financial provision are the *joint and mutual responsibilities* of spouses and that inherent in the marital relationship there is *joint contribution*, whether financial or otherwise, . . .”

and such equality of the spouses in marriage authorizes the legislator to divide the family property equally between the two spouses at the time of dissolution of the matrimonial bond.

Other provinces also state the principle of equality of the spouses in their legislation; we mention New Brunswick (s. 2), Prince Edward Island [s. 5(7)], Newfoundland (s. 17) and the Yukon [s. 6(1)].

In conclusion, we must point out that regardless of the framework in which it is stated or the manner in which it is described, the principle of equality of the spouses is to be read into various legislation, the first aim of the legislator and his main concern.

2.2 THE RIGHTS AND OBLIGATIONS OF THE SPOUSES

2.2.1 Contribution To The Needs Of The Family

2.2.1.1 The Principle

It seems clearly established that the spouses must provide for their respective needs and for those of the family.

In dealing with the contribution to the household expenses, two factors are important: the needs of the spouses and their respective capacities. These factors are frequently utilized in order to calculate the average contribution the spouses must make.

A. IN QUÉBEC

The basic principle is set forth in article 445 of the Civil Code of Québec:

“The spouses contribute towards the expenses of the marriage in proportion to their respective means.”

The spouses, therefore, are prohibited from changing, by marriage contract, the amount of their respective contributions, article 445 being part of the imperative provisions of the Act. For instance, a clause stipulating that the husband alone assumes all the household expenses is henceforth without effect.

Article 633 deals with support payments:

“Spouses, and relatives in the direct line, owe each other support.”

B. THE COMMON LAW PROVINCES

The contribution to the needs of the family is an obligation attaching to marriage; that contribution is made having regard to the needs and the capacities of the spouses.

For instance section 15 of the Ontario Act reads:

“. . . has an obligation to provide support . . . for the other spouse in accordance with need, to the extent that he or she is capable of doing so.”

Section 16 of the Prince Edward Island Act is to the same effect:

“Every spouse has an obligation to provide support for himself or herself and for the other spouse, in accordance with need, to the extent that he or she is capable of doing so.”

The British Columbia Act goes further and has a list of five factors defining how the degree of obligation of a spouse is to be assessed: there are, of course, the respective needs and capacities of the spouses, but in addition there is the role of the spouse in the family, an agreement between the spouses and, lastly, the economic situation (e.g., the case where one of the spouses is unemployed).

It should be noted that, in the common law provinces, such obligation is not always found in the Acts dealing with partition of property; it is frequently mentioned in other particular Acts such as the *MAINTENANCE ORDER ACT* of Alberta (s. 3) and *THE FAMILY MAINTENANCE ACT* of Manitoba. In the latter, case section 2(1) provides:

“2(1). Spouses have the mutual obligation to contribute reasonably to each other’s support and maintenance.”

In certain cases, the obligation of contribution may concern unmarried couples who then become subject to that obligation; that is the case, for example, in Manitoba [s. 2(3), *THE FAMILY MAINTENANCE ACT*].

In several provinces the legislation does not indicate in what way and in what proportion the contribution must be made to the household expenses (for instance, the provinces of Saskatchewan, Newfoundland and New Brunswick),⁽¹⁰⁾ or else it is only dealt with in the case where a judgment ordering support payments has been rendered following an

APPENDIX I

application for partition of property. In the latter case, the spouse must provide for his or her own needs to the extent possible. That is the case in the Ontario Act which, in its section 15 [this also applying following an order for support (s. 14(ii))], provides:

“15. Every spouse has an obligation to provide support for himself or herself?”

Other provisions to the same effect are section 16 of the Prince Edward Island Act and section 30.2(1) of *AN ORDINANCE TO AMEND THE MATRIMONIAL PROPERTY ORDINANCE* of the Yukon.

Lastly, it should be pointed out that parents have the obligation of providing for the needs of their children [e.g. section 16 of the Ontario Act, section 56 of the British Columbia Act, section 17 of the Nova Scotia *FAMILY MAINTENANCE ACT* and section 30.2(1) of *AN ORDINANCE TO AMEND THE MATRIMONIAL PROPERTY ORDINANCE* of the Yukon].

2.2.1.2 *Terms and Conditions*

It seems obvious that the contribution to the household expenses may be financial, that is, in money. It also seems that a spouse usually has the means to make the contribution by his or her work at home.

A. IN QUÉBEC

In Québec, the second paragraph of article 445 clearly indicates that work at home constitutes an adequate contribution:

“ . . . Each spouse may make his contribution by his activity within the home.”

B. THE COMMON LAW PROVINCES

Similarly, in the common law provinces, the contribution of the spouse who works at home is generally considered valid; in this sense, section 5(2) of the Manitoba *FAMILY MAINTENANCE ACT* is explicit:

“5(2). Domestic service as financial contribution. – Any housekeeping, child care or other domestic service performed by a spouse for the family is a contribution to support and maintenance within the meaning of section 2 in the same way as if the spouse were devoting the time spent in

performing that service in gainful employment and were contributing the earnings therefrom to support and maintenance.”

Such explicit provisions are not contained in all the Acts, but they nevertheless allow household work to be considered as being a contribution to the household expenses, such as the Saskatchewan Act which states in section 20:

“. . . and that inherent in the marital relationship there is joint contribution, *whether financial or otherwise*, . . .”

This general type of drafting allows several forms of possible contribution by the spouses, and other provinces have used that manner of drafting in their legislation [e.g., section 5(6) of the Prince Edward Island Act and section 6(1) of the Yukon Ordinance].

It seems, then, that the spouses can contribute to the household expenses and to the family well-being in different ways and that the Courts are not too strict in their assessment of that contribution.

2.2.1.3 *Exemption Clauses*

According to the various provisions we have examined, it does not seem possible that one spouse must alone assume the household expenses.

A. IN QUÉBEC

In Québec, the case is clear as article 445, being part of the primary regime, cannot be derogated therefrom under any circumstance whatsoever. It is no longer possible to stipulate in the marriage contract that the husband will alone assume the household expenses, although that was frequently done before the coming into force of the new family law.

B. THE COMMON LAW PROVINCES

In the common law provinces, on the contrary, the spouses may, in a marriage contract, conclude an agreement varying the respective proportion of their contribution to the household expenses, family contracts generally prevailing over the Act (see heading No. 3.4). In the same perspective, section 33(1) of the Newfoundland Act can be cited which reads:

“33(1) Without limiting the generality of sections 31 and 32, a marriage contract or cohabitation agreement may include an agreement of the parties as to . . .

APPENDIX I

(b) support obligations; . . .”

In certain cases, where the clause of the marriage contract is considered abusive, the Courts may vary it; but these are extreme cases because, as a general rule, the Courts cannot intervene to vary a family contract [see, for example, section 2(9) of the Ontario Act which stipulates that the family contract prevails over the Act, as well as section 18(3) which deals with cases where the Court can override a family contract].

2.2.1.4 *Liability for Debts*

A. IN QUÉBEC

Since the enactment of Book Two into the new Civil Code of Québec, the spouses are jointly responsible for debts contracted in the interest of the family.

Article 446 enunciates the principle;

“A spouse who enters into a contract for the current needs of the family also commits his spouse for the whole, if they are not separated as to bed and board . . .”

B. THE COMMON LAW PROVINCES

The new Acts of these provinces applying only at the time of dissolution of the matrimonial bond or upon judicial application for a partition of property, reference must be made to the traditional rules of common law to learn the rights of creditors during the marriage.

At the beginning, the common law made the husband liable for debts contracted by his wife before the marriage and for those contracted after the marriage for the necessities of life. He was also liable for any damages attributable to his wife. That liability of the husband for the debts of his wife arose from his power of administration over the property of the wife and was intended to compensate the latter for the fact that she was deprived of the right to administer her property.

Towards the end of the last century, upon the enactment of the *MARRIED WOMEN'S PROPERTY ACT* which provides for the separation of property between the spouses, the right was considerably modified and permitted the wife to acquire and administer property.

That legislation, in turn, provides for a limited liability of the husband for debts contracted by his wife before or after the marriage and also in respect of any damages attributable to the wife.⁽¹¹⁾ The spouses, therefore, are personally liable for the debts contracted by each of them.

Nevertheless, three provinces now provide for the joint liability of the spouses for debts contracted in the interest of the family. For instance, section 30.24(1) of *AN ORDINANCE TO AMEND THE MATRIMONIAL PROPERTY ORDINANCE* of the Yukon, replacing the former rules of the common law [s. 30.24(4)], states:

“During cohabitation, a spouse has authority to render himself and his spouse jointly and severally liable to a third party for necessities of life, *except* where the spouse has notified the third party that he has withdrawn the authority.”

Two other Acts are to the same effect and determine joint and severable liability of the spouses for debts; these are the Ontario Act [s. 33(1)], and the Prince Edward Island Act (s. 33).

Under another heading (No. 5.2), we deal with what happens to matrimonial debts and the personal debts of the spouses upon partition of the property between the spouses.

2.2.2 *Protection of the Family Residence*

The necessity of protecting the family residence seems to have found unanimity among Canadian legislators, both in Québec and in the common law provinces.

A author has vigorously expressed the importance of the family residence in the estate relationships between spouses and the protection of the family:

“The legal position of the matrimonial home in family property relations is of special importance because it is the ‘shelter and focal point of the family’ and is often the spouses’ only ‘substantial asset.’”⁽¹²⁾

Certain law reform commissions initially proposed to make both spouses co-owners of the family residence; these are the law reform commissions of Ontario and Saskatchewan. The Alberta commission has also discussed that option in its work.⁽¹³⁾

For several, co-ownership of the family residence appeared to be the best possible protection for the family, and it also allowed equal partition in the case of separation of the spouses. The moveables “serving for the use of the household” must also be held in co-ownership.

Nevertheless, certain inconveniences arising from the idea of co-ownership have been indicated because the creation of the right of ownership in the property would be awarded merely from the fact of marriage without the necessary reciprocity that would at least provide

APPENDIX I

the spouses with the obligation of contributing equally. Furthermore, co-ownership would risk engendering additional complications in the operations concerning immovable property, without taking into account the fact that co-ownership of the family residence has no impact on the other property of the spouses, which still must be settled thereafter.⁽¹⁴⁾

Are there more negative factors than positive factors? In all cases, only Newfoundland has retained the idea of co-ownership of the family residence [s. 6(2)]; the other provinces have preferred to opt for a system of co-management between the spouses.

The differences between the provinces are to be found mainly in the terms and conditions of the protection. For instance, two provinces differ from the others in obliging the spouses to register a declaration of family residence if they want their residence to be subject to the provisions of the Act; these are Québec and British Columbia [THE LAND (WIFE PROTECTION) ACT].

Let us now see how Canadian legislators try to protect the family residence.

A. IN QUÉBEC

Articles 449 *et seq.* establish the regime of protection of the family residence. These provisions fall within the framework of the primary regime; they apply to all spouses, and cannot be derogated therefrom under any circumstance.

i. *A System of Co-Management of the Family Residence*

In order to protect the family residence the Québec legislator has established “a system of co-management which obliges the spouses to be jointly responsible for acts relating to the family residence”.⁽¹⁵⁾ (translation) The recommendations of the Civil Code Revision Office Report also leaned to that concept.⁽¹⁶⁾

The provisions in question deal with three aspects: protection of the household furniture, protection of the lease and, lastly, protection of the residence, owned by one of the spouses.

Article 449 refers to the protection of the “household furniture”; that article prohibits the spouse-owner from alienating the furniture without the consent of the other spouse. The penalty for contravening that article is the possible annulment of the sale if the other contracting party to the sale was in bad faith, or if that other party obtains the furniture free of charge (art. 450). Further-

more, the injured spouse always has recourse in damages against the other spouse.

Article 451 protects the lease of the principal residence by prohibiting the spouse-tenant from acting without the consent of the other spouse. However, a notice must be sent to the landlord to have that protection established. That notice is not subject to any particular formality. An action in nullity is open to the injured spouse; in this case, only the injured spouse may make application thereto. Recourse in damages against the spouse-tenant is another possibility open to the injured spouse.

Finally, the regime of protection of the family residence is set forth in article 452 *et seq.*

ii. The Obligation of Registering a Declaration of Family Residence

The Québec legislator makes the protection of the family residence subject to a basic condition: registration of a declaration of family residence. The protection is established only where such declaration has been made; protection of the family residence is not, therefore, automatic. The intention of such registration is to advise third parties, the latter usually finding it impossible to learn the status of the person with whom they are contracting.

Where the declaration of family residence has been registered, the injured spouse may, if the immovable has less than five dwellings, either apply for nullity of the act made without his or her consent, or, where the immovable has five or more dwellings, require that the lessor grant him or her a lease of the premises already occupied for residential purposes.

In order that the right of ownership of a spouse is not unduly restricted by the impossibility of obtaining the consent of the other spouse or by an unjustified refusal on the latter's part, the spouse-owner may be authorized by the Court "to enter alone into any act for which the consent of the other would be required" (art. 456).

B. THE COMMON LAW PROVINCES

The various Acts define the family residence. That definition is to the effect that it is an immovable in which one or both spouses possess a right (whose nature depends on the particular Act) and which is habitually occupied by the family.

As to the right conferred by the Act on the spouse who is not the owner of the family residence, we have pointed out that only Newfound-

APPENDIX I

land has opted for a co-ownership regime, the other provinces preferring to establish a system of co-management between the spouses.

The family residence is, therefore, better protected in Newfoundland. For instance, in co-ownership the proceeds of the sale of the immovable is equally divided between the spouses; only New Brunswick among the other provinces has an identical procedure, that is, that upon alienation of the family residence, “each spouse is entitled to one-half of the net proceeds” of the sale [s. 20(1)]. Moreover, upon the death of one of the co-owners, the surviving spouse obtains the right of full ownership of the immovable without the necessity of Court intervention.

In the provinces other than Newfoundland, the new Acts “confer upon both spouses an immediate right of enjoyment and possession of the conjugal home and prohibit its sale without the consent of both spouses”.⁽¹⁷⁾ (translation)

The protection is, therefore, at two levels: firstly, at the level of the right of possession and enjoyment, and then at the level of the right of disposition.

i. The Rights of Possession and Enjoyment

In seven provinces and one territory, the spouse who is not the owner acquires by the sole fact of marriage a right of possession and enjoyment of the residence identical to that of the other spouse.⁽¹⁸⁾

The equal right of possession terminates when an immovable loses its status of family residence upon dissolution of the marriage or when an exclusive right of possession is granted by the Court. The Court’s authorization ordering exclusive possession of the family residence is provided in the same seven provinces.⁽¹⁹⁾ And two other provinces which don’t automatically grant the right of possession to the spouse who is not the owner, authorize the Court to render a like order.⁽²⁰⁾ That order of exclusive possession is rendered without regard to right of ownership and it may be generally granted where “other provision for shelter is not adequate in the circumstances or it is in the best interests of a child to do so” [s. 45(3) of the Ontario Act].

Lastly, exclusive possession of the family residence may be granted upon dissolution of the regime. (We deal further with this aspect under heading No. 5.4).

It should be noted that the provisions we have just considered do not prevent the spouse-owner from alienating the immovable; that is the

reason for the second level of protection concerning the right of disposition.

ii. *The Right of Disposition*

a) *The Principle: Prohibition of Alienating the Family Residence Without the Consent of the Other Spouse*

The new Acts impose restrictions on the right of the spouse-owner to dispose; therefore, the family residence cannot be alienated without the consent of the other spouse.

The four western provinces (British Columbia, Alberta, Saskatchewan and Manitoba) do not deal with this aspect in their Acts on division of property (except where there has been an order of exclusive possession); thus, under this heading, the Acts that should be studied in these four provinces are: *THE LAND (WIFE PROTECTION) ACT* of British Columbia (R.S.B.C. 1979, c. 223), *THE DOWER ACT* of Alberta (R.S.A. 1980, c. D-38), *THE HOMESTEADS ACT* of Saskatchewan (R.S.S. 1981, c. M-15) and, lastly, *THE DOWER ACT* of Manitoba (R.S.M. 1970, c. D-100). Certain provisions of these Acts protect the family residence by prohibiting the spouse-owner from disposing of it without the consent of the other spouse.⁽²¹⁾ Nevertheless, that protection does not assign any right of ownership in the immovable and reference must then be made to the Acts on division of property which deal with that aspect. It should be noted here that in the four provinces concerned, the Acts on division of property apply regardless of the Acts mentioned above, and are not in derogation therefrom.

The common law provinces have, therefore, all the provisions prohibiting the spouse-owner of the family residence from alienating it without the consent of the other spouse.⁽²²⁾

b) *Waiver by the Other Spouse*

To alienate the immovable, the spouse-owner must obtain the consent of the other spouse or the latter's waiver of his or her rights. In fact, the other spouse may, under certain conditions, waive the exercise of his or her rights. Each Act prescribes the specific form that such waiver must take; there cannot, therefore, be tacit waiver; it must be express and made in accordance with the forms provided by the Act.

In Ontario, that waiver may be made in a separation agreement [s. 42(1)(b)], but under no circumstances can it be stipulated in a

APPENDIX I

marriage contract under pain of nullity [s. 51(2)]. It appears, therefore, that the Ontario Act does not allow variation of the rules concerning the family residence during the marriage, but only upon termination of the marriage. The same applies to Prince Edward Island [s. 51(2)]. On the other hand, in other provinces, that waiver can be made during the marriage.⁽²³⁾

In the western provinces, the Dower Acts allow the protected spouse to waive his or her rights, except Saskatchewan which has no provision authorizing such waiver.⁽²⁴⁾ However, the waiver is not irrevocable.

c) *The Consent of the Other Spouse*

In the case where there has been no waiver, how is the consent of the other spouse given?

As a general rule, the consent must be in writing and follow certain formalities; it cannot, therefore, be tacit or presumed.⁽²⁵⁾ Certain Acts require that the spouse who is not the owner of the residence sign the act of disposition in order to render the alienation valid.⁽²⁶⁾ However, some provinces allow tacit consent.⁽²⁷⁾ There is, then, the matter of proof to determine if the spouse has consented. The British Columbia Act even provides for the case where there is a presumption of consent (s. 10).

It should be noted that the spouse-owner can ignore the question of consent of the other spouse where an order of the Court so authorizes.

d) *Penalty for Absence of Consent*

What is the penalty where the spouse-owner acts unilaterally and alienates the immovable without the consent of the other spouse or without Court authorization?

The most frequent penalty is annulment of the sale, generally where the purchaser is in bad faith.⁽²⁸⁾ However, where the purchaser is in good faith and acquires the immovable for a consideration, the sale cannot be annulled. But recourse may be had to an action in damages. For instance, the Ordinance of the Northwest Territories appears only to allow the recourse in damages to remedy that wrong (s. 12).

In the western provinces, only British Columbia penalizes the absence of consent by an action in nullity [s. 10(1) *THE LAND*

(*WIFE PROTECTION*) ACT]. In the other provinces, the Manitoba Act states that such disposition is invalid and without effect until the consent of the wife is given [s. 3(1) *THE DOWER ACT*]. In Alberta, such disposition is considered as a contravention of the Act and the husband who has made such disposal is guilty of an offense (s. 2 *THE DOWER ACT*). The jurisprudence of that province appears to recognize such disposition as valid, but that it would not be enforceable [T.D. BANK VS GORDON].⁽²⁹⁾

e) *Registration and the Protection of Third Parties*

The registration of a declaration of family residence is possible in certain common law provinces but the protection is not subject to registration except in British Columbia [s. 2(1) *THE LAND (WIFE PROTECTION) ACT*]. In the various Acts envisaging the possibility of having title to several family residences, the registration, therefore, allows the spouses to identify a single immovable as the family residence and thus nullify presumption with regard to the other immovables.⁽³⁰⁾ That registration may subsequently be cancelled if the designation no longer corresponds to the family reality.

Registration of a declaration of a family residence is not, therefore, obligatory to ensure protection under the Act; it is automatic where the immovable falls under the designation of family residence.

Under such conditions, how can third parties be protected?

All provinces oblige the person who disposes of an immovable to draw up an affidavit in which one or more of the following points are stipulated: that he or she is not married; that the immovable is not and never has been occupied as the family residence; that a waiver has been obtained; or, lastly, that an immovable other than the one being alienated is already designated as the principal family residence.

The affidavit creates a presumption to the effect that the immovable is not a family residence; in the case of an illegal transfer, it allows the contracting third party to prove his good faith, that is, he was unaware that the alienated immovable was a family residence.

It should be noted in closing that most Acts extend protection to the furniture for the use of the household (household goods).

APPENDIX I

For instance, to protect the family residence, only Newfoundland has enacted automatic co-ownership; the other provinces have established a system of co-management.

This type of protection mechanism does not have unanimous support and certain people are of the opinion that: “Considering the nature and the particular importance of that property, the provisions must go much further. Given that alienation of the conjugal home is already subject to restriction, immovable transactions would not be much more complex if a right was devolved. A system of co-ownership of the conjugal home might be added to a deferred partition regime without giving rise to particularly complicated problems.”⁽³¹⁾ (translation)

2.2.3 The Compensatory Payment: The Re-Establishment of the Estate Balance

Legislative criteria concerning division of property do not always take adequately into account the contribution of a spouse to the accumulation of property of the other. That is why certain Acts allow the Court to take such contribution into consideration and offer an appropriate compensation to the spouse who furnished it.

We give here only a brief summary of the notion of compensatory allowance; we shall look at the different mechanisms and terms and conditions of payment in greater detail under heading 5.5, after examining the systems of division of property.

A. IN QUÉBEC

Article 559 C.C.Q. establishes the principle:

“Art. 559. The court, in granting a divorce, may order either spouse to pay to the other, as consideration for the latter’s contribution, in goods or services, to the enrichment of the patrimony of the former, an allowance payable immediately or by instalments, taking into account, in particular, the advantages of the matrimonial regime and marriage contract.

The compensatory allowance may be paid, wholly or in part, by the granting of a right of ownership, use or habitation in accordance with articles 458 to 462.”

Other articles also deal with the notion of compensatory allowance and they all refer to article 559.

The allowance permits the spouse who has contributed to the enrichment of the other to be compensated. Upon dissolution of the marriage, the Court may grant that spouse a sum of money equivalent to the contribution that spouse has made, proportionate to the increase in the estate of the other spouse.

B. THE COMMON LAW PROVINCES

All the provinces do not provide for compensatory payment; only the Acts of Ontario (s. 8), Prince Edward Island (s. 8), New Brunswick (s. 42), Nova Scotia (s. 18) and Newfoundland (s. 27) contain provisions to that effect.

These sections are aimed at compensating the spouse who has made a certain contribution to the enrichment of the other spouse and for which the division in accordance with the general criteria of the Act would be inequitable.

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

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

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

An attempt is made to re-establish the estate balance between the spouses by a compensatory payment where it appears that a mere division of property would not attain that goal.

It is a different measure from that of division of other than family property. Such division is possible in certain legislation where division of the only divisible property would prove to be unfair. (We shall see later that the distinction is sometimes difficult to make; for instance, sections 4(6)(ii) and 8 of the Ontario Act have seemed to certain judges of that province to be difficult to distinguish).

2.2.4 *Transfer of Rights to the Other Spouse and Judicial Protection of the Interests of the Family*

Under this heading, we shall deal with two cases which differ from a normal family situation: the case where one of the spouses is incapable of assuming his or her role within the family and the case where the Court must or may intervene to decide certain family matters.

Certain Acts are more direct than others on these points. Québec, for example, clearly provides for these possibilities while leaving a certain room for manoeuvre to the spouses. Ontario, on the other hand, deals with specific cases [e.g., the action in damages of one spouse against the other, s. 65(3)(a)].

A. IN QUÉBEC

Article 447 C.C.Q. enables the spouses to give one another a mandate in certain cases:

“Art. 447. Either spouse may give the other a mandate to represent him in acts *relating to the moral and material direction of the family*.

This mandate is presumed if one spouse is unable to manifest his intention for any reason or if he is unable to do so within the proper time.”

Where the spouses do not agree on a particular point, they may apply to the Court to decide the matter (art. 448). The Court “will decide in the interest of the family after fostering the conciliation of the parties”.

Furthermore, we have previously seen that with regard to the rights concerning the family residence, a spouse may be authorized by the Court to dispose of or alienate the residence without the consent of the other spouse (art. 456).

Lastly, we should hasten to remark (as this point relates to the secondary regime) that a spouse may be given a mandate by the Court to administer the property of the other spouse or even receive from the latter a mandate to represent him or her “in the exercise of the rights and powers granted to him by the matrimonial regime”. (See Articles 475, 476 *et seq.*)

B. THE COMMON LAW PROVINCES

That the spouses may give one another a mandate is not explicitly provided in common law legislation; each spouse may, nevertheless, allow the other to administer his or her property during the marriage

(see heading No. 4.1.2) or alone assume the general management of the family. That agreement may be made in a family contract.

The powers of the Court differ from one province to another; they concern quite diversified points.

The possibility of assigning exclusive possession of the family residence to one of the spouses is one of the main powers of the Court during the marriage.⁽³²⁾ Furthermore, the Courts may render judgment on support matters,⁽³³⁾ or in actions in damages between spouses⁽³⁴⁾ and, lastly, decide any dispute that arises between them.⁽³⁵⁾

CHAPTER 3. FAMILY CONTRACTS

In all provinces, spouses may deviate from the legislative provisions concerning them and create their own covenants by means of written agreement. These agreements are called “family contracts” and include the marriage contract, cohabitation agreement and separation agreements. These contracts may be drawn up before or during the marriage and govern communal life during the marriage or until it is terminated.

The marriage contract is more frequently drawn up in Québec than in the common law provinces. That holds to the civil tradition of Québec and to the fact that there is a legal regime in that province. The spouses must, therefore, obligatorily draw up a marriage contract if they do not wish to be subject in whole or in part to the legal regime, the partnership of acquests.

In the common law provinces, where there is only separation as to property, the spouses usually envisage drawing up a marriage contract only to cover unforeseen situations. One may question whether recent legislative changes may not entail the drawing up of a greater number of marriage contracts in these provinces.

Furthermore, the differences in terminology existing between Québec and the common law provinces should be stressed. In the common law provinces, the term “family contract” is used to qualify any type of contract. In Québec, this term is unknown and reference is usually made to “marriage contract”. For the purposes of this study the term “family contract” will encompass the marriage contract and the joint application for separation as is known in Québec.

We shall see, therefore, in what cases these contracts may be concluded by the spouses, what conditions and formalities they must comply with, what are the effects of these contracts and, lastly, in what cases the Courts may override them or vary them.

3.1 *THE NATURE OF CONTRACTS*

Spouses may conclude different agreements according to their needs. We shall see what these types of contract are and what their content may be.

A. IN QUÉBEC

In Québec, there are only two types of agreement which may be regulated: the marriage contract and the joint application for separation as to bed and board. These agreements can be concluded only between spouses. Nevertheless, unmarried couples are not prevented from concluding an agreement if they so wish. Since the repeal of article 768 C.C.L.C., which prevented unmarried couples from making gifts to one another except for support purposes by contract, it is the principle of contractual freedom which governs them (art. 13 C.C.L.C.) and unmarried couples may, therefore, draw up any agreement they wish to regulate their estate relationships. Even if the content of these covenants are not specifically regulated, unmarried couples are increasingly encouraged to execute such agreements.

The marriage contract is the most usual type of agreement. Pursuant to article 463 C.C.Q.:

“Any kind of stipulation may be made in a marriage contract, subject to the imperative provisions of law, public order and good morals?”

Spouses are, therefore, restricted on two points in the composition of their marriage contract: they cannot derogate from the primary regime and they cannot depart from public order and good morals. They cannot vary the rules concerning the family residence because these are contained in the primary regime and are obligatory for all spouses. But apart from these two restrictions, the spouses are free to stipulate what they wish in their marriage contract.

As we have already pointed out, spouses who do not draw up a marriage contract are governed by the legal regime of partnership of acquests (art. 464). If they wish to be subject to another regime (e.g., separation as to property), the spouses must draw up a marriage contract; similarly, a marriage contract is necessary if they wish to vary certain rules of the legal regime.

Since the coming into force of the new Civil Code of Québec, the spouses may make a joint application for separation as to bed and board where they agree on all or part of the consequences of their break-up (see art. 527 C.C.Q. and arts. 822 *et seq.* C.C.P.).

The draft agreement on separation may refer to all matters; it regulates the situation of the spouses and, eventually, that of the children should the marriage bond be broken.

There is only one restriction in the composition of such a draft: it must sufficiently preserve the interests of the spouses and the children, otherwise the judge may dismiss it (art. 822.3 C.C.P.). Furthermore, the judge must also verify the authenticity of the consents of the spouses.

B. THE COMMON LAW PROVINCES

Three types of agreement are to be found in common law legislation: the marriage contract, the cohabitation agreement and the separation agreement. Ontario and Prince Edward Island have a third type of agreement, the paternity agreement.

In seven provinces family agreements may be made during the marriage or upon its termination and all matters relating to the spouses may be regulated therein concerning their lifetime or the death of one of them.⁽³⁶⁾ Nevertheless, two provinces do not allow property settlements in the event of the death of one of the spouses: these are British Columbia [s. 48(2)] and Saskatchewan [ss. 38(1), (4)]. The agreement may, nevertheless, regulate the termination of the marriage where it doesn't result from the death of one of the spouses.⁽³⁷⁾

Is the content of the marriage contract regulated? It establishes "their respective rights and obligations under the marriage" [s. 51(1) of the Ontario Act], as well as those flowing from termination of the marriage. As a general rule, no limit is imposed upon the spouses in the composition of such agreements. Nevertheless, in four provinces the spouses may not change or vary, by marriage contract, the rules concerning the family residence and the furniture for household use.⁽³⁸⁾ In addition, the family contract cannot determine custody rights or visiting rights of the children. These modifications may, however, be made in a separation agreement.⁽³⁹⁾

The separation agreement regulates the respective rights and powers of the spouses when the matrimonial bond is dissolved. Certain consequences of a separation may be regulated in a marriage contract, but others concerning the family residence and custody of the children can only be regulated in a separation agreement.

As to the cohabitation agreement, it takes place between two persons who cohabit out of wedlock and it regulates all questions relating to their cohabitation. Should there be a subsequent marriage, the cohabitation agreement is then transformed into a marriage contract.⁽⁴⁰⁾

APPENDIX I

What is the position of contracts concluded before the coming into force of the Act?

With certain restrictions, some Acts consider such agreements valid and they assimilate them to a family contract concluded in accordance with the terms of the Act. For instance, section 39(1) of the New Brunswick Act provides:

“39(1). A separation agreement or a marriage contract validly made before the coming into force of this Part shall be deemed to be a domestic contract for the purposes of this Act.”

However, the Act mentions two conditions in that respect: the former contract or a part thereof would be valid if it were concluded after the coming into force of the Act and that contract had been concluded in contemplation of the coming into force of the Act [s. 39(2) of the New Brunswick Act].

Other Acts have similar provisions: these are Ontario (s. 59), Prince Edward Island (s. 59), Saskatchewan (s. 41) and the Yukon Ordinance (s. 40).

3.2 *THE FORMALITIES*

Family contracts are, because of the diverse provincial legislation, subject to formalities to ensure their validity.

A. IN QUÉBEC

Pursuant to article 472 C.C.Q., the marriage contract must be executed before a notary and be minuted upon pain of nullity. The notary must, in addition, give notice of it to the person responsible for keeping the central registry of matrimonial regimes (art. 474); failure to register does not, however, entail the nullity of the act.

A minor authorized to marry may sign a marriage contract but he must be authorized to that effect by the Court (art. 466).

Matrimonial covenants are not unalterable; they may be modified before or after the marriage but these modifications must themselves be made by marriage contract, therefore, by notarial deed. If the modifications are made before solemnization of the marriage, the consent of all who were party to that contract must be obtained. Furthermore, where the modifications are subsequent to the marriage, the creditors may, within the year following these modifications, have them declared without effect to them.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

Besides the nullity attaching to the marriage contract which does not comply with the formalities of the Act, the contract is also subject to the general rules pertaining to contracts; it may, therefore, be annulled on the same grounds as apply to any contract.

As to the joint application for separation, “it is made by filing in the office of the court a declaration signed by the parties and, if such is the case, by the attorneys . . .” (art. 814 C.C.P.). The application is accompanied by a draft agreement dated and signed by the spouses which completely regulates the consequences of the separation and names the person charged with liquidating the matrimonial regime. This draft agreement also regulates the situation of the spouses during the proceedings.

B. THE COMMON LAW PROVINCES

Any person who has the capacity to marry may sign a marriage contract. In all provinces, marriage contracts must be in writing. In certain cases, they must, besides being signed by the spouses, be executed before witnesses.⁽⁴¹⁾ The spouses must sometimes attach to their contract a declaration stipulating that they understand the nature and effect of such an agreement and that they waive any claims under the Act.⁽⁴²⁾

A minor authorized to execute such contract must have it approved by the court.⁽⁴³⁾ In British Columbia, section 48(5) of the Act authorizes a minor to execute a marriage contract but makes no reference to a separation agreement. However, it is possible that the definition of marriage contract may include a separation agreement, as pointed out by an author:

“It would appear, however, that the definition of ‘marriage agreement’ in subsection 48(2) of the Act is broad enough in scope to include a separation agreement: accordingly, a married minor, in British Columbia, ought to be able to enter into a valid and enforceable separation agreement.”⁽⁴⁴⁾

In Saskatchewan, section 38(4)(a) of the Act clearly indicates that the definition of “interspousal contract” includes the separation agreement; from that, it may be considered that it is permissible for a minor of that province to conclude a separation agreement.

What is the penalty where the family contract does not comply with the required formalities?

APPENDIX I

In certain provinces,⁽⁴⁵⁾ the contracts that do not comply with the formalities of the Act are void. That seems to apply also to New Brunswick even though the Act is not explicit on the subject [see s. 37(1)].

The Acts of the other provinces do not expressly stipulate the penalty attaching to a contract that does not comply with the required formalities; it is, therefore, highly probable that such a contract would not be considered.

The decisions on this point are contradictory. In *Re Tufts*,⁽⁴⁶⁾ the decision was that such an agreement is not a marriage contract within the meaning of the Act.

In *Moore v. Moore*,⁽⁴⁷⁾ Judge Steinberg was of the opinion that an agreement that did not comply with the formalities of the Act would not be a family contract. He points out:

“What is the purpose of s. 54(1) of the Act? In my view it is a recognition that contracts to settle matrimonial difficulties ought to be removed from the traditional law relating to contracts to this extent: spouses ought not to be bound to any agreements encompassing the issues set out in ss. 51(1) and 53 unless and until they have signed the agreements and their signatures have been witnessed. These agreements are not normal commercial agreements and their negotiations are subject to a considerable amount of emotion, vacillation, and pressure . . .”

On the other hand, in *Geropoulos v. Geropoulos*,⁽⁴⁸⁾ Judge Eberle expressed the opinion that such a contract could be valid.

It should be pointed out that the contract will be void if the rules relating to the formation of contracts are not respected, that is, if it is vitiated by fraud, threats or violence, or if it is contrary to public order and good morals. For instance, a separation agreement which is obtained through fraudulent means or threats would not be considered valid by the Court.

In certain provinces, agreements that are other than family agreements, that is, that do not comply with the formalities required by the Act to constitute a family contract, may be taken into consideration by the Court upon partition of property.⁽⁴⁹⁾

Finally, it should be noted that where certain provisions are void, while the contract is valid, these provisions will generally be considered as independent from the rest of the contract and will not affect it.⁽⁵⁰⁾

3.3 THE EFFECTS OF FAMILY CONTRACTS

As a general rule, family contracts have effect only between spouses. However, in certain cases, they are considered to have effect with regard to third parties.

A. IN QUÉBEC

The contract allows the spouses to choose between the different matrimonial regimes open to them and thus avoid the application of the legal regime, if they so desire. It also enables the spouses to exclude in whole or in part the provisions of the Act, save for the imperative provisions concerning the primary regime. They may, therefore, by marriage contract, create their own property regime. In certain cases, the marriage contract may have effect with regard to third parties; to do so, it must be registered at the central registry of matrimonial regimes. A second registration must be made to give effect to a marriage contract stipulating gifts, such gifts having to be registered at the registry office for immovable titles at the domicile of the donor (art. 804-806 C.C.P.). It seems that, without such registrations, the marriage contract will not be opposable to third parties. In certain cases, third parties are considered as party to the agreement; that particularly applies where gifts are included in the marriage contract.

Lastly, the joint agreement as to separation allows the spouses to settle all the consequences of their separation. It will have effect between them and in respect of their children.

B. THE COMMON LAW PROVINCES

The principal effect of the family contract is to render the legislation concerning the partition of property inapplicable to the spouses. For instance, section 41 of the Newfoundland Act clearly stipulates:

“41. A person may enter into an agreement under this Part to vary or exclude the application of this Act.”

In the majority of the provinces, the family contract prevails over the provisions of the Act.⁽⁵¹⁾ For instance, section 2(9) of the Ontario Act stipulates:

“2.(9). Where a domestic contract makes provision in respect of *a matter that is provided for in this Act*, the contract prevails except as otherwise provided in this Act.”

It seems, therefore, that the general rule is to the effect that the Court cannot vary a contract validly concluded. There may, nevertheless, be

APPENDIX I

certain exceptions to that rule (see heading No. 3.4 dealing with the powers of the Court).

In Ontario [s. 51(2)] and in Prince Edward Island [s. 51(2)], the provisions concerning the family residence and the furniture serving for household use cannot be varied by marriage contract; these are, therefore, imperative provisions which apply to all spouses. In other provinces, however, it seems that the rights concerning the family residence may be affected by a family contract.

Where the family contract is silent on certain points, it is presumed that the spouses wished to have the Act apply in that respect. Section 48(8) of the British Columbia Act states:

“48(8). A provision of a marriage agreement that is void or voidable is severable from the other provisions of the marriage agreements.” (See also section 38(3) of the Saskatchewan Act).

In the case where a third party makes a gift to either spouse or to both and such gift cannot be varied or rescinded without the consent of the donor, the third party is then sometimes considered as a party to the contract. The third party is party to the agreement by the sole consideration of the provision concerning him; the family contract has effect in his regard only within this framework.⁽⁵²⁾

3.4 *THE POWERS OF THE COURT*

The Court has certain powers with regard to family contracts; it may sometimes declare them to be invalid, sometimes vary them, sometimes rely on it in the settlement of partition of property, even though the contracts have been declared void.

A. IN QUÉBEC

In Québec, the marriage contract may be voided by the Court if the prescribed formalities are not complied with or if the contract contravenes the general rules relating to the validity of contracts; for example, if it has been made fraudulently or under threats. Similarly, the Court may declare a clause void which contravenes public order and good morals or which varies or excludes a rule contained in the primary regime.

As to the joint application for separation, the judge may rescind or vary any clauses which appears to him contrary to the interests of the children or which do not sufficiently preserve the interests of the spouses (arts. 822.2 and 822.3 C.C.P.). He may dismiss the application

for separation on such grounds or require that the agreement be amended (art. 822.3 C.C.P.).

B. THE COMMON LAW PROVINCES

In all the provinces, the Court may override a family contract if it does not comply with the general rules relating to the formation and validity of contracts or if it is contrary to public order. Only in Manitoba and Newfoundland has the Court the power to intervene; otherwise it cannot vary the contract or vary the division of property determined in the contract. In the other provinces, the Court may, in certain given circumstances, vary the family contract.

For instance, the criterium of the best interests of the child is, in several provinces, considered as a factor allowing the Court to override the provisions of a family contract.⁽⁵³⁾

In Ontario, the Court may not take the provisions of a family contract into account in two cases: in considering support provisions [s. 18(4)] and where the best interests of the child so justify (s. 55). It must be pointed out that the Ontario jurisprudence has not yet precisely determined in what other cases the family contract will not apply.⁽⁵⁴⁾

The British Columbia legislation gives the Court fairly wide powers to vary the family contract (s. 51-54). Under section 51, the Court may vary the contract on an equitable basis. In the same perspective, section 29 of the Nova Scotia Act states:

“29. Upon an application by a party to a marriage contract or separation agreement, the court may, where it is satisfied that any term of the contract or agreement is unconscionable, unduly harsh on one party or fraudulent, make an order varying the terms of the contract or agreement as the court sees fit.”

Similarly, section 41 of the New Brunswick legislation allows the Court to disregard any clause which would be inequitable in respect of two circumstances: “if the domestic contract was made before the coming into force of this Part and was not made in contemplation of the coming into force of this Part” or “if the spouse who challenges the provision entered into the domestic contract without receiving legal advice from a person independent of any legal advisor of the other spouse.”

In Saskatchewan, it seems that the Court may derogate from the terms of the agreement where rights of possession are concerned (ss. 5, 6, 7 and 24).

APPENDIX I

Lastly, in closing, it should be pointed out that in certain cases, in the settlement of division of property, the Courts may take into consideration an agreement other than a family contract within the meaning of the Act.⁽⁵⁵⁾

CHAPTER 4. THE NATURE OF SECONDARY REGIMES

“Extremes meet”. If this proposition may be applied to the new property regimes and if it is true that thereby certain rapprochements are accomplished, it is no less true that there still is a significant difference between the various provinces.

Between Québec and the common law provinces, this difference occurs in the very origin of the systems; in fact, in spite of the recent reforms, the common law provinces do not have a complete matrimonial regime such as in known in Québec. If the legislators of these provinces “have turned towards codified rights and imported into their system the notion of division of property”, (translation) they have not necessarily adopted the “institution of the matrimonial regime with all its technical elements of qualification of property, compensation, recourse of creditors after division etc. They have, therefore, if a metaphor be allowed, bought the raw material (the matrimonial regime) of codified law, in order to process it into a different finished product: the division of certain property (whose qualification is made by usage rather than by origin) in the case of dissolution of the marriage.”⁽⁵⁶⁾ (translation)

The Canadian provinces other than Québec are distinct from one another in certain aspects, particularly with regard to the types of property subject to division, and this despite the fact that they have a system of law of common origin and established their reform from a common basis:

“Starting with essentially the same basic premises the provinces have managed to enact legislation of at times bewildering diversity.”⁽⁵⁷⁾

We shall see all these differences in greater detail when we deal with the qualification of property; let us see, first of all, what choices have been made.

4.1 *THE NATURE OF THE REGIMES*

In the matter of secondary regimes, several possibilities were open to the Canadian legislators in the desire for change: community of property, deferred community of property, with or without judicial discre-

tionary power, and separation as to property, subject to judicial discretionary power.

Of course, the choices “reflect an ideology” and, in its choice, each province enunciates its principles in the matter of property regimes.

A. IN QUÉBEC: THE PARTNERSHIP OF ACQUESTS

It was in 1970, by the *Act Respecting Matrimonial Regimes*,⁽⁵⁸⁾ that the Québec legislator enacted the partnership of acquests as the legal regime. The very important reason underlying this change was the increasing lack of interest by Québec couples in “community of property”, the former legal regime.

The partnership of acquests is basically a system of deferred division in which the partition of acquired property takes place only upon dissolution of the regime. During the marriage, the regime has no impact on the ownership of property as, pursuant to article 493 of the C.C.Q., “Each spouse has the administration, enjoyment and free disposal of his private property and acquests” and “while the regime lasts, neither spouse is liable for the debts incurred by the other”, unless they are debts incurred for the current uses of the family (art. 496). The only restriction is that the consent of the other spouse is required when one spouse wishes to dispose of his acquired property by gift, except for modest sums and customary presents (art. 494).

Upon termination of the regime, the acquests are always divided in equal parts between the spouses and the Court cannot order unequal partition as at common law. As to other property, private property, it is never subject to partition.

It is, therefore, an advantageous system because it leaves the spouses independent during the marriage, dividing the property acquired during the marriage upon dissolution of the marriage.

In closing, here is how the Civil Code Revision Office envisaged the future legal regime in 1969: a regime “which would, at the same time, respect the autonomy, equality and independence of the two consorts, permit each to participate, at the dissolution of the regime, in the gains realized in the course of its duration”.⁽⁵⁹⁾

B. THE COMMON LAW PROVINCES: THE DEFERRED COMMUNITY REGIME ON CERTAIN PROPERTY

Similarly, in the common law provinces, no right to ownership in the property devolves before dissolution of the regime; in general, no right is granted before a judicial order has been rendered.

APPENDIX I

During the marriage, there is no regime in force and each spouse may acquire and dispose of his or her property as they so wish. However, the spouse-owner of the family residence cannot alienate it without the consent of the other spouse. Furthermore, where one of the spouses squanders his or her assets, the Court may be authorized to order an unequal partition of property upon termination of the regime.

Canadian legislators did not wish to create real co-ownership in certain property and preferred to retain, during the marriage, rules allowing the spouses to be masters of their property. It is upon dissolution of the regime that the spouses can be awarded a part of the property qualified as “divisible”.

The regime, therefore, does not effect ownership of the property during the marriage, but upon its termination certain designated property (in accordance with prescribed criteria and without regard to right of ownership) will be divided between the spouses.

4.2 CLASSES OF PROPERTY AND ITS QUALIFICATION

In the relations between the spouses, property is divided according to classes and on this point, especially in a regime of deferred partition, one of the main problems is the qualification of property. In the common law provinces, there is difficulty in identifying just what family property is⁽⁶⁰⁾ and in discerning it from the other property. In Québec, it is a matter of distinguishing between private property and acquests.

It is true that this qualification of property has little import during the marriage and that its usefulness only becomes apparent upon dissolution of the regime, being principally for purposes of division. Besides, the common law provinces have no qualification such as “for administration purposes”. In Québec, this type of qualification is only necessary during the marriage, upon disposal *inter vivos* and as a gift by one of the spouses of his or her acquests, the consent of the other spouse being required. Our reason for dealing with classes of property and its qualification in a section preceding the one of liquidation of the regime is because property is usually acquired during the marriage and it is at that time that its qualification is matched to its purpose.

A. IN QUÉBEC: PRIVATE PROPERTY AND ACQUESTS

In partnership of acquests, the property of the spouses is divided into two classes: private and acquests (art. 480). Acquests are property that will be partitioned equally between the spouses upon termination of the regime, whereas private property always belongs to the spouse who

owns it. All property that is not specifically declared private by the Act are acquired property (art. 481).

Private property is enumerated in the Act (art. 482 *et seq.*). Certain property is private by nature: personal property and instruments required for one's occupation, property received by succession, legacy or gift, the rights under a retirement pension, an annuity or insurance policy for damages and compensation received for injury to the person (art. 486), the right of a spouse to support or disability allowance (art. 485) and, lastly, intellectual and industrial property rights (art. 490).

Other property is qualified in accordance with the time of its acquisition or according to how it is derived. For instance, property acquired before the marriage by one of the spouses is private and so is excluded from partition [art. 482(1)],⁽⁶¹⁾ whereas property acquired during the marriage is in partnership; similarly, the proceeds of the work of one spouse and the fruits and income gained during the marriage [art. 481(1), (2)] are acquired property. However, the income derived from a business belonging to one of the spouses is private (art. 489) on condition that it be reinvested in the business. That rule differs somewhat from the rules concerning income from a business in certain common law provinces, the latter allowing that income to be divided fairly readily (Alberta, Manitoba and Saskatchewan).

The legislator creates a presumption in favour of acquets in article 491:

“Art. 491. All property is presumed to constitute an acquet, *both between the spouses and with respect to third persons*, unless it is established that it is private property.”

Furthermore, since the coming into force of the new Civil Code, the legislator has established a new class of property: property held by both spouses in undivided ownership (art. 492). Where a spouse is unable to prove that property is his or her own private property or an acquet, that property is presumed to belong to both spouses, one-half to each.

In Québec, qualification of property is made from fixed criteria; the mode or time of acquisition is what determines its status. That qualification is not made to assess “the profits and losses of a partnership”,⁽⁶²⁾ as is especially the case in Ontario, but rather to assess a result at a given time.

“In Québec, the process of qualification is complete in itself; the criteria are certain and objective without the factor ‘in the course of time’ being considered. They reflect a given situation of the spouses at a given moment of their life.

APPENDIX I

We are speaking here of a 'balance sheet' of their respective material obligations and responsibilities, and the elements by which property is qualified are used then discarded upon a decision being made in that regard. Obviously, the element of 'time' is considered in this analysis, but only in a static way; the property is examined at a given moment of the conjugal life but without the factor 'duration' being considered; it is merely a compilation of purely objective data."⁽⁶³⁾ (translation)

B. THE COMMON LAW PROVINCES: FAMILY PROPERTY

In the common law provinces, family property is the property that is divisible upon termination of the regime. The nine provinces can be separated into two groups as to the method of qualifying such property: one group where the principal qualification factor is the mode of acquisition of property (Alberta, Manitoba, Saskatchewan, New Brunswick, Newfoundland and Nova Scotia) and the other group where the principal factor is the mode of utilization of the property (Ontario, Prince Edward Island, New Brunswick, British Columbia). The latter group uses another factor, the contribution factor; however, only British Columbia makes use of it to qualify property, as we shall see later.

Two provinces have a mixed regime, that is, they use two qualification factors: New Brunswick (half utilization, half acquisition) and British Columbia (half utilization, half contribution).

We shall now examine the manner in which qualification of family property is made and see what are the specific criteria used by the Courts in that qualification.

i. *The provinces in which the principal qualification factor is the mode of acquisition of property*

In the provinces where the principal qualification factor of family property is the mode or the date of acquisition of the property, the property qualified as "family" is subject to division upon dissolution of the regime, whereas the other property is not, with exceptions. The terminology differs between the various provinces: in Manitoba, Newfoundland and Nova Scotia, property other than family is considered exempt from division, while in New Brunswick and Saskatchewan, property is said to be private to the spouses. Alberta does not make that distinction and property may be in either class. Such distinctions between the terms do not affect the final result which remains the same; property is subject to division or it is not.⁽⁶⁴⁾

In this group of provinces, the principal qualification factor of family property is the derivation or date of acquisition of the property. In addition, certain provinces such as Newfoundland, Nova Scotia and New Brunswick utilize a criterium of contribution in order to include certain property, family or other, in the division of the assets; this criterium is not used as such in the qualification of the property but is used, rather, to enable division of certain property regardless of its qualification.

Generally, family property may be defined as being property acquired by the spouses in the course of the marriage.

From that time, property acquired before or after the marriage, either upon termination of life together or upon termination of the marriage, is not considered as family property and is not divisible upon dissolution of the regime.⁽⁶⁵⁾ However, where the property acquired after the marriage results from a contribution of the former spouse or in replacement of family property, the Court may take these circumstances into consideration and include such property in the division.

Property acquired during the marriage but while the spouses are living apart is not subject to division.⁽⁶⁶⁾ It should be pointed out, however, that the effects of a separation fall under the discretionary power of the Court which may take such circumstances into consideration upon division of the property.

Property acquired by legacy or inheritance is never divided upon dissolution of the regime,⁽⁶⁷⁾ except in Nova Scotia where such property is qualified as “family” [s. 4(1)(a)] and is, therefore, calculated in the division. However, if the donor’s intention was to benefit both spouses, the property is considered as being “family” in Manitoba and probably in the other provinces. Furthermore, in New Brunswick, Newfoundland and Nova Scotia, gifts from one spouse to the other are not excluded from division. This seems to hold true for Alberta where, according to jurisprudence,⁽⁶⁸⁾ such property may be taken into consideration in the division.

Personal effects⁽⁶⁹⁾ as well as an award in damages⁽⁷⁰⁾ are not considered as family property. As to property acquired in replacement of other property, it has the same status as the original property; in Manitoba, however, if the replacement property is used for family purposes it is classified as part of the family property regardless of its origin [s. 6(5), (6), 8(2)].

APPENDIX I

Lastly, in three provinces,⁽⁷¹⁾ the assets of a business are excluded from the division of property. On the other hand, the Acts of Manitoba, Alberta and Saskatchewan allow the division of these assets fairly readily. As an author pointed out,⁽⁷²⁾ if the assets of a business are excluded, the legislation of Newfoundland, Nova Scotia and New Brunswick is almost identical (in its effects) to that of Ontario in the sense that property used for family purposes may constitute the greater part of partitionable property.

Another point the Ontario legislation and the Acts based on it have in common is that these same three provinces use a criterium of contribution to have certain property included in the division of the assets, which is not done in Alberta, Manitoba and Saskatchewan.

There are some differences, therefore, between the various provinces of this first group. Only Alberta, Manitoba and Saskatchewan use the criterium of mode of acquisition without practically any other rule to qualify property. In using that mode of qualification these provinces are fairly similar to Québec. As to the provinces basing themselves on the Ontario Act, they use a completely different mode of qualification which has little in common with that of Québec.

ii. The provinces in which the principal qualification factor is the mode of utilization of property

In Ontario and Prince Edward Island, the principal qualification factor of family property is the mode of utilization of the property.⁽⁷³⁾ British Columbia and New Brunswick also use that criterium, but along with another. For instance, New Brunswick includes in the classification of family property the property acquired during the marriage and which is used for the family, while in British Columbia all property in respect of which a spouse has made a contribution is family property whether or not it complies with the criterium of utilization. The use of a double criteria of qualification in these two provinces has the effect of increasing the divisible property.

As a general rule, to determine if property must be included in the "family property" class, several factors are considered such as the purpose and the mode of utilization as well as the persons who use the property.

a) *The purpose of utilization*

Subject to the use of another criterium, in the four provinces all property “for family use” is family property and, therefore, may be divided. All other property is private to the spouses and not divisible in the first place. In Ontario, New Brunswick and British Columbia, the burden of proof is on the one who claims that property is family property. However, in British Columbia, jurisprudence⁽⁷⁴⁾ has determined that if the property is alleged to be family property because of its utilization, it is up to the claimant to prove that such property is not “ordinarily used” for family purposes; there is, then, a reversal of the burden of proof in this case.

To be classed as “family property”, the property must be used for family purposes. To identify that purpose, the various Acts, except the Act of British Columbia, set forth a list of what may generally constitute “for family purposes”.

For instance, section 3 of the Ontario Act indicates family property as being:

“. . . property owned by one spouse or both spouses and ordinarily used or enjoyed by both spouses or one or more of their children while the spouses are residing together *for shelter or transportation or for household, educational, social or aesthetic purposes*

Property contained in the enumeration list is not necessarily family property. Firstly, these lists are not exhaustive; furthermore, the other conditions of utilization must usually be fulfilled.

“The mere fact that the use will benefit the family cannot be definitive of use for a family purpose; the use must be in the course of the home or domestic life of the spouses.”⁽⁷⁵⁾

For instance, the utilization for family purposes contrasts with the utilization for personal or professional purposes.⁽⁷⁶⁾

Some difficulties arise where the property serves multiple uses. In that situation “the test for principal usage” must, in the opinion of one author,⁽⁷⁷⁾ be applied in theory. It is, in any event, the test used by the Courts to qualify the “family” residence. But where there is alternate use, the Courts generally prefer to qualify the property as “family”.⁽⁷⁸⁾ Before making their qualification, they

APPENDIX I

may consider how frequently a use is made of the property as well as the intention of the parties.

What happens in the event the parties stop cohabiting? Can the property still be used for “family purposes” following that separation? According to jurisprudence, it seems that a property used initially for family purposes does not cease to be used for that purpose even if the communal life of the spouses terminates.⁽⁷⁹⁾

b) *Mode of utilization of the property*

To qualify as family property, the property must also be used in a general way in the life of the family: “. . . that property must be used in the customary *mode of life* of the parties”.⁽⁸⁰⁾ Set against that statement, the property must not be used for particular purposes if one seeks to qualify it as “family property”.

The length of time during which property is used is of no import; for instance, a cottage which is only used during four weeks of the year can be qualified as family property. In *Mercer v. Mercer*,⁽⁸¹⁾ a summer cottage occupied during a short period of time before separation of the parties was qualified as family property by the Court.

The Courts of Ontario⁽⁸²⁾ and British Columbia⁽⁸³⁾ require that the property be actually used in a specific way to be qualified as family property, even if it was acquired for that purpose. For instance, property that has not yet been used, such as property insurance or personal insurance or a pension fund, is not usually qualified as “family property” by the Courts because even if “the proceeds deriving therefrom are intended to ensure the future financial security of the family, . . . the proceeds themselves are not actually used”.⁽⁸⁴⁾

As to property that changes destination during the marriage, the Court may, before division, study its entire history before qualifying it. For instance, in *Bregman v. Bregman*,⁽⁸⁵⁾ a Picasso painting which hung in the husband’s office for a few years then was transferred to the family residence some time before separation of the spouses, was qualified as “family property” by the Court.

Lastly, a bank account by its very nature is presumed to be part of the “mode of life” of the family.⁽⁸⁶⁾ However, a particular reserve of money, used for specific purposes, does not qualify as “family property”.⁽⁸⁷⁾

c) *The users of the property*

To qualify as “family property”, the property must be used by the spouses or their children.

In New Brunswick, Ontario and Prince Edward Island, the use must be made by both spouses while living together. On the other hand, in British Columbia, there does not have to be joint use by both spouses while living together.⁽⁸⁸⁾ That difference is important where there is dissolution of the regime after a long period of separation.

All these Acts recognize that usage by the children is valid for qualification. Nevertheless, the children must always be residing with their parents in the family residence, except in British Columbia.

iii. *The contribution of one spouse in the acquisition of property belonging to the other spouse*

In five provinces, British Columbia, Newfoundland, Nova Scotia, Ontario and Prince Edward Island, the value of the contribution of a spouse in the acquisition of property belonging to the other is recognized. With the exception of British Columbia, that contribution does not change the qualification of the property; it entails either an unequal division of the family property or a division of other than family property.

The situation is different in British Columbia as in that province a property in regard to which a contribution has been made is considered “family property” [s. 45(3)(e), 46]. The burden of proof rests, however, on the spouse who made the contribution. Nevertheless, the Act is sufficiently broad in scope to include a reasonable number of properties. Furthermore, jurisprudence has determined that it is not necessary in this case that the property be used for a “family purpose”.⁽⁸⁹⁾ The contribution may be made in several ways and, regardless of its value, a right to equal division of the property flows therefrom. However, household works not yet accepted as a valid contribution in the greater part of jurisprudence.⁽⁹⁰⁾ Lastly, the contribution does not include only the acquisition but also the maintenance of the property.

In closing, it should be pointed out that some Acts in certain cases deal with property held by third parties and which is considered as family property,⁽⁹¹⁾ such as property belonging to a company or a trust and which would be family property if listed as the property of a spouse.

APPENDIX I

4.3 ADMINISTRATION OF PROPERTY

As a general rule, spouses retain complete power over their property during the marriage. The independence of spouses, however, is not absolute; there are, in fact, certain minor restrictions to that freedom of administration.

A. IN QUÉBEC

Article 493 sets forth this principle: during the marriage a “spouse has the administration, enjoyment and free disposal of his private property and acquests”.

Nevertheless, there are two exceptions to that principle. Firstly, a spouse cannot dispose of his or her acquests *inter vivos* free of charge without the consent of the other spouse [art. 494(1)]. If that consent is impossible to obtain or if the refusal is unjustified in the interests of the family, the spouse may apply to the Court to have the alienation authorized. Secondly, all the rules stipulated by the primary regime constitute a restriction on the spouses’ administrative power; for instance, the spouse-owner of the family residence cannot alienate it without the consent of the other spouse.

B. THE COMMON LAW PROVINCES

During the marriage, the spouses own, administer and dispose of their property with complete freedom.

There is only one exception to that freedom; it concerns the rules pertaining to the family residence and household property. The spouse-owner of the family residence cannot alienate it without the consent of the other spouse. This applies regardless of the nature of the aforementioned property.

What happens should a spouse dissipate his or her assets and so risk depriving the other spouse from part of the assets upon division? In Alberta, in such a situation, a spouse is authorized to apply to the Court for immediate division of the property [s. 5(1)(e)]. In the other provinces, the Court cannot accept such an application until the property is divided upon termination of the marriage; it may then order an unequal division of the property or even order distribution of property other than family property not usually subject to division.

4.4 ADVANCEMENT OF PROPERTY BETWEEN SPOUSES

Reforms to the rules of property have brought important changes in the matter of advancement of property between spouses both in Québec and in the common law provinces.

Where advancement of property between spouses was considered suspect before the reforms, this is now regarded with greater tolerance.

A. IN QUÉBEC

Prior to 1 July 1970, the spouses could not gift property to one another; any gift between spouses after solemnization of the marriage was, in effect, prohibited and could be declared void by the Court (former articles 770 and 1265(2)).

“These prohibitions were particularly established for the security of financial transactions and to prevent the spouses from varying their matrimonial covenants.”⁽⁹²⁾ (translation)

Jurisprudence had, however, given acceptance to ordinary gifts between spouses.⁽⁹³⁾

Since the coming into force of the *Act Respecting Matrimonial Regimes*,⁽⁹⁴⁾ on 1 July 1970, the prohibition of gifts between spouses has been abolished. Henceforth, the spouses may validly make a gift to one another.

However, where the effect of such gifts would be to vary the matrimonial regime, the spouses must comply with article 470 *et seq.* dealing with variation of the regime.

B. THE COMMON LAW PROVINCES

In most common law provinces, the presumption of advancement has been abolished by the new division of property Acts. For instance, section 11(1) of the Ontario Act stipulates:

“11(1). The rule of law applying a presumption of advancement in questions of the ownership of property as between husband and wife is abolished and in place thereof the rule of law applying a presumption of a resulting trust shall be applied in the same manner as if they were not married . . .”

The other Acts have very similar provisions to that of the Ontario Act.⁽⁹⁵⁾

The former presumption has, therefore, been replaced by the creation of specific exceptions which make the spouses holders in trust of certain property; this has been named “presumption of resulting trust”. This presumption does not exist where there is proof that a gift is actually involved. Otherwise, the property is considered as being held jointly by both spouses. The new provisions do not distinguish between husband

APPENDIX I

and wife, whereas the presumption of gift concerned only the property gifted by husband to wife.

It should be pointed out that the Ontario jurisprudence rejects the presumption of trust where the property is placed by one spouse solely in the name of the other upon the insistence of the latter and with the principal object of protecting that spouse in the event of break-up of the marriage.⁽⁹⁶⁾

Lastly, the new rules cannot be applied where the spouses are divorced before the coming into force of the Act.⁽⁹⁷⁾

4.5 CHANGE OF MATRIMONIAL REGIME

Can the spouses change the matrimonial regime after having opted for that regime before or at the time of the marriage?

A. IN QUÉBEC

In Québec, the rule was that of immutability of matrimonial covenants until 1969, when the legislator enacted the principle of mutability of matrimonial regimes subject to judicial control. Since then, the new article 470 C.C.Q., enacted in 1980, abolished that control and the spouses can now change the regime before or after solemnization of the marriage, conditional upon their doing so by marriage contract. These rules concerning variation of the regime are stipulated in article 470 *et seq.* of the Civil Code.

B. THE COMMON LAW PROVINCES

In the common law provinces, the only possibility the spouses have of varying or changing the legal regime is in concluding a marriage contract or in a separation agreement.

CHAPTER 5. DISSOLUTION AND LIQUIDATION OF THE REGIME

Since the reforms, the situation of the spouses in the common law provinces has not fundamentally changed during marriage, with the exception of regimes protecting the family residence and the penalties attaching to dissipation of property, but where termination of the marriage occurs, their situation is now totally different; it is mainly then that intervention of the Canadian legislators has effect, the law as it existed before the reform being amended.

In Québec, changing the regime of community of property to that of partnership of acquests has brought about certain dislocations affect-

ing spouses under the legal regime; firstly, during that regime with respect to administration, secondly, upon its dissolution (different partitionable masses, absence of property reserved to the wife, etc.).

“It is upon dissolution that the majority of mechanisms of the partnership of acquests begin to take effect in order to achieve the final objective of the regime.”⁽⁹⁸⁾ (translation)

That statement, true as concerns the partnership of acquests, applies even more to regimes of division of property in the common law provinces as it is at dissolution when the objectives of the different regimes really find application.

In Québec, the regime of community of property has changed to a regime of partnership of acquests with, in turn, the creation of an imperative primary regime. In the common law provinces, a regime of deferred division was adopted where, before, there was no regime. In all cases these are regimes of division. The right to a share of the property of the other spouse is the main underlying principle of these division regimes.

Nevertheless, upon division of property, certain provinces have a presumption of equal division while other provinces leave it to the Courts to assess the share that will go to the other spouse. That is the fundamental difference between the various Acts.

In spite of that basic distinction, all provinces have certain exceptions to the right of division, more or less important depending on the legislation. Firstly, the Courts may decide to vary the division of family property as established by the Act and order an unequal division of that property, or, in certain cases, they may even order division of property other than family property (private or personal property). Certain criteria are established in terms of these exceptions, as we shall see later. Only Québec does not authorize the Courts to vary the partition of acquests as determined by the Act (except in the case where one or both spouses waive partition).

The qualification of property being quite different from one province to another, as well as the variation factors of division and the jurisprudence interpreting them, the final results are often quite dissimilar from one province to another. Therefore, in spite of common points, each province has its own particular regime.

Under this heading, we shall look at the events entailing division of property, the principle of division and the exceptions, clauses contained in family contracts, the preferential disposal of the family residence and

APPENDIX I

the household furniture, the compensatory allowance and, lastly, the other general powers of the Courts.

5.1 *CAUSES LEADING TO DISSOLUTION OF THE REGIME*

In all provinces, the possibility of dissolving the matrimonial regime is subject to the occurrence of certain events. In certain cases, that liquidation may be made by mere agreement between the spouses and without there being the necessity of termination of the marriage.

A. IN QUÉBEC

It is article 497 C.C.Q. which establishes the causes of dissolution of the regime. It stipulates:

“497. The regime of partnership of acquests is dissolved by

1. the death of one of the spouses;
2. a conventional change of regime during the marriage;
3. a judgment that pronounces divorce, separation as to bed and board, or separation as to property;
4. the absence of one of the spouses in the cases provided for by law;
5. the nullity of the marriage in the cases provided for in articles 432 and 434.

The effects of the dissolution are produced immediately, except in the cases of paragraphs 3 and 5, where they are retroactive, between the spouses, to the day of the applications.

Death is one of the most frequent causes of dissolution of the regime. This point differs from the existing rules in several common law provinces where death does not always give the right to division of property. It should be noted that in these provinces, it is sometimes preferred to leave the disposal of the property of the deceased spouse to the Acts of succession.

In Québec also, death begins the opening of a succession. But rather than prescribing that the property will be partitioned according to the rules of dissolution of matrimonial regimes or in accordance with succession rules, a choice is left to the surviving spouse. In this regard, article 624(c) C.C.L.C. obliges the surviving spouse to make a choice between the advantages accruing from his or her matrimo-

nial regime and a share in the succession of the deceased spouse. The spouse cannot, therefore, at the same time obtain a share in the acquets and a share in the succession. It should be pointed out, however, that this article applies only in the case of a legal succession and the spouse vies with other heirs in the succession; otherwise, that spouse may benefit from the matrimonial regime and the succession.⁽⁹⁹⁾ It should be noted that Bill 20 adding the reformed law of persons, successions and property to the Civil Code of Québec proposes to abolish the obligation of choice stipulated by article 624(c) and allow both advantages deriving from the matrimonial regime and the right of succession.

Divorce is another case of dissolution of the regime. As a general rule, the rights of the spouses are established on the date of the decree absolute of divorce but, in divorce matters, the effects of the dissolution “are retroactive to the day of the application” (art. 497, *in fine*). The same applies in the matter of separation as to bed and board, separation of property and nullity of the marriage because communal life is presumed to terminate immediately upon application thereto. Furthermore, pursuant to article 498, the effects between the spouses may be retroactive to the date when they cease to live together, provided the Court so authorizes upon the application of the spouses.

Judicial separation of property is a procedure no longer frequently used because the spouses may vary their regime by agreement pursuant to article 469 *et seq.*

What exactly is the agreement changing the regime during the marriage? This procedure is more frequently used than judicial separation of property because it is less complicated. Article 469 *et seq.* deals with the procedure to be followed. Pursuant to article 465, “a change made to the matrimonial regime during the marriage takes effect on the day of the act attesting the change”. It is at that time, therefore, that liquidation of the former regime takes effect.

In the case of absence of a spouse, when may liquidation of the matrimonial regime be effected? Upon the provisional putting in possession or upon the final putting in possession? According to Professor Comtois, it is upon the final putting in possession, that is, after 30 years absence, “that the partition of the partnership of acquets must be completed with the establishment of returns, withdrawals and compensation”.⁽¹⁰⁰⁾ (translation)

Lastly, in the cases of nullity of marriage, the effects of dissolution are retroactive to the day of application (art. 497 *in fine*). Between

APPENDIX I

the day of the marriage and that of the dissolution, spouses in good faith dispose of the effects of the putative marriage and they may thereby apply for partition of the property upon dissolution. However, if one of the spouses was in bad faith, only the spouse in good faith can claim for partition of the acquests of the other.

In conclusion, the causes of dissolution of the regime usually are death, separation as to bed and board, and divorce, as well as changes by agreement of the regime.

B. THE COMMON LAW PROVINCES

As a general rule, in the common law provinces, no right of ownership devolves as long as an order has not been made. The British Columbia legislation, however, is an exception because it prescribes that as soon as a marriage terminates, the spouses automatically hold the property in common without there being the necessity for an order [s. 43(2)].

For an application for division of property to be made, there must generally be termination of the marriage. Manitoba and Saskatchewan are the only two provinces that authorize the spouses to make application for division of property during the marriage, even though there is no possibility of a marriage break-up.

When may it be considered that there is a break-up between the spouses?

The following circumstances are identified by one or more Acts as constituting a break-up and authorizing the making of an application:

i. *The decree of divorce or declaration of nullity*

All the common law provinces, except Saskatchewan, consider that the decree of divorce or declaration of nullity constitutes a break of the matrimonial bond leading to dissolution of the regime and to the division of the spouses' property.⁽¹⁰¹⁾ The various Acts refer to the decree nisi of divorce (Ontario, Prince Edward Island, New Brunswick and Alberta) or at the beginning of proceedings (Manitoba, Nova Scotia and Newfoundland). The British Columbia jurisprudence seems to be mainly of the opinion that dissolution of the regime may be effected upon the provisional judgment; however, in the judgment, *Mandelkau v. Mandelkau*,⁽¹⁰²⁾ it was the decree absolute that was selected.

