

Despina Maroukis *Appellant*;

and

Apostolos Maroukis, also known as Paul Maroukis, and carrying on business as Maroukis Construction Ltd. and Moe Siding Limited, and G. H. Ward & Partners and Bank of Nova Scotia and Lockhart Electric Limited and Moore Paint & Wallpaper and Superior Sanitation and Power T.V.

Respondents.

File No.: 16867.

1984; May 5; 1984: September 17.

Present: Dickson C.J. and Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Matrimonial law — Distribution of matrimonial assets — Executions filed against joint tenant prior to vesting order — Subsequent order vesting property at separation — Time specific property vests on division of family assets — Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152, s. 4.

Creditor and debtor — Executions — Family assets — Distribution — Whether or not executions effective if filed after separation but before distribution order.

The Maroukis separated in October 1978. An order providing for disposition of family assets under s. 4 of the *Family Law Reform Act* was made in October 1979 vesting the matrimonial home, formerly held in joint tenancy by husband and wife, in the wife. Executions were filed with the sheriff after the separation and before the order was made. On an application by the wife to "clarify his judgment" the trial judge made an order on October 10, 1980 purporting to vest the matrimonial home in the wife from October 1978. The Court of Appeal confirmed the vesting in the wife but denied the order any retrospective effect, holding that the vesting occurred upon the making of the order of October 1979.

Held: The appeal should be dismissed.

When matrimonial property is being divided between spouses under s. 4 of the *Family Law Reform Act*,

Despina Maroukis *Appelante*;

et

Apostolos Maroukis, alias Paul Maroukis, faisant affaire sous la raison sociale Maroukis Construction Ltd., Moe Siding Limited, G.H. Ward & Partners, Banque de Nouvelle-Écosse, Lockhart Electric Limited, Moore Paint & Wallpaper, Superior Sanitation et Power T.V. *Intimés.*

N° du greffe: 16867.

1984: 5 mai; 1984: 17 septembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit matrimonial — Partage de biens du mariage — Saisies-exécutions déposées contre le propriétaire indivis avec gain de survie avant l'ordonnance de partage — Ordonnance subséquente attribuant le bien à compter de la séparation — Moment où un bien précis est dévolu par suite du partage des biens familiaux — Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, chap. 152, art. 4.

Créancier et débiteur — Saisies-exécutions — Biens familiaux — Partage — Effet des saisies-exécutions déposées après la séparation mais avant l'ordonnance de partage.

Les époux Maroukis se sont séparés en octobre 1978. Une ordonnance de partage des biens familiaux rendue en vertu de l'art. 4 de la *Loi portant réforme du droit de la famille* en octobre 1979 a déclaré l'épouse propriétaire du foyer conjugal, antérieurement détenu en propriété indivise avec gain de survie par les deux époux. Des saisies-exécutions ont été déposées auprès du shérif après la séparation mais avant l'ordonnance. Sur une requête en «clarification» présentée par l'épouse, le juge de première instance a rendu une ordonnance le 10 octobre 1980 ayant pour effet de déclarer l'épouse propriétaire du foyer conjugal depuis octobre 1978. La Cour d'appel a confirmé l'ordonnance qui déclarait l'épouse propriétaire, mais ne lui a pas reconnu d'effet rétroactif, statuant qu'elle était propriétaire depuis l'ordonnance d'octobre 1979.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Lorsqu'un bien du mariage est partagé entre des époux en vertu de l'art. 4 de la *Loi portant réforme du*

specific matrimonial property does not vest until the court order is made. Since the new property régime created by the Act only comes into effect on the conclusion of the application and the order for distribution, there is no authority for an order retroactively vesting property in a spouse. Each spouse has the right to invoke the new régime by application on the occurrence of a "triggering event". Until the order is made, however, this right is only a personal right to require the court to determine the ownership of family assets.

