

CHRONIQUE DE DROIT FAMILIAL

Alain-François Bisson and François Héleine

Volume 5, Number 2, 1974

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059680ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059680ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bisson, A.-F. & Héleine, F. (1974). CHRONIQUE DE DROIT FAMILIAL. *Revue générale de droit*, 5(2), 333–382. <https://doi.org/10.7202/1059680ar>

CHRONIQUE DE DROIT FAMILIAL *

par Alain-F. BISSON,
professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Ottawa.

et François HÉLEINE,
professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal.

I. — MARIAGE ET FILIATION

A. LÉGISLATION.

1. *Habilitation des mineurs à contracter mariage.*

La loi du 24 décembre 1971 (L.Q. 1971, chap. 85, art. 1) a poursuivi l'œuvre de remaniement des articles 119 et s. du Code civil relatifs à l'habilitation des mineurs à contracter mariage (v. cette *Revue*. 1971, p. 88, n° 2; 1971, p. 30, n° 1).

Il en résulte que désormais l'âge jusqu'auquel les mineurs doivent être autorisés par leur père *ou* leur mère est de dix-huit ans et non plus de vingt et un (art. 119 C.C. nouveau).

Qu'un texte aussi clair que le nouvel article 119 C.C. puisse donner lieu à discussion a de quoi étonner. Sa portée a pourtant été mise en question dans l'affaire *Desbiens c. Attia* (1973 C.S. 597). Il s'agissait d'un père qui demandait la nullité du mariage de sa fille sur le fondement de l'article 150 C.C. Désolé de la voir mariée à seize ans à un gendre qui, sans doute, ne l'enthousiasmait pas, il prétendait que le consentement de la mère n'avait pas pu suffire et que l'article 243 C.C. sur la puissance paternelle l'emportait encore sur l'article 119 C.C. Il est difficile, voire désespéré, de plaider contre la maxime *Specialia generalibus derogant* et l'action a été à bon droit rejetée. Les deux pages de motifs surabondants sur lesquels la Cour supérieure a cru bon d'appuyer sa décision ne peuvent s'expliquer que par le désir du tribunal d'apaiser un plaideur malheureux, déjà doublement accablé par les dissensions familiales et le mal fondé évident de sa cause.

B. JURISPRUDENCE.

2. *Empêchements religieux au mariage.*

Dans une précédente chronique (cette *Revue*. 1971, p. 31, n° 2) nous nous demandions s'il convenait de fêter le cinquantenaire de l'arrêt

* La présente chronique couvre grosso modo les années 1971 à 1973. Une prochaine chronique couvrira les années 1974 et 1975.

Despatie et il nous avait semblé que, sur le plan de la clarté juridique, il n'y avait certes pas lieu de se réjouir. Nous ne nous doutions pas alors que les célébrations officielles avaient déjà eu lieu et que le quinquagénaire avait reçu l'approbation sans réserve de la Cour d'appel (*Ouellette c. Gingras*, 1972 C.A. 247, conf. *X. c. Dame G.*, 1972 C.S. 72. Il n'est sans doute pas indifférent de noter que, bien que l'intitulé de la cause ne le révèle pas, le ministère public est intervenu dans cette affaire).

Le demandeur et la défenderesse étaient cousins du troisième au deuxième degré par rapport à leur auteur commun, Ephrem Gingras et, selon le témoignage de l'expert canoniste, cela constituait, sauf dispense ou validation postérieure de l'autorité ecclésiastique, un empêchement dirimant. La Cour supérieure et la Cour d'appel se sont successivement refusées à prononcer la nullité qu'on leur demandait sur le fondement de l'article 127 C.C. La Cour supérieure a déclaré adhérer «aux motifs [tous?] exposés par Lord Moulton, en toute déférence pour ceux de ses collègues qui pensent autrement» et la Cour d'appel a affirmé que «l'article 127 C.C. n'a pas pour effet de sanctionner civilement les empêchements religieux». Les autres motifs de la Cour supérieure n'apportent rien de neuf au débat, si ce n'est peut-être quelques à-peu-près supplémentaires: ceux de la Cour d'appel sont d'une totale insignifiance.

Que dire de plus que nous n'ayons déjà dit (1972 *R. du B.* 266)? On a soutenu récemment avec une belle assurance (J. E. C. BRIERLEY, *Husband and Wife in the Law of Quebec: A 1970 Conspectus*, in *Studies in Canadian Family Law*, éd. Mendes Da Costa, Butterworths, Toronto, 1972, vol. 2, p. 806) que l'opinion du Conseil privé ne pouvait se justifier ni par les origines ni par les termes mêmes de l'article 127. Il est très probable en effet que les codificateurs de 1866 aient voulu donner effet civil aux empêchements religieux. Mais qui le saura jamais avec certitude? Et que valent, à un siècle de distance, les plus fermes intentions du législateur lorsque celui-ci les a exprimées dans un texte si mal ficelé que quatre générations de plaideurs, de juges et d'auteurs ont pu en tirer ce qu'ils avaient décidé d'avance d'y trouver, sans qu'aucune raison décisive ait pu départager leurs opinions variées ou carrément contradictoires?

Ainsi pourrait-on expliquer — dans la meilleure hypothèse — le laconisme des motifs de la Cour d'appel dans l'arrêt *Ouellette*: plus abondants, et sauf géniale découverte — ce qui serait, en ce domaine comme en d'autres, beaucoup demander — ils n'auraient, de toute façon, convaincu personne.

3. *Habilitation des mineurs à contracter mariage.*

V. *supra*, n° 1.

4. *Mariage putatif. Conditions et effets.*

Il est pour le moment impossible de savoir dans quelle mesure la « concurrence » qui leur est faite par le divorce a pu entraîner une diminution des recours en nullité de mariage. À supposer que cette diminution ait eu lieu, il faut cependant constater que, pour des raisons techniques et sociologiques, la nullité demeure une institution vivante dans la pratique québécoise et il reste encore beaucoup à débattre sur bien de ses aspects, en particulier sur les conséquences de la nullité et, donc, les conditions et les effets de la putativité (ou de la non-putativité).

Une première question qui se pose avec une fréquence remarquable est celle de l'influence des termes du jugement prononçant la nullité du mariage sur le sort d'une instance ultérieure où il est demandé au juge de se prononcer sur le caractère putatif du mariage. Dans l'affaire *Bourgault c. Devost* (1972 C.S. 16, où, incidemment, l'annulation religieuse avait précédé l'annulation civile, sans que l'on puisse savoir si celle-ci s'était contentée d'entériner celle-là), la Cour supérieure a estimé qu'il y avait chose jugée quant à la bonne foi de la demanderesse. Le jugement antérieur d'annulation ayant déclaré que « les parties étaient de bonne foi lorsqu'ils [sic] ont contracté le mariage présentement annulé ». En conséquence le mariage était putatif et la demanderesse pouvait se prévaloir du régime de communauté de biens ayant existé avant l'annulation du mariage, la transaction intervenue à ce sujet entre les époux avant l'annulation étant de toute façon nulle comme contraire aux dispositions impératives de l'article 1338 C.C. Ce jugement doit être approuvé si l'on admet, d'une part, que la putativité n'a pas à être formellement prononcée (l'article 163 C.C. attache, il est vrai, les effets civils du mariage à la bonne foi et non à une quelconque formule sacramentelle devant obligatoirement contenir les mots « putatif » ou « putativité ») et, d'autre part, que la « déclaration » du jugement antérieur quant à la bonne foi des époux faisait partie de son dispositif ou lui était intimement reliée (NADEAU et DUCHARME, *La preuve en matières civiles et commerciales*, t. 9 du *Traité de droit civil du Québec*, n° 568 et s., p. 466 et s.).

Dans une autre affaire (*Généreux c. Marquis*, 1973 C.S. 66), la Cour supérieure a eu à se prononcer sur la portée d'une annulation de mariage par résolution du Sénat, résolution qui déclarait que « the said marriage shall be annulled and thenceforth shall be null and void to all intents and purposes ». La Cour supérieure a estimé que, par cette formule, le Sénat du Canada n'avait pu ni entendu « se prononcer sur le caractère putatif du mariage et sur les conséquences qui en résultent dans ses effets civils ». Dans la mesure où l'on peut assimiler la résolution du Sénat à un jugement passé en force de chose jugée, cette décision vient en contradiction avec une décision antérieure de la Cour supérieure (*Goodfellow c. Smith*, 1968 C.S. 427 et nos commentaires, cette *Revue*, 1970, p. 100 et s.) où elle

avait décidé qu'un jugement antérieur qui avait déclaré un mariage nul « à toutes fins que de droit » s'était implicitement prononcé sur son caractère non putatif. La raison de distinguer serait qu'il entre dans les attributions de la Cour supérieure de se prononcer sur le détail des effets civils de la nullité, alors que ce n'est pas le cas pour le Sénat (d'où l'utilité de faire des conventions à ce sujet, notamment en matière de pension et de garde : cf. *Glen c. Baillie*, 1971 C.A. 598). À supposer qu'il n'y ait donc pas contradiction, il faut toutefois déplorer le recours à de telles formules (*à toutes fins que de droit; to all intents and purposes*) qui utilisées la plupart du temps par réflexe, sans intention ni raison précises, deviennent de redoutables clauses de style dont les plaideurs, au grand embarras des tribunaux eux-mêmes, essaient de tirer ensuite les conséquences que leur lettre impose. Ces clauses de style, généralement agrémentées de rédundances regrettables (*nul et sans effet; null and void; annulled and therefore null and void!*), sont une des grandes plaies des documents juridiques, et des jugements en particulier. On se gardera d'en blâmer les seuls juges! Les plaideurs, par l'intermédiaire de leurs avocats, font largement leur part dans ce concours de logorrhée et de formules toutes faites et les universitaires mettent volontiers la main à la pâte. (C'est en toute bonne foi et sûr de poser une question limpide, que nous avons, il y a quelques années, demandé à nos étudiants d'interpréter une clause d'élection de domicile contenant la formule « à toutes fins que de droit ». Butant comme des malheureux sur ce « que » étrange, un tiers au moins d'entre eux fit dire à la formule — contre tout le contexte du cas pratique qui leur était soumis, il est vrai — le contraire de ce qu'elle voulait dire. Plus prudents, mais peut-être tout simplement plus critiques à l'égard de la langue du droit, quelques-uns raisonnèrent *dubitanter* sur les deux sens possibles de la formule. Même en faisant la part des faiblesses de raisonnement et de grammaire de certains apprentis juristes, on peut estimer qu'une formule, qui suscite spontanément des interprétations aussi diverses, constitue en soi un danger public.) Ne s'estimant pas, en tout cas, lié par la formule « *to all intents and purposes* » de la résolution du Sénat, la Cour supérieure a, vu la bonne foi des époux, admis la demanderesse au bénéfice du mariage putatif. Elle s'est toutefois refusée à faire droit à la demande d'exécution immédiate de trois donations (dont deux à cause de mort) consenties par contrat de mariage, aucune de ces donations n'étant, à son avis, encore exigible : « On ne peut à la fois s'avantager des effets civils qui survivent au mariage annulé comme s'il ne l'avait pas été, et demander la réalisation des mêmes effets dans l'optique d'un mariage annulé » (p. 68-69).

Une deuxième question qui se pose également avec quelque fréquence est celle de savoir si peut être déclaré putatif le mariage annulé pour cause d'aliénation mentale. La Cour d'appel, dans l'affaire *Paré c. Bonin* (1973 C.A. 875) a répondu à cette question avec beaucoup de

fermeté, encore que cet arrêt aurait sans doute gagné en clarté s'il avait été moins bavard. Il s'agissait d'un homme qui demandait que son mariage soit « nul et annulé à toutes fins que de droit » (on voit que nous n'inventons rien! Cf. *supra* nos réflexions sur les clauses de style) pour « schizophrénie paranoïaque » de l'épouse, donc pour absence de consentement, conformément à l'article 116 C.C. Il demandait en outre l'annulation (« à toutes fins que de droit », il va de soi) du contrat de mariage, également pour absence de consentement. *En conséquence* (nous soulignons, car ces deux mots de la demande semblent avoir échappé à l'attention de la Cour d'appel comme de la Cour supérieure), il demandait que la demanderesse soit « déchue » de tous les avantages civils de son mariage et notamment déchue de tous les avantages contenus dans le contrat de mariage. Autrement dit en clair, le demandeur, faisant flèche de tous bois, concluait à la nullité du mariage, à la nullité du contrat de mariage, à la non-putativité du mariage du chef de la défenderesse et demandait au tribunal de tirer le maximum de conséquences, quitte à faire double emploi, de ces deux nullités et de l'absence de putativité du mariage.

Omettant de prononcer la nullité du contrat de mariage, la Cour supérieure avait prononcé la nullité du mariage et s'était refusée à déclarer la défenderesse déchue de ses avantages, constatant que si elle n'était pas saine d'esprit, elle ne pouvait être de mauvaise foi (cf. *L. c. L.*, 1968 C.S. 480, et nos commentaires, cette *Revue*, 1970, p. 96, n° 6). Sauf à accepter l'hypothèse de l'inadvertance, la décision de la Cour supérieure semble indiquer qu'elle estimait, d'une part, que le mariage était putatif et, d'autre part, que le mariage et le contrat de mariage formaient un tout auquel le bénéfice du mariage putatif pouvait, globalement, être étendu. Revenant alors à la charge, le demandeur réclamait à la Cour d'appel la modification du dispositif de la Cour supérieure, lui demandant de déclarer le contrat de mariage « résilié [*sic*] et annulé à toutes fins que de droit » et la défenderesse « déchue des effets civils du mariage ».

La Cour d'appel lui a donné raison sur le premier point, mais non sur le second, pour des motifs que l'on peut résumer dans les propositions suivantes: 1) sauf cas extrêmes d'absence totale de célébration (concubinage) ou d'identité incontestable de sexe, il n'y a pas lieu de distinguer entre des mariages prétendument inexistantes et des mariages nuls de nullité absolue, et l'institution du mariage putatif peut être étendue aux premiers comme aux seconds et, par conséquent, aux mariages nuls pour défaut de consentement; 2) si, normalement, le bénéfice du mariage putatif doit être étendu au contrat de mariage et aux stipulations qu'il contient, il faut faire exception à la règle lorsque le contrat de mariage est lui-même nul à raison d'un vice qui lui est propre; le mariage putatif ne peut le sauver et les parties doivent, à défaut de convention valable, être

réputées s'être mariées sous le régime légal, les avantages pécuniaires de l'époux de bonne foi devant alors être déterminés selon ce régime.