In Saskatchewan, as we already mentioned, there is no necessity that there be a break-up between the spouses; they may, therefore,

make application for division of the property at any time and the Act does not stipulate specific grounds.

ii. *The judicial separation order*

The Acts of Alberta, Manitoba and British Columbia authorize the spouses to make application for division of the property upon a judicial separation order.⁽¹⁰³⁾ In Manitoba, that application for partition may be made at the beginning of the proceedings.

iii. *Agreement between the parties for an amicable separation*

In certain provinces, the drawing up of a separation agreement between the spouses may permit an application for the separation of property; that is the case in British Columbia and Manitoba.⁽¹⁰⁴⁾

iv. *De facto Separation*

Where the spouses live separately and there is no possibility of reconciliation, division of property may be ordered in most provinces.⁽¹⁰⁵⁾ In Manitoba, spouses must have been separated for six months, whereas in Alberta that period must be one year unless the Court is convinced that there is no possibility of reconciliation.⁽¹⁰⁶⁾

v. *Dissipation of the assets to the detriment of the other spouse*

Where a spouse dissipates his or her assets, the other spouse is sometimes authorized to make application for the division of the property; that situation is considered in the Acts of Alberta and Manitoba but in different degrees.⁽¹⁰⁷⁾ Furthermore, it seems that such a situation is envisaged only where the marriage is already in difficulty.

vi. *Upon the death of one of the spouses*

In the case of the death of one of the spouses, certain problems arise in the common law provinces as the Acts relating to the division of property come into conflict with the succession Acts. Certain provinces have preferred to leave to the latter the question of settling the division of the spouses' property upon the death of one of them, while other provinces have sought to incorporate the two proceedings.

The situation differs depending on whether there has been a break-up before the death, or death intervenes.

APPENDIX I

In the first case, all the Acts authorize the surviving spouse who has already made application for division of the property before the death to continue these proceedings. Similarly, all provinces, except Ontario, Prince Edward Island and New Brunswick, authorize the surviving spouse to make application for division against the succession of the deceased spouse where there has been a break-up before the death, for one of the causes of break-up previously listed.⁽¹⁰⁸⁾ Lastly, where the deceased spouse had already submitted an application for division, only certain Acts allow the surviving spouse to continue the proceedings.⁽¹⁰⁹⁾ That possibility does not seem to be offered to the surviving spouse in Alberta (s. 16).

In the second case, where death is the cause of termination of the marriage, certain provinces allow an order for division to be made in favour of the surviving spouse, but not in favour of the succession of the deceased.⁽¹¹⁰⁾ On the other hand, the Acts of other provinces contain no jurisdiction with regard to the division of property in such cases.⁽¹¹¹⁾

Lastly, in all the common law provinces, the general rules of succession are applied when a death occurs. What happens where, pursuant to an Act, a surviving spouse may additionally apply for the division of property of the deceased spouse? Are both recourses under both Acts possible? Under the New Brunswick Act, the surviving spouse must make a choice [s. 4(4)]; he or she cannot claim both recourses. On the other hand, three Acts specifically authorize the spouses to exercise both recourses.⁽¹¹²⁾ It must also be pointed out that the Court may consider both recourses in ordering unequal division of the family property.⁽¹¹³⁾

In closing, on this point, let us refer to the opinion of McLean as to the manner in which the different Acts treat the case of death as cause of dissolution of the regime:

“It is, however, unfortunate that only Newfoundland and Nova Scotia extend the legislation to cover distribution of property on death, and it may not be without significance that in those provinces the definition of matrimonial property is relatively narrow.”⁽¹¹⁴⁾

In the common law provinces death is not, therefore, always a cause for dissolution of the regime as is the case in Québec. That distinction is perhaps due to the fact that in Québec there is absolute freedom in making a will, while the common law provinces protect the surviving spouse in a specific way by means of a support claim. Because of that,

the legislators probably considered it not worthwhile to grant a supplementary right in the property of the deceased. Nevertheless, for standardization, apart from fairness, it would perhaps be preferable that the surviving spouse may, in all cases, benefit from the recourse to division, except for certain adjustments being made with regard to the rights in the succession.

Let us now see in what way liquidation of the regime is effected in the different jurisdictions.

5.2 *THE RULES OF DISSOLUTION AND LIQUIDATION OF THE REGIME*

Under this heading, we shall look at the rules and procedures of division established in the various Acts.

The basic principle is that of the right to division but, in spite of that common principle, there are many distinctions between the Acts. The fundamental difference concerns the presumption of division held by certain provinces, while others do not have it, preferring to rely on the discretionary power of the Court. The other variants concern exceptions to the division. The discretionary factors and their interpretation deriving from jurisprudence are different from one province to another.

Québec, for its part, does not authorize the Court to vary the equal partition of acquests.

5.2.1 *The basic principle: the right to division*

In the common law provinces, the most important point of the reform is certainly the acquisition by the spouses of a right to division of certain property upon dissolution of the regime. That is quite a change for the traditionally separatist provinces!

As for Québec, in changing its legal regime, it has not made such a radical departure because it still remains governed by a system of partition even though the terms and conditions of that partition have been varied.

In fact, the real meaning of the right to division in the common law provinces must be asked. Madam Guay-Archambeault posed that question; according to her, certain provinces have legislated in the sense of a virtually automatic right to division, while others have left complete discretion to the Courts on this point. She states:

“There is agreement, if not on the terms and conditions, at least on the division of property. The legislator, according

APPENDIX I

to whether he makes it a right deriving from the marriage or whether he thus wishes to recognize the contribution of a spouse, takes different directions. In the first case, he creates a presumption that certain property is subject to division upon severance of the marriage bond. In the second case, he relies on the discretion of the Court to assess the contribution and determine the rights that it finds”⁽¹¹⁵⁾ (translation)

Therefore, division is either a right or a privilege. In our opinion the right to division exists in all the Acts but differs in the terms and conditions. For instance, where the Act does not prescribe any presumption of equality of division, the circumstances of the division are assessed by the Court which can order equal division or, going to the other extreme, refuse any division. We do not see that such an option is a possibility actually envisaged by the legislator; most certainly it would be an extreme case. As a general rule, the right to a certain division remains the principle idea of the various Acts.

5.2.1.1 The provinces in which there is a presumption of equality of division (including Québec)

In these provinces, the Act establishes a presumption to the effect that there must be equal division of the property qualified as “partitionable”. There are certain exceptions to that rule and the Court always has a certain discretionary power to vary the division, except in Québec where the division can be varied only if one of the spouses or both waive division.

A. IN QUÉBEC

The rule is set forth in article 499 C.C.Q:

“Each spouse retains his private property after the regime is dissolved.

He may accept or renounce the partition of his spouse’s acquests, notwithstanding any agreement to the contrary.”

The important fact, however, is that only the acquired property is subject to partition, the spouses each keeping their private property. As mentioned in article 499, the right of choice of the spouse exists even if agreed otherwise in the marriage contract. The spouse always has the right, therefore, of accepting or refusing partition of the acquests (for example, in the event the acquests show a debit balance). Furthermore, the decision of one spouse does not affect that of the other spouse; “that means, in effect, two parallel initiatives”⁽¹¹⁶⁾.

The partition depends, therefore, on the acceptance or waiver by the spouses; that acceptance or waiver is subject to certain formalities prescribed by the Act (see articles 500-504 C.C.Q.).

The heirs of a deceased spouse have the same rights as had that spouse; they may accept or waive partition of the acquests of the surviving spouse (art. 505). However, in the event of death or absence, the surviving spouse “may require, on condition of payment of any balance, immediately or by instalments, that his share include the family residence and the household furniture and any other family property forming part of the mass for partition”.

Article 503 quite severely punishes a case of abstraction or concealment of the acquests by a spouse. The latter is then declared to have accepted, notwithstanding any waiver, and he forfeits his share of the acquests abstracted or concealed, as well as his benefit of emolument.

Lastly, it should be pointed out that the creditors have certain recourses where the waiver prejudices their rights: (502) they may then “attack the renunciation and accept the share of the acquests of their debtor’s spouse in his place and stead”. However, that recourse does not give any right to the waiving spouse.

To explain how liquidation of the regime of partnership of acquests is effected, we shall follow the same chronology as that of the Civil Code which outlines the various stages of the liquidation.

i. *Formation of the masses and compensation*

Where there is acceptance, two masses are formed with the property of each spouse: one mass of private property and one mass of acquests (art. 507). It is the rules concerning the qualification of property and also the general presumption of acquests which allow the inventory of the property in each mass to be established.

A statement is then prepared of the compensation owed to one mass by the other, and *vice versa*. The particular case where compensation is due is determined by the Civil Code.* As a general rule, each each time the private property is impoverished in favour of the acquests, there is compensation in favour of the private property. In fact, article 508 stipulates that “the compensation is equal to the enrichment enjoyed by one mass to the detriment of the other”.

* These cases are identified under heading 4.2.1.

Therefore, where the acquests must compensate the private property, it is an asset to the mass of private property and a liability to the mass of acquests; should the reverse be the case, it is the private property which is the debtor of the acquests.

ii. *The debts*

The compensation being settled, attention is now given to the undischarged debts.

Article 511 states that the debts are presumed acquests in certain cases. Thus the debts incurred for the benefit of the private property and which are not paid upon dissolution “give rise to compensation as if they had already been paid by the acquests”.

However, although the Code treats of contracted debts in favour of private property, it does not deal with debts not yet discharged and which were contracted in favour of the acquests. According to Professor Comtois, “it would seem to be fair and normal to make provision for these debts and to discharge them before partition if such is possible, unless the amount of the debt be withheld by making the necessary provision for the purpose”.⁽¹¹⁷⁾ (translation)

Before partition,** the former creditors retain their recourses on the whole of the assets of the debtor and dissolution of the regime cannot prejudice them (art. 517). “They may, therefore, where their claim antedates the dissolution, require payment from their debtor, without the latter being able to oppose them in that his acquests or his private property, according to the source of the debt, are insufficient to effect payment.”⁽¹¹⁸⁾

iii. *The balance: returns and withdrawals*

At this stage, the debit account must pay to the other mass what it owes to it. Article 513 sets forth the methods by which such payment can be effected. Furthermore, as this same article states, the choice as to the property withdrawn or returned is effected by the spouse who holds the estate. It is the latter who determines the property to be withdrawn or returned.

iv. *The partition*

The last stage is the partition. As already pointed out, the judge cannot vary the principle of equality of partition; the Code stipu-

** As to the rights of creditors after division, we shall deal with that under heading 5.6.

lates that it must be equal. However, in the case where a spouse wishes to retain certain property that is subject to partition, article 514 enables that spouse to reimburse the other “by paying all or part of what is due”.

Lastly, if the parties do not agree on the assessment of the property, it is done by experts designated by the parties or by the Court (art. 516).

In conclusion, we can say that the legislator, in enacting the regime of partnership of acquests, has tried to simplify the mechanisms of dissolution of the regime as existed under community of property. Nevertheless, the procedure remain quite intricate. Is that the price to be paid to obtain a property regime which really does justice to the spouses? The following is the opinion of Caparros on the subject:

“Between the date of dissolution of the partnership of acquests and the time where the partition and last recourses are settled, there is a considerable number of mechanisms, techniques and options that are put into play. At first sight, one finds a somewhat harassing intricacy about it, but upon closer examination, a comforting realism is discovered in it. It is, in fact, impossible to proceed with the liquidation of a matrimonial regime, or any other liquidation involving persons, property and opposing interests, without encountering difficulties. *The advantage of the Québec legislation on the partnership of acquests is to have known how to settle these difficulties and to have tried to resolve them.*”⁽¹¹⁹⁾
(translation)

B. THE COMMON LAW PROVINCES

In the majority of the common law provinces, the basic rule is to the effect that the division of family property is done on an equal footing. For instance, the Ontario Act is based “on the principle that mutual contribution, financial or other, by the spouses to the family well-being is inherent in the matrimonial relationship and must entitle both spouses to an equal division of the family property upon dissolution”.⁽¹²⁰⁾ This same principle is also the basis of the Acts of Prince Edward Island [s. 5(1)], New Brunswick [s. 3(1)], Nova Scotia (s. 12), Newfoundland [s. 19(1)], Saskatchewan[s. 21(1)] and British Columbia (s. 43).

There are exceptions to the right of equal division and the Court may change the proportion thereof in certain circumstances but, to begin with, the principle holds true that the division *must* be made equally.

APPENDIX I

5.2.1.2 *Provinces where there is no presumption of equal division*

Alberta and Manitoba have a different rule. In these provinces, the division is subject to judicial discretion. It may be equal, but there is no presumption to that effect and the Court has the power to determine the amount of the shares in each case.

For instance, section 7(1) of the Alberta Act stipulates:

“7(1). The Court may, in accordance with this section, make a distribution between the spouses of all the property owned by both spouses and by each of them.”

As to the Manitoba Act, section 12 stipulates:

“12. Subject to section 13, spouses each have the right upon application to have an accounting of assets under section 14 and an equalization of assets under section 16.”

It can be seen, therefore, that in these provinces, although the division remains a right for the spouses, the proportion is left to the judgment of the Court.

We shall now see what are the derogations in the division.

5.2.2 *The derogations to equal division*

There are two types of possible derogation to equal division: unequal division of the family property and the division of property other than family. All the common law provinces allow the Court to vary the proportion in the division of family property; moreover, the common law provinces authorize the Court to divide property other than family according to certain rules.

With regard to these changes in the proportion of the division, the Acts establish a general approach and that approach is taken in terms of different factors. The Acts give, therefore, some indications which detail in what way the discretionary power of the judge must be exercised.

Two questions arise with regard to this section: what does this general approach consist of? And what weight can be given to the specific factors enumerated in the Act? In addition to replying to these questions, we shall see in what way the Courts have interpreted their power to derogate from equal division in certain cases.

5.2.2.1 *The general approach*

The general approach is to the effect that the Courts can order unequal division of property where equal division would prove to

inequitable. That is the first point to consider; next, the Courts must examine the specific criteria of derogation enumerated in the Act.

For instance, in Ontario, the basic criteria is the inequity of the division [s. 4(4)], whereas Newfoundland uses the criteria of “grossly unjust” or “unconscionable” (s. 20) and Manitoba mentions a “grossly unfair” or “unconscionable” division [s. 13(1)]. As a general rule, the other provinces have the same basic criteria.

It should be pointed out that the Courts of Ontario, British Columbia and Saskatchewan generally hold to the rule of equal division and where they order unequal division, it must be justified in relation to the specific criteria of the Act.

Until now, the Ontario Courts have given restricted interpretation to the exceptions to equal division.⁽¹²¹⁾ This is how the judge expressed himself in *Silverstein v. Silverstein*⁽¹²²⁾ as to the manner in which the Courts must consider derogations to equal division:

“It is my opinion that a Court should be loath to depart from that basic rule, and it should exercise its power to depart from that rule only in clear cases where inequity would result, having regard to one or more of the statutory criteria set out in clauses (a) to (f)”

In British Columbia, the Courts have expressed themselves occasionally as to the general approach allowing the Courts to derogate from the rules of equal division. In *Margolese v. Margolese*,⁽¹²³⁾ the judge rejected the argument to the effect that the approach of the Ontario Courts is inapplicable in British Columbia. According to the judge, the Courts cannot deviate from the criteria of division determined by the Act, unless there are specific grounds. A restrictive interpretation of the exceptions to division is, therefore, held. However, in *Udrea v. Udrea*,⁽¹²⁴⁾ the judge adopted a more liberal approach: “I think that I can pretty much do what I think is fair having regard to the matters enumerated in 51(a) to (f)”.

In certain provinces the jurisprudence is to the effect that the Courts are justified in granting an unequal division where the definition given by the family property Act does not reflect the premise whereby services rendered to the family must receive economic recognition.⁽¹²⁵⁾

Similarly, the criterium of equity generally applies in determining if the property other than family can be divided. Such property is not usually subject to division, however, where only unequal division of the family property would prove to be inequitable, the Court is then authorized to divide the property other than family.

APPENDIX I

In Alberta, Saskatchewan and British Columbia, the criterium of equity is applied fairly broadly but in accordance with different terms and conditions. In Saskatchewan, the Court may order division of the property other than family only where it appears unfair and inequitable not to make such a distribution; whereas in Alberta, the Court may order such a division to the extent that it considers fair and equitable. In British Columbia, division of the property other than family is granted in cases where it would prove to be inequitable not to order such a division. In this latter province the Court, it seems, authorizes fairly readily such division of property other than family.

Ontario, Prince Edward Island and New Brunswick apply more restricted criteria. Section 4(6) of the Ontario Act prescribes as follows:

“4(6). The Court shall made a division of any property that is not a family asset where

- (a) a spouse has unreasonably impoverished the family assets; or
- (b) the result of a division of the family assets would be inequitable in all the circumstances, having regard to
 - (i) the considerations set out in clauses (4)(a) to (f), and
 - (ii) the effect of the assumption by one spouse of any of the responsibilities set out in subsection (5) on the ability of the other spouse to acquire, manage, maintain, operate or improve property that is not a family asset.”*

The spouse, then, must have unduly impoverished the family property, or division of solely the family property must prove unfair. With regard to unequal division of the family property, the Act refers to some specific factors that authorize division in certain cases. It seems that the Courts do not grant division of the property other than family if they are unable to refer to one of these criteria. However, although generally strict, the judges display a fairly broad interpretation in certain decisions.⁽¹²⁶⁾

* Section 4(6)(b)(ii) dealing with the division of property that is not a family asset comes into conflict with section 8 dealing with compensatory payment. We shall see further that the Courts have had some difficulty in distinguishing between the two provisions.

5.2.2.2 *Specific Criteria*

As we have already seen, the Courts generally refer to certain specific criteria in order to justify an unequal division of family property or a division of property other than family where it would be inequitable to order only an equal division of the family property.

The specific criteria enumerated in the Act cannot be taken into consideration independently; they must be examined in the light of the general criteria and in relation to one another. There are several variants between the Acts: the criteria enumerated are not always identical and where they are the same, the jurisprudence frequently gives a different interpretation of them.⁽¹²⁷⁾

i. *Duration of the marriage and period of cohabitation*

Certain Acts specifically provide for the duration of the marriage⁽¹²⁸⁾ and most take into consideration the period of cohabitation or separation of the spouses.⁽¹²⁹⁾ Saskatchewan expressly takes account of a period of cohabitation that precedes the marriage; this criterium is considered in the jurisprudence of other provinces even where specific mention is made in the Act.⁽¹³⁰⁾

It must be pointed out that in all the provinces, except in Manitoba and Saskatchewan, the duration of the marriage or the period of cohabitation has no impact on the classification of family property.

Where a spouse has made no contribution in a marriage of short duration, that spouse may be deprived in part of his or her share in the family property, whereas in a marriage of lasting duration the Courts are authorized to divide the property other than family. Similarly, the division is reduced where there has been a lasting marriage but where there have been numerous or prolonged periods of separation.

ii. *Agreements between the parties*

If the family contracts may exclude the provisions of the Act, what happens to agreements concluded between the parties and that cannot be considered as family contracts within the meaning of the Act? Certain Acts authorize the Courts to take such agreements into consideration in order to vary division of the property.⁽¹³¹⁾

APPENDIX I

iii. *Contributions of the spouses*

All the Acts allow the Court to vary the division where one of the spouses has made contributions benefiting the assets of the other spouse.

Work at home is sometimes considered as a valid contribution allowing the proportion of the division to be varied; however, it seems accepted in jurisprudence that work at home that can be considered normal does not entail a variation of the equal division. The general rule (equal division) can be changed only where there is an “extraordinary” contribution in work at home⁽¹³²⁾ or where equal partition of the property does not sufficiently compensate the contribution of the spouse in work at home, even if that was accomplished ordinarily.⁽¹³³⁾

The other types of contribution allowing variation of the proportion of the division are fairly restricted: these may be a contribution in money (direct or indirect) or assistance in the acquisition, preservation and maintenance of certain types of property belonging to the spouse. In certain cases, assisting in the career or future career of the other spouse will be considered.

As we have already seen, British Columbia has a particular place in the matter of contribution because that factor allows not only the proportion of the division to be varied but also contemplates the qualification of the property. It is, therefore, used in two connections and thereby is of particular importance.

iv. *Circumstances relating to acquisition, usage and disposal of property*

This heading deals with the origin of a property as well as its nature, its use (preservation, maintenance and improvement) and, finally, the disposal or the transfer of that property. We shall see in what way these factors allow the proportion of the property to be varied.

a) *Origin of the property*

This factor must be considered under two aspects: the time of the acquisition of the property and the way in which the property was acquired, that is, if it was acquired by gift or inheritance or otherwise.

In certain provinces,⁽¹³⁴⁾ the Court is authorized to consider the fact that property was acquired by gift and it may in such circum-

stances, refuse division of that property. The refusal of division of that type of property (regardless of its qualification) is probably made in the perspective of honouring the wishes of the testator.

However, that is not always the case. For instance, where a dwelling has been acquired by gift, but has served as the family residence for years, it will be divided equally between the spouses at the time of division.⁽¹³⁵⁾ Similarly, variation of the proportion of the division may be made where a spouse has made a contribution to the improvement of property received as a gift by the other spouse.⁽¹³⁶⁾

In Alberta and Manitoba the Courts may also take into consideration the fact that a property was acquired by gift; however, in Manitoba, that factor is considered only where the spouse holds property of a high value through a gift received or by inheritance.⁽¹³⁷⁾

All the provinces, except Alberta and Manitoba, take into account the date of acquisition of the property as a ground allowing the Courts to refuse division of property other than family. For instance, property acquired several months after separation and through personal savings of the spouse will probably not be subject to division even where division of only the family property would prove to be inequitable and it is then possible to order division of property other than family.

b) *The nature and use of the property*

If the property is commercial, its nature and use is a variation factor of equal division in the Manitoba legislation [s. 13(2)(g)]; no other Act mentions that factor.

That property be held in co-ownership with a third party is found in the Acts of Alberta [s. 8(c)], and Saskatchewan [s. 21(2)(n)]. Where the property is held in co-ownership and it is used together with the third party, it is possible to vary the rules of division established by the Act.

As to use made of a property, that is a criterium found in several Acts.⁽¹³⁸⁾ That criterium is, therefore, used both to vary the general approach of the Act with regard to division and to qualify the property.

c) *Transfer and disposal of property*

The general rule is to the effect that the Courts may always take into consideration the alienations made by the spouses during the marriage or the separation.

That is a criterium specifically enumerated in certain Acts.⁽¹³⁹⁾ In fact, certain types of disposal are prohibited. Where, in British Columbia, only the date of disposal may be taken into consideration, in the other provinces, it is the very nature of the disposal which is important. For instance, in all the Acts (except to a certain degree in British Columbia), a transfer of family property that causes prejudice to the rights of the other spouse may entail a variation of the rule of division of family property and even division of property other than family. The basic criterium is the unfairness or prejudice caused to the other spouse.

As a general rule, where there has been unreasonable impoverishment of family property, many Acts then authorize the Court to divide the property other than family. That is usually the case where one of the spouses has dissipated his or her property.⁽¹⁴⁰⁾

The remedies open to the Court to compensate for dissipation of property are of two types: direct and indirect. For instance, in certain cases, the Court may take the value of the transfers into consideration and order a division of property which takes that into account.⁽¹⁴¹⁾ More specifically, the Court may order the transferee to remit to the other spouse either a sum of money⁽¹⁴²⁾ or a part or the whole of the property.⁽¹⁴³⁾ However, Alberta and Saskatchewan protect the third party who is in good faith and, in that case, it is probable that a Court would rather order a variation of the distribution than a reimbursement. In some provinces, the Court may examine the manner in which the property was acquired and may thus take into consideration a gift between the spouses in order to modify the proportion of the division.⁽¹⁴⁴⁾

v. *The financial situation of the spouses*

In the majority of the common law provinces, except in British Columbia and Newfoundland, the division is ordered without regard to the support obligations of the spouses. However, the Court must consider the general financial situation of the spouses and, indirectly, the fact that one spouse has a substantial support responsibility may influence the determination of the division.

In five provinces, the Court is authorized to specifically take into account the debts of the spouses.⁽¹⁴⁵⁾ In the other provinces, the Court may have reference to debts as well as to other factors.⁽¹⁴⁶⁾ The Court may also consider the immediate financial consequences of the division (for example, with regard to income), as well as the respective needs of the parties and the standard of living of the spouses during the marriage. On this latter point, the objective of the Court may be to maintain the spouses in a like standard of living having regard to their age, their various obligations and their present and future possibilities of ensuring their subsistence.

vi. *The conduct of the parties*

As a general rule the Courts refuse, upon division of the property, to take into consideration the conduct of the parties. In the opinion of the judge in *Stammler v. Stammler*:⁽¹⁴⁷⁾

“ . . . the legislation intends that contribution to the marriage in human terms, both positive and negative, is not to be taken into consideration.”

That opinion is expressed in the greater part of jurisprudence. However, the Court may sometimes vary the division in terms of the very important contribution of a spouse in the matrimonial relationship or, on the contrary, of the lesser participation of that spouse.

In short, it appears that the Courts of the common law provinces have a fairly wide discretion to vary the proportion of the division, which is not the case in Québec where division of the acquests is always made in equal parts.

Furthermore, the Courts of the common law provinces have sufficiently wide powers with regard to the form the distribution of the property may take; for example, the Courts may order that a property be divided or sold, or that it be transferred in ownership or in trust to one of the spouses. Generally, any form of distribution is possible and it is especially the nature of the property that influences the type of distribution.⁽¹⁴⁸⁾

5.3 *GIFTS STIPULATED IN THE MARRIAGE CONTRACT*

What happens to gifts stipulated in the marriage contract upon dissolution of the regime? We studied this point under heading 3.3 in examining the effects of family contracts; we shall now take a closer

APPENDIX I

look at how these clauses in the marriage contract correspond with the legal provisions of the dissolution of the regime.

A. IN QUÉBEC

The former article 208 C.C.L.C. sets forth the principle of the non-effect of divorce on gifts contained in the marriage contract, both those stipulated *inter vivos* and those granted in contemplation of death. That article was repealed on 1 December 1982.

Articles 557 and 558 prescribe the new rules:

“Art. 557. Divorce entails the lapse of gifts *mortis causa* made between spouses in consideration of marriage.”

“Art. 558. Divorce does not entail the lapse of other gifts *mortis causa* or gifts *inter vivos* made to spouses in consideration of marriage.

However, the Court, when granting a divorce, may declare gifts under this article lapsed or reduce them, or order the payment of the gifts *inter vivos* deferred for such time as it may fix.”

It will be seen, therefore, that generally, divorce or separation as to bed and board does not nullify gifts spouses make to one another in their marriage contract, with the exception of gifts made *mortis causa* in consideration of the marriage because such provisions are considered as testamentary. These provisions, in fact, receive the same treatment whether there be nullity of the marriage (art. 437) or divorce (art. 557): such gifts are rendered null or lapse. The repeal of article 208 C.C.L.C. has removed the judicial discretion that existed on that point. As to gifts made by third parties or gifts *inter vivos*, they remain valid, but the Court may either annul or reduce them or defer payment thereof. On this point, therefore, the discretionary power remains and it may take into consideration the conduct of the parties.

It can be said, then, that just as in the former law, divorce or separation does not automatically cause gifts *inter vivos* by marriage contract to lapse, but the Court's discretionary power may be exercised on this point either in annulling or varying such gifts, or in ordering that they be executed in accordance with the agreement.

In this sense, it may also be said that the former jurisprudence is applied.

It is frequently questioned whether the Courts must or may comply with what is called the “divorce clauses”, that is, the accommodations

made by the parties in consideration of a possible separation. It was stipulated, therefore, that divorce or separation as to bed and board was a cause of requirement or revocation of the gifts made by marriage contract. In respect to such clauses, an author expressed the following opinion regarding the attitude of the Courts:

“Following upon several judgments, some of which are recent, it can be stated that the Courts give full effect to the wish stipulated by the parties at the time of signing of the marriage contract, either to revoke, or to maintain the gift requirement.”⁽¹⁴⁹⁾ (translation)

It is probably in that perspective that the Courts will continue to examine such clauses and rule on what happens to gifts provided by the marriage contract upon divorce or separation as to bed and board.

B. THE COMMON LAW PROVINCES

In the common law provinces, separation as to property was not affected by gifts, contrary to the notarial practice in Québec. Spouses are not, therefore, in the habit of granting gifts to one another by means of the marriage contract. The recent reforms must be examined to see if that practice has been changed.

5.4 *PREFERENTIAL AWARD OF THE FAMILY RESIDENCE AND THE HOUSEHOLD FURNITURE*

The Court's power to award exclusive possession of the property serving as the family residence to one of the spouses dates from the recent reforms. Formerly, even the Act which assured a certain protection of the family residence (the dower Acts and the homestead Acts) did not provide that alternative.

In most provinces, the Court may now make an order for exclusive possession of the family residence upon dissolution of the matrimonial bond. Under what circumstances and according to what terms and conditions may such an order be made? That is what we shall examine under this heading.

A. IN QUÉBEC

Québec differs from the common law provinces in the fact that it does not generally authorize the Court to award exclusive possession of the family residence to the non-owner spouse in the case of separation as to bed and board or divorce. A right of ownership may only be awarded as compensation to the spouse who has made a contribution and enriched

APPENDIX I

the estate of the other spouse (see heading 5.5), and only in the case of divorce, because in separation as to bed and board only a right of occupancy may be awarded. Except for that case, no exclusive possession order may be made with regard to the family residence.

However, the Court may, upon separation as to bed and board or divorce, award a right of occupancy of the former family residence to the non-owner spouse.⁽¹⁵⁰⁾ Furthermore, pursuant to article 457 C.C.Q., the Court may, in separation as to bed and board, divorce or annulment of the marriage, and upon application thereto, award the lease of the family residence to the spouse of the lessee. If such an order is made, “the award binds the lessor upon being served on him and relieves the original lessee of the rights and obligations arising out of the lease from that time forward”. In the same cases, the Court may award to one of the spouses the ownership or use of the household furniture and of which the other spouse is owner.

The preferential award exists, however, where the matrimonial regime of partnership of acquests is dissolved as a result of the death or absence of a spouse. In that case, the surviving spouse may require that his or her share include the family residence, the household furniture or any other partitionable family property (art. 515). Bill 20 proposes the introduction of a similar rule in succession matters, independently of the matrimonial regime.

B. THE COMMON LAW PROVINCES

In all the common law provinces the Court may, upon dissolution of the matrimonial bond, award exclusive possession of the family residence to either spouse.⁽¹⁵¹⁾

In five of these provinces, certain conditions have to be met to have exclusive possession ordered. For instance, in Ontario, Prince Edward Island, New Brunswick, Nova Scotia and Newfoundland, that order can be made only if all other measures concerning the family residence are inadequate or if the interests of the children so demand.

In Alberta and Saskatchewan, the Acts do not stipulate any prerequisite but offer a list of factors which the Courts may consider before exercising their jurisdiction. For example, there are the following factors: the financial situation of the spouses, the needs of the children and, lastly, the other possible remedies. Furthermore, the Saskatchewan Act refers to the conduct of the spouses and to other relevant circumstances.

In *Crites v. Crites*, the judge was of the opinion that the “need” of a spouse is the prime factor to be considered.

“ ‘Need’ is the major factor to be considered in an application for exclusive possession under section 5.”⁽¹⁵²⁾

The Court determines the period of exclusive possession; it is, therefore, only for a limited time and it may terminate if the spouse who has title to the family residence disposes of his right thereto.⁽¹⁵³⁾

However, the Acts grant a certain protection to the spouse who holds an exclusive right of possession. Firstly, certain provisions prohibit alienation of the family residence without the consent of the other spouse (see heading 2.2.2), and other provisions specifically contemplate third party actions.⁽¹⁵⁴⁾

5.5 COMPENSATORY PAYMENT

This notion has already been mentioned briefly under heading 2.2.3. We shall now deal with it more explicitly because it is upon dissolution of the regime, or thereafter, that the compensatory payment is made.

As we previously pointed out, the aim of these provisions is to re-establish balance between the spouses with respect to the estate.

A. IN QUÉBEC

The provisions concerning the compensatory allowance came into force on 1 December 1982. They are, therefore, relatively new provisions.

Article 559 applies in divorce matters whereas article 533 deals with separation as to bed and board and article 735.1 C.C.L.C. with death. The principle governing compensatory payments is set forth in article 559 C.C.Q. To be entitled to a compensatory allowance, the spouse must have contributed to the enrichment of the other spouse. It is unimportant that there be a cause for the contribution that was made.

“Article 559 C.C.Q. does not retain the traditional principles of enrichment without cause and one must solely establish if the contribution by a spouse has contributed to the enrichment of the estate of the other without questioning if that contribution was made with or without a cause.”⁽¹⁵⁵⁾
(translation)

What actually constitutes a contribution giving rise to compensation? Certain contributions do not seem to pose any difficulty: for instance, a contribution in property, a loan in money and the collaboration in a commercial or family business belonging to the other spouse.

APPENDIX I

The case of household work seems more problematic and jurisprudence is divided on that point. However, where household work goes beyond the legal obligation of the spouse who thus makes his or her contribution to the expenses of the marriage (art. 445), its validity as a contribution no longer appears in doubt.⁽¹⁵⁶⁾ What happens in the other cases? At present, there are two schools of thought in jurisprudence on this point: certain judgments consider household work to be a contribution of the spouse to household expenses and are unanimous in stating that it is not a contribution unless it be an addition, while other judgments accept household work as a contribution without there being the necessity of restricting its acceptance. It should be pointed out that the Court of Appeal in a recent judgment, *Globensky v. Poirier*,⁽¹⁵⁷⁾ supports the first school of thought and refused to consider household work as a valid contribution where it is reasonably done. However, that position is undoubtedly not definitive.

Where it is determined that there has been a contribution, in what way is the allowance established and paid to the spouse entitled thereto?

The allowance is established in terms of the contribution, which must be assessed in a discretionary manner where it is made other than in property or money, as well as in accordance with the benefits obtained from the matrimonial regime and the marriage contract.

The allowance may be paid in a lump sum or by instalments. Furthermore, the second paragraph states that “the compensatory allowance may be paid, wholly or in part, by the granting of a right of ownership, use or habitation in accordance with articles 458 to 462”. This right of ownership, possession or habitation of the family residence is often awarded where the allowance is difficult to assess⁽¹⁵⁸⁾ or where the spouse’s estate does not permit the award of another type of compensation (e.g., a sum of money).⁽¹⁵⁹⁾ In fact, the contribution as well as the amount of the allowance are often difficult to precisely assess.

In closing, it should be noted that these provisions are more frequently used under the regime of separation as to property than under the partnership of acquests, the legal regime already awarding a certain partition of property, thus avoiding inequities. However, a spouse married under partnership of acquests may, in certain cases, be entitled to a compensatory allowance; for example, where he or she has contributed to the acquisition of private property by the other spouse or where he or she has enriched the value thereof.

B. THE COMMON LAW PROVINCES

Not all the common law provinces deal with compensatory allowance in their Acts; only the Acts of Ontario (s. 8), Prince Edward Island (s. 8),

New Brunswick (s. 42), Nova Scotia (s. 18) and Newfoundland (s. 27) have provisions to that effect.

As in Québec, these provisions are intended to compensate the spouse who has contributed and enriched the estate of the other spouse; that contribution is examined independently from the rules of partition. In New Brunswick, however, no compensatory payment can be ordered if a partition has already been made in accordance with the general approach of the Act [s. 42(8)]. In the other provinces the double application (in accordance with the general approach, then in relation to a compensatory payment) does not usually cause difficulty. It must be admitted that in practice, confusion sometimes occurs between the notion of partition and that of compensatory allowance.

The contribution must be made taking into account certain types of property, except in New Brunswick where it may comprise all property. In Nova Scotia and in Newfoundland, the contribution must be made to commercial property and in Ontario and in Prince Edward Island, it may be only in respect of property other than family.

As an example, section 8 of the Ontario Act reads:

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

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

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

The contribution may be made in a number of ways: it may be in a loan of money, collaboration in work, assistance in order to acquire, maintain, repair a property, etc. That contribution may be direct (e.g.: a loan of money) or indirect (e.g.: assistance in the maintenance of private property).

Problems also arise in the common law provinces with regard to housework; in spite of the statement to the effect that the contribution

APPENDIX I

must be considered “without taking into account the fact that a spouse of that sex normally would make that contribution”, the position of the Courts seems ambivalent.⁽¹⁶⁰⁾ In *Leatherdale v. Leatherdale*,⁽¹⁶¹⁾ the Supreme Court refused to consider housework as a valid contribution giving rise to a compensatory payment under section 8 of the Ontario Act. Chief Justice Laskin echoes the words of Judge Lacourcière of the Court of Appeal:

“ . . . a wife is not entitled to an award under 5.8 simply because she has been a zealous wife and mother, freeing the husband for the pursuit of great income and assets which may become non-family assets.”⁽¹⁶²⁾

Where the contribution is proved, the Courts may then render an order to compensate that contribution.

The compensation may be made by a sum of money; furthermore, a spouse who contributed to the acquisition or maintenance of a property by the other spouse may be awarded a share in that property. In fact, the nature of the compensation essentially depends on the type of contribution that is made. For example, if it is a loan of money, the compensation will probably be effected in the form of an equivalent sum of money. Obviously, in that assessment, each case is a special one subject to the judgment of the Court which has to estimate the degree and nature of the compensation.

In closing, it should be pointed out that a conflict arises in the Ontario legislation between section 8 dealing with compensatory payment and section 4(6) dealing with property other than family. Jurisprudence has examined the difference between these two provisions. In fact, they both authorize the division of property other than family; section 4(6), where division of only family property would prove unfair for one of the spouses; section 8, with regard to recognition of the contribution of a spouse to the enrichment of the other spouse. But in *Leatherdale v. Leatherdale*,⁽¹⁶³⁾ it is pointed out that section 4(6) applies only where there has been “inequitable division of the family estate”, and if that is not the case, only section 8 may apply in order to compensate the contribution of one of the spouses. There would be cases, no doubt, where both sections would apply but it would seem difficult to believe that the sums would then be cumulative.

CHAPTER 6. CONFLICT OF LAWS

In this chapter, we deal with the rules of private international law which govern matrimonial regimes and marriage contracts. These rules

are of particular importance in a comparative study of the property regimes in Canada. In fact, it happens fairly regularly that couples move from one province to another during their marriage and it is interesting and important to see the legal consequences of such displacement.

The majority of the new Acts respecting property regimes contain specific provisions dealing with conflict of laws; in Québec, it is the Civil Code of Lower Canada which governs problems of private international law.

We shall briefly examine, therefore, in what way the different Canadian Acts organize their rules of conflict of laws in respect of property regimes and marriage contracts.

A. IN QUÉBEC

Québec private international law contains rules relating to marriage contracts and other contracts with regard to the legal matrimonial regime.

i. The rules of private international law governing marriage contracts

Reference must be made to the rules governing contracts in general.⁽¹⁶⁴⁾ The form of the marriage contract is prescribed by section 7 C.C.L.C.

“7. Acts and deeds made and passed out of Lower Canada, are valid if made according to the forms required by the law of the country where they were passed or made.”

The basis of the marriage contract is governed by the rule of “the autonomy and the will” expressed in article 8 C.C.L.C.:

“8. Deeds are construed according to the laws of the country where they were passed, unless there is some law to the contrary, or the parties have agreed otherwise, or by the nature of the deed or from other circumstances, it appears that the intention of the parties was to be governed by the law of another place; in any of which cases, effect is given to such law, or such intention expressed or presumed.”

Theoretically, the spouses may, therefore, choose the law that will apply to their deed. A marriage contract validly drawn up in Ontario under the Ontario Act could, then, be considered valid in Québec. Furthermore, with regard to marriage contracts, article 463 C.C.Q. stipulates:

APPENDIX I

“463. Any kind of stipulation may be made in a marriage contract, subject to the imperative provisions of law, public order and good morals.”

The spouses may, therefore, if need be, adopt the regime of a law of another jurisdiction if they comply with the imperative provisions of the Québec law (primary regime), public order and good morals. However, the question arises whether the Courts would not require that there be an attachment factor between the spouses and the law they choose to govern their marriage contract. Otherwise, could it not be said that the contract is contrary to public order? For instance, Professor Talpis is of the opinion that the regime chosen must be “at least that of the future husband, the future wife, of the first common domicile or the place of solemnization of the marriage”.⁽¹⁶⁵⁾

Lastly, as section 8 C.C.L.C. indicates, where the parties have not determined the law that will apply to them, or where their intention cannot be discerned upon the reading of the contract, it is the law of the place where the deed has been executed that will govern the marriage contract.

ii. *The rules of private international law governing the legal matrimonial regime*

At present, there is no clear qualification of the legal matrimonial regime in private international law.

It is jurisprudence that has established the rule in this matter; in the absence of a marriage contract, the principle of free will is followed and the intention of the parties at the time of their marriage is sought to be ascertained. There is a presumption to the effect that they have chosen the law of their domicile; therefore, the criterium of matrimonial domicile is generally applied.

“According to Québec law, the domicile of the spouses at the time of their marriage fixes their matrimonial status, and they are deemed in the absence of a marriage contract to have adopted the law of that domicile for the determination of their property rights.”⁽¹⁶⁶⁾

What is the matrimonial domicile? The definition of this term is subject to argument. Before the reform of family law, most of the Court of Appeal jurisprudence was to the effect that it was the domicile of the husband at the time of marriage,⁽¹⁶⁷⁾ whereas the

Superior Court jurisprudence seems to prefer the domicile where the spouses established themselves immediately after the marriage.⁽¹⁶⁸⁾ From the coming into force of the new Civil Code, doctrine and jurisprudence are divided on this point, certain opting for the common domicile of the spouses at the time of marriage, some preferring the domicile where the spouses establish themselves immediately after the marriage.⁽¹⁶⁹⁾

It is to be noted that since the reform and amendment of article 83 C.C.L.C., the wife no longer necessarily acquires the domicile of the husband. This new rule could change the determination of the “matrimonial domicile”. For instance, in the opinion of Madam Groffier, the change in article 83 could support the jurisprudence school of thought which favours the domicile where the spouses establish themselves immediately after the marriage:

“With the reform of article 83 C.C.L.C., it seems that such jurisprudence of exception must become more frequent because the wife no longer acquires the domicile of the husband at the time of solemnization of the marriage but rather at the time where she establishes with her husband the principal place of residence with the intention of living there.”⁽¹⁷⁰⁾
(translation)

There is, however, a clearly fixed rule: change of domicile of the spouses does not affect the legal matrimonial regime, nor the Act which applies to it.⁽¹⁷¹⁾

What is intended by “matrimonial regime” must also be defined. Recently, the Superior Court⁽¹⁷²⁾ considered that the regime of “family assets” of Ontario did not really constitute a matrimonial regime.

In that case there was an application for division following a decree of divorce. The wife claimed division of the family property and cited the provisions of the *Family Law Reform Act* of Ontario. At the time of their marriage, the parties were domiciled in Ontario and it was in that province that they established their matrimonial domicile. Afterwards, they established themselves in Québec. In accordance with the rule whereby the legal matrimonial regime and the applicable Act are not modified by a change of domicile, the wife was conceivably authorized to make such application.

Nevertheless, the Court refused the application. According to the Court, the legal matrimonial regime of Ontario was not

APPENDIX I

amended by the coming into force of the *Family Law Reform Act* and the spouses remained governed by the regime of separation as to property:

“The Court concluded, therefore, that the object of the *Family Law Reform Act 1978* was not to modify the legal regime of separation as to property in that province. The spouses retain ownership of the property belonging to them during the marriage. Upon dissolution of the marriage other than by death, or upon separation of the spouses, a spouse may, however, apply to the Ontario Court in order that such Court may exercise the discretion conferred upon it in the matter of partition of family assets.

“The Court concluded, therefore, on this question, that the *Family Law Reform Act 1978*, enacted by the Legislature of Ontario is applicable only in cases of divorce, separation or annulment of the marriage which are the jurisdiction of the Courts of that province.

“The spouses who are subject to the jurisdiction of the Québec Courts in matters of divorce, separation or annulment of the marriage and who are married under the legal regime of separation as to property in the province of Ontario cannot apply to the Courts in Québec to have the *Family Law Reform Act 1978* implemented in Québec.” (translation)

There will certainly be problems on this subject in the future because Québec refuses to consider the Ontario rules as constituting a matrimonial regime, while Ontario tends to order division of property of the spouses without necessarily taking into account the existing matrimonial regime whether Ontarian or of another jurisdiction.⁽¹⁷³⁾

B. THE COMMON LAW PROVINCES

Before considering the rules of private international law contained in the new division Acts, let us briefly examine what are the traditional rules of conflict of common law Acts in the matter of marriage.

i. *Traditional rules of common law in marriage*

The applicable rules are different depending on whether or not there is a marriage contract or an agreement between the parties.

If there is a marriage contract or an agreement between the parties, it is that contract or that agreement that determines the rights of the spouses as to property. The applicable law will be the proper law of the contract, that is, either the law expressly chosen by the parties or the one which is the more closely related to the contract.⁽¹⁷⁴⁾ A subsequent change of domicile does not affect the applicable Act; in fact, domicile is not considered as a relevant factor. The rule of immutability is the one that is favoured.

Where there is no marriage contract between the parties, reference is usually made to the Act applicable to property. In fact, in common law the distinction moveable/immoveable of civil law is unknown but, nevertheless, it has been adopted in the matter of conflict of laws. For instance, the law of domicile of the husband is applied to the family moveables at the time of their acquisition, while the law of their situation is applied to immoveables (*lex situs*).

ii. *Amendments to the rules of conflict of laws by recent reforms*

The recent reforms have given rise to two major changes which have required certain adjustments in the matter of conflict of laws. Both by the creation of equality between man and woman and the establishment of a new type of property, namely, family property, it became difficult to continue to favour the domicile of the husband and it proved necessary to establish a new rule of conflict relating to the family property.

It is because of these changes that many Acts have varied the traditional rules of conflict of laws in order to adapt them to the new legal reality.

a) *Specific rules in the legislation in the matter of conflict of laws*

Some provinces, in their legislation on division, have specific rules in the matter of conflict of laws: these are Ontario, Prince Edward Island and Nova Scotia.

Ontario

The Ontario Act deals with the conflict of laws in three different provisions: these are sections 13, 49 and 57. The traditional rules have been varied to take into account the fact that the wife does not immediately acquire the domicile of her husband and the new distinction between family and other than family property.

APPENDIX I

Where there is a marriage contract or agreement between the spouses, it is that contract or agreement which regulates the disposal of property upon dissolution of the regime, with the exception of the family residence which is subject to new rules.

Where there is no marriage contract or agreement between the spouses, the family moveables are now subject to “the internal law of the place where the spouses had their last common habitual residence”. As to immoveables, these are subject to the internal law of the place where they are situate (*lex situs*). Lastly, there is a third rule with regard to divisible property (moveables and immoveables):

these are subject to the internal law of the place where the spouses had the last common habitual residence.

It is section 13 of the Act that sets forth these rules:

“13(1). The division of family assets and the ownership as between spouses of movable property wherever situate are governed by the internal law of the place where both spouses had their last common habitual residence or, where there is no place where the spouses had a common habitual residence, by the law of Ontario.

(2). The ownership of immovable property as between spouses is governed by the internal law of the place where the land is situated, but where the law of Ontario is applicable respecting the division of family assets, the value of the property may be taken into consideration for the purposes of section 4.”

The new legislation opts, therefore, for mutability of the regime, contrary to the traditional rules of common law which prescribed immutability of the regime.⁽¹⁷⁵⁾ Section 13(1) deals with most of the spouses' property, that is, all the moveable and all the divisible property. The immoveables remain subject to the law of the place where they are situate and may not, therefore, be subject to the rules of the Ontario regime. Nevertheless, the Court may, where the Ontario Act applies to the division of property, take into consideration any immoveable held by one of the spouses and situate outside the province (s. 57).

In principle, the Ontario Act has retained the distinction in common law with reference to the existence or absence of a

marriage contract between the spouses. Nevertheless, jurisprudence has interpreted section 13 as though that distinction no longer existed.

For instance, in *Sinnett v. Sinnett*,⁽¹⁷⁶⁾ the marriage contract was set aside in order to apply the Ontario Act. That judgment concerned spouses married in Québec, subject by their marriage contract to the regime of separation as to property, and who afterwards moved to Ontario and there purchased a family residence. The judge concluded that the marriage contract does not affect the right of the husband to apply for equal division of the family residence pursuant to section 4(1) of the Ontario Act.

The following is an author's interpretation of that judgment: " . . . the initial impression was that the contractual provisions were void as a result of violations of mandatory provisions of the *Family Law Reform Act*".⁽¹⁷⁷⁾

In another judgment, *Kerr v. Kerr*,⁽¹⁷⁸⁾ the judge refused the proposition whereby the distinction in common law between the absence and the existence of a marriage contract had been abolished by the new legislation; nevertheless, he came to the same conclusion as in *Sinnett* and awarded division.

What conclusion is to be drawn from that jurisprudence? According to an author, section 13 must be considered to prevail over the marriage contract:

"Although the reasoning in the case (*Sinnett*) is somewhat unclear, it is submitted that the better interpretation accepts the paramountcy of section 13 of the *Family Law Reform Act*".⁽¹⁷⁹⁾

As previously pointed out, it seems that the Ontario Courts will apply their own rules of division of property in spite of the existence of a marriage contract from another jurisdiction.

Prince Edward Island

The Prince Edward Island legislation has the same rules of conflict as those of the Ontario Act. Section 57 prescribes that the manner and formalities of the contract are governed by "the proper law of the contract". As to the rules of conflict concerning family property, as well as the moveable and immoveable property in the absence of a contract or agreement, they are identical to those of the Ontario Act.

APPENDIX I

Nova Scotia

Similarly, Nova Scotia adopted a similar approach to that of Ontario and Prince Edward Island. Its rules of conflict of laws are similar to those prescribed in the Ontario Act; they are found in section 22 of the Nova Scotia legislation:

“22(1). The division of matrimonial assets and the ownership of moveable property as between spouses, wherever situated, are governed by the law of the place where both spouses had their last common habitual residence or, where there is no such residence, by the law of the Province.

(2). The ownership of immoveable property as between spouses is governed by the law of the place where that property is situated.

(3). Notwithstanding subsection (2), where the law of the Province governs the division of assets, the value of the immoveable property wherever situated may be taken into consideration for the purposes of a division of assets.”

Questions, therefore, arise similar to those posed in relation to the Ontario legislation: the principal point is to determine the interaction which exists between marriage contracts or agreements between spouses and the rules of conflict of laws prescribed by the Act. Does the traditional distinction in the existence or absence of a marriage contract between spouses still prevail in Nova Scotia? It seems that such distinction is no longer justified in view of the new rules of conflict and those concerning the division of property. Considering the similarity of section 22 with the related provision of the Ontario Act, the same jurisprudence applies and the conclusion may be assumed that, as in Ontario, the Nova Scotian Courts will make the rules of division of property prevail.

b) *Absence in the legislation of specific rules on conflict of laws*

Alberta, Manitoba and New Brunswick

Alberta, Manitoba and New Brunswick have adopted a similar approach with regard to conflict of laws. In these provinces, the Acts do not contain any specific provision of private international law and reference must be made to the rules concerning the jurisdiction of the Court. In general, the basic criterium for

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

determining the jurisdiction of the Court is that of the “habitual residence” of the spouses or one of them.⁽¹⁸⁰⁾ For instance, the Courts of Manitoba apply their legislation to any action commenced in the province if the spouses have their common habitual residence there or if the spouses had their last common habitual residence there, or lastly, where the spouses no longer have common residence, if they were residing habitually in Manitoba at the time of marriage. The Alberta legislation is to the same effect.

Section 44(1) of the New Brunswick Act establishes a somewhat different rule; it may, in fact, be the last habitual residence of just one of the spouses.

“44(1). Parts I, II and III of this Act apply with respect to

(a) property rights as between spouses who maintained their last common habitual residence in the Province; and

(b) where there has been no common habitual residence, to property rights as between spouses one of whom has maintained his or her last habitual residence in the Province.”

It seems that, where the Court has jurisdiction pursuant to the division legislation, it applies the internal law and, on the contrary, if it does not have jurisdiction, it cannot order any division. For instance, in *Wolch v. Wolch*,⁽¹⁸¹⁾ the Court decided:

“ . . . since jurisdiction could not be established under the *Marital Property Act*, no division could be ordered.”

Saskatchewan and British Columbia

In the same sense, the Acts of Saskatchewan and British Columbia do not contain express provision concerning the conflict of laws. In *McKinney v. McKinney*,⁽¹⁸²⁾ a British Columbia judgment, the judge applied the test of the “most appropriate law” and also considered the jurisdiction criterium:

“ . . . where the Court had *in personam* jurisdiction over the defendant, British Columbia law would be applied to the facts of the case so long as British Columbia was *in fact the jurisdiction of most substantial and real connection.*”

APPENDIX I

In the absence of specific rules, it is possible that these provinces will continue to draw from the traditional rules of common law in the matter of conflict of laws. It should be noted that section 21(2)(p) of the Saskatchewan Act authorizes the Court, where the internal law applies, to take into account in the division of property all the spouses' immoveables situate outside the province.

Newfoundland

Lastly, the province of Newfoundland is a particular case because it establishes a specific rule as to the family residence. For instance, the Newfoundland legislation (s. 5) applies to any matrimonial home located in the territory of Newfoundland, even if the spouses were married in another province. Section 30 deals with other property. It stipulates:

“30(1). The division of matrimonial assets and the ownership of moveable property as between spouses, wherever situated, are governed by the internal law of the place where both spouses had their last common habitual residence, or where there is no such residence, by the law of the province.

(2). The ownership of moveable property as between spouses is governed by the internal law of the place where that property is situated.

(3). Notwithstanding subsection (2), where the law of the province governs the division of matrimonial assets, the value of the immovable property wherever situated may be taken into consideration for the purposes of this Part.”

Therefore, the moveable property is governed either by the internal law of the last place of common residence of the spouses or by the law of the province. As to immoveables, they are subject to the internal law of the place where they are situate (*lex situs*); the Court may, however, on the division of family property, take into consideration any immovable owned by one of the spouses and situated outside the province.

CONCLUSION

Now, having examined the rules concerning the various property regimes of the Canadian provinces, what conclusion can be drawn from this analysis?

The changes that have come about in the different Canadian Acts have considerably modified the estate relationships between the spouses. Although the main objective of these reforms has been the same, that is, a much greater equality between the spouses, as well as a much greater autonomy for each of them and better protection for the family, the techniques employed to accomplish these have been different. For instance, Québec, which already had a partition of property regime, has established a whole set of obligatory rules governing the spouses during the marriage (primary regime), whereas the common law provinces have adopted a division of property regime aimed at ensuring better division of the property upon dissolution of the matrimonial bond.

The common law provinces do not have a matrimonial regime such as is known in Québec; it has even been asserted that “the regime of ‘family assets’ of Ontario did not really constitute a matrimonial regime”.⁽¹⁸³⁾ But although it is obvious that the qualification techniques are not the same and that the discretion left to the Court is much wider in the common law provinces, the fact remains, nevertheless, that the great differences which formerly existed between Québec and the common law provinces have been reduced and a certain rapprochement has been reached.

It is to be noted, however, that all the common law provinces have not taken the same route and that some have modified their property regimes less radically than others. On this point, McLean expressed a wish for the future and considered that a certain uniformity of the various Acts would probably have to be envisaged:

“That clearly has its disadvantages, and if changes are contemplated in the legislation the desirability of some degree of uniformity is a consideration which should be taken into account.”⁽¹⁸⁴⁾

The social changes of recent years have compelled the legislator to make legal changes and it is in this context that the different reforms of the regime of property have been effected. But if the numerous social changes have brought reforms in their train, it may also be said that these reforms have produced certain dislocations in Canadian society:

“In any event . . . for richer or poorer, for better or for worse, the legislation will bring about significant changes in the fabric of Canadian society.”⁽¹⁸⁵⁾

The family is still the basis of our society and that is why the Acts concerning property regimes are of such great importance; the goal

APPENDIX I

must be to ensure much greater protection of the family and a greater degree of equality and autonomy for the spouses. There will certainly be adjustments to make in the years to come, but the new regimes are undoubtedly quite a step forward.

In the comments contained in Schedule 1 hereto, we shall see what changes could be made in order to make the various property regimes throughout Canada more uniform and we attempt to briefly set forth a basis for the preparation of uniform legislation in this field. The following points will be particularly examined: the terminology used, the field of application, the mechanisms for protecting the family residence, the methods of qualifying property, as well as the types of property, the judicial discretion granted to the Courts, and finally, the conflict laws.

In this study, we have sought to make an overall synthesis; we have looked at only the most important points and stayed away from details. The proposals for uniformity will, therefore, mostly deal with the basic ideas of the legislation and not particular mechanisms.

DIRECTION GÉNÉRAL DES AFFAIRES LÉGISLATIVES MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC

(LEGISLATIVE AFFAIRS BRANCH
QUÉBEC DEPARTMENT OF JUSTICE)
30 JULY 1985

-
- (1) Caparros, E., "*Les régimes matrimoniaux au Québec*", Wilson et Lafleur, Montréal, 1979.
-
- (2) See Bisset-Johnson and Holland, *Matrimonial Property Law In Canada*, Carswell, 1980, and *Canadian Family Law Guide*, C.C.H. Canadian Limited, 1976.
-
- (3) (1975) 1 S.C.R. 423, (1973) 41 D.L.R. (3d) 367.
-
- (4) Pineau, J., "*Les régimes matrimoniaux*", Les Editions Thémis, Montreal, 1976.
-
- (5) "*Le concubinage*", Les Cahiers de la Direction de la Recherche et de l'information, Chambre des Notaires du Québec, Vol. 8 No. 1A - March 1985.
-
- (6) 1980 (2nd), Chapter 15.
-
- (7) "*Le concubinage*", *op. cit.*, 5.
-
- (8) See the Acts of Ontario [s. 3], New Brunswick [s. 1(s)], Prince Edward Island [s. 4(a)], Manitoba [s.1(1)(d)(i)], Newfoundland [s. 16(2)], Saskatchewan [s.2(g) *in fine*] and, lastly, the Yukon [s. 5(1)].
-
- (9) See the legislation of Ontario [s. 39(3)], New Brunswick [s. 17(2)], Prince Edward Island [s. 39(3)], Manitoba [s. 1(e)], Newfoundland [s. 4(3)], Saskatchewan [s. 2(g)] and Nova Scotia [s. 3(3)].

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

-
- (10) In these cases, reliance must be placed on the rules determined in the common law.
-
- (11) *Married Woman's Property Act*, R.S.B.C. 1979, c. 252, s. 24.
Married Woman's Act, R.S.A. 1980, c. M-7, s. 6.
The Married Women's Property Act, R.S.M. 1970, c. M-70, s. 5(1).
The Married Persons' Property Act, R.S.S. 1978, c. M-6, ss. 11, 12.
Married Women's Property Act, R.S.N.S. 1967, c. 176, ss. 20, 21.
Married Women's Property Act, R.S.N.B. 1973, c. M-4, ss. 4, 5. (repealed, s. 50).
The Married Women's Property Act, R.S.N.F., 1970, c. 227, s. 4.
Married Women's Property Ordinance, R.O.N.W.T. 1974, c. M-6, s. 5.
Married Women's Property Ordinance, R.O.Y.T. 1971, c. M-4, s. 5.
-
- (12) Peter M. Jackson, *Recent Proposals for Reform of Family Property Law in the Common Law Provinces*, (1975) 21 McGill L.J. 556, p. 579.
-
- (13) Ontario Law Reform Commission, *Report on Family Law; Part IV, Family Property Law* (1974).
Law Reform Commission of Saskatchewan, Third Working Paper, *Tentative Proposals for Reform of Matrimonial Property Law* (1974).
The University of Alberta, Institute of Law Research and Reform, Working Paper, *Matrimonial Property* (1974).
-
- (14) This latter factor is important as the reform commissions have the principal mandate of studying the inequalities created by the absence of a matrimonial regime between the spouses upon dissolution of the marriage.
-
- (15) Augaer, J., "*La Loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux*", (1981) C.P. du N 33, page 54.
-
- (16) Civil Code Revision Office, *Report on The Québec Civil Code*, Chapter VII, s. 2, The Family Residence
-
- (17) References to *The Ideal Matrimonial Regime - What Would it Be?*, by F.M. Steel, are English translations made from the French version. (Forum on family law, Canadian Consultative Council on the Status of Women.)
-
- (18) See the Acts of Manitoba [s. 6(2)], Saskatchewan (s. 4), Ontario [s. 40(2)], New Brunswick [s. 18(2)], Prince Edward Island [s. 40(1)], Nova Scotia [s. 6(1)], Newfoundland [s. 6(1)] and, lastly, the North West Territories Ordinance [23 (1)].
-
- (19) On this subject, see the Acts of Manitoba [s. 6(2)], Saskatchewan (s. 5), Ontario [s. 45(1)], New Brunswick [s. 23(1)], Newfoundland [s. 13(1)] and, lastly, the Yukon [s. 28(2)].
-
- (20) These are the provinces of Alberta (ss. 19, 20) and British Columbia (s. 77).
-
- (21) It should be noted that the Acts of Saskatchewan and British Columbia specifically contemplate the wife; that is, the protection appears to be granted only when the husband is the owner of the family residence.
-
- (22) See the Acts of Ontario [s. 42(2)(c) and 44(b)], Prince Edward Island [s. 42(1)], New Brunswick (s. 19), Newfoundland (s. 8), North West Territories (s. 3), the Yukon Ordinance (s. 24), Manitoba [s. 3(1) *THE DOWER ACT*], Alberta [s. 2(1) *THE DOWER ACT*], and, lastly, British Columbia [s. 3(1) *THE LAND (WIFE PROTECTION) ACT*].
-
- (23) In Newfoundland, [s. 33(1)(a)], New Brunswick [ss. 34(a), 35(1)(a), 36(a)], Nova Scotia [ss. 5(5), 23], the North West Territories (s. 8), and the Yukon [s. 3(1)].

APPENDIX I

-
- (24) See section 6 *THE DOWER ACT* of Manitoba, sections 7 and 8 *THE DOWER ACT* of Alberta and, lastly, section 11 *THE LAND (WIFE PROTECTION) ACT* of British Columbia.
-
- (25) See, for example, the case of Manitoba [s. 3(1) *THE DOWER ACT*], Alberta (s. 4 *THE DOWER ACT*) and the North West Territories (s. 5).
-
- (26) That is the case in Saskatchewan [s. 3(1) *THE HOMESTEADS ACT*]. Newfoundland [s. 8(1)], New Brunswick [s. 19(1)(a)] and Nova Scotia [s. 8(1)(a)].
-
- (27) See Ontario [s. 42(1)], New Brunswick [s. 19(1)(b)] and Prince Edward Island [s. 42(1)].
-
- (28) See the Acts of Ontario [s. 42(2)], Prince Edward Island [s. 42(2)], Nova Scotia [s. 8(2)], New Brunswick [s. 19(1)], Newfoundland (s. 9) and the Yukon [s. 24(3)].
-
- (29) (1981) 5 W.W.R. 235 (Sask. C.A.).
-
- (30) This designation mechanism is provided in the Acts of Ontario (s. 41), Prince Edward Island (s. 41), Nova Scotia (s. 7) and Newfoundland (s.7).
-
- (31) *REPORT ON FAMILY LAW* - The Law Reform Commission of Canada (Ottawa, Information Canada, 1976).
-
- (32) In this regard, see section 45 of the Ontario Act, section 45 of the Prince Edward Island Act, section 19 of the Alberta Act, section 5 of the Saskatchewan Act, section 6(1) of the Manitoba Act, section 11 of the Nova Scotia Act, section 23 of the New Brunswick Act, section 13 of the Newfoundland Act and section 28(4) of the Yukon Ordinance.
-
- (33) See, for example, section 26 of the Nova Scotia Act, section 38(1) of the New Brunswick Act, section 38 of the Newfoundland Act and section 39(1) of *AN ORDINANCE TO AMEND THE MATRIMONIAL PROPERTY ORDINANCE* of the Yukon.
-
- (34) See, for example, section 65(3)(a) of the Ontario Act and section 60(3)(a) of the Prince Edward Island Act.
-
- (35) See, for example, section 42(1) of the New Brunswick Act.
-
- (36) See the Acts of Alberta (s. 37), Manitoba [s. 1(f)], New Brunswick (s. 33), Newfoundland (ss. 31-34) and Prince Edward Island (ss. 51-53).
-
- (37) See section 38(1), (4) of the Saskatchewan Act and section 48(2)(b) of the British Columbia Act.
-
- (38) See the Acts of Alberta [s. 37(1)], Ontario [s. 51(2)], Prince Edward Island [s. 51(2)] and British Columbia (s. 51).
-
- (39) See, for example, section 51(1) of the Ontario Act.
-
- (40) See section 52(2) of the Ontario Act, section 52(2) of the Prince Edward Island Act, section 35(2) of the Newfoundland Act and section 36(2) of the Yukon Ordinance.
-
- (41) This applies in the provinces of Ontario [s. 54(1)], Prince Edward Island [s. 54(1)], British Columbia [s. 48(3)], Saskatchewan [s. 38(1)], Nova Scotia (s. 19), New Brunswick [s. 37(1)], Newfoundland (s. 35) and the Yukon [s. 37(1)].