The interest of a joint tenant is exigible and a creditor's execution against that interest continues to be binding after an *inter vivos* transfer of the interest. The interest in the family home was not encumbered contrary to s. 42(1) of the Act for that section, on the plain meaning of its words, cannot be extended to include an execution taken by a creditor against one of the parties to the marriage.

Re Craig, [1929] 1 D.L.R. 142; *Toronto Hospital for Consumptives v. Toronto* (1930), 38 O.W.N. 196; *Re Young* (1968), 70 D.L.R. (2d) 594; *Re Tully and Tully and Klotz*, [1953] O.W.N. 661; *Sirois v. Breton* (1967), 62 D.L.R. (2d) 366; *Re McDonald* (1969), 71 W.W.R. 444; *Worms v. Worms* (1981), 18 R.P.R. 35, referred to; *Power v. Grace*, [1932] 2 D.L.R. 793, distinguished.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 125 D.L.R. (3d) 718, 33 O.R. (2d) 661, 24 R.F.L. (2d) 113, allowing an appeal from a judgment of Luchak Co. Ct. J. and substituting an order in place of one made on an application for clarification of judgment following a judgment and order made on an application for division of matrimonial assets. Appeal dismissed.

M. Fleck, Q.C., and *Ian Bruce*, for the appellant.

Brian Donovan, for the respondent the Bank of Nova Scotia.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—The principal question arising in this appeal may be simply stated: where proceedings are taken by a spouse under s. 4 of the *Family Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 152, at what time does specific property vest in the spouse to whom it has been allocated?

droit de la famille, la propriété n'en est pas transférée tant que l'ordonnance judiciaire n'est pas rendue. Puisque le nouveau régime de propriété des biens créé par la Loi ne prend effet que lorsqu'il est disposé de la requête et que l'ordonnance de partage est prononcée, rien ne permet à une ordonnance d'attribuer rétroactivement un bien à un conjoint. Chaque conjoint a le droit d'invoquer le nouveau régime par voie de requête lorsque survient un certain «événement». Mais, tant que l'ordonnance judiciaire n'est pas rendue, il s'agit uniquement d'un droit personnel de demander à la cour de déterminer la propriété des biens familiaux.

Le droit d'un propriétaire indivis avec gain de survie peut faire l'objet d'une saisie-exécution qui, lorsqu'elle est pratiquée contre ce droit, subsiste après une cession entre vifs de ce droit. Le droit dans le foyer conjugal n'a pas été grevé en violation du par. 42(1) de la Loi, car ce paragraphe, suivant le sens ordinaire de ses termes, ne peut s'étendre à une saisie-exécution pratiquée par un créancier contre une des parties au mariage.

Jurisprudence: arrêts mentionnés: *Re Craig*, [1929] 1 D.L.R. 142; *Toronto Hospital for Consumptives v. Toronto* (1930), 38 O.W.N. 196; *Re Young* (1968), 70 D.L.R. (2d) 594; *Re Tully and Tully and Klotz*, [1953] O.W.N. 661; *Sirois v. Breton* (1967), 62 D.L.R. (2d) 366; *Re McDonald* (1969), 71 W.W.R. 444; *Worms v. Worms* (1981), 18 R.P.R. 35; distinction faite avec l'arrêt *Power v. Grace*, [1932] 2 D.L.R. 793.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 125 D.L.R. (3d) 718, 33 O.R. (2d) 661, 24 R.F.L. (2d) 113, qui a accueilli un appel d'une décision du juge Luchak de la Cour de comté et remplacé une ordonnance faisant suite à une requête en clarification d'un jugement et d'une ordonnance prononcés sur une demande de partage de biens du mariage. Pourvoi rejeté.

M. Fleck, c.r., et *Ian Bruce*, pour l'appelante.

Brian Donovan, pour l'intimée la Banque de Nouvelle-Écosse.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—La question principale soulevée dans ce pourvoi peut se résumer ainsi: lorsqu'un conjoint entame des procédures sous le régime de l'art. 4 de la *Loi portant réforme du droit de la famille*, L.R.O. 1980, chap. 152, à quel moment le conjoint à qui a été attribué un bien déterminé en devient-il propriétaire?