Tout en réservant notre opinion dans l'absolu en ce qui concerne la seconde proposition (en l'espèce, en tout cas, on pourrait dire: tel est pris qui croyait prendre, à moins que les stipulations du contrat ne fussent plus avantageuses que le régime légal), nous sommes d'accord avec la première proposition. Ce n'est pas dire que nous en approuvons complètement les motifs. Pour parvenir à la conclusion que l'institution du mariage putatif pouvait être étendue aux mariages nuls pour défaut de consentement, la Cour d'appel s'est en effet appuyée, avec beaucoup d'insistance, sur l'arrêt *Berthiaume c. Dastous* (1930 A.C. 79). Or si cet arrêt plaide bien en faveur de l'abandon de la théorie des mariages inexistants, il n'explique pas du tout pourquoi, contrairement à ce que semble soutenir la Cour d'appel, le mariage d'un aliéné mental peut être déclaré putatif. Il paraît difficile en effet de passer, par analogie, du vice de forme (dans l'arrêt *Berthiaume*, l'illégalité de la célébration aux yeux de la loi canadienne) au défaut de consentement. Il manque donc quelque chose au raisonnement. Ce quelque chose, qui nous semble essentiel à la justification de l'arrêt *Paré*, c'est la *présomption de bonne foi* que nous aurions aimé voir ici clairement exprimée (cf. *Owad c. Poliskewicz*, 1967 C.S. 234) pour expliquer comment un aliéné mental, dépourvu par hypothèse de volonté consciente au moment du mariage et donc incapable de bonne comme de mauvaise foi, peut néanmoins bénéficier du mariage putatif (et, d'ailleurs, de façon automatique: une fois présumée la bonne foi, la contre-preuve de la mauvaise devient, dans ce cas, impossible).

5. *Conflits entre filiation légitime et naturelle.*

De façon fort douteuse, un jugement (*Leruite c. Latreille*, 1973 C.S. 314) a accepté, dans une procédure sur requête en garde d'enfant, de faire produire à une filiation adultérine «de fait» des effets à l'encontre d'une filiation légitime établie par la présomption de l'article 218 C.C. Deux autres jugements (*Massie c. Carrière*, 1972 C.S. 734; *Champagne c. Matte*, 1973 C.S. 926) se sont refusés à l'établissement d'une filiation adultérine à l'encontre de la filiation légitime, en l'absence de désaveu de la part du mari et nous les croyons, en l'état actuel des textes, mieux fondés que le premier.

Nous renvoyons le lecteur à nos commentaires parus dans la *Revue du Barreau*, 1974, p. 382.

6. *Filiation naturelle. Force probante de l'examen comparatif des sangs.*

Voir nos commentaires (1974 *R. du B.* 380) sur l'affaire *S. c. S.* (1973 C.S. 530).

7. *Voies de recours contre les jugements d'adoption.*

Voir nos commentaires (1974 *R. du B.* 378) sur l'affaire *Sainte-Marie c. Cour de bien-être social* (1973 C.S. 534).

8. *Action d'état et rectification des registres de naissance.*

Voir nos commentaires (1974 *R. du B.* 378) sur l'affaire *Boone c. The Prothonotary of the Superior Court* (1973 C.S. 309).

C. BIBLIOGRAPHIE

9. A.-F. BISSON, *Loi du 8 décembre 1970 modifiant le Code civil et concernant les enfants naturels*, 1971 *R. du B.* 237.
10. A.-F. BISSON, *L'article 127 C. civ. : l'estocade*, 1972 *R. du B.* 266.
11. A.-F. BISSON, *Chronique de droit familial*, I, Mariage et filiation, 1971 *R.G.D.* 29.
12. Mireille D. CASTELLI, *La nouvelle loi sur l'adoption*, 1972 *C. de D.* 567.
13. Allan HILTON, *The Validity of « Common Law » Marriages*, 1973 *McGill L.J.* 577.
14. Renée Joyal POUPART, *Vérité juridique v. Vérité biologique*, 1973 *R.J.T.* 155.
15. Monique OUELLETTE-LAUZON, *L'article 127 C. civ. fait encore des siennes*, 1972 *R.J.T.* 251.
16. Jean PINEAU, *Chronique méchante de méchante législation*, 1971 *R.J.T.* 355.
17. Jean PINEAU, *La situation juridique des enfants nés hors mariage*, 1973 *R.J.T.* 209.

A.-F. BISSON,
professeur à la Faculté de
Droit de l'Université d'Ottawa.

II. — RAPPORTS PERSONNELS ENTRE ÉPOUX, OBLIGATIONS ALIMENTAIRES, DIVORCE ET SÉPARATION DE CORPS.

A. RAPPORTS PERSONNELS ENTRE ÉPOUX.

1. *Aliénation d'affection.*

« L'amour d'une épouse n'a pas de prix et toute condamnation ne peut revêtir qu'une valeur de symbole¹. » Cet attendu du jugement *L. c. P.* (1971, R.P. 152) peut faire sourire. Il n'en consacre pas moins l'existence d'une action en responsabilité que peut intenter un époux malheureux contre celui qui l'a privé de l'affection de son partenaire conjugal. Sans doute ce jugement ne fait-il que se situer dans un courant qui a été illustré par quelques décisions récentes (*N. c. H.*, 1969, 1126; cette *Revue*, 1970, p. 103; 1971, p. 40); mais il constitue en quelque sorte une synthèse du droit régissant la matière. On y rappelle notamment que pour qu'il y ait action pour perte d'affection, il faut qu'il y ait encore affection, c'est-à-dire séduction d'un être aimant et aimé (*Horbec c. Lebrun*, 1969, 10 C. de D., p. 554); que répondre aux avances d'une femme mariée à l'affection de laquelle son mari a le droit peut constituer pour celui qui y répond une aliénation d'affection (comp. *Bengle c. Dulepka*, 1970 C.A. 1176) et que devant la difficulté pour la victime de prouver l'étendue de son préjudice, les juges viennent à son secours en fixant arbitrairement un montant de réparation (*N. c. H.*, 1969 B.R. 348; *Khazzam c. Garson*, 1969 B.R. 15). On peut toutefois regretter que ce jugement consacre encore le droit à réparation du mari lorsque, par son attitude, celui-ci a poussé sa femme dans les bras de son ancien ami et participé ainsi au malheur qui le frappe. Si l'action en aliénation d'affection est bien une action en responsabilité, pourquoi ne pas avoir fait application de la maxime *volenti non fit injuria*? On peut aussi regretter de voir poursuivre celui qui n'a fait que répondre aux avances d'une femme mariée lassée d'un mari intransigeant. L'intransigeance n'est-elle pas un poison qui ruine l'affection? Relancer continuellement un homme n'est-ce pas pour une femme mariée la preuve du peu d'affection qu'elle porte à son mari? Nous voulons bien admettre que lorsqu'une femme se plaint de n'être pas heureuse avec son mari, il n'appartient pas à un galant de lui procurer, en supplément, un bonheur d'occasion (v. jugement, p. 160); mais de là à sanctionner pécuniairement les élans affectifs et sexuels hors mariage, il y a un pont que nous nous refusons à franchir. Déclarer que la condamnation ne peut revêtir qu'une valeur de symbole, ne saurait nous faire plier. La justice ne se nourrit pas

¹ Autrefois on ne parlait pas d'aliénation d'affection en termes d'amour, notion somme toute récente, mais en terme de propriété, la femme étant un bien de qualification délicate mais de propriété certaine (v. par ex. *LaPerrière c. Riberdy*, 1874, 5 R.L. 742).

de symbole. Le droit de la responsabilité exige une correspondance économique entre le préjudice et la réparation. D'ailleurs, en octroyant des sommes ne couvrant même pas les frais du procès, on fait de la machine judiciaire un instrument de vengeance. N'est-il pas pour le moins étrange de permettre de monnayer son infortune ?

C'est sans doute cette impression d'étrange qui a poussé le juge Vallerand dans l'affaire *David c. Julien* (1972 C.S. 720, note A. Larouche in 1973, 33 *R. du B.*, p. 68) à s'interroger sur le mécanisme de responsabilité mis en œuvre dans l'action en dommages pour aliénation d'affection : « Il y a lieu de s'interroger, déclara-t-il, à savoir si, une fois acquis que le dommage subi par le mari est la suite de la désaffection et du départ de son épouse, ce dommage n'est pas la conséquence de la décision de cette dernière, alors que les instances de l'amant n'en sont que l'occasion. » En cela, il faisait siens les doutes du juge Casey qui, dans l'affaire *N. c. H.* (1969 B.R. 348, sp., p. 349), laissait entendre qu'il convenait peut-être à notre époque de reléguer au passé ce type spécial d'action en responsabilité. On ne peut que les suivre dans leur voie lorsqu'ils conçoivent l'action en aliénation d'affection en termes de propriété. Lorsque la femme n'était encore « qu'un objet dénué d'un pouvoir de discernement et de décision » on pouvait fort bien admettre que le fait de priver le propriétaire du droit de jouir de son « objet » constituait une faute entraînant un droit à réparation : la séduction était un vol et l'on devait punir le séducteur pour son forfait : mais à partir du moment où l'on découvrait dans la femme un être libre et conscient, on se devait de constater la ruine du système de responsabilité : en amour, on ne pouvait plus dire que l'appropriation était un vol.

Il est d'ailleurs évident que dans notre société libertine qui s'enorgueillit presque de son taux élevé de divorce, l'action pour aliénation d'affection sent les vieilles dentelles et porte plus au ridicule qu'au sérieux : être trompé n'est plus un déshonneur, mais aller le clamer à un public avide de « croustillant » n'est pas admis. Il est des turpitudes qu'on n'étale pas au grand jour. A vouloir découvrir si le séducteur a réellement privé le mari de l'affection de son épouse, on risque de découvrir une femme au panache de grande courtisane qui se glorifie de la qualité de ses amants (v. les faits du jugement *David c. Julien*) ou une drôlesse qui renvoie à son fumier un chanteclerc déchu. Il est des débats que l'on doit avoir la décence de ne pas engager. Quand on l'aura compris, on aura sonné le glas de cette action anachronique.

2. *L'achat ménager par carte de crédit.*

Il ne faudrait pas croire qu'il faille refuser à la femme l'utilisation d'une carte de crédit. Dans la mesure où le mari, conscient des risques

présentées par cette modalité d'achat, en accepte les dangers et demande à «l'offreur de crédit» l'ouverture d'un compte, faisant de lui l'obligé aux dettes portées à ce compte, la femme peut user d'une carte de crédit comme personne autorisée par le détenteur à s'en servir après y avoir apposé sa signature dans l'espace réservé à cette fin. Certes, dans certains cas, les achats seront de ceux couverts par les pouvoirs ménagers de l'article 180 C.C. mais, même dans ce cas, ce ne sera pas à ce titre que le mari sera engagé: il le sera en qualité de détenteur d'une carte de crédit qui, aux termes d'un contrat, s'est engagé à payer à l'organisme qui lui a délivré cette carte le montant des achats effectués au moyen de celle-ci.

On ne saurait refuser non plus à la femme mariée, dont la capacité ne peut désormais être mise en doute, la possibilité de demander, en son nom personnel, la délivrance d'une carte de crédit qui lui servirait tant pour ses achats personnels que pour les dépenses ménagères. En vertu de l'engagement pris, elle serait personnellement obligée au paiement des dettes contractées au moyen de la carte, quelle que soit la nature des achats effectués. Mais, à cet engagement personnel de la femme viendrait s'ajouter l'engagement du mari obligé de subvenir aux besoins courants du ménage, lorsque ces achats seraient de nature ménagère. «L'offreur de crédit» ne le poursuivrait cependant pas sur la base du contrat souscrit par la femme, puisque ce contrat serait, en ce qui le concerne, *res inter alios acta*, mais sur la base de l'article 180 C.C. et les notes de crédit émises par le marchand et signées par la femme lors de l'utilisation de la carte, ne serviraient que de moyen de preuve des dépenses engagées: elles ne lieraient le mari que dans la mesure où il serait obligé pour des achats identiques faits selon les modalités traditionnelles du commerce.

Jusqu'à ce jour, la jurisprudence québécoise n'a eu à se prononcer que deux fois sur les incidences des cartes de crédit sur les pouvoirs ménagers. Dans la première espèce (*The T. Eaton Co. Ltd, of Montreal c. Dame Egglefield*, 1969 C.S. 15), la défenderesse s'était fait ouvrir un compte sur carte sans le consentement et à l'insu du mari. Le plafond de crédit accordé (\$60) ayant été largement crevé et aucun paiement n'ayant été effectué depuis l'ouverture du compte, le créancier de la femme décida de clore ce compte et de demander au mari de régler le solde débiteur. Ce créancier avait évidemment fait preuve d'une négligence et d'une incurie impardonnables dans le fonctionnement du crédit consenti, mais le juge, ignorant les modalités de l'achat, s'en tint au contenu du mandat légal de l'article 180 C.C.: «Tous les articles achetés ne représentaient pas les besoins courants du ménage et l'entretien des enfants d'après la fortune personnelle du mari et sa situation sociale.» La femme avait agi à titre personnel et le mari n'était lié que dans la mesure de son obligation d'entretien: les factures présentées par le créancier ne firent alors que faciliter la ventilation par le juge des achats effectués, en achats ménagers courants

et en dépenses extravagantes. Dans la seconde espèce (*The R. Simpson Montreal Limited c. Dix*, 1971 C.S. 196), c'est du consentement du mari qu'une carte avait été émise au nom de son épouse. Celle-ci, après avoir abandonné le domicile conjugal, s'était livrée, en deux jours, à une débauche d'achats au moyen de sa carte de crédit à un moment où une instance en séparation de corps opposait les époux. La limite de crédit de \$120 accordée au couple avait été très largement dépassée. Le vendeur avait commis une lourde faute en ne s'en tenant pas à la lettre du contrat qu'il avait passé avec le mari: « On aurait pu, dans de telles circonstances, condamner le défendeur au maximum de sa limite de crédit, soit la somme de \$120,00 », si des raisons particulières n'avaient pas conduit à rejeter l'action en totalité, raisons relevant plus de la preuve des faits que de leur conséquence.

A la lumière de ces deux décisions, on peut déjà se permettre de dégager les grandes lignes d'un système de pouvoirs ménagers exercés par la voie de cartes de crédit. Si la carte de crédit a été émise du consentement du mari, celui-ci sera responsable des achats ménagers (ou non) effectués par sa femme sur présentation de sa carte dans les limites du crédit qui lui a été accordé lors de l'ouverture du compte ou à l'occasion d'une entente modifiant les limites du crédit antérieurement accordé. Si la carte de crédit a été émise à l'insu du mari et au seul nom de l'épouse, le mari ne sera responsable des achats ménagers effectués sur carte que dans les limites du mandat domestique reconnu à la femme par l'article 180 C.C. Enfin, si la carte a été émise au nom de la femme seulement et à la demande de celle-ci, le paiement des comptes par le mari vaudra acceptation pour l'avenir de cette technique d'achat. Et, dans tous les cas où le vendeur sur carte ne pourra pas rechercher le mari pour la totalité ou pour partie des sommes dues, il bénéficiera d'un recours direct contre la femme.

3. *La mesure des pouvoirs ménagers.*

Il ne faudrait pas croire à l'immuabilité des besoins de l'art. 180 C.C. (mandat domestique). Ce qui peut être un achat normal pour un foyer peut devenir un luxe pour un autre. C'est ainsi que les tribunaux viennent de refuser de rendre un petit salarié responsable du paiement du prix d'un manteau de fourrure qui, dans son cas, constituait un luxe: on lui réclamait le paiement du prix d'un manteau de vison de \$2,120 acheté par sa femme à qui il venait déjà d'acheter un manteau d'agneau de Perse de \$689 (*Shuchat Fur Co. Ltd. c. Parizeau Ltd.*, C.A. Montreal n° 9983; même sens *Morgan c. Vibert*, 1906, 15 B.R. 407; 29 C.S. 297, 12 R.L.n.s. 142; *Cohen's Ltd. c. Tessier*, 1928, 66 C.S. 22; *Lefebvre c. Labonté*, 1944 C.S. 256). Mais les mêmes tribunaux ont obligé un mari aux ressources financières suffisantes à acquitter le prix d'un manteau de fourrure de grand prix (*Pépin c. De la Chevrotière*, 1959 C.S. 603).