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

-
- (42) This requirement is found in the Acts of Saskatchewan [s. 38(1)] and Alberta (s. 38).
-
- (43) See the Acts of Ontario [s. 54(2)], Prince Edward Island [s. 54(2)], British Columbia [s. 48(5), (6)], Nova Scotia (s. 25), New Brunswick [s. 37(2)], Newfoundland (s. 36) and the Yukon Ordinance [s. 37(2)].
-
- (44) Guide C.C.H. Canadian Ltd., Edition 1982, at page 7403.
-
- (45) In the provinces of Newfoundland (s. 35), Nova Scotia (s. 24), Ontario (s. 54) and Prince Edward Island (s. 54).
-
- (46) (1978) 21 O.R. (2d) 852 (H.C.)
-
- (47) (1980) 14 R.F.L. (2d) (Ont.) 631.
-
- (48) (1981) 33 O.R. (2d) 829, confirmed by 35 O.R. (2d) 763 (C.A.).
-
- (49) See the Acts of Ontario [s. 4(4)(a)], Prince Edward Island [s. 5(5)(a)], New Brunswick [s. 7(a)], Alberta (s. 8) and Saskatchewan [s. 22(2)(a) and 40].
-
- (50) See section 48(8) of the British Columbia Act and Section 38(3) of the Saskatchewan Act.
-
- (51) See the Acts of Ontario [s. 2(9)], Prince Edward Island [s. 2(9)], New Brunswick (s. 40), Manitoba [s. 5(1)], Newfoundland (s. 41), and the Yukon [s. 36(4), *AN ORDINANCE TO AMEND THE MATRIMONIAL PROPERTY ORDINANCE*].
-
- (52) This applies in the Acts of Ontario (s. 56), Prince Edward Island (s. 56), British Columbia [s. 48(9)] and the Yukon [s. 39(1)].
-
- (53) See the Acts of Nova Scotia (s. 26), New Brunswick [s. 38(1)], Newfoundland (s. 38), and, lastly, the Yukon legislation [s. 39(1), *AN ORDINANCE TO AMEND THE MATRIMONIAL PROPERTY ORDINANCE*].
-
- (54) *Lotton v. Lotton*, (1979) 11 R.F.L. (2d) 112 (Ont. C.A.)
McConnel v. McConnel, (1979) 12 R.F.L. (2d) 108 (Ont. S.C., L.J.)
Ramboer v. Ramboer, (1979) 11 R.F.L. (2d) 320 (Ont. S.C., L.J.)
Sinnet v. Sinnet, (1980) 15 R.F.L. (2d) 115 (Ont. Co. Cr.).
-
- (55) *supra* 49.
-
- (56) Caparros, E. "*Les régimes matrimoniaux secondaires à la lumière du nouveau Code civil du Québec*", (1982) 13 R.G.D. 27, at page 30.
-
- (57) McLean, A.J., "*Matrimonial Property Canadian Common Law Style*", Vol. 31, U. of T.L.J. 363 (1981).
-
- (58) L.Q. 1969, c. 77
-
- (59) National Assembly of Québec (4th session, 28th legislature), Bill 10, *Editeur officiel du Québec*, 1969, Explanatory Notes, Note 8 *in fine*.
-
- (60) *supra* 17

APPENDIX I

-
- (61) We shall see that in certain common law provinces, particularly in Nova Scotia (s. 4), property acquired before the marriage is included in the divisible mass if it qualifies as family property.
-
- (62) Beaulnes, J. "*Critères de qualification des acquêts et des family assets en droit québécois et ontarien*", (1984) 13 R.G.D. 27.
-
- (63) *Ibid.*
-
- (64) *supra* 57.
-
- (65) Cases where property is owned before the marriage: see the Acts of Alberta [s. 7(2)], Manitoba [s. 4(1)], Newfoundland [s. 16(1)(b)], New Brunswick (s. 1) and Saskatchewan [s. 23(1)(c)].
Cases where property is acquired after the marriage: see the Acts of Newfoundland [s. 16(1)(b)], Nova Scotia [s. 4(1)], Manitoba [s. 4(1)], Alberta [s. 7(3)(c)], New Brunswick (s. 1) and Saskatchewan [s. 23(3)(c)].
-
- (66) See the Acts of Manitoba [s. 4(1)], Nova Scotia [s. 4(1)(g), (3)], Newfoundland [s. 16(1)(vii)] and New Brunswick (s. 1).
-
- (67) See the Acts of Alberta [s. 7(2)(a), (b)], Manitoba (s. 7), Saskatchewan [s. 23(1)(a), (b)], Newfoundland [s. 16(1)(b)(i)] and New Brunswick (s. 1).
-
- (68) *Mazurenko v. Mazurenko*, (1980) 15 R.F.L. (2d) 148 (A.Q.B.)
-
- (69) See the Acts of Manitoba [s. 11(a)], Newfoundland [s. 16(1)(b)(ii)] and Nova Scotia [s. 4(1)(d)]. In Nova Scotia, the Act speaks of "reasonable" personal effects, while in Newfoundland, the Act includes in that definition family furniture and jewels [s. 19(1)(b)(vi)].
-
- (70) In Alberta [s. 7(2)(e), (3)], in Saskatchewan [s. 23(3)(a), (b)], in Nova Scotia [s. 4(1)(b), (c), (2)] and New Brunswick (s. 1). Any type of award in damages is excluded. In Newfoundland [s. 16(1)(b)(ii)] and in Manitoba [s. 8(1)], only damages concerning the person are excluded.
-
- (71) See the Acts of Newfoundland [s. 17(1)(b)(iv)], Nova Scotia [s. 4(1)(e)] and New Brunswick (s. 1). These closely resemble the Ontario legislation which excludes commercial assets.
-
- (72) *supra* 17
-
- (73) See also the Yukon legislation which principally uses this criterium to determine the divisible mass upon dissolution of the regime.
-
- (74) *supra* 68
-
- (75) *supra* 57
-
- (76) *Bregman v. Bregman*, (1978) 91 D.L.R. (3d) 470, R.F.L. (2d) 201
-
- (77) Beaulnes, J., "*Critères de qualification des acquêts et des family assets en droit québécois et ontarien*", (1984) 15 R.G.D. 537.
-
- (78) *Coburn v. Coburn*, (1978) 6 R.F.L. (2d) 631. (Ont. H.C.).
-
- (79) *More v. More*, (1980) 14 R.F.L. (2d) 631.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

-
- (80) *Taylor v. Taylor*, (1978) 6 R.F.L. (2d) 341 (Ont. U.F.C.).
-
- (81) (1978) 5 R.F.L. (1d) 224 (O.H.C.)
-
- (82) *Fisher v. Fisher*, (1978) 89 D.L.R. (3d) 543, 6 R.F.L. (2d) 361 (O.H.C.)
Taylor v. Taylor, (supra 80).
-
- (83) *McKinney v. McKinney*, (1980) 17 R.F.L. (2d) 308 (L.J.S.C.)
Robertshaw v. Robertshaw, (1980) 2 W.W.R. 215, (1979) 17 B.C.L.R. 137
(B.C.S.C.)
-
- (84) Beaulnes, J., (supra 77).
Also see judgments:
Moore v. Moore, (supra 47).
St-Germaine v. St-Germaine, (1980) 14 R.F.L. (2d) 186.
-
- (85) supra 76
-
- (86) See the Acts of Manitoba [s. 1(d)(ii)], British Columbia [s. 45(2)], New Brunswick
(s. 1), Ontario [s. 3(b)] and Prince Edward Island [s. 4(a)].
-
- (87) *Murray v. Murray*, (1979) 11 B.C.L.R. 338 (B.C.S.C.).
-
- (88) *Bandiera v. Bandiera*, (1979) 13 B.C.L.R. 327 (L.J.S.C.).
Jarvis v. Jarvis, (1979) 14 R.F.L. (1d) 1 (B.C.S.C.).
-
- (89) *Margolese v. Margolese*, supra 74.
Robertshaw v. Robertshaw, supra 83.
-
- (90) Judgments where household work not considered a valid contribution:
Madill v. Madill, (1979) 10 F.L.D. 420 (B.C.S.C.)
Mandelkau v. Mandelkau, (1979) 10 F.L.D. 367 (B.C.S.C.)
Treacher v. Treacher, (1979) 10 R.F.L. (2d) 216 (L.J.S.C.)
Judgments where household work is considered a valid contribution:
McKinney v. McKinney, supra 83
Stewart v. Stewart, (1979) 10 F.L.D. 450 (L.J.S.C.)
-
- (91) See the Acts of British Columbia [s. 45(3)(a), (b)], Manitoba [s. 1(d)(iii), (iv), (v)],
New Brunswick (s. 1), Newfoundland [s. 16(3)], Nova Scotia [s. 4(4)], Ontario [s.
3(b)(ii), (iii), (iv)], Prince Edward Island [s. 4(a)(ii), (iii), (iv)] and lastly Saskatche-
wan [s. 2(b)].
-
- (92) Aubry, J.P., “*Ventes et donations entre époux*”, (1976-77) 79 R. du N. 328.
-
- (93) *Parker v. Betts*, 1955 R.P. 364 (S.C.).
Berthiaume et Godin Inc. v. Dame St-Onge, 1953 S.C. 205.
Alexandre v. Oigny, (1968-69) 71 R. du N. 476.
-
- (94) L.Q. 1969, c. 77.
-
- (95) See the Acts of Prince Edward Island [s. 12(1)], New Brunswick [s. 15(1)], Nova
Scotia [s. 21(1)], Newfoundland [s. 29(1), (2)], Saskatchewan (s. 50), Alberta (s. 36)
and lastly the Yukon Ordinance [s. 8(2)].
-
- (96) *Meszaros v. Meszaros*, (1978) 22 O.R. (2d) 695 (H.C.).
-
- (97) *McLaren v McLaren*, (1979) 24 O.R. (2d) 481, 100 D.L.R. (3d) 163, 8 R.F.L. (2d)
301 (C.A.).

APPENDIX I

-
- (98) *supra* 1.
-
- (99) A question arises with regard to article 624(c): must the surviving spouse return a part or the whole of his acquests to the mass of the succession should he or she wish to inherit, or is it sufficient that he or she refuse the partition of the acquests of the other spouse? The authors have divided opinions on this point:
Caparros, E., “*Les régimes matrimoniaux au Québec*”, Wilson et Lafleur, Sorej Inc., 1979, 259 p.
Comtois, R., “*Les causes de dissolution du régime matrimonial et leurs particularités*”, (1981) R. du N. Vol. 83, p. 312.
Castelli, M.D., “*L'article 624(c) du Code civil et l'obligation de 'renoncer' du conjoint survivant*”. (1974) 15 c. de D. 871.
Charron, C., “*Le conjoint survivant et la succession légitime en droit québécois*”, (1978) 8 R.D.U.S. 197.
-
- (100) Comtois, R., “*Les causes de dissolution du régime matrimonial et leurs particularités*”, (1981) R. du N. Vol. 83.
It should be pointed out that Bill 20 proposes modification of that rule by allowing the regime to be dissolved after one year of absence and opening of the succession upon the expiry of seven years absence.
-
- (101) See the Acts of Ontario[s. 4(1)], Prince Edward Island [s. 5(1)], Nova Scotia[s. 12(a), (b)], New Brunswick [s. 3(1)(a), (b)], Alberta [s. 5(1)(a)], Manitoba [s. 12(d)], British Columbia [s. 43(1)(c), (d)] and Newfoundland (s. 19).
-
- (102) *supra* 90
-
- (103) See section 5(1)(b) of the Alberta Act, section 12(b) of the Manitoba Act and section 43(1)(c) of the British Columbia Act.
-
- (104) See section 43(1)(a) of the British Columbia Act and section 12(a) of the Manitoba Act.
-
- (105) See the Acts of Ontario [s. 4(1)], Prince Edward Island [s. 5(1)], Nova Scotia [s. 12(1)(c)], New Brunswick [s. 4(1)(c), (d)], British Columbia [s. 43(1)(b), 44] and Newfoundland [s. 19(1)(c)].
-
- (106) See section 5(1)(c) of the Manitoba Act and section 12(c) of the Alberta Act.
-
- (107) See section 5(1)(d) and (e) of the Alberta Act and sections 1(c) and 12(e) of the Manitoba Act.
-
- (108) See the Acts of Ontario [s. 4(3)], Prince Edward Island [s. 5(3)], Nova Scotia [ss. 2(g), 12(1)], New Brunswick (s. 5), Saskatchewan [s. 30(1)], Alberta [s. 11(1)], Manitoba [s. 18(1)], Newfoundland [ss. 2(1)(e), 19(1)] and, lastly, British Columbia (s. 5).
-
- (109) See the Acts of Ontario [s. 4(3)], Prince Edward Island [s. 5(3)], New Brunswick (s. 5) and Saskatchewan [s. 30(1)]. The Acts of British Columbia, Manitoba, Nova Scotia and Newfoundland are silent on this point.
-
- (110) These are the Acts of New Brunswick (s. 4), Nova Scotia [s. 12(1)(d)], Newfoundland [s. 19(1)(d)] and Saskatchewan [s. 30(1)].
-
- (111) These are the Acts of Ontario, Prince Edward Island, Manitoba, Alberta and British Columbia.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

-
- (112) These are the Acts of Nova Scotia [s. 12(4)], Saskatchewan [s. 30(4)] and Newfoundland [s. 19(1)]. The other Acts are silent on this point.
-
- (113) The Alberta Act has a specific factor for varying the partition [s. 11(1), (3)], while the other Acts deal with it in a less specific way by including both recourses in their general list of variation criteria [see, for example s. 4(4)(e) of the Ontario Act].
-
- (114) *supra* 57
-
- (115) Guay-Archambault, D., *Regards sur le nouveau droit de la famille au Canada anglais et au Québec*, (1981) 22 C de D. 723.
-
- (116) *supra* 98.
-
- (117) Comtois, R., “*Les causes de dissolution du régime matrimonial et leurs particularités*”, (1981) R. du N. Vol. 83.
-
- (118) Caparros, E., “*Les régimes matrimoniaux au Québec*”, Wilson et Lafleur, Sorej Inc., 1979, 259 p.
-
- (119) *Supra* No. 118.
-
- (120) Groffier, E., “*La réforme du régime des biens des époux en Ontario*”, (1979) 81 R. du N. 485.
-
- (121) *Silverstein v. Silverstein*, (1978) 87 D.L.R. (3d) 116, 1 R.F.L. (2d) 239 (Ont. H.C.)
Mercer v. Mercer, (1978) 5 R.F.L. (2d) 224 (Ont. H.C.).
-
- (122) *Supra* 121.
-
- (123) *supra* 74
-
- (124) (1979) 10 F.L.D. 75 (L.J.S.C.).
See also *Stammler v. Stammler*, (1979) 11 R.F.L. (2d) 83, 14 B.C.L.R. 57 (B.C.S.C.).
-
- (125) In the provinces of Ontario, Prince Edward Island, New Brunswick, British Columbia and, to a certain degree, in Alberta.
-
- (126) *Weir v. Weir*, (1978) 6 R.F.L. (2d) 189 (Ont. H.C.).
Ramboer v. Ramboer, *supra* 54
-
- (127) See in this regard the lists of specific criteria in the Acts: Ontario [s. 4(4)(a) to (f)], Prince Edward Island [s. 5(5)(b) to (f)], Nova Scotia [s. 13(a) to (m)], New Brunswick [s. 6(c) to (e), 7(a) to (f)], Newfoundland [s. 7(a) to (g)], Manitoba [s. 13(1), (2)(a) to (h)] and British Columbia [s. 15(a) to (f)].
-
- (128) See the Acts of Alberta [s. 8(e)], British Columbia [s. 51(a)] and Newfoundland [s. 20(e)].
-
- (129) See the Acts of Alberta [s. 8(f)], British Columbia [s. 51(b)], Manitoba [s. 13(2)(b), (c)], New Brunswick [s. 7(a)], Newfoundland [s. 20(i)], Nova Scotia [s. 13(b)], Ontario [s. 4(4)(b), (c)], Prince Edward Island [s. 5(5)(b), (c)] and Saskatchewan [s. 21(2)(b), (c)].
-
- (130) *Dresen v. Dresen*, (1979) R.F.L. (2d) 97 (L.J.S.C.).

APPENDIX I

-
- (131) These are the Acts of Ontario [s. 4(a), 59], Prince Edward Island [s. 5(a), 59], New Brunswick [s. 7(a), 39(1)], Saskatchewan [s. 7(a), 40, 41], Alberta [s. 8(g)], Manitoba [s. 13(2)(c)] and the Yukon Ordinance [s. 14(1)(a), 40].
-
- (132) *Weir v. Weir*, supra 126
Hominuke v. Hominuke, (1979) 17 A.R. 1 (Alb. T.D.).
-
- (133) *Silverstein v. Silverstein*, supra 121
-
- (134) The provinces of Ontario, Prince Edward Island, New Brunswick, Saskatchewan and British Columbia.
-
- (135) supra 126
-
- (136) *Brown v. Brown*, (1978) 6 R.F.L. (2d) 189 (Ont. H.C.). But see the special treatment given the family residence in Manitoba [s. 3(1)(d)], and in Saskatchewan (s. 22).
-
- (137) See section 8(c) of the Alberta Act and section 13(2)(f) of the Manitoba Act.
-
- (138) See the Acts of British Columbia [s. 51(f)], New Brunswick [s. 7(f)], Ontario [s. 4(4)(f)], Prince Edward Island [s. 5(5)(f)] and Saskatchewan [s. 23(2)(c)].
-
- (139) See the Acts of Ontario [s. 4(4)(f)], Prince Edward Island [s. 5(5)(f)] and New Brunswick [s. 7(f)].
-
- (140) See the Acts of Ontario [s. 4(6)(a)], Prince Edward Island [s. 5(6)], New Brunswick [s. 8(c)], Nova Scotia [s. 13(a)], Newfoundland [s. 20(1)], Saskatchewan [s. 21(2)(h)], Manitoba [s. 13(2)(a)] and Alberta [s. 8(1)].
-
- (141) *Lee v. Lee*, (1980) 3 Sask. R. 427 (S.Q.B.).
-
- (142) In Alberta, in Manitoba and in Saskatchewan.
-
- (143) In Alberta, in British Columbia and in Saskatchewan.
-
- (144) See the Acts of Ontario [s. 4(4)(f)], Prince Edward Island [s. 5(5)(f)], Nova Scotia [s. 13(e)], New Brunswick [s. 7(f)], Saskatchewan [s. 21(2)(i)], Alberta [s. 8(i), (j)], and British Columbia [s. 51(f)].
-
- (145) See the Acts of New Brunswick (s. 9), Nova Scotia [s. 13(b)], Newfoundland [s. 20(b)], Saskatchewan [s. 21(2)(a)] and Manitoba [s. 10, 13(2)(b)].
-
- (146) See, for example, the Acts of Ontario [s. 4(4)(f)], Prince Edward Island [s. 5(5)(f)] and British Columbia [s. 51(f)].
-
- (147) (1979) 11 R.F.L. (2d) 83, 14 B.C.L.R. 57 (B.C.S.C.).
-
- (148) See the Acts of Ontario (s. 6), Prince Edward Island (s. 7), New Brunswick (s. 10), Nova Scotia (s. 15), Saskatchewan (s. 26), Manitoba (s. 16, 19), Alberta (s. 9) and British Columbia (s. 52).
-
- (149) Ste-Marie, J., "*Les effets du divorce et la séparation de corps sur les clauses usuelles des contrats de mariage*", (1981) 84 R. du N. 3.
-
- (150) In fact, section 12(b) of the *Divorce Act*, R.S.C., 1970. c. D-8, allows the Court, in a decree nisi, to "impose such terms, conditions or restrictions as the Court thinks fit and just". (See also articles 813.12 and 817 of C.C.P.).

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

-
- (151) See the Acts of Ontario [s. 45(1), (3)], Prince Edward Island [s. 45(1), (3)], New Brunswick [s. 23(1)(a)], Nova Scotia [s. 11(1), (4)], Alberta (s. 19, 20), Manitoba [s. 6(2)], British Columbia (s. 77) and, lastly, Newfoundland [s. 13(1), (3)].
-
- (152) (1980) 4 Sask. R. 239 (U.F.C.).
-
- (153) See the Acts of British Columbia [s. 77(5)] and Saskatchewan (s. 13).
-
- (154) See the Acts of Ontario (s. 43), Prince Edward Island (s. 43), New Brunswick [s. 21(1)], Nova Scotia (s. 9), Saskatchewan (s. 14) and, lastly, Newfoundland (s. 11).
-
- (155) *Famille 36*, J.E. 83-436 (C. Sup.).
-
- (156) See, for example, *Anonyme*, C.S. (Drummond) 405-04-000046-824, 83/01/04 Judge: A. Biron (Our Ref.: CS-8300 89), and *Globensky v. Poirier, Droit de la Famille - 67*, J.E. 85-2.
-
- (157) *Globensky v. Poirier*, supra 156.
-
- (158) *Anonyme*, C.S. (Drummond) 45-04-000041-817, 83/02/21 Judge: J. Marquis (Our Ref.: CS-830100)
-
- (159) *Famille 42*, J.E. 83-436 (C. sup.).
-
- (160) *Boydell v. Boydell*, (1978) 2 R.F.L. (2d) 121 (Ont. U.F.C.).
Fisher v. Fisher, supra 82
Taylor v. Taylor, (1978) 6 R.F.L. (2d) 341 (Ont. U.F.C.).
-
- (161) *Leatherdale v. Leatherdale*, (1982) R.C.S. 743.
-
- (162) Supra 160.
-
- (163) Supra 160.
-
- (164) *Tétrault v. Baby*, 78, C.S. 280
-
- (165) Groffier, E., *Précis de droit international privé québécois*, les Editions Yvons Blais Inc, 2nd Edition, 1982.
-
- (166) *Pouliot v. Cloutier*, (1944) R.C.S. 284, on page 288.
-
- (167) *Delisle v. Delisle*, (1970) C.A. 962.
Robinson v. Montreal Trust, (1971) C.A. 876, and see also *Wadsworth v. McCord*, (1887) 12 R.S.C. 466.
-
- (168) *Martineau v. Vincent Martineau*, (1975) S.C. 1137.
Brown v. Waldman, (1929-30) 32 R.P. 199 (S.C.).
Putnam v. Young, (1914) 45 S.C. 161 (C.de R.).
National Trust Co. Ltd. v. McGlory, C.S. Hull, No. 4, 002, 22 May 1964, published in (1969) 15 McGill L.J. 108.
Rochon v. Hauser, S.C. Hull, no 550-05-0001 156-77, 18 September 1980.
-
- (169) In favour of the common domicile of the spouses after the marriage:
- G.-A. Castel, *Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux dans la province de Québec*, (1962) 22 R. du B. 233
In favour of the common domicile at the time of marriage:

APPENDIX I

- W.S. Johnson, *Conflict of Laws*, Montreal, Wilson and Lafleur, 1962.
In favour of both the common domicile of the spouses at the time of marriage and the domicile where the spouses are actually going to establish themselves after the marriage:
 - P. Mignault, *Droit civil canadien*, Montreal, Théorêt, 1895.
 - R. Comtois, *Conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux, successions, legs, testaments et partages*, in "Mélanges" offered to Me R. Cossette, Chamber of Notaries of the Province of Québec, 1968.
-
- (170) Groffier, E., *La Loi 89 et le droit international privé*, (1982) 13 R.A.D. 67.
-
- (171) See particularly *Astill v. Hallée* (1878) 4 Q.L.R. 120 (C.B.R.) which states the principle.
-
- (172) *Charpentier v. Smith Dorion*, (1981) S.C. 84.
-
- (173) See particularly *Kerr v. Kerr*, (1981) 32 O.R. (2d) 146 (H.C.)
-
- (174) The law which is the most closely related to the contract is not necessarily the law of the place where the deed was executed; in each case the agreement and its circumstances must be examined. ". . . preference being given to the country with which the transaction has the most real connection, and not to the law of the place of contract as such." Westlake, *Private International Law* (7th ed., 1925) p. 302.
-
- (175) The jurisprudence had already suggested that the mutability rule be substituted for the rule of immutability. See, for example: *Lashley v. Hog*, (1804) 47 F.R. 1243 (H.L.)
-
- (176) (1980) 15 R.F.L. (2d) 115 (Ont. Co. Ct.)
-
- (177) McLeod, M.J., *The Conflict of Laws*, Carswell, 1983, at page 397.
-
- (178) (1981) 32 O.R. (2d) 146 H.C.
-
- (179) McLeod, M.J., *op. cit.* p. 388.
-
- (180) See the Acts of Alberta (s. 3), Manitoba (s. 2) and New Brunswick [s. 44(1)].
-
- (181) (1980) 19 R.F.L. (2d) 307, varied 20 R.F.L. (2d) 325 (Man, C.A.).
-
- (182) (1980) 17 R.F.L. (2d) 308 (B.C.S.C.).
-
- (183) *Charpentier v. Smith Dorion*, (1981) S.C. 84.
-
- (184) McLean, A.J., *Matrimonial Property Canadian Common Law Style*, Vol. 31, U. of T.L.J. 363 (1981), at page 363.
-
- (185) *Supra* 184.

Schedule 1

**COMMENTS ON A LEGISLATIVE POLICY FOR
UNIFORMITY IN THE FIELD OF MATRIMONIAL REGIMES**

The objective of a schedule of this nature is to comment briefly on the points where uniformity in the various Canadian Acts dealing with matrimonial regimes would be advantageous. This Schedule examines only certain particular questions that could pose problems for practitioners and jurists who wish to make a comparative study of the various Acts.

Since Québec occupies a special place in this study, differing as it does, (and as we have already seen) from the common law provinces in the field of matrimonial regimes, we shall quickly see in what perspective uniformity could be achieved that would promote a certain rapprochement between that civil law province and the other Canadian provinces.

1. The Terminology Used

Even though all the Acts have like notions, the terms used to identify these notions are not always the same.

For instance, partitionable property is qualified in various ways: family property, matrimonial property and acquests (in Québec). The common law provinces might endeavour to adopt the same terminology, the most frequently used term being that of family property.

The family residence is also subject to various denominations, such as family residence, conjugal home and principal family residence.

2. The Field of Application

Many differences are to be noted as to the field of application of the various Acts. These differences are found at three levels: the possibility of obtaining division of property where there is termination of the marriage, the application or the non-application of the Act to unmarried couples and, lastly, the application or non-application of the Act to the surviving spouse. With regard to these three points, what would be the most appropriate treatment?

The surviving spouse should be able to obtain division of the partitionable property under all the Acts. That option is indicated so that, among other things, spouses who separate or divorce are not more privileged than those who lose the other spouse because of death. Obviously, the rules in succession matters should be adjusted to avoid conflict.

APPENDIX I

The case of unmarried couples is more problematical. Should consideration be given to unmarried couples in division legislation? That does not seem to be a priority of the Canadian legislators and, in the present context, it is perhaps preferable not to deal with the case of unmarried couples but to leave that situation for the future.

Lastly, should division of property be allowed where there is no termination of the marriage? That question is more relevant to the common law provinces because in Québec the spouses may have their regime dissolved and partition their property in agreeing to change their matrimonial regime. In fact, only a few common law Acts envisage the possibility of a division of property during the marriage and that does not seem to be an appropriate perspective in view of the principal objective of the laws of division.

3. The Mechanisms for Protecting the Family Residence

Certain provinces protect the family residence in particular Acts (a Dower Act or a Homesteads Act). Would it not be preferable to incorporate the mechanisms for protecting the family residence in the division Acts? It should be pointed out that the latter Acts not only protect the family residence but, in certain cases, provide for a share of the residence to be awarded to the surviving spouse. However, if the division Acts were applied to the surviving spouse, it would then be possible to settle the disposal of the family residence at the same time.

In short, therefore, could these particular Acts not be abolished and their rules concerning the family residence be incorporated in the partition Acts?

4. The Methods of Qualifying Property and Types of Property

There are two methods of qualifying property in the Canadian Acts: the one whereby property is qualified in relation to the time of its acquisition or according to its origin, and the one by which the property is qualified in relation to its use. Both methods give rise to different solutions and, by that fact, the masses that are determined as being divisible vary from one province to the other. Nevertheless, it sometimes happens that the analysis criteria overlap.

Would it not be better to have uniformity in the methods of qualifying property so as not to create too much variance in the determination of the divisible masses? Or else, if need be, would it not be possible to incorporate both methods so that the qualification of all the property be made according to double criteria? Thus, the continued use of certain property which, according to the rule of acquisition would not be family property, would enable that qualification to be modified.

Lastly, it should be noted that the commercial class of property is not found in all the Acts. The situation of that property is particular and is difficult to deal with in a certain perspective of division of property of interest to the family; in some provinces, it is divisible, in others it is not or no mention is made of it. Should not the division of commercial property, where that must be considered, only intervene in the sole cases where there is a certain form of association between the spouses and the work of one spouse enriches the other?

5. Judicial Discretion Granted to the Court

While the judicial discretion granted to the Court is very important in certain provinces, and to a lesser degree in others, it is completely non-existent in Québec, except in the case of compensatory allowance.

In the common law provinces, it would certainly be advantageous if all the Acts had a presumption of equal division of property. Starting from that presumption, the Acts could grant a certain discretion to the Court to vary the division, that discretion being established according to certain criteria determined in the Act, the object being to re-establish the equality between the spouses.

In Québec, the only discretion allowed to the Court is in the matter of the compensatory allowance which recompenses a contribution in property or services to the enrichment of the estate of the other spouse. In this domain, perhaps, would it be appropriate to widen the compensation criteria and to better determine the discretion of the Court.

There could, therefore, be a provision that the discretion left to the Canadian Courts in the matter of division of property be general and determined by criteria set forth in the Act.

6. The Conflict of Laws

Finally, it should be pointed out without further ado that the differences existing in the matter of conflict of laws can cause problems to practitioners and jurists. The positions adopted by certain provinces (Ontario, Québec) in this domain clearly show the difficulties of application that are going to arise between the different Acts throughout Canada.

Conclusion

We have not attempted to make an exhaustive study as to what possibilities of uniformity there may be in the different Acts, but we

APPENDIX I

have tried to draw attention to certain particular points where uniformity in the field of Canadian matrimonial regimes would be advantageous.

In short, certain points should be considered: the very different modes of qualification between one province and another, the fact that certain Acts just do not deal with the situation of the surviving spouse and the protection of the family residence, the fact that certain Acts do not have a presumption of equal division, and, lastly, the many differences that exist in the matter of conflict of laws.

SCHEDULE 2 - COMPARATIVE TABLE

	Québec	Ontario	British Columbia	Alberta	Manitoba	Saskatchewan
<i>Title of Act</i>	Civil Code of Québec	Family Law Reform Act, S.O. 1978, c. 2	<i>Family Relations Act</i> , R.S.B.C. 1979, c. 121	<i>Matrimonial Property Act</i> , S.A. 1978, c. 20	<i>Marital Property Act</i> , S.M. 1978, c. 24 / M 45	<i>The Matrimonial Property Act</i> , S.S. 1979, c. M-61
<i>Definitions</i>	Arts. 481 to 490	ss. 1, 3, 14, 38, 39(1) and 50	ss. 1, 21, 45 and 46	s. 1	ss. 1(1), 2(2), 3 and 4	s. 2
Primary Regime						
<i>Equality of spouses</i>	Art. 441	Preamble			Preamble	s. 20
<i>Contribution to family needs</i>	Art. 445	ss. 15-16	ss. 56-57	s. 3 <i>Maintenance Order Act</i> , R.S.A. 1980, c. M-1	s. 2(1) <i>The Family Maintenance Act</i> , S.M. 1978, c. 25 / F20	
<i>Terms and Conditions</i>	Art. 445, 2nd para.				s. 5(2) <i>The Family Maintenance</i> , S.M. 1978 c. 25 / F20	s. 20
<i>Liability for debts</i>	Art. 446	S. 33(1)				

	Prince Edward Island	Nova Scotia	New Brunswick	Newfoundland	N.W.T.	Yukon 1B
<i>Title of Act</i>	<i>Family Law Reform Act</i> , S.P.E.I. 1978, c. 6	<i>Matrimonial Property Act</i> , S.N.S. 1980, c. 9	<i>Marital Property Act</i> , S.N.B. 1980, C. M-1.1	<i>The Matrimonial Property Act</i> , S. Nfld. 1979, c. 32	<i>Matrimonial Property Ordinance</i> , R.O.N.W.T. 1974, c. M-7	<i>Matrimonial Property Ordinance</i> (1), R.O.Y.T. 1979 (2nd), c. 11
<i>Definitions</i>	ss. 2, 4, 15, 38 and 50	ss. 2, 3(1) and 4(1)	ss. 1, 33	ss. 2, 4(1), 16(1), and 16(2), 31, 32(1), 34	s. 2	ss. 2(1), 5(1), 21(1), 22(1)
Primary regime <i>Equality of spouses</i>	s. 5(7)	Preamble	s. 2	s.17		s. 6(1)
<i>Contribution to family needs</i>	s. 16	ss. 5-7 <i>The Family Maintenance Act</i> , S.N.S. 1980, c. 6	s. 2		s. 4 <i>The Maintenance Ordinance</i> , R.O.N.W.T. 1974, c. M-2	s. 30.2(1) <i>An Ordinance to Amend the Matrimonial Prop. Ordinance</i>
<i>Terms and Conditions</i>	s. 5(6)				s. 28(4)	s. 6(1)
<i>Liability for debts</i>	s. 33		s. 2			(1) Also consulted: <i>An Ordinance to Amend the Matrimonial Property Ordinance</i> R.O.Y.T. 1980 (2nd), c. 15

	Québec	Ontario	British Columbia	Alberta	Manitoba	Saskatchewan
<i>Protection of the family residence</i>	Art. 449 <i>et seq.</i>	s. 38 <i>et seq.</i>	See <i>The Land (Wife Protection) Act</i> , R.S.B.C. 1979, c. 223	s. 19(1) <i>et seq.</i> See <i>The Dower Act</i> , R.S.A. 1980, c. D-38	s. 6(2) See <i>The Dower Act</i> , S.M. 1964 (1st Sess.), c. 16	s. 4 <i>et seq.</i> See <i>The Homesteads Act</i> , S.S. 1981, c. H-5
<i>Compensatory allowance</i>	Art. 559 C.C.Q.	s. 8				
<i>Transfer of rights and judicial protection</i>	Arts. 447-448, 456	ss. 45, 65(3)(a)		s. 19	s. 6(2)	s. 5-21(1)
<i>Family contracts</i>	Art. 462 <i>et seq.</i> Arts. 13 and 768 C.C.L.C. Art. 527 <i>et seq.</i>	s. 51 <i>et seq.</i> ss. 2(9)-18(4)	s. 48 <i>et seq.</i>	s. 38 <i>et seq.</i>	s. 37 <i>et seq.</i>	s. 38 <i>et seq.</i>
Secondary regimes: <i>Nature of regimes:</i>	Partnership of acquests: Basic regime of deferred partition.	Regime of deferred community (on certain property)	Regime of deferred community (on certain property)	Regime of deferred community (on certain property)	Regime of deferred community (on certain property)	Regime of deferred community (on certain property)
<i>Types of property:</i>	Private and acquests: Art. 480 <i>et seq.</i>	Family property and other property: s. 3	Family property and other property: s. 45	Family property and other property: s. 7	Family property and other property: s. 1, 4, 7 and 8	Family property and other property: s. 23
<i>Qualification: principal factor</i>	Mode of acquisition	Mode of use	Mode of use and contribution	Mode of acquisition	Mode of acquisition	Mode of acquisition

	Prince Edward Island	Nova Scotia	New Brunswick	Newfoundland	N.W.T.	Yukon	2B
<i>Protection of the family residence</i>	s. 38 <i>et seq.</i>	s. 3 <i>et seq.</i>	s. 16 <i>et seq.</i>	s. 4 <i>et seq.</i>	s. 3 <i>et seq.</i>	s. 20 <i>et seq.</i>	
<i>Compensatory allowance</i>	s. 8	s. 18	s. 42	s.27			
<i>Transfer of rights and judicial protection</i>	ss. 45-60(3)(a)	ss. 11-26	ss. 23-38(1) 42(1)	ss. 13-38		ss.28(4)-39(1)	
<i>Family contracts</i>	s. 50 <i>et seq.</i>	s. 23 <i>et seq.</i> s. 5	s. 33 <i>et seq.</i>	s. 31 <i>et seq.</i>		s. 3 s. 37 <i>et seq.</i>	
Secondary regimes:							
<i>Nature of regimes:</i>	Regime of deferred community (on certain property)	Regime of deferred community (on certain property)	Regime of deferred community (on certain property)	Regime of deferred community (on certain property)	Regime of deferred community (on certain property)	Regime of deferred community (on certain property)	
<i>Types of property:</i>	Family property and other property: s. 4	Family property and other property: s. 4	Family property and other property: s. 1	Family property and other property: s. 16	Family residence and other property: s. 2(b)	Family property and other property: s. 5	
<i>Qualification: Principal factor</i>	Mode of use	Mode of acquisition	Mode of acquisition	Mode of acquisition		Mode of use	

	Québec	Ontario	British Columbia	Alberta	Manitoba	Saskatchewan
<i>Administration</i>	Arts. 493, 494	In the common law provinces, the qualification entitled "for administration purposes" is unknown	In the common law provinces, the qualification entitled "for administration purposes" is unknown	In the common law provinces, the qualification entitled "for administration purposes" is unknown	In the common law provinces, the qualification entitled "for administration purposes" is unknown	In the common law provinces, the qualification entitled "for administration purposes" is unknown
<i>Presumption of advancement</i>	Former articles 770 and 1265, para. 2 (repealed)	Abolition of the presumption of gift: s. 11		Abolition of the presumption of gift: s. 36		Abolition of the presumption of gift: s. 50
<i>Variation and change of regime</i>	Art. 470 <i>et seq.</i>	Drawing up a marriage contract or a separation agreement	Drawing up a marriage contract or a separation agreement	Drawing up a marriage contract or a separation agreement	Drawing up a marriage contract or a separation agreement	Drawing up a marriage contract or a separation agreement
Dissolution and liquidation of the regime						
<i>Causes:</i>	Arts. 497, 498	s. 4	s. 43	ss. 5, 11	s. 12	s. 30
<i>Type of partition:</i>	Presumption of equality of partition: Art. 499 <i>et seq.</i>	Presumption of equality of partition: s. 4(1)	Presumption of equality of partition: s. 43	Judicial discretion s. 7(1)	Judicial discretion s. 12	Presumption of equality of partition: s. 21(1)
<i>Exceptions to partition:</i>	Nil	Unequal partition of family property: s. 4(4)	Unequal partition of family property: s. 51	Unequal partition of family property: s. 7(3)	Unequal partition of family property: s. 13(1)	Unequal partition of family property: s. 21(2)

	Prince Edward Island	Nova Scotia	New Brunswick	Newfoundland	N.W.T.	Yukon	3B
<i>Administration</i>	In the common law provinces, the qualification entitled "for administration purposes" is unknown	In the common law provinces, the qualification entitled "for administration purposes" is unknown	In the common law provinces, the qualification entitled "for administration purposes" is unknown	In the common law provinces, the qualification entitled "for administration purposes" is unknown	In the common law provinces, the qualification entitled "for administration purposes" is unknown	In the common law provinces, the qualification entitled "for administration purposes" is unknown	
<i>Presumption of advancement</i>	Abolition of the presumption of gift: s. 12	Abolition of the presumption of gift: s. 21	Abolition of the presumption of gift: s. 15	Abolition of the presumption of gift: s. 29		Abolition of the presumption of gift: s. 8(7)	
<i>Modification and change of regime</i>	Drawing up a marriage contract or a separation agreement	Drawing up a marriage contract or a separation agreement	Drawing up a marriage contract or a separation agreement	Drawing up a marriage contract or a separation agreement	Drawing up a marriage contract or a separation agreement	Drawing up a marriage contract or a separation agreement	
Dissolution and liquidation of the regime							
<i>Causes:</i>	s. 5	s. 12	ss. 3, 4	s. 19			
<i>Type of partition:</i>	Presumption of equality of participation: s. 5(1)	Presumption of equality of participation: s. 12	Presumption of equality of participation: s. 3(1)	Presumption of equality of participation: s. 19(1)	Judicial discretion s. 28(2)	Presumption of equality of participation: s. 6(1)	
<i>Exceptions to partition:</i>	Unequal partition of family property: s. 5(5)	Unequal partition of family property: s. 13	Unequal partition of family property: s. 7	Unequal partition of family property: s. 20		Unequal partition of family property: s. 14(1)	

	Québec	Ontario	British Columbia	Alberta	Manitoba	Saskatchewan
<i>Exceptions to partition:</i>		Partition of property other than family s. 4(5)	Partition of property other than family s. 51			Partition of property other than family s. 51
<i>Particular clauses: gifts</i>	Art. 447 Arts. 557, 558	Regime without gift by marriage contract	Regime without gift by marriage contract	Regime without gift by marriage contract	Regime without gift by marriage contract	Regime without gift by marriage contract
<i>Preferential award</i>	Arts. 457, 458	s. 45(1), (3)	s. 77	ss. 19, 20	s. 6(2)	
<i>Conflict of laws</i>	Arts. 7, 8, 83 C.C.L.C.	ss. 13(1), (2), 49(1), 57	No specific provision	s. 3	s. 2	No specific provision s. 21(2)(p)

4A

	Prince Edward Island	Nova Scotia	New Brunswick	Newfoundland	N.W.T.	Yukon	4B
<i>Exceptions to partition:</i>	Partition of property other than family: s. 5(6)	Partition of property other than family: s. 13	Partition of property other than family: s. 8			Partition of property other than family: s. 15(1)	
<i>Particular clauses: gifts</i>	Regime without gift by marriage contract	Regime without gift by marriage contract	Regime without gift by marriage contract	Regime without gift by marriage contract	Regime without gift by marriage contract	Regime without gift by marriage contract	
<i>Preferential award</i>	s. 45(1), (3)	s. 11(1), (4)	s. 23(1)(a)	s. 13(1), (3)			
<i>Conflict of laws</i>	ss. 14(1), (2) 49(1), 57	s. 22	s. 44	ss. 5, 30		s. 18	

**THE MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES IN CANADA:
A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE PROVINCIAL ACTS**

Preliminary observations respecting the drawing up of a draft Uniform Act in the matter of conflict of laws in the field of matrimonial property regimes

I The general problematic

The questions relating to private international law are particularly important in the Canadian context. In fact, removals from one province to another sometimes cause difficulties which, being a source of insecurity in the first place for the individuals concerned, can also lead to legal ambiguity. In the matter of matrimonial property regimes, these difficulties are especially considerable since, until quite recently, Québec and the common law provinces had property regimes that were diametrically opposed. However, while the recent reforms incline towards certain rapprochements, they have not led to the clarification of obscure points; on the contrary, the new rules have given rise to numerous questions.

In short, jurisprudence considerations, population mobility and the increase in divorces, as well as study of the various already existing provisions, prompt us to affirm the necessity of incorporating specific rules on the subject in all the Acts.

In this paper we shall examine the main difficulties that can be encountered in the drawing up of a draft Uniform Act in this field; that does not mean that all the points such legislation might cover are dealt with, but rather that a summary statement of certain particular factors is called for.

**II The problems of qualification and the connecting factors:
definition of the matrimonial property regime and determination
of the applicable Act**

1. Explanation of the concept and exposé of the problem

We shall first of all try to explain the concepts that cause problems and evaluate in what perspective the problems are posed.

a) Qualification

Qualification permits identification of the legal framework within which a fact, a thing, etc. can be identified. For example, the partnership of acquests is qualified as a matrimonial property regime and this qualification determines the conflict of laws rule that, as a result, is applicable thereto.

APPENDIX I

Judges sometimes have difficulty in qualifying institutions until then unknown in the legal field. That is the case in the Ontario legislation on division of property, which has been construed in different ways by the Québec courts.⁽¹⁾ The questions that arise are the following: in what way are the new Acts of the common law provinces to be qualified? Are they really provisions concerning the matrimonial property regime? In plain fact, do the recent reforms actually modify the legal regime of separation as to property as it previously existed in these provinces?

b) The connecting factors

The connecting factors establish a link between the conflicting situation and certain legal categories. These factors assist in determining the law applicable to the matrimonial property regime.

We shall see that some lean to the law of conjugal domicile as the connecting factor in the matter of matrimonial property regimes, while others favour the law of nationality or that of the place of solemnization of the marriage. The complications specifically arise as to the choice of the connecting factor.

2. *The legal exposé*

2.1 The current law in Québec and in the Canadian common law provinces

a) The qualification

We shall examine two important decisions on this point, but which enunciate different positions. In fact, whereas the Superior Court in *Charpentier v. Smith-Dorion*, (1981) S.C. 84,⁽²⁾ considered that the Ontario regime of family assets did not actually constitute a matrimonial property regime, the Court of Appeal more recently in *Palmer v. Mulligan* (A.C. Mtl, No. 500-09-000534-942, 10 April 1985), ruled that married spouses in the common law provinces could avail themselves of the division of matrimonial assets, in accordance with the reform legislation, on the condition that the said reform was in force upon the change of domicile of the spouses. According to that interpretation, the new legislation modifies the legal regime of separation as to property and the rules of division become, therefore, an integral part of the matrimonial property regime.

Ontario, for its part, tends to order division of the spouses' property without necessarily taking account of the matrimonial property regime, whether it be Ontarian or of another jurisdiction [*Kerr v. Kerr*, (1981) 32 O.R. (2d) 146 (H.C.)].

b) The connecting factors

In Québec, it is the principle of party autonomy that prevails. In the absence of a marriage contract, one must look to the matrimonial regime intended by the parties; in that aspect, it is the conjugal domicile that is favoured as the connecting factor.

In the common law provinces it is the “law proper to the contract” that applies where there is an agreement between the spouses. Should there be no agreement, a distinction is made between the moveable property and the immoveable property because in the case of moveable property the law of conjugal domicile is applied, and in the case of immoveables, it is the law of the place of their situation. Québec private international law differs on this point because it does not make that distinction in the matter of matrimonial property regimes. Finally, it must be emphasized that the new Acts on division of property sometimes subject family property to a particular rule where a problem of conflict of laws arises.

2.2 The law proposed by the Civil Code Revision Office

Article 21 of the Revision Office draft enunciates the factors that determine the Act applicable to the marriage contract. Article 26, for its part, determines the connecting factors relied upon to determine the law applicable to the legal matrimonial regime, and the solution offered by the Office is a little different from that of the current law. The second paragraph of Article 26 reads as follows:

“26. . . .

The matrimonial regime of consorts married without a marriage contract is governed by the law of their common domicile at the time of the marriage or, in the absence of such a domicile, by that of their first domicile, or, in the absence of such a domicile, by the law of their common nationality, or, in the absence of one and the other, by the law of the place where the marriage was celebrated.

2.3 Comparative law

2.3.1 France

In French law, it is the principle of party autonomy that prevails; the intention of the spouses must, therefore, be ascertained. In seeking to establish that intention, the conjugal domicile is a predominant indication, although not the only one.

APPENDIX I

2.3.2 Belgium

In the absence of a marriage contract, it is the nationality of the spouses that determines the applicable law to the matrimonial property regime. That rule has been challenged in recent years and there is a growing movement towards a more varied system.

Where the spouses have signed a marriage contract, the national law of the parties is applied to capacity and to consent, whereas the law of the place of execution of the act is applied as to the form. Finally, the intention of the parties in the choice of the regime is respected.

2.3.3 England

Where there is a marriage contract or settlement, it is the “proper law”, the law proper to the contract, that is applied to it. That law is determined by certain indications and particular weight is given to two factors: the place of solemnization of the marriage and the conjugal domicile.

English law draws a distinction between moveable and immoveable property in the absence of a marriage contract; the law of conjugal domicile is applied to moveable property and that of the place of their situation to immoveable property.

2.3.4 The Hague Convention

The Convention does not contain any definition of matrimonial property regime; therefore, it does not give us any indication of the type of institution that could be defined as a matrimonial property regime.

Article 3 deals with the case of spouses who have drawn up a marriage contract. The intention of the spouses as to the choice of their regime is respected. For its part, Article 4 enunciates the connecting factors which permit the law applicable to the legal matrimonial regime to be determined:

“Art. 4

If the spouses, before marriage, have not designated the applicable law, their matrimonial property regime is governed by the internal law of the State in which both spouses establish their first habitual residence after marriage.”

The Convention, therefore, refuses to make the national law of the spouses the principal connecting factor.

3. *Evaluation of the recommendations and possible solutions*

As to the problem of qualification, we agree with the direction taken by Mme Groffier who favours a flexible solution, leaving room for institutions unknown in Québec. In effect, according to the latter, to evaluate common law regimes in terms of their formal or conceptual structures is to adopt a too restricted approach; it would be more adequate to appreciate them in taking into account their general objective of protection, that is, in relation to their functional meaning, according to which it approximates the Québec Civil Law definition of matrimonial property regime.⁽³⁾ The Court of Appeal seems intent in following that direction (ref. *Palmer v. Mulligan*).

In determining the law applicable to the matrimonial property regime, the rule of party autonomy must be kept as a general principle; that means, therefore, determining the connecting factors that may serve as indications of that intention.

III Conflicts in the course of time

1. *Explanation of the concept and exposé of the problem*

The problematic of conflicts in due course may be posed thus: where the law applicable to the matrimonial property regime is modified, do such modifications affect spouses who have changed domicile? In other words, “. . . since, in Québec, it is a matter of appreciating the matrimonial property regime of spouses subject to a foreign matrimonial property regime, pursuant to their matrimonial domicile, *must the foreign law be applied in its former or new tenor?*”⁽⁴⁾ Furthermore, must the transitional provisions accompanying the new legislation be applied?

These are important questions; they have come up at various times in our courts, particularly in the decisions we have already studied.

2. *The legal exposé*

2.1. The current law in Québec and in the Canadian common law provinces

Even though the jurisprudence until recently has been quite contradictory,⁽⁵⁾ the courts now tend to apply the new law. However, as a general rule, these modifications must have taken place prior to the change of domicile of the spouses. That is the position taken by the Court of Appeal in *Palmer v. Mulligan*.

APPENDIX I

Moreover, the majority of Québec and Canadian doctrine adopts the principle of the application of the transitional provisions of the foreign law. Where the modifications to the regime have come about before the change of domicile of the spouses, the modifications and also the provisions of the transitional law attaching thereto will, therefore, be applied.

2.2 The law proposed by the Civil Code Revision Office

The Revision Office draft did not offer any solution on this point.

2.3 Comparative law

2.3.1 France

France has adopted the adaptation principle, “that is to say, the one which consists in applying the foreign law in its new tenor while allowing for exceptions to cover exceptional circumstances”.⁽⁶⁾ (translation)

2.3.2 Belgium

By relying on one and the same principle, attempts are made to regulate conflicts in the course of time and transitional conflicts; usually no modifications to the legal regime are applied following a change of domicile of the spouses.

2.3.3 England

Here the law that existed at the time of the marriage is favoured. But the position is variable and the courts sometimes accept the application of another law due to certain factors (ex. – an important change of circumstances in the marriage).

2.3.4 The Hague Convention

The Hague Convention deals with the problems of transitional law only in terms of its appropriate application; Article 21 of the document deals with this.

3. *Evaluation of the proposals and the possible solutions*

“In order to avoid difficulties, it would be better to consider the rules of connecting factors of the forum designating the applicable substantive provisions of the foreign law such as they are *at a given moment* without taking subsequent changes into account.”⁽⁷⁾ (translation)

A fixed term must therefore be set, and beyond that, the modifications made to the law of the regime will no longer affect the spouses. That term could be the date of change of domicile of the spouses.

IV Supplementary questions: mutability of the matrimonial property regime and transfer

1. Mutability of the matrimonial regime

This is a matter of determining if change of domicile of the spouses affects the legal matrimonial property regime, and the law applicable thereto. For instance, if spouses who were married in Ontario without a marriage contract and who are, therefore, subject to the legal regime of separation as to property, decide to take up residence in Québec, shall their legal regime be changed to that of the partnership of acquests which governs couples married in Québec without a marriage contract?

Québec jurisprudence is clearly on the side of immutability of the regime; it seems that, similarly, the jurisprudence of the other Canadian provinces favours the principle of immutability. However, it is possible to allow conventional modification (and not automatic) of the regime where the internal law of the domicile of the spouses authorizes such modification. In Québec, the practice is to the effect that spouses who are resident in the province may make such modification without concern for the law applicable to their matrimonial property regime. The draft Civil Code accepts that solution, as it specifies:

“Art. 26 . . .

Change of a matrimonial regime is governed by the law of the common domicile of the consorts at the time of the change or, in the absence of such a domicile, by the law which governs their regime.”

It should be pointed out that the principle of immutability has long been considered as absolute in the European countries, but, today, an increasing number of exceptions are made to it. For instance, France now accepts the principle of controlled mutability. It is the law applicable to the matrimonial property regime which governs the question of mutability.

The Hague Convention, for its part, maintains the principle of permanence of the connecting factor, saving exceptions (art. 7).

2. Transfer

This deals with the case where the rule of the private international law of the forum stipulates that it is the rule of foreign private international law that applies to the problem.

This technique is sometimes employed in Québec law, whereas it is totally unobserved in the common law provinces. For instance, the new

APPENDIX I

legislation on division of property has banned that rule from the provisions of private international law (see, for example, section 13 of the Ontario law which excludes transfer).

Certain other countries authorize it with or without restrictions [Germany (with restrictions), Belgium, Switzerland], whereas others are completely opposed to it (Italy, Greece, Denmark, Sweden, United States). As to France, although the transfer principle is accepted in private international law, the jurisprudence has continued to refuse to apply it in the matter of matrimonial property regimes. The Hague Convention, for its part, in referring in Article 3 to the internal law of the country concerned, rejects the mechanism of transfer.

This concept, not finding unanimity among the authors nor in jurisprudence, it would be preferable, perhaps, not to take it into account in uniform legislation.

(1) It should be noted that the Ontario legislature was to enact a regime of division of property in December last. See *An Act to revise the Family Law Reform Act*.

(2) See also the following judgment: *Droit de la famille 124*, J.E. 85-19.

(3) Groffier, E., "*Evolution récente du droit international privé de la famille*", R. du B., Tome 44, No. 3, May-June 1984.

"That means, therefore, a certain adaptation of the qualification 'matrimonial property regime', of recourse to the equivalence of foreign institutions that differs from the qualification approach, properly so-called" (translation)

(4) Castel, J. G., *Droit international privé québécois*, Butterworths, 1980.

(5) For instance, in *Zamkovetz v. Korneychuk*, (1972) S.C. 855, the court decided in favour of the foreign law such as it stood at the time of the marriage, while in *Proscheck v. Dame Prochazka*, (1973) A.C. 410, the Appeal Court rejected the interpretation of the preceding judgment and decided in favour of the new law.

(6) Groffier, E., *Précis de droit international privé*, Les Editions Yvon Blais Inc., 1982.

(7) Castel, J.G., see supra note 4.

Do the Common Law Provinces legislation constitute a regime and if so, at what time does an interest arise under the Common Law Acts?
(p. 2 of your paper)

It is critically important to discover at what point of *time* (see also p. 4 of your paper) an interest vests or is acquired by a spouse under the Acts of the Common Law Provinces. Only if rights have been acquired prior to leaving Province “A” to settle in Province “B” does a real conflict of laws issue arise. The time at which the interest arises in most Common Law Provinces (with the exception of British Columbia, whose legislation is differently worded) *is the court order at the end of the case*. Prior to that time, all a spouse has is a right to *apply* to the Court, not a right to equal division. See the Supreme Court of Canada decision in *Re Maroukis* (1984) S.C.R. 137 affirming 24 R.F.L. (2d) 113 (Ont. C.A.). This point was not really addressed in *Palmer v. Milligan*. The explanation of the decisions in *Re De Nichols; De Nichols v. Curlier* (1900) A.C. 21 (H of L) and *Re Groos* is that in the former case rights had vested under the *communite de biens* prior to leaving France whereas in the later case the rights under the “*legitima portio*” had *not* vested prior to the spouses leaving the Netherlands. This is not to say that the law of some other jurisdiction may not be more suitable than the law of the forum but rather that the former should not feel obliged to give greater effect to a foreign rule than it was intended to have in its own jurisdiction.

Contracting Out

It is vital to understand that the Common Law Provinces legislation purports to divide shareable assets regardless of ownership. This explains why the Ontario Court in *Kerr v. Kerr* (p. 2 of your paper) was able to get round the parties prior marriage contract which ostensibly only dealt with ownership and not the additional rights over and above ownership referred to by the Ontario Act. By way of explanation of *Kerr*, it should be emphasized that the approach enabled the Ontario Court to better protect a spouse who had signed away significant rights to which she would have been entitled under Quebec law. It was not intended as a deliberate attack on Quebec law.

The Most Appropriate Connecting Factor

It is suggested that the law of the last common habitual residence of the parties should be applied in cases in which a court is asked to deal with *prior vested* rights acquired in another jurisdiction. See for example N.B. s. 44(2), Nfld. s. 30(1), Nova Scotia s. 22(1), P.E.I. s. 14(1) and Ontario Family Law Act ss. 15 and 58. Even where no prior vested rights

APPENDIX I

have been acquired under the law of another jurisdiction, the forum under its own choice of law rules may well consider that some other jurisdiction such as that of the spouses' last common habitual residence provides a more appropriate choice of law rule than the internal law of the forum. That decision, however, is for the forum to make on the basis of its own policies. It should not feel obligated to mechanically apply another system of law.

Such law should also determine whether the parties can specify another law as the proper law of the contract to govern a marriage contract or separation agreement.

The law of the habitual residence avoids the artificiality of domicile, is more consistent with the Hague Conventions as well as providing probably the most suitable choice of law rule.

It is recommended (p. 6 of your paper) that renvoi be excluded from any uniform legislation.

APPENDIX J

(See page 35)

REPORT OF COMMITTEE ON UNIFORM MENTAL HEALTH ACT

Since the progress report of the Committee at the last meeting of the Conference, the Committee has met in Yellowknife on October 7th and 8th, 1985 and in Quebec City on January 27th and 28th, 1986.

A draft Uniform Mental Health Act was produced and circulated to 12 national interest groups at the end of March, 1986 for comment.

The Committee met again on May 26th to 29th in Toronto and received oral representations. The response was one of keen interest and there was spirited comment. An extensively revised draft was agreed upon and distributed at the end of July to the interested groups, which now number fifteen.

Further comments are being invited for another four-day meeting on November 24th to 27th, 1986.

The Committee has encountered a great interest in the project. The field of mental health policy and legislation is an extremely hazardous one for a government. The make-up of the Committee and its usefulness for testing policy will greatly enhance the validity of a recommended Uniform Act for interested governments. That is why the Committee feels it is necessary to complete the consultation process.

It is hoped to produce a final revision of the Bill in January for report to the Conference.

In view of the current interest and of the urgency for action in some jurisdictions, the Committee expects to request the Executive to convene a special general meeting of the Conference in March, 1987 to consider and adopt a final version of a Uniform Mental Health Act.

Arthur N. Stone
Chairman, Committee on
Uniform Mental Health Act

RAPPORT DU COMITÉ DE LA LOI UNIFORME SUR LA SANTÉ MENTALE

Depuis la remise de son rapport intérimaire, dans le cadre de la dernière Conférence, le Comité s'est réuni à Yellowknife, les 7 et 8 octobre 1985 et à Québec, les 27 et 28 janvier 1986.

Le Comité a élaboré un projet de Loi uniforme sur la santé mentale. À la fin du mois de mars 1986, il a transmis ce projet à 12 groupes d'intérêts nationaux, en les invitant à lui adresser leurs commentaires.

Les membres du Comité se sont réunis de nouveau du 26 au 29 mai à Toronto, aux fins d'entendre des exposés oraux. Le projet a suscité un vif intérêt et a donné lieu à des commentaires animés. Le Comité a par la suite remanié considérablement le texte de son projet, et la nouvelle version du document a été distribuée à 15 groupes d'intérêts à la fin de juillet.

Le Comité a de nouveau sollicité des commentaires, qui devront lui être présentés lors d'une réunion d'une durée de quatre jours, du 24 au 27 novembre 1986.

Le Comité note que le projet a soulevé beaucoup d'intérêt. Le domaine des politiques et de la législation en matière de santé mentale est un terrain semé d'embûches pour les gouvernements. La composition du Comité et son utilité en ce qui a trait à la vérification des politiques augmenteront sensiblement la validité d'une Loi uniforme recommandée, aux yeux des gouvernements intéressés. C'est la raison pour laquelle le Comité estime nécessaire de mener à bonne fin le processus de consultation.

Nous espérons produire une dernière version révisée du projet au mois de janvier et en faire rapport à la Conférence.

En raison de l'intérêt présent du projet et du besoin qu'éprouvent certaines compétences d'agir rapidement, le Comité s'attend à prier le Bureau de convoquer une assemblée générale extraordinaire de la Conférence en mars 1987, dans le but d'étudier et d'adopter une version finale de la Loi uniforme sur la santé mentale.

Le président du Comité,
Arthur N. Stone

APPENDIX K

(See page 35)

August 5, 1986

TO: The President and Council, Canadian Bar Association
AND TO: The President, Uniform Law Conference of Canada
AND TO: The Chairperson, Uniform Law Section, ULCC

Dear Colleagues,

**Report of Joint Uniform Personal Property Security
Act 1982 Committee for the Year 1985-86**

I am submitting herewith in letter form the annual report of our Committee.

The report is very short for a number of reasons. I was overseas on a sabbatical leave of absence during much of the period and did not return to Canada until the middle of June of this year. I consulted with the secretary of our Committee on my return and he was of the view, in which I concurred, that it would be best to postpone the next meeting of the Committee until the Ontario government had settled the final version of the revised Ontario Personal Property Security Act to be presented to the Ontario legislature, and until the status of Bill 73 introduced in Alberta last year has been clarified.

A third, and perhaps the most important, reason for our inactivity during the past year is that the Canadian Bar Association did not make funds available to us to cover its share of secretarial and related expenses and to defray the travel expenses of the CBA nominees on the Committee. I am also sorry to say that we have not received so far the CBA's official response to the annual report dated 22 July 1985 I submitted a year ago.

It appears that the president of the Association misunderstood the status of our Committee and did not appreciate that it was a *joint committee* of the CBA and the ULCC. Because of this misunderstanding, I gather he exercised his prerogative to suspend the CBA's contribution to the Committee's budget for the 1985-86 fiscal year. Since my return to Canada I hope I have succeeded in clarifying the position with Mr. Wells as well as with Bryan Williams, the president elect of the Association, and I have been assured that a budget will be made available for the 1986-87 operating year.

I have also discussed the Committee's status with Mrs. Georgina Jackson, the chairperson of the Uniform Law Section of the ULCC. She advises me that the members of her Section attach great importance

APPENDIX K

to the work of the Joint Committee and to the desirability of striving for a high degree of harmonization among the existing and future personal property security legislation adopted by the provinces. I think it is safe to say that the members of our Committee fully share these sentiments.

Speaking for myself, I regret very much that the reports of our Committee, as well as the reports of our predecessor committee, have not received the attention and support they deserve by the Canadian Bar Association. Uniform legislation among the provinces is not achieved effortlessly. Long experience shows that it will only come about as the result of a strong commitment by the various constituencies and the conviction that uniformity in this branch of Canadian law is important for the fluency and simplification of commercial transactions.

Yours very sincerely,

Jacob S. Ziegel,
Chairman,
Joint Uniform Personal Property
Security Act 1982 Committee

APPENDIX L

(See page 35)

RESOLUTION OF THE CANADIAN BAR ASSOCIATION ON CANADA'S PARTICIPATION IN CONVENTIONS ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW

WHEREAS there are a number of conventions on private international law that would, if Canada became a party to them, improve the environment for conducting legal affairs with international elements;

AND WHEREAS it is desirable that Canada become a party to those conventions;

AND WHEREAS before ratifying conventions that do not contain an appropriate federal State clause, Canada attempts to obtain the consent of all provinces and territories and to ensure the taking of implementing action by them.

BE IT RESOLVED THAT the Canadian Bar Association urge the federal, provincial and territorial governments – working together and through the Uniform Law Conference of Canada – to take the steps necessary to permit Canada to become a party to the following four Conventions:

Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters (1970);

Convention Abolishing the Requirement of Legalization for Foreign Public Documents (1961);

Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980);

Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition (1984).

APPENDICE L

**RÉSOLUTION DE L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN
SUR L'ADHÉSION DU CANADA À DES
CONVENTION DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

ATTENDU QUE de nombreuses conventions existent en droit international privé qui, si le Canada en faisait partie, amélioreraient le climat dans la conduite des affaires juridiques comportant des éléments internationaux; et

ATTENDU QU'il est désirable que le Canada fasse partie de ces conventions; et

ATTENDU QU'avant de ratifier les conventions qui ne contiennent pas une condition propre à l'État fédéral, le Canada tente d'obtenir le consentement de toutes les provinces et territoires et tente d'assurer qu'elles les appliquent;

QU'IL SOIT RÉSOLU QUE l'Association du Barreau canadien exhorte les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, – travaillant de concert et par le biais de la Conférence canadienne pour l'uniformité du droit – à prendre les mesures nécessaires pour permettre au Canada d'adhérer aux quatre conventions suivantes:

Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matières civiles et commerciales (1970)

Convention supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers (1961)

Convention sur la vente internationale de marchandises (1980)

Convention relative à la loi applicable au "Trust" et à sa reconnaissance (1984)

APPENDIX M

(See page 36)

TRUSTS IN THE CONFLICT OF LAWS

INTRODUCTION

On the recommendation of the New Brunswick Commissioners, the Uniform Law Section, at its annual meeting in 1985, agreed to consider the matter of a uniform Act to establish conflict of laws rules governing inter-provincial trust matters. At the request of the Section, the New Brunswick Commissioners undertook to prepare a report for consideration at the annual meeting in 1986.

The recommendation of the New Brunswick Commissioners was prompted by the Section's agreement "to prepare for 1986 a uniform Act to facilitate the implementation of the Trust Convention". Inasmuch as the adoption of the Convention will establish conflict of laws rules respecting trusts in the international sphere, it appeared entirely opportune and appropriate that the uncertainty and confusion which characterize the inter-provincial situation should be dealt with in a similar manner.

This report contains:

- (a) An analysis of the current Canadian law regarding conflicts rules in relation to trusts;
- (b) An analysis of the relevant provisions of the Trusts Convention;
- (c) An analysis of the law of trusts in Quebec; and
- (d) Recommendations for the adoption of the Trusts Convention and uniform conflict of laws rules applicable inter-provincially.

APPENDIX M

TABLE OF CONTENTS

	Page	
PART A	Current situation in Canada	396
	Framework for Analysis	396
	(i) Formal Validity	
	(a) Testamentary Trusts	397
	(b) Inter Vivos Trusts	397
	(ii) Essential Validity	
	(a) Trusts of Immovables	399
	(b) Trusts of Movables	399
	(1) Testamentary Trusts	399
	(2) Inter Vivos Trusts	402
	(iii) Administration	403
	(iv) Construction	406
	(v) Legal Effect	408
	(vi) The Variation of Trusts	408
PART B	Trusts Convention	409
	(i) Chapter I – Scope	410
	(ii) Chapter II – Applicable Law	411
	(iii) Chapter III – Recognition	413
	(iv) Chapter IV – General Clauses	415
PART C	The Trust in Quebec	417
	(i) Types of Trusts	417
	(ii) Proposed Reform	420
	(iii) Conflicts Rules	420
PART D	Recommended Legislative Action	422
	(i) Scope	425
	(a) Types of Trusts	425
	(b) Types of Issues	427
	(ii) Applicable Law	427
	(iii) Conflicts Rules and Public Policy	430
	(iv) Relationship to Quebec Law	430
NOTES		433 to 436
TEXT OF TRUSTS CONVENTION		APPENDIX

TRUSTS IN THE CONFLICT OF LAWS

PART A

Current situation in Canada

Canada does not have a well developed system of conflicts rules in relation to trusts.⁽¹⁾ This situation mirrors to a large extent that which pertains in England but is in sharp contrast with that in the United States of America as reflected in the American Restatement of the Law, Second on the conflict of laws.⁽²⁾

The paucity of jurisprudence in Canada and England is such that most of the complex aspects of the matter have been dealt with inadequately, if at all. As a result, the current law is largely a matter of speculation and debate. Accordingly, this report does not pretend to describe that law in more than tentative terms. That that must be so, however, constitutes a strong argument in favour of the need for appropriate legislative action.

It would appear that the principal deficiencies in our law derive from the fact that it is not designed to accommodate the trust as a legal relationship or institution. Rather, for conflicts purposes at least, the trust has been viewed for the most part in terms of the instrument or act by which it is created and the nature of the property which it entails. As a result, the true nature of the trust as a continuing relationship between the trustee and the beneficiaries that may operate over a long period of time has tended to be played down or overlooked. Consequently, the conflicts rules are particularly deficient and non-accommodating in relation to trust administration.

Framework for Analysis

For the purpose of analysis it is convenient to categorize the various aspects of the subject-matter as follows:

- (i) formal validity;
- (ii) essential validity;
- (iii) administration;
- (iv) construction;
- (v) legal effect; and
- (vi) the variation of trusts.

APPENDIX M

In the analysis of Canadian law which follows an attempt is made to determine how those aspects are treated at present. Where appropriate, the corresponding American approach is indicated.

(i) *Formal Validity*

The formal validity of a trust has to do with the adequacy in law of the instrument or act by which the trust is created. Formal validity is required in order to give birth to the trust. Accordingly, a trust can fail to take effect for want of formal validity even though there is no deficiency in the would-be trust itself.

(a) *Testamentary trusts*

Insofar as testamentary trusts are concerned the formal validity depends on the validity of the will under the applicable law. Under the common law, the law applicable to the formal validity of a will depends on the nature of the property in which the interests are taken. Generally speaking, the *lex rei sitae* applies with respect to interests in immovables⁽³⁾ while the law of the place where the testator was domiciled at the time of his death applies in relation to interests in movables.⁽⁴⁾

The Uniform Law Conference of Canada has attempted to achieve both a broadening and uniformity in this area of conflict of laws beginning with the Uniform Wills Act of 1929. The conflict of laws provisions were amended in 1953 and 1966. The latter changes were intended to have the Uniform Wills Act conform with some of the provisions of the Hague Convention of 1961 and the Wills Act enacted in the United Kingdom in 1963. While most of the provinces and territories have adopted either the 1929, 1953 or 1966 version of the Uniform Wills Act and thereby increased the choice of systems of applicable law, there is still a lack of uniformity among them insofar as the conflict of laws provisions are concerned.

It has been suggested that the conflicts rules adopted by the Uniform Law Conference in 1966 are not yet adequate and that it would have been better to have adopted the 1963 Act in toto.⁽⁵⁾ It is remarkable, as well, that Part III of the Uniform Wills Act respecting International Wills has gained little acceptance in the provinces and territories. It would appear that widespread acceptance and use of the form of international will should be encouraged as a simple and effective means of eliminating conflict of laws problems regarding formal validity.

(b) *Inter vivos trusts*

The formal validity of an inter vivos trust depends on the appropriateness in law of the contract, deed or other instrument or act by which

the trust is created. Where the trust property consists of immovables the formalities required to effect the conveyance are governed by the *lex situs*.⁽⁶⁾

Much more complex questions arise where the trust property consists in whole or in part of movables, whether tangible or intangible. It has been suggested that Canadian courts tend to favour the view that the validity of a transfer of a tangible movable should be governed by the law of the jurisdiction where the property is located at the time of the transfer.⁽⁷⁾ It is acknowledged, however, that the matter is not without uncertainty.⁽⁸⁾

The choice of law that is to govern the formal validity of the transfer of an intangible movable is no less complex and appears to be even more variable, depending on the nature of the type of intangible movable in question. The principle choices appear to be from among the *lex situs*, the *lex loci actus*, the proper law of the transaction by which the intangible was created and the proper law of the transaction by which the ownership of the intangible was transferred.

In Dicey and Morris it is stated that an inter vivos trust of movables “will be formally valid if it complies with the formalities prescribed by either the proper law or by the law of the place of execution. The capacity of the settlor to create the trust is probably governed by the proper law, and so is his capacity to revoke the trust.”⁽⁹⁾

While it may be desirable that the Conference seek to promote uniformity in Canada of the conflicts rules governing the formalities of property transfers, that objective is beyond the scope of this report. The matter of formal validity has been raised here principally for the purpose of drawing attention to the very important distinction between the formal validity of a trust and its essential validity. That having been done the matter of formal validity will not be pursued farther.

(ii) *Essential Validity*

Once it has been determined in accordance with the applicable law that the instrument or act by which the settlor intended to give birth to the trust is appropriate for that purpose, the next question is whether a live birth has resulted. This goes to the question of the essential validity of the trust as distinct from the trust instrument.

Generally speaking, any issue which relates to the due constitution or enforceability of the trust, as opposed to its administration, is a matter of essential validity. Thus, for example, a trust may be improperly constituted because of uncertainty of intention, subject-matter or ob-

APPENDIX M

jects. Though properly constituted, it may be unenforceable because it violates a rule of law. These are questions of validity which go to the very essence of the trust.

Under which law is the essential validity to be determined? The traditional approach to answering this question is to consider it in terms of the trust being either inter vivos or testamentary and the trust property being either movable or immovable. That is the approach that is employed here for convenience and relative ease of presentation.

(a) Trusts of Immovables

The essential validity of a trust of an interest in an immovable, whether the trust be testamentary or inter vivos, is determined by the law that would be applied by the courts of the situs.⁽¹⁰⁾ In most situations the court of the situs will apply its local law. However, the law of the place of administration may be permitted to govern where a trust of an immovable is created and the trustee is directed to sell the property and remit the proceeds to another jurisdiction to be held in trust there.⁽¹¹⁾ In such a case, the trust may be held to be valid under the law of the place of administration even though it would be invalid under the *lex situs* provided that it does not violate a strong public policy of the jurisdiction of the situs.

The law governing the essential validity of a trust of immovables has been held applicable to the determination of such matters as: (a) whether the interest is to be treated as movable or immovable;⁽¹²⁾ (b) what estates can be created, as well as the incidents of these estates; (c) whether gifts to charities are valid; (d) whether the trust infringes the rules against perpetuities and accumulations; and (e) whether the trust contravenes the statutes of mortmain.