The appellant Despina Maroukis (the wife) and the respondent Apostolos Maroukis (the husband) were married in 1965. The matrimonial home in Sarnia was acquired in 1975 in joint tenancy. The parties separated in October, 1978, and in November, 1978 the wife applied for a division of family assets under the Act. In July, 1979, the respondent Bank of Nova Scotia started actions against the husband to collect unpaid loans. Default judgments were signed by the Bank on July 24 and 25 and executions were filed with the sheriff. On October 10, 1979 Luchak Co. Ct. J. ordered that the matrimonial home vest in the appellant wife. This order had the effect of excluding the husband, formerly a joint tenant with the wife, from any interest in the matrimonial home. All the remaining assets were allotted to the husband. Of particular importance to this case is the fact that the actions of the Bank of Nova Scotia were commenced and their executions filed after the separation and commencement of proceedings under s. 4 of the Act but before the making of the order of Judge Luchak.

By notice of motion dated January 28, 1980, the wife brought an application before Judge Luchak to "clarify his judgment" of October 10, 1979 in relation to the rights of execution creditors. She sought an order vesting her with the matrimonial home as of November 6, 1978, the date upon which she had commenced her original application. Such an order would have had the effect of clearing the property of the claims of the Bank of Nova Scotia and other execution creditors who had filed executions with the sheriff before Judge Luchak's order of October 10, 1979. All concerned execution claimants were served with notice of the application "to clarify". On October 10, 1980, Judge Luchak made an order purporting to vest the matrimonial home in the wife as of October, 1978, the date of separation.

The execution claimants appealed to the Court of Appeal against the order of October 10, 1980.

L'appelante Despina Maroukis (l'épouse) et l'intimé Apostolos Maroukis (l'époux) se sont mariés en 1965. Ils ont acheté leur foyer conjugal sis à Sarnia en 1975 en indivision avec gain de survie. Les parties se sont séparées au mois d'octobre 1978 et en novembre 1978, l'épouse a demandé le partage des biens familiaux sous le régime de la Loi. Au mois de juillet 1979, la Banque de Nouvelle-Écosse, intimée, a engagé des procédures contre l'époux en vue de recouvrer des sommes prêtées et impayées. Les 24 et 25 juillet, la Banque a signé des jugements par défaut et déposé des saisies-exécutions auprès du shérif. Le 10 octobre 1979, le juge Luchak de la Cour de comté a ordonné que le foyer conjugal soit attribué à l'épouse appelante. Cette ordonnance a eu pour effet d'enlever tout droit dans le foyer conjugal à l'époux qui, avec son épouse, était propriétaire indivis avec gain de survie. Tous les autres biens ont été attribués à l'époux. Il importe de souligner en l'espèce que la Banque de Nouvelle-Écosse a engagé les procédures et déposé les saisies-exécutions après la séparation et le début des procédures sous le régime de l'art. 4 de la Loi mais avant que le juge Luchak ne rende son ordonnance.

Par voie d'avis de requête en date du 28 janvier 1980, l'épouse a demandé au juge Luchak de [TRADUCTION] «clarifier son jugement» du 10 octobre 1979 en ce qui concerne les droits des créanciers saisissants. Elle a demandé une ordonnance en vue d'être déclarée propriétaire du foyer conjugal à compter du 6 novembre 1978, date à laquelle elle avait présenté sa demande initiale. Une telle ordonnance aurait eu pour effet de mettre le bien à l'abri des réclamations de la Banque de Nouvelle-Écosse et des autres créanciers saisissants qui ont déposé des saisies-exécutions auprès du shérif avant que le juge Luchak ne rende son ordonnance en date du 10 octobre 1979. L'avis de la requête en «clarification» a été signifié à tous les créanciers saisissants concernés. Le 10 octobre 1980, le juge Luchak a rendu une ordonnance ayant pour effet de déclarer l'épouse propriétaire du foyer conjugal depuis la date de la séparation en octobre 1978.