Même le luxe et l'extravagance sont des notions relatives. L'achat d'un manteau de fourrure par sa femme ne saurait sans doute pas engager le petit salarié impécunieux, mais la commande de toilette ou de bijoux de grand prix par son épouse lierait le gros négociant qui vit dans l'opulence. Lorsque ses moyens de fortune et sa position sociale le lui permettent, le mari doit procurer à sa femme non seulement le nécessaire mais aussi le superflu que ceux de son milieu offrent généralement à la leur : « vacances, distractions et même certaines dépenses faites pour recevoir parents et amis font partie des besoins de la vie que le mari est tenu de procurer à son épouse dans les limites de ses moyens et selon son état et sa position sociale » (*Gratton c. Dorfman*, 1960 C.S. 457). Ainsi, comme par le passé (v. réf. *supra*; v. aussi *Jacobs c. Colt*, 1919, 55 C.S. 298; *Côté c. McLaughlin*, 1925, 63 C.S. 439, *Guillemette c. Bourret*, 1926 C.S. 482; *Baron c. Court*, 1939, 77 C.S. 428; *Brown c. Marlowe*, 1944 C.S. 61; *Elegance Ltd. c. Ellis*, 1964 C.S. 530; *Woodhouse and Co. Ltd. c. Blouin*, 1966 C.S. 456) la jurisprudence la plus récente (*Crescent finance corporation c. Blackburn*, 1969 R.L. 185; *Larocque Ottawa Ltd. c. Therrien*, 1967, R.L. 563; *The T. Eaton Co. Ltd. c. Dame Egglefield*, 1969 C.S. 15) conditionne, dans la détermination des pouvoirs ménagers, le « nécessaire à la vie » ou les « besoins courants du ménage » aux moyens financiers du mari. Ces moyens financiers l'obligent à faire certaines dépenses pour l'entretien de sa famille. Sa femme, en le représentant dans le domaine de la vie domestique, l'engagera envers les fournisseurs pour des achats dont le montant correspondra non seulement à ses ressources mais aussi aux habitudes du groupe social auquel il appartient (*Gratton c. Dorfman*, 1960 C.S. 457; *Guillemette c. Bourret*, 1926 C.S. 482).

4. *L'obligation de contribuer aux charges du mariage en cas de séparation.*

S'il est vrai que l'obligation de contribution aux charges peut masquer le devoir de secours, elle ne le fait pas pour autant disparaître (Ch. Larroumet, note sous Cass. 23 juin 1970, D.S. 1971 162). S'il y a vie commune, chacun des époux contribuera en proportion de ses facultés. Ce n'est que lorsqu'ils auront des facultés égales qu'il n'y aura aucun devoir alimentaire d'exécuté l'un envers l'autre. Dans tous les autres cas, il y aura mise en œuvre d'un devoir de secours : si l'un des époux a des facultés supérieures à l'autre, sa contribution aux charges du mariage sera plus importante que celle de son partenaire et dans la mesure de la différence, il exécutera son devoir de secours envers celui-ci : si un époux est totalement démuné de ressources, son conjoint supportera seul les charges du mariage (G. BRIÈRE, *Les charges du mariage*, 1967, 2 R.J.T., p. 459) et, contribuant pour le tout, se trouvera dans la situation d'un débiteur d'aliments; toutefois, son obligation tenant plus de l'obligation d'entretien selon les facultés et l'état que de l'obligation alimentaire, selon

les besoins et les moyens, c'est un devoir de secours masqué et absorbé par l'obligation de contribuer aux charges du mariage qu'il exécutera, en fait.

Une séparation de fait ne devrait pas, comme on l'a prétendu assez souvent en France (Ch. LARROUMET, *ibid.*; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, 5^e éd., n° 143; H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 4, volume I, 2^e éd., 1966, n° 27) et en Belgique (G. BAETEMAN et J. P. LAUWERS, *Devoirs et droits des époux*, Bruxelles, 1960, n° 241; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 10, 1^{re} édition, 1949, n° 1354, 4^e), mettre fin à l'obligation de contribution et faire place simplement à une obligation alimentaire, au motif que les époux n'ont plus à mettre leurs ressources en commun puisqu'ils ne vivent plus ensemble, que les dispositions légales ou conventionnelles sur la contribution sont alors sans objet, et qu'on n'a pas à contribuer aux charges d'une vie commune qui n'existe plus. L'obligation de contribuer aux charges du ménage n'est pas, en effet, limitée à l'hypothèse de la vie commune. L'état de séparation de fait existant entre les époux laisse subsister en entier les effets du mariage quant aux biens: la séparation volontaire des époux ne fait pas perdre à l'épouse son droit à des aliments et aux soins nécessaires à la vie auxquels son époux est tenu envers elle, tant en vertu de la loi qu'en vertu de ses conventions matrimoniales (*Bilodeau c. Chartrand*, 1914, 47 C.S. 249).

Il en serait autrement si les époux étaient séparés légalement ou en instance de séparation (*Gougeon c. Ouellette*, 1932, 52 B.R. 418, sp. p. 421 et 422; *Beaudry c. Emery*, C.S. Montréal, 21 oct. 1971, n° 12-0616798-71, Ph. Pothier, juge: «La Cour ne peut admettre que cette clause puisse encore recevoir application. Les parties ne font plus vie commune et sont en instance de divorce. Ces engagements ne pouvaient lier le requérant qu'en autant qu'il vivait avec son épouse...»). Toutefois, l'extinction de l'obligation de contribution ne toucherait que les époux (*Marion c. Page*, 1929, 49 B.R. 278). Celle visant à l'entretien des enfants subsisterait (art. 215 C.C.: *Gregory c. Odelle*, 1911, 39 C.S. 291; *Page c. Marion*, 1929, 49 B.R. 278, enfant d'un premier lit).

De l'époux séparé de fait qui réclamerait de son partenaire conjugal le montant de sa contribution aux charges, il ne faudrait donc pas exiger la preuve d'un état de besoin comme l'exige l'article 169 C.C. pour donner ouverture à un droit alimentaire valorisé. Tant que le mariage n'est pas dissous, chaque époux est tenu de contribuer aux charges qui en découlent à proportion de ses facultés (H. L. et J. MAZEAUD et M. DE JUGLART, *op. cit.*, t. 1, volume 3, n° 547; Ch. LARROUMET, *réf. supra*). Même s'il n'est pas dans le besoin, son conjoint doit pouvoir le forcer à s'acquitter de sa contribution selon ses facultés et son état pour lui permettre de continuer à mener l'existence qui était la sienne au temps de la vie commune. Une condamnation à pension alimentaire devrait donc

réfléter, dans son montant, cette préoccupation d'assurer le maintien d'un train de vie, lorsqu'elle ne serait en fait qu'un moyen de contraindre un époux à exécuter son obligation de contribution aux charges du mariage. Dans le régime communautaire d'ailleurs, une séparation des époux ne fait pas obstacle à une contribution de la femme sur ses biens propres lorsque le mari lui a demandé de lui en verser les revenus (art. 1297 al. 1 C.C.). Devrait-on alors, par souci de logique, l'autoriser à ne remettre à son mari, administrateur communautaire, que la portion des revenus de ces biens qui ne correspond pas à sa part contributive aux charges du mariage? En l'état actuel des textes, rien ne le justifie.

5. *Régime juridique des économies faites sur les sommes destinées à la satisfaction des besoins courants du ménage.*

Dans les rapports tiers-ménage, le problème du contenu des pouvoirs ménagers serait relativement simple si la femme payait comptant les biens achetés ou les services fournis. Le paiement comptant des achats ménagers évitant que ne se pose le problème de l'intérêt des tiers, il ne resterait plus qu'à régler le sort entre époux des sommes remises par le mari et non dépensées par la femme. Or, si les sommes remises par le mari constituent bien un acquittement des charges du mariage et non une donation prohibée entre époux (*Goulet c. Gratton et Blanchard*, 1915, 47 C.S. 465; *Jodoin c. Thériault et Gagné*, 1916, 50 C.S. 347), on hésite encore à en qualifier le solde non employé. Certains estiment que ce solde appartient au mari (*Bruneau c. Lefebvre et Garaud*, 1908, 34 C.S. 173; *Plamondon c. Larue and Angers*, 1912, 43 C.S. 18); d'autres considèrent ce solde comme un don proportionné à ses moyens et à ses revenus que le mari fait à sa femme en ne lui demandant pas de rendre compte (*Roy c. Marcheterre et Banque canadienne Nationale*, 1962 C.S. 13; L. BAUDOUIN, *Rev. trim. dr. civ.*, 1962, p. 739; *Dame Phillys c. Procureur général de la province de Québec*, 1971 C.S. 198). Quant aux fiscalistes, ils considèrent imposables entre les mains du mari les revenus du capital accumulé par la femme à même les sommes reçues de son conjoint pour l'entretien de la maison et se prononcent ainsi indirectement sur l'appartenance de ce capital au mari (L. ZALLONI, *Votre impôt*, 18^e éd., Montréal, 1970, p. 55).

6. *Les recours entre époux pour dettes ménagères.*

Si les époux dans leur vie ménagère respectaient scrupuleusement les règles de la représentation domestique et de la contribution aux charges du mariage, il n'y aurait pas à revenir sur les conséquences, à leur égard, des actes accomplis pour la satisfaction des besoins courants du ménage: l'actif constitué par contribution aux charges répondrait du passif né des engagements contractés par la femme en représentation de son mari; en permettant la poursuite du mari seulement, les règles de la représentation domestique seraient au service d'une technique de collecte et de cen-

tralisation des ressources du ménage entre les mains du mari. Il arrive parfois cependant que, pour des raisons pratiques ou économiques, on déroge aux règles établies. Il en est ainsi lorsqu'un époux contribue pour plus que sa part aux charges du mariage. Il en est ainsi aussi lorsqu'un époux acquitte une dette ménagère à laquelle il n'était pas tenu. Dans les deux cas, il faudra, à un moment ou l'autre de la vie conjugale, indemniser cet époux du paiement par lui d'une obligation à laquelle il n'était pas tenu. Les recours entre époux remplissent cette fonction compensatrice.

Il ne faudrait toutefois pas croire que l'action récursoire tienne de l'automatisme. Un certain nombre de mécanismes peuvent la tenir en échec et éviter ainsi des réclamations plus préjudiciables à l'entente entre époux qu'aux intérêts du conjoint surcontribuant.

Les mécanismes qui peuvent tenir en échec une action récursoire de l'époux surcontribuant contre son conjoint sont divers. Cette absence de recours peut résulter de la présomption d'acquiescement de la contribution jour par jour, comme il est d'usage (J. PATARIN et G. MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, t. 1, Paris, 1966, n° 20). Cette présomption interdirait de poursuivre l'époux qui n'a pas rempli son obligation de contribution: il serait soit présumé l'avoir versée, soit tenu pour déchargé par son conjoint de le faire (*Voligny c. Simard*, 1896, 2 R. de J. 294; *Blain c. Dame Farley*, 1937, 63 B.R. 43 sp, p. 47, P. B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. 6, p. 397, note b; L. FARIBAULT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 10, n° 427; G. BRIÈRE, *Les charges du mariage*, 1967, 2 R.J.T. p. 469). A cet égard, une clause du contrat de mariage déclarant que la contribution est présumée avoir été fournie jour par jour est utile, même en régime communautaire (G. BRIÈRE, *article précité*, p. 456) pour éviter toute contestation (J. PATARIN et G. MORIN, *op. cit.*, loc. cit.). Cette absence de recours peut résulter encore du fait que, si la contribution est acquittée par un versement d'espèces entre les mains de l'autre époux, ce dernier, acquittant lui-même les dépenses du ménage, ne doit pas rendre compte du reliquat non dépensé (J. PATARIN et G. MORIN, *op. cit.*, t. 1, n° 23). Ainsi le mari n'est pas comptable à l'égard de sa femme des sommes qu'elle lui remet à titre de contribution aux charges du mariage, même si les paiements faits avec ces sommes ne suffisent pas à les éponger. Cette absence de recours peut résulter encore de l'intention libérale de l'époux sur-contribuant qui n'a pas entendu, en contribuant pour plus que sa part, faire des avances remboursables à son conjoint mais simplement l'aider à exécuter sa propre obligation de contribution. Cette absence de recours peut résulter encore d'une impossibilité partielle ou totale de l'époux sous-contribuant d'exécuter entièrement son obligation de contribution. L'obligation de contribution ne fait pas en effet disparaître l'obligation de secours. Si l'époux sous-contribuant ne peut plus assumer son obligation de contribution soit que ses ressources aient baissé (*Marion c. Brosseau*, 1934 R.P.

212) soit qu'il ne lui reste rien (*Griffin c. Merrill*, 1887, 1 C.S. 335; *Johnson c. Hudon*, 1918, 25 R.L.N.s. 171), son conjoint devra sur-contribuer : dans la mesure de la différence, il exécutera, à son égard, son devoir de secours et ne pourra pas demander *ex post* un rétablissement des parts contributives. Cette surcharge pourrait même l'amener à entamer son capital (*Chamard c. Trudel*, 1969 C.S. 201; 1969, 10 C. de D., p. 579, note E. Caparros, *contra* : G. BRIÈRE, *article précité*, 1967, 2 R.J.T., p. 459).

Enfin, la contribution aux charges du mariage n'étant pas d'ordre public, les époux peuvent convenir d'une absence de recours en cas de sur-contribution de l'un d'eux comme cela a été le cas dans l'affaire *P. c. D.* (1971 R.P. 11) : «Le futur époux devra payer toutes les dépenses du ménage et pouvoir au support et au maintien de la dite future épouse et des enfants à naître dudit futur mariage ainsi qu'à l'éducation de ces derniers mais il ne sera pas tenu de rembourser à la future épouse ou à sa succession aucune partie des revenus que cette dernière pourra avoir employés à ces fins.» Cette clause de non-reddition de compte est particulièrement intéressante. Elle évite d'entrer dans un mécanisme judiciaire toujours préjudiciable à l'entente entre époux, ou à l'entente entre le conjoint survivant et les héritiers de l'époux décédé. La présence d'une telle clause n'a pourtant pas empêché la femme dans l'affaire *P. c. D.* (ref. *supra*) de demander à être remboursée de la somme de \$7.609, représentant le total de ses participations volontaires aux charges du mariage. Le juge ne put évidemment que la débouter : «Il nous paraît clair, déclara-t-il, que la demanderesse a renoncé à être remboursée de toutes les dépenses de ménage de même qu'aux dépenses encourues pour son propre entretien.»

Il convient de signaler d'ailleurs que, sous le régime de la communauté de biens et sous celui de la société d'acquêts, la question de recours entre sur-contribuant et sous-contribuant ne peut pas, en principe, se poser car les économies faites sur le revenu de ses propres et sur ses gains et salaires par l'époux qui n'a pas contribué suffisamment ou s'est abstenu de toute contribution, se retrouvent normalement dans la masse des communs ou des acquêts soumis à partage (J. PATARIN et G. MORIN, *op. cit.*, t. 1, n° 23).