(b) Trusts of Movable

(1) Testamentary Trusts

According to the American Restatement the essential validity of a testamentary trust of movables is determined by the local law of the state designated by the testator provided that this state has a substantial relation to the trust and provided, as well, that it is not contrary to the strong public policy of the state of the testator's domicile at death. If there is no such effective designation, then the applicable law is that of the state of the testator's domicile at death, except that the local law of the state where the trust is to be administered will be applied if application of this law is necessary to sustain the validity of the trust.⁽¹³⁾

Dacey and Morris, on the other hand, express the view that there is no English authority for the proposition that a testator can select the law which is to govern the validity of the trust.⁽¹⁴⁾ They are of the opinion that as a general rule the essential validity of a testamentary trust of movables is governed by the law of the testator's domicile at the time of his death.⁽¹⁵⁾ That being said, however, they acknowledge that certain questions in relation to the validity of such a trust, for example, whether it infringes the rules against accumulations and perpetuities, may be governed by its proper law, usually the law of the place of administration.⁽¹⁶⁾ That may, however, come down to a matter of characterization as to whether such rules relate to the essential validity or administration.

The current Canadian law in this regard is uncertain. Castel regards the American rules as both desirable and practical as "they recognize that a trust which may often consist of a group of movables situated in different jurisdictions at the time of its creation, must be treated as a unit. The same law applies to all the movables included in the trust. Another advantage is that it is not necessary to determine the situs of each of the movables involved."⁽¹⁷⁾ If, indeed, the testator is free to choose the applicable law, Castel questions whether in Canada such a choice would be subject to the proviso that the state so chosen must have a substantial relation to the trust. Proceeding by way of analogy with the law governing the right of contracting parties to select the law applicable to their contract, the suggestion is that such a proviso might not be imposed.⁽¹⁸⁾

The only relevant decision of the Supreme Court of Canada is that in *Jewish National Fund v. National Trust Fund*.⁽¹⁹⁾ The facts are summarized in the headnote as follows:

A testator domiciled in British Columbia left his residuary estate (which was to be converted into money) to his executor and trustee on trust to pay it to the Jewish National Fund Inc. of New York to be used by the fund as a separate trust for the purchase of land in Palestine, United States or any British Dominion and the establishment therein of Jewish colonies. The receipt of the money by the fund to the executor and trustee was to release it from any further responsibility. It was held below that this was not an outright gift to the fund but a trust, and that as such it failed under the rule against perpetuities in force in British Columbia since it was not a valid charitable trust. It was argued on appeal that the trust was to be administered in New York and that its law should apply and under that law the trust was valid.⁽²⁰⁾

APPENDIX M

It is to be noted that under the law of the testator's domicile, British Columbia, the trust did not qualify as charitable and, therefore, was invalid as violating the rule against perpetuities. Under the law of New York where the trustees were resident the trust was valid. While accepting that the law of the testator's domicile generally determines the essential validity of a trust of movables, the majority of judges were prepared to acknowledge that the law of the place of administration may control in some circumstances. In this case, however, the place of administration was not necessarily New York, the place of the trustees' residence. The place of administration could be anywhere that the trustees were authorized by the trust to purchase land. Speaking for the majority, Cartwright J. said:

It seems to me that a trust of movables, void under the law of the testator's domicile and under that of many other countries in which the trustees are authorized to carry it out, cannot be rendered valid by the circumstances that the trustees are permitted, but not required to carry it out in a country in which it would be regarded as valid. To hold otherwise would, in my opinion, be an extension of the exception to the general rule, that the essential validity of a gift of movables is to be determined by the law of the testator's domicile . . .⁽²¹⁾

The minority judgment drew the important distinction between the will and the trust as regards the applicable law. There is reflected therein a genuine attempt to determine and make applicable as the "proper law of the trust" the law of the jurisdiction with which the trust had its closest connection. In the view of Judson, J.:

The British Columbia executorship has ended. The residue is to be turned over to New York trustees upon clearly defined trusts which are recognized as valid by the law of that State. At that moment it becomes a New York trust to be administered there according to the law of the State. What difficulties of administration, if any, may be encountered outside the boundaries of that State are of no further concern to the Court of the domicile. The testator has directed the delivery of the residue to trustees in a foreign jurisdiction where the trust is valid. The administration of the trust from then on is controlled by the laws of a jurisdiction which recognizes its validity.⁽²²⁾

The view of the minority has much to commend it. More will be said of it later in this report when the matter of an appropriate regime of

conflicts rules is discussed. In the meantime, it should be noted that the Jewish National Fund case would probably have been decided differently in the United States even if all of the residuary estate had consisted of land located in the testator's place of domicile. According to the American Restatement, when a trust of land is created, either by will or inter vivos, and the trustee is directed to sell the land and remit the proceeds to another state to be there held in trust, the trust is valid if valid at the place of administration even though it would be invalid under the local law of the situs, provided that it does not violate a strong public policy of the state of the situs.

In American jurisprudence rules against perpetuities and accumulations are not regarded as involving strong public policy.

(2) Inter Vivos Trusts

The American Restatement provides in Section 270, that the essential validity of an inter vivos trust of movables is governed by the local law of the state designated by the settlor for such purpose. Such designation, however, is subject to the provisos that the state so designated has a substantial relation to the trust and that the application of its law does not violate a strong public policy of the state with which, as to the matter at issue, the trust has its most significant relationship. If there is no such effective designation then the essential validity is determined under the local law of the state with which, as to the matter at issue, the trust has its most significant relationship.

Essentially the same analysis is presented in Dicey and Morris where it is stated that:

Although there is no express English decision to this effect, there can be no doubt that the settlor could select the proper law, at any rate if the trust has a substantial connection with the chosen law. But if there is a strong public policy in the system of law with which the trust has its closest and most real connection, it seems doubtful whether the settlor would be allowed to evade it by selecting some other law. An English court would presumably not allow a settlor creating an essentially English trust to evade the English rule against perpetuities by selecting as the proper law of the trust the law of some foreign country where the rule does not apply. In the absence of such an express or implied selection, the court will weigh all the relevant factors and will endeavour to ascertain the system of law with which the trust has its closest and most real connection, just as it does when ascertaining the proper law of a contract.⁽²³⁾

APPENDIX M

It is interesting to note that the authors use the rule against perpetuities as an example of a strong public policy that cannot be evaded by a settlor in selecting the proper law. No authority is cited in support of that example. It is difficult to imagine it as a valid example today. In any event, it is probable that their statement of the law is a fair representation of the law in Canada at the present time. Castel, however, questions whether in Canada it is necessary that the state selected by the settlor have a substantial relation to the trust.⁽²⁴⁾ He is influenced in this view by the development of the law regarding the right of contracting parties to select the proper law of their contract.

In practice, a settlor is unlikely to choose a law with which the trust is “totally unconnected”. He may well wish, however, to choose a law such as that of the place of administration which might not be that with which the trust has its “most real and substantial connection”. As long as this can be done without attempting to evade the strong public policy of the system of law with which the transaction has its most real and substantial connection it should be legally valid. Although the decision of the Supreme Court of Canada in the *Jewish National Fund* involved a testamentary trust and may have been unduly influenced by the nature of the trust instrument, one must wonder whether it reflects a cast of mind that would militate against a conflicts rule which rests so heavily on the recognition of the trust as a legal entity. Hopefully not.

Once the trust is created, its proper law continues to govern its validity. The only ways in which the proper law can be changed are by a power reserved in the trust instrument, by an agreement by the beneficiaries to change it or by a court order made pursuant to applicable variation of trusts legislation.⁽²⁵⁾

(iii) *Administration*

The creation of a trust involves a continuing relationship between the trustee and the beneficiaries with respect to the trust estate, and a court may be called upon to determine questions which arise in its administration.

The administration of a trust, as distinct from its validity, interpretation and effect, is envisaged as comprising such questions as the powers and duties of the trustees; their liability for breach of trust, their right to indemnity from the beneficiaries or to contribution from their cotrustees; their right to remuneration; the question what is income and what is capital; the question what are proper trustee investments; the question who can appoint a new trustee, and what

persons may be so appointed; and the power of the court to frame a scheme for a charitable trust, or to direct an application of charitable funds cy-près. On many of these matters, English and Commonwealth authority is entirely lacking. All that can be done, therefore, is to call attention to a few matters that have been the subject of express decision.⁽²⁶⁾

According to Dicey and Morris, questions of administration are governed by the law of the place of administration.⁽²⁷⁾ The place of administration is likely to be the place where the trustees reside or carry on business, especially if the trustee is a trust corporation.⁽²⁸⁾ As is noted by Castel, however, the few Canadian decisions that have been reported “are not all in favour of the law of the place of administration . . .”.⁽²⁹⁾ For example, in *Harris Investments Ltd. v. Smith*⁽³⁰⁾ the question of whether the trustee of an inter vivos trust had committed a breach of trust was not determined in accordance with the law of Oregon where the trust was administered but under the law of British Columbia with which the trust had its most substantial connection.

On the other hand, in *Re Nanton Estate*⁽³¹⁾ the Manitoba court applied Manitoba law to a testamentary trust of a testator domiciled in Ontario where the trust company was in Manitoba and the trust was being administered there. The question for the court was whether the English 1860 statutory power of maintenance of infants applied in Manitoba and could be exercised for the benefit of beneficiaries of the trust. The court characterized the matter as one of administration and held that the law of the place of administration was the applicable law. In doing so, Williams C.J.K.B. followed the reasoning of Falconbridge that:

It would seem that whatever be the nature of the trust res and whatever be the law governing the creation of the trust, the law governing the administration should, as a general rule, be the *lex rei sitae*, including whatever effect that law gives to the expressed or implied intention of the testator. This law would also be the *lex fori* as regards the control which a court of the situs may exercise over the administration.⁽³²⁾

In each of the foregoing cases the court was seeking the law of the situs or seat of the trust as the law applicable to questions of administration. In one case it settled on the place of administration while in the other it did not. The decision of the Supreme Court of Canada in the *Jewish National Fund* cannot be looked to for clear guidance in the matter. The minority there would have allowed the law of the intended place of administration to determine the essential validity of the trust.

APPENDIX M

“The administration of the trust from then on is controlled by the laws of a jurisdiction which recognizes its validity”.⁽³³⁾ While the majority held that the trust failed ab initio, some insight into their view of the nature and relevance of the place of administration can be gathered from the following statement of Cartwright J.:

I agree with the submission of counsel for the next of kin that in the circumstances of this case “the place of administration” of the trust would be the country in which the lands were purchased and managed and that the place of residence of the trustees would be irrelevant.⁽³⁴⁾

With respect, the “place of residence” of the trustees could have been held, consistent with authority and desirable policy, to be relevant both as to the essential validity of the trust and its subsequent administration. As stated in Dicey and Morris:

There is no doubt that English courts have jurisdiction to administer a trust even if part of the trust property consists of foreign land. And although English authority is scanty, it does not seem reasonable that the *lex situs* should necessarily govern questions of administration as opposed to questions of validity.⁽³⁵⁾

According to the American Restatement, the administration of a trust of an interest in land is determined by the law that would be applied by the courts of the situs as long as the land remains subject to the trust.⁽³⁶⁾ The courts of the situs would usually apply their own local law to determine issues of administration. But if the testator or settlor provides that the local law of some other state shall be applied to govern the administration of the trust, or certain issues of administration, the courts of the situs would apply the designated law as to issues which can be controlled by the terms of the trust.⁽³⁷⁾

The administration of a trust of interests in movables is governed as to matters which can be controlled by the terms of the trust by the local law of the state designated by the testator or settlor to govern the administration of the trust.⁽³⁸⁾ If there is no such designation, the applicable law of a testamentary trust is the local law of the state of the testator’s domicile at death, unless the trust is to be administered in some other state, in which the local law of the latter state will govern.⁽³⁹⁾ In the absence of a designation by a settlor the administration of an *inter vivos* trust is governed by the local law of the state to which the administration of the trust is most substantially related.⁽⁴⁰⁾

As a general principle it is considered desirable that a trust should be treated as a unit, and, to this end, that the trust as to all of the movables

included therein should be governed by a single law. The administration of a trust of movables, therefore, should be governed by a single law, and different rules should not be applied to some of the movables included in the trust and not applied to others. This rule is applicable to all types of movables no matter where they are situated at the time of the creation of the trust.⁽⁴¹⁾ To the same end, the courts of the situs of land may hold the law of another jurisdiction applies to a trust of such land especially if the trust includes property other than land.⁽⁴²⁾

(iv) *Construction*

The manner in which a trust instrument is to be construed can entail choice of law considerations where foreign elements are involved. For this purpose, questions of construction must be distinguished from questions of interpretation. That distinction is drawn in the American Restatement as follows:⁽⁴³⁾

Interpretation. The forum will first examine the trust instrument in order to ascertain the intention of the settlor or testator. It will consider the ordinary meaning of the words used, the context in which they appear in the instrument, and the circumstances under which the instrument was drafted. It will consider whether the instrument was drafted by the settlor himself or whether it was prepared for him, and whether he was probably using the language of his domicile or of the place of execution or of the place in which the trust was to be administered. Resort may be had to any other properly admissible evidence which casts light on the actual intention of the settlor or testator. The question to be determined is one of fact rather than one of law. The forum will apply its own rules in determining the admissibility of evidence, and it will use its own judgment in drawing conclusions from the evidence. This process is called interpretation.

Construction. If it is found impossible to ascertain from the evidence the settlor's or testator's intention, something in the nature of a presumption must be indulged in to fill out what would otherwise be a gap in the instrument. The purpose is to carry out what was probably his intention, or what probably would have been his intention if he had foreseen the matter in dispute. This process is called construction. States often have differing rules of construction.

APPENDIX M

According to the American Restatement the general rule with respect to the construction of an instrument creating a trust of movables is that it is construed in accordance with the rules of construction of the state designated for this purpose in the instrument. In the absence of such a designation the applicable rules of construction depend on the nature of the subject-matter. As to matters pertaining to administration, the applicable rules of construction are those of the local law of the state which governs administration of the trust. For other matters the applicable rules of construction are those of the state which the settlor or testator would probably have desired to be applicable.⁽⁴⁴⁾ In the latter respect the choice will normally be between the rules of construction of the state of the testator's or settlor's domicile and those of the place of administration.⁽⁴⁵⁾

The choice of the settlor or testator is not confined to states having a connection with the trust since construction is a process for giving meaning to an instrument in areas where the intentions of the party would have been followed if they had been made clear. Such choice may be express or implied.⁽⁴⁶⁾

As regards the construction of instruments creating trusts of immovables the general rule is that the applicable rules are those of the state designated for that purpose in the instrument. In the absence of such a designation the instrument is construed in accordance with the rules of construction that would be applied by the courts of the situs.⁽⁴⁷⁾

Where no designation has been made in the instrument the question is whether the courts of the situs would apply the rules of construction prevailing in the state of the situs or would apply the rules of another state such as the state of the domicile of the settlor or testator. This may depend upon whether the question of construction relates to matters pertaining to administration of the trust or to other matters. In the case of a trust of land the place of administration is the situs of the land unless the land is to be sold and the proceeds remitted to another state. As to these matters, it is fair to assume that the settlor or testator intended that the rules of construction of the state of the situs should be applicable.⁽⁴⁸⁾

It is of interest to note that the Uniform Wills Act contains two provisions which recognize the law of the place where the testator was domiciled at the time of making a will as relevant to its construction. Sections 41 and 42 provide as follows:

41. A change of domicile of the testator occurring after a will is made does not render it invalid as regards the manner and formalities of its making or alter its construction.

42. Nothing in this Part precludes a resort to the law of the place where the testator was domiciled at the time of making a will in aid of its construction as regards an interest in land or an interest in movables.

(v) *Legal Effect*

The common law developed certain rules concerning the legal effect to be given to language used in instruments of conveyance or wills. Those rules were held to be applicable regardless of the intention of the grantor or testator. Indeed, in some cases the rules were intended to prevent the grantor's or testator's intention from being fulfilled. The Rule in Shelley's Case and the Doctrine of Worthier Title are of such a nature. The common law rules respecting the legal effect to be given words of limitation or the failure to use such required words also operated regardless of the grantor's obvious intention.

Such rules are neither rules of interpretation nor rules of construction. Consequently, they must be treated separately for conflicts purposes. To the extent that such rules may continue to exist the applicable law is the local law of the situs of the land.⁽⁴⁹⁾

(vi) *The Variation of Trusts*

As was noted earlier, once a trust is created the proper law continues to govern its validity. The only ways in which the proper law can be changed are by a power reserved in the trust instrument, by an agreement by the beneficiaries to change it or by a court order made pursuant to applicable variation of trusts legislation. What law determines the existence of such a power and its scope? Does the same law determine the scope of an order that may be made under variation of trusts legislation?

It is Castel's view that the variation or revocation of a trust is related to its validity.⁽⁵⁰⁾ That being so, the law applicable to the variation of trusts would be that which governs essential validity. Should, however, a court exercise its authority under variation of trusts legislation if the law of the forum is not the law applicable to the essential validity of the trust?

As indicated in Dicey and Morris, the jurisdiction of English courts to approve an arrangement varying or revoking a trust under the Variation of Trusts Act 1958 is not confined to English trusts; but if there are substantial foreign elements in the case it will not be exercised except in a proper case.⁽⁵¹⁾ Thus the courts of England have made orders approving the variations of trusts governed by foreign law. This has been criticized

APPENDIX M

by a number of writers who are of the opinion that such legislation should be limited in its application to trusts governed by the law of the forum.⁽⁵²⁾ In Waters' view:⁽⁵³⁾

There is much to be said for the introduction into this legislation in Canada of a conflict of laws provision restricting the court's jurisdiction to those trusts whose proper law is the law of the forum.

The contrary view is expressed by Castel who thinks that the jurisdiction of the courts should be as wide as possible provided that in approving the variation or revocation of the trust, they verify whether the variation is possible under the applicable foreign law.⁽⁵⁴⁾

When one considers that in exercising its authority under legislation such as the Uniform Variation of Trusts Act the court is acting for incompetent and unascertained beneficiaries, and is approving on their behalf arrangements which they could approve for their own benefit if they were ascertained and legally competent, it would seem reasonable that the authority of the court should be no more limited than that of a group of competent beneficiaries acting together. If under the proper law of the trust the latter could approve an arrangement on their own behalf then there should be no objection in law to the court being able to do the same on behalf of those who cannot so act. On the other hand, if the proposed arrangement would be contrary to the applicable foreign law then it would be inappropriate and mischievous, if not futile, for either the beneficiaries or the court to approve it.

PART B

Trusts Convention

The Fifteenth Session of the Conference on Private International Law was held at The Hague from October 8th to 20th, 1984. It resulted in the adoption of the Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition (hereinafter referred to as the "Trusts Convention"),⁽⁵⁵⁾ the full text of which is reproduced in a Schedule to this report.

The object of the Convention is set forth in its preamble as follows:

The States signatory to the present Convention,

Considering that the trust, as developed in courts of equity in common law jurisdictions and adopted with some modifications in other jurisdictions, is a unique legal institution,

Desiring to establish common provisions on the law applicable to trusts and to deal with the most important issues concerning the recognition of trusts,

Have resolved to conclude a Convention to this effect, and have agreed upon the following provisions –

There then follow five chapters dealing with: Scope, Applicable Law, Recognition, General Clauses and Final Clauses, respectively. For the purpose of this report, particular attention is given to Chapter II – Applicable Law, with much less space devoted to the other chapters.

(i) *Chapter I – Scope*

The Convention applies only to trusts that are created voluntarily and evidenced in writing. (Article 2) There is provision, however, by which a Contracting State may declare that the provisions of the Convention will be extended to trusts declared by judicial decisions. (Article 20)

To fall within the scope of the Convention a legal relationship must have the following characteristics –

- (a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate;
- (b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;
- (c) the trustee has the power and the duty in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.

This description is intended to encompass common law trusts as well as legal relationships in non-common law jurisdictions such as the Quebec fiducie.

Article 4 provides as follows:

The Convention does not apply to preliminary issues relating to the validity of wills or of other acts by virtue of which assets are transferred to the trustee.

This Article draws the very important distinction between the trust as a legal relationship or institution and the act by which the trust is created. The latter, which has to do with the formal validity of a trust rather than its essential validity, is not the subject-matter of the Convention. The Convention becomes applicable only when a legal relationship bearing the characteristics listed above is created.

APPENDIX M

The essential distinction that is reflected in Article 4 has not been drawn clearly in Anglo-Canadian conflicts law. The result has been a great deal of uncertainty and confusion. This important matter must be addressed in any attempt to establish conflicts rules on an inter-provincial basis.

(ii) *Chapter II – Applicable Law*

Article 6

A trust shall be governed by the law chosen by the settlor. The choice must be express or be implied in the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted, if necessary, in the light of the circumstances of the case.

Where the law chosen under the previous paragraph does not provide for trusts or the category of trust involved, the choice shall not be effective and the law specified in Article 7 shall apply.

This Article recognizes the primary right of the settlor to select the law that is to govern his trust. He may do so either expressly or impliedly. In this connection, it is important to note the effect of Article 17 by which the term “law” is defined as meaning “the rules of law in force in a State other than its rules of conflict of laws”. In effect, the choice under Article 6 is of the substantive law and not the conflict rules of the chosen jurisdiction. If, however, the settlor expressly chooses both the substantive law as well as the conflicts rules of a jurisdiction as the applicable law, it is expected that the choice will be given effect.

If the settlor chooses a jurisdiction of which the substantive law makes no provision for his type of trust or fails to select, the applicable law will be determined in accordance with Article 7.

Article 7

Where no applicable law has been chosen, a trust shall be governed by the law with which it is most closely connected.

In ascertaining the law with which a trust is most closely connected reference shall be made in particular to –

- a) the place of administration of the trust designated by the settlor;
- b) the situs of the assets of the trust;
- c) the place of the residence or business of the trustee;

d) the objects of the trust and the places where they are to be fulfilled.

The four connecting factors listed in *a* to *d* are considered as having “particular” significance in determining the law with which the trust is most closely connected and, therefore, the applicable law. This is not an exhaustive list and a judge would not be precluded from taking other relevant factors into account. Although it is considered that there is an “implicit hierarchy” in the order in which the four particularly significant factors are listed, the text does not preclude a judge from taking all of the factors into account at the same time.

Article 8

The law specified by Article 6 or 7 shall govern the validity of the trust, its construction, its effects, and the administration of the trust. In particular that law shall govern –

- a) the appointment, resignation and removal of trustees, the capacity to act as a trustee, and the devolution of the office of trustee;
- b) the rights and duties of trustees among themselves;
- c) the right of trustees to delegate in whole or in part the discharge of their duties or the exercise of their powers;
- d) the power of trustees to administer or to dispose of trust assets, to create security interests in the trust assets, or to acquire new assets;
- e) the powers of investment of trustees;
- f) restrictions upon the duration of the trust, and upon the power to accumulate the income of the trust;
- g) the relationships between the trustees and the beneficiaries including the personal liability of the trustees to the beneficiaries;
- h) the variation or termination of the trust;
- i) the distribution of the trust assets;
- j) the duty of trustees to account for their administration.

This enumeration of matters that are subject to the law chosen by the settlor or to the law with which the trust is most closely connected, is not intended to be exhaustive. It does serve the very useful purpose of

APPENDIX M

identifying the types of questions and problems that arise most commonly in relation to legal relationships described in Article 2. It is intended particularly for the edification of non-trust jurisdictions.

The law specified by Article 6 or 7 will not always be a single law since a severable aspect of the trust may be subjected to a different law. Article 9 sets out the most common example of a severable aspect to which it may be appropriate to apply a different law than governs the trust's validity. The law of the place where the trust is to be administered may be of particular significance in that regard.

Article 9

In applying this Chapter a severable aspect of the trust, particularly matters of administration, may be governed by a different law.

Article 10 recognizes that over the lifetime of a trust it may be appropriate or necessary that the law that was initially applicable to the trust, or a severable aspect thereof, be replaced by another law. The question as to whether and under what conditions a change of the applicable law is possible is to be determined by the law governing the validity of the trust when created.

Article 10 is also relevant to change of applicable law brought about by a change in the connecting factors that are to be taken into account in applying Article 7.

Article 10

The law applicable to the validity of the trust shall determine whether that law or the law governing a severable aspect of the trust may be replaced by another law.

If it should happen that the applicable law as determined in accordance with Chapter II does not make provision for the type of trust in question, then by virtue of Article 5 the Convention is not applicable.

(iii) *Chapter III - Recognition*

Article 11

A trust created in accordance with the law specified by the preceding Chapter shall be recognized as a trust. Such recognition shall imply, as a minimum that the trust property constitutes a separate fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

In so far as the law applicable to the trust requires or provides, such recognition shall imply, in particular –

- a) that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets;
- b) that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy;
- c) that the trust assets shall not form part of the matrimonial property of the trustee or his spouse nor part of the trustee's estate upon his death;
- d) that the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets. However, the rights and obligations of any third party holder of the assets shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum.

This Article identifies the principal legal consequences that should flow from the recognition of a legal relationship as a trust. It is intended to be instructive and to introduce a significant degree of certainty into the way in which the Convention is applied and enforced, particularly in non-trust jurisdictions.

Article 12

Where the trustee desires to register assets, movable or immovable, or documents of title to them, he shall be entitled, in so far as this is not prohibited by or inconsistent with the law of the State where registration is sought, to do so in his capacity as trustee or in such other way that the existence of the trust is disclosed.

Recognition of a trust does not obligate a State to permit the trustee to register the trust assets in such a manner as to disclose the existence of the trust. The internal law of the State need not provide for such registration.

Article 13

No State shall be bound to recognize a trust the significant elements of which, except for the choice of the applicable law, the place of administration and the habitual residence of the trustee, are more closely connected with States which do not have the institution of the trust or the category of trust involved.

APPENDIX M

Although Article 6 establishes the right of the settlor to choose the applicable law, a State is not bound to give effect to such choice if the objective elements of the trust, other than the place of administration and the habitual residence of the trustee, are most closely connected with States in which such a trust does not exist. This is regarded primarily as an escape clause in favour of States which do not have trusts. “The clause will be used above all by judges who think that the situation has been improperly removed from under the application of their laws.”⁽⁵⁶⁾

Article 14

The Convention shall not prevent the application of rules of law more favourable to the recognition of trusts.

The purpose of the Convention is to facilitate the recognition of trusts. It is not intended to prevent States from recognizing trusts that are not covered by the Convention. This is reflected in Article 14. Accordingly, the adoption of the Convention by a State does not prevent that State from recognizing types of trusts that fall outside the scope of the Convention. This may be especially significant as among common law jurisdictions.

(iv) *Chapter IV – General Clauses*

Article 15

The Convention does not prevent the application of provisions of the law designated by the conflict rules of the forum, in so far as those provisions cannot be derogated from by voluntary act, relating in particular to the following matters –

- a) the protection of minors and incapable parties;
- b) the personal and proprietary effects of marriage;
- c) succession rights, testate and intestate, especially the indefeasible shares of spouses and relatives;
- d) the transfer of title to property and security interests in property;
- e) the protection of creditors in matters of insolvency;
- f) the protection, in other respects, of third parties acting in good faith.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

If recognition of a trust is prevented by application of the preceding paragraph, the court shall try to give effect to the objects of the trust by other means.

The recognition of a trust and the identification of the applicable law will not ensure that the trust will be given effect in all of its aspects in accordance with that law. Where the provisions of a trust are incompatible with the mandatory rules of law designated by the conflicts rules of the forum the latter are to prevail. In such a case, however, the court is to seek other means of giving effect to the objects of the trust.

Article 16

The Convention does not prevent the application of those provisions of the law of the forum which must be applied even to international situations, irrespective of rules of conflict of laws.

If another State has a sufficiently close connection with a case then, in exceptional circumstances, effect may also be given to rules of that State which have the same character as mentioned in the preceding paragraph. Any Contracting State may, by way of reservation, declare that it will not apply the second paragraph of this article.

This Article is intended to recognize and give supremacy to the so-called 'laws of immediate application' of the forum. Among the laws that fall into this category are those designed to protect a country's cultural heritage, public health and vital economic interests. Currency exchange regulations may be so considered. ⁽⁵⁷⁾ The forum's laws of immediate application will override the other provisions of the Convention.

Similar precedence may be given to the laws of immediate application of a third State having a sufficiently close connection with the trust. However, a Contracting State may remove that discretion from its courts by means of an appropriate reservation.

Article 18

The provisions of the Convention may be disregarded when their application would be manifestly incompatible with public policy (ordre public).

This Article sets forth the public policy provision which appears customarily in Hague Conventions. It ensures that the recognition of a trust will not result in contravention of the public policy of the forum.

APPENDIX M

Article 19

Nothing in the Convention shall prejudice the powers of States in fiscal matters.

This Article provides assurance to Contracting States that the recognition of trusts will not result in the evasion of taxes. This was seen as essential in order to encourage ratification of the Convention.

Article 23

For the purpose of identifying the law applicable under the Convention, where a State comprises several territorial units each of which has its own rules of law in respect of trusts, any reference to the law of that State is to be construed as referring to the law in force in the territorial unit in question.

Article 24

A State within which different territorial units have their own rules of law in respect of trusts is not bound to apply the Convention to conflicts solely between the laws of such units.

These provisions are intended to accommodate States such as Canada comprised of several legislative jurisdictions. For purposes of the Convention each such jurisdiction will be treated as a State. The law of such a jurisdiction may be the applicable law of the settlor's choice or by application of Article 7.

Although it is open to the provinces and territories to apply the Convention to conflicts among themselves, that result does not flow from the adoption of the Convention, per se.

A related provision, the federal States clause, appears as Article 29. It permits a State such as Canada to declare that the Convention shall extend to those of its territorial units as wish to have it apply. Those provinces and territories that wish to adopt the Convention must enact appropriate legislation.

PART C

The Trust in Quebec⁽⁵⁸⁾

(i) *Types of Trusts*

Several articles of the Civil Code of the Province of Quebec make provision for the creation of legal relationships that resemble common

law trusts. Article 869 permits a testator to name legatees as “merely fiduciary or simply trustees for charitable or other lawful purposes within the limits permitted by law”. The law thus recognizes a type of testamentary charitable trust as well as a testamentary trust for other lawful purposes.

Article 964 which is included in the chapter entitled “Of Substitutions” permits a legatee to be charged as a “mere trustee” as opposed to the ordinary status of a legatee under a substitution as an institute. Whereas an institute is entitled to enjoyment of the property which he administers, a legatee who is a mere trustee has no such right of enjoyment. His duty is “to administer the property and to employ it or deliver it over in accordance with the will, even though the terms used appear really to give him the quality of a proprietor subject to delivery over . . .”.

Chapter IVA entitled “Of Trusts” was enacted originally in 1879 as *An Act respecting Trusts*.⁽⁵⁹⁾ In 1888 these provisions were incorporated into the Civil Code as articles 981a to 981n. They make provision for creation of the type of fiduciary relationship that is known commonly as the “fiducie”. Article 981a provides as follows:

All persons capable of disposing freely of their property may convey property, movable or immovable, to trustees by gift or will, for the benefit of any persons in whose favour they can validly make gifts or legacies.

The remainder of the articles deal with such matters as the trustee's claim to possession of the trust property, the exercise of trustee powers, the trustee's duty of care, the duties on termination of the trust, the nature of the trustee's liability, the removal and replacement of trustees and remuneration of trustees. In general, these articles provide rules of administration, accounting and procedure that resemble those applying to common law trusts. That is not to say, however, that the fiducie is in the nature of a common law trust even within the limits of use imposed by the Code.

Professor Caron has made the following instructive observations in relation to the fiducie:⁽⁶⁰⁾

There has been considerable comment on the legal implications of this trust. The courts have said on many occasions that while the Quebec trust could perhaps operate like the common law trust, it is by no means to be interpreted or governed by the rules and precedents of the common law. The words used by the legislature in 1879 may have created a

APPENDIX M

mechanism called the “trust” and an institution that operates as a trust, but they have not defined the legal nature of this method of transferring property.

Trusts have been widely used in practice, and few difficulties have been experienced in the ordinary course of drafting gifts and wills in which they are contained. The courts have found little difficulty in determining that the application of those provisions was to be restricted to the situations specified in the Civil Code, and have not allowed them to serve as a base for developing such institutions as the declaration of trust, or a unit trust for investment purposes (even as an outgrowth of a “family” trust).

Among the many questions that have never been taken to court are the possibilities of the constituent of the trust (hereinafter called the “trustor”) being a trustee, of a beneficiary serving as a trustee, and of the premature termination or variation of the trust. In fact, some believe that it is preferable not to enter into litigation over the law of trusts, for fear that the courts may crystallize some aspect of the practice that has so far remained flexible. However, it is inevitable that from time to time such questions are litigated and the result shows that there is no prevailing unanimity on the nature of the trust in Quebec.

One of the key elements of the Quebec trust which remains largely shrouded in mystery is the nature of the ownership which it entails. The Supreme Court of Canada in *Royal Trust Co. v. Tucker*⁽⁶¹⁾ shed some light on the matter in holding that the ownership of the trust property is in the trustees during the lifetime of the trust. Dr. Waters has explained the ruling in this way:⁽⁶²⁾

In summary, the explanation appears to amount to this; the trustees acquire a limited ownership which stems from, or co-exists with, their powers of disposition and of variation of the trust property. It is limited by the fact that they do not have the power of enjoyment nor have they any discretion as to how they will deal with the property save what is conferred upon them by the instrument or the Code. The beneficiaries cannot be said to have the ownership because an income beneficiary has no property right in the capital, and when a capital beneficiary acquires it the trust terminates thereupon. Moreover, the beneficiaries’ right to enjoyment is subject to the power of the trustees to dispose of the

title to the trust property and generally to vary trust investments.

For purposes of the Convention the term "trust" has been defined in sufficiently general terms to encompass the Quebec trust. It is a legal relationship whereby assets are placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose. (Article 2) The trust property constitutes a separate fund, the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity. (Article 11)

It remains, however, that certain types of trusts which exist in the common law jurisdictions are not provided for under Quebec law. Excluded are trusts created by contract rather than gift, trusts created by declaration and trusts arising by operation of law. And trusts under the Civil Code cannot be used for commercial purposes. Adoption of the Convention by Quebec would not force the recognition in that jurisdiction of such trusts if they are most closely connected with Quebec. (Article 13)

(ii) *Proposed Reform*

It seems probable, however, that some of the types of trusts that are currently excluded from Quebec law will be included in the foreseeable future. In 1977 the Civil Code Revision Office recommended that the scope of application of trusts be considerably broadened. The principal reason was that the "limited use permitted of trusts in existing law is very frustrating, especially in business circles".⁽⁶³⁾ The broadening proposed by the Revision Office would have been restricted to express trusts and would not have introduced into Quebec law the English theory of trusts by operation of law.⁽⁶⁴⁾

Proposed reforms were presented to the Parliament of Quebec in Bill 20 in 1984.⁽⁶⁵⁾ Under these amendments to the Code, which range beyond those proposed by the Revision Office, a trust could be created by will, by gratuitous contract or by onerous contract.⁽⁶⁶⁾ The latter is a very significant addition as it would permit the creation of a variety of business trusts that are not available at present.⁽⁶⁷⁾ They also provide for resulting trusts in certain circumstances.⁽⁶⁸⁾ If enacted, these provisions will reduce very considerably the scope of application of Article 13 of the Convention regarding the choice of Quebec law to govern a trust.

(iii) *Conflicts Rules*

The Civil Code and Code of Civil Procedure do not contain any conflicts rules relating specifically to trusts. Nor has that matter been

APPENDIX M

developed significantly by the courts.⁽⁶⁹⁾ As a result, there is considerable uncertainty as to the applicable rules. Accordingly, there would appear to be a strong argument in favour of appropriate legislative action. Indeed, the need may be even more urgent in Quebec than elsewhere in Canada.

In the absence of conflicts rules relating specifically to trusts, and recognizing that the trust is a “deed” for purposes of the Civil Code, one must have recourse to the general conflicts rules set forth in Articles 6, 7 and 8 of the Civil Code to determine the rules that may be applicable to trusts.

The principle of autonomy in the choice of law is well established in the law of Quebec. Article 8 of the Civil Code provides as follows:

8. Deeds are construed according to the laws of the country where they were passed, unless there is some law to the contrary, or the parties have agreed otherwise or by the nature of the deed or from other circumstances, it appears that the intention of the parties was to be governed by the law of another place; in any of which cases, effect is given to such law, or such intention express or presumed.

This provision has been held to be applicable to the whole range of contracts and deeds,⁽⁷⁰⁾ including a holograph will in the case of *Ross v. Ross*.⁽⁷¹⁾ Accordingly, the settlor may choose the law applicable to the trust and to different aspects thereof. While pre-eminence is given to the law of the place where the “deed is passed”, the choice of law of the parties is given effect “unless there is some law to the contrary”. The latter proviso is such that the application of Article 8 is “subject to the force of some prohibitive law or of public policy”.⁽⁷²⁾ Thus, the choice of law cannot be applied if it violates the public policy of Quebec.

Article 6 provides that the law of Quebec is applicable whenever the question involved relates to public policy. Other Articles employ the expression “public order and (or) good morals”.⁽⁷³⁾ Taken as a whole, these provisions have the effect of rendering acts and contracts contrary to public policy if contrary to public order or good morals.

The court of the forum is master of what is consonant with public policy, and of what is public policy, in its jurisdiction. No one can come to that court and demand a right though originated abroad, which offends its conception of public policy in terms of what is the general interest, the public bearing of an act or contract, public order, good morals, essential justice. Our public policy may be so strin-

gent as definitely to prevent recognition of the right, it may, on the contrary, concede lack of interest to prevent recognition. Articles 6 and 13 merely state this principle: that the application of foreign law, or the enforcing of a foreign-acquired right, is subject to a reservation in favour of the public policy of Quebec.⁽⁷⁴⁾

Adoption of the Trusts Convention by Quebec would not require any alteration, compromise or relaxation of that principle since it is clearly recognized and protected by the provisions of the Convention relating to public policy and mandatory rules.

It was noted that the Convention deals with the troublesome doctrine of renvoi by defining "law" as meaning "the rules of law in force in a State other than its rules of conflict of laws". (Article 17) This might be considered as being contrary to the law of Quebec in light of the decision of the Supreme Court of Canada in *Ross v. Ross* where the doctrine of partial or single renvoi was applied. Because of the manner in which the court construed Article 7 of the Civil Code it has been suggested that "it is difficult to say that in Canada the 'law of the country' always means the whole law of that country including its conflict of laws rules and that when there is a reference back to the law of the forum, the court will accept it and apply its own law".⁽⁷⁵⁾ In other words, there is no necessary conflict between Article 17 of the Convention and the law of Quebec. In any event, if the application of the doctrine of renvoi should, in a particular case, be more favourable to the recognition of a trust such application would be in accordance with Article 14 of the Convention.

It would appear, therefore, that the provisions of the Trusts Convention are in accordance with the principles and rules of private international law of Quebec and, therefore, that its adoption in that jurisdiction, with the safeguards provided with respect to recognition, would not require any significant alteration, compromise or relaxation of those principles or rules.

PART D

Recommended Legislative Action

In the field of trusts, the most important objective or policy is the fulfillment of the justified expectations of the creator of the trust in the disposal of the trust property. Thus, conflict of laws rules should attempt to carry out this objective or policy by giving preeminence to the intention of the creator of the trust, subject perhaps to the strong public

APPENDIX M

policy of the state or province whose interest in the object of the trust should be recognized.⁽⁷⁶⁾

It is submitted that this is an entirely appropriate statement of the general principle to be pursued by the Uniform Law Conference and the country's legislators with vigor. It seems clear that the objective is unlikely to be attained for many years without legislative action. The need for such action exists in both the international and inter-provincial spheres.

In the international sphere the appropriate vehicle has appeared in the form of the Trusts Convention. One of the principal architects of the Convention, Professor D.W.M. Waters, has made the following observations with respect to its object:⁽⁷⁷⁾

The trust concept, as it is known to common law jurisdictions, is unknown to many other jurisdictions in the world. This creates difficulties for settlors, trustees and beneficiaries of common law jurisdictions, where trusts have international operations or connections. Especially has this proved to be so in jurisdictions like those of western Europe, whose legal systems are of the civil (or Roman) law tradition. Common law trusts often have connections with these civil law jurisdictions, because of investments or beneficiaries there.

The Convention seeks to relieve the consequent problems through the introduction of internationally accepted basic conflict of law rules for trusts. It also stipulates a common approach to the consequences of the recognition of trusts, and the circumstances in which recognition may be declined.⁽⁷⁸⁾

Professor Waters has identified several advantages that would accrue to the provinces and territories of Canada from adoption of the Convention.

1. Its adoption does not imply any changes to provincial or territorial statutory law, or any major changes to existing case law. It emphasizes the law of closest connection, rather than exclusive reference to the situs of trust property, or the domicile of the settlor.
2. It introduces much more predictability in the operation:
 - (a) of Canadian-drawn trusts with one or more trustees and/or beneficiaries resident outside Canada, and/or assets outside Canada; and

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

- (b) of trusts drawn by Canadians living outside Canada, leaving assets in Canada or abroad to persons resident in Canada, or to persons living in non-trust jurisdictions.
3. It supplies Canadian adopting jurisdictions – at the international level – with internationally agreed basic conflict of law rules concerning trusts. At the moment it is questionable whether in Canada there are any such rules, certainly so far as inter vivos trusts are concerned. Moreover, these Hague rules – autonomy of the settlor, and the ‘proper law of trust’ (Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, 10th ed., 1980) – are modern rules which recognise the distinct character of the trust, as opposed to the instrument of its creation.
 4. It confirms for the Canadian adopting jurisdictions the validity of the familiar provision in Canadian trust instruments which confers power upon the trustees, or some other person, to change at discretion the law governing the validity of the trust and its provisions.
 5. It sets aside the precedent created by the traditional and hesitant majority judgment in *Jewish National Fund v. Royal Trust Co.*, [1965] S.C.R. 784 in favour of a clear ‘proper law of the trust’ rule. The Court divided 3 to 2, and critics regarded the minority judgement as considerably better reasoned.
 6. It facilitates the adoption between Canadian provincial and territorial jurisdictions of these same Hague conflict rules, as the basis of a short, uniform intra-provincial/territorial conflicts code so far as trusts are concerned.
 7. It encourages an increasingly better climate of co-operation between trust and non-trust jurisdictions as the years pass and experience in recognition lengthens.

One might add that adoption of the Convention would also open up to our courts the wealth of jurisprudence that has been built up in the United States. That appears to have little influence on the development of our law to date.

While adoption of the Convention should constitute a major step forward in resolving the principal problems that exist in relation to trusts in the international sphere, it would leave unaddressed many of the same problems that are encountered inter-provincially. To allow such a situation to develop and to persist would be unfortunate, unjustifiable and illogical. In order to forestall such an occurrence, it is recommended that the Conference take the initiative in developing a set of

APPENDIX M

conflicts rules based on those of the Convention to be recommended for adoption by the provinces and territories to govern trust matters among themselves. It is suggested that the following matters be given consideration for that purpose.

(i) *Scope*

(a) Types of Trusts

As with the Convention, the uniform rules must extend to both common law trusts and comparable devices under Quebec law. The terms of Articles 2 and 11 of the Convention are relevant for that purpose.

The Convention applies only to trusts created voluntarily by a person and evidenced in writing. There may be some question as to whether the Convention applies to resulting trusts. Such a trust arises out of the voluntary act of a settlor and gives effect to his implied, as opposed to his expressed, intention. Since Article 3 does not state that the trust must be created “expressly” but only that it be created “voluntarily”, it is not apparent that resulting trusts are excluded. There would seem to be no valid reason for excluding resulting trusts from the application of the proposed uniform rules. The common law jurisdictions in Canada, at least, have sufficient familiarity with the circumstances under which such trusts arise and their consequences in law to be able to accommodate them under conflicts rules.

The following types of trusts are clearly excluded from the operation of the Convention:

- (1) trusts created by declaration or delivery of property to a trustee without the execution of an instrument or other written evidence;
- (2) judicial trusts, unless included by a declaration under Article 20; and
- (3) statutory trusts.

For purposes of the proposed uniform rules there would seem to be no substantial reasons for excluding trusts validly created by declaration or delivery simply because written evidence of the trust may be absent. If the existence and terms of such a trust can be proved without written evidence, its absence should be immaterial.

The decision to exclude judicial trusts from the Convention was taken primarily to meet concern expressed by non-trust jurisdictions. To some

extent such concern represents fear of the unknown, that is, uncertainty as to the implications of recognizing such trusts. There appears to have been particular concern that such recognition would amount to recognition of foreign judgments without the normal controls and guarantees with respect to legitimacy and enforceability. The hope and expectation is that the trust jurisdictions will extend the Convention to judicial trusts by appropriate declarations under Article 20.⁽⁷⁹⁾ If that comes to pass then in time the non-trust jurisdictions will probably be encouraged to follow their lead, their fears having been allayed.

In the meantime, the concerns which prevented judicial trusts from being included in the Convention should not apply among the provinces and territories of Canada. If considered appropriate, the kinds of safeguards that are provided in legislation concerning the recognition and enforcement of foreign judgements could be adopted or made applicable to judicial decisions creating trusts. Once the “formal validity” of such a trust is established there is no substantial reason why the trust should not be treated like any other validly created trust. As long as the relationship exhibits the characteristic of a trust as set forth in the rules, it should be subject to those rules. If the relationship results from a judicial decision then the objective factors would have to be applied to determine the applicable law, there being no choice of law by a settlor.

The exclusion from the Convention of trusts imposed by statute again represents a response to concerns, particularly of non-trust jurisdictions, about the implications of the recognition of such trusts. The recognition and enforcement of trusts imposed by foreign states raised problems for some jurisdictions especially in the context of a Convention centered on the protection of the intentions of individuals who want to create trusts. It should be noted, however, that the Convention does not prevent a Contracting State from recognizing such trusts. Article 14 expressly recognizes the right of a Contracting State to apply “rules of law more favourable to the recognition of trusts”.

There appears to be no substantial reason why statutory trusts should be excluded from the proposed uniform rules. The fact that the instrument of creation is a “foreign” statute rather than a will or deed should not be sufficient reason for refusing to recognize a trust, as long as it has the required characteristics prescribed by the rules. The courts of a province or territory should have the authority to determine whether a trust imposed by statute in another province or territory is enforceable in the forum. One would presume that it would be unless the enacting province or territory exceeded its jurisdiction or the policy which the trust represents is in conflict with a strong public policy of the forum.

APPENDIX M

As in the case of judicial trusts the objective factors would have to be relied upon to determine the applicable law.

In summary, it is recommended that the proposed uniform rules be given wide scope. A trust of whatever kind and however created can have inter-provincial aspects. As long as adequate safeguards are provided to protect the legitimate interest of jurisdictions having an association with the trust, recognition should not be a matter of serious concern.

(b) Types of Issues

The Convention does not apply to preliminary issues relating to the validity of wills or of other acts by which trusts are created. (Article 4) The law designated by the Convention applies only to the trust itself, and not to the validity of the act by which the transfer of assets is carried out. That act is governed entirely by the law to which the conflicts rules of the forum submit it. If it is determined that the transfer is invalid under the applicable law, the matter is closed.

It is recommended that the same approach be taken to the application of the proposed uniform rules. The question of formal validity of the instrument or act of creation should be left to be determined under existing conflicts rules. Since it is not really a "trust question" its non-inclusion in the proposed rules would help to emphasize the status of the trust as a legal relationship and serve to eliminate the confusion in law that has resulted from a too close identification of the trust with the trust instrument.

(ii) *Applicable Law*

The conflicts rules established by the Convention are significantly superior to those which are thought to apply in Canada at present. They are entirely appropriate for use in the inter-provincial sphere. It is recommended that they form the basis of the proposed uniform rules.

This would provide the provinces and territories with a set of rules under which the creator of a trust would be free to choose the applicable law. Failing such choice the applicable law would be determined objectively as the law with which the trust is most closely connected.

The Convention in Article 7 notes four factors that are considered to be of particular significance in making the objective determination. Those factors should be utilized in the uniform rules because they help to emphasize the importance of viewing the trust as an ongoing relationship requiring continuing administration. While more factors might be added to the list, it is not necessary to do so as long as it is open to the

courts to apply such additional or other factors as they consider appropriate. Furthermore, to highlight such other factors as “domicile” as being of particular significance might tend to remove the spotlight from the central matter of administration.

Article 8 identifies four aspects of a trust for which applicable law may be chosen or determined. These are: validity of the trust, its construction, its effects and the administration of the trust. Arguably, only two of these, validity and administration, need to be so identified since the law applicable to construction or legal effects, in the absence of settlor’s choice, should depend on whether the issue relates to validity or administration.

That Article also sets forth a non-exhaustive list of the questions that may arise for decision under the appropriate applicable law. It is a device that has been used in other Hague Conventions and serves, in this case, principally to educate non-trust jurisdictions. Such a list would be of limited utility in the proposed uniform rules unless the further step is taken of characterizing each question as a matter of validity or administration. Legislated characterization might seem appealing because of the greater degree of certainty that it would introduce into this area of law. On balance, however, it would probably not be advisable to do so.

Most of the questions that arise are not difficult to characterize. Where a question entails elements of both validity and administration it may be better to leave the choice to the courts, with the clear directive that the rules are to be applied as far as possible to uphold the validity of a trust and to give effect to the settlor’s intention. For example, because of the various approaches that different jurisdictions take to the matter of perpetuities, it is quite possible for a trust to be invalid under the law governing validity and valid under the law governing administration. Given a legitimate choice a court might be able to uphold the trust. Such a choice would not be possible, however, if, by statute, the question were characterized.

Which law governs the matter of characterization? In other words, which law is applicable to determining whether a question is one of validity or administration? The Convention does not address this matter except, perhaps, by implication. By analogy with Article 10 it would seem that the question should be determined in accordance with the law applicable to the validity of the trust. This would appear to be consistent with English law but contrary to the American view. Consideration should be given to clarifying this matter in the proposed rules.

One of the major advantages of allowing the creator of the trust to choose the applicable law lies in the fact that he is likely to choose only

APPENDIX M

one law, thus enabling the trust to be treated as a unit. It should be made clear, however, that severable aspects of a trust may be governed by different laws either chosen subjectively or determined objectively. Where, for example, the trust entails assets in more than one jurisdiction with each to be administered for the benefit of different beneficiaries, the settlor may wish to have the law of the situs or residence of the beneficiaries govern in each case. In effect, there may be several trusts in one. It should be possible for each to be governed by a different law as though each had been separately created.

Similarly, it should be possible for different aspects of a trust to be governed by different laws, at the choice of the settlor or by application of the objective connecting factors where the settlor has not made a choice. For example, essential validity may be determined under the law of the situs while the administration of the trust may be governed by the law of the trustee's residence.

Article 10 provides that the law applicable to the validity of the trust shall determine whether that law or the law governing a severable aspect of the trust may be replaced by another law. This constitutes a recognition of the power to change the applicable law during the lifetime of a trust. Canada urged the inclusion of such a provision because of the common practice of including in Canadian trust documents a power in the trustee to change both the validity law and the administration law. It would be an appropriate provision for inclusion in the proposed uniform rules.

Should the applicable law include the conflicts rules of that jurisdiction? The answer provided by the Convention is "No". The law designated by the Convention is always the substantive law, to the exclusion of rules of conflict of laws. The consideration of conflicts rules is obviously excluded where the applicable law is determined using the objective connecting factors. But what if the settlor chooses to have the conflicts rules included in the applicable law? It is expected that the choice would be given effect especially if that would serve to uphold the validity of the trust. The matter, however, is not without doubt.

It is recommended that the choice available to a settlor under the proposed uniform rules be limited to the internal law of the chosen jurisdiction. To do otherwise would introduce a complicating factor without serving any obvious substantial purpose. The adoption of uniform conflicts rules in all of the provinces and territories should resolve any outstanding question in that regard in any event.

(iii) *Conflicts Rules and Public Policy*

The provinces and territories should be assured that the adoption of the proposed uniform rules would not result in the recognition and enforcement of trusts contrary to the mandatory rules or public policy of the forum or of the systems of law with which the trust has its closest connection. While it is desirable that the settlor should have freedom of choice of applicable law it does not follow that that freedom is to be unrestricted.

An analogy can be drawn with the application of conflicts rules in relation to contracts. In *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.*⁽⁸⁰⁾ Lord Wright expressed the opinion that, in principle, it is not essential that the applicable law chosen by the contracting parties have any connection with the contract.⁽⁸¹⁾ He went on to say:⁽⁸²⁾

But where the English rule that intention is the test applies, and where there is an express statement by the parties of their intention to select the law of the contract, it is difficult to see what qualifications are possible, provided the intention expressed is bona fide and legal, and provided there is no reason for avoiding the choice on the ground of public policy.

In Castel's opinion the courts of the forum may refuse to apply the law chosen by the parties on the ground that it infringes the forum's stringent public policy or because the parties could not have achieved the desired result under the system of law applicable when ascertained objectively. The parties must not attempt to evade the mandatory provisions of the system of law with which the contract has its closest and most real connection. He states:⁽⁸³⁾

To conclude, it appears that in Canada the parties are free to select any system of law applicable to their contract even if it is totally unconnected with the transaction apart from the choice of law clause. Their choice is not restricted to the system of law of any of the jurisdictions with which the transaction is factually connected. The only limitation placed on the parties' choice is that the parties cannot avoid the mandatory provisions of the system of law with which the transaction has its most real and substantial connection. This is what is meant by 'bona fide and legal.'

It is recommended that the proposed uniform rules provide that the settlor's choice of law need not be given effect to where to do so would be contrary to the strong public policy of the forum or the mandatory

APPENDIX M

rules of the system of law with which the trust, or the aspect thereof in question, is most closely connected.

(iv) *Relationship to Quebec law*

The Private International Law Committee (the “Committee”) of the Civil Code Revision Office has recommended extensive revision and codification of Quebec law with a view to establishing “a body of private international law rules which is as complete as possible”.⁽⁸⁴⁾

Since the Second World War, thousands of people have settled in Quebec while retaining ties abroad. The increasingly important human and commercial relationships, both national and international, which Quebec maintains with her neighbours, give rise to a multitude of legal problems which require rapid and definitive solution. The development of international trade, upon which the future of our country largely depends, requires rules of private international law which, while clear and precise, must be flexible enough to allow new and fresh solutions when necessary.⁽⁸⁵⁾

The committee has proposed a set of rules which reflect the traditions of Quebec, the economic and social interests involved, as well as efforts towards world-wide unification of private international law. A number of the proposed rules are based on texts adopted by The Hague Conference. This is designed to promote uniformity internationally. In the inter-provincial sphere the Committee has also been concerned with encouraging uniformity. To that end a number of the proposed rules reflect solutions adopted in other provinces.⁽⁸⁶⁾

While the Committee did not perceive a need to propose special rules relating to trusts, it would appear that the uniform rules proposed in this report would be consistent with the Committee’s philosophy of providing Quebec with as complete a body of private international law rules as possible and of promoting uniformity of conflicts rules by appropriate legislative action. It would appear, as well, that conflicts rules proposed in this report would be consistent with the relevant rules proposed by the Committee.

Article 21 of the Committee’s proposals confirms the principle whereby the parties are free to select the law applicable to judicial acts of an international character.⁽⁸⁷⁾ In the absence of express designation, the judge would apply the law of the State which, considering the nature of the act and the surrounding circumstances, is most appropriate to it. While abandoning the pre-eminence which the current Article 8 of the

Civil Code gives to the law of the place where the act is passed, the Committee recognizes that that place may play an important role in determining the applicable law.⁽⁸⁸⁾

Article 5 of the Committee's proposals affirms the principle respecting public order which is well established in Quebec law,⁽⁸⁹⁾ particularly in the second paragraph of Article 6 of the Civil Code. This would be reflected, as well, in the uniform rules proposed in this report.

Article 6 of the Committee's proposals recognizes the application in Quebec of the rule *fraus omnia corrumpit*.⁽⁹⁰⁾ The fraud in question relates to the connecting factor. Where the parties are able to modify the circumstances that constitute the connecting factor and do so with a view to evading the mandatory provisions or prohibitions of the internal law of the forum, Quebec judges would be authorized by the proposed provision to ignore the change of connecting factor which would call for the application of the foreign law or confer jurisdiction on a foreign court, and would apply Quebec law. It is based on a principle that is contained in the present Article 135 of the Civil Code whose scope it enlarges. It would constitute a further safeguard in relation to the recognition and enforcement of trusts.

The Committee recommended that the principle of renvoi be rejected since, in practice, it does not coordinate the various conflict rules. In the Committee's view,⁽⁹¹⁾

No logical solution exists to the problem of renvoi. A choice must be made bearing in mind the aim to be achieved, which is to provide litigants with rules that are clear, precise and easy to apply. For this reason, it was decided to propose that, in all cases where a Quebec judge must apply a foreign law, he must apply it to the exclusion of the foreign private international law rules.

This proposal is consistent with the provisions of the Trusts Convention and with the uniform rules proposed in this report.

It would appear, therefore, that the uniform rules proposed in this report are compatible and consistent with the current and prospective private international law rules of Quebec and that their adoption in that jurisdiction would promote the policies espoused by the Private International Law Committee of the Civil Code Revision Office.

APPENDIX M

NOTES

-
- (1) See, generally: D.W.M. Waters, *Law of Trusts in Canada*, 2nd.ed., (1984), CH. 29, p.1119; J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, vol. 2 (1977), Ch.17, p.475, and the 2nd.ed., (1986), Ch.29, P.479. (Most of the references in this report are to the earlier edition which contains a more extensive analysis than does the 2nd.ed.); J.D. Falconbridge, *Essays on the Conflict Laws*, 2nd.ed., (1954), Ch.32, p.637; Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, 10th.ed., (1980), Ch.25, p.674.

 - (2) By American Law Institute (1971), Sections 267-282.

 - (3) *Pepin v. Bruyère*, [1900] 2 Ch.504.

 - (4) *Re Ross*, [1930] 1 Ch. 377.

 - (5) J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, vol. 2 (1977), at p. 460.

 - (6) *Ibid.*, at p.371.

 - (7) *Ibid.*, at p.378.

 - (8) *Ibid.*, Chs. 11 and 12.

 - (9) *Supra*, note 1, at p.680.

 - (10) Castel, *supra*, note 5, at p.482.

 - (11) American Restatement of the Law, Second, *supra*, note 2 at p.215.

 - (12) *Ibid.*, at p.218.

 - (13) *Ibid.*, section 269, at p.152.

 - (14) *Supra*, note 1, at p.675.

 - (15) *Ibid.*, at p.674.

 - (16) *Ibid.*, at p.675.

 - (17) *Supra*, note 5, at p.477.

 - (18) *Ibid.*

 - (19) [1965] S.C.R. 784, 53 D.L.R. (2d) 577.

 - (20) 53 D.L.R. (2d) 577.

 - (21) *Ibid.*, at p.582.

 - (22) *Ibid.*, at p.589.

 - (23) *Supra*, note 1, at pp.679-680.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

-
- (24) Supra, note 5, at p.479.
-
- (25) Dicey and Morris, supra, note 1, at p 680.
-
- (26) Ibid., at pp.683-684.
-
- (27) Ibid., at p.684.
-
- (28) Re Pollak's Estate, [1937] T.P.D. 91.
-
- (29) Supra,, note 5, at p.480.
-
- (30) [1934] 1 D.L.R. 748, 48 B.C.R. 274(C.A.).
-
- (31) [1948] 2 W W.R. 113, 56 Man.R. 71.
-
- (32) Supra, note 1, at pp.639-640.
-
- (33) Supra, note 20, at p.589.
-
- (34) Ibid., at p.583.
-
- (35) Supra, note 1, at p.685.
-
- (36) Supra, note 2, Section 279, at p.224.
-
- (37) Ibid., at p.225.
-
- (38) Ibid., Section 271, at p.172; Section 272, at p.181.
-
- (39) Ibid., Section 271, at p.172.
-
- (40) Ibid., Section 272, at p.181.
-
- (41) Ibid., section 271, at p.172; Section 272, at p.181.
-
- (42) Ibid., Section 279, at p.225.
-
- (43) Ibid., Section 268, at p.144.
-
- (44) Ibid., at pp.143-144.
-
- (45) Ibid., at pp.146-147.
-
- (46) Ibid., at p.145.
-
- (47) Ibid., Section 277, at pp.207-208.
-
- (48) Ibid., at pp.209-210.
-
- (49) Ibid., at p.208.

APPENDIX M

-
- (50) *Supra*, note 5, at p.485.
-
- (51) *Supra*, note 1, at p.686.
-
- (52) J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws* (1971), at p.410. F.A. Mann, (1964), 80 L.Q.R. 29 D.W.M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (1984), at p.1134.
-
- (53) *Ibid.*
-
- (54) *Supra*, note 5 at p.485.
-
- (55) Explanatory documentation concerning the Trusts Convention can be found in the Proceedings of the Fifteenth Session, Tome II, Trusts – applicable law and recognition. ISBN901204930X
-
- (56) *Ibid.*, at p.397, para.123.
-
- (57) *Ibid.*, at p.404, para.149.
-
- (58) See generally: D.W.M. Waters, *Law of Trusts in Canada*, 2nd.ed. (1984), Ch.28, p.1090. Yves Caron, *The Trust in Quebec*, McGill Law Journal (1980), Vol. 25, No.4, p.422.
-
- (59) S.Q. 1979, c.29.
-
- (60) *Supra*, note 58, at pp.424-425.
-
- (61) [1982] 1 S.C.R. 250, 40 N.R. 361.
-
- (62) *Supra*, note 58, at p.1190.
-
- (63) Civil Code Revision Office, report on *The Quebec Civil Code, Volume II, Commentaries, Tome I, Books 1 to 4*, at p.375.
-
- (64) *Ibid.*
-
- (65) An Act to add the reformed law of persons, successions and property to the Civil Code of Quebec.
-
- (66) Article 1314.
-
- (67) See also Article 1320.
-
- (68) Article 1348.
-
- (69) For the analysis of the conflict of laws in Quebec see generally W.S. Johnson, *Conflict of Laws*, 2nd.ed., (1962). It is of interest to note that this extensive work does not contain any specific reference to trusts in the conflict of laws of Quebec.
-
- (70) *Ibid.*, at p.584.
-
- (71) (1894), 25 S.C.R. 307.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

-
- (72) Johnson, supra, note 69, at p.572.
-
- (73) Articles 13, 990, 1080 and 1258.
-
- (74) Johnson, supra, note 69, at p.592.
-
- (75) J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 2nd.ed., (1986), at p.108, "Au Québec, il est possible que le simple renvoi adopté par la Cour d'appel dans la cause *Ross v. Ross* soit suivi et généralisé. Cependant, en l'absence de tradition historique, cette solution ne s'impose pas." J.-G. Castel, *Droit international privé québécois*, (1980), at p.61.
-
- (76) Castel, supra, note 5, at p.475.
-
- (77) Convention on the Law Applicable to Trusts and their Recognition, adopted by The Hague Conference on Private International Law in October, 1984. Text of the Convention and report prepared by Professor D.W.M. Waters. (This report was prepared for the Constitutional and International Law Section, Department of Justice, Canada) This extract is from the Summary of the report.
-
- (78) Ibid., at pp.9 to 11.
-
- (79) Ibid., at p.20.
-
- (80) [1939] 2 D.L.R. 1, [1939] 1 W.W.R. 433, [1939] A.C. 277.
-
- (81) Ibid., at p.290(A.C.).
-
- (82) Ibid.
-
- (83) Supra, note 5, at pp.536-537.
-
- (84) Civil Code Revision Office, report on The Quebec Civil Code, Volume II, Commentaries, Tome 2, Books 5 to 9, at p.959.
-
- (85) Ibid.
-
- (86) Ibid., at p.960.
-
- (87) Ibid., at p.977.
-
- (88) Ibid., at p.961.
-
- (89) Ibid., at p.971.
-
- (90) Ibid., at pp.971-972.
-
- (91) Ibid., at p.961.

LES TRUSTS ET LE CONFLIT DE LOIS

INTRODUCTION

Conformément à une recommandation des Commissaires du Nouveau-Brunswick, la Section d'uniformisation des lois a décidé, à son assemblée annuelle de 1985, d'examiner la question d'une loi uniforme établissant des règles de conflit de lois sur les *trusts* au palier inter-provincial. A la demande de la Section, les Commissaires du Nouveau-Brunswick ont entrepris de préparer un rapport pour le soumettre à l'assemblée générale de 1986.

Cette recommandation des Commissaires du Nouveau-Brunswick se conformait à la résolution de la Section "de préparer, pour 1986, une loi uniforme pour faciliter l'application de la *Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*" (appelée ci-dessous "Convention sur les *trusts*"). Dans la mesure où l'adoption de la Convention établira des règles de conflit de lois sur les *trusts* au palier international, il a semblé parfaitement opportun et approprié de traiter d'une manière similaire l'incertitude et la confusion qui règnent au palier inter-provincial.

Le présent rapport contient :

- (a) Une analyse du droit canadien actuel sur les règles de conflits relatifs aux *trusts*;
- (b) Une analyse des dispositions de la Convention relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance;
- (c) Une analyse du droit sur les fiducies du Québec; et
- (d) Des recommandations pour l'adoption de la Convention sur les *trusts* et pour des règles uniformes de conflit de lois applicables au palier inter-provincial.

TABLE DES MATIÈRES

	Page
PARTIE A La situation actuelle au Canada	439
Cadre d'analyse	439
(i) Validité des conditions de forme	440
(a) Trust testamentaires	440
(b) Trusts entre vifs	440
(ii) Validité des conditions de fond	441
(a) Trusts d'immeubles	442
(b) Trusts de biens meubles	442
(1) Trusts testamentaires	442
(2) Trusts entre vifs	445
(iii) Administration	446
(iv) Interprétation	449
(v) Effet juridique	451
(vi) La modification des trusts	451
PARTIE B La Convention sur les trusts	453
(i) Chapitre I – Champ d'application	453
(ii) Chapitre II – Loi applicable	454
(iii) Chapitre III – Reconnaissance	457
(iv) Chapitre IV – Dispositions générales	459
PARTIE C La fiducie au Québec	461
(i) Catégories de fiducies	461
(ii) Réforme proposée	464
(iii) Les règles de conflits	464
PARTIE D Mesures législatives recommandées	466
(i) Champ d'application	469
(a) Catégories de trusts	469
(b) Catégories de questions	471
(ii) Loi applicable	471
(iii) Règles de conflits et ordre public	474
(iv) Proposition de réforme du droit québécois	475
NOTES	477 à 481
TEXTE DE LA CONVENTION SUR LES TRUSTS	ANNEXE

Les trusts et le conflit de lois

PARTIE A

La situation actuelle au Canada

Le Canada n'a pas un système élaboré de règles de conflit de lois sur les *trusts*.⁽¹⁾ Cette situation reflète dans une large mesure celle qui existe en Angleterre, mais contraste vivement avec celle qui existe aux États-Unis d'Amérique, telle qu'elle apparaît dans l'*American Restatement of the Law, Second* sur le conflit de lois.⁽²⁾

La pauvreté la jurisprudence au Canada et en Angleterre est telle que la plupart des aspects de ce sujet complexe ont été traités d'une manière inadéquate, s'ils l'ont été. En conséquence, le droit actuel est largement matière à spéculation et à discussion. Donc, le présent rapport ne prétend être qu'une tentative de description de ce droit. Ce fait, cependant, milite vraiment en faveur de mesures législatives appropriées.

Il semble que les lacunes principales de notre droit viennent du fait qu'il ne soit pas conçu pour considérer le *trust* comme une situation ou une relation juridique. Plutôt, au moins aux fins de conflits, il considère en général le *trust* comme l'acte ou l'instrument l'ayant créé et la nature des biens qu'il contrôle. En conséquence, il a tendance à négliger ou à oublier la vraie nature du *trust*, qui est une relation permanente entre un *trustee* et des bénéficiaires, susceptible de durer longtemps. Par conséquent, les règles de conflits sont particulièrement inadéquates en matière d'administration du *trust*.

Cadre d'analyse

Aux fins d'analyse, nous avons adopté le plan suivant :

- (i) Validité des conditions de forme;
- (ii) Validité des conditions de fond;
- (iii) Administration;
- (iv) Interprétation;
- (v) Effets juridiques; et
- (vi) Modification des *trusts*.

Dans l'analyse du droit canadien qui suit, nous tentons de déterminer comment ces sujets sont traités à l'heure actuelle. Lorsque c'est approprié, nous faisons référence au droit américain correspondant.

(i) *Validité des conditions de forme*

La validité des conditions de forme d'un *trust* dépend de la validité juridique de l'instrument ou de l'acte qui a constitué ce *trust*. Les conditions de forme doivent être valablement remplies pour donner naissance au *trust*. Par conséquent, un *trust* peut ne pas prendre effet si les conditions de forme ne sont pas valablement remplies, même si ce *trust* n'aurait pas, en lui-même, de déficiences.

(a) *Trusts testamentaries*

En matière de *trusts* testamentaires, la validité des conditions de forme dépend de la validité du testament en vertu de la loi applicable. En *common law*, la loi applicable à la validité des conditions de forme d'un testament dépend de la nature des biens sur lesquels portent les droits. En général, la *lex rei sitae* s'applique aux droits relatifs aux immeubles,⁽³⁾ alors que la loi de l'endroit où le testateur était domicilié au moment de son décès s'applique aux droits relatifs aux meubles.⁽⁴⁾

La Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada a tenté d'obtenir un élargissement et une uniformisation dans ce domaine de conflit de lois depuis la loi uniforme sur les testaments, de 1929. Les dispositions concernant le conflit de lois ont été modifiées en 1953 et 1966. Ces derniers changements étaient destinés à rendre la Loi uniforme sur les testaments conforme à certaines dispositions de la Convention de La Haye de 1961 et au *Wills Act*, adopté en Grande Bretagne en 1963. Bien que la plupart des provinces et des territoires aient adopté la version de 1929, de 1953 ou de 1966 de la Loi uniforme sur les testaments, et par conséquent aient augmenté les choix de systèmes de lois applicables, leurs dispositions concernant le conflit de lois demeurent cependant peu uniformes.