Les créanciers saisissants ont interjeté appel de l'ordonnance du 10 octobre 1980 devant la Cour

In the proceedings the husband did not appear, no claim having been made against him. The contest in the Court of Appeal was between the wife and the execution creditors. The appeal was allowed. The Court of Appeal confirmed the order vesting the matrimonial property in the wife but denied it any retrospective effect. Her interest was therefore held to be "subject to the interests of the Bank of Nova Scotia and other execution creditors under their respective executions filed prior to the tenth day of October, 1979."

The most important issue, and the one upon which this case turns, is the determination of the time at which the matrimonial home became vested in the appellant to the exclusion of her former husband. The appellant contended that the trial judge made no error in choosing the date of the separation of the parties as the effective time at which the vesting occurred. It was argued that upon a true construction of the words of s. 4 of the Act the rights of an applicant spouse crystallized on the separation or on the bringing of the application for division of the property. This proposition was accepted by the trial judge and he said:

In these proceedings, the parties separated in October 1978 and in my opinion the right of the wife, as set out in the judgment, crystallized as of that date. The court order of October 10, 1979, is merely a declaration as to the property rights as between husband and wife as of the date of the crystallization of their rights in October 1978 and is an implementation of that finding by vesting their rights.

The judgment of the Court of Appeal is now reported at 24 R.F.L. (2d) 113. Wilson J.A. (as she then was), with whom Brooke and Thorson J.J.A. concurred on this issue, disagreed with the trial judge and said, at p. 117:

I must respectfully disagree with the effect Luchak J. has given to s. 4(1) of the Family Law Reform Act. I do not think the subsection confers rights in property in the absence of an order of the court. I think the subsection simply sets out the circumstances in which the court may make an order for equal division of the family assets. I appreciate that the subsection uses the words "is entitled to", which seem to suggest a statutory right, but the opening words of the subsection "Subject to

d'appel. L'époux n'a pas comparu, aucune action n'ayant été intentée contre lui. Le litige devant la Cour d'appel mettait aux prises l'épouse et les créanciers saisissants. L'appel a été accueilli. La Cour d'appel a confirmé l'ordonnance qui déclarait l'épouse propriétaire du foyer conjugal mais sans lui reconnaître d'effet rétroactif. Il a par conséquent été décidé que son droit était [TRADUCTION] «assujetti aux droits de la Banque de Nouvelle-Écosse et des autres créanciers saisissants découlant de leurs saisies-exécutions respectives déposées avant le 10 octobre 1979».

La question la plus importante, et dont dépend la présente affaire, est de savoir à quel moment l'appelante est devenue l'unique propriétaire du foyer conjugal. Elle a prétendu que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en décidant que l'attribution de la propriété a réellement pris effet à la date de la séparation des parties. Elle a soutenu que, si on interprète correctement l'art. 4 de la Loi, les droits d'un conjoint requérant prennent naissance au moment de la séparation ou de la demande de partage des biens. Le juge de première instance a accepté cette proposition en disant:

[TRADUCTION] Dans le présent cas, les parties se sont séparées au mois d'octobre 1978 et, à mon avis, le droit de l'épouse, reconnu par le jugement, a pris naissance à cette date. L'ordonnance judiciaire du 10 octobre 1979 ne fait que confirmer les droits de propriété existants entre les conjoints au moment où ceux-ci ont pris naissance au mois d'octobre 1978 et elle donne suite à cette conclusion en conférant les droits en question.