7. *Le recours contre son conjoint de l'époux partiellement ou totalement exonéré de contribuer aux charges du mariage.*

Toute convention de répartition des charges du mariage doit emprunter la voie du contrat de mariage ou d'une modification de celui-ci sous contrôle judiciaire et ce, à peine de nullité. Il en est de même pour tout changement dans la répartition des charges. Par voie de conséquence, tout accord amiable modifiant la part contributive d'un époux ne devrait pas lier celui-ci. Les tribunaux devraient non seulement annuler la con-

vention (*Gregory c. Odell*, 1971, 39 C.S. 291; *Croteau c. Gosselin*, 1945 C.S. 289), mais encore ordonner le remboursement à l'époux sur-contribuant de tout ce qu'il a versé outre sa part contributive aux charges.

En cette matière cependant, les tribunaux ont rarement respecté les principes juridiques. Il leur est arrivé assez souvent de valider des conventions amiables de contribution outre ou contre les clauses du contrat de mariage en usant d'arguments dont la pertinence est très relative. Il est à espérer qu'ils n'iront plus, pour valider des accords amiables non homologués, jusqu'à prétendre que l'obligation assumée par l'un des époux par contrat de mariage n'est pas immuable mais essentiellement variable (*Blain c. Dame Farley*, 1937, 63 B.R. 43); ou que, nonobstant toute stipulation du contrat de mariage, rien ne s'oppose à ce qu'en fait, il s'établisse, soit par convention expresse ou tacitement, un mode différent de contribution aux charges du ménage (*Blain c. Dame Farley*, ref. *supra*, sp., p. 52, notes du juge Létourneau); ou qu'en se ménageant un mode de contribution différent de celui du contrat de mariage, les époux admettent un *modus vivendi* que la loi autorise (*ibid.*) ou encore qu'il existe une présomption que les fonds appartenant à celui qui n'avait pas à contribuer ont été employés dans l'intérêt du ménage (*Chartrand c. Dame Tremblay*, 1958 R.C.S. 99, sp., p. 107); ou enfin, qu'en dehors des stricts calculs mathématiques, il existe généralement entre mari et femme des motifs qui exigent qu'en justice et en droit, les règles gouvernant une contribution conventionnelle ne soient pas appliquées dans toute leur rigidité (*Dame Champagne c. Gougeon*, 1939, 77 C.S. 76). Sans doute, la règle de l'interdiction de s'avantager par acte entre vifs pendant le mariage ne fait-elle plus obstacle à une dérogation amiable aux clauses contributives du contrat de mariage (art. 1265 al. 2 C.C., formulation 1866); mais la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, même si elle n'a plus le caractère absolu du passé, demeure toujours la barrière qui devrait conduire les juges à ne pas vider de leur sens les clauses contributives du contrat de mariage. Et même si l'on ne peut pas empêcher des époux qui disposent personnellement de revenus de modifier *de facto* le quantum contributif qui avait été déterminé par contrat de mariage, il faut se garder de les encourager à s'engager dans cette voie en accueillant toute demande de remboursement de celui qui, même volontairement, a versé une part plus forte que celle qui avait été prévue au contrat de mariage (G. BRIÈRE, *Les charges du mariage*, 1967, 2 R.J.T., p. 468). D'ailleurs il n'y a, en toute logique, que deux façons d'échapper à une telle demande. L'une consiste à prouver que la participation aux frais ménagers ne peut être analysée comme une contribution aux charges du mariage *stricto sensu*, mais comme une libéralité entre époux. L'*animus donandi* du sur-contribuant enlèverait en effet à cette participation tout caractère obligationnel outre ou contre le contrat de mariage. L'autre consiste à prouver que l'obligation de con-

tribution contenue au contrat de mariage a été exécutée par son débiteur selon ses facultés et son état et que la contribution du conjoint partiellement ou totalement exonéré de toute participation aux charges du mariage a été faite pour maintenir un train de vie supérieur à celui que devait procurer l'époux tenu conventionnellement aux charges (J. PATARIN et G. MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, t. 7, Paris, 1966, n° 28). La contribution de fait ne neutralise pas la contribution de droit; elle la complète. Chacune s'exécute à des niveaux différents. L'une couvre l'essentiel, l'autre, le superflu : lorsque les époux veulent se procurer une vie familiale plus confortable, rien ne les empêche de mettre en commun leurs ressources, ni la femme de contribuer volontairement aux charges du mariage nées de ce désir de confort même si le mari est tenu par contrat de mariage de supporter seul les dépenses ménagères (*Raymond c. Bolduc*, 1961 C.S. 231; *Dame Lizotte c. Tourigny*, 1963 C.S. 488).

Dans un jugement récent (*Dame Desrosiers c. Desrosiers*, C.S. Montréal, n° 765-993, 17 mai 1971, M. Nichols, juge), l'époux n'a été condamné à rembourser à la femme ce qu'elle lui avait volontairement versé à titre de participation aux frais du ménage que parce qu'il s'était engagé par écrit à lui rembourser sa contribution. En fondant le droit à remboursement sur un engagement personnel d'une des parties envers l'autre le juge ne porte pas atteinte aux principes qui viennent d'être rappelés. Il ne sacrifie pas non plus à la tendance regrettable des tribunaux de refuser tout remboursement en la matière.

8. *La vie commune sans lien matrimonial :
de l'intolérance à la légalisation.*

Le législateur québécois a toujours fait preuve de réserve à l'égard de ceux qui, vivant en commun, se comportent comme mari et femme sans avoir contracté mariage (A. DUVAL, *Le ménage de fait devant le code civil au Canada*, in Travaux de l'association H. Capitant, t. 11 (1957), Paris, 1960, p. 112). S'il a toujours toléré l'union de fait, il s'est néanmoins refusé à en faire une institution. Tout au plus accepte-t-il que les concubins se fassent des donations alimentaires (art. 768 C.C.; *Côté c. Lévesque*, 1936, 40 R.L. 177; *Michaud c. Malenfant*, 1950 C.S. 76). Et pourtant, ainsi que l'a fait remarquer un auteur, l'immoralité des rapports sexuels ne vicie pas toutes les relations juridiques entre les concubins (A. MAYRAND, *L'assistance au profit du concubin*, 1959, 32 *Thémis*, p. 229). Face aux tiers, le ménage de fait a toutes les apparences d'une union légitime et il n'est guère possible d'exiger d'une femme qu'elle fasse, en toute occasion, la preuve de son état d'épouse légitime. Devrait-on, dans le cas d'une concubine, sacrifier les intérêts des tiers et interdire à celle-ci d'engager son partenaire pour les dépenses nécessaires à la vie? Leur reconnaître des droits réciproques relève, certes, de la politique législative et de l'état des mœurs de la

société, mais leur imposer des devoirs à l'égard des tiers ne constitue qu'une solution d'équité qu'il conviendrait de promouvoir.

La morale et les bonnes mœurs ne vont sans doute pas jusqu'à interdire la reconnaissance d'un mandat exprès ou tacite entre concubins mais, dans le domaine ménager, il convient de se demander si un tel mandat doit être soumis au régime juridique du pouvoir légal de représentation ou s'il n'est pas plutôt souhaitable de laisser aux tribunaux le soin de décider, cas par cas, du droit, pour les tiers, de poursuivre le concubin. Si la location du logement familial avait été unanimement considérée comme une opération juridique entrant dans le champ des actes ménagers permis à la femme, on aurait pu, dès 1916, considérer que l'assimilation de la situation de fait à une situation de droit était chose faite, puisqu'un juge avait été amené à déclarer que si la femme mariée avait un mandat tacite pour louer un immeuble pour l'habitation de la famille lorsque les circonstances le justifiaient, il en était de même de la femme non mariée mais vivant avec un homme comme mari et femme : « Dans ce cas, le bail verbal fait par la femme rend son concubinaire responsable du loyer et des dommages encourus en vertu de ce bail » (*Dufresne c. Brousseau*, 1916, 49 C.S. 67). Malheureusement, en matière de location, les avis sont fort partagés et nombre de décisions ont refusé à la femme, vivant avec son mari, le droit de louer un local d'habitation pour elle et sa famille, acte qui lui aurait transféré en fait le pouvoir de choisir la résidence commune.

L'accession de l'ancien mandat tacite à la légalisation ouvre d'ailleurs de nouvelles perspectives aux relations juridiques entre concubins. Si, dans le passé, on s'était obstinément refusé à assimiler la situation de fait à la situation de droit, c'était afin de mieux valoriser le mariage en pénalisant l'union libre. La déculpabilisation sociale du concubinage devrait logiquement conduire, sinon à l'institutionnalisation des pouvoirs ménagers de la concubine, du moins à la reconnaissance d'une présomption de mandat en faveur de la maîtresse. Certes, le « vivre, manger, coucher ensemble » de Loysel ne suffirait pas à créer un lien matrimonial. Il permettrait cependant ce minimum d'organisation d'une cellule sociale dont l'importance croît chaque jour davantage. S'il ne convient pas d'accorder à la concubine des avantages qu'une politique législative, même progressiste, doit conserver au mariage, la protection des tiers, la tendance à oublier le droit pour ne considérer que le fait et l'évidence d'une volonté de représentation mutuelle dans le cadre d'une union de fait stable, doivent logiquement conduire au mandat tacite entre concubins.

D'ailleurs, l'importance de plus en plus grande que prend cette cellule sociale « hors-la-loi » oblige de plus en plus les tribunaux à lui faire des concessions et à lui reconnaître un commencement d'existence juridique. Ainsi, dans le domaine du secours et de l'assistance mutuelle, les tribunaux

québécois n'ont pas hésité à faire l'assimilation de la situation de fait à la situation de droit. Une concubine réclama de celui avec lequel elle avait vécu durant plusieurs années la valeur de ses services. Assimilant sa situation à celle d'une épouse légitime, la cour lui refusa l'action car l'article 173 C. civ. imposait aux époux le devoir d'assistance mutuelle (*Norman c. Gibbs*, 1946 C.S. 91). Ainsi n'est-il plus illégal de remettre à sa concubine les sommes nécessaires au maintien d'une vie domestique que l'on continue à condamner (*Belleau c. Carrier*, 1971 C.A. 58). Ne serait-il pas plus cohérent de légaliser cette situation de fait plutôt que de voguer dans un tel paradoxe?

9. *L'«intake», sa place et son rôle dans le processus judiciaire.*

À une époque où le préventif l'emporte sur le curatif et où le curatif est perçu en terme non plus de condamnation mais en terme de guérison, il est difficile de concevoir le tribunal de la famille sans services annexes au sein desquels œuvrent des spécialistes de plusieurs disciplines relevant des sciences humaines: enquêteurs, travailleurs sociaux, psychiatres, psychologues, conseillers en relations domestiques, etc... Ces services annexes sont réclamés par tous ceux qui se sont penchés sur le problème de la création d'un tribunal de la famille. Toutefois, l'accord est loin de se faire sur la place que doivent occuper ces services au sein de l'organisation judiciaire. Pour les uns, ils devraient constituer l'un des départements du tribunal de la famille: le recours à ces spécialistes ferait nécessairement partie du mécanisme judiciaire. Pour d'autres, ces services ne devraient être ni intégrés ni imposés: rattachés au ministère des affaires sociales, ils constitueront un de ces nombreux services gratuits que le gouvernant offre à une population libre d'en user ou de s'en dispenser.

Il ne s'agit pas là, on s'en doute, d'une querelle d'école. Certains arguments militent pour la première solution; d'autres pour la seconde. Toutefois, dans le contexte juridique et social actuel, il semble bien que la préférence doive être donnée à la seconde solution. S'il en est ainsi, c'est tout d'abord parce que la tradition politique canadienne et l'acte d'Amérique du Nord britannique ont consacré le principe de la séparation des pouvoirs en assignant au législatif, à l'exécutif et au judiciaire des fonctions différentes et indépendantes. Il appartient à l'exécutif de définir des politiques d'action et de les mettre en œuvre. Il appartient au judiciaire d'assurer la sanction de la loi et de résoudre les conflits juridiques que les justiciables lui soumettent. Et si c'est bien à l'exécutif de définir la politique familiale de l'État et à la mettre en œuvre notamment par la création de services de counselling, il appartient au seul judiciaire de statuer sur les crises familiales qui lui sont soumises. De cette séparation des pouvoirs doit nécessairement découler une séparation des fonctions et une imperméabilité de structures administratives.

S'il en est ainsi, c'est ensuite parce que le justiciable conserve, de nos jours encore, une perception pénale du juge. Pour lui, le magistrat est celui qui réprimande, qui sanctionne et qui condamne. Ce n'est donc ni celui qui conseille ni celui qui suggère des solutions qu'il appartiendra à d'autres de prendre. Cette perception qu'on a de lui l'empêche d'exercer ce rôle de coordinateur des services d'aide juridique et para-juridique aux familles que certains voudraient le voir remplir. D'ailleurs il lui serait assez difficile d'agir à ce titre, sans se dépouiller de la prérogative judiciaire qui est la sienne. Il ne faut pas oublier en effet, qu'il lui appartient de choisir la solution qui lui apparaît la plus opportune et la plus conforme au droit et de l'imposer à ceux qui sollicitent son intervention. Comment concevoir qu'il agisse à un premier stade comme arbitre conciliateur et à un second comme le dépositaire d'une autorité? Il lui serait très difficile d'oublier en arbitrant qu'il peut aussi décider.

S'il en est ainsi, c'est parce que la justice n'a rien à gagner à voir se réaliser en matière de droit familial, une confusion des genres. L'exécutif a son rôle, ses modes d'action, son personnel, ses qualités et ses défauts. Le malheur veut toutefois que la multiplication des tâches de l'État font que l'administration devient de plus en plus tentaculaire. Qu'il s'introduise dans le mécanisme judiciaire par le biais de l'*intake* n'est guère souhaitable. La justice risque d'y perdre cette indépendance qui est, pour le justiciable, un gage de sa liberté et du respect de ses droits. Pour lui, il est préférable qu'administration et justice, tout en travaillant de concert, ne soient pas réunies dans une seule et même structure.

B. DIVORCE.

10. *Portée des aveux des époux dans une instance en divorce.*

Bien que nous ayons déjà abordé ce problème dans le cadre d'un commentaire d'arrêt (*Giroux c. Dame Ouellette*, 1972 C.S. 723, note F. HÉLEINE in 1973, 3 *R.G.D.*, p. 293 et s.), nous allons le reprendre ici dans une perspective plus globale: celle de la preuve des faits allégués au soutien d'une demande en divorce.

Il ne faudrait pas croire que ce soit par pur académisme que nous entendons le faire. On oublie trop souvent que, pendant un certain temps, on hésitait en cette matière, entre l'hors de tout doute raisonnable et la règle de la prépondérance des preuves (G. S. CHALLIES, *Les problèmes de preuve dans les causes de divorce*, 1969, 29 *R. du B.*, p. 73), qu'il fallut attendre les années '50 avant que la règle de la prépondérance des preuves l'emporte (*Smith c. Smith*, 1952, 2 R.C.S. 312; *Forster c. Forster*, 1955, 4 D.L.R. 710; *Blyth c. Blyth*, 1966 A.C. 643) et que les juges ont eu, encore récemment, l'occasion de rappeler la règle à l'occasion de faits pouvant conduire à un divorce (adultère: *Jablonowski c. Jablonowski*, 1972, 28

D.L.R., 3 d, 441; cruauté: *Harasyn c. Harasyn*, 1971, 2 R.F.L. 105, *Delaney c. Delaney*, 1971, R.F.L. 29, *Egglesfield c. Egglesfield*, 1973, 9 R.D.L. 140; non-consommation: *Goodman c. Goodman*, 1973, 9 R.F.L. 261; simple séparation: *Burt c. Burt*, 1972, 7 R.F.L. 155).