On a suggéré que les règles de conflits adoptées en 1966 par la Conférence sur l'uniformisation des lois ne sont pas encore adéquates et qu'il aurait mieux valu adopter la loi de 1963 dans sa totalité.⁽⁵⁾ Il faut également remarquer que la troisième partie de la Loi uniforme sur les testaments, relative aux testaments internationaux, n'a pas tellement été acceptée par les provinces et par les territoires. Il semble qu'il faudrait encourager une acceptation et une utilisation généralisée du formulaire de testament international, comme moyen simple et efficace d'éliminer les problèmes de conflit de lois relatifs à la validité de leurs conditions de forme.

(b) *Trusts entre vifs*

La validité des conditions de forme d'un *trust* entre vifs dépend de

l'applicabilité de la loi du contrat, de l'acte ou de tout autre instrument ou acte par lequel le *trust* a été créé. Lorsque les biens du *trust* consistent en immeubles, les formalités requises pour effectuer le transfert sont régies par la *Lex situs*.⁽⁶⁾

Des questions beaucoup plus complexes se posent lorsque les biens du *trust* consistent en totalité ou en partie en biens meubles, tangibles ou intangibles. On a suggéré que les tribunaux canadiens tendaient à favoriser l'opinion selon laquelle la validité d'un transfert de biens meubles tangibles est régie par le droit de l'Etat où le bien est situé au moment du transfert.⁽⁷⁾ On reconnaît, néanmoins, qu'il existe une certaine incertitude en la matière.⁽⁸⁾

Le choix de la loi qui doit régir la validité des conditions de forme dans le cas du transfert de biens meubles intangibles n'est pas moins complexe et semble même varier encore plus selon la nature du bien intangible concerné. On peut principalement choisir entre la *lex situs*, la *lex loci actus*, le *proper law* de la transaction au moyen de laquelle le bien intangible a été créé et le *proper law* de la transaction au moyen de laquelle la propriété du bien intangible a été transférée.

Dans *Dicey and Morris*, on peut lire qu'un *trust* entre vifs de biens meubles "est valide quant à la forme, s'il se conforme aux formalités prescrites par le *proper law*, ou par la loi du bien d'exécution. La capacité du constituant de créer le *trust*, ainsi que sa capacité de révoquer le *trust*, sont probablement régies par le *proper law*."⁽⁹⁾

Bien que l'on puisse vouloir que la Conférence favorise, au Canada, l'uniformisation des règles de conflit régissant les formalités de transferts de biens, cet objectif ne fait pas partie du sujet du présent rapport. Nous ne soulevons ici le sujet de validité que dans le but d'attirer l'attention sur la distinction très importante qui existe, pour un *trust*, entre la validité des conditions de forme et celle des conditions de fond. Ceci fait, nous ne parlerons plus de la validité des conditions de forme.

(ii) *Validité des conditions de fond*

Une fois qu'on a déterminé que, conformément à la loi applicable, l'instrument ou l'acte juridique à l'aide duquel le constituant avait l'intention de créer un *trust* est approprié à cette fin, la question qui se pose devient: en résulte-t-il une naissance de *trust*? Cela nous ramène à la question de validité des conditions de fond du *trust*, par opposition à celle de validité l'instrument du *trust*.

En général, toute question relative à la bonne constitution ou à l'applicabilité du *trust*, par opposition à son administration, est matière

de validité des conditions de fond. Ainsi, par exemple, un *trust* peut être improprement constitué pour cause d'incertitude quant à l'intention, aux biens sujets au *trust* ou aux bénéficiaires. Bien que parfaitement constitué, il peut être inapplicable parce qu'il viole une règle de droit. Ces questions de validité concernent le fond même du *trust*.

En vertu de quelle loi doit-on déterminer la validité des conditions de fond du *trust*? On répond traditionnellement à cette question en faisant une distinction entre le *trust* entre vifs et le *trust* testamentaire, et entre le *trust* de biens meubles et le *trust* d'immeubles. C'est la méthode que nous emploierons ici pour faciliter notre présentation.

(a) *Trusts d'immeubles*

La validité des conditions de fond d'un *trust* ou d'un droit dans un immeuble, que le *trust* soit testamentaire ou entre vifs, est déterminée par la loi applicable par les tribunaux du *situs*.⁽¹⁰⁾ Dans la plupart des cas, le tribunal du *situs* applique sa loi locale. Cependant, la loi du bien d'administration est susceptible de s'appliquer lorsqu'un *trust* d'immeubles est créé et qu'on demande au *trustee* de vendre le bien et de remettre le produit de la vente à un autre Etat, pour y être détenu en *trust*.⁽¹¹⁾ Dans un tel cas, le *trust* peut être jugé valide en vertu de la loi du lieu d'administration, bien qu'il aurait été invalide en vertu de la *lex situs*, à condition qu'il ne viole pas l'ordre public de l'Etat du *situs*.

On considère que la loi régissant la validité des conditions de fond d'un *trust* d'immeubles est applicable pour répondre à des questions telles que : (a) le droit doit-il être considéré comme bien meuble ou immeuble?⁽¹²⁾ (b) quels droits de propriété peuvent être créés, et quels sont les effets de ces droits? (c) les dons aux organismes charitables sont-ils valides; (d) le *trust* contrevient-il aux règles interdisant les dispositions à perpétuité et restreignant la capitalisation; et (e) le *trust* contrevient-il aux lois de mainmorte?

(b) *Trust de biens meubles*

(1) *Trusts testamentaires*

D'après l'*American Restatement*, la validité des conditions de fond d'un *trust* testamentaire de biens meubles est déterminée par la loi locale de l'Etat désigné par le testateur à condition que cet Etat ait des liens étroits avec le *trust* et à condition, également, que cette loi ne s'oppose pas à l'ordre public de l'Etat du domicile du testateur à son décès. En l'absence d'une telle désignation, la loi qui s'applique est celle du domicile du testateur à son décès, sauf si l'application de la loi de l'Etat

APPENDICE M

où le *trust* est administré est nécessaire pour soutenir la validité du *trust*, auquel cas c'est cette loi qui s'applique.⁽¹³⁾

Dicey et Morris, d'un autre côté, expriment l'opinion qu'il n'y a pas d'autorité anglaise favorable à la proposition qu'un testateur peut choisir la loi qui doit régir la validité du *trust*.⁽¹⁴⁾ A leur avis, en règle générale, la validité des conditions de fond d'un *trust* testamentaire de biens meubles est régie par la loi du domicile du testateur au moment de son décès.⁽¹⁵⁾ Ceci dit, ils reconnaissent que certaines questions relatives à la validité d'un tel *trust*, par exemple s'il contrevient aux règles restreignant la capitalisation et interdisant les dispositions à perpétuité, peuvent être régies par son *proper law*, en général la loi du lieu d'administration.⁽¹⁶⁾ Cela peut néanmoins ramener à la question de décider si de telles règles sont relatives à la validité des conditions de fond ou à l'administration.

Le droit canadien actuel est incertain sur cette question. Castel considère les règles américaines comme à la fois désirables et pratiques, car elles "reconnaissent qu'un *trust* qui ne peut souvent consister en un ensemble de biens meubles situés dans différents Etats au moment de sa création, doit être traité comme une entité. La même loi s'applique à tous les biens mobiliers compris dans le *trust*. Un autre avantage est qu'il n'est pas nécessaire de déterminer le *situs* de chaque bien meuble concerné."⁽¹⁷⁾ Si, en fait, le testateur est libre de choisir la loi applicable, Castel se demande si, au Canada, il faut soumettre un tel choix à la condition que l'Etat ainsi choisi doit avoir des liens très étroits avec le *trust*. Procédant par analogie avec la loi régissant le droit des parties à un contrat de choisir la loi applicable à leur contrat, il suggère qu'une telle condition ne soit pas imposée.⁽¹⁸⁾

La seule décision de la Cour suprême du Canada sur ce sujet est celle du cas *Jewish National Fund c. National Trust Fund*.⁽¹⁹⁾ Les faits sont résumés comme suit dans la note du début:

Un testateur domicilié en Colombie-Britannique légua tous ses biens (qui devaient être convertis en argent) à son exécuteur et *trustee*, en *trust* pour payer cet argent au Jewish National Fund Inc. de New York, afin que le fonds l'utilise pour acheter des terres en Palestine, aux Etats-Unis ou dans tout Dominion britannique et établisse sur ces terres des colonies juives. La réception de l'argent par le fonds devait libérer l'exécuteur et *trustee* de toute autre responsabilité. Il a été jugé ci-dessous que ce n'était pas un véritable don au fonds, mais un *trust*, et que ce *trust* était invalide parce qu'il contrevient aux règles, en vigueur en Colombie-Britanni-

que, interdisant les dispositions à perpétuité, car ce n'était pas un *trust* charitable valable. On soutint en appel que le *trust* devait être administré à New York, que la loi de New York devait s'appliquer et qu'en vertu de cette loi le *trust* était valide.⁽²⁰⁾

Il faut noter qu'en vertu de la loi du domicile du testateur, la Colombie-Britannique, le *trust* ne se qualifiait pas comme charitable et, par conséquent, était invalide, car il violait la règle interdisant les dispositions à perpétuité. En vertu de la loi de New York, où les *trustees* étaient résidents, le *trust* était valide. Tout en acceptant que la loi du domicile du testateur détermine en général la validité des conditions de fond d'un *trust* de biens meubles, la majorité des juges était prête à reconnaître que la loi du lieu d'administration peut régir le *trust* dans certaines circonstances. Dans ce cas, cependant, le lieu d'administration n'était pas forcément New York, la résidence des *trustees*. Le lieu d'administration pouvait être n'importe quel endroit où les *trustees* étaient autorisés par le *trust* à acheter des terres. Parlant pour la majorité, le Juge Cartwright dit:

Il me semble qu'un *trust* de biens meubles, nul en vertu de la loi du domicile du testateur et en vertu de celle de nombreux autres pays dans lesquels les *trustees* sont autorisés à l'administrer, ne peut pas être rendu valide parce que les *trustees* avaient l'autorisation, sans en être requis, de l'administrer dans un pays dans lequel il aurait été valide. Décider autrement constituerait, à mon avis, une extension de l'exception à la règle générale, selon laquelle la validité des conditions de fond d'un legs de bien mobiliers doit être déterminée par la loi du domicile du testateur . . .⁽²¹⁾

Le jugement minoritaire fit une distinction importante entre le testament et le *trust* en matière de loi applicable. Dans une tentative véritable de déterminer et de rendre applicable comme le "*proper law of the trust*" la loi de l'Etat avec lequel le *trust* avait les liens les plus étroits, le juge Judson dit:

L'administration en Colombie-Britannique est terminée. Le reliquat du legs doit être remis aux *trustees* de New York dans un *trust* qui est reconnu comme étant valide en vertu de la loi de cet Etat. A ce moment le *trust* devient un *trust* de New York et doit y être administré en vertu de la loi de cet Etat. Les difficultés d'administration qui, s'il y en a, peuvent être rencontrées en dehors des frontières de cet Etat ne sont plus le problème du tribunal du domicile. Le testateur a

APPENDICE M

demandé la livraison du reliquat du legs à des *trustees* dans un Etat étranger où le *trust* est valide. L'administration du *trust* à partir de ce moment là est régie par les lois d'un Etat qui reconnaît sa validité.⁽²²⁾

L'opinion de la minorité a beaucoup de poids. On en parlera davantage plus tard dans ce rapport, quand le sujet d'un régime approprié de règles de conflit sera discuté. En attendant, il faut noter que le cas du Jewish National Fund aurait probablement été décidé différemment aux Etats-Unis même si tout le reliquat successoral avait consisté en terres situées au lieu du domicile du testateur. D'après l'*American Restatement*, quand un *trust* de bien-fonds est créé, soit par testament ou par acte entre vifs, et quand le *trustee* a pour instruction de vendre le bien-fonds et de remettre le produit de cette vente à un autre Etat, afin qu'il soit conservé en *trust*, ce *trust* est valide s'il est valide en vertu de la loi du lieu d'administration, même s'il aurait été invalide en vertu de la loi du *situs*, à condition qu'il ne viole pas l'ordre public de l'Etat du *situs*. Selon la jurisprudence américaine, les règles interdisant les dispositions à perpétuité et restreignant la capitalisation ne sont pas considérées d'ordre public.

(2) *Trusts entre vifs*

L'*American Restatement* prévoit, à l'article 270, que la validité des conditions de fond d'un *trust* entre vifs de biens meubles est régie par la loi locale de l'Etat désigné par le constituant à cette fin. Cependant, une telle désignation est soumise aux conditions que l'Etat ainsi désigné ait des liens étroits avec le *trust* et que l'application de sa loi ne viole pas l'ordre public de l'Etat avec lequel, comme dans le cas en question, le *trust* présente ses liens les plus étroits. Si le constituant n'a pas fait une telle désignation, la validité des conditions de fond est déterminée en vertu de la loi locale de l'Etat avec lequel, comme dans le cas en question, le *trust* présente ses liens les plus étroits.

On trouve essentiellement la même analyse dans Dicey et Morris:

Bien qu'il n'y ait pas de décision anglaise explicite à cet effet, il est incontestable que le constituant peut choisir le *proper law*, en tous cas si le *trust* présente un lien étroit avec la loi choisie. Mais s'il existe une règle d'ordre public dans le système juridique avec lequel le *trust* présente les liens les plus étroits et les plus réels, il semble douteux que le constituant soit autorisé à l'éviter en choisissant une autre loi. Un tribunal anglais n'autoriserait probablement pas un constituant à créer un *trust* essentiellement anglais et, pour éviter

la règle anglaise interdisant les dispositions à perpétuité, à choisir comme *proper law* du *trust* la loi d'un pays étranger dans lequel cette règle ne s'applique pas. En l'absence d'un tel choix explicite ou implicite, le tribunal pèsera tous les facteurs pertinents et entreprendra de déterminer le système de droit avec lequel le *trust* présente ses liens les plus étroits et les plus réels, comme il le fait quand il détermine le *proper law* d'un contrat.⁽²³⁾

Il est intéressant de noter que les auteurs utilisent la règle interdisant les dispositions à perpétuité comme exemple de règle d'ordre public que le constituant ne peut éviter en choisissant le *proper law*. Aucune autorité n'est citée pour soutenir cet exemple. Il est difficile d'imaginer que cet exemple soit toujours valide aujourd'hui. De toutes manières, il est probable que leur énoncé de la loi soit une juste représentation de la loi au Canada à l'heure actuelle. Castel, cependant, se demande si, au Canada, il est nécessaire que l'Etat choisi par le constituant présente des liens étroits avec le *trust*.⁽²⁴⁾ Son opinion est influencée par le développement du droit relatif au droit des parties contractantes de choisir le *proper law* de leur contrat.

En pratique, un constituant ne devrait pas choisir une loi avec laquelle le *trust* ne présente "absolument aucun lien". Il peut vouloir, cependant, choisir une loi, comme celle du lieu d'administration, qui risque de ne pas être celle avec laquelle le *trust* présente ses "liens les plus étroits et les plus réels". Dans la mesure où ce choix n'est pas fait pour éviter une règle d'ordre public du système de droit avec lequel cette transaction présente ses liens les plus étroits et les plus réels, il devrait être légalement valide. Bien que la décision de la Cour suprême du Canada dans le cas *Jewish National Fund* ait concerné un *trust* testamentaire et ait pû avoir été indûment influencée par la nature de l'instrument constitutif du *trust*, on doit se demander si elle reflète une doctrine qui s'opposerait à une règle de conflits fortement basée sur la reconnaissance du *trust* comme entité légale. Il faut espérer que ce ne soit pas le cas.

Une fois que le *trust* est créé, son *proper law* continue de régir sa validité. Les seuls moyens de changer son *proper law* sont: un pouvoir réservé à l'instrument constitutif du *trust*, un accord des bénéficiaires de le changer ou une ordonnance du tribunal rendue conformément à la législation applicable concernant la modification des *trusts*.⁽²⁵⁾

(iii) *Administration*

La création d'un *trust* implique une relation permanente entre le *trustee* et les bénéficiaires, relativement aux biens du *trust*, et on peut

APPENDICE M

demander à un tribunal de statuer sur les questions qui se posent à propos de son administration.

On considère que l'administration d'un *trust*, par opposition à sa validité, à son interprétation et à son effet, comprend des questions telles que les pouvoirs et les obligations des *trustees*; leur responsabilité en cas de violation du *trust*, leur droit à une indemnité de la part des bénéficiaires ou à une contribution de la part de leurs *co-trustees*; leur droit à une rémunération; la question de la distinction entre le revenu et le capital; la question de ce qui constitue un investissement convenable pour un *trustee*; la question de qui peut nommer un nouveau *trustee*, et quelles personnes peuvent être nommées; et le pouvoir du tribunal d'établir un arrangement pour un *trust* charitable, ou de diriger une demande de fonds. Sur plusieurs de ces questions, il n'y a absolument pas de jurisprudence anglaise et du Commonwealth. Tout ce qu'on peut par conséquent faire, c'est d'attirer l'attention sur quelques sujets qui ont fait l'objet de décisions expresses.⁽²⁶⁾

D'après Dicey et Morris, les questions d'administration sont régies par la loi du lieu d'administration.⁽²⁷⁾ Le lieu d'administration est en principe l'endroit où les *trustees* résident ou font affaires, surtout si le *trustee* est un *trust* constitué en corporation.⁽²⁸⁾ Comme l'a cependant noté Castel, les quelques décisions canadiennes rapportées "ne sont pas toutes en faveur de la loi du lieu d'administration . . ." ⁽²⁹⁾ Par exemple, dans *Harris Investments Ltd. c. Smith*,⁽³⁰⁾ la question de savoir si le *trustee* d'un *trust* entre vifs avait commis une violation du *trust* n'a pas été déterminée en vertu de la loi de l'Orégon où le *trust* était administré, mais en vertu de la loi de la Colombie-Britannique, avec laquelle le *trust* présentait les liens les plus étroits.

Par contre, dans *Re Nanton Estate*,⁽³¹⁾ le tribunal du Manitoba a appliqué la loi du Manitoba à un *trust* testamentaire dont le testateur était domicilié en Ontario, parce que la compagnie de *trust* était au Manitoba, et que le *trust* y était administré. La question soumise au tribunal était de déterminer si le pouvoir statutaire anglais de 1860 d'entretien des jeunes enfants s'appliquait au Manitoba et pouvait être exercé pour le bénéfice des bénéficiaires du *trust*. Le tribunal décida qu'il s'agissait d'une question d'administration et que la loi du lieu d'administration s'appliquait. En faisant ainsi, le Juge William suivit le raisonnement de Falconbridge, selon lequel :

Il semblerait que, quelle que soit la nature du *trust res* et quelle que soit la loi qui régit la création du *trust*, la loi régissant son administration devrait, en règle générale, être la *lex rei sitae*, y compris tous les effets que la loi donne à l'intention exprimée ou implicite du testateur. Cette loi devrait également être la *lex fori* en matière de contrôle qu'un tribunal du *situs* peut exercer sur l'administration.⁽³²⁾

Dans chacun des précédents, le tribunal essayait de déterminer si la loi du *situs* ou celle du siège du *trust* s'appliquait aux questions d'administration. Dans un cas, elle décida que c'était celle du lieu d'administration, alors que dans l'autre, elle décida le contraire. La décision de la Cour suprême du Canada dans le cas *Jewish National Fund* ne peut pas être considérée comme un guide clair en la matière. Dans cette affaire, les juges minoritaires auraient permis que la loi du lieu d'administration détermine la validité des conditions de fond du *trust*. "L'administration du *trust* à partir de ce moment-là est contrôlée par les lois d'un Etat qui reconnaît sa validité".⁽³³⁾ Bien que les juges minoritaires aient jugé que le *trust* était invalide *ab initio*, un aperçu de leur opinion concernant la nature et la pertinence du lieu d'administration ressort de la déclaration suivante du Juge Cartwright :

Je suis d'accord avec les représentations de l'avocat du descendant direct que dans les circonstances du présent cas "le lieu d'administration" du *trust* était le pays dans lequel les terres étaient achetées et gérées et que le lieu de résidence des *trustees* n'avait pas d'importance.⁽³⁴⁾

Avec respect, on aurait dû décider que le "lieu de résidence" des *trustees*, conformément à la jurisprudence et à la politique désirables, était pertinent à la fois en ce qui concerne la validité des conditions de fond du *trust* et son administration postérieure. Ainsi que l'ont écrit Dicey et Morris :

Il est incontestable que les tribunaux anglais ont juridiction pour administrer un *trust* même si une partie des biens du *trust* consiste en bien-fonds étrangers. Et bien qu'il n'y ait pas beaucoup de jurisprudence anglaise, il ne semble pas raisonnable que la *lex situs* doive nécessairement régir les questions d'administration par opposition aux questions de validité.⁽³⁵⁾

D'après l'*American Restatement*, l'administration d'un *trust* foncier est régie par la loi qui aurait été appliquée par les tribunaux du *situs* tant que le bien-fonds demeure soumis au *trust*.⁽³⁶⁾ Les tribunaux du *situs* appliquent en général leurs propres lois pour déterminer les questions

d'administration. Mais si le testateur ou constituant prévoit que la loi d'un autre Etat doit s'appliquer pour régir l'administration du *trust*, ou certaines questions d'administration, les tribunaux du *situs* doivent appliquer la loi désignée aux questions qui peuvent être contrôlées par les conditions du *trust*.⁽³⁷⁾

L'administration d'un *trust* de biens meubles est régie, quant aux matières pouvant être contrôlées par les conditions du *trust*, par la loi de l'Etat désigné par le testateur ou constituant pour régir l'administration du *trust*.⁽³⁸⁾ S'il n'y a pas une telle désignation, la loi applicable d'un *trust* testamentaire est la loi de l'Etat du domicile du testateur à son décès, à moins que le *trust* ne doive être administré dans un autre Etat, auquel cas la loi de ce dernier Etat régit son administration.⁽³⁹⁾ En l'absence d'une désignation par le constituant, l'administration d'un *trust* entre vifs est régie par la loi de l'Etat avec lequel l'administration du *trust* présente les liens les plus étroits.⁽⁴⁰⁾

Le principe général est qu'on considère qu'il est désirable qu'un *trust* soit traité comme une entité et que, à cette fin, le *trust*, ainsi que tous les biens meubles qui en font partie, soit régi par une seule loi. L'administration d'un *trust* de biens meubles, par conséquent, devrait être régie par une seule loi, et différentes règles ne devraient pas s'appliquer à certains biens meubles inclus dans ce *trust* et pas à d'autres. Cette règle s'applique à tous les genres de biens meubles, quelle que soit leur emplacement au moment de la création du *trust*.⁽⁴¹⁾ A cette même fin, les tribunaux du *situs* d'un biens-fonds peuvent décider que la loi d'un autre Etat s'applique à un *trust* affectant ce bien-fonds, surtout si le *trust* comprend des biens autres que les biens-fonds.⁽⁴²⁾

(iv) *Interprétation*

La manière dont un instrument constitutif du *trust* doit être interprété peut amener à choisir la loi applicable lorsqu'il comprend des éléments étrangers. A cette fin, il faut faire une distinction entre les questions de "*construction*" et celles d'"*interprétation*". L'*American Restatement* établit cette distinction de la manière suivante:⁽⁴³⁾

"*Interprétation*" : Le for examine d'abord l'instrument constitutif du *trust* afin d'évaluer l'intention du constituant ou testateur. Il considère la signification ordinaire des mots utilisés, le contexte dans lequel ils paraissent dans l'instrument, et les circonstances dans lesquelles l'instrument a été écrit. Il examine si l'instrument a été écrit par le constituant lui-même ou s'il a été préparé pour lui, et si la langue utilisée est celle du domicile du constituant, du lieu d'exécution ou

du lieu d'administration du *trust*. On peut avoir recours à toute autre preuve proprement admissible qui donne des indications sur l'intention réelle du constituant ou du testateur. On doit déterminer la question de fait et pas la question de droit. Le for applique ses propres règles pour déterminer l'admissibilité de la preuve et utilise son propre jugement pour tirer des conclusions de la preuve. Ce processus est appelé "*interprétation*".

"*Construction*" : Si l'on trouve qu'il est impossible d'évaluer à partir de la preuve l'intention du constituant ou du testateur, il faut faire une sorte de présomption pour combler ce qui serait autrement une lacune dans l'instrument. L'objectif est de reconstruire son intention probable, ou ce qui aurait été son intention s'il avait prévu le sujet en litige. Ce processus est appelé "*construction*". Les Etats ont souvent des règles différentes de "*construction*".

D'après l'*American Restatement*, la règle générale en matière de "*construction*" d'un instrument créant un *trust* de biens meubles est qu'il doit être interprété conformément aux règles d'interprétation de l'Etat désigné dans ce but dans l'instrument. En l'absence d'une telle désignation, les règles d'interprétation qui s'appliquent dépendent de la nature de la matière en cause. En matière d'administration, les règles d'interprétation applicables sont celles de la loi de l'Etat qui régit l'administration du *trust*. Pour les autres matières, les règles d'interprétation applicables sont celles de l'Etat que le constituant ou le testateur aurait probablement choisies.⁽⁴⁴⁾ Dans ce dernier cas, on fait normalement un choix entre les règles d'interprétation de l'Etat du domicile du testateur ou du constituant et celles du lieu d'administration.⁽⁴⁵⁾

Le choix du constituant ou du testateur n'est pas limité à des Etats qui ont des liens avec le *trust*, car la "*construction*" est un processus qui donne une signification à un instrument dans des domaines où les intentions de la partie aurait été suivies si elles avaient été énoncées clairement. Un tel choix peut être exprès ou implicite.⁽⁴⁶⁾

En matière de "*construction*" d'instruments qui créent des *trusts* d'immeubles, la règle générale est que les règles applicables sont celles de l'Etat désigné à cette fin dans l'instrument. En l'absence d'une telle désignation l'instrument est interprété conformément aux règles d'interprétation qui auraient été appliquées par les tribunaux du *situs*.⁽⁴⁷⁾

Lorsqu'aucune désignation n'a été faite dans l'instrument la question devient: les tribunaux du *situs* doivent-ils appliquer les règles d'interprétation existant dans l'Etat du *situs* ou les règles d'un autre Etat,

APPENDICE M

comme l'Etat du domicile du constituant ou du testateur? La réponse à cette question varie, selon que la question à interpréter concerne des matières relatives à l'administration du *trust* ou d'autres matières. Dans le cas d'un *trust* foncier, le lieu d'administration est le *situs* du bien-fonds à moins que celui-ci doive être vendu et le produit de cette vente remis à un autre Etat. Dans ces matières, il faut supposer que le constituant ou le testateur désirait que les règles d'interprétation de l'Etat du *situs* s'appliquent.⁽⁴⁸⁾

Il est intéressant de noter que la Loi uniforme sur les testaments contient deux dispositions qui reconnaissent la loi du lieu où le testateur était domicilié au moment de tester comme applicable à son interprétation. Les articles 41 et 42 de cette Loi prévoient ce qui suit:

41. Un changement de domicile du testateur se produisant après qu'il ait testé ne rend pas invalide la manière ou les formalités de tester, et n'altère pas son interprétation.

42. Rien dans la présente partie n'empêche d'avoir recours à la loi du lieu où le testateur était domicilié au moment de tester pour aider à interpréter le testament en ce qui a trait au droit dans un bien-fonds ou dans un bien meuble.

(v) *Effet juridique*

Le *common law* a élaboré certaines règles relatives à l'effet juridique que l'on doit donner au langage utilisé dans les instruments de transferts ou les testaments. Ces règles ont été jugées applicables quelle que soit l'intention du donateur ou du testateur. En fait, dans certains cas les règles avaient pour but d'empêcher d'obéir à la volonté du donateur ou du testateur. La règle contenue dans *Selley's Case* et la *Doctrine of Worthier Title* sont de cette nature. Les règles de *common law* relatives à l'effet juridique que l'on doit donner aux termes de prescription ou au défaut d'utiliser ces termes requis ont fonctionné également, quelle qu'ait été l'intention évidente du donateur.

De telles règles ne sont ni des règles d'“*interprétation*” ni des règles de “*construction*”. Par conséquent, il faut les considérer séparément aux fins de conflits. Dans la mesure où de telles règles peuvent continuer à exister la loi applicable est la loi du *situs* du bien-fonds.⁽⁴⁹⁾

(vi) *La Modification des trusts*

Comme on l'a noté plus tôt, une fois qu'un *trust* a été créé le *proper law* continue à régir sa validité. On ne peut changer le *proper law* qu'au

moyen d'un pouvoir réservé dans l'instrument constitutif du *trust*, d'un accord des bénéficiaires de le changer ou d'une ordonnance du tribunal rendue conformément à la législation applicable concernant la modification des *trusts*. Quelle loi détermine l'existence d'un tel pouvoir et son champ d'application? Est-ce que la même loi détermine le champ d'application d'une ordonnance rendue conformément à la législation concernant la modification des *trusts*?

D'après Castel, la modification ou la révocation d'un *trust* est une matière qui concerne sa validité.⁽⁵⁰⁾ Par conséquent, la loi applicable à la modification des *trusts* est celle qui régit la validité des conditions de fond. Cependant, un tribunal doit-il exercer son autorité en vertu de la législation concernant la modification des *trusts* si la loi du for n'est pas la loi applicable à la validité des conditions de fond du *trust*?

Comme il est mentionné dans Dicey et Morris, la juridiction des tribunaux anglais pour approuver une disposition modifiant ou révoquant un *trust* en vertu de la *Variation of trusts Act, 1958* n'est pas limitée aux *trusts* anglais; mais s'il y a des éléments étrangers importants dans l'affaire, elle ne s'exerce que dans les cas appropriés.⁽⁵¹⁾ Ainsi, les tribunaux anglais ont rendu des ordonnances approuvant les modifications de *trusts* régis par des lois étrangères. Cela a été critiqué par un certain nombre d'auteurs qui pensent qu'une telle législation devrait avoir un champ d'application limité aux *trusts* régis par la loi du for.⁽⁵²⁾ D'après Waters:⁽⁵³⁾

Il y a beaucoup à dire en faveur de l'introduction dans la législation canadienne de dispositions de conflit de lois limitant la juridiction du tribunal aux *trusts* dont le *proper law* est la loi du for.

L'opinion contraire est exprimée par Castel, qui pense que la juridiction des tribunaux devrait être aussi large que possible, à condition qu'en approuvant la modification ou la révocation du *trust*, ils vérifient si cette modification est possible en vertu de la loi étrangère applicable.⁽⁵⁴⁾

Quand on considère qu'en exerçant son autorité en vertu d'une loi comme la Loi uniforme sur la modification des *trusts*, la Cour agit pour des bénéficiaires incompétents ou indéterminés, et approuve en leur nom des dispositions qu'ils auraient approuvées pour leur propre bénéfice s'ils avaient été déterminés et légalement compétents, il semble raisonnable que l'autorité du tribunal ne soit pas plus limitée que celle d'un groupe de bénéficiaires compétents agissant ensemble. Si, en vertu du *proper law* du *trust*, ces derniers peuvent approuver des dispositions en leur propre nom, il ne devrait pas y avoir d'objection en droit à ce que

APPENDICE M

la Cour puisse faire la même chose au nom de ceux qui ne peuvent pas agir ainsi. Par contre, si les dispositions proposées sont contraires à la loi étrangère applicable, il serait inapproprié et malicieux, sinon vain, pour les bénéficiaires ou le tribunal de les approuver.

PARTIE B

La Convention sur les trusts

La Conférence de La Haye de droit international privé a adopté, à sa Quinzième session, tenue du 8 au 20 octobre 1984, la *Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* (appelée ci-dessous “Convention sur les trusts”),⁽⁵⁵⁾ dont le texte est intégralement reproduit dans une annexe au présent Rapport.

L’objet de cette Convention est énoncé dans son préambule comme suit:

Les Etats signataires de la présente Convention,

Considérant que le *trust* est une institution caractéristique créée par les juridictions d’équité dans les pays de *common law*, adoptée par d’autres pays avec certaines modifications,

Sont convenus d’établir des dispositions communes sur la loi applicable au *trust* et de régler les problèmes les plus importants relatifs à sa reconnaissance,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et d’adopter les dispositions suivantes-

Ce préambule est suivi de cinq chapitres qui traitent respectivement des sujets suivants: champ d’application, loi applicable, reconnaissance, dispositions générales et clauses finales. Aux fins du présent Rapport, nous accorderons une attention particulière au deuxième chapitre – Loi applicable, par rapport aux autres.

(i) *Chapitre I – Champ d’application*

La Convention ne s’applique qu’aux *trusts* créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit. (Article 3) Elle comprend cependant une disposition en vertu de laquelle un Etat contractant peut déclarer que les dispositions de la Convention seront étendues aux *trusts* créés par une décision de justice. (Article 20)

Pour entrer dans le champ d’application de la Convention, une relation juridique doit présenter les caractéristiques suivantes –

(a) les biens du *trust* constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee*;

(b) le titre relatif aux biens du *trust* est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee*;

(c) le *trustee* est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du *trust* et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi.

Cette description vise à comprendre les *trusts* de *common law*, aussi bien que les relations juridiques dans les Etats de droit civil, comme la fiducie du Québec.

L'article 4 contient les dispositions suivantes:

La Convention ne s'applique pas à des questions préliminaires relatives à la validité des testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels les biens sont transférés au *trustee*.

Cet article établit une distinction très importante entre le *trust*, relation ou institution juridique, et l'acte juridique créant le *trust*. La Convention ne traite pas de cet acte juridique, qui concerne la validité des conditions de forme d'un *trust* plutôt que la validité de ses conditions de fond. La Convention ne s'applique que lorsqu'une relation juridique ayant les caractéristiques énoncées ci-dessus est créée.

Le droit anglo-américain relatif aux conflits de lois ne fait pas clairement la distinction fondamentale établie à l'article 4. Il en résulte beaucoup d'incertitude et de confusion. Il faut examiner cette question importante dans toute tentative d'élaboration de règles de conflits au palier inter-provincial.

(ii) *Chapitre II – Loi applicable*

Article 6

Un *trust* est régi par la loi choisie par le constituant. Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte créant le *trust* ou en apportant la preuve, interprétées au besoin à l'aide des circonstances de la cause.

Lorsque la loi choisie en application de l'alinéa précédent ne connaît pas l'institution du *trust* en cause, ce choix est sans effet et la loi déterminée par l'article 7 est applicable.

Cet article reconnaît le droit fondamental du constituant de choisir la loi qui s'applique à son *trust*. Le constituant peut la choisir expressément ou implicitement. A cet égard, il est important de noter l'effet de l'article 17, qui définit le terme "loi" comme "les règles de droit en

APPENDICE M

vigueur dans un Etat à l'exclusion des règles de conflit de lois". En fait, le choix effectué conformément à l'article 6 est celui du droit substantiel, et pas des règles de conflits de l'Etat choisi. Si, néanmoins, le constituant choisit expressément à la fois le droit substantiel et les règles de conflits d'un Etat comme loi applicable, on s'attend à ce que ce choix soit effectif.

Si le constituant choisit un Etat dans lequel le droit substantiel ne contient pas de dispositions relatives à son genre de *trust*, ou s'il ne fait pas de choix, la loi applicable est déterminée conformément à l'article 7.

Article 7

Lorsqu'il n'a pas été choisi de loi, le *trust* est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits.

Pour déterminer la loi avec laquelle le *trust* présente les liens les plus étroits, il est tenu compte notamment :

- a) du lieu d'administration du *trust* désigné par le constituant;
- b) de la situation des biens du *trust*;
- c) de la résidence ou du lieu d'établissement du *trustee*;
- d) des objectifs du *trust* et des lieux où ils doivent être accomplis.

On considère que ces quatre facteurs, énumérés de a) à d), ont une importante "particulière" pour déterminer la loi avec laquelle le *trust* présente les liens les plus étroits et par conséquent, la loi applicable. Cette liste n'est pas exhaustive et un juge peut prendre en considération d'autres facteurs. Bien que l'on considère qu'il existe une "hiérarchie implicite" de priorité donnée par l'ordre dans lequel ces quatre facteurs particulièrement importants sont énumérés, le texte n'interdit pas au juge de leur accorder à tous la même importance.

Article 8

La loi déterminée par les articles 6 ou 7 régit la validité du *trust*, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du *trust*.

Cette loi régit notamment:

- a) la désignation, la démission et la révocation du *trustee*, l'aptitude particulière à exercer les attributions d'un

trustee ainsi que la transmission des fonctions de *trustee*;

- b) les droits et les obligations des *trustee* entre eux;
- c) le droit du *trustee* à déléguer en tout ou en partie l'exécution des ses obligations ou l'exercice de ses pouvoirs;
- d) le droit du *trustee* d'administrer et de disposer des biens du trust, de les constituer en sûretés et d'acquérir des biens nouveaux;
- e) les pouvoirs du *trustee* de faire des investissements;
- f) les restrictions relatives à la durée du *trust* et aux pouvoirs de mettre en réserve les revenus du *trust*;
- g) les relations entre le *trustee* et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du *trustee* envers les bénéficiaires;
- h) la modification ou la cessation du *trust*;
- i) la répartition des biens du *trust*;
- j) l'obligation du *trustee* de rendre compte de sa gestion.

Cette énumération de questions régies par la loi choisie par le constituant ou par la loi avec laquelle le *trust* présente les liens les plus étroits, ne prétend pas être exhaustive. Elle remplit la fonction très utile d'identifier les genres de question et de problèmes qui se posent le plus souvent relativement aux relations juridiques décrites à l'article 2. Elle vise surtout à informer les Etats où le trust n'existe pas.

La loi spécifiée par l'article 6 ou l'article 7 peut ne pas être une seule loi, car un élément du *trust* susceptible d'être isolé peut être régi par une loi distincte. L'article 9 donne l'exemple le plus commun d'élément susceptible d'être isolé auquel il peut convenir d'appliquer une loi autre que celle qui régit la validité du *trust*. La loi du lieu d'administration du *trust* peut présenter un intérêt particulier à cet égard.

Article 9

Dans l'application du présent chapitre, un élément du *trust* susceptible d'être isolé, notamment son administration, peut être régi par une loi distincte.

L'article 10 reconnaît qu'au cours de la vie d'un *trust*, il puisse être approprié ou nécessaire de remplacer par une autre loi la loi qui s'appli-

APPENDICE M

quait initialement au *trust*, ou à l'un de ses éléments susceptibles d'être isolé. La question des modalités et des conditions de ce changement de loi applicable doit être déterminée par la loi qui régissait la validité du *trust* au moment de sa création.

L'article 10 s'applique également à un changement de loi applicable occasionné par un changement des facteurs qui doivent être pris en considération en appliquant l'article 7.

Article 10

La loi applicable à la validité de *trust* régit la possibilité de remplacer cette loi, ou la loi applicable à un élément du *trust* susceptible d'être isolé, par une autre loi.

En vertu de l'article 5, dans la mesure où la loi applicable déterminée par le chapitre II ne connaît pas la catégorie de *trust* en cause, la Convention ne s'applique pas.

(iii) *Chapitre III – Reconnaissance*

Article 11

Un *trust* créé conformément à la loi déterminée par le chapitre précédent sera reconnu en tant que *trust*.

La reconnaissance implique au moins que les biens du *trust* soient distincts du patrimoine personnel du *trustee* et que le *trustee* puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de *trustee* devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique.

Dans la mesure où la loi applicable au *trust* le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment :

- a) que les créanciers personnels du *trustee* ne puissent pas saisir les biens du *trust*;
- b) que les biens du *trust* soient séparés du patrimoine du *trustee* en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci;
- c) que les biens du *trust* ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du *trustee*;
- d) que la revendication des biens du *trust* soit permise dans les cas où le *trustee*, en violation des obligations résultant du *trust*, a confondu les biens du *trust* avec ses biens personnels ou en a disposé. Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du

trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for.

Cet article identifie les conséquences juridiques principales qui découlent de la reconnaissance qu'une relation juridique est un *trust*. Il vise à donner des renseignements et à introduire un degré important de certitude sur la façon dont la Convention doit être appliquée et mise en oeuvre, en particulier dans les Etats où le *trust* n'existe pas.

Article 12

Le *trustee* qui désire faire inscrire dans un registre un bien meuble ou immeuble, ou un titre s'y rapportant, sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de *trustee* ou de telle façon que l'existence du *trust* apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi.

Le reconnaissance d'un *trust* n'oblige pas un Etat à permettre au *trustee* d'inscrire dans un registre les biens du *trust* de telle façon que l'existence du *trust* apparaisse. La loi interne de l'Etat n'a pas à prévoir une telle inscription.

Article 13

Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un *trust* dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du *trustee*, sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du *trust* ou la catégorie de *trust* en cause.

Bien que l'article 6 établisse le droit du constituant de choisir la loi applicable, un Etat n'est pas tenu de donner effet à un tel choix si les éléments objectifs du *trust*, à l'exception du lieu d'administration et de la résidence habituelle du *trustee*, présentent des liens plus étroits avec des Etats dans lesquels un tel *trust* n'existe pas. On considère principalement cette disposition comme une clause échappatoire en faveur des Etats où le *trust* n'existe pas. "Cette disposition sera utilisée principalement par des juges qui pensent que la situation échappe improprement à l'application de leurs lois."⁽⁵⁶⁾

Article 14

La Convention ne fait pas obstacle à l'application de règles de droit plus favorables à la reconnaissance d'un *trust*.

APPENDICE M

La Convention a pour objet de faciliter la reconnaissance des *trusts*. Elle ne vise pas à empêcher les Etats de reconnaître des *trusts* qui ne sont pas couverts par la Convention. C'est ce que dit l'article 14. Par conséquent, l'adoption de la Convention par un Etat ne l'empêche pas de reconnaître des catégories de *trusts* qui se trouvent en dehors du champ d'application de la Convention. Cela peut être particulièrement important entre Etats de *common law*.

(iv) *Chapitre IV – Dispositions générales*

Article 15

La Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes:

- a) la protection des mineurs et des incapables;
- b) les effets personnels et patrimoniaux du mariage;
- c) les testaments et la dévolution des successions, spécialement la réserve;
- d) le transfert de propriété et les sûretés réelles;
- e) la protection des créanciers en cas d'insolvabilité;
- f) la protection des tiers de bonne foi à d'autres égards.

Lorsque les dispositions du paragraphe précédent font obstacle à la reconnaissance du *trust*, le juge s'efforcera de donner effet aux objectifs du *trust* par d'autres moyens juridiques.

La reconnaissance d'un *trust* et l'identification de la loi applicable n'assurent pas que l'on donne effet à tous les éléments du *trust* conformément à cette loi. Lorsque les dispositions d'un *trust* sont incompatibles avec les règles impératives désignées par les règles de conflits du for, ces dernières prévalent. Dans un tel cas, cependant, le juge doit s'efforcer à donner effet aux objectifs du *trust* par d'autres moyens.

Article 16

La Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l'application s'impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit de lois.

CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA

A titre exceptionnel, il peut également être donné effet aux règles de même nature d'un autre Etat qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit.

Tout Etat contractant pourra déclarer, par une réserve, qu'il n'appliquera pas la disposition du deuxième alinéa du présent article.

Cet article vise à reconnaître les soit-disant "lois d'application immédiate" du for, et à leur donner préséance. Parmi les lois qui tombent dans cette catégorie, il y a celles qui visent à protéger l'héritage culturel, la santé publique et les intérêts économiques vitaux d'un pays. On peut également y inclure les règlements de change.⁽⁵⁷⁾ Les lois d'application immédiate du for ont priorité sur les autres dispositions de la Convention.

On peut accorder une priorité similaire aux lois d'application immédiate d'un Etat tiers qui a un "lien suffisamment étroit" avec le *trust*. Cependant, un Etat contractant peut enlever cette discrétion à ses tribunaux au moyen d'une réserve appropriée.

Article 18

Les dispositions de la Convention peuvent être écartées si leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Cet article énonce la disposition d'ordre public qui est incluse habituellement dans les Conventions de La Haye. Il assure que la reconnaissance d'un *trust* ne soit pas incompatible avec l'ordre public du for.

Article 19

La Convention ne porte pas atteinte à la compétence des Etats en matière fiscale.

Cet article donne aux Etats contractants l'assurance que la reconnaissance des *trusts* n'occasionnera pas d'évasion fiscale. On a considéré que cette disposition était indispensable pour encourager la ratification de cette Convention.

Article 23

A l'effet de déterminer la loi applicable selon la Convention, lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière de *trust*, toute référence à la loi de cet Etat sera considérée comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée.

APPENDICE M

Article 24

Un Etat dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière de *trust* n'est pas tenu d'appliquer la Convention aux conflits de lois intéressant uniquement ces unités territoriales.

Ces dispositions visent à satisfaire les Etats, comme le Canada, qui comprennent plusieurs compétences législatives. Aux fins de la Convention, chacune de ces compétences est traitée comme un Etat. La loi de l'une d'entre elles peut être la loi applicable choisie par le constituant ou conformément à l'article 7.

Bien que les provinces et les territoires puissent appliquer la Convention aux conflits entre eux, ce résultat ne découle pas de l'adoption de la Convention.

Une disposition liée, la clause fédérale, apparaît à l'article 29. Elle permet à un Etat comme le Canada de déclarer que la Convention s'appliquera à toutes les unités territoriales auxquelles elle désire l'appliquer. Les provinces et les territoires qui désirent adopter la Convention doivent adopter la loi appropriée.

PARTIE C

La fiducie du Québec⁽⁵⁸⁾

(i) *Catégories de fiducies*

Plusieurs articles du Code civil de la Province de Québec contiennent des dispositions qui concernent la création de relations juridiques qui ressemblent aux *trusts* de *common law*. L'article 869 permet à un testateur d'établir des légataires "seulement fiduciaires ou simples ministres pour des fins de bienfaisance ou autres fins permises et dans les limites voulues par les lois". La loi reconnaît ainsi une catégorie de fiducie testamentaire pour des fins de bienfaisance, ainsi qu'une fiducie testamentaire pour d'autres fins légales.

L'article 964, qui fait partie du chapitre intitulé "Des substitutions", permet à un légataire d'être chargé comme "simple ministre", plutôt que comme légataire ordinaire, en vertu d'une substitution de sa qualité de grevé. Alors qu'un grevé a le droit de jouir des biens qu'il administre, un légataire qui est un simple ministre n'a pas le droit d'en jouir. Ses fonctions sont "d'administrer les biens ou de les employer ou restituer pour les fins du testament, bien que dans les termes sa qualité paraisse réellement être celle de propriétaire grevé . . ."

Le chapitre IV(A) intitulé “De la fiducie”, a été adopté à l’origine en 1879 sous le nom d’*Acte concernant la fiducie*.⁽⁵⁹⁾ En 1888, les dispositions de cette Loi devinrent les articles 981 à 981n du Code civil. Ces articles prévoient la création de la catégorie de relations fiduciaires que l’on appelle communément “fiducie”. L’article 981a prévoit ce qui suit:

Toute personne capable de disposer librement de ses biens, peut transporter des propriétés mobilières ou immobilières à des fiduciaires par donation ou par testament, pour le bénéfice des personnes en faveur de qui elle peut faire valablement des donations ou des legs.

Les autres articles traitent de sujets tels que la revendication par les fiduciaires, de la possession des biens de la fiducie, l’exercice des pouvoirs du fiduciaire, l’obligation du fiduciaire d’agir en bon père de famille, les devoirs à l’expiration de la fiducie, la nature de la responsabilité du fiduciaire, la révocation et le remplacement des fiduciaires et la rémunération des fiduciaires. En général, ces articles prévoient des règles d’administration, de comptabilité et de procédure qui ressemblent à celles qui s’appliquent aux *trusts* de *common law*. Ceci ne veut pas dire, cependant, que la fiducie soit de la nature d’un *trust* de *common law* même dans les limites d’utilisation imposées par le Code.

Le professeur Caron a fait, sur la fiducie, les observations intéressantes suivantes:⁽⁶⁰⁾

Il y a eu énormément de commentaires sur les implications juridiques de cette fiducie. Les tribunaux ont dit à maintes occasions que bien que la fiducie du Québec puisse fonctionner comme le *trust* de *common law*, elle ne peut absolument pas être interprétée ou régie par les règles et les précédents du *common law*. Les termes utilisés, en 1879, par la législature peuvent avoir créé un mécanisme qui s’appelle “fiducie” et une institution qui fonctionne comme un *trust*, mais ils n’ont pas défini la nature juridique de cette méthode de transfert des biens.

En pratique, les fiducies ont été largement utilisées et on a eu peu de difficultés en rédigeant les testaments ou les donations qui les contiennent. Les tribunaux ont éprouvé peu de difficultés à déterminer que l’application de ces dispositions devait être limitée aux situations spécifiées dans le Code civil, et ne leur ont pas permis de servir de base au développement d’institutions telles que la déclaration de *trust*, ou le *trust* aux fins d’investissement (même comme résultat d’un *trust* “familial”).

APPENDICE M

Parmi les nombreuses questions qui n'ont jamais été posées aux tribunaux, il y a la possibilité pour le constituant de la fiducie (ci-dessous appelé le "constituant") d'être fiduciaire pour un bénéficiaire de servir à titre de fiduciaire et de fin prématurée ou de modification de la fiducie. En fait, certains pensent qu'il vaut mieux ne pas aller en cour à propos de fiducies, parce qu'ils craignent que les tribunaux cristallisent certains aspects de la pratique qui, jusqu'à présent, demeurent flexibles. Cependant, il est inévitable que de temps en temps de telles questions se posent aux tribunaux, et que le résultat démontre qu'il n'y a pas unanimité sur la nature de la fiducie au Québec.

L'un des éléments clefs de la fiducie du Québec qui demeure largement entouré de mystère, est la nature de la propriété qu'elle occasionne. La Cour suprême du Canada, dans *Royal Trust Co. c. Tucker*,⁽⁶¹⁾ a éclairci un peu le sujet, en soutenant que la propriété des biens de la fiducie appartenait aux fiduciaires pendant la vie de la fiducie. Le Dr. Waters a expliqué ce jugement de la manière suivante :⁽⁶²⁾

En résumé, l'explication semble être la suivante : les fiduciaires acquièrent une propriété limitée qui provient de, ou co-existe avec, leurs pouvoirs de disposer des biens de la fiducie, et de les modifier. Elle est limitée par le fait qu'ils n'ont pas le pouvoir de jouissance, ni aucune discrétion sur la manière de traiter ces biens, à l'exception des pouvoirs qui leur sont conférés par l'instrument ou par le Code. On ne peut pas dire que les bénéficiaires aient la propriété, parce qu'une personne qui bénéficie du revenu ne possède pas le droit de propriété au capital, et quand un bénéficiaire acquiert le capital, la fiducie se termine. En outre, le droit de jouissance des bénéficiaires est soumis au pouvoir des fiduciaires de disposer du titre de propriété de la fiducie et généralement de modifier les investissements de la fiducie.

Aux fins de la Convention, on a défini le terme "*trust*" d'une manière suffisamment générale pour comprendre la fiducie du Québec. C'est une relation juridique où les biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. (Article 2) Les biens du *trust* sont distincts du patrimoine personnel du *trustee*, le *trustee* peut agir comme demandeur ou défendeur en qualité de *trustee*, et il peut comparaître ou agir en cette qualité devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique. (Article 11)

Il demeure, néanmoins, que certaines catégories de *trusts* qui existent dans les Etats de *common law* ne sont pas prévus par le droit du Québec.

Les *trusts* créés par contrat plutôt que par donation, les *trusts* créés par déclaration et les *trusts* qui résultent de l'application de lois sont exclus. En outre, les fiducies du Code civil ne peuvent pas être utilisées à des fins commerciales. L'adoption de la Convention par le Québec n'obligerait pas cette juridiction à reconnaître de tels *trusts* s'ils ont les liens les plus étroits au Québec. (Article 13)

(ii) *Réforme proposée*

Il semble néanmoins probable que certaines catégories de *trusts* qui sont exclues à l'heure actuelle du droit québécois en feront partie dans un avenir prévisible. En 1977, l'Office de révision du Code civil a recommandé que le champ d'application des fiducies soit considérablement élargi. La raison principale étant que "l'usage limité que l'on peut faire, à l'heure actuelle, du mécanisme de la fiducie est, en effet, source de frustrations nombreuses, particulièrement dans le monde des affaires."⁽⁶³⁾ L'élargissement proposé serait limité aux *trusts* exprès et n'introduirait pas dans le droit québécois la théorie anglaise des *trusts* par application de la loi.⁽⁶⁴⁾

Des réformes ont été proposées au Parlement du Québec en 1984, dans le projet de loi 20.⁽⁶⁵⁾ En vertu de ces modifications au Code, lesquelles vont au-delà de celles proposées par l'Office de révision, on peut créer une fiducie par testament ou par contrat à titre onéreux ou gratuit.⁽⁶⁶⁾ Cette dernière addition est très importante car elle donnerait la possibilité de créer une variété de *trusts* d'affaires qui ne sont pas possibles à l'heure actuelle.⁽⁶⁷⁾ Les modifications prévoient également des fiducies par déduction dans certaines circonstances.⁽⁶⁸⁾ Si ce projet de loi est adopté, ces dispositions réduiront considérablement le champ d'application de l'article 13 de la Convention, relatif au choix du droit québécois pour régir un *trust*.

(iii) *Les règles de conflits*

Le Code civil et le Code de Procédure Civile ne contiennent pas de règles de conflits spécifiques relatives aux *trusts*. Et ce sujet n'a pas été développé de façon significative par les tribunaux.⁽⁶⁹⁾ Il en est résulté beaucoup d'incertitude quant aux règles applicables. Par conséquent, il semblerait y avoir un solide argument en faveur d'une action législative appropriée au Québec. En fait, le besoin est peut-être plus urgent au Québec que partout ailleurs au Canada.

En l'absence de règles de conflits portant spécifiquement sur les *trusts*, et en reconnaissant que le *trust* est un "acte" pour les fins du Code civil, on doit avoir recours aux règles de conflits générales énon-

APPENDICE M

cées aux articles 6, 7 et 8 du Code civil pour déterminer les règles qui peuvent être applicables aux *trusts*.

Le principe d'autonomie de choix de la loi est bien établi dans le droit québécois. L'article 8 du Code civil prévoit ce qui suit:

8. Les actes s'interprètent et s'apprécient suivant la loi du lieu où ils sont passés, à moins qu'il n'y ait quelque loi à ce contraire, que les parties ne s'en soient exprimées autrement, ou que, de la nature de l'acte, ou des autres circonstances, il n'apparaisse que l'intention a été de s'en rapporter à la loi d'un autre lieu; auxquels cas il est donné effet à cette loi, ou à cette intention exprimée ou présumée.

On a jugé que cette disposition s'appliquait à toute la gamme des contrats et des actes, ⁽⁷⁰⁾ y compris un testament holographe dans le cas de *Ross c. Ross*.⁽⁷¹⁾ Par conséquent, le constituant peut choisir la loi applicable au *trust* et à ses différents aspects. Bien qu'on donne préséance à la loi du lieu où "l'Acte est passé", on donne effet au choix de la loi par les parties "à moins qu'il y ait quelque loi à ce contraire". Cette dernière disposition est telle que l'article 8 s'applique "sous réserve de certaines prohibitives ou d'ordre public".⁽⁷²⁾ Ainsi, le choix de loi ne peut pas être appliqué s'il viole l'ordre public du Québec.

L'article 6 prévoit que la loi du Québec s'applique chaque fois que la question en cause concerne l'ordre public. D'autres articles emploient l'expression "ordre public et (ou) bonnes moeurs".⁽⁷³⁾ Dans l'ensemble, ces dispositions ont pour effet de rendre les actes et les contrats contraires à l'ordre public s'ils sont contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs.

Le tribunal du for est maître de ce qui se rapporte à l'ordre public, et de ce qu'est l'ordre public dans sa juridiction. Personne ne peut aller devant ce tribunal et faire valoir un droit qui, originaire d'un autre Etat, offense sa conception d'ordre public en matière d'intérêt général, des conséquences publiques d'un acte ou d'un contrat, d'ordre public, de bonnes moeurs, de justice fondamentale. Notre ordre public peut être tellement étroit qu'il empêche totalement la reconnaissance de ce droit. Il peut, au contraire, ne pas vouloir vouloir empêcher cette reconnaissance. Les articles 6 et 13 énoncent simplement le principe suivant: l'application d'une loi étrangère, ou l'application d'un droit acquis à l'étranger, sont soumises à une réserve relative à l'ordre public du Québec.⁽⁷⁴⁾

L'adoption de la Convention sur les *trusts* par le Québec ne nécessiterait aucun compromis, altération ou relâchement de ce principe, puisque celui-ci est clairement reconnu et protégé par les dispositions de la Convention relatives à l'ordre public et aux règles impératives.

On a noté que la Convention traite de la doctrine délicate du renvoi, en définissant la "loi" comme les "règles de droit en vigueur dans un Etat à l'exclusion des règles de conflit de lois". (Article 17) On peut considérer cette définition comme contraire au droit québécois à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans *Ross c. Ross*, qui applique la doctrine du renvoi partiel ou simple. Compte tenu de l'interprétation, par le tribunal, de l'article 7 du Code civil, on a suggéré qu'il devenait difficile de dire qu'au Canada la "loi du pays" signifiait toujours la loi de tout le pays, y compris ses règles de conflit de lois et que quand il y avait référence à la loi du for, la cour l'acceptait, et appliquait sa propre loi".⁽⁷⁵⁾ En d'autres termes, il n'y a pas nécessairement conflit entre l'article 17 de la Convention et la loi du Québec. De toutes manières, si l'application de la doctrine du renvoi devait, dans un cas particulier, être plus favorable à la reconnaissance d'un *trust*, une telle application serait conforme à l'article 14 de la Convention.

Il semble donc que les dispositions de la Convention sur les *trusts* se conforment aux principes et aux règles de droit international privé du Québec, et, par conséquent, que leur adoption dans cette juridiction, avec les garanties prévues en ce qui concerne la reconnaissance, ne nécessitent pas de changements majeurs, de compromis ou un relâchement de ces principes ou de ces règles.

PARTIE D

Mesures législatives recommandées

Dans le domaine des *trusts*, la politique ou l'objectif le plus important est la réalisation des aspirations justifiées du créateur du *trust* en matière de dispositions des biens du *trust*. Ainsi, les règles de conflit de lois devraient tenter de mettre en oeuvre cette politique ou de remplir cet objectif en donnant priorité à l'intention du créateur du *trust*, sous réserve peut-être de l'ordre public de l'Etat ou de la province dont il faudrait reconnaître l'intérêt dans l'objet du *trust*.⁽⁷⁶⁾

Nous soumettons que cette citation constitue un énoncé tout à fait adéquat du principe général que doit poursuivre avec vigueur la Conférence sur l'uniformisation des lois et les législateurs du pays. Il semble évident que cet objectif ne sera probablement pas atteint avant

APPENDICE M

longtemps sans mesures législatives. De telles mesures sont nécessaires au palier international et au palier inter-provincial.

Au palier international, le véhicule approprié semble être la Convention sur les *trusts*. L'un des architectes principaux de la Convention, le professeur D. W. M. Waters, a fait les observations suivantes à propos de son objet:⁽⁷⁷⁾

Le concept de *trust*, connu dans tous les Etats de *common law*, est inconnu dans de nombreux autres Etats dans le monde. Cela crée des difficultés pour les constituants, les *trustees* et les bénéficiaires des Etats de *common law*, lorsque les *trusts* comportent des opérations ou ont des liens au plan international. Le problème s'est particulièrement manifesté dans les pays d'Europe occidentale, dont les systèmes juridiques sont inspirés de la tradition civiliste (ou du droit romain). Les *trusts* de *common law* ont souvent des liens avec ces Etats de droit civil, parce que des investissements ou des bénéficiaires du *trust* s'y trouvent. La Convention vise à résoudre les problèmes qui découlent de cette situation en introduisant des règles fondamentales de conflit de lois sur les *trusts* qui soient internationalement acceptées. Elle énonce également une approche commune à l'égard des conséquences de la reconnaissance des *trusts*, et des circonstances permettant de refuser de reconnaître un *trust*.⁽⁷⁸⁾

Le professeur Waters a identifié plusieurs avantages dont bénéficieraient les provinces et les territoires du Canada s'ils adoptent la Convention.

1. Son adoption n'implique aucune modification du droit statutaire provincial ou territorial et aucune modification importante de la jurisprudence. Elle met l'accent sur la loi ayant les liens les plus étroits plutôt que sur une référence exclusive au *situs* des biens du *trust* ou au domicile du constituant.
2. Il rend plus prévisible l'application
 - (a) des *trusts* constitués au Canada et comportant un ou plusieurs *trustees* ou bénéficiaires, ou les deux à la fois, résidant à l'extérieur du Canada, ou des biens à l'extérieur du Canada, ou tous ces éléments à la fois; et
 - (b) des *trusts* constitués par les Canadiens résidant à l'extérieur du Canada, laissant des biens situés au Canada ou à l'étranger à des personnes résidant au Canada, ou à des personnes résidant dans un Etat où le *trust* est inconnu.

CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA

3. Il fournit aux provinces canadiennes qui l'adopteront des règles fondamentales de conflit des lois au sujet des *trusts*, acceptées au plan international. Il est douteux qu'il existe en ce moment au Canada de telles règles, surtout en ce qui concerne les *trusts* entre vifs. En outre, ces règles de la Conférence de La Haye – l'autonomie du constituant, et la "loi appropriée du *trust*" (Dicey et Morris, *The Conflict of Laws*, 10th ed., 1980) – sont des règles modernes qui reconnaissent le caractère distinct du *trust*, par opposition à l'acte juridique qui le crée.
4. Il confirme, pour les provinces canadiennes qui l'adopteront, la validité de la disposition habituelle dans les actes de *trust* canadiens, donnant aux *trustees* ou à une autre personne le pouvoir de modifier à sa discrétion la loi régissant la validité du *trust* et de ses dispositions.
5. Il écarte le précédent créé par le jugement conservateur rendu par une majorité hésitante dans l'affaire *Jewish National Home v. Royal Trust Co.*, (1965 R.C.S. 784. Le jugement de la Cour était partagé (3-2), et les critiques considèrent que le jugement minoritaire était beaucoup mieux fondé.
6. Il facilite l'adoption de ces mêmes règles de conflit de lois de La Haye entre les provinces et territoires canadiens; ces règles constitueront en somme un code succinct sur les conflits de loi au sujet des *trusts*, qui s'appliquera uniformément aux provinces et aux territoires.
7. Il encourage un meilleur climat de coopération entre les Etats où le *trust* existe et ceux où il n'existe pas, climat qui ira en s'améliorant avec les années et l'expérience vécue.

On pourrait ajouter que l'adoption de la Convention ouvrirait à nos tribunaux la richesse de la jurisprudence américaine. Celle-ci semble avoir un peu d'influence sur l'élaboration de notre droit jusqu'à présent.

L'adoption de la Convention constituerait une étape majeure vers la résolution des problèmes majeurs qui existent relativement aux *trusts* au palier international, mais elle n'apporterait pas de solution aux mêmes problèmes au palier inter-provincial. Il serait malheureux, injustifié et illogique de permettre à une telle situation de se développer et de persister. Pour pallier à une telle possibilité, on recommande que la Conférence prenne l'initiative d'élaborer un ensemble de règles de conflits basées sur celles de la Convention, et de recommander aux provinces et aux territoires qu'ils les adoptent pour régler les conflits en

matière de *trusts* survenant entre eux. Nous suggérons d'examiner les sujets suivants à cette fin.

(i) *Champ d'application*

(a) Catégorie de *trusts*

Comme dans la Convention, des règles uniformes doivent s'appliquer aux *trusts* de *common law*, ainsi qu'aux institutions équivalentes du droit québécois. A cette fin, les termes des articles 2 et 11 de la Convention devraient s'appliquer.

La Convention ne s'applique qu'aux *trusts* créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit. On peut se poser la question de savoir si la Convention s'applique aux *resulting trusts*. Un tel *trust* naît de l'acte volontaire d'un constituant et donne effet à sa volonté implicite, et non pas exprimée. Etant donné que l'article 3 ne dit pas que le *trust* doit être créé "expressément", il n'est pas évident que les *resulting trusts* soient exclus. Il ne semble pas exister de raisons valides d'exclure les *resulting trusts* de l'application des règles uniformes proposées. Les juridictions de *common law* au Canada ont au moins l'habitude des circonstances dans lesquelles de tels *trusts* naissent et de leurs conséquences juridiques et peuvent donc les accommoder en vertu des règles de conflits.

Les catégories suivantes de *trusts* sont clairement exclues de l'application de la Convention:

- (i) les *trusts* créés par déclaration ou par livraison de biens à un *trustee* sans exécution d'un instrument ou d'une autre preuve écrite;
- (ii) les *trusts* créés par une décision de justice, sauf s'ils sont inclus par une déclaration en vertu de l'article 20; et
- (iii) les *trusts* créés par la loi.

Aux fins des règles uniformes proposées, il semblerait n'y avoir aucune raison fondamentale d'exclure les *trusts* validement créés par déclaration ou par livraison simplement à cause de l'absence possible de preuve écrite du *trust*. Si on peut prouver sans preuve écrite l'existence et les termes d'un tel *trust*, l'absence de cette preuve n'est pas importante.

On a pris la décision d'exclure de la Convention les *trusts* créés par une décision de justice principalement pour calmer les inquiétudes exprimées par les Etats qui ne connaissent pas le *trust*. Dans une certaine mesure, de telles inquiétudes sont dues à la crainte de l'in-

connu, c'est-à-dire l'incertitude quant aux implications de la reconnaissance de tels *trusts*. Il semble qu'il y ait eu une inquiétude particulière qu'une telle reconnaissance implique la reconnaissance de jugements étrangers sans les contrôles et les garanties normales relatives à leur légitimité et leur exécution. On pense, et on espère, que les juridictions connaissant les *trusts* étendront la Convention aux *trusts* créés par une décision de justice en faisant les déclarations appropriées en vertu de l'article 20.⁽⁷⁹⁾ Si ces déclarations sont faites, on espère qu'avec le temps, les Etats où l'institution du *trust* n'est pas connue seront encouragés à suivre l'exemple des Etats connaissant les *trusts*, leurs craintes ayant disparu.

En attendant, les provinces et les territoires du Canada ne devraient pas éprouver les inquiétudes qui ont empêché les *trusts* créés par une décision de justice d'être inclus dans la Convention. Si on pense qu'elles sont appropriées, on pourrait adopter les genres de garanties qui sont prévues par la législation concernant la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, ou on pourrait les rendre applicables aux décisions judiciaires qui créent des *trusts*. Une fois que la "validité des conditions de formes" d'un *trust* a été établie, il n'y a pas de raison fondamentale de ne pas traiter le *trust* comme tout autre *trust* valide-ment créé. En autant que la relation démontre les caractéristiques d'un *trust* tel que le prévoient les règles, alors il devrait être assujéti à ces règles. Si la relation résulte d'une décision judiciaire, ce sont alors les facteurs objectifs qui devraient être appliqués pour déterminer la loi applicable, puisqu'il n'y a aucun choix de loi par un constituant.

L'exclusion de la Convention des *trusts* imposés par la loi représente également une réponse à des inquiétudes, en particulier d'Etats qui ne connaissent pas le *trust*, à propos des implications de la reconnaissance de tels *trusts*. La reconnaissance et l'exécution de *trusts* imposés par des Etats étrangers soulève des problèmes pour certains Etats, surtout dans le contexte d'une Convention basés sur le principe de la protection des intentions des personnes qui veulent créer des *trusts*. On devrait cependant noter que la Convention n'empêche pas un Etat contractant de reconnaître de tels *trusts*. L'article 14 reconnaît expressément à un Etat contractant le droit d'appliquer des "règles de droit plus favorables à la reconnaissance d'un *trust*".

Il ne semble pas y avoir de raison fondamentale pour que les *trusts* créés par la loi soient exclus des règles uniformes proposées. Le fait que l'instrument qui l'a créé soit une loi "étrangère" plutôt qu'un testament ou un acte ne devrait pas être une raison suffisante pour refuser de reconnaître un *trust*, en autant qu'il possède les caractéristiques requises qui sont prescrites par les règles. Les tribunaux d'une province ou

APPENDICE M

d'un territoire devraient avoir le pouvoir de déterminer si un *trust* imposé par la loi d'une autre province ou d'un autre territoire est exécutoire dans le for. On pense qu'il devrait l'être, à moins que la province ou le territoire qui a adopté la loi ait outrepassé ses pouvoirs, ou que la politique représentée par le *trust* soit en conflit avec l'ordre public du for.

En résumé, on recommande que les règles uniformes soient dotées d'un champ d'application large. Un *trust*, quelle que soit sa catégorie, et la manière dont il a été créé, peut avoir des aspects inter-provinciaux. Dans la mesure où des garanties adéquates sont prévues pour protéger les intérêts légitimes des juridictions qui sont rattachés au *trust*, la reconnaissance ne devrait pas constituer un problème sérieux.

(b) Catégories de questions

La Convention ne s'applique pas aux questions préliminaires relatives à la validité des testaments ou d'autres actes juridiques qui créent des *trusts* (Article 4). La loi désignée par la Convention ne s'applique qu'au *trust* lui-même, et pas à la validité de l'acte juridique par lequel des biens sont transférés. Cet acte juridique est entièrement régi par la loi déterminée par les règles de conflits du for. S'il est déterminé que le transfert est invalide en vertu de la loi applicable, le débat est clos.

On recommande d'utiliser la même méthode pour appliquer les règles uniformes proposées. Il faudrait que les règles existantes de conflits déterminent la validité des conditions de forme de l'instrument ou de l'acte juridique ayant créé le *trust*. Etant donné qu'il ne s'agit pas vraiment d'une "question de *trust*", sa non-inclusion dans les règles proposées aiderait à démontrer que le statut du *trust* est celui d'une relation juridique et à éliminer la confusion en droit occasionnée par une identification trop marquée du *trust* à son instrument constitutif.