L'arrêt de la Cour d'appel est maintenant publié dans le recueil 24 R.F.L. (2d) 113. Le juge Wilson (alors juge d'appel) dont le point de vue a été partagé par les juges Brooke et Thorson sur cette question, a exprimé son désaccord avec le juge de première instance à la p. 117:

[TRADUCTION] Avec égards, je dois manifester mon désaccord avec le juge Luchak en ce qui concerne l'effet du par. 4(1) de la *Loi portant réforme du droit de la famille*. Je ne crois pas que ce paragraphe puisse conférer des droits de propriété sans une ordonnance judiciaire. À mon avis, il ne fait qu'indiquer les circonstances dans lesquelles la cour peut ordonner le partage égal des biens familiaux. Je reconnais que le paragraphe en question utilise les termes «ouvrent droit au» qui

subsection 4", which empowers the court to make an unequal division, make it clear that subs. (1) does not confer the right to an equal division, but merely state that, *prima facie*, the court should order an equal division, but not if equality would be inequitable having regard to the items listed in paras. (a) to (f) of subs. (4). I believe, therefore, that until Luchak J. made his order of 10th October 1979 the matrimonial home continued to be held in joint tenancy and that the executions against the husband filed prior to that date attached to his interest in it. The learned judge accordingly had no jurisdiction to vest the property in the wife free and clear of those executions.

I am in complete agreement with this statement and adopt it in concluding that the full estate in the matrimonial home vested in the appellant wife only on the making of the order by Judge Luchak on October 10, 1979.

The Act does not automatically confer any property interest in family assets. Subsections 4(1) and (2) of the Act provide:

4.—(1) Subject to subsection (4), where a decree *nisi* of divorce is pronounced or a marriage is declared a nullity or where the spouses are separated and there is no reasonable prospect of the resumption of cohabitation, each spouse is entitled to have the family assets divided in equal shares notwithstanding the ownership of the assets by the spouses as determinable for other purposes and notwithstanding any order under section 7.

(2) The court may, upon the application of a person who is the spouse of another, determine any matter respecting the division of family assets between them.

The mechanism for the division of property provided for by s. 4 of the Act may, subject to the conditions precedent in s. 4(1), only be set in motion by an application for distribution under s. 4(2), which gives the court the power to determine the division of matrimonial property between the spouses. Prior to the conclusion of the application and the order for distribution, the new property régime created by the *Family Law Reform Act* (i.e. the *prima facie* entitlement of each spouse to one half the family assets regardless of ownership) is not in effect. Each spouse has the right under the Act to invoke the new régime by application under s. 4(2) upon the occurrence of one of the

semblent créer un droit, mais l'expression «sous réserve du paragraphe 4», qui habilite la cour à effectuer un partage inégal, indique clairement que le par. (1) ne confère pas le droit à un partage égal mais précise simplement que la cour doit, *prima facie*, ordonner un partage égal sauf si ce partage est injuste compte tenu des facteurs énumérés aux al. a) à f) du par. 4. J'estime par conséquent que, jusqu'à ce que le juge Luchak prononce son ordonnance le 10 octobre 1979, le foyer conjugal continuait d'être détenu en indivision avec gain de survie et que le droit de l'époux à cet égard était assujéti aux saisies-exécutions déposées contre lui avant cette date. Le juge n'avait donc pas compétence pour déclarer l'épouse propriétaire du bien en question libre et franc de ces saisies-exécutions.

Je partage entièrement ce point de vue que j'adopte en concluant que l'épouse appelante n'est devenue propriétaire à part entière du foyer conjugal que lorsque le juge Luchak a prononcé son ordonnance le 10 octobre 1979.

La Loi ne confère pas automatiquement un droit de propriété dans les biens familiaux. Les paragraphes 4(1) et (2) de la Loi prévoient:

4.—(1) Le jugement conditionnel de divorce, le jugement de nullité du mariage et la séparation de corps lorsque la réconciliation est peu probable ouvrent droit au partage des biens familiaux entre les conjoints. Ne font pas obstacle au partage la reconnaissance à d'autres fins de la propriété de l'un ou l'autre, ni l'ordonnance rendue en vertu de l'article 7. Sous réserve du paragraphe (4) le partage se fait en parts égales.