La règle de la prépondérance des preuves étant admise, il restait encore à définir les conditions d'harmonie de cette règle dans le cadre du principe général selon lequel un jugement de divorce ne peut être fondé sur les seules admissions des parties (L.D., art. 9, 1a). En d'autres termes, il restait encore à décider si la preuve des faits devant conduire au divorce devait être corroborée lorsque cette preuve résultait uniquement des admissions des parties, admission était entendu ici comme un fait reconnu par une personne et exploitable contre elle (*Veysey c. Veysey*, 1973, 8 R.F.L. 123) et parties se limitant à l'un ou l'autre époux au procès (*Veysey c. Veysey*, ref. *supra*)? Une lecture exégétique de l'art. 9, 1a, de la loi sur le divorce aurait dû conduire à conclure comme nécessaire la corroboration. Malheureusement, là comme ailleurs, la logique a été tenue en échec. Ainsi, après avoir fait montre d'un certain libéralisme favorable aux époux (*Ewasiuk c. Ewasiuk*, 1968, 70 D.L.R. 525; *Breutigam c. Breutigam*, 1969, 8 D.L.R. 509; *Veysey c. Veysey*, 1971, 16 D.L.R., 3 d, 239; *Hayes c. Hayes*, 1971, 20 D.L.R., 3 d, 214) les juges des tribunaux des provinces de common law semblent se replier vers une position plus orthodoxe en affirmant que la preuve de faits à connotation sexuelle (infidélité, perversion sexuelle) ne pouvait résulter des seules admissions des parties (*Olson c. Olson*, 1971, 4 R.F.L. 86; *Davidiuk c. Davidiuk*, 1971, 4 R.F.L. 170) et en généralisant cette affirmation par la suite (*Mac Curdy c. Mac Curdy*, 1973, 8 R.F.L. 125; *Egglesfield c. Egglesfield*, 1973, 9 F.R.L. 140), que ces admissions soient le fait du requérant ou de son conjoint.

Quant aux juges québécois, ils ont suivi une voie très différente qui les a conduits à la lisière de la légalité. Dans un premier temps, ils se sont ralliés à la jurisprudence *Ewasiuk* qui recevait la déclaration sous serment d'un époux comme seule preuve du délit conjugal reproché et rejetait la simple déclaration comme tombant sous le coup de l'art. 9, 1a, de la loi sur le divorce. Puis, ils sont revenus à ce qu'il est convenu d'appeler une certaine orthodoxie en exigeant la corroboration des faits lorsque la preuve n'en résultait que des admissions des parties (*B. c. D.*, 1971, C.S. 413). C'était évidemment s'enfermer dans un système qui, pour le moins, manquait de souplesse: N'y a-t-il pas, dans la vie conjugale des faits si personnels que seuls, ceux qui les ont vécu (en l'occurrence les époux) peuvent en témoigner? Ces faits ne sont-ils pas de nature parfois à permettre une action en divorce? La loi aurait-elle voulu, en connaissance de cause, les ignorer?

Il était sans doute souhaitable de conserver le principe faute de preuve de la requête appuyée sur les seules admissions des parties; mais il

convenait aussi de corriger ce principe dans ce qu'il avait d'excessif. sans avoir à modifier la lettre de l'art. 9, 1a, de la loi sur le divorce. Le mérite de cette correction revient au juge Aronovitch qui, dans l'affaire *Giroux c. Ouellette* (ref. *supra*) s'appliqua à donner de l'art. 9, 1a, L.D. une application sacrifiant au principe tout en laissant la porte ouverte à l'exception. L'art. 9, 1a, de la loi sur le divorce n'interdit pas, dit-il, d'interroger le défendeur sur une action en divorce ni de tenir compte de ses aveux. Toutefois, le tribunal ne peut rendre jugement sur la foi de ces seuls aveux qu'après une instruction lui ayant permis de constater l'absence de collusion entre le requérant et l'intimé.

Sans doute y a-t-il dans l'explication du juge Aronovitch une part d'artificiel puisque la solution d'un litige impliquée obligatoirement une instruction, mais cela n'enlève rien au mérite de sa solution qui a pour elle d'être conforme à la lettre de l'art. 293 du Code de procédure civile qui dispose que, dans tous les cas où la preuve testimoniale est admise, elle peut être apportée par un seul témoin. Et quand bien même cette solution serait à la limite de la légalité ne devrait-elle pas être préférée à celle des common lawyers qui risquent de s'enfermer dans un système de tout ou rien en une matière où il faut toujours se réserver des portes de sortie. conscient que l'on doit être qu'un jugement de rejet d'une requête en divorce n'est pas le médicament miracle qui redonnera vie à des amours mortes?

11. *Réserves de droits et pensions symboliques.*

Les juristes des provinces canadiennes de Common Law n'ont rien à envier à leurs confrères civilistes du Québec car si les seconds ont découvert la voie de la réserve de droits pour conserver au juge de divorce sa juridiction en matière alimentaire après le prononcé d'un jugement conditionnel ou irrévocable de divorce (*Poitras c. Paquet*, C.S. Trois Rivières, n° 755-D; *Boisvert c. Béland*, C.S. Montréal, n° 3256 D; *Levine c. Chrein*, C.S. Montréal, n° 1909), les premiers ont pratiqué depuis un certain temps une voie parallèle, celle de la pension symbolique: en condamnant le débiteur alimentaire à payer à son créancier une somme allant de \$1.00 à \$5.00 par mois ou par année (selon les juges), ils conservent aussi au juge de divorce sa juridiction en matière d'aliments. Il y a toutefois une différence entre la démarche civiliste et la démarche common law. Particularité procédurale, la pratique québécoise conduit à demander des aliments en vertu de l'art. 11 (1) de la loi sur le divorce; règle de droit substantiel, la pratique common law oblige le créancier d'aliments à demander une modification en vertu de l'art. 11 (2) de la loi sur le divorce de son droit alimentaire déjà valorisé symboliquement. Dans le premier cas, on procède par voie d'action; dans le second, par voie de modification.

Il n'est pas sans intérêt de comparer au travers de la jurisprudence les raisons qui justifient la conservation au juge de divorce de sa juridiction en

matière d'aliments. Les juges civilistes, lorsqu'ils réservent les droits du créancier d'aliments, ont essentiellement en vue de conserver à son (ou ses) éventuel bénéficiaire son droit à pension alimentaire que seul peut lui garantir le juge de divorce par la conservation de sa juridiction en cette matière (*Denechaud c. Dame Prévost*, 1972 C.S. 627) soit que le créancier d'aliments n'ait aucun besoin à satisfaire, soit qu'ayant un besoin pressant d'aliments son débiteur alimentaire n'est pas en mesure de les lui procurer. Il est toutefois regrettable que les magistrats ne soient pas plus explicites dans leurs motivations : dans la majorité des cas, on doit en effet, pour découvrir la pensée du juge, procéder plus par déductions que par constatations.

Ce sont les mêmes préoccupations qui animent les juges de common law lorsqu'ils se prononcent sur une pension symbolique : absence de moyens du débiteur et absence de besoins immédiats du créancier sont les deux axes de leur ratio decidendi. Il convient toutefois d'admettre que leur « modèle » est plus raffiné et mieux construit que celui de leurs collègues civilistes.

Selon les tribunaux des provinces canadiennes anglaises, on ne doit pas abuser de la technique de la pension symbolique (*Marsden c. Marsden*, 1972, 27 D.L.R., 3d, 277). Cependant lorsque cela se révèle nécessaire, le juge peut accorder au créancier d'aliments un droit alimentaire symbolique que ce créancier le lui demande ou non et qu'il compare ou non (*Marsden c. Marsden*, ref. *supra* : accordée en 1^{re} instance, la pension alimentaire symbolique a été refusée à son bénéficiaire en appel sur la base d'un accord implicite de non-octroi d'un droit alimentaire entre le créancier et le débiteur d'aliments). En valorisant ainsi symboliquement le droit du créancier alimentaire le juge doit rechercher la protection de celui-ci (*Marsden c. Marsden*, ref. *supra*) : si la conduite du créancier est irréprochable (*Wong c. Wong*, 1973, 8 R.F.L. 345) et si l'on en arrive à la conclusion qu'il ne peut et ne pourra dans l'avenir se suffire à lui-même (*Lee c. Lee*, 1972, 7 R.F.L. 140), on accordera une pension symbolique lorsque le manque de moyens du débiteur sera la seule raison pour laquelle on ne saurait aller au-delà du symbolique (*Wong c. Wong*, ref. *supra*; *Marsden c. Marsden*, ref. *supra*). Sans doute, le symbole ne remplace-t-il pas la réalité et le fait de se voir conserver son droit est-il une mince satisfaction lorsque « le ventre parle » ; mais au-delà du symbole il y a un espoir, le retour à meilleure fortune du débiteur d'aliments : dans ce cas le droit sera à la mesure de l'espoir et il suffira de faire transformer judiciairement en réalité ce qui n'était qu'une éventualité. Ce droit alimentaire symbolique renferme en lui-même et un espoir et une possibilité. D'ailleurs, dans certains cas, le retour à meilleure fortune du débiteur d'aliments n'est pas si théorique que cela : lorsque le mari a, par exemple, des espérances successorales prochaines, on se doit de conserver

à la femme démunie la possibilité de profiter de cette manne le moment venu (*McCallum c. McCallum*, 1972, 6 R.F.L. 161).

De même lorsque la femme n'a pas de besoins alimentaires actuels à satisfaire, elle peut, malgré tout, prétendre à une pension alimentaire symbolique (*Noetstaller c. Noetstaller*, 1971, 2 R.F.L. 404; *Kress c. Kress*, 1973, 8 R.F.L. 264). Ce faisant on agit « To keep the door opened so to speak so that the wife may apply later on if need be for a meaningful maintenance » (*R. c. Bence*, 1969, 3 D.L.R., 3d, 77). La pension symbolique ainsi accordée doit donc être considérée « as a protection to her in case such need (alimentaires) arises » (*Madden c. Madden*, 1971, 14 D.L.R., 3d, 100; *Kowaliuk c. Kowaliuk*, 1972, 4 R.F.L., 280). En ce domaine, comme en celui de l'absence de moyens du débiteur d'aliments, la prudence est évidemment à recommander et l'on ne devrait pas généraliser une formule qui, si elle est généreuse pour la femme, est particulièrement lourde pour le mari : la pension alimentaire symbolique constitue l'épée de Damoclès financière suspendue au-dessus de tous ses projets à incidence économique (*Marsden c. Marsden*, 1972, 27 D.L.R., 3d, 277). Certains juges l'ont fort bien compris et ont refusé, *ad futurum*, un droit au secours à une femme séparée de longue date de son mari et qui avait participé à la ruine de son ménage (*Marsden c. Marsden*, ref. *supra*; *Butterfield c. Butterfield*, 1971, 2 R.F.L. 309). D'autres ont été beaucoup moins sages en asséchant les avoirs du mari par l'attribution d'une « lump sum » et en usant de la menace d'avoir à subvenir dans le futur à l'entretien de l'épouse par l'octroi d'une pension alimentaire symbolique (*Lawson c. Lawson*, 1973, 9 R.F.L. 294).

On ne peut évidemment nier que, dans certains cas, la réserve de droit civiliste et l'octroi de la pension symbolique common law soient ce que l'on a trouvé de mieux jusqu'ici pour mettre le droit au service de l'équité. Mais on doit admettre aussi que ce sont là des formules bâtarde, en marge de la légalité et qui pourraient fort bien être remplacées par la consécration du principe actuel « Upon granting a decree nisi of divorce, the court may... » quitte à assortir le principe d'exceptions destinées à couvrir les cas où l'équité demanderait à ce qu'un droit alimentaire soit accordé après divorce. Cette formule, outre qu'elle assurerait au débiteur d'aliments une certaine paix financière, procurerait à son créancier une sécurité face à un avenir de plus en plus incertain. Devra-t-on conclure que parce que trop simple, une telle formule n'est pas à la portée de nos juristes ?

12. *Du moment ultime de présentation d'une demande alimentaire en matière de divorce.*

Au vu de la formulation de l'alinéa de l'art. 11 de la loi du divorce, on pourrait penser qu'il est simple de préciser le moment ultime de la présen-

tation d'une demande de pension alimentaire: «... *en prononçant* (c'est nous qui soulignons) un jugement conditionnel, etc...» On ne devrait donc pas pouvoir présenter une demande à cette fin après le prononcé du jugement conditionnel de divorce et c'est en ce sens que se sont prononcés un certain nombre de jugements de common law et québécois (*Todd c. Todd*, 1969, 68 W.W.R., 315; *Butterfield c. Butterfield*, 1970, 11 D.L.R. 3d, 16 D.L.R. 382; *Radke c. Radke* 1971, 20 D.L.R., 3d, 679; *Zacks c. Zacks*, 1973, 29 D.L.R., 3d, 99; *Dame Tremblay c. Tremblay*, 1971 C.S. 507): «La loi sur le divorce doit être interprétée restrictivement... lorsque, au cours d'une instance en divorce la requérante n'a demandé aucune pension alimentaire pour elle-même, elle ne peut, une fois le jugement irrévocable rendu (jugement qui ne peut que confirmer la demande alimentaire accessoire du jugement conditionnel), demander et obtenir une pension quelconque devant cette Cour... le tribunal ne peut adjuger au-delà de sa juridiction en matière de pension alimentaire...»

Cette solution conforme à la logique et à la lettre du texte semblait devoir l'emporter au Québec après le prononcé coup sur coup de deux jugements émanant, l'un de la Cour supérieure de Québec (*Morissette c. Koenig*, C.S. Québec n° 589-D) l'autre de la Cour supérieure de Montréal (*Dame Duchesne c. Masse*, C.S. Montréal, 5 janvier 1972, n° 10291, note F. HÉLEINE in *Recueil de décisions commentées rendues par différents tribunaux canadiens en matière de divorce depuis l'entrée en vigueur de la Loi canadienne sur le divorce*. Montréal, 1973, p. 75 ou in 1972, 7 R.J.T., p. 270): «La demande pour pension alimentaire faite par un conjoint en sa faveur conformément aux dispositions de l'art. 11 de la loi sur le divorce (art. 212 C. civ.) doit être adressée au tribunal avant le prononcé du jugement conditionnel de divorce» (juge Chateaugay, *Perreault c. Masse*).