(ii) *Loi applicable*

Les règles de conflits établies par la Convention sont de loin supérieures à celles qui semblent s'appliquer au Canada à l'heure actuelle. Elles conviennent parfaitement à une utilisation au palier inter-provincial. Nous recommandons qu'elles forment la base des règles uniformes proposées.

Cela fournirait aux provinces et aux territoires un ensemble de règles en vertu desquelles le créateur d'un *trust* serait libre de choisir la loi applicable. A défaut d'un tel choix, la loi applicable serait déterminée objectivement comme la loi avec laquelle le *trust* présente les liens les plus étroits.

La Convention note, à son article 7, quatre facteurs que l'on considère d'une importance particulière pour permettre cette détermination objective. Il faudrait utiliser ces facteurs dans les règles uniformes parce qu'ils aident à démontrer l'importance de considérer le *trust* comme une relation permanente qui nécessite une administration continue. On pourrait ajouter d'autres facteurs à cette liste, mais il est inutile de le faire dans la mesure où les tribunaux ont la liberté d'appliquer ces facteurs, ou tout autre qu'ils considèrent adéquat. En outre, si l'on donne un poids particulier à d'autres facteurs comme le "domicile", cela risque de diminuer l'importance de la question centrale de l'administration.

L'article 8 identifie quatre aspects d'un *trust* pour lesquels on peut choisir ou déterminer la loi applicable. Ces aspects sont : la validité du *trust*, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du *trust*. On pourrait dire que seulement deux d'entre eux, la validité et l'administration, doivent être identifiés, puisque la loi applicable à l'interprétation ou aux effets juridiques, en l'absence d'un choix exprimé par le constituant, devrait dépendre du fait que la question est liée à la validité ou à l'administration.

Cet article énonce également une liste non exhaustive de questions que peut régir la loi applicable appropriée. C'est un procédé qui a été utilisé dans d'autres Conventions de La Haye et qui sert, dans ce cas, principalement à informer les Etats qui ne connaissent pas le *trust*. Une telle liste serait d'utilité limitée dans les règles uniformes proposées à moins que l'on fasse la démarche additionnelle de caractériser chaque question en matière de validité ou d'administration. Une caractérisation dans la loi pourrait sembler intéressante à cause du plus grand degré de certitude qu'elle introduirait dans ce domaine du droit. Cependant, dans l'ensemble, il ne serait probablement pas indiqué de procéder de la sorte. La plupart des questions qui se posent ne sont pas difficiles à caractériser. Lorsqu'une question implique des éléments de validité aussi bien que d'administration, il peut être préférable de laisser le choix aux tribunaux, avec la directive claire que les règles doivent être appliquées autant que possible pour maintenir la validité du *trust* et pour donner effet à l'intention du constituant. Par exemple, à cause des diverses méthodes que différents Etats utilisent en matière de dispositions à perpétuité, il est tout à fait possible qu'un *trust* soit invalide en vertu de la loi qui régit sa validité et valide en vertu de la loi régissant son administration. Si l'un des choix est légitime, un tribunal peut pouvoir maintenir le *trust*. Un tel choix ne serait cependant pas possible si, par loi, la question était caractérisée.

APPENDICE M

Quelle loi régit le sujet de la caractérisation? En d'autres termes, quelle loi s'applique pour déterminer si une question en est une de validité ou d'administration? La Convention ne parle pas du sujet, sauf, peut-être, par implication. Par analogie avec l'article 10, il semblerait que la question doive être déterminée conformément à la loi applicable à la validité du *trust*. Cela semblerait être conforme au droit anglais, mais contraire au droit américain. Il faudrait envisager de clarifier ce sujet dans les règles proposées.

L'un des avantages majeurs de permettre au créateur du *trust* de choisir la loi applicable vient du fait qu'il va probablement choisir uniquement une loi, permettant ainsi au *trust* d'être traité comme unité. Il faudrait spécifier, cependant, que les éléments du *trust* susceptibles d'être isolés peuvent être régis par différentes lois, choisies subjectivement ou déterminées objectivement. Quand, par exemple, le *trust* comprend des biens dans plus d'un Etat et que chacun de ces biens doit être administré pour le bénéfice de différents bénéficiaires, le constituant peut vouloir que la loi du *situs* ou de la résidence des bénéficiaires les régisse dans chaque cas. En fait, il peut y avoir plusieurs *trusts* en un. Il devrait être possible à chacun d'être régi par une loi différente comme si chacun avait été créé séparément.

Egalement, il devrait être possible à différents éléments d'un *trust* d'être régi par différentes lois, au choix du constituant ou par application des facteurs objectifs établissant des liens, lorsque le constituant n'a pas fait un choix. Par exemple, la validité des conditions de fond peut être déterminée conformément à la loi du *situs* alors que l'administration du *trust* peut être régie par la loi de la résidence de *trustee*.

L'article 10 prévoit que la loi applicable à la validité du *trust* déterminera si cette loi ou la loi régissant un élément susceptible d'être isolé peut être remplacée par une autre loi. Cela constitue la reconnaissance du pouvoir de changer la loi applicable pendant la vie d'un *trust*. Le Canada a demandé l'inclusion d'une telle disposition à cause de la pratique habituelle d'inclure dans les documents constitutifs de *trusts* canadiens un pouvoir pour les *trustees* de changer la loi de la validité et la loi de l'administration. Ce serait une disposition appropriée à inclure dans les règles uniformes proposées.

Est-ce que la loi applicable comprend les règles de conflits de cet Etat? La réponse de la Convention est "Non". La loi désignée par la Convention est toujours la loi substantielle, à l'exclusion des règles de conflit des lois. La considération de règles de conflit est évidemment exclue lorsque la loi applicable est déterminée en utilisant les facteurs objectifs établissant des liens. Mais que se passe-t-il si le constituant

choisit d'avoir les règles de conflits comprises dans la loi applicable? On s'attend à ce que l'on donne effet à ce choix surtout si cela sert à maintenir la validité du *trust*. Le sujet, cependant, continue à poser des doutes.

On recommande que le choix disponible à un constituant en vertu des règles uniformes proposées soit limité à la loi interne de l'Etat choisi. Faire autrement introduirait un facteur de complication sans servir aucun objectif substantiel évident. L'adoption de règles de conflits uniformes dans toutes les provinces et les territoires résoudrait toute question se posant encore à cet égard de toutes manières.

(iii) Règles de conflits et ordre public

Les provinces et les territoires devraient recevoir l'assurance que l'adoption des règles uniformes proposées n'entraînera pas la reconnaissance et l'exécution de *trusts* à l'encontre des règles impératives ou d'ordre public du for ou des systèmes de droit avec lesquels le *trust* présente des liens plus étroits. Bien qu'il soit désirable que le constituant ait la liberté de choisir la loi applicable il ne s'ensuit pas que cette liberté doive être illimitée.

On peut tracer une analogie avec l'application des règles de conflits relativement aux contrats. Dans *Vita Food Products Inc. c. Unus Shipping Co. Ltd.*⁽⁸⁰⁾ Lors Wright exprima l'opinion qu'en principe, il n'est pas essentiel que la loi applicable choisie par les parties contractantes ait un lien avec le contrat.⁽⁸¹⁾ Il continua en ces termes :⁽⁸²⁾

Mais lorsque s'applique la règle anglaise à l'effet que l'intention est le critère, et quand il y a une déclaration expresse des parties de leur intention de choisir la loi du contrat, il est difficile de voir quelles qualifications sont possibles, à condition que cette intention ait été exprimée de bonne foi et soit légale, et à condition qu'il n'y ait pas de raison d'éviter le choix pour un motif d'ordre public.

D'après Castel, les tribunaux du for peuvent refuser d'appliquer la loi choisie par les parties, pour la raison que celle-ci contrevient à l'ordre public du for, ou parce que les parties ne pourraient pas avoir obtenu le résultat désiré en vertu du système de droit objectivement applicable. Les parties ne doivent pas tenter d'éviter les dispositions impératives du système de droit avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits et les plus réels. Il dit :⁽⁸³⁾

Pour conclure, il semble qu'au Canada, les parties sont libres de choisir tout système de loi applicable à leur contrat même s'il est totalement indépendant de la transaction à

APPENDICE M

part la clause de choix de la loi. Leur choix n'est pas limité au système de loi d'un Etat avec lequel la transaction est liée en fait. La seule limitation placée sur le choix des parties est que les parties ne peuvent éviter les dispositions impératives du système de loi avec lequel la transaction présente les liens les plus étroits et les plus réels. C'est ce qu'on veut dire par "de bonne foi et légal".

On recommande que les règles uniformes proposées prévoient qu'on ne donne pas effet au choix de loi du constituant lorsque cela serait contraire à l'ordre public du for ou aux règles impératives du système de loi avec lequel le *trust*, ou son aspect en question, présente les liens les plus étroits.

(iv) *Proposition de réforme du droit québécois*

Le Comité du droit international privé (le "Comité") de l'Office de révision du Code civil a recommandé une révision et une codification extensives du droit du Québec, afin d'établir "un corps de règles de droit international privé aussi complet que possible".⁽⁸⁴⁾

Depuis la deuxième guerre mondiale, des dizaines de milliers de personnes sont venues s'installer au Québec tout en continuant à maintenir des liens avec l'étranger. Les relations humaines et commerciales de plus en plus importantes que le Québec entretient avec ses voisins, aussi bien à l'échelon national qu'à l'échelon international, créent une foule de problèmes juridiques qui demandent des solutions rapides et exemptes d'incertitude. Le développement du commerce international dont dépend en grande partie l'avenir de notre pays requiert l'existence de règles de droit international privé qui, tout en étant claires et précises, doivent être assez flexibles pour permettre des solutions nouvelles et originales lorsque la nécessité s'en fait sentir.⁽⁸⁵⁾

Le Comité a proposé un ensemble de règles qui tiennent compte des traditions québécoises, des intérêts économiques et sociaux en cause, de même que des efforts d'unification du droit international privé à l'échelon mondial. Un certain nombre de règles proposées sont basées sur les textes adoptés à la Conférence de La Haye. Ainsi, le Comité vise à promouvoir une unification internationale. Le Comité s'est également efforcé de promouvoir l'unification au palier inter-provincial. A cette fin, certaines des règles proposées tiennent compte de solutions adoptées dans d'autres provinces.⁽⁸⁶⁾

Bien que le Comité n'ait pas proposé de règles particulières se rapportant aux *trusts*, il semble que les règles uniformes proposées dans le présent rapport soient compatibles avec la philosophie du Comité de doter le Québec d'un corps de règles de droit international privé aussi complet que possible et de promouvoir l'unification des règles de conflits par des mesures législatives appropriées. Il semble également que les règles de conflits proposées dans le présent rapport soient compatibles avec les règles correspondantes proposées par le Comité.

L'article 21 des propositions du Comité confirme le principe de la liberté des parties de choisir la loi applicable aux actes juridiques présentant un caractère international.⁽⁸⁷⁾ En l'absence de désignation expresse, le juge devrait appliquer la loi de l'Etat qui, compte tenu de la nature de l'acte et des diverses circonstances qui l'entourent, a le meilleur titre à le régir. Bien qu'il abandonne la prééminence que l'actuel article 8 du Code civil donne à la loi du lieu où l'acte est passé, le Comité reconnaît que ce lieu puisse jouer un rôle important dans la détermination de la loi applicable.⁽⁸⁸⁾

L'article 5 des propositions du Comité affirme le principe du respect de l'ordre public lequel est en droit québécois,⁽⁸⁹⁾ en particulier à l'article 6 alinéa 2 du Code civil. Ce principe apparaît également dans les règles uniformes proposées dans le présent rapport.

L'article 6 des propositions du Comité reconnaît le rôle que joue au Québec la règle *fraus omnia corrumpit*.⁽⁹⁰⁾ La fraude dont il est question ici porte sur le point de rattachement. Lorsque les parties, dans le but d'éviter des dispositions impératives ou des prohibitions de la loi interne du for modifient les circonstances qui constituent le point de rattachement, les juges québécois seraient autorisés par la disposition proposée à ignorer le changement du point de rattachement qui donnerait lieu à l'application du droit étranger ou conférerait juridiction au tribunal étranger et ils appliqueraient la loi québécoise. Cet article est basé sur le principe contenu dans l'actuel article 7.1 du Code civil, dont il élargit le champ d'application. Il constituerait une autre garantie relativement à la reconnaissance et à l'exécution des *trusts*.

Le Comité recommande que le principe du renvoi soit rejeté parce que, en pratique, celui-ci ne coordonne pas les diverses règles de conflits. D'après le Comité,⁽⁹¹⁾

Il n'existe pas de solution logique au problème du renvoi. Il faut choisir en tenant compte du but poursuivi qui est de fournir aux justiciables des règles claires, précises et d'application facile. C'est pour cela que l'on a décidé de proposer que, dans tous les cas où le juge québécois doit appliquer la

APPENDICE M

loi étrangère, ce dernier doit en exclure les règles de droit international privé.

Cette proposition est compatible avec les dispositions de la Convention sur les *trusts* et avec les règles uniformes proposées dans le présent rapport.

Il semble donc que les règles uniformes proposées dans le présent rapport soient compatibles avec les règles de droit international privé québécoises actuelles et futures et que leur adoption dans cette juridiction favoriserait les politiques poursuivies par le Comité du droit international privé de l'Office de révision du Code civil.

NOTES

-
- (1) Voir, généralement : W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada*, 2^{ème} ed., (1984), ch. 29, p. 1119; J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, vol. 2 (1977), ch. 17, p. 145, et la 2^{ème} ed., (1986), ch. 29, p. 279. (La plupart des références dans ce rapport viennent de l'édition antérieure qui contient une analyse plus extensive que la 2^{ème} ed.); J.D. Falconbridge, *Essays on the Conflict of Laws*, 2^{ème} ed., (1954), ch. 32, p. 637; Dicey et Morris, *The Conflict of Laws*, 10^{ème} ed., (1980), ch. 25, p. 674.
-
- (2) Par l'American Law Institute (1971), sections 267-282.
-
- (3) *Pepin c. Bruyère*, (1900) 2 Ch. 504.
-
- (4) *Re Ross*, (1930) 1 Ch. 377.
-
- (5) J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, vol. 2 (1977), p. 460.
-
- (6) *Ibid.*, p. 371.
-
- (7) *Ibid.*, p. 378.
-
- (8) *Ibid.*, ch. 11 et 12.
-
- (9) *Supra*, note 5, p. 482.
-
- (10) Castel, *supra*, note 5, p. 482.
-
- (11) *American Restatement of the Law, Second*, *supra*, note 2, p. 218.
-
- (12) *Ibid.*, p. 218.
-
- (13) *Ibid.*, Section 269, p. 152.
-
- (14) *Supra*, note 1, p. 675.
-
- (15) *Ibid.*, p. 674.

CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA

-
- (16) Ibid., p. 675.
-
- (17) Supra, note 5, p. 477.
-
- (18) Ibid.
-
- (19) (1965) S.C.R. 784, 53 D.L.R. (2d) 577.
-
- (20) 53 D.L.R. (2d) 577.
-
- (21) Ibid., p. 582.
-
- (22) Ibid., p. 589.
-
- (23) Supra, note 1, p. 679-680.
-
- (24) Supra, note 5, p. 479.
-
- (25) Dicey et Morris, supra, note 1, p. 680.
-
- (26) Ibid., pp. 683-684.
-
- (27) Ibid., p. 684.
-
- (28) Re Pollak's Estate, (1937) T.P.D. 91.
-
- (29) Supra, note 5, p. 480.
-
- (30) (1934) 1 D.L.R. 748, 48 B.R. 274 (C.A.).
-
- (31) (1948) 2 W.W.R. 113, 56 Man.R. 71.
-
- (32) Supra, note 1, pp. 639-640.
-
- (33) Supra, note 20, p. 589.
-
- (34) Ibid., p. 583.
-
- (35) Supra, note 2, p. 685.
-
- (36) Supra, note 2, Section 279, p. 224.
-
- (37) Ibid., p. 225.
-
- (38) Ibid., Section 271, p. 172, Section 272, p. 181.
-
- (39) Ibid., Section 271, p. 172.
-
- (40) Ibid., Section 272, p. 181.
-
- (41) Ibid., Section 271, p. 172, Section 272, p. 181.

APPENDICE M

-
- (42) Ibid., Section 279, p. 225.
-
- (43) Ibid., Section 268, p. 144.
-
- (44) Ibid., pp. 143-144.
-
- (45) Ibid., pp. 146-147.
-
- (46) Ibid., p. 145.
-
- (47) Ibid., Section 277, pp. 207-208.
-
- (48) Ibid., pp. 209-210.
-
- (49) Ibid., p. 208.
-
- (50) Supra, note 5, p. 485.
-
- (51) Supra, note 1, p. 686.
-
- (52) J. H. C. Morris, *The Conflict of Laws* (1971), p. 410. F. A. Mann, (1964), 80 L.Q.R. 29 D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (1984), p. 1134.
-
- (53) Ibid.
-
- (54) Supra, note 5, p. 485.
-
- (55) On peut trouver de la documentation sur la Convention sur les *trusts* dans le Compte-rendu de la Quinzième Session, Tome II, *Trusts - Loi applicable et reconnaissance*. ISBN901204930X
-
- (56) Ibid., p. 397, para. 123.
-
- (57) Ibid., p. 404, para. 149.
-
- (58) Voir, généralement : D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada*, 2ème éd. (1984), ch. 28, p. 1090. Yves Caron, *The Trust in Quebec*, *McGill Law Journal* (1980), Vol. 25, No. 4, p. 422.
-
- (59) S.Q. 1979, c. 29.
-
- (60) Supra, note 58, pp. 424-425.
-
- (61) (1982) 1 S.C.R. 250, 40 N.R. 361.
-
- (62) Supra, note 58, p. 1109.
-
- (63) Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, *Commentaires*, tome I, livres 1 à 4, p. 379.
-
- (64) Ibid.

CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA

-
- (65) Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens.
-
- (66) Article 1314.
-
- (67) Voir aussi l'article 1320.
-
- (68) Article 1348.
-
- (69) Pour une analyse du conflit des lois au Québec, voir généralement W. S. Johnson, *Conflict of Laws*, 2^{ème} ed., (1962). Il est intéressant de noter que cet ouvrage extensif ne contient aucune référence spécifique aux *trusts* dans le conflit des lois du Québec.
-
- (70) *Ibid.*, p. 584.
-
- (71) (1894), 25 S.C.R. 307.
-
- (72) Johnson, *supra*, note 69, p. 572.
-
- (73) Articles 13, 990, 1080 et 1258.
-
- (74) Johnson, *supra*, note 69, p. 592.
-
- (75) J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 2^{ème} ed., (1986), p. 108. "Au Québec il est possible que le simple renvoi adopté par la Cour d'appel dans la cause *Ross c. Ross* soit suivi et généralisé. Cependant, en l'absence de tradition historique, cette solution ne s'imposer pas" (J.-G. Castel, *Droit international privé québécois*, (1980), à la page 61).
-
- (76) Castel, *supra*, note 5, p. 475.
-
- (77) Convention relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, adoptée à la Conférence de La Haye en octobre 1984. Texte de la Convention et rapport préparé par le Professeur D. W. M. Waters. (Ce rapport a été préparé pour la Section du droit constitutionnel et international du ministère de la Justice, Canada). Ce passage est extrait du résumé du rapport.
-
- (78) *Ibid.*, pp. 9 à 11.
-
- (79) *Ibid.*, p. 20.
-
- (80) (1939) 2 D.L.R. 1, (1939) 1 W.W.R. 433, (1939) A.C. 277.
-
- (81) *Ibid.*, p. 290 (A.C.).
-
- (82) *Ibid.*
-
- (83) *Supra*, note 5, pp. 536-537.
-
- (84) Office de révision du Code civil, rapport sur le Code civil du Québec, vol. II, Commentaires, tome 2, livres 5 à 9, p. 975.

APPENDICE M

(85) Ibid.

(86) Ibid., p. 976.

(87) Ibid., p. 993.

(88) Ibid., p. 979.

(89) Ibid., p. 987.

(90) Ibid., pp. 987-988.

(91) Ibid., p. 978.

APPENDIX N

(See page 36)

UNIFORM VITAL STATISTICS ACT

Explanatory Note

This Act is a general revision of the *Uniform Vital Statistics Act*, originally adopted by the Conference in 1949, with amendments in 1950 and 1960. A variety of substantive changes have been made and the opportunity was taken to improve the organization of the Act and modernize its language and style.

The Act maintains its general purpose, that is

- (a) to provide for mandatory registration of births, marriages and deaths,
- (b) to register names at birth, and
- (c) to prohibit burials until death can be investigated.

Significant departures from the previous Act include

- (a) parents will be able to choose any name for their child, not limited to their own,
- (b) particulars as to the father on registration of birth are only noted if the father personally completes the statement of birth; and references to marital status are omitted,
- (c) the technique of notation of changes on original documents is dropped to accommodate electronic storage of information,
- (d) a mechanism is provided for adjusting a registration to reflect a change of the sex of a person,
- (e) a special register of adoptions is established to help ensure confidentiality of adoptions,
- (f) registration of divorces is omitted since this is now a federal matter,
- (g) provisions respecting the registration of death and issuance of burial permits are revised to reflect current practices in Canada,
- (h) registration of deaths occurring on a ship is changed from “port of registry” to “first port of call” and is extended to cover deaths on aircraft and recovery of bodies at sea, and
- (i) many administrative and penalty provisions have been dropped.

APPENDIX N

UNIFORM VITAL STATISTICS ACT

Contents

Section	Section
1. Interpretation	21. Form and certificate to division registrar
2. Notice of birth	22. Death registration
3. Reporting of birth	23. Death registration by director
4. Name of child	24. Burial permit
5. Additional evidence required by director	25. Cemetery owner's duties
6. Birth registration	26. Births and deaths at sea or on aircraft
7. Birth registration by director	27. Church records
8. Foundlings	28. Fraudulent or improper registrations and certificates
9. Alteration or addition of given name by director	29. Corrections
10. Change of name	30. Search of records
11. Stillbirth registration	31. Issue of certificates and copies
12. Change of sex	32. Certificates issued by director
13. Adoption registration	33. Appeals
14. Special register of adoptions	34. Power to take affidavits
15. Birth certificate after adoption	35. Publication of statistical information
16. Marriage registration	36. Annual report
17. Marriage registration by director	37. Confidentiality
18. Annulment registration	38. Offences
19. Reporting of death	39. Regulations
20. Medical certificate	

Interpretation

1. In this Act

“**birth**” means the expulsion or extraction from its mother of a fetus which, after complete separation from its mother, shows any sign of life;

“**cemetery**” means land set apart or used as a place for the interment or other disposal of dead bodies, and includes a vault, mausoleum and crematorium;

“**cemetery owner**” includes the manager, superintendent, caretaker or other person in charge of a cemetery;

“**certificate**” means a certified extract of the prescribed particulars of a registration filed in the office of the director;

“**cremation**” means disposal of a dead body by incineration in a crematorium as provided by the *Cemetery Act*;

“**director**” means the director of Vital Statistics;

“**division registrar**” means a division registrar appointed for the purposes of this Act;

“**error**” means incorrect information, and includes omission of information;

“**funeral director**” means a person who takes charge of a dead body for the purpose of burial, cremation or other disposition;

“**incapable**” means unable because of death, illness, absence from (*enacting jurisdiction*), or otherwise;

“**international classification**” means the International Statistical Classification of Diseases, Injuries and Causes of Death as last revised by the International Conference assembled for that purpose and published by the World Health Organization;

“**medical practitioner**”, except in section 12(1)(a), means (*to be defined by each enacting jurisdiction in accordance with its own requirements*);

“**Minister**” means the Minister to whom the administration of this Act is assigned;

“**occupier**” means the person occupying any dwelling, and includes the person having the management or charge of any public or private institution where persons are cared for or confined, and the proprietor, manager, keeper or other person in charge of an hotel, inn, apartment, lodging house or other dwelling or accommodation;

“**prescribed**” means prescribed by regulation;

“**registration division**” means a registration division established under this Act;

“**stillbirth**” means the complete expulsion or extraction from its mother after at least 20 weeks pregnancy, or after attaining a weight of at least 500 g, of a product of conception in which, after the expulsion or extraction, there is no breathing, beating of the heart, pulsation of the umbilical cord or unmistakable movement of voluntary muscle.

Notice of birth

2. The medical practitioner or other person who assumes responsibility for the delivery of a child at birth shall, within . . . days after the birth, deliver or mail to the division registrar a notice of the birth in the prescribed form.

Reporting of birth

3. (1) Within 30 days after the birth of a child in (*enacting jurisdiction*),

(a) the mother and the father of the child,

APPENDIX N

- (b) the child's mother, if the father is incapable or is unacknowledged by or unknown to the mother,
- (c) the child's father if the mother is incapable,
- (d) if neither parent is capable, or if the mother is incapable and the father is unacknowledged by or unknown to her, the person standing in the place of the parents of the child, or
- (e) if there is no person to whom clause (a), (b), (c) or (d) applies, any person who has knowledge of the birth of the child,

shall complete and deliver or mail a statement in the prescribed form respecting the birth to the division registrar.

(2) If the statement is made by a person under subsection (1)(b), (c), (d) or (e), the person making the statement shall make and submit with the statement a statutory declaration of the facts that require the statement to be made by the declarant.

(3) If a pregnancy results in the birth of more than one child, a separate statement for each child shall be completed and delivered or mailed as provided in subsection (1), and each statement shall state the number of children born and their order of birth.

(4) A statement shall contain particulars of the mother and, if the father makes the statement, particulars of the father.

(5) Where a statement completed by only one parent of the child or by a person who is not the child's parent is registered, the director shall amend the statement on application of any of the following persons:

- (a) the child's mother and father together;
- (b) the child's mother, if the father is incapable or is unacknowledged by or unknown to the mother;
- (c) the child's father, if the mother is incapable.

(6) If one parent applies to amend the statement without the other because the other parent is incapable, a statutory declaration of the fact shall be attached to the application.

Name of child

4. (1) The surname of a child shall be registered as follows:

- (a) if only one parent completes the form under section 3, the surname shall be the one chosen by that parent;

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

- (b) if both parents complete the form under section 3, the surname shall be a surname chosen by both of them;
- (c) if both parents complete the form under section 3, but do not agree on the child's surname, the surname shall be
 - (i) the parents' surname, if they have the same surname, or
 - (ii) a surname consisting of both parents' surnames hyphenated or combined in alphabetical order, if they have different surnames;
- (d) if a person who is not the child's parent completes the form under section 3, the surname shall be
 - (i) the parents' surname, if they have the same surname,
 - (ii) a surname consisting of both parents' surnames hyphenated or combined in alphabetical order, if they have different surnames, or
 - (iii) if only one parent is known, that parent's surname.

(2) Notwithstanding subsection (1), no surname shall contain more than 2 surnames hyphenated or combined, and if the mother or father or both have a hyphenated surname, only one of the names in that surname shall be used.

(3) For the purpose of subsection (1)(c)(ii) and (d)(ii), if subsection (2) applies, the one name to be used is the name that alphabetically precedes the other.

Additional evidence required by director

5. If the division registrar is not satisfied as to the truth and sufficiency of the statement required under section 3(1), the division registrar shall refer the matter to the director who, in order to obtain additional evidence as may be necessary, may

- (a) require the attendance of the person who signed the statement, or of any other person, and
- (b) examine that person respecting any matter pertaining to the registration of the birth.

Birth registration

6. On the receipt, within one year after the birth, of a statement in the prescribed form respecting the birth, the division registrar, if satis-

APPENDIX N

fied as to the truth and sufficiency of the statement, shall register the birth.

Birth registration by director

7. Where a birth is not registered within one year after the birth or the division registrar has referred the matter to the director under section 5, if application for the registration is

- (a) made by any person to the director in the prescribed form,
- (b) verified by statutory declaration, and
- (c) accompanied by a statement in the prescribed form respecting the birth and other evidence as may be prescribed,

the director shall register the birth if satisfied as to the truth and sufficiency of the matters stated in the application and that the application is made in good faith.

Foundlings

8. (1) Where a new born child is found deserted, the person who finds the child, and any person in whose charge the child may be, shall give to the division registrar within 7 days after the finding or taking charge of the child, information possessed as to the particulars required to be registered concerning the birth of the child.

(2) The division registrar, on receipt of the information regarding the birth of the child and on being satisfied that every reasonable effort has been made to identify the child, shall

- (a) require the person who found or has charge of the child
 - (i) to complete a statutory declaration concerning the facts of the finding of the child, and
 - (ii) to complete, so far as the person is able, the statement required under section 3(1),
- (b) cause the child to be examined by the local medical officer of health or a medical practitioner with a view to determining as nearly as possible the date of the birth of the child,
- (c) require the examiner to make a statutory declaration setting forth the facts as determined by the examination, and
- (d) make a detailed report of the case and transmit it, together with the evidence regarding the birth of the child, to the director.

(3) A medical practitioner shall be paid out of the consolidated revenue fund the prescribed fee for an examination made by the medical practitioner under subsection (2).

(4) The director, on receipt of the report and the evidence under subsection (2), shall review the case and, if satisfied as to the correctness and sufficiency of the matters stated, shall determine for the child a date and place of birth, a surname and a given name and shall register the birth with that information.

(5) The director, on registering a birth under this section, shall transmit forthwith to the (*Superintendent of Child Welfare*) a copy of all documents respecting the child received under this section.

(6) If, subsequent to the registration of a birth under this section, the identity of the child is established to the satisfaction of the director or further relevant information is received, the director shall

- (a) add to or correct the registration of the birth made under this section, or
- (b) cancel the registration of birth made under this section and cause a new registration in accordance with the actual facts of the birth to be made and filed in substitution for the registration first made under this section.

(7) Where a new registration of the birth of a child is made under subsection (6), the date of registration shall be as shown on the registration first made.

(8) The director shall notify the (*Superintendent of Child Welfare*) forthwith of any action taken under subsection (6).

(9) Where a person has received a certificate issued in respect of the registration of the birth of a child made under subsection (4), if the registration is cancelled under subsection (6), that person shall deliver or mail the certificate to the director for cancellation if the director so requires.

Alteration or addition of given name by director

9. (1) Except in a case to which section 10 applies, where the birth of a child has been registered and

- (a) the given name under which the child was registered is changed, or
- (b) the child was registered without a given name,

APPENDIX N

both parents, the surviving parent, the guardian of the child, the person procuring the name to be changed or given, or the child after attaining the age of majority, may apply to the director setting forth the particulars of the change or of the name given, accompanied by a statutory declaration completed by the applicant and

- (c) a baptismal certificate, showing the given name under which the child was baptized, or
- (d) if a baptismal certificate is not procurable, other documentary evidence satisfactory to the director,

and the director, on being satisfied that the application is made in good faith and on payment of the prescribed fee, shall record the change.

(2) No alteration of or addition to a given name shall be made under this section in any registration of a birth unless the name of the child was changed or the name was given to the child within . . . years after the birth.

[NOTE: Some jurisdictions may wish to delete subsection (2).]

(3) Any birth certificate issued after the making of an alteration or addition pursuant to this section shall be prepared as if the registration had been made containing the changed or new given name.

(4) A person who has a certificate in respect of the registration of the birth of the child that was issued before the making of an alteration or addition pursuant to this section shall, if required by the director, deliver or mail the certificate to the director for cancellation.

Change of name

10. (1) Where the name of a person is changed in (*enacting jurisdiction*) under the law of (*enacting jurisdiction*) as it existed before (*date of coming into force of [Change of Name Act] or legislation establishing a statutory procedure for change of name*) or under the (*Change of Name Act*), or is changed in another jurisdiction by or under a law of that jurisdiction, the director, on production of proof of the change and satisfactory evidence as to the identity of the person,

- (a) if the birth or marriage of the person is registered in (*enacting jurisdiction*), shall record the change,
- (b) if the change was made under the (*Change of Name Act*) and the person was born or married in Canada but outside (*enacting jurisdiction*), shall transmit to the officer in charge of the registration of births and marriages in the province or territory

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

of Canada in which the person was born or married a copy of the proof of the change of name produced to the director, or

- (c) if the change was made under the (*Change of Name Act*) and the person was born or married outside Canada, shall, if requested by the person whose name has been changed, transmit to the officer in charge of the registration of births and marriages in the jurisdiction in which the person was born or married, a copy of the proof of the change of name produced to the director.

(2) Every birth or marriage certificate issued after recording a change under this section shall be issued as if the registration had been made in the name as changed.

Stillbirth registration

11. Where a stillbirth occurs, the person who would have been responsible for the reporting of it under section 3, if it had been a birth, shall complete and deliver or mail to the funeral director a statement in the prescribed form respecting the stillbirth.

(2) The medical practitioner in attendance at a stillbirth or, where there is no medical practitioner in attendance, any other medical practitioner or a coroner shall complete the medical certificate included in the prescribed form showing the cause of the stillbirth and shall deliver or mail it to the funeral director.

(3) On receipt of the statement, the funeral director shall complete the statement setting forth the proposed date and place of burial, cremation or other disposition of the body and shall deliver or mail the statement to the division registrar.

(4) On receipt of the statement the division registrar shall register the stillbirth.

(5) On the registration of a stillbirth, the division registrar shall forthwith prepare and deliver to the person requiring them for the purpose of the burial, cremation or other disposition of the body of the stillborn child an acknowledgment that the stillbirth is registered and a burial permit.

Change of sex

12. (1) Where a person's anatomical sex structure has been changed to a sex other than that which appears on the person's birth certificate, the director, on production of

- (a) an affidavit of 2 medical practitioners, each affidavit stating

APPENDIX N

that the anatomical sex of the person has changed, and

- (b) evidence satisfactory to the director as to the identity of the person,

shall

- (c) if the birth of the person is registered in (*enacting jurisdiction*), record the change of sex, and
- (d) if the birth of the person is registered outside (*enacting jurisdiction*), transmit to the officer in charge of the registration of births in the jurisdiction in which the person is registered, a copy of the proof of the change of sex produced to the director.

(2) Every birth certificate issued after recording the change of sex under this section shall be issued as if the registration had been made with the sex as changed.

Adoption registration

13. (1) On receipt of a certified copy of an order of adoption transmitted under the (*Adoption Act*,) the director shall register the adoption.

(2) Where, at the time of the registration of the adoption or at any time afterward, there is in the office of the director a registration of the birth of the person adopted, the director, on production of satisfactory evidence of the identity of the person, shall

- (a) withdraw the original registration from the registration files, and
- (b) substitute a registration of birth in accordance with the facts contained in the order of adoption.

(3) Where a person is adopted pursuant to an order, judgment or decree of adoption made by a court in another jurisdiction, the director,

- (a) on receipt of a certified copy of the order, judgment or decree, and
- (b) on production of satisfactory evidence of the identity of the person, shall, if at the time of the registration of the adoption or at any time afterward, there is in the director's office a registration of the birth of that person, register the adoption and substitute the registration of adoption in the manner referred to in subsection (2).

(4) Where a person born outside (*enacting jurisdiction*) is adopted pursuant to the (*Adoption Act*), the director shall transmit a certified copy of the order of adoption to the person having charge of the registration of births in the jurisdiction in which the person was born.

[NOTE: In a jurisdiction that does not have a provision in its Adoption Act or in similar legislation requiring that a certified copy of every adoption order be forwarded to the director by the court, an additional subsection so requiring should be inserted as subsection (1) and the present subsection (1) should be amended by striking out “in accordance with the Adoption Act”.]

Special register of adoptions

14. (1) The director shall maintain a special register in which shall be kept

- (a) the original registrations of birth withdrawn from the registration files pursuant to section 13, and
- (b) the copies of all orders, judgments and decrees received by the director for the purposes of section 13, other than the copy required for the purposes of section 13 (4).

(2) The special register and any entry, information or documents contained in it shall not be made public or disclosed to any person except on the order of the (.....(*court*)).

[NOTE: This section may be unnecessary if the Adoption Act covers the same ground.]

Birth certificate after adoption

15. If a child born in (*enacting jurisdiction*) is adopted pursuant to the laws of (*enacting jurisdiction*) or of another jurisdiction and a registration of adoption has been made pursuant to section 13, any certificate of birth of that child subsequently issued by the director

- (a) shall be in accordance with the registration of the adoption, and
- (b) in any case where parentage is shown, shall indicate the legal parents in accordance with the (*Adoption Act*),

and nothing shall appear on any certificate issued by the director that would disclose that the child is an adopted child.

Marriage registration

16. (1) Immediately after a person authorized by law solemnizes a marriage in (*enacting jurisdiction*) he or she shall prepare a statement in

APPENDIX N

the prescribed form respecting the marriage, and the statement shall be signed by

- (a) each of the parties to the marriage,
- (b) at least 2 adult witnesses to the marriage, and
- (c) the person who solemnized the marriage.

(2) The person who solemnized the marriage shall, within 7 days after the marriage, deliver or mail the completed statement to the division registrar.

(3) On the receipt within one year after a marriage of a completed statement in prescribed form respecting the marriage, the division registrar, if satisfied as to its truth and sufficiency, shall register the marriage.

Marriage registration by director

17. Where a marriage is not registered within one year after the marriage, if application for its registration is

- (a) made by any person to the director in the prescribed form,
- (b) verified by statutory declaration, and
- (c) accompanied by a statement in the prescribed form respecting the marriage and other evidence as may be prescribed,

the director shall register the marriage if satisfied as to the truth and sufficiency of the matters stated in the application and that the application is made in good faith.

Annulment registration

18. (1) On receipt of a statement in the prescribed form respecting the annulment of a marriage, the director shall record the annulment and delete the registration of marriage.

(2) Where a marriage solemnized in another jurisdiction is annulled in (*enacting jurisdiction*), the director, on receipt of the statement respecting the annulment, shall transmit a certified copy of the order, judgment or decree to the person having charge of registration of marriages in the jurisdiction in which the marriage was solemnized.

[NOTE: In a jurisdiction that does not have a provision in its Judicature Act or similar legislation requiring that a statement respecting each annulment of marriage be forwarded to the director by the court, an additional subsection so requiring should be inserted as subsection (1).

In jurisdictions that do not receive a “statement” apt words should be inserted to describe the nature of the document used for the registration.]

Reporting of death

19. The personal particulars of the deceased person shall, on the request of the funeral director, be set forth in the prescribed form and delivered to the funeral director

- (a) by the nearest relative of the deceased present at the death or in attendance at the last illness of the deceased,
- (b) if no such relative is available, by any relative of the deceased residing or being in the registration division,
- (c) if no relative is available, by any adult person present at the death,
- (d) by any other adult person having knowledge of the facts,
- (e) by the occupier of the premises in which the death occurred, or
- (f) by the coroner who has been notified of the death and has made an inquiry or held an inquest regarding the death.

Medical certificate

20. (1) Where

- (a) a medical practitioner attended the deceased during his or her last illness, is able to certify the medical cause of death with reasonable accuracy and has no reason to believe that the deceased died under circumstances which require an inquiry or inquest under the *Coroners Act*,
- (b) the death was natural and a medical practitioner is able to certify the medical cause of death with reasonable accuracy and has received the consent of a coroner to complete and sign the medical certificate, or
- (c) a coroner conducts an inquiry or inquest into the death under the *Coroners Act*,

the medical practitioner or the coroner, as the case may be, shall within 48 hours after the death complete and sign a medical certificate in the prescribed form stating in it the cause of death according to the international classification and make the certificate available to the funeral director.

APPENDIX N

(2) Where

- (a) a death occurred without the attendance of a medical practitioner during the last illness of the deceased, or
- (b) the medical practitioner who attended the deceased is for any reason unable to complete the medical certificate within 48 hours after the death,

the funeral director or the medical practitioner, as the case may be, shall forthwith notify the coroner.

(3) Where a cause of death cannot be determined within 48 hours after the death and

- (a) an autopsy is performed, or
- (b) an inquiry or inquest is commenced under the *Coroners Act*,

and the medical practitioner who performs the autopsy or the coroner who commences an inquiry or inquest under the *Coroners Act*, as the case may be, considers that the body is no longer required for the purposes of the autopsy, inquiry or inquest, the medical practitioner or the coroner, as the case may be, may, notwithstanding subsection (1), issue and shall make available to the funeral director an interim medical certificate in the form required by the director.

(4) After the conclusion of the autopsy, inquiry or inquest referred to in subsection (3), the medical practitioner or coroner, as the case may be, shall complete and sign the medical certificate required under subsection (1) and deliver it to the director.

Form and certificate to division registrar

21. (1) On receipt of the form referred to in section 19 and of the medical certificate or the interim medical certificate, the funeral director shall forthwith deliver the form and certificate to the division registrar of the registration district in which the death occurred or, if the place of death is not known, to the division registrar of the registration district in which the body was found.

(2) Where it is impracticable to deliver the form and certificate to the proper division registrar, they may be delivered to the nearest division registrar.

Death registration

22. On receipt, within one year after a death, of the form and certificate under section 21, the division registrar, if satisfied as to the truth and sufficiency of the form, shall register the death.

Death registration by director

23. Where a death is not registered within one year after the death or where the division registrar refuses to register a death, if application for registration of it is made by any person to the director, accompanied by

- (a) the form and certificate under section 21, and
- (b) other evidence as may be prescribed,

the director, if satisfied as to the truth and sufficiency of the matters stated in the application and that the application is made in good faith, shall register the death.

Burial permit

24. (1) On receipt of the form and certificate under section 21 (1), the division registrar shall prepare and issue to the funeral director a burial permit.

(2) On receipt of the form and certificate under section 21 (2), the division registrar shall prepare and issue to the funeral director a burial permit and forward the statement and certificate to the proper division registrar.

(3) No person shall

- (a) bury, cremate or otherwise dispose of the body of a person who dies in (*enacting jurisdiction*) unless a burial permit in respect of the deceased has been obtained from a division registrar, or
- (b) remove the body from the registration district in which the death occurred or the body was found, except temporarily for the purpose of preparing it for burial, cremation or other disposition.

(4) Where the body of any person is to be removed by a common carrier to the place of burial, cremation or other disposition, the removal shall not take place unless the prescribed copies of the burial permit have been affixed to the outside of the casket.

(5) The funeral director shall,

- (a) at the place of burial, cremation or other disposition, remove any copies of the burial permit affixed to the outside of the casket,
- (b) deliver the prescribed copy of the burial permit to the person conducting the funeral or religious service, and

APPENDIX N

(c) deliver the prescribed copy of the burial permit to the cemetery owner or, where no person is in charge of the cemetery at the time of the burial or other disposition of the body, write across the face of the burial permit the words “No person in charge”, append his or her signature to the permit, and mail it to the director.

(6) Where a death occurs outside (*enacting jurisdiction*) and the burial, cremation or other disposition of the body is to take place in (*enacting jurisdiction*), a burial permit or other document authorized under the law of the place in which the death occurs, signed by the division registrar or other proper officer, is sufficient authority for the burial or other disposition of the body.

Cemetery owner’s duties

25. No cemetery owner shall permit the burial, cremation or other disposition of a dead body in the cemetery unless the funeral director or the person officiating has delivered to the cemetery owner the prescribed copy of the burial permit.

Births and deaths at sea or on aircraft

26. (1) Where a birth or death occurs on a vessel underway or on an aircraft in flight, and the vessel’s first port of call or the aircraft’s first place of landing after the birth or death, is in (*enacting jurisdiction*), the birth or death shall, for the purposes of this Act, be deemed to have occurred in (*enacting jurisdiction*).

(2) Where a vessel recovers a body at sea and the vessel’s first port of call after the recovery is in (*enacting jurisdiction*), the death shall, for the purposes of this Act, be deemed to have occurred in (*enacting jurisdiction*).

Church records

27. Where registers or records of baptisms, marriages or burials kept by any church or religious body in (*enacting jurisdiction*) are now on file or are afterward with the approval of the director placed on file in the office of the director, the registers or records shall be preserved and shall remain in the custody of the director as part of the records of the director’s office.

Fraudulent or improper registrations and certificates

28. (1) On written application by any person and after notice to and hearing of all persons interested or, where the holding of a hearing is not

possible, on receipt of a statutory declaration or other evidence satisfactory to the director that may be adduced by any person interested, the director, if satisfied that an event registered under this Act did not in fact occur, may

- (a) order cancellation of the registration, and
- (b) order that every certificate issued in respect of that registration be delivered to the director for cancellation.

(2) On written application by any person and after notice to and hearing of all persons interested or, where the holding of a hearing is not possible, on receipt of a statutory declaration or other evidence satisfactory to the director that may be adduced by any person interested, the director, if satisfied that a certificate was obtained or is being used for unlawful or improper purposes, may order the delivery to the director of that certificate.

(3) A person who possesses or controls a certificate in respect of which an order has been made under subsection (1) or (2) shall forthwith, on receipt of the order, deliver the certificate to the director for cancellation.

(4) The director shall retain all registrations and certificates cancelled under this section, together with the director's order and all related documents.

Corrections

29. (1) If, while registration documents are in the possession of a division registrar, it is reported that an error exists in the registration, other than an error of the kind referred to in section 28 (1), the division registrar shall inquire into the matter and, if satisfied that an error has been made, may correct the error.

(2) If, after registration documents have been received by the director, or registration has been made by the director, it is reported that an error exists in the registration, other than an error of the kind referred to in section 28 (1), the director shall inquire into the matter and, on the production of satisfactory evidence verified by statutory declaration, may correct the error.

(3) If, after the correction of an error, application is made for a certificate, the certificate shall be prepared as if the registration had been made containing correct particulars at the time of registration.

APPENDIX N

Search of records

30. (1) Any person, on applying, furnishing information satisfactory to the director and paying the prescribed fee, may, if the director is satisfied that the search information is not to be used for an unlawful or improper purpose, have a search made by the director

- (a) for the registration of any birth, stillbirth, marriage, death, change of name or annulment of marriage, or
- (b) for the record of any baptism, marriage or burial placed on file in the office of the director under section 27.

(2) The director shall make a report on the search which shall state only the following information:

- (a) whether or not the birth, stillbirth, marriage, death, change of name, annulment of marriage, baptism or burial is registered or recorded;
- (b) if registered, its registration number.

Issue of certificates and copies

31. (1) A certificate of birth or marriage may be issued by the director, on application in the prescribed form and on payment of the prescribed fee, only to

- (a) a person named in the certificate,
- (b) a parent whose name appears on the registration from which the certificate is to be issued,
- (c) a spouse of a person whose name appears on the registration from which the certificate is to be issued,
- (d) a person on the authorization in writing of the person named in the certificate or of the parents or spouse of the person named in the certificate,
- (e) a lawyer acting for the person named in the certificate or for the parents or spouse of the person named in the certificate,
- (f) a person on the order of a court,
- (g) a public officer who requires it for use in the discharge of official duties, or
- (h) a person on the authority in writing of the Minister.

(2) A birth certificate shall contain

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

- (a) the name of the person,
- (b) the date of birth,
- (c) the place of birth,
- (d) the sex of the person,
- (e) the date of registration, and
- (f) the registration number,

and may contain the names of the parents.

(3) A copy or certified copy of the registration of a birth may be issued by the director on application in the prescribed form and on payment of the prescribed fee only to

- (a) the person to whom the registration applies, if that person is an adult,
- (b) a person who is shown on the registration as the mother or father of the person in respect of whom the registration applies,
- (c) a person who requires it to comply with the (*Adoption Act*),
- (d) a public officer who requires it for use in the discharge of official duties,
- (e) a person on the order of a court, or
- (f) a person on the authority in writing of the Minister.

(4) A copy or certified copy of the registration of a marriage may be issued by the director on application in the prescribed form and on payment of the prescribed fee only to

- (a) a party to the marriage,
- (b) a person on the authority in writing of a party to the marriage,
- (c) a lawyer acting for a party to the marriage,
- (d) the legal representative of a party to the marriage,
- (e) a person on the order of a court, or
- (f) a person on the authority in writing of the Minister.

(5) Any person, on applying, furnishing information satisfactory to the director and paying the prescribed fee, may, subject to subsection (6), obtain a certificate in the prescribed form in respect of the registration of a death.

APPENDIX N

(6) No certificate issued in respect of the registration of a death shall be issued in a manner that discloses the cause of death as certified on the medical certificate, except

- (a) to the mother, father, brother, sister, spouse or common law spouse of the deceased or to the adult child of the deceased,
- (b) on the authority in writing of the Minister, or
- (c) on the order of a court.

(7) A copy or certified copy of the registration of a death or stillbirth may only be issued on application in the prescribed form and on payment of the prescribed fee to a person

- (a) on the authority in writing of the Minister,
- (b) on the order of a court, or
- (c) who satisfies the director that it is required to accompany an application to disinter a body.

(8) The director may refuse to issue a certificate, copy or certified copy under this section if the director has reason to believe that the document is to be used for an unlawful or improper purpose.

(9) Any person, on application in the prescribed form and on payment of the prescribed fee, may, with the approval of the director and subject to the same limitations as those set out in subsections (1), (3), (4), (6) and (7), obtain a certificate in the prescribed form in respect of the record of a baptism, marriage or burial placed on file under section 27.

(10) In respect of the issuance of the certificates, copies or certified copies, or any of them, mentioned in subsections (1), (3), (4), (6), (7) and (9), the Minister may in writing dispense with the authority required from him by those subsections or may dispense with that authority in cases and circumstances specified by him.

(11) No certificate, copy or certified copy shall be issued under this Act in respect of the registration of an adoption, change of name or annulment of marriage.

(12) Notwithstanding subsections (1), (3), (4), (6), (7) and (9), any person, on application in the prescribed form and on payment of the prescribed fee, may obtain a copy or certified copy of

- (a) a registration of birth, stillbirth, marriage or death, or

- (b) the record of a baptism, marriage or burial placed on file under section 27

after 100 years after the event that was registered or recorded.

Certificates issued by director

32. (1) Every certificate, copy or certified copy issued under section 31 shall be issued by the director, and no person other than a person authorized by this Act to do so shall issue any document that purports to be issued under this Act.

(2) Where the signature of the director or other official is required for the purposes of this Act, the signature may be written, engraved, lithographed or reproduced by any other mode of reproducing words in visible form.

(3) Every document issued under this Act under the signature of the director or other official is and remains valid, notwithstanding that the director or the official ceased to hold office before the issue of the certificate.

Appeals

33. (1) Where

- (a) an application for the registration of a birth, stillbirth, marriage or death or recording of a change of sex is refused by the director, and

- (b) within one year after the refusal, an application is made to the Court,

the court, on being satisfied

- (c) as to the truth and sufficiency of the evidence adduced on the application referred to in clause (a), and

- (d) that the application referred to in clause (a) is made in good faith,

and having regard to the requirements respecting delayed registration set forth in the regulations for the guidance of the director, may make an order requiring the director to accept the application and register the birth, stillbirth, marriage or death or record the change of sex.

(2) The clerk of the court shall forthwith send a copy of the order to the director, who shall comply with the order.

(3) Where

APPENDIX N

- (a) an application for a certificate or a search in respect of a birth, baptism, stillbirth, marriage, death or burial is refused by the director or where an application for a search in respect of a change of name or annulment is refused by the director, and
- (b) within one year after the refusal, application is made to the Court,

the court, on being satisfied that the applicant has good reason for requiring the certificate or search and that the application referred to in clause (a) is made in good faith, may make an order requiring the director to issue the certificate or make the search, and the clerk of the court shall forthwith send a copy of the order to the director, who shall comply with the order.

- (4) Where the director has made an order under section 28,
 - (a) any person interested may, within years afterward, appeal to the Court, and
 - (b) the court may make an order confirming or setting aside the order of the director.

Power to take affidavits

34. The director and every official acting under this Act may take the affidavit or statutory declaration of any person for the purposes of this Act.

Publication of statistical information

35. The director may compile, publish and distribute statistical information respecting the births, stillbirths, sex changes, marriages, deaths, adoptions, changes of name and annulments of marriage registered or recorded.

Annual report

36. As soon as convenient after the first day of January in each year, the director shall make, for the use of the Legislative Assembly and for public information, a statistical report of the births, stillbirths, sex changes, marriages, deaths, adoptions, changes of name and annulments of marriage registered or recorded.

Confidentiality

37. (1) No person employed in the administration of this Act shall

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

(a) communicate or allow to be communicated to any person not entitled to it any information obtained under this Act, or

(b) allow any person not entitled to, to inspect or have access to any records containing information obtained under this Act.

(2) The persons, classes of persons or organizations listed in the schedule are entitled to the information, inspection or access rights shown for them in the schedule, subject to any conditions shown for them.

(3) This section does not prohibit the compilation, furnishing or publication of statistical data that does not disclose specific information with respect to any particular person.

Offences

38. (1) A person who contravenes this Act or the regulations commits an offence.

[NB: Each jurisdiction should set its own penalties if needed.]

(2) Where more than one person is required to give notice, or to register, or to furnish a statement, certificate or particulars required under or pursuant to this Act and the duty is carried out by any of those persons, the other or others are not liable.

Regulations

39. The Lieutenant Governor in Council may make regulations

(a) establishing and varying the boundaries of registration divisions in the Province,

(b) prescribing the forms to be used in carrying out the provisions of this Act,

(c) prescribing the duties of the director,

(d) prescribing the duties of and records to be kept by the division registrars,

(e) prescribing the information and returns to be furnished to the director and fixing the times when the information and returns are to be transmitted,

(f) fixing the times when division registrars shall forward registrations to the director,

(g) for the registration of births, marriages, deaths, stillbirths, annulments of marriage and adoptions, and for the recording

APPENDIX N

of changes of name, in cases not otherwise provided for in this Act,

- (h) prescribing the fees to be paid for searches, certificates and anything done or permitted to be done under this Act and providing for the waiver of payment of any fee in favour of any person or class of person,
- (i) designating the persons who may sign registrations,
- (j) prescribing the evidence on which the director may register a birth, stillbirth, marriage or death after one year has elapsed,
- (k) requiring persons in charge of hospitals to make returns of the births of all children born in hospitals, and
- (l) for the purpose of effectively securing observance of this Act, and generally for the better carrying out of its provisions and obtaining the information required under it.

SCHEDULE

(section 37(2))

[NOTE: Jurisdictions should determine their own list pursuant to section 37(2). Birth and death indices provided to the federal agency responsible for social insurance numbers and the local superannuation branches were given as examples.]

APPENDIX O

(See page 37)

REPORT OF THE SASKATCHEWAN COMMISSIONERS ON FORMALITIES OF EXECUTION OF WILLS

CONTENTS

	<i>Page</i>
I. BACKGROUND	507
II. HISTORY	507
III. PURPOSE OF FORMALITIES	507
IV. SPECIFIC FORMALITIES CAUSING DIFFICULTIES .	509
1. Position of the Testator's Signature	509
2. Signature of the Testator to be Made or Acknowledged in the Presence of Two Witnesses	510
3. The Requirement that Witnesses be Present (at the same time) When the Testator Makes or Acknowledges His Signature	511
4. Sequence of Events: Signature of Witnesses Must Take Place after Testator Makes or Acknowledges His Signature in the Joint Presence of the Witnesses	512
5. The Requirement that the Witnesses Must Sign in the Presence of the Testator	513
6. Wholly in the Handwriting of the Testator	514
7. The Requirement of Signature of the Testator in Holograph Wills	516
8. Alterations	516
V. SUMMARY OF RECOMMENDATIONS	518
FOOTNOTES	519
LIST OF CASES	519
APPENDIX	525

APPENDIX O

I. Background

There is a consensus in most jurisdictions that rigorous adherence to the formalities for the execution of wills has led to invalidation of many wills which ought to have been valid, as a matter of fairness and equity. The principle of “substantial compliance” has been proposed as a solution in a number of fora but the concept was not accepted by the Uniform Law Conference. Nevertheless, it was felt that the Conference should continue to address the problem of hardship arising from application of the existing rules. It was therefore resolved in 1984 that the Saskatchewan and Alberta Commissioners “revisit this matter and report back in 1985 on what, if any, amendments should be made to the existing rules governing formalities of execution of wills”. The purpose of this report is, therefore, to identify and examine those formalities which have created the most difficult, or the most common, problems and to propose legislative solutions, where appropriate.

II. History

Formal requirements with respect to the execution of wills were introduced into English law in 1540. This Act, pertaining only to devises of real property, required that the transaction be “in writing” but did not require the testator’s signature.⁽¹⁾ With respect to personalty, there were no formal requirements and it was sufficient that the “will” expressed the testator’s wishes concerning disposition of his property on his death.

The Statute of Frauds,⁽²⁾ dealing with formal requirements as to execution, revocation and alteration, was passed with respect to real property in 1677. The transaction had to be in writing, signed by the testator (or someone at his direction) and attested by “three or four credible witnesses”.⁽³⁾ Lack of attesting witnesses was not, prior to 1837, fatal, as long as there was evidence of handwriting.

In 1837, the Wills Act⁽⁴⁾ was passed, importing the jist of the formal requirements of the Statute of Frauds into the realm of wills. It also made uniform the technical requirements relating to real property and personalty. The 1837 Act is the basis of the formal requirements in Anglo-Canadian law and other common law jurisdictions.

III. Purpose of Formalities

The primary objective of the formalities is protection against fraud and undue influence to ensure that the will reflects the true wishes of the testator. Other secondary functions which have been identified⁽⁵⁾ are:

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

- (1) the evidentiary function, which refers to the permanence and reliability of evidence of the testator's intention;
- (2) the cautionary function, which derives from the significance of the "ceremonial" aspects of the process, thus impressing on the testator the importance of his actions; and
- (3) the channelling function, which is the assurance of expeditious processing of routine documents conforming to a uniform standard.

Notwithstanding that the primary function is to ensure that the testator's true intentions are given effect to, the courts have consistently held that the requirements themselves are absolute. For example, in *Re Wozciechowiecz* (1931), 4 D.L.R. 585 (Alta. C.A.), McGillivray, J. A. referred with approval to *Re McGibbon*, [1931] 2 D.L.R. 586 at 587:

"The validity of a testamentary document in so far as its execution is concerned depends entirely upon its compliance with the statutory requirements in that behalf at the time of its execution."

He summarized that:

"In other words, this Court will give effect to the clear intention of a testator as gathered from the language of his will in so far as it is possible to do so without rejecting the provisions of express statutory enactment as to wills."

Why have the courts adopted such rigid standards? There are probably two reasons: first, the "best evidence", i.e. the testator himself, is no longer available for providing assistance; and second, the laws of intestacy are available as a "back-up". Unfortunately, the requirement of rigid adherence to the formalities has given credence to the old adage that hard cases make bad law, in situations where the courts have strained to find that the formalities are satisfied in order to achieve an equitable result.

Although it might be argued that the courts have, through their interpretation of the formal requirements, engaged in their own version of "judicial substantial compliance", as Professor J. Langbein⁶ points out:

"It is hard to predict when the equities of particular cases will inspire particular courts to indulge in these evasions. Hence the strict compliance rule – although meant to produce certainty in testamentation – breeds litigation on account of the unpredictability about when and how the courts

APPENDIX O

will apply it. The rule has achieved what is in many respects the worst of both worlds. It produces results of unexampled harshness when it is enforced, and it frequently leads the courts to dishonesty and caprice when it is not.”

In the U.S., *The Uniform Probate Code*, Part 5, Article II has substantially minimized the requirements of execution in order to validate wills wherever possible. The General Comment states:

“If the will is to be restored to its role as the major instrument for disposition of wealth at death, its execution must be kept simple. The basic attempt of these sections is to validate the will whenever possible. To this end . . . formalities for a written and attested will are kept to a minimum . . .”

Under the U.P.C., a will is valid if signed and witnessed by two persons, each of whom witnessed either the signing or the testator’s acknowledgement of the signature or of the will.

Great Britain has also taken steps to reduce legislative formalities: see *The Administration of Justice Act, 1982*, Statutes of Great Britain, c. 53. The requirement that the signature appear “at the end” is abolished. As well, a witness may acknowledge his signature to the testator without the presence of the other witness.

IV. Specific Formalities Causing Difficulties

1. *Position of the Testator’s Signature*

The Uniform Wills Act requires that:

“4 . . . (A) will is not valid unless,
(a) *at its end* it is signed by the testator or signed in his name by some other person in his presence and by his direction . . .” (emphasis added)

Section 7 of the Uniform Act was designed to attenuate some of the difficulties produced by the case law in the interpretation of “the end”. Notwithstanding this provision, however, difficulties have persisted.

In *Re Beadle*, [1974] 1 All E.R. 493 the testatrix had signed her will at the top and again on the envelope which was then sealed. The Court was “regretfully” unable to admit the will to probate although the court was satisfied that nothing could have been altered after the envelope had been sealed. In contrast, cases like *Re Goods of Hornby*, [1946] P. 171 and *Re Tachibana* (1968), 63 W.W.R. 99 (Man. C.A.) are examples of how far some Courts will strain the technical language in order to find in

favour of validity. In the former case, the signature appeared halfway down the will and again at the side, and in the latter it appeared twice within the document but not at the end, and yet in both cases the courts were able to find that the signature was at the end of the will. The weight of English authority seems to be against accepting the signature above any of the dispositive portions, but this has led to technical “tricks” such as reading the will from back to front in order to find that the signature is at the end: see *In the Goods of Smith*, [1931] P. 225 and *In the Estate of Long*, [1936] P. 166. In Canada, the same result has been achieved by generously applying the doctrine of incorporation by reference to admit provisions on the back of a sheet signed only on the form: *Re Poole*, [1929] 1 D.L.R. 418. It is difficult, if not impossible, to reconcile all the decisions dealing with positioning of the testator’s signature but generally speaking, Canadian courts seem to be inclined to go to some considerable lengths to “stretch” the meaning of “at the end” in order to admit a will to probate. Nevertheless, it is desirable for consistency and predictability to amend the formal requirement if the only other solution is to rely on the willingness of the courts to bend the ordinary meaning of the “end”.

The policy for requiring that the signature be at the end is probably to ensure that testators (or more importantly, others) did not add further dispositions after the making of the will was completed. The rigid adherence to placement “at the end” should not, however, invalidate a will where the court is satisfied that the signature was intended to give effect to the will, wherever placed. This should probably not extend to validation of dispositions which the court is satisfied were inserted at a later date. Otherwise, unsigned or unattested alterations would undoubtedly be validated without proper compliance with the formalities.

Recommendation: The technical formality of requiring the signature of the testator to be at the end of the will should be modified by a provision allowing the court to admit to probate a will not signed “at the end” where it appears that the signature was intended to give effect to the will.

2. *Signature of the Testator to be Made or Acknowledged in the Presence of Two Witnesses*

The Uniform Wills Act provides that:

“4 . . . (A) will is not valid unless, . . .

(b) the testator makes or acknowledges the signature in the presence of two or more attesting witnesses . . .”.

There are several reasons for this requirement. First, the presence of witnesses is some measure of protection against forgery. Second, the

APPENDIX O

number (two or more) increases the likelihood that at least one person will survive the testator to be available to give evidence, if need be, while decreasing the possibility of duress or undue influence being exerted against the testator by one of the witnesses. Of course, if the witnesses are collaborating in exerting pressure on the testator, the object will not be met. But overall, the goals are adequately met by this formal requirement. As well, it is generally known among members of the public that two witnesses are required⁽⁷⁾ (indeed, many testators making holograph wills have their signatures attested by two witnesses even though not legally required). While it might be argued that persons will be unable to secure two witnesses, due to remoteness or other reasons, this problem is already adequately addressed by the admission of holograph wills. Therefore, no change to this formality is warranted.

Recommendation: The requirement that the testator's signature be made or acknowledged in the presence of two witnesses should be retained.

3. *The Requirement that Witnesses be Present (at the same time) When the Testator Makes or Acknowledges His Signature*

Clause 4(b) states that a will is not valid unless:

“the testator makes or acknowledges the signature in the presence of two or more attesting witnesses present at the same time;”

The most important reason for requiring the witnesses to be present at the same time when the testator makes or acknowledges his signature is to protect against undue influence. The fact that both witnesses are present performs the important function of allowing one witness to be cross-examined, based on the evidence of the other, if factual questions arise concerning the exercise of undue influence. In addition, two persons are presumably of greater assistance to the court in reconstructing the events, if duress by some other person (a beneficiary, for example) is alleged or if there is a question as to testamentary capacity. There may also be a ceremonial value to the ritual of joint presence, impressing upon all persons concerned the solemnity of the transaction.⁽⁸⁾ These are valuable functions which, by and large, serve their objects well and cause few problems (if the reported cases are any indication of problems).

Recommendation: There should be no change to the Uniform Act requiring the signature or acknowledgement of the testator to be made in the presence of two or more witnesses, both present at the same time.

4. *Sequence of Events: Signature of Witnesses Must Take Place After Testator Makes or Acknowledges His Signature in the Joint Presence of the Witnesses*

Clause 4(c) of the Uniform Act states that a will is not valid unless:

“two or more of the attesting witnesses subscribe the will in the presence of the testator”

The courts have interpreted “the attesting witnesses” to refer to those witnesses who were present at the same time when the testator made or acknowledged his signature, which, it is submitted, is correct; however, they have gone on to find that the signing by the witnesses is not valid unless it takes place *after* the testator’s signature or acknowledgement is made in their joint presence. They have implied into the statutory wording a specific requirement that these events occur in a certain sequence in order for them to be valid. Specifically, if one witness signs before the testator, then notwithstanding that the testator subsequently signs in the joint presence of that witness and a second witness, the signature of the first witness is invalid. These facts arose in the case of *Re Brown*, [1954] O.W.N. 301, and again more recently in *Re Colling*, [1972] 1 W.L.R. 1440.

In *Re Brown*, the testatrix signed in the presence of the first witness, Mrs. Viccars. Then the testatrix and Mrs. Viccars went downstairs to secure a second witness, Mrs. Moon. Both the testatrix and Mrs. Viccars acknowledged their signatures in the presence of Mrs. Moon, who then subscribed as a witness. The court found the attestation to be invalid:

“(S)ince the testatrix did not sign her will in the presence of Mrs. Viccars and Mrs. Moon, both actually present at the same time, it was not only necessary for her to acknowledge her signature in the presence of both of them, present at the same time, but it was also necessary for both Mrs. Viccars and Mrs. Moon to subscribe their names as witnesses to the will after the testatrix had acknowledged her signature in their joint presence, and this was not done. In other words, the failure of Mrs. Viccars to subscribe her name as a witness to the will after the testator (sic) had acknowledged her signature on the will in the presence of both Mrs. Viccars and Mrs. Moon has, in my opinion, rendered the will invalid.”

In *Re Colling*, the testator, a patient in a hospital, began to sign his name when one of the witnesses, a nurse, was called out of the room to

APPENDIX O

attend another patient. When she returned, both the testator and the other witness had already signed, and both acknowledged their signatures to the nurse, who then signed. The court expressed “great regret” at having to defeat the purpose and patent intention of the testator.

While it is desirable to retain the joint presence requirement in order to better ensure the availability and reliability of evidence, as mentioned above, there should be no requirement that a witness who signs in the testator’s presence be prevented from acknowledging his signature before or after the signature of the testator and the other witness. In other words, the acknowledgement by the witness should have the same effect as a signature by that witness. It is perhaps worth noting that this approach was recommended in Britain by the Law Reform Committee in 1980, and was adopted by legislation enacted in 1982. The approach has not been accepted entirely without criticism, however. For example, a critique appears in the April, 1981 edition of *The Solicitors Journal*.⁹ The observation is made that the other alternative would be to remove altogether the requirement of simultaneous presence, otherwise some wills might still be defeated. Nevertheless, the case law does not seem to indicate that other difficulties have arisen from this formal requirement, therefore no further change is warranted at this time.

Recommendation: The witnesses should be required to be jointly present when the signature or acknowledgement of the testator is made, but a witness who signs prior to the acknowledgement of the testator should be allowed to simply acknowledge his signature.

5. *The Requirement that the Witnesses Must Sign in the Presence of the Testator*

The Uniform Wills Act provides that a will is not valid unless:

“4(c) two or more of the attesting witnesses subscribe the will in the presence of the testator”

This formality involves a mental as well as a physical element, according to the case law: see *Peden v. Abraham* (1912), 3 W.W.R. 265, 8 D.L.R. 403 (B.C.); *Re Wozciechowiecz, supra*. This means that the testator must be “mentally” present as well as physically present. Thus, *In the Goods of Chalcraft*, [1948] P. 222 the testatrix received a morphine injection but the court was able to find that the drug had not taken sufficient effect so that she was not insensible when the witnesses signed. In *Re Wozciechowiecz*, the testator was not “present” because the evidence indicated that he had to be lifted up to execute the will and therefore could not have actually turned around and watched the witnesses subscribe the will if he had wanted to do so. *Jarman on Wills*

(1930)⁽¹⁰⁾ states that “(i)f the testator is unable to move without assistance, and has his face turned from the witnesses, so that it is out of his power to see them if he so wished, the attestation will be insufficient”. This statement is approved of in *Re Wozciechowicz* but it is not absolutely clear whether the case is addressing the mental element (the knowledge that the witnesses were signing) or the physical element (the ability to see them, unassisted). In the case of a blind testator, it must appear that he could, if he had his eyesight, have seen the witnesses sign. *In the Goods of Charlotte Piercy* (1845), 1 Rob. Ecc. 278, 163 E.R. 1038.

It is a rather arbitrary distinction to say that a testator who refuses to look (but who could, if he cared to do so) is “physically present”, but a person who is too sick to watch is not “physically present”. Obviously, the “if he had cared to look” line of cases is an extension of the ordinary meaning of presence, whereas the latter is a restriction of it. The former seems to have been invented to “save” wills where, for example, the testator has left the room prior to completion of attestation.

The main argument in favour of retention of this requirement is that it is a safeguard against substitution of a different document by the witness. If however, the testator has already signed the will, the risk of this happening is probably remote. The risk is probably greatest when the testator’s mental presence is lacking (i.e. he is unconscious). There is not a sufficient reason to retain the rule, it is submitted, in situations where the testator is physically disabled, through illness or other causes, and unable to watch attestation. Rather than employing the “fiction” of whether or not the disabled person “could have watched” if he were not disabled, it is submitted that it would be better to simply provide that the signature in the testator’s physical presence is valid whether he watches or not, as long as the mental element is met.