(2) À la requête de l'un des conjoints la cour peut régler les modalités du partage.

Sous réserve des conditions suspensives énoncées au par. 4(1), le mécanisme de partage des biens prévu à l'art. 4 de la Loi ne peut être déclenché que par une requête en partage présentée en vertu du par. 4(2), requête qui habilite la cour à régler le partage des biens du mariage entre les conjoints. Le nouveau régime des biens créé par la *Loi portant réforme du droit de la famille* (c'est-à-dire le droit *prima facie* de chaque conjoint à la moitié des biens familiaux indépendamment de la propriété) ne prend effet que lorsqu'il est disposé de la requête et que l'ordonnance de partage est prononcée. Chaque conjoint a le droit en vertu de la Loi d'invoquer le nouveau régime par voie de

three "triggering events" set out in s. 4(1), but until the court order is made the right is only a personal right to require the court to determine the ownership of family assets. The vesting in a spouse of the specific property making up his or her respective share takes place upon the date the court order is made. There is no authority in the Act for an order retroactively vesting property in a spouse as the appellant contends and as Judge Luchak ordered.

In argument in this Court the appellant submitted that, even if the husband's interest vested in the wife only upon the making of a court order, the wife took the interest free and clear of the claims of execution creditors. The appellant argued that due to the special nature of an interest held in joint tenancy the writs of execution did not attach to the husband's interest. I find no merit in this argument.

This submission is based on the proposition that the creditor of one joint tenant cannot execute against the interest of his debtor until the joint tenancy is severed and a tenancy in common created. To the contrary, the courts have consistently ruled that the interest of a joint tenant is exigible: see *Re Craig*, [1929] 1 D.L.R. 142 (Ont. C.A.); *Toronto Hospital for Consumptives v. Toronto* (1930), 38 O.W.N. 196 (C.A.); *Power v. Grace*, [1932] 2 D.L.R. 793 (Ont. C.A.); *Re Young* (1968), 70 D.L.R. (2d) 594 (B.C. C.A.) If any doubt was cast upon earlier authorities by *Re Tully and Tully and Klotz*, [1953] O.W.N. 661, as contended by the appellant, it was set at rest by the enactment in the year 1957 of the present s. 9 of the *Execution Act*, R.S.O. 1980, c. 146, in these terms, which now specifically include an interest in property held in joint tenancy:

9. The sheriff to whom a writ of execution against lands is delivered for execution may seize and sell thereunder the lands of the execution debtor, including any lands whereof any other person is seized or pos-

requête fondée sur le par. 4(2) lorsque survient l'un des trois «événements» énoncés au par. 4(1), mais, tant que l'ordonnance judiciaire n'est pas rendue, il s'agit uniquement d'un droit personnel de demander à la cour de déterminer la propriété des biens familiaux. L'attribution à un conjoint d'un bien particulier constituant sa part respective ne prend effet qu'au jour où l'ordonnance judiciaire est rendue. La Loi ne permet pas de rendre une ordonnance attribuant rétroactivement un bien à un conjoint comme l'appelante le prétend et comme le juge Luchak l'a ordonné.

L'appelante a fait valoir devant cette Cour que, même si le droit de l'époux n'était attribué à son épouse qu'à la suite d'une ordonnance judiciaire, celle-ci le recevait libre et franc des réclamations des créanciers saisissants. Elle prétend qu'en raison de la nature particulière d'un droit détenu en indivision avec gain de survie, le droit de l'époux n'est pas assujéti aux brefs d'exécution. J'estime que cet argument est mal fondé.