Il n'en fut malheureusement pas ainsi car, si les cours supérieures de la province se plièrent à la règle établie par leurs pairs (*Coureau c. Cantin*, C.S. Québec, n° 9113; *Dame Redfearn c. Hemmings*, 1972 C.S. 313; *Pakenham c. Blanchet*, C.S. Montréal n° 12 2925; *Landry c. Vadeboncœur*, 1972 R.J.T. 270, note F. Héleine; *Dame Tremblay c. Tremblay*, 1971 C.S. 507 et 1972 C.S. 458) les cours d'appel de Montréal et de Québec ne se sentirent absolument liées ni par la lettre d'un texte somme toute fort clair ni par les syllogismes judiciaires des juges de première instance. Pour eux, il n'existait qu'une seule vérité. Toute discussion sur l'identité de contenu entre les art. 11 de la loi sur le divorce et les art. 212 et 213 C. civ. était du pur académisme (*Corbeil c. Daoust*, 1972 C.A. 375). Il n'était donc pas nécessaire de rechercher dans la lettre de l'art. 11 de la loi sur le divorce si une pension alimentaire pouvait être accordée après le jugement conditionnel. Il suffisait de faire l'exégèse de l'art. 212 C. civ. et de conclure à l'accueil de ce qu'il est convenu d'appeler une demande alimentaire tardive: cet art. 212 C. civ. ne contenant aucune exigence quant au temps, il

ne pouvait être question de demande tardive. Dès lors qu'il y avait divorce, on ne pouvait que constater un droit alimentaire à valoriser conformément à certains critères (art. 212 al. 3 C. civ.). C'est à ce courant de pensée qu'appartiennent quatre arrêts successifs des Cours d'appel québécoises. Comme ces arrêts ont été suivis d'un jugement en sens contraire d'une Cour supérieure, on ne peut que conclure à l'incompatibilité d'humeur entre les cours supérieures et les cours d'appel de la Province: incompatibilité qu'une décision de la Cour suprême du Canada devra venir effacer. Dans deux arrêts non publiés, la cour d'appel de Québec a décidé qu'elle avait juridiction pour accueillir une demande pour pension alimentaire, même si celle-ci était adressée au tribunal après le jugement conditionnel (*O. c. O.*, C.A. Québec n° 9422) ou même après le jugement final (*Coureau c. Cantin*, C.A. Québec, n° 9113) de divorce: rien dans les art. 212 et 213 C. civ. ne s'opposait à cette possibilité (juge Kaufman et juge Turgeon). Ce même argument servit ensuite aux juges Tremblay, Casey et Turgeon à confirmer le droit alimentaire accordé à Dame Landry par le juge de première instance sur requête présentée après le jugement final de divorce (*Vadeboncœur c. Dame Landry*, 1973 C.A. 351, note A. F. Bisson *in* 1973, 33 *R. du B.*, p. 404 et de M. Rivet *in* 1973, 75 *R. du N.*, p. 670). La voie de l'erreur étant désormais bien tracée, on ne pouvait que s'y engager en toute tranquillité: les art. 212 et 213 C. civ. n'étaient-ils pas le «sésame ouvre-toi» du bon droit, le visa pour l'orthodoxie? Il ne faut donc pas s'étonner de constater que, fidèle à sa jurisprudence, la cour d'appel ait persévéré dans son erreur, dans la cause *Thériault c. Dame Tremblay* (1973 C.A. 575, note A. F. Bisson *in* 1973, 33 *R. du B.*, p. 404): Baste l'académisme! Il y avait un besoin de justice à satisfaire. Il devait l'être même outre ou contre la loi.

On ne peut toutefois que déplorer une telle attitude. Dans ce système où l'erreur devient vérité, le jugement *Lévêque c. Dame Huot* (1973 C.S. 411), qui consacre l'impossibilité de demander des aliments après le jugement conditionnel de divorce, ne peut constituer qu'une hérésie. Va-t-on accepter pendant longtemps encore que l'orthodoxie soit marquée au coin de l'hérésie? Il ne reste donc plus que l'espoir d'une intervention rapide de la Cour suprême du Canada. Rien ne dit cependant qu'elle optera pour la thèse des tribunaux de première instance plutôt que pour celle des cours d'appel. Sans doute les chances de nos cours supérieures sont-elles plus grandes depuis l'arrêt *Zacks c. Zacks*, rendu par la Cour suprême du Canada le 7 mai 1973 (1973, 35 D.L.R., 3d, 420, note M. Rivet *in* 1973, 75 *R. du N.* 670) mais rien n'est encore réglé à ce niveau puisque les juges du plus haut tribunal canadien ont pris la précaution de préciser qu'ils statuaient dans un cas bien particulier dont on ne pourrait tirer des conclusions importantes: «What position would be if no claim for alimony maintenance or custody was made until after a decree absolute had been

granted or if an application therefor had been refused when the decree nisi was granted, is not in issue in this case, and I express no view thereon» (*Zacks c. Zacks*, ref. *supra.*, p. 436). La guerre des dates n'étant pas encore terminée, il convenait encore d'attendre la prochaine escarmouche.

Cette prochaine escarmouche ne s'est pas fait attendre. La Cour suprême du Canada vient en effet, dans un arrêt non encore publié et daté du 28 juin 1974 de se prononcer sur le moment ultime de la présentation d'une demande alimentaire (*Pierre Lapointe c. Dame Vileke Klint*). Toutefois, les faits sur lesquels les juges ont eu à se prononcer dans cette cause ressemblant fort dans leur contexte québécois à ceux de la précédente intervention de la Cour Suprême dans l'affaire *Zacks c. Zacks* (réf. *supra.*), il ne faut pas tellement espérer de cet arrêt hors son contexte particulier.

On se souvient que dans l'affaire *Zacks c. Zacks*, les juges de la Cour suprême avaient consacré le droit alimentaire de la femme dans le contexte suivant: le juge de première instance de la Colombie britannique avait reconnu le droit alimentaire de la Dame Zacks lors du prononcé du jugement conditionnel de divorce mais ne l'avait pas quantifié: selon une pratique du lieu, cette quantification devait être faite par un «registrair» et ratifiée par le juge de divorce; la quantification prit un certain temps et ce n'est qu'une fois le jugement irrévocable de divorce prononcé que le juge la ratifia; le mari qui avait cessé le paiement de la pension alimentaire provisoire auquel il avait été condamné en début d'instance, depuis le prononcé du jugement définitif de divorce, refusa de se plier à la décision du juge le condamnant à payer la pension alimentaire quantifiée par le «registrair» et fit appel de cette décision; les juges d'appel lui donnèrent raison mais se firent renverser par les magistrats de la Cour suprême qui n'admirent pas qu'un justiciable puisse être la victime d'une formalité judiciaire à laquelle il était étranger.

Par cet arrêt, on avait donc réglé le problème posé par la pratique common law de la détermination du droit alimentaire suivie, à plus ou moins long terme, de sa quantification: dans la mesure où le juge avait statué sur le droit à pension, il pouvait par la suite statuer sur la quantification de ce droit, et ce, quand bien même le jugement de divorce serait devenu irrévocable. Il restait encore à régler le problème posé par la pratique civiliste du Québec de la réserve des droits alimentaires: le juge de divorce pouvait-il, en prononçant un jugement conditionnel de divorce réserver les droits alimentaires des parties à l'action? Par cette réserve des droits, conservait-il sa juridiction sur les mesures accessoires au divorce? C'est à cette double question que l'arrêt *Lapointe c. Klint* vient de répondre.

Dans cette affaire, la requérante alimentaire était poursuivie en divorce par son mari. En cours d'instance, elle avait adressé au tribunal une requête pour pension alimentaire accessoire. Or, avant que le juge de divorce n'ait statué sur la demande alimentaire, la requérante dut quitter le Québec pour se rendre au Japon et son avocat demanda alors que les droits alimentaires soient réservés. Le juge de divorce accéda à cette demande et, en prononçant son jugement conditionnel de divorce, il s'entint au problème d'état et réserva les autres droits, réserve qu'il confirma dans le jugement irrévocable de divorce. A quelque temps du prononcé du jugement irrévocable de divorce, Dame Klint revint au Québec et demanda qu'une pension alimentaire lui soit accordée. Son ex-mari plaida alors le rejet de la requête en soutenant qu'aucune disposition de la loi sur le divorce ne permettait d'accorder des aliments après divorce: il essuya le refus de trois bancs de juges, dont celui de la Cour suprême.

La position de la Cour suprême dans cette affaire est particulièrement intéressante. Elle se refusa à formuler une solution de principe. Elle préféra, dans le contexte particulier de cette cause, prononcer un arrêt à portée limitée tenant compte des faits, de la pratique judiciaire et de l'attitude des parties. Elle précisa que les mesures accessoires comme l'octroi d'une pension alimentaire, même si elles sont l'incident et le complément d'un principal (le divorce) dont elles tirent leur existence, peuvent, dans certains cas, être accordées après qu'il ait été statué sur la dissolution du mariage. Ainsi lorsqu'il a été précisé dans le jugement conditionnel ou irrévocable de divorce qu'une partie a le droit à des aliments ou a le droit de faire déterminer ses droits alimentaires le juge de divorce peut, même après le prononcé du jugement irrévocable de divorce, statuer sur les droits alimentaires de cette partie. S'il en est ainsi, c'est parce que la dissolution du mariage emporte pour le juge qui l'a prononcée, pouvoir et nécessité de se prononcer sur les droits alimentaires. C'est aussi parce que le juge qui a une juridiction dérivée pour statuer en cette matière lorsqu'il prononce un jugement conditionnel de divorce, ne perd pas cette juridiction si, avant que la question des aliments ne soit entièrement vidée, il transforme en jugement irrévocable le jugement conditionnel de divorce.

Ce jugement tout en nuance ne devrait pas servir aux juges d'appel du Québec à se donner bonne conscience. Le luxe de précautions pris par le magistrat rédacteur ne permet pas une généralisation qui aurait peut être réglé une fois pour toute le problème du moment ultime de présentation d'une ordonnance alimentaire. Ce n'est finalement que lorsque des circonstances spéciales le justifieront (impossibilité de conduire une demande à bonne fin, impécuniosité du débiteur alimentaire, etc.) que la réserve de droits pourra conduire à une prorogation de la juridiction du juge de divorce en matière alimentaire et en d'autres matières accessoires tombant dans le champ de l'art. 11 de la loi sur le divorce.

En l'état actuel des textes et de la jurisprudence, c'est donc le jugement conditionnel de divorce qui constitue le moment ultime après lequel on ne peut plus adresser au tribunal une demande alimentaire. S'il en est ainsi, c'est parce que le droit à pension est, par sa nature, plus alimentaire qu'indemnitaire, plus prétorien que « légal ». Cette faveur que l'on fait à l'époux impécunieux de pouvoir réclamer des subsides de son partenaire conjugal à un moment où l'on consacre la cessation de toute obligation de secours entre les époux doit être analysée comme une exception à la règle de la cessation avec le divorce des obligations nées du mariage. Exception, elle doit être interprétée restrictivement.

S'il est une chose qu'il conviendrait de changer en ce domaine, ce n'est pas la jurisprudence, c'est la loi. Certains juristes en ont été tellement conscients que leurs efforts ont abouti à la présentation en octobre 1970 d'une proposition de loi visant à modifier la loi sur le divorce. On y suggérerait notamment que l'art. 11.1 de cette loi se lise ainsi: « En prononçant un jugement conditionnel de divorce, ou après *l'avoir prononcé...* » Mais même si, depuis cette date, cette proposition n'a pas franchi les étapes de l'adoption en trois lectures qui aurait réglé le problème, les candidats à la pension alimentaire ne sont pas toujours désarmés. Il en est ainsi lorsque le juge, dans sa décision, a réservé leurs droits alimentaires (*Postras c. Paquet*, C.S., Trois-Rivières, 7 nov. 1969, n° 755-D, juge Crete; *Boisvert c. Béland*, C.S. Montréal, 29 octobre 1969, n° 325-D, juge Carignan; *Levine c. Chrein*, C.S. Montréal 1909, n° 1909, juge Martel). Il en est ainsi aussi lorsque le jugement conditionnel a été obtenu en fraude de leurs droits (*Suriano c. Suriano*, 1972, 1 O.R. 782). Il en est ainsi enfin lorsque, conformément à l'article 13.3 de la loi du divorce, ils peuvent remettre en question le jugement conditionnel. Il n'est toutefois pas souhaitable qu'on ait à explorer ces voies de traverse.

Ce qu'il convient de noter enfin, c'est l'insécurité qui règne en ce domaine du fait de la position prise par la Cour suprême. Par ses deux arrêts consécutifs, celle-ci a réglé le cas de deux situations particulières mais n'a pas encore tranché en cette matière. Ces deux arrêts ne permettent sans doute pas la généralisation, mais on ne peut guère prévoir l'attitude à venir de cette Cour. Elle ne s'est pas suffisamment engagée pour se refuser à toute généralisation. Sans doute les chances de cette généralisation sont-elles minces dans le contexte légal actuel, mais il ne faudrait s'étonner de rien. Si les juges d'appel du Québec se sont allégrement affranchi d'un texte, somme toute, fort clair par refus d'académisme et par souci d'équité, on peut craindre que les magistrats du plus haut tribunal du pays les suivent dans cette voie pour les mêmes raisons. Il est à espérer toutefois qu'ils donnent à leur solution des bases légales plus solides. L'acceptation de cette orientation jurisprudentielle par le monde juridique est à ce prix.

13. *Nature juridique du droit alimentaire après divorce.*

Dans notre chronique précédente (1971, 2 *R.G.D.*, p. 72), nous nous étions fait l'écho d'un jugement (*Gosselin c. Pelletier*, 1969, C.S. 515) qui posait le problème de la nature juridique du droit à pension après divorce et nous en étions arrivés à la conclusion que tout restait à construire en cette matière. Quatre ans de pratique de divorce n'ont pas encore permis une décantation de principe. La doctrine reste toujours partagée. Pour les uns, le droit à pension est un droit alimentaire qui trouve son fondement dans l'art. 212, al. 1 C. C. (*Seguin c. Lefebvre*, C.S. Montréal, n° 2951-D-D.). Pour d'autres, ce droit à pension est un droit indemnitaire qui trouve son fondement dans l'art. 212, al. 1 C. C. (*Seguin c. Lefebvre*, réf. *supra* : V. aussi et comp. *Mc Clish c. Mc Clish*, 1971, C.S. 781.). Il s'agit là évidemment d'explications classiques que l'on retrouve dans la doctrine des droits qui pratiquent le divorce depuis fort longtemps (v. p. ex., H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, 3^e éd., n° 1506 et s.). Elles ont leurs avantages et leurs inconvénients. Si le droit aux aliments n'est qu'alimentaire, c'est-à-dire fonction d'une équation besoin-moyen, comment peut-on arriver à justifier qu'on introduise dans l'équation un paramètre tel que la conduite? Le coupable devrait-il garder le ventre creux? Si la conduite est ainsi pénalisatrice pourquoi vouloir pénaliser, et au niveau personnel en prononçant un divorce aux torts du coupable, et au niveau des effets pécuniaires en refusant tout droit à pension? Cette double punition prend l'allure d'une vengeance. D'ailleurs, si le droit à pension n'est qu'une expression particulière de l'obligation de secours née du mariage, comment peut-on encore la justifier après divorce? Voudrait-on nous faire croire que le droit peut survivre à l'institution? Oublierait-on l'adage à l'effet contraire (*cessante causa, cessat effectus*)? Si le droit aux aliments tient plus de l'indemnité que du secours et plonge ses racines dans le droit de la responsabilité, ce ne peut-être un droit de la responsabilité exclusivement pour faute, car, dans le droit canadien du divorce, il y a place pour les deux théories du divorce-sanction et du divorce-remède, ni un droit de la responsabilité orthodoxe car la valorisation de la réparation se fait plus *a posteriori* qu'*a priori* et plus en termes de compte final qu'en terme d'évaluation (v. à ce sujet A. MAYRAND, *L'obligation alimentaire entre époux séparés ou divorcés depuis le bill 8 et la loi fédérale sur le divorce*, Lois nouvelles, t. 2, p. 53 et s.). Finalement, le plus grand mérite de ces explications est leur égale ancienneté qui a conduit, dans leur pays d'origine, à les fondre parfois en un tout : la pension alimentaire serait, y dit-on, une indemnité destinée à réparer le préjudice résultant de la disparition anticipée du devoir de secours dont elle constituerait le prolongement et le substitut (Cass. 20 nov. 1952, J.C.P. 1953, 2-7397).