Recommendation: (a) The requirement that the witnesses affix their signature in the testator’s mental presence should be retained.

(b) The requirement that the witnesses affix their signatures in the testator’s physical presence should be modified to cause to be valid, a signature made by a witness before a testator who is conscious but physically unable to watch the actual attestation.

6. *Wholly in the Handwriting of the Testator*

Section 6 of the Uniform Bill provides that:

“6 A testator may make a valid will wholly by his own handwriting and signature, without formality and without

APPENDIX O

the presence, attestation or signature of a witness?’

Two important functions are served by the technical requirements pertaining to holograph wills:

- (1) The fact that the testator himself sets out the provisions by his own hand confirms that he knows and approves the *contents* (i.e., the testator’s intentions or wishes, are apparent).
- (2) The fact that it is in the testator’s own handwriting identifies the maker and therefore lessens the risk of forgery.

Considerations with respect to undue influence are, by and large, set aside (though certainly a holograph will is susceptible to attack on grounds of duress or undue influence, as with a formal will). Protection against forgery is an important issue when considering any changes to the provisions respecting holograph wills.

The most common problem arising from the “wholly handwritten” requirement is the use of a printed will form. The testator merely inserts his wishes into the blanks contained on the printed form, and then signs it, without attestation. The will is therefore *partly*, not wholly, in the handwriting of the testator.

There are at least two lines of authority on how the court is to treat such a document. The first line of cases suggest that the will must be rejected in its entirety: *Re Rigden Estate*, [1941] 1 W.W.R. 566; *Re Griffiths Estate*, [1945] 3 W.W.R. 46. The second line of cases, however, indicate that those portions which are in the testators handwriting can be admitted as a holograph will: *Re Ford Estate*, [1954] 13 W.W.R. 604; *Re Austin* (1967), 61 D.L.R. (2d) 582; *Re Laver* (1957), 10 D.L.R. (2d) 279. In Saskatchewan, it is clear that the handwritten portions may be admitted alone only if, standing on their own, they evince testamentary intention and words of disposition: *Re Forest*, [1981] 2 W.W.R. 416. This approach basically ignores the fact that some display of testamentary intention can surely be inferred from the use, by the testator, of the will form itself. It is submitted that a document only partly in the testator’s handwriting (besides his own signature) and partly printed or typewritten should be admissible to probate in circumstances where the court finds that the testator intends to incorporate the words as his own and where sufficient testamentary intention can be found to exist.

Recommendation: A document which is partly in the testator’s own handwriting, aside from his signature, and partly in printed, typewritten or other written form should be admitted to probate in circumstances where the court finds that the testator intends to incorporate the

words as his own and where sufficient testamentary intention can be found to exist.

7. *The Requirement of Signature of the Testator in Holograph Wills*

Section 6 of the Uniform Wills Act provides that:

“6 A testator may make a valid will wholly by his own handwriting and signature, without formality and without the presence, attestation or signature of a witness.”

The requirement of the testator's signature to holograph wills has been judicially interpreted fairly broadly. In one case, simply signing as “mother” was deemed adequate: *Re Smith* (1948), 2 W.W.R. 55. Recently in Saskatchewan the Court admitted to probate⁽¹¹⁾ a handwritten document which was merely initialled but not signed: *Re Schultz*, [1984] 4 W.W.R. 278. The question is whether the requirement of a signature may justifiably be retained. For example, the testator may write out the document and then neglect to sign it, yet the court may be satisfied that it represents his true testamentary intentions. It is generally recognized among members of the public, however, that official documents must be signed. Placement of the signature indicates the testator's approval of the contents, and indicates “settled intention” or resolve on the part of the testator. Surely the incidence of the testator forgetting to sign the document would be rare indeed. Moreover, the signature serves an important evidentiary function, and to dispense with its requirement altogether would probably create more problems than it would solve.

Recommendation: The requirement that a holograph will be signed should be retained.

8. *Alterations*

The Uniform Wills Act provides that the formalities relating to execution apply to alterations:

“18(1) Subject to subsection (2), unless an alteration that is made in a will after the will has been made is made in accordance with the provisions of this Act governing making of a will, the alteration has no effect except to invalidate words or meanings that it renders no longer apparent.

(2) An alteration that is made in a will after the will has been made is validly made when the signature of the testator and subscription of witnesses to the signature of the testator to the alteration, or, in the case of a will that was made under section 5 or section 6, the signature of the testator, are or is

APPENDIX O

made

(a) in the margin or in some other part of the will opposite or near to the alteration;

or

(b) at the foot or end of or opposite to a memorandum referring to the alteration and written in some part of the will”

The arguments in favour of relaxation of the formalities apply with equal force to the alterations. It should be noted, however, that some courts have, by judicial creativity, allowed unattested alterations to a formal will to be admitted to probate as a holograph codicil. The rationale is that the statute says “made in accordance with the provisions of this Act governing making of *a* will”, not “the will”. “A will” could be holograph will, so the argument goes: see *Re McLeod* (1964), 47 D.L.R. (2d) 370; *Re Toupin’s Will* (1969), 72 W.W.R. 45. A number of earlier cases, however, clearly indicated that unattested alterations did not constitute a “holograph document” and could not be called a codicil: see *Re Cottrell Estate* (1951), 2 W.W.R. (N.S.) 247; *Re Richardson* (1949), 1 W.W.R. 1075; *Re McGibbon* (1931), 2 W.W.R. 86. It is submitted that the cases are virtually impossible to reconcile and it is really a case of “judicial substantial compliance” in those cases where the alteration is accepted as a holograph codicil. It is submitted that it would be consistent with both the tendency and desire of the courts to give effect to the testator’s intentions and with the other recommendations of this report to permit alteration to be made in the testator’s handwriting, if signed by him, without the necessity of attestation.

With respect to alterations to holograph wills, it appears from cases that alterations need not be signed, initialled or dated by the testator if it appears that the alterations were made at the same time that the will itself was produced. For example, in the Manitoba case of *Currie v. Potter et al*, [1981] 6 W.W.R. 377, the court observed that formalities are relaxed with respect to holograph wills. It appeared that the alterations were made by a woman who was (as the Court phrased it) merely exercising the prerogative of her sex by making changes as she went along. It was sufficient that the will was completed “in one sitting”. Similarly, in *Re Letwinetz Estate* (1983), 27 S.R. 59 the Saskatchewan Surrogate Court found that uninitialled, undated alterations were made to a holograph will “before the deceased had finished the making of his will,” albeit there was no evidence one way or the other to indicate when the changes were made. The will, with alterations, was admitted to probate. Based on these cases, it is submitted that no amendment with respect to alteration of holograph wills is warranted.

Recommendation: The Uniform Act should be amended to permit alteration of a formal will to be made by the testator, in his own handwriting, if signed by him, without the necessity of witnesses.

V. Summary of Recommendations

1. The technical formality of requiring the signature of the testator to be at the end of the will should be modified by a provision allowing the court to admit to probate a will not signed “at the end” where it appears that the signature was intended to give effect to the will.
2. The requirement that the testator’s signature be made or acknowledged in the presence of two witnesses should be retained.
3. There should be no change to the Uniform Act requiring the signature or acknowledgement of the testator to be made in the presence of two or more witnesses, both present at the same time.
4. The witnesses should be required to be jointly present when the signature or acknowledgement of the testator is made, but a witness who signs prior to this event should be allowed to simply acknowledge his signature.
5. (a) The requirement that the witnesses affix their signatures in the testator’s mental presence should be retained.
(b) The requirement that the witnesses affix their signatures in the testator’s physical presence should be modified to cause to be valid, a signature made by a witness before a testator who is conscious but too ill, or otherwise physically unable, to watch the actual attestation.
6. A document which is partly in the testator’s own handwriting, aside from his signature, and partly in printed, typewritten or other written form should be admitted to probate in circumstances where the court finds that the testator intends to incorporate the words as his own and where sufficient testamentary intention can be found to exist.
7. The requirement that a holograph will be signed should be retained.
8. The Uniform Act should be amended to permit alteration of a formal will to be made by the testator, in his own handwriting, if signed by him, without the necessity of witnesses.

APPENDIX O

FOOTNOTES

1. *Statute of Wills*, 32 Hen. VIII, c. 1, s. 1 (U.K.)
2. *Statute of Frauds*, 29 Carr. II, c. 3
3. *Ibid*
4. *Wills Act*, 7 Wm. IV and I Vict., C. 26 (U.K.)
5. These functions were probably first identified and explained in detail by Professor J. Langbein, in "Substantial Compliance with the Wills Act" (1975), 88 *Harvard L. Rev.* 489.
6. John H. Langbein, "Crumbling of the Wills Act: Australians Point the Way" (1979), 65 *American Bar Association Journal*, 1192 at 1193
7. This view was also expressed by the British Law Reform Committee, 22 Report (1980) regarding the Making and Revocation of Wills, p. 5
8. *Ibid*
9. Volume 125, p. 203
10. 1930, 7th edition, volume 1, page 109
11. This decision was appealed to the Court of Appeal (decision pending as of July 22, 1985).

LIST OF CASES

- Re Austin* (1967), 61 D.L.R. (2d) 582 (Alta. S.C., App. Div.)
Re Beadle, [1974] 1 All E.R. 493 (Ch.)
Re Brown, [1954] O.W.N. (Sur. Ct.)
In the Goods of Chalcraft, [1948] P. 222 (H.C.)
Re Colling, [1972] 1 W.L.R. 1440 (Ch.)
Re Cottrell Estate (1951), 2 W.W.R. (N.S.) 247 (Alta. S.C.)
Currie v. Potter, [1981] 6 W.W.R. 377 (Man. Q.B.)
Re Ford Estate, [1954], 13 W.W.R. (N.S.) 604 (Alta. D.C.)
Re Forest, [1981] 2 W.W.R. 289 (Sask. Q.B.)
Re Griffiths Estate, [1945], 3 W.W.R. 46 (Sask. S.C.)
Re Goods of Hornby, [1946], P. 171 (H.C.)

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

- Re Laver* (1957), 10 D.L.R. (2d) 279 (Sask. Q.B.)
Re Letwinetz Estate (1983), 27 S.R. 59 (Sask. S.C.)
In the Estate of Long, [1936] P. 166 (P.D.)
Re McGibbon, [1931] 2 D.L.R. 586 (Alta. S.C., App. Div.)
Re McLeod (1964), 47 D.L.R. (2d) 370 (Alta. S.C.)
Peden v. Abraham (1912), 3 W.W.R. 265 (B.C.S.C.)
In the Goods of Charlotte Piercy (1845), 1 Rob. Ecc. 278, 163 E.R. 1038
Re Poole, [1929] 1 D.L.R. 418 (P.E.I.S.C.)
Re Richardson (1949), 1 W.W.R. 1075 (Man. Sur. Ct.)
Re Rigden Estate, [1941] 1 W.W.R. 566 (Sask. S.C.)
Re Schultz, [1984] 4 W.W.R. 278 (Sask. S.C.)
In the Goods of Smith, [1931] P. 225 (P.D.)
Re Smith (1948), 2 W.W.R. 55 (Sask. S.C.)
Re Tachibana (1968), 63 W.W.R. 99 (Man. C.A.)
Re Toupin's Will (1969), 72 W.W.R. 45 (Sask. S.C.)
Re Wozciechowicz (1931), 4 D.L.R. 585 (Alta. C.A.)

SCHEDULE

The Administration of Justice Act, 1982, Statutes of Great Britain,
c. 53, s. 17:

“No will shall be valid unless:

- (a) it is in writing, and signed by the testator, or by some other person in his presence and by his direction; and
- (b) it appears that the testator intended by his signature to give effect to the will; and
- (c) the signature is made or acknowledged by the testator in the presence of two or more witnesses present at the same time; and
- (d) each witness either –
 - (i) attests and signs the will; or
 - (ii) acknowledges his signature, in the presence of the testator (but not necessarily in the presence of any other witness),

but no form of attestation shall be necessary”

APPENDIX O

**PAPER ON AMENDMENTS TO THE UNIFORM WILLS ACT
JUNE 1986**

I. BACKGROUND:

In 1985 the Saskatchewan Commissioners reported on the formalities surrounding the execution of wills. The approach was to propose legislative solutions to address a number of the most difficult, or the most common, problems arising from the formal requirements. This route was considered by the Conference to be preferable to a broader judicial power based on the principle of "substantial compliance". The 1985 Report was referred back to the Saskatchewan Commissioners for a further report and a draft Act for 1986.

II. INTRODUCTORY STATEMENT:

The purpose of the formalities respecting the execution of wills was originally to ensure that the will represented the true intentions of the testator. However, often the result was that the courts were rejecting wills which did not meet the exacting formal requirements of the legislation, even though there was no question in the mind of the probate judge that the will represented the testator's true wishes. In other words, the formalities have, in some cases, had the unfortunate results of excluding wills from probate for purely technical reasons, thus frustrating the intentions of the testator. In other cases the courts have strived to "save" a will which lacks formal requirements, by finding on the facts of the case that the technical requirements were satisfied through resorting to "tricks" such as reading a will from back to front, etc.

The proposed amendments alter some of the technical requirements surrounding the execution of wills, to better ensure that wills which ought to be admitted to probate, on the basis of fairness and equity, are not excluded for purely technical reasons.

III. PROPOSED AMENDMENTS:

Proposed Amendment #1:

Sections 4 and 7 of the Uniform Act are repealed and the following substituted:

- "4(1) Subject to sections 5 and 6, no will is valid unless:
- (a) it is in writing and signed by the testator, or by another person in his presence and by his direction;
 - (b) it appears that the testator intended by his signature to give effect to the will;

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

(c) the signature is made or acknowledged by the testator in the presence of two or more witnesses, both present at the same time; and

(d) each witness:

(i) attests and signs the will; or

(ii) acknowledges his signature in the presence of the testator, but not necessarily in the presence of any other witness;

but no form of attestation shall be necessary.

(2) No will is invalid solely on the ground that a testator did not or was unable to watch the witness sign, if he was otherwise physically present at the time?"

Discussion:

This represents recommendations one to five which were made in the 1985 Report:

- "The technical formality of requiring the signature of the testator to be at the end of the will should be modified by a provision allowing the court to admit to probate a will not signed 'at the end' where it appears that the signature was intended to give effect to the will." [Clause 4(1)(b)]
- "The requirement that the testator's signature be made or acknowledged in the presence of two witnesses should be retained." [Clause 4(1)(c)]
- "There should be no change to the Uniform Act requiring the signature or acknowledgement of the testator to be made in the presence of two or more witnesses, both present at the same time." [Clause 4(1)(c)]
- "The witnesses should be required to be jointly present when the signature or acknowledgement of the testator is made, but a witness who signs prior to this event should be allowed to simply acknowledge his signature." [Clause 4(1)(d)(ii)]
- "The requirement that the witnesses affix their signature in the testator's physical presence should be modified to cause to be valid, a signature made by a witness before a testator who is conscious but too ill, or otherwise physically unable, to watch the actual attestation." [Subsection 4(2)]

The policy for requiring that the signature be at the end of a will is to ensure that testators (or other persons) did not add anything after the

APPENDIX O

making of the will was completed. However, in some cases, the testator, being unaware of the requirement, signs the document at the top, or at the side, or on the accompanying envelope, but nonetheless intending that the signature be valid. The amendment ensures that a will will not be invalid if the court is satisfied that the signature was intended to give effect to the will, wherever placed. (This does not extend to validation of dispositions which the court is satisfied were inserted at a later date.)

It is desirable to retain the requirement of two witnesses because the requirement helps to protect against fraud and undue influence. In addition, the requirement of two witnesses performs the important evidentiary function of allowing one witness to be cross-examined based on the evidence of the other, if factual questions arise concerning the exercise of undue influence. It also assists the court in reconstructing events, if a question arises as to testamentary capacity. The problem is that the courts have been interpreting the requirement as one requiring a particular sequence of events. That is, they have ruled that if one witness signs before the testator signs, that witness must re-sign in the presence of both the testator and the other witness in order to validate his signature. Therefore, it is made clear that a witness who signs prior to the signature or acknowledgement of the testator should be allowed to simply acknowledge his signature to the testator without having to re-sign in the presence of the other witness.

Several cases have resulted in invalidation of wills where the testator could not actually watch the witnesses sign because the testator was “on his deathbed” and as a result was physically unable to watch the attestation. In contrast, there are cases where a will was found to be perfectly valid where the testator was able to watch but chose not to. The distinction drawn by the court is that the testator in the latter case was “physically” present because he could have looked if he had cared to do so, whereas in the former case he could not have done so. The rather bizarre results outlined in the former case would be attenuated by adopting the amendment.

Proposed Amendment #2:

Section 6 is repealed and the following substituted:

“6(1) A holograph will, wholly in the handwriting of the testator and signed by him, may be made without any further formality or any requirement as to the presence of or attestation or signature by a witness.

(2) Where a will is partly in the testator’s handwriting and partly in printed, typewritten or other written form, and where:

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

- (a) at least a portion of a dispositive clause is in the handwriting of the testator;
 - (b) it appears that the testator intended to incorporate the printed, typewritten or other words as his own; and
 - (c) the will is signed by the testator;
- the will may be admitted to probate without any further formality or any requirement as to the presence of or attestation or signature by a witness.”

Discussion:

This represents recommendations 6 and 7 from the 1985 Report:

- “A document which is partly in the testator’s own handwriting, aside from his signature, and partly in printed, typewritten or other written form should be admitted to probate in circumstances where the court finds that the testator intends to incorporate the words as his own and where sufficient testamentary intention can be found to exist.”
- “The requirement that a holograph will be signed should be retained.”

Often a testator will use a printed will form, purchased from a commercial stationery retailer. The testator merely “fills in the blanks”, and then signs the document, without any witnesses. The will is thus *partly*, but not *wholly*, in his handwriting. In some cases the courts have admitted portions of the will to probate which are in the testator’s own handwriting, rejecting the typewritten or printed portions. If the handwritten portions cannot “stand on their own”, however, the testator’s intention is frustrated because the will is refused probate. This approach basically ignores the fact that some testamentary intention ought to be inferred from the use of a will form itself. In order to guard against the likelihood of fraud, there is a requirement of some handwriting other than the testator’s signature.

Proposed Amendment #3:

The following subsection is added after subsection 18(2):

- “(3) Notwithstanding subsections (1) and (2), a will may be altered by a testator, in his own handwriting, if the alteration is accompanied by the testator’s signature, without any requirement as to the presence of or attestation or signature by a witness.”

APPENDIX O

Discussion:

This represents the eighth recommendation contained in the 1985 Report:

- “The Uniform Act should be amended to permit alteration of a formal will to be made by the testator, in his own handwriting, if signed by him, without the necessity of witnesses.”

In some cases, the courts are already allowing unattested alteration to formal wills to be admitted to probate as “holograph wills”. They are doing this by finding that the handwritten alterations are a “holograph codicil” made directly on the original will. In other cases, however, they are rejecting the alterations due to lack of compliance with the technical requirements. These cases breed litigation because it is impossible to predict what the court will do in any given situation. To allow alterations to be made without the necessity of witnesses is consistent with the policy of giving effect to the testator’s intentions whenever reasonably possible.

IV. APPENDIX

Draft Amending Act

1. This Act may be cited as *The Uniform Wills Amendment Act*.
2. *The Uniform Wills Act* is amended in the manner set forth in this Act.
3. Section 4 is repealed and the following substituted:
 - “4(1) Subject to sections 5 and 6, no will is valid unless:
 - (a) it is in writing and signed by the testator, or by another person in his presence and by his direction;
 - (b) it appears that the testator intended by his signature to give effect to the will;
 - (c) the signature is made or acknowledged by the testator in the presence of two or more witnesses, both present at the same time; and
 - (d) each witness:
 - (i) attests and signs the will; or
 - (ii) acknowledges his signature in the presence of the testator, but not necessarily in the presence of any other witness;but no form of attestation shall be necessary.
 - (2) No will is invalid solely on the ground that a testator did not or was unable to watch the witness sign, if he was otherwise physically present at the time.”

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

4. Section 6 is repealed and the following substituted:

“6(1) A holograph will, wholly in the handwriting of the testator and signed by him, may be made without any further formality or any requirement as to the presence of or attestation or signature by a witness.

(2) Where a will is partly in the testator’s handwriting and partly in printed, typewritten or other written form, and where:

(a) at least a portion of a dispositive clause is in the handwriting of the testator;

(b) it appears that the testator intended to incorporate the printed, typewritten or other words as his own; and

(c) the will is signed by the testator;

the will may be admitted to probate without any further formality or any requirement as to the presence of or attestation or signature by a witness.”

5. Section 7 is repealed.

6. The following subsection is added after subsection 18(2):

“(3) Notwithstanding subsections (1) and (2), a will may be altered by a testator, in his own handwriting, if the alteration is accompanied by the testator’s signature, without any requirement as to the presence of or attestation or signature by a witness.”

7. This Act comes into force on the day of assent.

SUPPLEMENTARY REPORT ON WILLS

The issue is whether or not the Uniform Wills Act requires an amendment to deal with situations where a person makes a will, without witnesses, by some means other than the testator’s handwriting. Strictly speaking, of course, such a will is not a holograph will, which must be wholly in the handwriting of the testator to qualify as such. With the recommendation contained in the Saskatchewan report, however, wills which are partly in the testator’s handwriting and partly in some other printed form will be considered as holograph wills. Thus, the door has been opened a crack. The question is how much further it should be opened, if at all.

It is submitted that the guiding principle should be to retain the underlying rationale which causes holograph wills to be accepted in lieu of formal wills: the guarantee of authenticity. Holograph wills are considered acceptable primarily because the testator’s handwriting is proof positive that the testator knew and approved the contents of the

APPENDIX O

document. Cast aside are concerns that the testator may have been signing a prepared document, the contents of which were unknown to him. Thus, any extension of the principle of holograph wills should retain this important policy consideration.

It is submitted that with this rationale in mind, it is not sound policy to extend the meaning of “holograph” to documents which are typed on a typewriter or printed on a computer printer, notwithstanding that the document may have been produced wholly by the testator; there is not a sufficient guarantee of authenticity. This is not to say, of course, that trained experts will never be able to deduce that a particular person produced a particular document on a particular machine, however, as a general rule it would not be possible to identify the document readily, as one can with handwriting, and there is much more potential for forgery and trickery. It is therefore recommended that there be no extension of the holograph principles to typewritten (or computer produced) documents which contain no handwritten portions.

RECOMMENDATION: The Uniform Wills Act should not be changed to incorporate as a holograph will, a document typed or computer generated by the testator, but which contains no handwritten portions.

There is a second issue which should be addressed, however, before leaving this question entirely. That is the question of disabled persons who are able to produce documentation, the source of which can be readily identified to them, but who do not use their hands to produce the document. Mouthwriting and footwriting are probably the most common examples. It is submitted that the definition of handwriting should not be so narrow as to exclude such forms of writing, so long as the guiding principle, the guarantee of authenticity referred to above, can be adequately safeguarded. Such writing should be readily identifiable as the work of the testator, and only the testator in order to qualify as “handwriting”. Footwriting and mouthwriting would presumably meet this test. Note that there appear to be no cases on the meaning of “handwriting”, but nevertheless it could be a potential problem and should therefore be addressed.

RECOMMENDATION: The Uniform Wills Act should be amended to include a provision that “handwriting” does not exclude writing made by the testator with a part of his body other than his hand.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

UNIFORM WILLS AMENDMENT ACT

- Title* 1. This Act may be cited as the *Uniform Wills Amendment Act*.
- Uniform Wills Act amended* 2. The *Uniform Wills Act* is amended in the manner set forth in this Act.
- New section 4* 3. Section 4 is repealed and the following substituted:
- Signature required* “4(1) A will is validly made if
- (a) it is in writing and signed by the testator, or by another person in the testator’s presence and by the testator’s direction,
 - (b) the signature is made or acknowledged by the testator in the presence of two or more witnesses, and
 - (c) at least two of the witnesses
 - (i) are both present at the same time as the signature is made or acknowledged by the testator, and
 - (ii) sign the will, or acknowledge their signatures, in the presence of the testator but not necessarily in the presence of each other.
- Presence of testator* (2) A will is not invalid solely on the ground that the testator does not see the witness sign, if the testator is otherwise present.
- Placement of signature* (3) A will is not invalid solely on the ground that the signature required by clause (1)(a) is not at the end of the will if it appears that the testator intended by the signature to give effect to the will.”
- New Section 6* 4. Section 6 is repealed and the following substituted:
- Interpretation* “6(1) In this section, ‘own writing’ means handwriting, footwriting, mouthwriting or writing of a similar kind.
- Holograph will* (2) A will, wholly in the testator’s own writing and signed by the testator, is validly made without meeting the requirements set out in clauses 4(1)(b) and (c).
- Idem* (3) If a will is partly in the testator’s own writing and partly in printed, typewritten or other written form, and
- (a) it appears that the testator intended to incorporate the printed, typewritten or other words, and

APPENDIX O

(b) the will is signed by the testator,
the will is validly made without meeting the requirements
set out in clauses 4(1)(b) and (c)”

5. Section 7 is repealed.

*Section 7
repealed*

6. The following subsection is added after subsection 18(2):

*Section 18
amended*

“(3) Notwithstanding subsections (1) and (2), an alteration that is made in a will after the will has been made is validly made when the alteration is in the testator’s own writing, as defined in subsection 6(1), and is signed by the testator.”

*Alteration in own
writing*

**RAPPORT DES COMMISSAIRES DE LA SASKATCHEWAN
SUR LES FORMALITÉS DE PASSATION DES TESTAMENTS**

TABLE DES MATIÈRES

I. CONTEXTE	531
II. HISTORIQUE	531
III. BUTS DES FORMALITÉS	532
IV. FORMALITÉS SPÉCIFIQUES ENTRAÎNANT DES DIFFICULTÉS	534
1. La position de la signature du testateur	534
2. La signature du testateur doit être apposée ou reconnue en présence de deux témoins	535
3. L'exigence de la présence (simultanée) des témoins lorsque le testateur signe ou reconnaît sa signature	536
4. La suite des événements : la signature des témoins doit avoir lieu après le moment où le testateur appose ou reconnait sa signature en la présence simultanée de tous les témoins	536
5. L'exigence de la signature des témoins en présence du testateur	538
6. Le testateur écrit en entier de la main du testateur	540
7. L'exigence de la signature du testateur dans les testaments olographes	541
8. Les modifications	542
V. SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS	543
RENVOIS	544
JURISPRUDENCE	545
ANNEXE	551

I. Contexte

La plupart des provinces reconnaissent que le respect rigoureux des formalités prévues pour la passation des testaments a conduit à l'invalidation de bon nombre de testaments qui, en toute justice et équité, auraient dû être reconnus valables. Le principe du "respect essentiel" a été proposé comme solution dans un certain nombre de provinces, mais cette notion n'a pas été acceptée par la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada. On a jugé toutefois que la Conférence devrait poursuivre l'étude du problème entraîné par l'application rigoureuse des règles actuelles. Il a par conséquent été résolu en 1984 que les Commissaires de la Saskatchewan et de l'Alberta "étudient à nouveau cette question et produisent un rapport en 1985 portant sur les modifications, s'il en est, qui devraient être apportées aux règles actuelles régissant les formalités de passation des testaments". Le présent rapport vise par conséquent à relever et à étudier les formalités qui ont entraîné les problèmes les plus difficiles ou les plus répandus, de même qu'à proposer des solutions législatives, le cas échéant.

II. Historique

Les exigences de forme en matière de passation des testaments ont été introduites dans le droit anglais en 1540 par la *Statute of Wills*. Cette loi, qui ne visait que les legs de biens immobiliers, exigeait que la transaction soit faite "par écrit", sans toutefois que le testateur soit tenu de signer.⁽¹⁾ Les biens meubles n'étaient toutefois assujettis à aucune exigence formelle; il suffisait que le "testament" exprime les volontés du testateur quant à la disposition de ses biens à son décès.

La *Statute of Frauds*,⁽²⁾ qui comportait des exigences formelles quant à la passation, la révocation et la modification des testaments, fut adoptée à l'égard des biens immeubles en 1677. La transaction devait dès lors être faite par écrit, signée par le testateur (ou par une personne de son choix) puis attestée par "trois ou quatre témoins dignes de foi".⁽³⁾ Avant 1837, l'absence de témoins n'entraînait pas l'invalidité du testament tant qu'il y avait preuve d'écriture olographe.

En 1837, fut adoptée la *Wills Act*,⁽⁴⁾ qui appliquait l'essentiel des exigences de forme de la *Statute of Frauds* au domaine des testaments. Elle uniformisait également les exigences techniques portant sur les biens meubles et immeubles. La Loi de 1837 est à l'origine des exigences de forme qui régissent le droit anglo-canadien, de même que le droit des autres juridictions de common law.

III. Buts des formalités

Le premier but des formalités est de protéger le testateur contre la fraude et l'abus d'influence, en faisant en sorte que le testament reflète vraiment les volontés du testateur. Les autres fonctions secondaires qui ont été reconnues⁽⁵⁾ sont :

- (1) la fonction de preuve, qui a trait à la permanence et à la fiabilité de la preuve de l'intention du testateur;
- (2) la fonction d'avertissement, qui découle de l'importance des aspects "cérémoniels" du processus, et qui sert ainsi à imprégner le testateur de l'importance de ses gestes;
- (3) la fonction de canalisation, qui comporte l'assurance d'un traitement rapide de documents habituels qui se conforment à une norme uniforme.

Nonobstant le fait que la fonction première des formalités est d'assurer le respect des vraies intentions du testateur, les tribunaux ont, par une jurisprudence constante, jugé que ces exigences elles-mêmes sont absolues. Ainsi, dans *Re Wozciechowiecz* (1931), 4 D.L.R. 585 (C.A. Alb.), le juge McGillivray a cité à l'appui le jugement rendu dans *Re McGibbon*, [1931] 2 D.L.R. 586, à la page 587 :

"La validité d'un document de nature testamentaire en matière de passation repose entièrement sur le respect des exigences prévues par la loi à ce sujet, au moment de sa passation."

Il donne ensuite le résumé suivant :

"En d'autres mots, cette Cour donnera effet à l'intention manifeste d'un testateur telle qu'elle ressort du langage de son testament dans la mesure où il est possible de le faire sans rejeter les dispositions des lois et des statuts portant expressément sur les testaments."

Pourquoi les cours ont-elles adopté des normes aussi rigides? Il y a probablement deux raisons : d'abord, le principe de la "meilleure preuve", c'est-à-dire qu'en l'espèce, le testateur ne peut plus apporter son aide à l'interprétation; ensuite, le fait que les lois portant sur les successions ab intestat puissent servir de solution de "rechange". Malheureusement, l'obligation d'adhérer de façon rigide aux formalités a donné une nouvelle confirmation à l'ancien adage selon lequel les décisions inflexibles engendrent du mauvais droit, dans des situations où les tribunaux se sont efforcés de conclure au respect des formalités afin d'obtenir un résultat équitable.

APPENDICE O

Même si l'on peut prétendre que les tribunaux ont, par leur interprétation des exigences en matière de forme, engendré leur propre version du "respect judiciaire essentiel", il faut reconnaître, comme le souligne le professeur J. Langbein,⁽⁶⁾ que :

[TRADUCTION]

"Il est difficile de dire d'avance si les circonstances d'une affaire porteront les tribunaux à adopter de telles façons de contourner les difficultés. Par conséquent, même si elle vise à assurer un degré de certitude en matière de testaments, la règle du respect strict donne naissance à bien des litiges en raison de l'impossibilité de prédire quand ou de quelle façon les tribunaux l'appliqueront. La règle a entraîné ce qui, à bien des égards, est le pire des deux mondes. Lorsqu'elle est respectée, elle engendre des résultats extrêmement désastreux, et lorsqu'elle ne l'est pas, elle incite les tribunaux à céder à la malhonnêteté et au caprice."

Aux États-Unis, le *Uniform Probate Code*, partie 5, article II, a grandement réduit les exigences en matière de rédaction des testaments afin d'en assurer la validité dans la mesure du possible. Voici l'énoncé du commentaire général :

[TRADUCTION]

"Si l'on veut que le testament reprenne son rôle d'instrument majeur de disposition de la richesse au décès, il faut que sa passation demeure simple. La visée fondamentale de ces articles est de reconnaître la validité des testaments chaque fois que cela est possible. À cette fin, [. . .] les formalités prévues pour un testament écrit et attesté sont réduites au minimum [. . .]"

En vertu du Code, un testament est valable s'il est signé et attesté par deux personnes, pourvu que chacun des témoins ait assisté à la signature du testateur, ou à la reconnaissance par celui-ci de sa signature ou de son testament.

La Grande-Bretagne a également adopté des mesures visant à réduire les formalités prévues par la loi : voir *The Administration of Justice Act, 1982*, Statutes of Great-Britain, c. 53. L'exigence stipulant que la signature doit apparaître "à la fin" a été abolie. De plus, un témoin peut reconnaître sa signature devant le testateur sans la présence de l'autre témoin.

IV. Formalités spécifiques entraînant des difficultés

1. *La position de la signature du testateur*

La *Loi uniforme sur les testaments* prévoit ce qui suit :

“4 [. . .] [I]l faut, pour qu'un testament soit valable :

a) qu'il ait été signé, à la fin, par le testateur ou en son nom par une autre personne, en sa présence ou sous sa direction [. . .]”

(C'est nous qui soulignons)

L'article 7 de la *Loi uniforme* visait à atténuer quelques-unes des difficultés découlant de l'interprétation donnée par la jurisprudence à l'expression “à la fin”. Malgré l'adoption de cette disposition, les difficultés n'ont pas été éliminées.

Dans l'affaire *Re Beadle*, [1974] 1 All E.R. 493, la testatrice avait signé son testament au début, puis sur l'enveloppe qu'elle avait alors scellée. Le tribunal devait “à grand regret” se déclarer incapable d'homologuer le testament même s'il était convaincu que rien n'avait pu être modifié après le moment où l'enveloppe a été scellée. D'autre part, des affaires comme *Re Goods of Hornby*, [1946] p. 171 et *Re Tachibana* (1968), 63 W.W.R. 99 (C.A. Man.) illustrent jusqu'à quel point certains tribunaux sont prêts à étirer le langage technique afin de conclure à la validité d'un testament. Dans la première affaire, la signature apparaissait au milieu du testament, puis en marge, tandis que dans la dernière affaire, elle apparaissait deux fois à l'intérieur du testament, mais pas à la fin. Dans les deux affaires pourtant, les tribunaux ont réussi à conclure que la signature se trouvait à la fin du testament. Le poids de la jurisprudence anglaise semble militer contre l'acceptation de la signature au-dessus de toute disposition comportant un legs, mais cela a incité les tribunaux à recourir à des “artifices” techniques, comme la lecture à rebours du testament, afin de conclure que la signature se trouve à la fin. Voir *In the Goods of Smith*, [1931] p. 225 et *In the Estate of Long*, [1936] p. 166. Au Canada, les tribunaux ont obtenu le même résultat en appliquant libéralement la doctrine de l'incorporation par renvoi, ce qui permet d'admettre des dispositions inscrites au verso d'une formule signée seulement au recto : *Re Poole*, [1929] 1 D.L.R. 418. Il est difficile, voire impossible, de concilier toutes ces décisions portant sur la position de la signature du testateur, mais de façon générale, les tribunaux canadiens semblent portés à faire de grands efforts pour “étirer” la signification de l'expression “à la fin” dans le but de reconnaître la validité d'un testament. Dans une recherche de constance et de certitude, il est néanmoins souhaitable d'apporter des modifications aux exigences en matière de forme pour ne pas avoir à se

rabattre sur la seule volonté des tribunaux d'étendre le sens ordinaire du terme "fin".

La raison de l'exigence de la signature à la fin est probablement la volonté de s'assurer que les testateurs (ou, plus important encore, d'autres personnes) n'ont pas ajouté d'autres dispositions après la passation du testament. La règle rigide de l'inscription de la signature "à la fin" ne devrait cependant pas rendre un testament invalide lorsque le tribunal estime que la signature visait à donner effet au testament, peu importe l'endroit où elle a été apposée. Cela ne devrait probablement pas s'étendre à l'homologation des dispositions qui, de l'avis du tribunal, auraient été insérées à une date ultérieure. Cependant, les modifications non signées ou non attestées pourraient sans doute être reconnues valables même sans respect des formalités prévues.

Recommandation: La formalité technique portant que la signature du testateur doit être apposée à la fin du testament devrait être modifiée par une disposition habilitant le tribunal à homologuer un testament qui n'est pas signé "à la fin" lorsqu'il est manifeste que la signature visait à donner effet au testament.

2. *La signature du testateur doit être apposée ou reconnue en présence de deux témoins*

La *Loi uniforme sur les testaments* prévoit ce qui suit :

"4. [. . .] [I]l faut, pour qu'un testament soit valable, [. . .]

b) que le testateur signe ou reconnaisse la signature en présence de deux ou plusieurs témoins [. . .]"

Plusieurs raisons sont à l'origine de cette exigence. Tout d'abord, la présence de témoins constitue une forme de protection contre la contrefaçon. Deuxièmement, le nombre de témoins (deux ou plus) augmente la probabilité qu'au moins une de ces personnes survive au testateur et puisse par conséquent témoigner au besoin, tout en diminuant la possibilité d'abus d'influence ou de menaces de la part d'un des témoins contre le testateur. Bien sûr, si les témoins s'entendent pour faire pression sur le testateur, cela contrevient à l'objet de la loi. Mais en général, les buts sont atteints adéquatement par cette exigence de forme. De plus, le public en général sait que deux témoins sont nécessaires⁽⁷⁾ (en fait, bon nombre de testateurs qui rédigent des testaments olographes font attester leur signature par deux témoins, même si, en droit, ils n'y sont pas tenus). Même si l'on peut prétendre que certaines personnes ne seront pas capables d'obtenir la présence de deux témoins, pour des raisons de distance ou autres, ce problème est déjà résolu de façon

adéquate à l'heure actuelle par la possibilité de faire un testament olographe. Par conséquent, nous ne croyons pas qu'il soit opportun d'apporter des modifications à cette formalité.

Recommandation: On devrait conserver l'exigence portant que la signature du testateur doit être faite ou reconnue en présence de deux témoins.

3. *L'exigence de la présence (simultanée) des témoins lorsque le testateur signe ou reconnaît sa signature*

Selon l'alinéa 4b), il faut, pour qu'un testament soit valable,

“que le testateur signe ou reconnaisse la signature en présence de deux ou plusieurs témoins;”

La raison la plus importante de l'exigence de la présence simultanée de témoins lorsque le testateur signe ou reconnaît sa signature est la protection contre l'abus d'influence. La présence des deux témoins remplit une fonction importante permettant à l'un des témoins d'être contre-interrogé, sur la preuve de l'autre, s'il survient des questions de fait portant sur l'existence d'abus d'influence. De plus, deux personnes peuvent davantage aider le tribunal à reconstituer la suite des événements s'il y a allégation de contrainte ou de coercition par quelque autre personne (un légataire, par exemple) ou si la question de la capacité de tester est soulevée. Le rituel de la présence simultanée peut également comporter une certaine valeur cérémonielle qui donne à toutes les personnes concernées une indication de la solennité de la transaction.⁽⁶⁾ Ce sont là des fonctions valables qui, en gros, remplissent bien leurs objectifs et entraînent très peu de problèmes (si les affaires publiées donnent une indication juste de la fréquence des problèmes).

Recommandation: On ne devrait apporter aucune modification à la disposition de la Loi uniforme qui exige que la signature ou la reconnaissance de la signature du testateur se fasse en présence de deux ou de plusieurs témoins, tous présents au même moment.

4. *La suite des événements : la signature des témoins doit avoir lieu après le moment où le testateur appose ou reconnaît sa signature en la présence simultanée de tous les témoins*

Selon l'alinéa 4c) de la Loi uniforme, il faut, pour qu'un testament soit valable :

“que deux ou plusieurs témoins y apposent leur signature en présence du testateur.”

APPENDICE O

Les tribunaux estiment que l'expression "témoins" vise les témoins qui étaient présents en même temps lorsque le testateur a apposé ou reconnu sa signature, ce qui nous semble juste. Ils ne s'arrêtent cependant pas là et jugent que la signature des témoins n'est valable que si elle a lieu *après* la signature du testateur ou la reconnaissance de celle-ci par le testateur en leur présence simultanée. Ce faisant, les tribunaux se trouvent à inclure dans les termes de la loi une exigence spécifique portant que ces événements doivent se produire dans un certain ordre afin d'être valables. Ainsi, si l'un des témoins signe avant le testateur, la signature de ce premier témoin est invalide, même si le testateur signe par la suite en la présence simultanée de ce témoin et d'un deuxième témoin. Ces faits se trouvent dans l'affaire *Re Brown*, [1954] O.W.N. 301, puis, plus récemment, dans l'affaire *Re Colling*, [1972] 1 W.L.R. 1440.

Dans l'affaire *Re Brown*, la testatrice a signé en présence d'un premier témoin, M^{me} Viccars. Puis la testatrice et M^{me} Viccars sont descendues pour s'assurer la présence d'un deuxième témoin, M^{me} Moon. La testatrice et M^{me} Viccars ont toutes deux reconnu leur signature en présence de M^{me} Moon, qui a alors apposé sa signature comme témoin. Le tribunal a jugé que l'attestation était invalide :

[TRADUCTION]

"[P]uisque la testatrice n'a pas signé son testament en présence de M^{me} Viccars et de M^{me} Moon, toutes deux présentes au même moment, il ne suffisait pas que la testatrice reconnaisse sa signature en présence des deux témoins, toutes deux présentes au même moment, mais il fallait aussi que M^{me} Viccars et M^{me} Moon signent toutes deux leur nom comme témoins au testament après que la testatrice eût reconnu sa signature en présence des deux, et ceci n'a pas été fait. En d'autres termes, le fait que M^{me} Viccars n'ait pas signé son nom comme témoin au testament après que le testateur (sic) a reconnu sa signature sur le testament en présence de M^{me} Viccars et de M^{me} Moon a, à mon avis, invalidé le testament."

Dans l'affaire *Re Colling*, le testateur, patient dans un hôpital, a commencé à apposer sa signature au moment où l'un des témoins, une infirmière, a été appelée au chevet d'un autre patient dans une pièce différente. Lorsque celle-ci est revenue, le testateur et l'autre témoin, qui avaient tous deux signé, ont tous deux reconnu leur signature devant l'infirmière qui a alors apposé la sienne. Le tribunal a déclaré qu'il "regrettait beaucoup" de ne pouvoir réaliser le but et l'intention manifestes du testateur.

Même s'il est souhaitable de conserver l'exigence de la présence simultanée des témoins afin d'assurer la disponibilité et la fiabilité de la preuve, comme nous l'avons mentionné plus tôt, on ne devrait pas exiger qu'un témoin qui signe en présence du testateur soit par la suite empêché de reconnaître sa signature avant ou après celle du testateur et de l'autre témoin. En d'autres termes, la reconnaissance par le témoin devrait avoir le même effet que la signature de celui-ci. Il convient de souligner que cette hypothèse a été retenue dans les recommandations du Comité de réforme du droit de la Grande-Bretagne en 1980, et qu'elle a été adoptée dans une loi de 1982. Cette hypothèse n'a cependant pas été acceptée totalement sans critique. Le numéro d'avril 1981 de *The Solicitors Journal*⁽⁹⁾ contenait un article dans lequel l'auteur faisait remarquer que l'autre solution serait d'abroger complètement l'exigence de la présence simultanée, sans quoi d'autres testaments pourraient être déclarés invalides. L'étude de la jurisprudence ne fait toutefois ressortir aucune autre difficulté qui puisse découler de cette exigence en matière de forme; par conséquent, aucune modification ne semble justifiée à l'heure actuelle.

Recommandation: Les témoins devraient être présents simultanément lorsque le testateur signe ou reconnaît sa signature, mais un témoin qui signe avant la reconnaissance du testateur devrait pouvoir reconnaître simplement sa signature.

5. *L'exigence de la signature des témoins en présence du testateur*

Selon l'alinéa 4c) de la *Loi uniforme sur les testaments*, il faut, pour qu'un testament soit valable :

“que deux ou plusieurs témoins y apposent leur signature en présence du testateur.”

Selon la jurisprudence, cette formalité comporte un élément mental et physique : voir *Peden v. Abraham* (1912), 3 W.W.R. 265, 8 D.L.R. 403 (C.-B.); *Re Wozciechowicz*, précité. Cela signifie que le testateur doit être présent “mentalement” aussi bien que physiquement. Ainsi, dans *In the Goods of Chalcraft*, [1948] p. 222, le testatrice a reçu une injection de morphine, mais le tribunal a pu conclure que le médicament n'avait pas produit assez d'effet, de sorte qu'elle n'avait pas perdu la raison lorsque les témoins ont signé. Dans l'affaire *Re Wozciechowicz*, le testateur n'était pas “présent” parce que, selon la preuve, il fallait le soulever pour qu'il puisse signer son testament, et que, par conséquent, s'il avait voulu se retourner pour voir les témoins apposer leur signature, il n'aurait pas pu le faire. *Jarman on Wills* (1930)⁽¹⁰⁾ déclare que [TRADUCTION] “si le testateur est incapable de bouger

sans aide, et qu'il n'a pas le visage tourné vers les témoins, ce qui le rend incapable de les voir s'il le désire, l'attestation est insuffisante". Ce principe est confirmé dans le jugement *Re Wozciechowiecz*, mais on ne peut déterminer avec certitude si le jugement porte sur l'élément mental (le fait de savoir que les témoins apposent leur signature) ou l'élément physique (la possibilité de les voir sans aide). Dans le cas d'un testateur aveugle, il est impérieux de prouver que, s'il avait eu une vision normale, il aurait pu voir les témoins signer. *In the Goods of Charlotte Piercy* (1845), 1 Rob. Ecc. 278, 163 E.R. 1038.

Dire qu'un testateur qui refuse de voir (mais qui pourrait le faire s'il le désirait) est "physiquement présent", et qu'une personne qui est trop malade pour surveiller ne l'est pas, constitue une distinction plutôt arbitraire. Manifestement, la première interprétation de la notion de présence donnée par la jurisprudence dans des affaires du type "s'il le voulait", constitue une extension du sens ordinaire du terme, tandis que la deuxième représente une restriction de ce sens. La première semble avoir été inventée pour "sauver" des testaments lorsque, par exemple, le testateur a quitté la pièce avant la fin de l'attestation.

L'argument principal en faveur du maintien de cette exigence est qu'elle constitue une garantie contre la substitution d'un autre document par le témoin. Cependant, si le testateur a déjà signé le testament, le risque susmentionné est probablement très faible. Il est probablement plus grand lorsque la présence mentale du testateur fait défaut (en cas d'inconscience). Nous pensons qu'il n'existe aucune raison suffisante de retenir cette règle dans des situations où le testateur est handicapé physiquement, en vertu d'une maladie ou d'une autre cause, et incapable de suivre l'attestation. Au lieu d'invoquer la "théorie" portant que la personne handicapée aurait ou non "pu surveiller" n'était-ce son état, nous pensons qu'il serait préférable de prévoir tout simplement que la signature en la présence physique du testateur est valable, peu importe qu'il la surveille ou non, pourvu que l'élément mental soit présent.

Recommandation: a) On devrait retenir l'obligation pour les témoins d'apposer leur signature en la présence mentale du testateur.

b) L'exigence portant que les témoins apposent leur signature en la présence physique du testateur devrait être modifiée de façon à valider la signature faite par un témoin devant le testateur, lorsque celui-ci est conscient mais incapable physiquement de suivre l'attestation.

6. *Le testament écrit en entier de la main du testateur*

L'article 6 de la Loi uniforme prévoit ce qui suit :

“6 Un testateur peut faire un testament valable écrit en entier et signé de sa main, sans formalité et sans la présence, l'attestation ni la signature d'un témoin.”

Les exigences techniques portant sur les testaments olographes remplissent deux fonctions importantes :

- (1) Le fait que le testateur rédige lui-même de sa main les dispositions confirme qu'il connaît et approuve le *contenu* du testament (c'est-à-dire que les intentions ou les souhaits du testateurs sont évidents).
- (2) Le fait que le testament soit écrit de la main même du testateur identifie l'auteur et diminue par conséquent le risque de contrefaçon.

Les craintes relatives à l'abus d'influence sont en grande partie mises de côté (bien qu'à l'instar d'un testament formel, un testament olographe puisse faire l'objet d'un examen judiciaire fondé sur une allégation de crainte ou d'abus d'influence). La protection contre la contrefaçon demeure une question importante dont il faut tenir compte lorsqu'on étudie les modifications à apporter aux dispositions régissant les testaments olographes.

Le problème le plus fréquent découlant de l'exigence que le testament soit écrit en entier de la main du testateur est l'utilisation d'une formule de testament préimprimée. Le testateur n'a qu'à insérer ses volontés dans les espaces blancs prévus sur la formule de testament préimprimée, après quoi il appose sa signature sur celle-ci, sans attestation. Le testament se trouve alors écrit *en partie* et non en entier de la main du testateur.

La jurisprudence n'est pas unanime sur la façon de traiter un tel document. Une certaine jurisprudence suggère que le testament doit être rejeté complètement : *Re Rigden Estate*, [1941] 1 W.W.R. 566; *Re Griffiths Estate*, [1945] 3 W.W.R. 46. Une autre jurisprudence estime cependant qu'il faut admettre les parties qui sont écrites de la main du testateur comme un testament olographe : *Re Ford Estate*, [1954] 13 W.W.R. 604; *Re Austin* (1967), 61 D.L.R. (2d) 582; *Re Laver* (1957), 10 D.L.R. (2d) 279. En Saskatchewan, il est clair que les parties écrites de la main du testateur ne peuvent être reconnues en soi que si elles contiennent l'intention testamentaire et les termes de la disposition : *Re Forest*, [1981] 2 W.W.R. 416. Cette opinion ne tient pas compte de la

possibilité d'inférer une telle manifestation de l'intention testamentaire du seul fait de l'utilisation par le testateur de la formule testamentaire elle-même. Nous pensons qu'un document qui n'est qu'en partie écrit de la main du testateur (en plus de sa propre signature) et en partie imprimé ou dactylographié, devrait être admis en vérification lorsque le tribunal juge que le testateur avait l'intention d'inclure les termes comme ses propres termes, et lorsqu'il juge que l'intention testamentaire suffisante est présente.

Recommandation: Un document qui est en partie un écrit de la main du testateur (comportant en plus sa propre signature) et en partie une formule imprimée, dactylographiée ou autrement admis, devrait être admis en vérification lorsque le tribunal estime que le testateur avait l'intention d'en inclure les termes comme ses propres mots, et lorsqu'il peut y déceler la présence d'une intention testamentaire suffisante.

7. *L'exigence de la signature du testateur dans les testaments olographes*

L'article 6 de la *Loi uniforme sur les testaments* prévoit ce qui suit :

“6 Un testateur peut faire un testament valable écrit en entier et signé de sa main, sans formalité et sans la présence, l'attestation ni la signature d'un témoin.”

L'exigence de la signature du testateur dans un testament olographe a été interprétée de façon relativement large par les tribunaux. Dans une affaire, le simple fait de signer “maman” a été jugé suffisant : *Re Smith* (1948), 2 W.W.R. 55. Dans une affaire récente, un tribunal de la Saskatchewan a admis à l'homologation⁽¹¹⁾ un document écrit de la main d'un testateur qui n'a apposé que ses initiales et non sa signature : *Re Schultz*, [1984] 4 W.W.R. 278. Il s'agit de déterminer si l'exigence de la signature doit être retenue. Ainsi, il se peut que le testateur rédige le document, puis néglige de le signer; en pareil cas, le tribunal pourrait conclure que le document reflète les vraies intentions testamentaires du testateur. Il est généralement reconnu par le public, cependant, que les documents officiels doivent être signés. Le fait pour le testateur d'apposer sa signature constitue une indication de son approbation du contenu du document, de même que de son “intention confirmée” ou de sa volonté. Il est probablement très rare qu'un testateur oublie de signer le document. De plus, la signature remplit une fonction de preuve importante, et l'abrogation de l'obligation de l'apposer engendrerait probablement plus de problèmes qu'elle n'en résoudrait.

Recommandation: On devrait maintenir l'obligation de la signature d'un testament olographe.

8. *Les modifications*

La *Loi uniforme sur les testaments* prévoit que les formalités régissant la passation des testaments s'appliquent également aux modifications :

“18(1) Sous réserve du paragraphe (2), à moins qu'une modification apportée à un testament après sa confection n'ait été faite conformément aux dispositions de la présente loi régissant la confection des testaments, la modification n'a d'autre effet que d'annuler les mots et expressions qu'elle ne rend plus compréhensibles.

(2) Une modification apportée à un testament après sa confection est valablement faite lorsque la signature du testateur et celle des témoins à la signature du testateur pour la modification, ou, dans le cas d'un testament fait en application des articles 5 ou 6, lorsque la signature du testateur est apposée :

- a) soit en marge ou dans quelque autre partie du testament, en face ou près de la modification;
- b) soit au pied, à la fin ou vis-à-vis d'une note renvoyant à la modification et écrite à quelque endroit du testament.”

Les arguments qui militent en faveur de la libéralisation des formalités valent également à l'égard des modifications. Il faut cependant souligner que certains tribunaux ont, dans un élan de créativité, permis que la validité de modifications non attestées apportées à un testament formel soient admises en homologation à titre de codicilles olographes. Le principe invoqué est que la loi prévoit des modifications “faites conformément aux dispositions de la présente loi régissant la confection *des testaments*” et non “du testament”. Selon ce raisonnement, cela pourrait notamment inclure un testament olographe : voir *Re McLeod* (1964), 47 D.L.R. (2d) 370; *Re Toupin's Will* (1969), 72 W.W.R. 45. Cependant, un certain nombre d'affaires plus anciennes indiquent clairement que des modifications non attestées ne constituent pas un “document olographe” et qu'elles ne peuvent donc servir à titre de codicilles : voir *Re Cottrell Estate* (1951), 2 W.W.R. (N.S.) 247; *Re Richardson* (1949), 1 W.W.R. 1075; *Re McGibbon* (1931), 2 W.W.R. 86. Nous croyons qu'il est pratiquement impossible de concilier ces affaires, et que les affaires où la modification est acceptée à titre de codicille olographe représentent en fait des cas de “respect judiciaire essentiel”. À notre avis, ce serait respecter à la fois la tendance et les désirs des tribunaux que de donner effet aux intentions du testateur, et

ce serait conforme aux autres recommandations du présent rapport que de permettre au testateur d'apporter des modifications de sa main en apposant sa signature, sans la nécessité d'une attestation.

Quant aux modifications apportées à un testament olographe, il ressort de la jurisprudence que les modifications n'ont pas à être signées, paraphées ni datées par le testateur, s'il est évident que celles-ci ont été apportées au moment même de la rédaction du testament. Ainsi, dans l'affaire manitobaine de *Currie v. Potter et al.*, [1981] 6 W.W.R. 377, le tribunal la fait remarquer que les formalités sont élargies à l'égard des testaments olographes. Il était apparent que les modifications avaient été apportées par une femme qui, (pour reprendre l'expression du tribunal), ne faisait qu'exercer la prérogative de son sexe en apportant au fur et à mesure les modifications qui s'imposaient. Il suffisait que le testament ait été complété "d'une traite". De même, dans l'affaire *Re Letwinetz Estate* (1983), 27 S.R. 59, la Surrogate Court de la Saskatchewan a conclu que des modifications sans initiales ni date avaient été apportées à un testament olographe "avant que le testateur ait terminé la rédaction de son testament", même s'il n'y avait aucune preuve indiquant le moment où les modifications avaient été apportées. Le testament et les modifications ont été admis à l'homologation. En se fondant sur cette jurisprudence, nous jugeons qu'il n'est pas opportun d'apporter des changements à l'égard de la modification de testaments olographes.

Recommandation: La loi uniforme devrait être modifiée de façon à permettre qu'un testateur apporte des modifications à un testament formel de sa propre main, s'il le signe, sans la présence de témoins.

V. Sommaire des recommandations

1. La formalité technique portant que la signature du testateur doit être apposée à la fin du testament devrait être modifiée par une disposition habilitant le tribunal à homologuer un testament qui n'est pas signé "à la fin" lorsqu'il est manifeste que la signature visait à donner effet au testament.
2. On devrait conserver l'exigence portant que la signature du testateur doit être faite ou reconnue en présence de deux témoins.
3. On ne devrait apporter aucune modification à la disposition de la Loi uniforme qui exige que la signature ou la reconnaissance de la signature du testateur se fasse en présence de deux ou de plusieurs témoins, tous présents au même moment.

CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA

4. Les témoins devraient être présents simultanément lorsque le testateur signe ou reconnaît sa signature, mais un témoin qui signe avant la reconnaissance du testateur devrait pouvoir reconnaître simplement sa signature.
5.
 - a) On devrait retenir l'obligation pour les témoins d'apposer leur signature en la présence mentale du testateur.
 - b) L'exigence portant que les témoins apposent leur signature en la présence physique du testateur devrait être modifiée de façon à valider la signature faite par un témoin devant le testateur, lorsque celui-ci est conscient mais incapable physiquement de suivre l'attestation.
6. Un document qui est en partie un écrit de la main du testateur (comportant en plus sa propre signature) et en partie une formule imprimée, dactylographiée ou autrement admis, devrait être admis en vérification lorsque le tribunal estime que le testateur avait l'intention d'en inclure les termes comme ses propres mots, et lorsqu'il peut y déceler la présence d'une intention testamentaire suffisante.
7. On devrait maintenir l'obligation de la signature d'un testament olographe.
8. La Loi uniforme devrait être modifiée de façon à permettre qu'un testateur apporte des modifications à un testament formel de sa propre main, s'il le signe, sans la présence de témoins.

RENOIS

1. *Statute of Wills*, 32 Hen. VIII, c. 1, a. 1 (R.-U.)
2. *Statute of Frauds*, 29 Carr. II, c. 3
3. *Ibid.*
4. *Wills Act*, 7 Wm. IV et I Vict., c. 26 (R.-U.)
5. Ces fonctions ont probablement été identifiées et expliquées en détail pour la première fois par le professeur J. Langbein, dans l'article "Substantial Compliance with the Wills Act" (1975), 88 *Harvard L. Rev.* 489.
6. John H. Langbein, "Crumbling of the Wills Act: Australians Point the Way" (1979), 65 *American Bar Association Journal*, 1192 à la page 1193.

APPENDICE O

7. Ce point de vue a également été exprimé par le Comité de réforme du droit britannique, 22 Report (1980), portant sur la passation et la révocation des testaments, à la page 5.
8. *Ibid.*
9. Volume 125, p. 203.
10. 1930, 7^e édition, volume 1, page 109.
11. Cette décision a été portée en appel devant la Cour d'appel (en date du 22 juillet 1985, la décision n'a pas encore été rendue).

JURISPRUDENCE

- Re Austin* (1967), 61 D.L.R. (2d) 582 (C.S., D.A. Alb.)
- Re Beadle*, [1974] 1 All E.R. 493 (Ch.)
- Re Brown*, [1954] O.W.N. 301 (C. Sur.)
- In the Goods of Chalcraft*, [1948] p. 222 (H.C.)
- Re Colling*, [1972] 1 W.L.R. 1440 (Ch.)
- Re Cottrell Estate* (1951), 2 W.W.R. (N.S.) 247 (C.S. Alb.)
- Currie v. Potter*, [1981] 6 W.W.R. 377 (B.R. Man.)
- Re Ford Estate*, [1954], 13 W.W.R. 604 (N.S.) 604 (C.D. Alb.)
- Re Forest*, [1981] 2 W.W.R. 289 (B.R. Sask.)
- Re Griffiths Estate*, [1945], 3 W.W.R. 46 (C.S. Sask.)
- Re Goods of Hornby*, [1946], p. 171 (H.C.)
- Re Laver* (1957), 10 D.L.R. (2d) 279 (B.R. Sask.)
- Re Letwinetz Estate* (1983), 27 S.R. 59 (C.S. Sask.)
- In the Estate of Long*, [1936] p. 166 (P.D.)
- Re McGibbon*, (1931), 2 D.L.R. 586 (C.S. Alb., D.A.)
- Re McLeod* (1964), 47 D.L.R. (2d) 370 (C.S. Alb.)
- Peden v. Abraham* (1912), 3 W.W.R. 265, (C.S. C.-B.)
- In the Goods of Charlotte Piercy* (1845), 1 Rob. Ecc. 278, 163 E.R. 1038
- Re Poole*, [1929] 1 D.L.R. 418 (C.S. Î.-P.-É.)
- Re Richardson* (1949), 1 W.W.R. 1075 (C. Sur. Man.)

CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA

Re Rigden Estate, [1941] 1 W.W.R. 566 (C.S. Sask.)

Re Schultz, [1984] 4 W.W.R. 278 (C.S. Sask.)

In the Goods of Smith, [1931] p. 225 (P.D.)

Re Smith (1948), 2 W.W.R. 55 (C.S. Sask.)

Re Tachibana (1968), 63 W.W.R. 99 (C.A. Man.)

Re Toupin's Will (1969), 72 W.W.R. 45 (C.S. Sask.)

Re Wozciechowiecz (1931), 4 D.L.R. 585 (C.A. Alb.)

ANNEXE

The Administration of Justice Act, 1982, Statutes of Great Britain,
c. 53, article 17 :

[TRADUCTION]

“Il faut, pour qu'un testament soit valable :

- a) qu'il soit par écrit, et signé par le testateur ou par une autre personne en sa présence et sous son ordre;
- (b) qu'il soit manifeste que le testateur a voulu, par sa signature, donner effet au testament;
- (c) que la signature soit faite ou reconnue par le testateur en présence de deux ou de plusieurs témoins, présents en même temps; et
- (d) que chaque témoin
 - (i) atteste et signe le testament, ou
 - (ii) reconnaisse sa signature en présence du testateur (mais pas nécessairement en présence de l'autre témoin).

Cependant, aucune forme d'attestation n'est nécessaire.”

APPENDICE O

RAPPORT SUR LA MODIFICATION DE LA LOI UNIFORME SUR LES TESTAMENTS JUIN 1986

I. *CONTEXTE* :

Les commissaires de la Saskatchewan ont fait rapport, en 1985, sur les formalités relatives aux testaments. Leur étude visait à proposer des solutions législatives pour régler certains problèmes parmi les plus difficiles à résoudre, ou les plus fréquents, qui résultent de la solennité requise. La Conférence considérait que cette démarche était préférable à l'exercice d'un plus grand pouvoir judiciaire, basé sur le principe de la conformité substantielle. Le rapport de 1985 a été renvoyé aux commissaires de la Saskatchewan en vue de la rédaction d'un rapport ultérieur et d'un projet de loi, pour l'année 1986.

II. *INTRODUCTION* :

À l'origine, le formalisme testamentaire visait à ce que le testament représente l'intention réelle du testateur. Cependant, la solennité obligatoire a souvent entraîné le rejet, pas les tribunaux, des testaments qui ne répondaient pas aux formalités rigoureuses exigées par la loi, même si le juge successoral n'avait aucun doute que le testament représentait vraiment la volonté du testateur. En d'autres termes, dans certains cas, le formalisme a malheureusement eu pour effet d'empêcher l'homologation du testament, pour des raisons purement pratiques, faisant ainsi échec à la volonté du testateur. Dans d'autres cas, les tribunaux se sont montrés très larges pour "sauver" des testaments qui ne respectaient pas toutes les formalités, en se servant d'"artifices" techniques, comme la lecture verso recto du testament, pour conclure que, d'après les faits en l'espèce, toutes les exigences techniques y étaient.

Par les modifications proposées, on se trouverait à modifier quelques-unes des exigences techniques relatives aux formes testamentaires, de telle sorte qu'on pourrait mieux s'assurer que des testaments qui devraient être homologués en équité ne sont pas déclarés invalides à cause de détails purement techniques.

III. MODIFICATIONS PROPOSÉES :

Modification n° 1 :

Les articles 4 et 7 de la *Loi uniforme sur les testaments* sont abrogées et remplacés par ce qui suit :

CONFÉRENCE SUR L'UNIFORMISATION DES LOIS AU CANADA

“4(1) Sous réserve des articles 5 et 6, un testament est valide aux conditions suivantes :

- a) qu'il soit fait par écrit et signé par le testateur, ou par une autre personne en sa présence et sous sa direction;
- b) qu'il semble que le testateur, par sa signature, a eu l'intention de donner effet au testament;
- c) que la signature soit apposée ou reconnue par le testateur en la présence simultanée de deux ou plusieurs témoins;
- d) que chaque témoin :
 - (i) atteste et signe le testament; ou
 - (ii) reconnaisse sa signature en présence du testateur, mais non nécessairement en présence d'un autre témoin;

toutefois, aucune forme d'attestation ne doit être requise.

(2) Aucun testament n'est invalide pour le seul motif que son auteur n'a pas regardé ou n'était pas capable de regarder signer les témoins, s'il était de toute façon présent à ce moment-là.”

Commentaire :

Cela correspond aux recommandations un à cinq du rapport de 1985 :

- “La formalité technique portant que la signature du testateur doit être apposée à la fin du testament devrait être modifiée par une disposition habilitant le tribunal à homologuer un testament qui n'est pas signé “à la fin” lorsqu'il est manifeste que la signature visait à donner effet au testament.” [al. 4(1)b)]
- “On devrait conserver l'exigence portant que la signature du testateur doit être faite ou reconnue en présence de deux témoins.” [al. 4(1)c)]
- “On ne devrait apporter aucune modification à la disposition de la Loi uniforme qui exige que la signature ou la reconnaissance de la signature du testateur se fasse en présence de deux ou de plusieurs témoins, tous présents au même moment.” [al. 4(1)c)]
- “Les témoins devraient être présents simultanément lorsque le testateur signe ou reconnaît sa signature, mais un témoin qui signe avant la reconnaissance du testateur devrait pouvoir reconnaître simplement sa signature.” [s.-al. 4(1)d)(ii)]

APPENDICE O

- “L’exigence portant que les témoins apposent leur signature en la présence physique du testateur devrait être modifiée de façon à valider la signature faite par un témoin devant le testateur, lorsque celui-ci est conscient mais incapable physiquement de suivre l’attestation.” [par. 4(2)]

Si l’on exige que la signature soit placée à la fin du testament, c’est pour s’assurer que le testateur, ou d’autres personnes, n’ont rien ajouté une fois le testament terminé. Cependant, il arrive parfois que le testateur, ne connaissant pas cette exigence, signe le document en haut ou sur le côté, ou encore sur l’enveloppe qui l’accompagne, en pensant que la signature est valide. Cette modification ferait en sorte qu’un testament ne serait pas invalide si le tribunal est convaincu que la signature a été apposée dans le but de donner effet au testament, peu importe où elle est placée. (Cela ne pourrait servir à valider des dispositions, si le tribunal est convaincu qu’elles ont été insérées ultérieurement.)

Il serait bon de conserver l’exigence qu’il y ait deux témoins parce qu’elle peut servir à empêcher la fraude et les manoeuvres de captation. De plus, cette exigence joue un rôle important sur le plan de la preuve, en permettant qu’un témoin soit contre-interrogé à partir du témoignage de l’autre témoin, si des questions de faits se posent en ce qui concerne l’exercice de pressions indues. Elle a également pour effet d’aider le tribunal à reconstituer des événements, si la capacité du testateur est mise en doute. Le problème qui se pose est que les tribunaux interprètent cette exigence comme s’il fallait que les événements se déroulent dans un ordre particulier. Plus précisément, ils ont statué que, si un témoin signe avant que le testateur ne signe, ce témoin doit signer de nouveau en présence à la fois du testateur et de l’autre témoin, pour valider sa signature. C’est pourquoi on précise que, si un témoin signe avant que le testateur ne signe ou ne reconnaisse sa signature, on devrait permettre qu’il reconnaisse simplement sa signature devant le testateur, sans avoir à signer de nouveau en présence de l’autre témoin.

Dans plusieurs cas, des testaments ont été invalidés parce que le testateur n’avait pu réellement regarder signer les témoins, vu qu’il était “sur son lit de mort” et qu’il n’était pas donc capable, physiquement, de suivre l’attestation. Par contre, il y a des cas où le testament a été déclaré parfaitement valide, alors que le testateur était capable de suivre l’attestation mais avait choisi de ne pas le faire. Les tribunaux ont établi une distinction, à savoir que, dans le dernier cas, le testateur était présent “physiquement”, parce qu’il aurait pu regarder faire les témoins, s’il l’avait voulu, tandis que dans le premier cas, il ne pouvait le faire. Les résultats plutôt étranges auxquels on a abouti dans le premier cas seraient donc atténués par l’adoption de la modification.

Modification n° 2 :

L'article 6 est abrogé et remplacé par ce qui suit :

“6(1) Un testament olographe, entièrement écrit de la main du testateur et signé par lui, peut être fait sans aucune autre formalité ou exigence quant à la présence, à l'attestation ou à la signature d'un témoin.

(2) Lorsqu'un testament est en partie écrit de la main du testateur et en partie imprimé, dactylographié ou présenté sous une autre forme écrite, il peut être homologué sans aucune formalité ou exigence quant à la présence, à l'attestation ou à la signature d'un témoin, pourvu que les conditions suivantes soient réunies :

- a) au moins une portion d'une clause de disposition est écrite de la main du testateur;
- b) il appert que le testateur voulait incorporer les mots imprimés, dactylographiés ou présentés sous une autre forme dans son propre testament;
- c) le testament est signé par le testateur.”

Commentaire :

Cela correspond aux recommandations 6 et 7 du rapport de 1985 :

- “Un document qui est en partie un écrit de la main du testateur (comportant en plus sa propre signature) et en partie une formule imprimée, dactylographiée ou autrement admis, devrait être admis en vérification lorsque le tribunal estime que le testateur avait l'intention d'en inclure les termes comme ses propres mots, et lorsqu'il peut y déceler la présence d'une intention testamentaire suffisante.”
- “On devrait maintenir l'obligation de la signature d'un testament olographe.”