Cette prétention se fonde sur la proposition selon laquelle le créancier d'un propriétaire indivis avec gain de survie ne peut pas s'attaquer au droit de son débiteur à moins que la propriété indivise avec gain de survie ne soit divisée et qu'une propriété indivise sans gain de survie ne soit créée. Au contraire, les tribunaux ont toujours jugé que le droit d'un propriétaire indivis avec gain de survie peut faire l'objet d'une saisie-exécution: voir *Re Craig*, [1929] 1 D.L.R. 142 (C.A. Ont.); *Toronto Hospital for Consumptives v. Toronto* (1930), 38 O.W.N. 196 (C.A.); *Power v. Grace*, [1932] 2 D.L.R. 793 (C.A. Ont.); *Re Young* (1968), 70 D.L.R. (2d) 594 (C.A. C.-B.) Si, comme l'a prétendu l'appelante, l'arrêt *Re Tully and Tully and Klotz*, [1953] O.W.N. 661, a jeté un doute sur la jurisprudence antérieure, ce doute a été dissipé par l'adoption en 1957 du présent art. 9 de la *Loi sur l'exécution forcée*, L.R.O. 1980, chap. 146, dont les dispositions visent expressément le droit dans un bien détenu en propriété indivise avec gain de survie:

9. Le bref de saisie immobilière remis au shérif lui permet de saisir et de vendre les biens-fonds appartenant au débiteur saisi, y compris tout bien-fonds dont une autre personne a la saisie ou la possession en qualité de

sessed in trust for the execution debtor and *including any interest of the execution debtor in lands held in joint tenancy.* [Emphasis added.]

The appellant also referred to *Power v. Grace, supra*, in support of the argument that even if the interest of a joint tenant is subject to execution it does not continue to be bound in the hands of a transferee. *Power v. Grace* stands for the proposition that, where a writ of *fieri facias* is delivered to the sheriff covering the interest of one joint tenant in real property and no further steps are taken in the execution process, the death of that joint tenant will pass the whole estate to the survivor free of execution. This case has no application to the case at bar where the interest of the joint tenant debtor has passed to the other joint tenant, not by survivorship but by an order of the court. Any transfer *inter vivos* is subject to executions attaching to the land. Authority for this proposition may be found in *Sirois v. Breton* (1967), 62 D.L.R. (2d) 366 (Ont. Cty. Ct.); *Re McDonald* (1969), 71 W.W.R. 444 (B.C. S.C.), and *Worms v. Worms* (1981), 18 R.P.R. 35 (Ont. Dist. Ct.)

One further point was raised concerning ss. 42 and 44(d) of the *Family Law Reform Act*. The argument rests upon the proposition that the filing of writs of execution against the interest of the debtor constitutes an encumbrance within the meaning of s. 42(1). That section provides that:

42.—(1) No spouse shall dispose of or encumber any interest in a matrimonial home unless,

- (a) the other spouse joins in the instrument or consents to the transaction;
- (b) the other spouse has released all rights under this Part by a separation agreement;
- (c) the transaction is authorized by court order or an order has been made releasing the property as a matrimonial home; or
- (d) the property is not designated as a matrimonial home under section 41 and an instrument designating another property as a matrimonial home of the spouses is registered under section 41 and not cancelled.

fiduciaire pour le débiteur, *ainsi que tout droit dans un bien-fonds appartenant au débiteur saisi en tant que propriétaire ayant gain de survie.* [Les italiques sont de moi.]

L'appelante a également cité l'arrêt *Power v. Grace*, précité, pour justifier son argument selon lequel, même si le droit d'un propriétaire indivis avec gain de survie peut faire l'objet d'une saisie-exécution, le cessionnaire de ce droit n'y est pas assujéti. Il a été décidé dans cet arrêt, que, lorsqu'on remet au shérif un bref de *fieri facias* concernant le droit d'un propriétaire indivis avec gain de survie et qu'aucune autre mesure d'exécution n'est prise, le décès de ce propriétaire aura pour effet que tous les biens seront transmis au survivant franc de toute saisie-exécution. Cet arrêt ne s'applique pas à la présente espèce où le droit du propriétaire débiteur a été transmis à l'autre propriétaire, par suite non pas d'un gain de survie mais d'une ordonnance judiciaire. Toute cession entre vifs est assujéti aux saisies-exécutions grevant le bien-fonds. À l'appui de cette proposition, on peut citer les décisions *Sirois v. Breton* (1967), 62 D.L.R. (2d) 366 (C. Co. Ont.), *Re McDonald* (1969), 71 W.W.R. 444 (C.S. C.-B.) et *Worms v. Worms* (1981), 18 R.P.R. 35 (C. Dist. Ont.)