A ces explications, nous préférons les récentes constructions des tribunaux québécois qui ont fait de l'obligation de verser une pension à un

ancien conjoint soit un prolongement de l'obligation de secours attachée au mariage dont l'étendue et la survie dépendent de la discrétion du tribunal (*B. c. M.*, 1971 R.P. 419; *Toccacelli c. Greco*, C.S. Montréal, n° 6881-D; *Denechaud c. Dame Prevost*, 1972 C.A. 627; *Bélanger c. Dame Jévin*, 1973 C.S. 326; *Therault c. Dame Tremblay*, 1973 C.A. 575; *Monfette c. Mainville*, 1973 C.A. 647), soit un droit qui naît de l'impérum judiciaire reconnu à l'art. 212 al. 1 C. civ. (*Gosselin c. Pelletier*, réf. *supra*: *Dame Tremblay c. Tremblay*, 1972 C.S. 458; comp. *Auzet c. de Manche*, 1972, 6 R.F.L. 119; *Ireland c. Ireland*, 1969 7 W.W.R. 1). Bien qu'elles aient un petit air de parenté, ces deux explications sont assez différentes. Faire du droit à pension un prolongement de l'obligation de secours attachée au mariage (même si l'on a pris la précaution de préciser que « l'obligation de verser une pension à un ancien conjoint n'est plus une obligation conjugale ») donne à ce droit une nature alimentaire qui le rattache inévitablement à l'art. 173 C.C. En faire un droit prétorien à exercer dans les limites du contexte défini par des critères légaux, permet de passer de l'alimentation à l'indemnitaire et même de conjuguer les deux sans heurter la logique du droit des obligations découlant du mariage. N'aurait-elle que cet avantage, cette explication rallierait nos suffrages.

Quoi qu'il en soit du choix à faire en cette matière, ce qu'il convient de reconnaître chez la plupart de ceux qui se penchent sur ce problème, c'est la tendance à la confusion. Nature, régime et fondement deviennent chez eux des notions interchangeable. La clarté surgirait peut-être de la distinction. La pension alimentaire accordée après divorce est peut-être un droit de nature alimentaire à fondement indemnitaire et à régime tantôt alimentaire tantôt indemnitaire (v. à ce sujet notre chronique *in* 1972, 2 R.G.D., p. 72).

14. *Compétence juridictionnelle en matière de forfaiture des donations.*

Nous nous étions fait l'écho, dans un double commentaire d'arrêt en 1970 (1970, 1 R.G.D. 371), de la division des tribunaux sur le problème de la compétence juridictionnelle en matière de forfaiture des donations². Pour certains magistrats, le juge de la cour supérieure compétent pour se prononcer en matière de divorce l'était aussi pour déclarer forfaites les donations contenues au contrat de mariage conformément à l'art. 208 C.C. (*Klemka c. Klemka*, 1970 C.S. 438 sp. p. 442; v. aussi 1970 C.S. 674 et 1971 C.S. 18). Pour les autres, la cour supérieure siégeant en matière de divorce avait une compétence spéciale et limitée à l'application de la loi sur le divorce. Aussi, une demande en forfaiture des donations contenues

² Pour une critique de notre point de vue, v.g. DUPRAS-BERGERON et A. BERGERON, *De la compétence du tribunal relativement aux effets du divorce sur les donations par contrat de mariage*, 1972, 7 R.J.T., p. 158 et s.

au contrat de mariage ne pouvait-elle être présentée qu'à un juge de la cour supérieure siégeant dans les limites normales de compétence de cette cour. après le prononcé d'un jugement irrévocable de divorce (*Hachey c. Ratelle*, (1970) C.S. 674). La première solution avait pour elle la praticité: la seconde, son respect des règles juridiques. Pendant un certain temps toutefois, il sembla bien que c'était la seconde qui avait rallié les suffrages des prétoires car si la première option avait bien reçu application avec le jugement *Klemka c. Klemka* (réf. *supra*), à notre connaissance, toutes les décisions qui le suivirent illustrèrent la seconde option (*Shaffran c. Shaffran*, (1969) R.P. 101; *McLeod c. McLeod*, (1969) 67 W.W.R. III. sp. p. 112; *Hachey c. Ratelle*, (1970) C.S. 674; *Charest c. Denis*, (1971) C.S. 307; *Blanchette c. Grand-maître*, 1971, R.P. 173). Le jugement *Blanchette c. Grandmaître* était particulièrement significatif de cette tendance: le tribunal estima en effet qu'il n'avait pas juridiction, siégeant comme tribunal du divorce, pour se prononcer à ce sujet vu que la loi sur le divorce ne contenait pas de disposition permettant de décider autre chose que des sujets spécifiquement mentionnés dans la dite loi. Il considéra aussi, suivant en cela le point de vue que nous avons exprimé dans notre commentaire d'arrêt (1970, 1 R.G.D., p. 390), qu'un amendement de la loi civile ne suffirait pas «à augmenter ou échanger la juridiction bien spécifique qui lui était accordée par la loi sur le divorce»; et qu'il appartiendrait donc au législateur fédéral d'amender le droit du divorce pour permettre au tribunal saisi d'une requête en divorce d'exercer en même temps une compétence à lui conférée par une législation provinciale. Il convenait toutefois de noter le recul de l'orthodoxie dans le domaine voisin des droits alimentaires, un juge de divorce ayant condamné un beau-père au paiement d'une pension alimentaire à sa bru par application des art. 167 et 168 C.C. (*Dame Biron c. Biron*, 1971 C.S. 792). Dans ce secteur du droit, l'application des principes dégagés en matière de forfaiture des donations aurait dû conduire à nier au magistrat le droit d'accueillir une demande alimentaire contre le parent par alliance. La réalité prétorienne avait été à l'effet contraire: «Ce serait, avait dit le juge, pur juridisme d'exiger que ces allégations et conclusions soient formulées en deux temps différents sur deux feuilles de papier différentes et déposées dans deux dossiers différents.» Restait à savoir si cette jurisprudence allait passer du domaine alimentaire à celui du règlement des intérêts financiers. C'était une possibilité qu'il fallait d'autant moins exclure que, dès 1970, des tentatives en ce sens avaient été faites avec succès (*Guay c. Dame Lefebvre*, C.S. Québec, n° 1091-D). Depuis, la tendance au renversement de la jurisprudence *Hachey c. Ratelle* s'est confirmée (*Desmeules c. Dame Bolduc*, 1972 C.S. 151; *Lantin c. Lantin*, 1972 C.S. 430): puisque la Cour supérieure avait juridiction pour décider de la forfaiture des donations et entendre les matières de divorce aux fins de la loi sur le divorce, un juge de la Cour supérieure désigné à un certain moment pour siéger en matière de

divorce et pour exercer la juridiction conférée à la Cour supérieure en matière de divorce, ne perdait pas pour autant les autres compétences qui lui appartenaient en vertu du Code civil. Ces premiers écarts faisant figure de vérité, on ne s'arrêta pas en si bon chemin. Des donations, on passa à la liquidation des régimes matrimoniaux (*Bélisle c. Lafontaine*, C.S. Trois-Rivières, n° 815-D; *Lozier c. Gareau*, C.S. La Tuque, n° 855-D; *Thiffeault c. Dubord*, C.S. Trois-Rivières, n° 823-D; *Dame May c. Mayer*, 1970 R.P. 30) pour déboucher sur la formulation d'un principe général en cette matière : «le juge de la Cour supérieure siégeant en matière de divorce a la compétence nécessaire à statuer sur les effets civils du divorce» (*Boutin c. Dame Labrie*, 1973 C.S. 379). Jusqu'où ira-t-on dans l'hérésie? Devra-t-on pour imposer cette solution passer par la maxime *error communis facit jus*?

15. *Des difficultés nées de l'exercice du droit de visite.*

L'octroi de droits de sortie ou de visite n'est qu'un pis-aller, destiné à satisfaire une certaine expression de l'affection du parent pour son enfant et à empêcher que l'un ne se détache de l'autre. Ce sont toutefois des droits à l'occasion de l'exercice desquels la rancœur, la mesquinerie, l'égoïsme et toutes sortes de sentiments de même noblesse se manifestent dans ce qu'ils ont de plus démonstratif. L'examen de deux jugements récents permettra hélas! de le constater.

Dans une première affaire (*Bilodeau c. Dame Thibault*, C.S. Drummondville, n° 2061-D) le parent visiteur demandait au tribunal d'aménager les conditions dans lesquelles le droit de visite était exercé au domicile du parent-gardien, parce que celui-ci l'obligeait à rencontrer ses enfants en sa présence ou en la présence de tierces personnes et qu'il en résultait un malaise général qui le traumatisait et interdisait toute communication normale entre lui et les enfants.

Pour mettre fin à cette situation pénible, il y avait deux solutions : soit faire en sorte que les enfants restent seuls avec le parent visiteur, lors de l'exercice par celui-ci de son droit de visite, soit transformer en droit de sortie ce qui n'était qu'un droit de visite. Le bon sens aurait sans doute pu conduire les parents à découvrir un *modus operandi* satisfaisant; mais il est assez difficile de s'engager dans la voie de la raison lorsque la rancœur habite un cœur et la vengeance l'autre. Il ne restait donc plus qu'une seule solution : l'arbitrage judiciaire sur une demande de transformation d'un droit de visite en droit de sortie. Malheureusement pour l'une et l'autre partie, le juge saisi les a renvoyés à leurs problèmes : les inconvénients que constitue, pour le parent visiteur, la présence de tiers au domicile du gardien lors de l'exercice du droit de visite, ne sont pas, dit le juge, des motifs suffisants pour obtenir la transformation du droit de visite en droit de sortie. Tout au plus, pourrait-on exiger du parent gardien qu'il s'efforce de diminuer ces inconvénients.

On ne peut que s'étonner de voir un juge faire si peu de cas des conditions dans lesquelles son jugement allait devoir être exécuté. Il lui appartenait d'examiner si une visite au domicile du gardien était possible: si elle ne risquait pas d'entraîner plus de déplaisir que de satisfaction: si elle n'allait pas être l'occasion de prolonger, hors des tribunaux, la bataille qu'on s'était livrée au prétoire, ou de faire payer à son adversaire le prix de sa victoire ou de sa hargne. Une lutte très dure, au moment du procès, ne devrait laisser augurer rien de bon pour l'avenir. Au droit de visite il est sans doute souhaitable, dans ce cas, de préférer un droit de sortie, si court soit-il.

Rendre une ordonnance est nécessaire pour ménager les droits de chacun, lorsque les parties n'ont pas le bon sens de s'entendre. Au droit de garde d'un parent, doit normalement correspondre un droit de sortie ou de visite de l'autre parent puisque l'un et l'autre doivent, même divorcés, surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants (art. 215 C.C.). Lorsque le gardien n'a pas la sagesse de respecter l'exercice paisible, par le visiteur, du droit de visite qui lui a été reconnu par la loi et qui lui a été aménagé par le tribunal, il ne reste plus qu'à en modifier l'exercice.

Lorsqu'on sait toutes les vexations et tous les abus dont sont souvent les victimes les parents visiteurs, on ne peut que souhaiter la sévérité des tribunaux en cette matière. Cette sévérité montrerait à quel point les magistrats entendent s'intéresser à l'application pratique de leurs décisions. Sachant qu'elles ne seront efficaces que dans la mesure où les époux consentiront à respecter l'aménagement décidé, ils devraient inviter ceux-ci à la sagesse, au bon sens, et à la tolérance. Ils ne sont d'ailleurs pas démunis de moyens pour ce faire. Leurs pouvoirs sont très larges. Ils peuvent statuer «aux conditions qu'ils jugent appropriées» (art. 212, al. 2 et 3 C.C.).

Sans doute, y a-t-il des situations imprévisibles pour les magistrats; mais cela ne les laisse pas désarmés pour autant. Ils peuvent modifier ou révoquer leurs ordonnances, s'ils l'estiment juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties... et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent (art. 213 C.C.). Une utilisation judicieuse de ce texte devrait être la réponse aux maux dont souffre bien souvent l'exercice du droit de visite. Elle constituerait une épée de Damoclès pour les parents: si le parent gardien n'assurait pas à son ex-conjoint un exercice paisible de son droit de visite, il pourrait voir ce droit de visite transformé en droit de sortie; si le parent visiteur profitait de son droit de visite pour se livrer à des manœuvres condamnables (disputes, insulte, insinuation, mépris, etc.) au préjudice du gardien, le droit de visite pourrait être remis en cause purement et simplement.

La jurisprudence fournit d'ailleurs un certain nombre d'exemples des contrôles exercés par les juges sur le fonctionnement du droit de visite. N'a-t-on pas déjà décidé que lorsque le gardien quitte le pays, empêchant par là-même le visiteur d'exercer ses droits de visite, on peut modifier substantiellement le droit de visite et aller jusqu'à remettre en cause le droit de garde (*Vates c. Dame Baltazar*, C.S. Montréal, DD n° 207; *Dame Beaudouin c. Stankevicius*, 1972 C.A. 604)? Jusqu'à faire participer financièrement le gardien aux frais entraînés par l'exercice du droit de visite (*Dame B. c. L.*, 1970 C.S. 17)? Jusqu'à exiger du parent visiteur qu'il ne se fasse pas accompagner de son concubin dans l'exercice de son droit de visite (*Lanthier c. Latour*, C.S. Montréal, n° 10681)? Et jusqu'à avertir les parents qu'ils doivent éviter de se dénigrer devant les enfants à peine de se voir accuser d'outrage au tribunal (*Blais c. Dame Giordano*, C.S. Québec, n° 267-D)?

On ne peut donc que souhaiter voir les tribunaux pratiquer un contrôle de l'exercice du droit de visite et un usage judicieux des sanctions dont ils peuvent l'assortir. Ce faisant, ils mettraient leurs pouvoirs au service des éternelles victimes du divorce: les enfants.

Dans une seconde affaire, le juge avait à statuer sur la possibilité pour une mère d'être accompagnée de son nouveau conjoint lorsqu'elle se rendait au domicile du père de son enfant pour le visiter (*Landry c. Dame Hébert*, C.S. Rivière-du-Loup, n° 4345-D). Si incroyable que cela puisse paraître, le juge a, dans cette affaire, interdit à la mère les visites accompagnées. Il a considéré que le mari de celle-ci, si respectable soit-il, et quelque bonne que puisse être l'influence qu'il pourrait avoir sur l'enfant, n'en restait pas moins l'homme qui avait ravi au père de celui-ci l'amour d'une femme. Entre l'intérêt de l'enfant qui connaissait et acceptait celui qui, après en avoir été l'amant était devenu le mari de sa mère, et l'intérêt d'un adulte dont on devait ménager et l'orgueil de mari bafoué et la susceptibilité de mâle remplacé, on a choisi le second: on a préféré donner satisfaction à l'adulte plutôt qu'à l'enfant et sacrifié ainsi celui pour le bien-être duquel les droits de visite avaient été organisés. L'intérêt de l'enfant était en effet de voir son parent dans les meilleures conditions possibles, de partager son amour et de subir son influence et son autorité. En ignorant cet intérêt, on a fait de l'enfant la victime d'une querelle d'adulte car «The person who suffers most from this state of affairs (tension entre parents dans l'exercice du droit de visite) is the child who may either be subjected to the aforementioned tensions or be deprived of the love and influence of one parent» (L. R. ROBINSON, *Studies in canadian family law*, t. 2, p. 623).