Souvent, le testateur utilisera une formule imprimée, achetée chez un commerçant de papeterie. Dans ce cas, il ne fait que remplir les blancs, et il signe ensuite le document sans témoin. Le testament est donc écrit de sa main *en partie* mais non pas *entièrement*. Dans certains cas, les tribunaux acceptent les portions du testament à homologuer qui sont écrites de la main du testateur et rejettent les portions dactylographiées ou imprimées. Par contre, si les portions écrites à la main ne peuvent être isolées, on ne peut respecter le volonté du testateur, car l'homologation du testament est refusée. Cette interprétation ne tient aucunement compte du fait qu'on devrait déduire, de l'utilisation comme telle d'une

APPENDICE O

formule de testament, une certaine intention de tester. Afin d'éviter qu'il y ait fraude, on exige que l'écriture manuscrite du testateur se retrouve ailleurs que dans sa signature.

Modification n° 3 :

Le paragraphe qui suit est inséré après le paragraphe 18(2) :

“(3) Par dérogation aux paragraphes (1) et (2), le testateur peut apporter une modification manuscrite à son testament, pourvu qu'il la signe, mais la présence d'un témoin n'est pas nécessaire, ni son attestation ou sa signature.”

Commentaire :

Cela correspond à la huitième recommandation du rapport de 1985 :

- “La Loi uniforme devrait être modifiée de façon à permettre qu'un testateur apporte des modifications à un testament formel de sa propre main, s'il le signe, sans la présence de témoins”

Dans certains cas, les tribunaux permettent déjà l'homologation de modifications non attestées, apportées à des testaments solennels, reconnus valides en tant qu'“testaments olographes”, en concluant que les modifications manuscrites constituent un “codicille olographe” fait directement sur le testament original. Par contre, dans d'autres cas, ils n'admettent pas les modifications pour faute de conformité avec les exigences d'ordre technique. Ces cas donnent lieu à des litiges parce qu'il est impossible de prévoir ce que la Cour décidera dans une situation donnée. Le fait de permettre que des modifications soient faites sans qu'il y ait de témoins découle du principe selon lequel il faut donner effet à la volonté du testateur chaque fois que cela est possible.

IV. ANNEXE

Projet de loi modificative

1. Loi modifiant la *Loi uniforme sur les testaments*.
2. La *Loi uniforme sur les testaments* est modifiée de la façon énoncée dans la présente loi.
3. L'article 4 est abrogé et remplacé par ce qui suit :
 - “4(1) Sous réserve des articles 5 et 6, un testament est valide aux conditions suivantes :
 - a) qu'il soit fait par écrit et signé par le testateur, ou par une autre personne en sa présence et sous sa direction;

- b) qu'il semble que le testateur, par sa signature, a eu l'intention de donner effet au testament;
 - c) que la signature soit apposée ou reconnue par le testateur en la présence simultanée de deux ou plusieurs témoins;
 - d) que chaque témoin
 - (i) atteste et signe le testament; ou
 - (ii) reconnaisse sa signature en présence du testateur, mais non nécessairement en présence d'un autre témoin;
- toutefois, aucune forme d'attestation ne doit être requise.

(2) Aucun testament n'est invalide pour le seul motif que son auteur n'a pas regardé ou n'était pas capable de regarder signer les témoins, s'il était de toute façon présent à ce moment-là."

4. L'article 6 est abrogé et remplacé par ce qui suit :

"6(1) Un testament olographe, entièrement écrit de la main du testateur et signé par lui, peut être fait sans aucune autre formalité ou exigence quant à la présence, à l'attestation ou à la signature d'un témoin.

(2) Lorsqu'un testament est en partie écrit de la main du testateur et en partie imprimé, dactylographié ou présenté sous une autre forme écrite, il peut être homologué sans aucune formalité ou exigence quant à la présence, à l'attestation ou à la signature d'un témoin, pourvu que les conditions suivantes soient réunies :

- a) au moins une portion d'une clause de disposition est écrite de la main du testateur;
- b) il appert que le testateur voulait incorporer les mots imprimés, dactylographiés ou présentés sous une autre forme dans son propre testament;
- c) le testament est signé par le testateur."

5. L'article 7 est abrogé.

6. Le paragraphe suivant est inséré après le paragraphe 18(2):

"(3) Par dérogation aux paragraphes (1) et (2), le testateur peut apporter une modification manuscrite à son testament, pourvu qu'il la signe, mais la présence d'un témoin n'est pas nécessaire, ni son attestation ou sa signature."

7. La présente loi entre en vigueur à la date de sa sanction.

RAPPORT SUPPLÉMENTAIRE SUR LES TESTAMENTS

L'objet du présent rapport est de déterminer si la Loi uniforme sur les testaments devrait être modifiée pour régir le cas où une personne ferait

un testament, sans témoins, autrement que manuscrit. Ce genre de testament n'est certes pas, à proprement parler, «olographe»; en effet, le testament olographe doit être écrit en entier de la main du testateur. Toutefois, selon la recommandation contenue dans le rapport de la Saskatchewan, serait considéré comme un testament olographe, le testament qui serait en partie écrit de la main du testateur et en partie imprimé sous une forme quelconque. Ainsi, l'exception est créée, mais jusqu'où devrait-elle s'étendre? Telle est la question à régler.

L'on préconise de suivre le principe qui fait que le testament olographe puisse être accepté à la place d'un testament formel, soit la garantie d'authenticité. Les testaments olographes sont acceptables principalement parce que le manuscrit prouve que le testateur connaissait et approuvait la teneur du document. L'on ne saurait ainsi craindre que le testateur puisse avoir signé un document rédigé à l'avance et dont il ne connaîtrait pas la teneur. Aussi, y a-t-il lieu de retenir le principe primordial qui sous-tend la reconnaissance du testament olographe, si l'on veut en étendre la portée.

Partant de ce principe, il ne serait pas judicieux, à notre avis, d'étendre la portée d'«olographe» aux documents qui sont dactylographiés ou imprimés par ordinateur, même si le document en question aurait été établi entièrement par le testateur; cette formule n'offre pas suffisamment de garantie quant à l'authenticité du document. Certes, cela ne veut pas dire qu'un expert ne puisse arriver à établir qu'une personne a produit tel document à l'aide de telle machine; mais, règle générale, il ne serait pas possible d'identifier le document aussi facilement que cela pourrait se faire avec un manuscrit, et les risques de falsification et de fraude seraient plus grands. C'est pourquoi il est recommandé de ne pas étendre la portée de l'«olographe» aux documents dactylographiés (ou aux imprimés d'ordinateur) qui ne contiennent aucune partie manuscrite.

RECOMMANDATION: Ne pas modifier la Loi uniforme sur les testaments pour étendre la portée du testament olographe aux documents dactylographiés ou imprimés par ordinateur dont aucune partie n'est manuscrite.

Il reste une autre question à régler sur le sujet, savoir les documents établis par les personnes handicapées qui ne peuvent se servir de leurs mains pour écrire, mais dont le mode de rédaction peut facilement être identifié quant à elles. L'écriture à la bouche ou au pied seraient les cas les plus courants. À notre avis, la définition de «manuscrit» devrait être assez large pour couvrir ces modes d'écriture en autant que le principe de base, soit l'authenticité du document, soit bien respecté. Pour

pouvoir être assimilé à un «manuscrit», le document devrait être produit par le testateur, et ce en entier, et pouvoir être facilement reconnu comme tel. L'écriture au pied et à la bouche seraient sans doute de ce genre. À noter toutefois qu'il semble n'y avoir aucun arrêt qui ait statué sur la signification de «manuscrit»; cette lacune pouvant causer certaines difficultés, il y aurait lieu d'y remédier.

RECOMMANDATION: Modifier la Loi uniforme sur les testaments afin d'y inclure une disposition prévoyant que le «manuscrit» n'exclut pas l'écriture faite par le testateur à l'aide d'un membre autre que sa main.

TABLE I

UNIFORM ACTS PREPARED, ADOPTED AND PRESENTLY RECOMMENDED BY THE CONFERENCE FOR ENACTMENT

Title	Year First Adopted and Recom- mended	Subsequent Amend- ments and Revisions
Accumulations Act	1968	
Bills of Sale Act	1928	Am. '31, '32; Rev. '55; Am. '59, '64, '72.
Bulk Sales Act	1920	Am. '21, '25, '38, '49; Rev. '50, '61.
Child Status Act	1980	Rev. '82.
Condominium Insurance Act	1971	Am. '73.
Conflict of Laws (Traffic Accidents) Act	1970	
Contributory Fault Act	1984	
Contributory Negligence Act	1924	Rev. '35, '53; Am. '69.
Criminal Injuries Compensation Act	1970	Rev. '83.
Custody Jurisdiction and Enforcement Act ...	1974	Rev. '81.
Defamation Act	1944	Rev. '48; Am. '49, '79.
Dependants' Relief Act	1974	
Devolution of Real Property Act	1927	Am '62.
Domicile Act	1961	
Effect of Adoption Act	1969	
Evidence Act	1941	Am. '42, '44, '45; Rev. '45; Am. '51, '53, '57; Rev. '81.
— Affidavits before Officers	1953	
— Foreign Affidavits	1938	Am. '51; Rev. '53.
— <i>Hollington v. Hewthorne</i>	1976	
— Judicial Notice of Acts, Proof of State Documents	1930	Rev. '31.
— Photographic Records	1944	
— <i>Russell v. Russell</i>	1945	
— Use of Self-Criminating Evidence Before Military Boards of Inquiry	1976	
Family Support Act	1980	Am. '86.
Fatal Accidents Act	1964	
Foreign Arbitral Awards Act	1985	
Foreign Judgments Act	1933	Rev. '64.
Franchises Act	1984	Rev. '85.
Frustrated Contracts Act	1948	Rev. '74.
Highway Traffic — Responsibility of Owner & Driver for Accidents	1962	
Hotelkeepers Act	1962	
Human Tissue Gift Act	1970	Rev. '71.
Information Reporting Act	1977	
International Child Abduction Act	1981	
International Commercial Arbitration Act	1986	
International Sale of Goods Act	1985	
Interpretation Act	1938	Am. '39; Rev. '41; Am. '48; Rev. '53, '73; Rev. '84.
Interprovincial Subpoenas Act	1974	
Intestate Succession Act	1925	Am. '26, '50, '55; Rev '58; Am. '63; Rev. '85.

TABLE I

Title	Year First Adopted and Recommended	Subsequent Amendments and Revisions
Judgment Interest Act	1982	
Jurors' Qualifications Act	1976	
Legitimacy Act	1920	Rev '59.
Limitation of Actions Act	1931	Am '33, '43, '44.
Limitations Act	1982	
— Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods	1976	
Maintenance and Custody Enforcement Act	1985	
Married Women's Property Act	1943	
Medical Consent of Minors Act	1975	
Occupiers' Liability Act	1973	Am '75.
Partnerships Registration Act	1938	Am. '46.
Perpetuities Act	1972	
Personal Property Security Act	1971	Rev. '82.
Powers of Attorney Act	1978	
Presumption of Death Act	1960	Rev '76.
Proceedings Against the Crown Act	1950	
Products Liability Act	1984	
Reciprocal Enforcement of Judgments Act	1924	Am. '25; Rev '56; Am. '57; Rev '58; Am '62, '67
Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act	1946	Rev. '56, '58; Am '63, '67, '71; Rev. '73, '79; Am. '82; Rev '85
Reciprocal Recognition and Enforcement of Judgments Act	1981	
Regulations Act	1943	Rev '82.
Retirement Plan Beneficiaries Act	1975	
Sale of Goods Act	1981	Rev '82.
Service of Process by Mail Act	1945	
Statutes Act	1975	
Survival of Actions Act	1963	
Survivorship Act	1939	Am. '49, '56, '57; Rev. '60, '71.
Testamentary Additions to Trusts Act	1968	
Transboundary Pollution Reciprocal Access Act	1982	
Trustee (Investments)	1957	Am. '70
Variation of Trusts Act	1961	
Vital Statistics Act	1949	Am. '50, '60, Rev. '86.
Warehousemen's Lien Act	1921	
Warehouse Receipts Act	1945	
Wills Act		
— General	1953	Am '66, '74, '82, '86
— Conflict of Laws	1966	
— International Wills	1974	
— Section 17 revised	1978	

TABLE II

UNIFORM ACTS PREPARED, ADOPTED AND RECOMMENDED FOR ENACTMENT WHICH HAVE BEEN SUPERSEDED BY OTHER ACTS, WITHDRAWN AS OBSOLETE, OR TAKEN OVER BY OTHER ORGANIZATIONS

Title	Year Adopted	No. of Jurisdictions Enacting	Year Withdrawn	Superseding Act
Assignment of Book Debts Act	1928	10	1980	Personal Property Security Act
Conditional Sales Act	1922	7	1980	Personal Property Security Act
Cornea Transplant Act	1959	11	1965	Human Tissue Act
Corporation Securities Registration Act	1931	6	1980	Personal Property Security Act
Fire Insurance Policy Act	1924	9	1933	*
Highway Traffic — Rules of the Road	1955	3		**
Human Tissue Act	1965	6	1970	Human Tissue Gift Act
Landlord and Tenant Act	1937	4	1954	None
Life Insurance Act	1923	9	1933	*
Pension Trusts and Plans — Appointment of Beneficiaries	1957	8	1975	Retirement Plan Beneficiaries Act
— Perpetuities	1954	8	1975	In part by Retirement Plan Beneficiaries Act and in part by Perpetuities Act
Reciprocal Enforcement of Tax Judgments Act	1965	None	1980	Dependants' Relief Act
Testators Family Maintenance Act	1945	4	1974	None

*Since 1933 the Fire Insurance Policy Act and the Life Insurance Act have been the responsibility of the Association of Superintendents of Insurance of the Provinces of Canada (*see* 1933 Proceedings, pp. 12, 13) under whose aegis a great many amendments and a number of revisions have been made. The remarkable degree of uniformity across Canada achieved by the Conference in this field in the nineteen twenties has been maintained ever since by the Association.

**The Uniform Rules of the Road are now being reviewed and amended from time to time by the Canadian Conference of Motor Transport Authorities.

TABLE III

UNIFORM ACTS NOW RECOMMENDED SHOWING THE JURISDICTIONS
THAT HAVE ENACTED THEM IN WHOLE OR IN PART, WITH OR
WITHOUT MODIFICATIONS, OR IN WHICH PROVISIONS SIMILAR IN
EFFECT ARE IN FORCE

**indicates that the Act has been enacted in part.*

°*indicates that the Act has been enacted with modifications.*

**indicates that provisions similar in effect are in force.*

†*indicates that the Act has since been revised by the Conference.*

Accumulations Act—Enacted by N.B.* *sub nom.* Property Act; Ont.
(’66). Total: 2.

Assignment of Book Debts Act—Enacted by Man. (’29, ’51, ’57). Total:
1.

Bills of Sale Act—Enacted by Alta.† (’29); Man. (’29, ’57); N.B.° (’52);
Nfld.° (’55); N.W.T.° (’48); N.S. (’30); P.E.I.* (’47, ’82). Total: 7.

Bulk Sales Act—Enacted by Alta.† (’22); Man. (’51); N.B.† (’27);
Nfld.° (’55); N.W.T.† (’48); N.S.*; Yukon (’56). Total: 7.

Child Abduction (Hague Convention) Act—Enacted by B.C. (’82);
Man. (’82); N.B.* (’82); Nfld. (’83); N.S. (’82); P.E.I.° (’84) *sub nom.*
Custody Jurisdiction and Enforcement Act; Yukon (’81). Total: 7.

Condominium Insurance Act—Enacted by B.C. (’74) *sub nom.* Strata
Titles Act; Man. (’76); Yukon (’81). Total: 3.

Conflict of Laws (Traffic Accidents) Act—Enacted by Yukon (’72).
Total: 1.

Contributory Negligence Act—Enacted by Alta.† (’37); N.B.° (’25,
’62); Nfld.° (’51); N.W.T.° (’50); N.S. (’26, ’54); P.E.I.* (’78); Sask.
(’44); Yukon° (’55). Total: 8.

Criminal Injuries Compensation Act—Enacted by Alta.† (’69); B.C.
(’72); N.B.* (’71); Nfld.* (’68); N.W.T. (’73); Ont. (’71); Yukon° (’72,
’81). Total: 7.

Custody Jurisdiction and Enforcement Act—Enacted by Man. (’83);
N.B.* (’80); Nfld.° (’83); P.E.I.° (’84). Total: 4.

Defamation Act—Enacted by Alta.† (’47); B.C.* *sub nom.* Libel and
Slander Act; Man. (’46); N.B.* (’52); Nfld.° (’83); N.W.T.° (’49);
N.S.* (’60); P.E.I.° (’48); Yukon (’54, ’81). Total: 9.

Dependants’ Relief Act—Enacted by N.B.* (’59); N.W.T.* (’74); Ont.
(’73) *sub nom.* Succession Law Reform Act, 1977: Part V; P.E.I. (’74)
sub nom. Dependants of a Deceased Person Relief Act; Yukon (’81).
Total: 5.

Devolution of Real Property Act—Enacted by Alta. (’28); N.B.° (’34);
N.W.T.° (’54); P.E.I.* (’39) *sub nom.* Probate Act: Part V; Sask.
(’28); Yukon (’54). Total: 6.

TABLE III

Domicile Act—0.

Effect of Adoption Act—Enacted by N.B.* ('80); N.W.T. ('69); P.E.I.*.
Total: 3.

Evidence Act—Enacted by Alta. ('47, '52, '58); B.C. ('32, '45, '47, '53, '77); Can. ('42, '43); Man.* ('57, '60); Nfld. ('54); N.W.T.° ('48); N.S. ('45, '46, '52); P.E.I.* ('39); Ont.* ('45, '46, '52, '54); Sask. ('45, '46, '47); Yukon° ('55). Total: 11.

Extra—Provincial Custody Orders Enforcement Act—Enacted by Alta. ('77); B.C. ('76); Man.° ('82); Nfld.° ('76); N.W.T. ('81); N.S. ('76); Ont. ('82); Sask.° ('77). Total: 8.

Family Support Act—Enacted by Yukon* ('81). Total: 1.

Fatal Accidents Act—Enacted by N.B.* ('69); N.W.T.† ('48); Ont. ('77); *sub nom.* Family Law Reform Act: Part V; P.E.I.*. Total: 4.

Foreign Judgments Act—Enacted by N.B.° ('50); Sask. ('34). Total: 2.

Frustrated Contracts Act—Enacted by Alta.† ('49); B.C. ('74); N.B. ('49); Nfld. ('56); N.W.T.† ('56); Ont. ('49); Yukon ('81). Total: 7.

Highway Traffic and Vehicles Act, Part III: Responsibility of Owner and Driver for Accidents—0.

Hotelkeepers Act—Enacted by N.B.*. Total: 1.

Human Tissue Gift Act—Enacted by Alta. ('73); B.C. ('72); N.B.*; Nfld.° ('71); N.W.T. ('66); N.S. ('73); Ont. ('71); P.E.I.° ('74, '81); Sask.° ('68); Yukon ('81). Total: 10.

International Commercial Arbitration Act—Enacted by B.C.° ('86); Can. ('86); N.B. ('86); Nfld. ('86); N.W.T. ('86); N.S. ('86); Ont. ('86); P.E.I. ('86); Sask. ('86); Yukon ('86). Total: 10.

Interpretation Act—Enacted by Alta.° ('80); B.C. ('74); N.B.*; Nfld.° ('51); N.W.T.°† ('48); P.E.I.° ('81); Que.*; Sask.° ('43); Yukon* ('54). Total: 9.

Interprovincial Subpoenas Act—Enacted by Alta. ('81); B.C. ('76); Man. ('75); N.B.° ('79); Nfld.° ('79); N.W.T.° ('76); Ont. ('79); Sask.° ('77); Yukon ('81). Total: 9.

Intestate Succession Act—Enacted by Alta. ('28); B.C. ('25); Man.° ('27, '77) *sub nom.* Devolution of Estates Act; N.B.° ('26); Nfld. ('51); N.W.T.° ('48); Ont.° ('77) *sub nom.* Succession Law Reform Act: Part II; P.E.I.* ('39) *sub nom.* Probate Act: Part IV; Sask. ('28); Yukon° ('54). Total: 10.

Judgment Interest Act—Enacted by N.B.*; Nfld. ('83). Total: 2.

Jurors Act (Qualifications and Exemptions)—Enacted by B.C. ('77); *sub nom.* Jury Act; Man. ('77); N.B.*; Nfld. ('81); P.E.I.° ('81). Total: 5.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

- Legitimacy Act—Enacted by Alta. ('28, '60); B.C. ('22, '60); Man. ('28, '62); N.W.T.° ('49, '64); N.S.*; Ont. ('21, '62); P.E.I.* ('20) *sub nom.* Children's Act: Part I; Sask.° ('20, '61); Yukon* ('54). Total: 9.
- Limitation of Actions Act—Enacted by Alta.° ('35); Man.° ('32, '46); N.B.* ('52); N.W.T.* ('48); P.E.I.* ('39); Sask. ('32); Yukon ('54). Total: 7.
- Married Women's Property Act—Enacted by Man. ('45); N.B.° ('51); N.W.T. ('52, '77); Yukon° ('54). Total: 4.
- Medical Consent of Minors Act—Enacted by N.B.° ('76). Total: 1.
- Occupiers' Liability Act—Enacted by B.C. ('74); P.E.I.° ('84). Total: 2.
- Partnerships Registration Act—Enacted by N.B.° ('51); P.E.I.*; Sask.* ('41) *sub nom.* Business Names Registration Act. Total: 3.
- Pensions Trusts and Plans—Appointment of Beneficiaries—Enacted by Alta. ('58); Man. ('59); N.B. ('55); Nfld. ('58); N.S. ('60); Sask. ('57). Total: 6.
- Perpetuities Act—Enacted by Alta. ('72); B.C. ('75); Man. ('59); Nfld. ('55); N.W.T.* ('68); N.S. ('59); Ont. ('66); Yukon ('81). Total: 8.
- Personal Property Security Act—Enacted by Man. ('77); Sask.° ('79); Yukon° ('81). Total: 3.
- Powers of Attorney Act—Enacted by B.C. ('79); Sask.° ('83). Total: 2.
- Presumption of Death Act—Enacted by B.C. ('58, '77) *sub nom.* Survivorship and Presumption of Death Act; Man. ('68); N.B.* ('60); N.W.T. ('62, '77); N.S.° ('83); Yukon ('81). Total: 6.
- Proceedings Against the Crown Act—Enacted by Alta.° ('59); Man. ('51); N.B.° ('52); Nfld.° ('73); N.S. ('51); Ont.° ('63); P.E.I.* ('73); Sask.° ('52). Total: 8.
- Reciprocal Enforcement of Judgments Act—Enacted by Alta. ('25, '58); B.C. ('25, '59); Man. ('50, '61); N.B.* ('25, '51); Nfld.° ('60); N.W.T.* ('55); N.S.° ('73); Ont. ('29); P.E.I.° ('74); Sask. ('40); Yukon ('56, '81). Total: 11.
- Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act—Enacted by Alta. ('47, '58); B.C.° ('72); Man. ('46, '61, '83); N.B.† ('52); Nfld.* ('51, '61); N.W.T.° ('51); N.S.* ('49, '83); Ont.° ('59); P.E.I.° ('51, '83); Que. ('52); Sask. ('68, '81, '83); Yukon ('81). Total: 12.
- Regulations Act—Enacted by Alta.° ('57); B.C. ('83); Can.° ('50); Man.° ('45); N.B.° ('62); Nfld.° ('77); N.W.T.° ('73); Ont.° ('44); Sask.° ('63, '82); Yukon° ('68). Total: 10.
- Retirement Plan Beneficiaries Act—Enacted by Alta. ('77, '81); Man. ('76); N.B.° ('82); Ont. ('77) *sub nom.* Law Succession Reform Act: Part V; P.E.I.*; Yukon ('81). Total: 6.

TABLE III

- Service of Process by Mail Act—Enacted by Alta.*; B.C.° ('45); Man.*; Sask.*. Total: 4.
- Statutes Act—Enacted by B.C.° ('74); N.B.° ('73); P.E.I.*. Total: 3.
- Survival of Actions Act—Enacted by Alta.° ('79); B.C.* *sub nom.* Estate Administration Act; N.B.* ('69); P.E.I.° ('78); Yukon ('81). Total: 5.
- Survivorship Act—Enacted by Alta. ('48, '64); B.C.° ('39, '58); Man. ('42, '62); N.B.† ('40); Nfld. ('51); N.W.T. ('62); N.S. ('41); Ont. ('40); Sask. ('42, '62); Yukon ('81). Total: 10.
- Testamentary Additions to Trusts Act—Enacted by Yukon ('69) *sub nom.* Wills Act,s 29. Total: 1.
- Testators Family Maintenance Act—Enacted by 6 jurisdictions before it was superseded by the Dependants Relief Act.
- Transboundary Pollution Reciprocal Access Act—Enacted by Colorado ('84); Man. ('85); Montana ('84); New Jersey ('84); P.E.I. ('85). Total: 5.
- Trustee Investments Act—Enacted by B.C. ('59); Man.° ('65); N.B. ('71); N.W.T. ('71); N.S.* ('57); Sask. ('65); Yukon ('62, '81). Total: 7.
- Variation of Trusts Act—Enacted by Alta. ('64); B.C. ('68); Man. ('64); N.W.T. ('63); N.S. ('62); Ont. ('59); P.E.I. ('63); Sask. ('69). Total: 8.
- Vital Statistics Act—Enacted by Alta.° ('59); B.C.° ('62); Man.° ('51); N.B.* ('79); N.W.T.° ('52); N.S.° ('52); Ont. ('48); P.E.I.* ('50); Sask. ('50); Yukon° ('54). Total: 10.
- Warehousemen's Lien Act—Enacted by Alta. ('22); B.C. ('52); Man. ('23); N.B.* ('23); Nfld. ('63); N.W.T.° ('48); N.S. ('51); Ont. ('24); P.E.I.° ('38); Sask. ('21); Yukon ('54). Total: 11.
- Warehouse Receipts Act—Enacted by Alta. ('49); B.C.* ('45); Man.° ('46); N.B.° ('47); Nfld. ('63); N.S. ('51); Ont.° ('46). Total: 7.
- Wills Act—Enacted by Alta.° ('60); B.C.° ('60); Man.° ('64); N.B.° ('59); Nfld. ('76); N.W.T.° ('52); Sask. ('31); Yukon° ('54). Total: 8.
- Conflict of Laws—Enacted by B.C. ('60); Man. ('55); Nfld. ('76); N.W.T. ('52); Ont. ('54). Total: 5.
- (Part 4) International—Enacted by Alta. ('76); Nfld. ('76). Total: 2.
- Section 17—B.C.° ('79). Total: 1.

TABLE IV

LIST OF JURISDICTIONS SHOWING THE UNIFORM ACTS NOW
RECOMMENDED ENACTED IN WHOLE OR IN PART, WITH OR WITHOUT
MODIFICATIONS, OR IN WHICH PROVISIONS SIMILAR IN EFFECT ARE IN
FORCE

**indicates that the Act has been enacted in part*

°*indicates that the Act has been enacted with modifications*

**indicates that provisions similar in effect are in force*

†*indicates that the Act has since been revised by the Conference*

Alberta

Bills of Sale Act† ('29); Bulk Sales Act† ('22); Contributory Negligence Act† ('37); Criminal Injuries Compensation Act† ('69); Defamation Act† ('47); Devolution of Real Property Act ('28); Evidence Act—Affidavits before Officers ('58), Foreign Affidavits ('52, '58), Photographic Records ('47), *Russell v. Russell* ('47); Extra-Provincial Custody Orders Enforcement Act ('77); Frustrated Contracts Act† ('49); Human Tissue Gift Act ('73); Interpretation Act° ('80); Interprovincial Subpoena Act ('81); Intestate Succession Act ('28); Legitimacy Act ('28, '60); Limitation of Actions Act° ('35); Pension Trusts and Plans—Appointment of Beneficiaries ('58); Perpetuities Act ('72); Proceedings Against the Crown Act° ('59); Reciprocal Enforcement of Judgments Act ('25, '58); Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act ('47, '58); Regulations Act° ('57); Retirement Plan Beneficiaries Act ('77, '81); Service of Process by Mail Act*; Survivorship Act ('48, '64); Variation of Trusts Act ('64); Vital Statistics Act° ('59); Warehousemen's Lien Act ('22); Warehouse Receipts Act ('49); Wills Act° ('60); International Wills ('76). Total: 32.

British Columbia

Child Abduction (Hague Convention) Act ('82); Criminal Injuries Compensation Act ('72); Condominium Insurance Act ('74) *sub nom.* Condominium Act*; Defamation Act* *sub nom.* Libel and Slander Act; Evidence—Affidavits before Officers: Foreign Affidavits* ('53); *Hollington v. Hewthorne* ('77) Judicial Notice of Acts, etc. ('32), Photographic Records ('45), *Russell v. Russell* ('47); Extra-Provincial Custody Orders Enforcement Act ('76) *sub nom.* Family Relations Act*; Frustrated Contracts Act ('74) *sub nom.* Frustrated Contract Act; Human Tissue Gift Act ('72); International Commercial Arbitration Act° ('86); Interpretation Act ('74); Interprovincial Subpoenas Act ('76) *sub nom.* Subpoena Interprovincial Act*; Intestate Succession Act ('25) *sub nom.* Estate Administration Act*; Jurors Qualification Act ('77) *sub nom.* Jury Act; Legitimacy Act ('22, '60); Occupiers' Liability Act ('74) *sub*

TABLE IV

nom. Occupiers' Liability Act*; Perpetuities Act ('75) *sub nom.* Perpetuity Act*; Powers of Attorney Act ('79) *sub nom.* Power of Attorney Act*; Presumption of Death Act ('58, '77) *sub nom.* Survivorship and Presumption of Death Act; Reciprocal Enforcement of Judgments Act ('25, '59) *sub nom.* Court Order Enforcement Act*; Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act° ('72) in Regulations under Sec. 7008 Family Relations Act; Regulations Act ('83); Service of Process by Mail Act° ('45) *sub nom.* Small Claims Act*; Survival of Actions Act *sub nom.* Estate Administration Act*; Statutes Act° ('74) Part in Constitution Act; Part in Interpretation Act; Survivorship Act° ('39, '58) *sub nom.* Survivorship and Presumption of Death Act*; Provisions now in Wills Variation Act*; Trustee (Investments) ('59) Provisions now in Trustee Act; Variation of Trusts Act ('68) *sub nom.* Trust Variation Act; Vital Statistics Act° ('62); Warehousemen's Lien Act ('52) *sub nom.* Warehouse Lien Act*; Warehouse Receipts Act* ('45); Wills Act° ('60); Wills—Conflict of Laws ('60), Sec. 17° ('79). Total: 35.

Canada

Evidence—Foreign Affidavits ('43), Photographic Records ('42); International Commercial Arbitration Act ('86); Regulations Act° ('50), superseded by the Statutory Instruments Act, S.C. 1971, c. 38. Total: 4.

Manitoba

Assignment of Book Debts Act ('29, '51, '57); Bills of Sale Act ('29, '57); Bulk Sales Act ('51); Child Abduction (Hague Convention) Act ('82); Condominium Insurance Act ('76); Custody Jurisdiction and Enforcement Act ('83); Defamation Act ('46); Extra Provincial Custody Orders Enforcement Act° ('82); Evidence Act* ('60); Affidavits before Officers ('57); Interprovincial Subpoenas Act ('75); Intestate Succession Act° ('27, '77) *sub nom.* Devolution of Estates Act; Jurors' Qualifications Act ('77); Legitimacy Act ('28, '62); Limitation of Actions Act° ('32, '46); Married Women's Property Act ('45); Pension Trusts and Plans — Appointment of Beneficiaries ('59); Perpetuities ('59); Personal Property Security Act ('77); Presumption of Death Act° ('68); Proceedings Against the Crown Act ('51); Reciprocal Enforcement of Judgments Act ('50, '61); Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act ('46, '61, '83); Regulations Act° ('45); Retirement Plan Beneficiaries Act ('76); Service of Process by Mail Act*; Survivorship Act ('42, '62); Transboundary Pollution Reciprocal Access Act ('85); Trustee (Investments)° ('65); Variation of Trusts Act ('64); Vital Statistics Act° ('51); Warehousemen's Lien Act ('23); Warehouse Receipts Act° ('46); Wills Act° ('64), Conflict of Laws ('55). Total: 34.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

New Brunswick

Accumulations Act* *sub nom.* Property Act; Bills of Sales Act° ('52); Bulk Sales Act† ('27); Canada U.K. Convention on the Recognition and Enforcement of Judgments° ('82); Child Status* ('80) *sub nom.* Family Services Act; Contributory Negligence Act ('25)° ('62); Criminal Injuries Compensation Act* ('71); Custody Jurisdiction and Enforcement Act* ('80) *sub nom.* Family Services Act; Defamation Act* ('52); Dependants Relief Act* ('59); Devolution of Real Property Act° ('34) *sub nom.* Devolution of Estates Act; Effect of Adoption Act* ('80) *sub nom.* Family Services Act; Fatal Accidents Act* ('69); Family Support Act* ('80) *sub nom.* Family Services Act; Foreign Judgments Act° ('50); Highway Traffic Act*; Hotelkeepers Act* *sub nom.* Innkeepers Act; Human Tissue Gift Act* *sub nom.* Human Tissue Act; International Commercial Arbitration Act ('86); Interpretation Act*; Interprovincial Subpoenas Act° ('79); Intestate Succession Act° ('26) *sub nom.* Devolution of Estates; Judgment Interest* *sub nom.* Judicature Act, see also Rules of Court; Jurors Qualification Act* *sub nom.* Jury Act; Limitations of Actions* ('52); Married Women's Property Act° ('51); Medical Consent of Minors° ('76); Partnership Registration Act° ('51); Presumption of Death Act* ('60); Proceedings Against the Crown° ('52); Reciprocal Enforcement of Judgments ('25),* ('51); Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders† ('52); Reciprocal Recognition and Enforcement of Judgments° ('84); Regulations Act° ('62); Retirement Plan Beneficiaries° ('82); Sale of Goods*; Statutes Act° ('73) *sub nom.* Interpretation Act; Survival of Actions Act* ('69); Survivorship Act† ('40); Trustees (Investments) ('71); Vital Statistics* ('79); Warehousemen's Lien Act* ('23); Warehouse Receipts° ('47); Wills Act° ('59). Total: 38.

Newfoundland

Bills of Sale Act° ('55); Bulk Sales Act° ('55); Contributory Negligence Act° ('51); Criminal Injuries Compensation Act* ('68); Custody Jurisdiction and Enforcement Act° ('83); Defamation Act ('83); Evidence – Affidavits before Officers ('54); Extra-Provincial Custody Orders Enforcement Act° ('76); Foreign Affidavits ('54) *sub nom.* Evidence Act; Frustrated Contracts Act ('56); Human Tissue Gift Act° ('71); International Child Abduction Act ('83); International Commercial Arbitration Act ('86); International Wills ('76) *sub nom.* Wills Act; Interpretation Act° ('51); Interprovincial Subpoena Act° ('76); Intestate Succession Act ('51); Judgment Interest Act° ('83); Jurors Act (Qualifications and Exemptions) ('81) *sub nom.* Jury Act; Legitimacy Act°^{ox}; Pension

TABLE IV

Trusts and Plans—Appointment of Beneficiaries ('58) *sub nom.* Pension Plans (Designation of Beneficiaries) Act; Perpetuities Act ('55); Photographic Records ('49) *sub nom.* Evidence Act; Proceedings Against the Crown Act° ('73); Reciprocal Enforcement of Judgments Act° ('60); Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act* ('51, '61) *sub nom.* Maintenance Orders (Enforcement) Act; Regulations Act° ('77) *sub nom.* Statutes and Subordinate Legislation Act; Survivorship Act ('51); Warehousemen's Lien Act ('63); Warehouse Receipts Act ('63); Wills—Conflict of Laws Act ('76) *sub nom.* Wills Act. Total: 31.

Northwest Territories

Bills of Sale Act° ('48); Bulk Sales Act† ('48); Contributory Negligence Act° ('50); Criminal Injuries Compensation Act ('73); Defamation Act° ('49); Dependants' Relief Act* ('74); Devolution of Real Property Act° ('54); Effect of Adoption Act ('69) *sub nom.* Child Welfare Ordinance: Part IV; Extra-Provincial Custody Orders Enforcement Act ('81); Evidence Act° ('48); Fatal Accidents Act† ('48); Frustrated Contracts Act† ('56); Human Tissue Gift Act ('66); International Commercial Arbitration Act ('86); Interpretation Act°† ('48); Interprovincial Subpoenas Act° ('79); Intestate Succession Act° ('48); Legitimacy Act° ('49, '64); Limitation of Actions Act* ('48); Married Women's Property Act ('52, '77); Perpetuities Act* ('68); Presumption of Death Act ('62, '77); Reciprocal Enforcement of Judgments Act* ('55); Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act° ('51); Regulations Act° ('71); Survivorship Act ('62); Trustee (Investments) ('71); Variation of Trusts Act ('63); Vital Statistics Act° ('52); Warehousemen's Lien Act° ('48); Wills Act° — General (Part II) ('52), — Conflict of Laws (Part III) ('52) — Supplementary (Part III) ('52). Total: 33.

Nova Scotia

Bills of Sale Act ('30); Bulk Sales Act*; Child Abduction (Hague Convention) Act ('82); Contributory Negligence Act ('26, '54); Defamation Act* ('60); Evidence—Foreign Affidavits ('52), Photographic Records ('45), *Russell v. Russell* ('46); Human Tissue Gift Act ('73); International Commercial Arbitration Act ('86); Legitimacy Act*; Pension Trusts and Plans — Appointment of Beneficiaries ('60); Perpetuities ('59); Presumption of Death Act° ('63); Proceedings Against the Crown Act ('51); Reciprocal Enforcement of Judgments Act° ('73); Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act* ('49, '83); Survivorship Act ('41); Trustee Investments* ('57); Variation of Trusts Act ('62); Vital Statistics Act° ('52); Warehousemen's Lien Act ('51); Warehouse Receipts Act ('51). Total: 21.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

Ontario

Accumulations Act ('66); Criminal Injuries Compensation Act ('71) *sub nom.* Compensation for Victims of Crime Act° ('71); Dependants' Relief Act ('73) *sub nom.* Succession Law Reform Act: Part V; Evidence Act* ('60)—Affidavits before Officers ('54), Foreign Affidavits ('52, '54), Photographic Records ('45), *Russell v. Russell* ('46); Extra-Provincial Custody Orders Enforcement Act ('82); Fatal Accidents Act ('77) *sub nom.* Family Law Reform Act: Part V; Frustrated Contracts Act ('49); Human Tissue Gift Act ('71); International Commercial Arbitration Act ('86); Interprovincial Subpoenas Act ('79); Intestate Succession Act° ('77) *sub nom.* Succession Law Reform Act: Part II; Legitimacy Act ('21, '62), rep. '77; Perpetuities Act ('66); Proceedings Against the Crown Act° ('63); Reciprocal Enforcement of Judgments Act ('29); Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act° ('59); Regulations Act° ('44); Retirement Plan Beneficiaries Act ('77) *sub nom.* Succession Law Reform Act: Part V; Survivorship Act ('40); Variation of Trusts Act ('59); Vital Statistics Act ('48); Warehousemen's Lien Act ('24); Warehouse Receipts Act° ('46); Wills—Conflict of Laws ('54). Total: 29.

Prince Edward Island

Bills of Sale Act* ('47, '82); Child Abduction (Hague Convention) *sub nom.* Custody Jurisdiction and Enforcement Act° ('84); Contributory Negligence Act^x ('78); Defamation Act° ('48); Dependants' Relief Act° ('74) *sub nom.* Dependants of a Deceased Person Relief Act; Devolution of Real Property Act* ('39) *sub nom.* Part V of Probate Act; Effect of Adoption Act^x; Evidence Act* ('39); Fatal Accidents Act^x; Human Tissue Gift Act° ('74, '81); International Commercial Arbitration Act ('86); Interpretation Act° ('81); Intestate Succession Act *sub nom.* Part IV Probate Act* ('39); Jurors Act (Qualifications and Exemptions)° ('81); Legitimacy Act* ('20) *sub nom.* Part I of Children's Act; Limitation of Actions Act* ('39); Occupiers' Liability Act° ('84); Partnerships Registration Act^x; Proceedings Against the Crown Act* ('73); Reciprocal Enforcement of Judgments Act° ('74); Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act° ('51, '83); Retirement Plan Beneficiaries Act^x; Statutes Act^x; Survival of Actions Act^x; Transboundary Pollution (Reciprocal Access) Act ('85); Variation of Trusts Act ('63); Vital Statistics Act* ('50); Warehousemen's Lien Act° ('38). Total: 22.

Quebec

The following is a list of Uniform Acts which have some equivalents in the laws of Quebec. With few exceptions, these equivalents are in

TABLE IV

substance only and not in form, Bulk Sales Act: see a. 1569a and s.C.C. (S.Q. 1910, c. 39, mod. 1914, c. 63 and 1971, c. 85, s. 13) – similar; Criminal Injuries Compensation Act; see Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels, L.R.Q. (1977) ch. I-6 – quite similar; Evidence Act; Affirmation in lieu of oath: see a. 299 C.P.C. – similar; Judicial Notice of Acts, Proof of State Documents: see a. 1207 C.C. similar to «Proof of State Documents»; Human Tissue Gift Act: see a. 20, 21, 22 C.C. – similar; Interpretation Act: see Loi d'interprétation L.R.Q. (1977) ch. I-16 particularly, a. 49: cf. a. 6(1) of the Uniform Act, a. 40: cf. a. 9 of the Uniform Act, a. 39 para. 1: cf a. 7 of the Uniform Act, a. 41: cf a. 11 of the Uniform Act, a. 42 para. 1: cf a. 13 of the Uniform Act – these provisions are similar in both Acts; Partnerships Registration Act: see Loi sur les déclarations des compagnies et sociétés, L.R.Q. (1977) ch. D-1 – similar; Presumption of Death Act: see a. 70, 71 and 72 C.C. – somewhat similar; Service of Process by Mail Act: see a. 138 and 140 C.P.C. – s. 2 of the Uniform Act is identical; Trustee Investments: see a. 981a et.sq. C.C. – very similar; Warehouse Receipts Act: see Loi sur les connaissements L.R.Q. (1977) ch. C-53 – s. 23 of the Uniform Act is vaguely similar; Wills Act: see C.C. a. 842 para. 2: cf. s. 7 of the Uniform Act, a. 864 para. 2: cf. s. 15 of the Uniform Act, a. 849: cf. s. 6(1) of the Uniform Act, a. 854 para. 1: cf. ofs. 8(3) of the Uniform Act – which are similar.

NOTE:

Many other provisions of the Quebec Civil Code or of other statutes bear resemblance to the Uniform Acts but are not sufficiently identical to justify a reference. Obviously, most of these subject matters are covered one way or another in the laws of Quebec.

Saskatchewan

Contributory Negligence Act ('44); Devolution of Real Property Act ('28); Evidence—Foreign Affidavits ('47), Photographic Records ('45), *Russell v. Russell* ('46); Extrajudicial Custody Order Act ('77); Foreign Judgments Act ('34); Human Tissue Gift Act° ('68); International Commercial Arbitration Act ('86); Interpretation Act° ('43); Interprovincial Subpoenas Act° ('77); Intestate Succession Act ('28); Legitimacy Act° ('20, '61); Limitation of Actions Act ('32); Partnership Registration Act* ('41) *sub nom.* Business Names Registration Act; Pension Trusts and Plans—Perpetuities ('57); Personal Property Security Act° ('79); Powers of Attorney Act° ('83); Proceedings Against the Crown Act° ('52); Reciprocal Enforcement of Judgments Act ('40); Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act ('68, '81, '83); Regulations Act° ('63, '82);

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

Service of Process by Mail Act*; Survivorship Act ('42, '62); Trustee (Investments) ('65); Variation of Trusts Act ('69); Vital Statistics Act ('50); Warehousemen's Lien Act ('21); Wills Act ('31). Total: 28.

Yukon Territory

Bulk Sales Act ('56); Child Abduction (Hague Convention) Act ('81); Condominium Insurance Act ('81); Conflict of Laws (Traffic Accidents) Act ('72); Contributory Negligence Act° ('55); Criminal Injuries Compensation Act° ('72, '81) *sub nom.* Compensation for Victims of Crime Act; Defamation Act ('54, '81); Dependants Relief Act ('81); Devolution of Real Property Act ('54); Evidence Act° ('55), Foreign Affidavits ('55), Judicial Notice of Acts, etc. ('55), Photographic Records ('55), *Russell v. Russell* ('55); Family Support Act* ('81); *sub nom.* Matrimonial Property and Family Support Act; Frustrated Contracts Act ('81); Human Tissue Gift Act ('81); International Commercial Arbitration Act ('86); Interpretation Act* ('54); Interprovincial Subpoena Act ('81); Intestate Succession Act° ('54); Legitimacy Act* ('54); Limitation of Actions Act ('54); Married Women's Property Act° ('54); Perpetuities Act° ('81); Personal Property Security Act° ('81); Presumption of Death Act ('81); Reciprocal Enforcement of Judgments Act ('56, '81); Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act ('81); Regulations Act° ('68); Retirement Plan Beneficiaries Act ('81); Survival of Actions Act ('81); Survivorship Act ('81); Testamentary Additions to Trusts ('69) see Wills Act, s. 29; Trustee (Investments) ('62, '81); Vital Statistics Act° ('54); Warehousemen's Lien Act ('54); Wills Act° ('54). Total: 38.

CUMULATIVE INDEX

EXPLANATORY NOTE

This index specifies the year or years in which a matter was dealt with by the Conference.

If a subject was dealt with in three or more consecutive years, only the first and the last years of the sequence are mentioned in the index.

The inquiring reader, having learned from the cumulative index the year or years in which the subject in which he is interested was dealt with by the Conference, can then turn to the relevant annual *Proceedings* of the Conference and ascertain from its index the pages of that volume on which his subject is dealt with.

If the annual index is not helpful, check the relevant minutes of that year.

Thus the reader can quickly trace the complete history in the Conference of his subject.

The cumulative index is arranged in parts:

- Part I. Conference: General
- Part II. Legislative Drafting Section
- Part III. Uniform Law Section
- Part IV. Criminal Law Section

An earlier compilation of the same sort is to be found in the 1939 *Proceedings* at pages 242 to 257. It is entitled: TABLE AND INDEX OF MODEL UNIFORM STATUTES SUGGESTED, PROPOSED, REPORTED ON, DRAFTED OR APPROVED, AS APPEARING IN THE PRINTED PROCEEDINGS OF THE CONFERENCE 1918-1939.

PART I

CONFERENCE: GENERAL

Abduction of Children: '79-'81.

Accreditation of Members: *See under* Members.

Auditors: '79.

Banking and Signing Officers: '60-'61.

Canadian Intergovernmental Conference Secretariat: '78, '79.

Committees:

on the Agenda: '22.

on Finances: '77, '81.

on Finances and Procedures: '61-'63, '69, '71.

on Future Business: '32.

on Law Reform: '56, '57.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

- on New Business: '47.
- on Organization and Function: '49, '53, '54, '71.
- Constitution: '18, '44, '60, '61, '74.
- Copyright: '73.
- Cumulative Indexes: '39, '75, '76.
- Evidence: Federal-Provincial Project: '77, '78, '79, '81.
- Executive Secretary: '73-'78, '81.
- Government Contributions: '19, '22, '29, '60, '61, '73, '77, '79, '81, '86.
- Honorary Presidents, List of, 1923-1950: '50; 1918-1977: '77.
- International Commercial Arbitration: '86.
- International Conventions on Private International Law: '71-'86.
 - See also under* UNIFORM LAW SECTION.
- Law Reform: '56-'58, '69, '71, '72, '86.
- Legal Ethics and Professional Conduct: '73.
- Liaison Committee with UCCUSL: '79, '86.
- Media Relations: '79, '83.
- Members,
 - Academics as: '60.
 - Accreditation of: '74, '75, '77.
 - Defense Counsels as: '59, '60.
 - List of, 1918-1944: '44; 1918-1977: '77.
- Memorials to Deceased Members: '77-'79, '85, '86.
- Mid-Winter Meeting: '43.
- Name, Change of: '18, '19, '74, '84, '85.
- Officers: '48, '51, '77.
- Presentations by Outsiders: '75.
- Presidents, List of, 1918-1986.
- Press: '43-'49, '61.
- Press Representative: '49.
- Public Relations: '49, '79.
- Research,
 - Co-Ordinator: '76.
 - General: '73, '74, '79.
 - Interest: '77, '79.
 - Rules: '74, '75.
- Rules of Drafting: '18, '19, '24, '41-'43, '48, '86.
- Sale of Goods: '79-'82, '83-'86.
- Sales Tax Refunds: '52, '61.
- Secretary, list of, 1918-1950: '50; 1918-1977: '77.
 - office of: '74.
- Staff: '28-'30, '53, '59, '61-'63, '69, '73.
- Stenographic Service: '37, '42, '43.
- Treasurer, as signing officer: '60.

CUMULATIVE INDEX

list of, 1918-1950: '50; 1918-1977: '77.

Uniform Acts,

Amendments: '29.

Changes in Drafts to be Indicated: '39.

Consolidation: '39, '41, '48-'52, '58-'60, '62, '72, '74-'78.

Explanatory Notes: '42, '76.

Footnotes: '39, '41.

Form of: '19, '76.

French Language Drafts of Uniform Acts: '85.

Implementation of: '75-'77.

Marginal Notes: '41, '76-'78.

Promotion of: '61-'63, '75-'77.

Revision of: '79.

Uniform Construction (Interpretation) Section: '41, '59, '60, '66-'69.

Vice-Presidents, List of, 1918-1950: '50; 1918-1977: '77.

PART II

LEGISLATIVE DRAFTING SECTION

Bilingual Drafting: '68, '69, '79, '82, '85, '86.

Canadian Law Information Council (CLIC): '74-'79, '85, '86.

Canadian Legislative Drafting Conventions: '74-'79, '86.

See also Drafting Conventions.

Commonwealth Association of Legislative Counsel: '86.

Computers: '68, '69, '75-'78.

Drafting Conventions: '68-'71, '73.

See also Canadian Legislative Drafting Conventions and Rules of Drafting.

Drafting Styles: '68, '76.

Drafting Workshop, Established: '67.

Foreign Arbitral Awards: '85.

Franchise Act: '85.

French Language Drafting Conventions: '84, '86.

French Language Drafts of Uniform Acts: '85.

Information Reporting Act: '76, '77.

Interpretation Act: '68, '71-'73, '75-'79, '82-'84.

Intestate Succession Act: '85, '86.

Jurors, Qualifications, Etc.: '75, '76.

Legislative Draftsmen, Training Etc.: '75-'79, '85.

Maintenance and Custody Enforcement Act: '85.

Metric Conversion: '73-'78.

Purposes and Procedures: '77, '78, '82-'86.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

- Quicklaw Systems: '85.
Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act: '85, '86.
Regulations, Indexing: '74.
Rules of Drafting: '73.
 See also Canadian Legislative Drafting Conventions and Drafting Conventions and under CONFERENCE—GENERAL.
Section, Established: '67.
 Name: '74, '75.
 Officers: Annual.
Sexist Language: '85, '86.
Statutes, Act: '71-'75.
 Automated Printing: '68, '69, '75.
 Computerization: '76, '77, '79.
 Indexing: '74, '78, '79.
 Translation: '78.
Subordinate Legislation: '85.
Transitional Provisions: '85.
Trusts Convention Act: '86.
Uniform Acts, Style: '76.

PART III

UNIFORM LAW SECTION

- Accumulations: '67, '68.
Actions against the Crown: '46, '48, '49.
 continued *sub nom.* Proceedings Against the Crown.
Adoption: '47, '66-'69. *See* Effect of Adoption Act.
Adoption of Uniform Acts, Statement on: '84.
Age for Marriage, Minimum: *See* Marriage.
Age of Consent to Medical, Surgical and Dental Treatment: '72-'75.
Age of Majority: '71.
Amendments to Uniform Acts: '49-'83.
Arbitrations: '30, '31.
Assignment of Book Debts: '26-'28, '30-'36, '39, '41, '42, '47-'55.
Automobile Insurance: *See* Insurance: Automobile.
Bill of Rights: '61.
Bills of Sale, General: '23-'28, '31, '32, '34, '36, '37, '39, '48-'60, '62-'65, '72. Mobile Homes: '73, '74.
Birth Certificates; *See* Evidence, Birth Certificates.
Bulk Sales: '18-'21, '23-'29, '38, '39, '47-'61, '63-'67.
Canada Evidence Act: s. 36: '62, '63.
Canada-U.K. Convention on the Recognition and Enforcement of Judgments: '82.

CUMULATIVE INDEX

- Cemetery Plots: '49, '50.
- Change of Name: '60-'63, '84, '85.
- Chattel Mortgages: '23-'26.
- Child Abduction: '81, '84.
- Child Status: '80, '81, '82.
- Children Born Outside Marriage: '74-'77.
- Class Actions: '77-'79, '84, '85, '86.
- Collection Agencies: '33, '34.
- Common Trust Funds: '65-'69.
- Commercial Franchises: '79, '80.
- Commorientes: '36-'39, '42, '48, '49. *See also under* Survivorship.
- Company Law: '19-'28, '32, '33, '38, '42, '43, '45-'47, '50-'66, '73-'79, '82-'85.
- Compensation for Victims of Crime: '69, '70.
- Conditional Sales: '19-'22, '26-'39, '41-'47, '50-'60, '62.
- Condominium Insurance: *See under* Insurance.
- Conflict of Laws, Traffic Accidents: '70.
- Consumer Credit: '66.
- Consumer Protection: '67, '68, '70, '71.
- Consumer Sales Contract Form: '72, '73.
- Contingency Fees: '85.
- Contributory Fault: '82-'84.
 - See* Contributory Negligence
- Contributory Negligence: '23, '24, '28-'36, '50-'57.
 - Last Clear Chance Rule: '66-'69.
 - Tortfeasors: '66-'77, '79.
 - See* Contributory Fault.
- Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods: '75, '76.
- Copyright: '73.
- Cornea Transplants: '59, '63. *See also* Eye Banks and Human Tissue.
- Coroners: '38, '39, '41.
- Corporation Securities Registration: '26, '30-'33.
- Courts Martial: *See under* Evidence.
- Criminal Injuries Compensation: *See* Compensation for Victims of Crime: '83.
- Custody Jurisdiction and Enforcement: '86. *See also* Interprovincial Child Abduction.
- Daylight Saving Time: '46, '52.
- Decimal System of Numbering: '66-'68.
- Defamation: '44, '47-'49, '62, '63, '79, '83-'86. *See also* Libel and Slander.
- Dependants Relief: '72-'74. *See also* Family Relief.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

- Devolution of Estates: '19-'21, '23, '24, '60.
Devolution of Real Estate (Real Property): '24, '26, '27, '54, '56, '57, '61, '62.
Distribution: '23.
Domicile: '55, '57-'61, '76.
Effect of Adoption: '47, '66-'69, '83-'86.
Enactments of Uniform Acts: Annual since '49.
Evidence,
 Courts Martial: '73-'75.
 Federal-Provincial Project: '77.
 Foreign Affidavits: '38, '39, '45, '51.
 General: '35-'39, '41, '42, '45, '47-'53, '59-'65, '69-'81, '85.
 Hollington vs. Hewthorne: '71-'77.
 Photographic Records: '39, '41-'44, '53, '76.
 Proof of Birth Certificates: '48-'50.
 Proof of Foreign Documents: '34.
 Russell vs. Russell: '43-'45.
 Section 6, Uniform Act: '49-'51.
 Section 38, Uniform Act: '42-'44.
 Section 62, Uniform Act: '57, '60.
 Self-Criminating Evidence Before Military Boards of Inquiry: '76.
 See also Evidence, Courts Martial.
 Taking of Evidence Abroad: '77.
Expropriation: '58-'61.
Extraordinary Remedies: '43-'49.
Extra-Provincial Custody Orders Enforcement: '72, '74, '76-'84.
Eye Banks: '58, '59.
 See also Cornea Transplants, Human Tissue, Human Tissue Gifts.
Factors: '20, '32, '33.
Family Dependents: '43-'45. *See also* Family Relief.
Family Relief: '69-'73.
 See also Testators Family Maintenance and Dependants Relief.
Family Support Act: '80, '85, '86.
Family Support Obligations: '80.
Fatal Accidents: '59-'64.
Financial Exploitation of Crime: '84-'86.
Fire Insurance: *See under* Insurance.
Foreign Affidavits: *See* Evidence, Proof of Foreign Affidavits.
Foreign Arbitral Awards: '85.
Foreign Documents: *See* Evidence, Proof of Foreign Affidavits.
Foreign Judgments: '23-'25, '27-'33, '59, '61, '62, '82.
 See also Foreign Money Judgments and Reciprocal Enforcement of Judgments.

CUMULATIVE INDEX

- Foreign Money Judgments: '63, '64.
- Foreign Torts: '56-'70.
- Franchises: '83-'85.
- Fraudulent Conveyances: '21, '22.
- French Version of Consolidation of Uniform Acts: '85, '86.
- Frustrated Contracts: '45-'48, '72-'74.
- Goods Sold on Consignment: '39, '41-'43.
- Hague Conference on Private International Law: '66-'70, '73-'78.
- Highway Traffic and Vehicles,
 - Common Carriers: '48-'52.
 - Financial Responsibility: '51-'52.
 - Parking Lots: '65.
 - Registration of Vehicles and Drivers: '48-'50, '52.
 - Responsibility for Accidents: '48-'50, '52, '54, '56-'60, '62.
 - Rules of the Road: '48-'54, '56-'67.
 - Safety Responsibility: '48-'50.
 - Title to Motor Vehicles: '51, '52.
- Home Owner's Protection: '84, '85.
- Hotelkeepers: '69. *See also* Innkeepers.
- Human Tissue: '63-'65, '69-'71, '86.
 - See also* Cornea Transplants, Eye Banks.
- Identification Cards: '72.
- Illegitimates: '73.
- Income Tax: '39, '41.
- Infants' Trade Contracts: '34.
- Innkeepers: '52, '54-'60, '62. *See also* Hotelkeepers.
- Installment Buying: '46, '47.
- Insurance,
 - Automobile: '32, '33.
 - Condominium: '70-'73.
 - Fire: '18-'24, '33.
 - Life: '21-'23, '26, '30, '31, '33.
- International Administration of Estates of Deceased Persons: '77-'79.
- International Conventions, Law of Nationality vis-à-vis Law of Domicile: '55.
- International Conventions on Private International Law: '73-'83.
 - See also under* PART I, CONFERENCE, General Matters.
- International Convention on Travel Agents. *See* Travel Agents.
- International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit):
 - '66, '69, '71, '72.
- International Sale of Goods: '83-'85.
- International Wills: *See under* Wills.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

- Interpretation: '33-'39, '41, '42, '48, '50, '53, '57, '61, '62, '64-'73.
Sections 9-11: '75-'77.
Section 11: '74.
- Interprovincial Child Abduction: '85, '86. *See also* Custody Jurisdiction and Enforcement.
- Interprovincial Subpoenas: '72-'74.
- Intestate Succession: '22-'27, '48-'50, '55-'57, '63, '66, '67, '69, '83-'85.
See also Devolution of Real Property.
- Joint Tenancies, Termination of: '64.
- Judgments: *See* Reciprocal Enforcement of Judgments, *see also* Foreign Judgments, Foreign Money Judgments, Unsatisfied Judgments.
- Judicial Decisions Affecting Uniform Acts: '51-'83.
- Judicial Notice, Statutes: '30, '31.
State Documents: '30, '31.
- Jurors, Qualifications, Etc.: '74-'76.
- Labour Laws: '20.
- Land Titles: '57.
- Landlord and Tenant: '32-'37, '39, '54.
- Law Reform: '56-'58, '69, '71-'80, '86.
- Legislative Assembly: '56-'62.
- Legislative Titles: '64.
- Legitimation: '18-'20, '32, '33, '50, '51, '54-'56, '58, '59.
- Libel and Slander: '35-'39, '41-'43. Continued *sub nom.* Defamation.
- Limitation of Actions: '26-'32, '34, '35, '42-'44, '54, '55, '66-'79, '82.
- Limitation Period in the International Sale of Goods:
See Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods.
- Limitations (Enemies and War Prisoners): '45.
- Limited Partnerships: *See under* Partnerships.
- Lunacy: '62.
- Maintenance Orders and Custody Enforcement: '84, '85.
- Maintenance Orders: *See* Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders.
- Majority: *See* Age of Majority.
- Marriage, Minimum Age: '70-'74.
Solemnization: '47.
- Married Women's Property: '20-'24, '32, '35-'39, '41-'43.
- Matrimonial Property: '77-'79, '85, '86.
- Mechanics' Liens: '21-'24, '26, '29, '43-'49, '57-'60.
- Medical Consent of Minors Act: '72-'75.
- Mental Diseases, Etc.: '62.
- Mental Health Law Project: '84-'86.

CUMULATIVE INDEX

- Motor Vehicles, Central Registration of Encumbrances: '38, '39, '41-'44.
- Occupiers Liability: '64-'71, '73, '75.
- Partnerships, General: '18-'20, '42, '57, '58.
Limited: '32-'34.
Registration: '29-'38, '42-'46.
- Pension Trust Funds: *See* Rule Against Perpetuities, Application to Pension Trust Funds.
- Pension Trusts and Plans, Appointment of Beneficiaries: '56, '57, '73-'75.
- Perpetuities: '65-'72.
- Personal Property Security: '63-'71, '82-'86.
- Personal Representatives: '23.
- Pleasure Boat Owners' Accident Liability: '72-'76.
- Powers of Attorney: '42, '75-'78.
- Prejudgment Interest on Damage Awards: '75-'79, '82.
- Presumption of Death: '47, '58-'60, '70-'76.
- Private International Law: '73-'86.
- Privileged Information: '38.
- Procedures of the Uniform Law Section: *See* Uniform Law Section.
- Proceedings Against the Crown: '50, '52. *See also* Actions Against the Crown.
- Products Liability: '80, '82.
- Protection of Privacy, General: '70-'77, '79, '85, '86.
- Purposes and Procedures: '83, '85.
- Reciprocal Enforcement of Custody Orders: '72-'74.
See also Extra-Provincial Custody Orders Enforcement.
- Reciprocal Enforcement of Judgments: '19-'24, '25, '35-'39, '41-'58, '62, '67.
- Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders: '21, '24, '28, '29, '45, '46, '50-'63, '69-'73, '75-'79, '82-'86.
- Reciprocal Enforcement of Tax Judgments: '63-'66.
- Regulations, Central Filing and Publication: '42, '43, '63, '82.
- Residence: '47-'49, '61.
- Revision of Uniform Acts: '79, '80.
- Rule Against Perpetuities, Application to Pension Trust Funds: '52-'55.
See also Perpetuities.
- Rules of Drafting: '18, '19, '41-'43, '47, '48, '62, '63, '65, '66, '70, '71, '73. *See also* in Part III.
- Sale of Goods, General: '18-'20, '41-'43, '79-'82, '84, '85.
International: *See* Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods.
- Sales on Consignment: '28, '29, '38, '39, '41, '42.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

- Service Abroad of Judicial and Extra-Judicial Documents in Civil and Commercial Matters: '79.
- Service of Process by Mail: '42-'45, '82.
- Soldiers Divorces: *See Evidence: Russell vs Russell.*
- State Documents: *See Judicial Notice.*
- Status of Women: '71.
- Statute Books, Preparation, Etc.: '19, '20, '35, '36, '39, '47, '48.
- Statutes: Act: '71-'74, '75, '82.
- Form of: '35, '36, '39.
- Judicial Notice of: *See Judicial Notice.*
- Proof of, in Evidence: *See Evidence.*
- Subrogation: '39, '41.
- Succession Duties: '18, '20-'26.
- Support Obligations: '74-'79.
- Survival of Actions: '60-'63.
- Survivorship: '53-'60, '69-'71. *See also Commorientes.*
- Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters: '79.
- Testators Family Maintenance: '47, '55-'57, '63, '65-'69.
- See also Family Relief.*
- Time Sharing: '83-'86.
- Trades and Businesses Licensing: '75, '76.
- See also Travel Agents.*
- Traffic Accidents: *See Conflict of Laws, Traffic Accidents.*
- Transboundary Pollution Reciprocal Access Act: '80-'85.
- Travel Agents: '71-'75.
- Treaties and Conventions, Provincial Implementation: '60, '61.
- Trustees, General, '24-'29.
- Investments: '46, '47, '51, '54-'57, '65-'70.
- Trusts, Conflict of Laws: '86.
- Trusts, International Trust Convention: '85, '86.
- Trusts, Testamentary Additions: '66-'69.
- Variation of: '59-'61, '65, '66.
- Unclaimed Goods with Laundries, Dry Cleaners: '46.
- Unfair Newspaper Reports: '42.
- Uniform Acts:
- Amendments to and Enactments of: '49-'83.
- Consolidation: '39, '41, '48-'52, '54, '60, '61, '74-'79.
- Judicial Decisions Affecting: '51-'83.
- Uniform Construction Section: *See under* Uniform Acts in Part I.
- Uniform Law Section, Organization, Procedures, Purposes: '54, '73-'79. *See also under* Committees in Part I.
- Uninsured Pension Plans, Appointment of Beneficiaries: '56, '57.
- University of Toronto Law Journal: '56.

CUMULATIVE INDEX

Unsatisfied Judgment: '67-'69.
Variation of Trusts: *See* Trusts, Variation of.
Vehicle Safety Code: '66.
Vital Statistics: '47-'50, '58, '60, '76-'78, '83-'86.
Wagering Contracts: '32.
Warehousemen's Liens: '19-'21, '34.
Warehouse Receipts: '38, '39, '41-'45, '54.
Wills, General: '18-'29, '52-'57, '60, '61, '82-'86.
 Conflict of Laws: '51, '53, '59, '60, '62-'66.
 Execution: '80.
 Impact of Divorce on Existing Wills: '77, '78.
 International: '74, '75.
 Section 5 (re Fiszhaut): '68.
 Section 17: '78.
 Section 21(2): '72.
 Section 33: '65-'67.
Women: *See* Status of Women.
Workmen's Compensation: '21, '22, '82.

PART IV

CRIMINAL LAW SECTION

Subjects considered each year are listed in the minutes of the year and published in the Proceedings of that year.

INDEX

	PAGE
Annual Meetings, Future, <i>see</i> Conference	
Appreciations, <i>see</i> Resolutions Committee	
Auditors Report	32
Bibliography, <i>see</i> Conference	
Class Actions	33
Conference,	
Bibliography	23
Closing Plenary Session	51
Criminal Law Section	38
Delegates	9
Delegates <i>ex officio</i>	17
Future Annual Meetings	53
Historical Note	18
Legislative Drafting Section	25
Local Secretaries	7
Officers	7
Opening Plenary Session	28
Past Presidents	5
Special Sessions	24
Tables of Uniform Acts	555
Uniform Law Section	33
Criminal Law Section,	
Attendance	38
Chairman's Report	38
Officers, 1986-1987	7
Cumulative Index	580
Defamation	34
Delegates, 1986	9
Effect of Adoption	34
Executive, Members	7
Executive Director's Report	127
Family Support	34
Financial Exploitation of Crime	34
French Version of Consolidation of Uniform Acts	34
Historical Note, <i>see</i> Conference.	
International Commercial Arbitration	54
Intestate Succession	27
Legislative Drafting Section,	
Attendance	25
Bilingual Drafting	25
Canadian Law Information Council	26

INDEX

	PAGE
Drafting Policy	26
Commonwealth Conference	27
Condolences	27
Intestate Succession	27
Miscellaneous Matters	26
Officers, 1986-1987	7
Plain Language	26
Purposes and Procedures	26
Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders	27
Sexist Language	26
Trusts Convention	25
Local Secretaries	7
Matrimonial Regimes	35
Members of Conference (Delegates)	
Names and Addresses	9
Mental Health Law Project	35
Minutes, Criminal Law Section	38
Legislative Drafting Section	25
Plenary Session, Closing	51
Opening	28
Uniform Law Section	33
Nominating Committee,	
Officers, Conference	7
Criminal Law Section	7
Legislative Drafting Section	7
Uniform Law Section	7
Personal Property Security	35
Plenary Sessions, Closing	51
Opening	28
President's Report	28
Private International Law	35
Proceedings, Annual Volume, 1986	
1918-1956	Inside Front Cover
Copies	Inside Front Cover
Copyright	Inside Front Cover
Protection of Privacy: Tort	35
Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders	35
Resolutions Committee, Appointment	32
Report	52

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

	PAGE
Tables Respecting Uniform Acts,	
I. Uniform Acts Recommended	555
II. Uniform Acts Withdrawn	557
III. Enactments of Uniform Acts	558
IV. Enactments of Uniform Acts, by Jurisdictions	562
Time Sharing	36
Transboundary Pollution Reciprocal Access	51
Trusts, Conflict of Laws	36
Trusts Convention	36
Uniform Law Section,	
Attendance	33
Class Actions	33
Custody Jurisdiction and Enforcement	33
Defamation	34
Effect of Adoption	34
Family Support	34
Financial Exploitation of Crime	34
French Version of the Consolidation	34
Human Tissue Gifts	34
Interprovincial Child Abduction	35
Law Reform Conference	35
Matrimonial Property Regimes	35
Mental Health Law Project	35
Minutes	33
Officers, 1986-1987	7
Personal Property Security	35
Private International Law	35
Protection of Privacy: Tort	35
Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders	36
Time Sharing	36
Trusts, Conflict of Laws	36
Trusts Convention	36
Vital Statistics	36
Wills	37
Vital Statistics	36
Wills	37