On a soulevé un autre point concernant l'art. 42 et l'al. 44d) de la *Loi portant réforme du droit de la famille*. Cet argument se fonde sur la proposition selon laquelle le dépôt de brefs d'exécution contre le droit du débiteur constitue une charge au sens du par. 42(1) dont voici le texte:

42.— (1) L'un des conjoints peut disposer d'un droit qui lui appartient dans le foyer conjugal et le grever:

- a) si l'autre participe à l'acte ou consent à la disposition;
- b) si l'autre a renoncé par accord de séparation à tout droit que lui reconnaît la présente partie;
- c) si la cour a autorisé la disposition ou libéré le bien de sa qualité de foyer conjugal;
- d) si le bien n'est pas désigné comme foyer conjugal alors qu'un autre bien l'a été par acte enregistré et toujours en vigueur.

The appellant submits that because the husband encumbered the interest in the family home contrary to s. 42(1) the court has jurisdiction to set aside the writs of execution, pursuant to s. 44(d), which provides:

44. The court may, on the application of a spouse or person having an interest in property, by order,

(d) direct the setting aside of any transaction disposing of or encumbering an interest in the matrimonial home contrary to subsection 42(1) and the revesting of the interest or any part of the interest upon such terms and subject to such conditions as the court considers appropriate.

In my opinion, this argument fails. To begin with, s. 44 provides that the court may "on the application of a spouse" set aside an encumbrance. No such application has been made in the case at bar. The matter was raised for the first time in this Court and, in my view, it ought not to be dealt with. Furthermore, the prohibition in s. 42 is against a disposition or an encumbrance of an interest in a matrimonial home by a spouse. Giving those words their plain meaning in the context in which they are used in s. 42, it is my opinion that they cannot be extended to include an execution taken by creditors of one of the parties to the marriage.

For the above reasons, I would dismiss the appeal with costs and confirm the order of the Court of Appeal.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Fleck, Sartor, Gray & Bruce, Sarnia.

Solicitors for the respondent the Bank of Nova Scotia: Merchant, Dawson & Donovan, Sarnia.

L'appelante soutient que, puisque l'époux a grevé le droit dans le foyer conjugal en violation du par. 42(1), la cour a compétence pour annuler les brefs d'exécution en se fondant sur l'al. 44d), qui prévoit:

44. Sur demande d'un conjoint ou de quiconque possède un droit dans un bien, la cour peut, par ordonnance:

d) annuler l'acte qui dispose du foyer conjugal, ou qui le greève, s'il contrevient au paragraphe 42(1), et ordonner le retour, même partiel, du droit transféré, aux conditions qu'elle estime justes.

À mon avis, cet argument est mal fondé. Tout d'abord, l'art. 44 prévoit que la cour peut «sur demande d'un conjoint» annuler une charge. Aucune demande en ce sens n'a été présentée en l'espèce. La question a été soulevée pour la première fois devant cette Cour et, à mon avis, on ne devrait pas la trancher. En outre, l'art. 42 vise à interdire à un conjoint de disposer d'un droit dans le foyer conjugal ou de grever ce droit. Si on accorde à ces termes leur sens ordinaire dans le contexte dans lequel ils sont employés à l'art. 42, je suis d'avis qu'ils ne peuvent s'étendre à une saisie-exécution engagée par les créanciers de l'une des parties au mariage.

Par ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Fleck, Sartor, Gray & Bruce, Sarnia.

Procureurs de l'intimée la Banque de Nouvelle-Écosse: Merchant, Dawson & Donovan, Sarnia.