On ne peut que s'étonner de l'attitude du magistrat dans cette affaire lorsqu'on se rappelle qu'«in determining question of custody, the welfare

and happiness of the children were paramount considerations» et que «different consideration, however, applied to access which was not to be refused unless danger to the children was apprehended. Not merely the happiness but the general well being of the children had to be the chief consideration» (L. R. ROBINSON, *op. cit.*, *loc. cit.*). Il ne faudrait pas oublier non plus qu'en matière de garde, la jurisprudence a fait montre d'une tolérance qui reflète l'état de nos mœurs : «The fact that a respondent wife is living in adultery with another man is not necessarily a ground for depriving her of custody of the children provided the home in which she lives is suitable, her relationship with the man a suitable one, and she is not shown to be promiscuous or otherwise unfit for custody» (*Torresan c. Torresan*, 1971, 6 R.F.L. 16; même sens au Québec : *Michaud c. Alary*, C.S. Montréal, n° 656; *Lapierre c. Legault*, C.S. Montréal, n° 5870; *Loutsh c. Bazin*, C.S. Trois-Rivières, n° 1356-D; *Belleville c. Belleville*, C.S. Montréal, n° 1100; même sens dans les provinces canadiennes anglaises : *Slater c. Slater*, 1945, 2 W.W.R. 612; *Weeks c. Weeks*, 1955, 14 W.W.R. 529; *Hinds c. Hinds*, 1962, 31 D.L.R., 2d, 622; *Re Moilliet*, 1966, 56 W.W.R. 458; *Re Chave*, 1968, 62 W.W.R. 193; *Re Cyr infants*, 1969, 68 W.W.R. 273; *Zamba c. Zamba*, 1967, 60 DLR 178; *Richardson c. Richardson*, 1971, 4 RFL 150). Une tolérance si abondamment illustrée devrait-elle être ignorée en matière de visite ? Sans doute existe-t-il quelques décisions dans lesquelles les juges ont pris le contre-pied de cette attitude (*Woodrow c. Woodrow*, 1956, 20 D.L.R. 232; *Lanthier c. Latour*, C.S. Montréal, n° 10681) : mais ces décisions, outre qu'elles manquent de pertinence en ce qu'elles interdisent la visite en présence d'un «ami» (*the children must not be allowed to associate with the common law spouse of the parent who has been granted access*) sont infirmées par un courant favorable au concubinage dit respectable : «It has been held on numerous occasions that the mere fact that a parent has previously or is presently living in an adulterous relationship does not sufficiently endanger the morals of the child to justify a denial of access» (*Diehl c. Diehl*, 1922, 22 O.W.N. 550; *Elvin c. Elvin*, 1941, 3 D.L.R. 379; *Reggandy and Oland*, 1938, 3 D.L.R. 767; *Ader c. McLaughlin*, 1964, 46 D.L.R., 12; *Bickley c. Bickley*, 1957, 7 D.L.R. 465; *Re Myers*, 1945 O.W.N. 188; *Sutherland c. Sutherland*, 1971, 3 R.F.L. 118). Ces décisions suffiraient, à elles seules, à montrer combien, dans l'intérêt de l'enfant, on se montre libéral pour accorder des droits de visite, combien ce qui semble anormal devient normal et combien ce qui peut passer pour immoral se voit couvert du sceau de la moralité. Ce qui doit guider les juges dans la détermination des droits de visite c'est l'intérêt de l'enfant (*Youngs c. Youngs*, 1949 O.W.N. 96; *Ader c. McLaughlin*, 1964, 46 D.L.R. 12) et il faut éviter, dans la mesure du possible, de priver les parents de l'exercice de tels droits (*Re Crespy*, 1971, 3 R.F.L. 124; *Re Leeson*, 1972, 5 R.F.L. 45; *Sobel c. Sobel*, 1972, 6 R.F.L. 198; *Penny c. Penny*, 1973, 8 R.F.L. 247) sur-

tout lorsqu'avec un tant soit peu de coopération des parents, les visites ne risquent pas de perturber l'enfant (*Tooley c. Tooley*, 1972, 7 R.F.L. 317).

Il est donc à espérer que les juges qui auront à se pencher sur un problème du type de celui soumis au tribunal dans l'affaire *Landry c. Dame Hébert*, sauront trouver une solution qui tienne compte de l'intérêt de l'enfant et ne sacrifie pas pour autant les droits de visite des parents. Sans doute le choix n'est-il pas toujours facile. Mais ne s'agit-il pas là d'une matière où «I suppose only Salomon could decide really what is in the best interest of the children» (*Sinclair c. Sinclair*, 1973, 7 R.F.L. 317)?

16. *Droits et obligations du parent qui n'a pas la garde de l'enfant.*

Convaincre les parents de se comporter en adultes lorsqu'à la suite d'un pénible duel judiciaire, ils se sont vu refuser qui la garde, qui des droits de visite ou de sortie, n'est pas chose facile. Il ne faut donc pas s'étonner du nombre de conflits qui découlent du partage entre parents séparés des divers attributs de l'autorité parentale.

Un premier problème qui se pose est celui des relations épistolaires ou téléphoniques entre l'enfant et le parent non gardien. Le parent gardien peut-il s'opposer à de telles relations? L'article 215 C.C. prévoit que, quelle que soit la personne à laquelle les enfants sont confiés, les père et mère conservent respectivement le droit de surveiller *leur entretien et leur éducation*. Ce droit de surveillance est la contrepartie du droit de garde qui a été attribué à l'autre époux. Il s'agit là d'un droit naturel dont il n'est pas possible de priver un époux, même s'il a été reconnu coupable d'un délit conjugal. D'ailleurs, l'époux contre lequel le divorce a été prononcé peut être un père ou une mère dont la conduite à l'égard des enfants était irréprochable.

La doctrine et la jurisprudence admettent que le droit de surveillance est un droit essentiel dont celui qui n'est pas titulaire de la garde ne peut être privé (comp. Cass. 12 av. 1937, D.H. 1937 281; Cass. Reg. 14 mars 1938, Gaz. Pal., 1938, 1, 865). Ce droit de surveillance de l'époux qui n'a pas la garde s'exercera notamment au moyen de la correspondance épistolaire ou téléphonique qu'il entretiendra avec l'enfant. Ce droit de correspondance existe de plein droit et n'a pas, comme le droit de visite, à être réglementé par le tribunal. L'enfant peut donc écrire et téléphoner librement et peut recevoir librement des lettres ou des communications téléphoniques (M. PLANIOL, G. RIPERT et A. ROUAST, *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, Paris 1952, n° 654; texte et jurisprudence citée: DALLOZ, *Nouv. Rep.*, *Vo. Divorce*, n° 355).

Toutefois, dans l'intérêt même de l'enfant, l'époux gardien doit pouvoir contrôler d'une manière stricte la correspondance adressée à l'enfant par l'autre époux. Mais, pour restreindre le droit naturel d'un parent

de correspondre avec son enfant, on doit passer par la voie judiciaire en alléguant que la conduite ou la moralité de ce parent laisse à désirer. Hors ce cas, toute atteinte au droit de correspondance serait injustifiée (M. REGLADE, *Les enfants de parents divorcés*, thèse, Paris 1939, p. 74 et 75). D'ailleurs, ce n'est que pour des raisons très graves qu'on peut mettre fin à ce droit (M. PLANIOL, G. RIPERT et A. ROUAST, *op. cit.*, n° 654, p. 535. texte et note 2).

Un second problème qui se pose est celui des cadeaux faits à l'enfant par le parent non gardien. Le parent gardien peut-il s'opposer à ce que l'enfant en soit littéralement comblé? Pour répondre à cette question, il faut encore se référer à l'art. 215 C.C., article qui, nous l'avons vu, oblige les parents à surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant et à y contribuer à proportion de leurs facultés, quel que soit celui auquel l'enfant est confié. Cet article n'est d'ailleurs que la confirmation des obligations qui naissent du mariage, notamment celles de l'art. 165 C.C. «les époux contractent par le seul fait du mariage l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants». Il vient seulement proclamer que cette obligation ne disparaît pas avec la rupture du lien matrimonial; qu'elle lui survit et que l'on doit alors en aménager les modalités du fait de la séparation des parents: d'où l'organisation des droits de garde, visite, sortie, vacances, contribution alimentaire, etc.

Du temps de la vie commune, chaque parent avait l'habitude d'offrir des cadeaux aux enfants. Ces cadeaux, d'usage ou exceptionnels, avaient bien souvent un caractère éducatif ou utilitaire et, à ce titre, représentaient une contribution à leur obligation d'entretien et d'éducation. Cette obligation n'ayant pas disparu avec la séparation des époux, chacun d'eux conserve le droit de combler l'enfant de cadeaux sans que l'on puisse y trouver à redire ou s'y opposer de quelque manière. C'est, là encore, un droit naturel essentiel dont aucun époux ne peut être privé. Chaque parent peut donc remettre à son enfant les cadeaux qu'il lui destine et l'autre parent n'a pas le droit de les lui enlever.

Un problème toutefois se pose en cette matière: celui de la mesure. Dans le but de mieux s'attirer les grâces de l'enfant, un époux peut littéralement inonder celui-ci de cadeaux. Lorsqu'on connaît la susceptibilité des adultes d'une part (celle de l'autre parent, dans ce cas), la fragilité de la volonté et le peu de discernement de l'enfant d'autre part, on voit à quelle difficulté on peut s'attendre.

L'ex-conjoint du parent dispensateur de largesses peut-il s'opposer à ce flot de cadeaux? Personnellement, certainement pas, car le droit d'offrir est un droit qui existe de plein droit. Par le canal du tribunal, sans doute, s'il y va de l'intérêt de l'enfant. On doit toutefois se demander dans quelle mesure le tribunal doit intervenir en cette matière. Il semble qu'on doive

considérer comme normal qu'en cas de séparation des époux, un parent tente de s'attirer les grâces de l'enfant par des cadeaux, surtout s'il n'a pas la garde de celui-ci: «It is only natural that the parent who only has limited access to a child tends to «spoil» the child by showering it with affection and gifts during the period of access» (C. R. ROBINSON, *Custody and Access*, in *Studies in canadian family law*, t. 2, Butterworth, 1972, p. 619).

L'anormal en cette matière ne commence que lorsque, par ses cadeaux, le parent offreur tente d'écarter l'enfant de son autre parent, qu'il ne fait pas seulement que manifester son affection, qu'il tente de susciter une désaffection. Il n'est évidemment pas dans l'intérêt de l'enfant qu'une telle désaffection se réalise. Aussi, ne faudrait-il pas s'étonner qu'un juge, saisi par le parent victime de la manœuvre de son ancien partenaire conjugal, invite l'autre parent à la modération, ou même lui interdise de continuer ses libéralités. Toutefois, il ne le ferait que pour des raisons très graves à cause du caractère «naturel» du droit de donner à ses enfants.

En l'état actuel du droit et à défaut de jurisprudence en cette matière, on peut affirmer que le parent gardien a, *in re*, le droit de correspondance par lettre, par téléphone ou par tout autre moyen avec son enfant et de le combler de cadeaux: le parent gardien ne peut lui interdire de faire en sorte que les cadeaux ou n'arrivent pas à leur destinataire ou soient interdits d'utilisation à l'enfant. Toutefois, le parent gardien peut demander au tribunal de restreindre, de modaliser ou de supprimer l'exercice de ce droit. Il appartiendra alors au tribunal de décider au mieux de l'intérêt de l'enfant.

17. *Les enfants du mariage dans le droit du divorce.*

Les enfants se trouvent à plus d'un titre concernés par le divorce de leurs parents. Ils conservent, précise l'art. 216 C.C., tous les droits et avantages qui leur sont assurés par la loi et les conventions matrimoniales de leur père et mère. Aussi curieux que cela puisse sembler, la mise en œuvre de ce principe soulève des difficultés non pas quant aux droits ainsi conservés mais quant à la qualification d'enfants entrant dans le champ de la législation du divorce. A lire les articles 200, 212, 215 et 216 C.C., on pourrait être tenté d'affirmer que par enfant du mariage, on doit entendre tout enfant légitime issu des époux en instance de divorce et n'ayant pas encore atteint l'âge de la majorité ou n'ayant pas encore été émancipé. L'art. 216 C.C. porterait d'ailleurs à le croire en ce qu'il dispose en faveur des «enfants nés du mariage». Ce serait toutefois une grave erreur de le croire. En cette matière, la loi sur le divorce l'emporte sur la législation provinciale et le sens qui est donné, par la loi sur le divorce à l'expression «enfant du mariage», doit l'emporter sur toute disposition issue du droit

civil québécois ou d'une loi statutaire provinciale (*Jackson c. Jackson*, 1973, 29 D.L.R., 3d, 641; *Tremaine c. Tremaine*, 1970, 10 D.L.R., 3d, 358).

Selon l'article 2 de la loi sur le divorce, la définition de « enfants du mariage » procède d'un mécanisme à deux temps qui conduit de l'enfant des conjoints à l'enfant du mariage, étant bien entendu qu'il faut être enfant des conjoints pour être enfant du mariage. Est tout d'abord enfant des conjoints celui à l'égard duquel les conjoints agissent *in loco parentis*, ainsi que celui dont le père ou la mère est l'un des conjoints et à l'égard duquel l'autre parent agit *in loco parentis*. Conformément à cette définition, est enfant des conjoints non seulement l'enfant commun des époux qui n'a pas été abandonné par ceux-ci (*Johnston c. Johnston*, 1969, 4 D.L.R. 681) mais encore l'enfant naturel (*Kerr c. Kerr*, 1970 T.A. 46; *Wasylenki c. Wasylenki*, 1970, 12 D.L.R., 534); ou l'enfant adoptif (*Bouchard c. Bouchard*, 1973, 29 D.L.R., 706) d'un époux et à l'égard duquel l'autre époux se comporte comme le second parent. Par contre, n'est pas enfant des conjoints, l'enfant à l'égard duquel le parâtre ou la marâtre ne s'est jamais comporté comme un père ou une mère (*Hock c. Hock*, 1971, 4 W.W.R. 262; *Dame Villeneuve c. Villeneuve*, 1973 C.S. 409). Est ensuite enfant du mariage, l'enfant des conjoints qui, au moment où l'on va déterminer ses droits, c'est-à-dire au moment du divorce, est âgé de moins de 16 ans ou, ayant atteint ou dépassé l'âge de 16 ans, est à la charge des époux et ne peut à cause de maladie, d'invalidité ou autres circonstances, subvenir à ses propres besoins.

Si l'on est arrivé assez vite à s'entendre sur ce qu'était un enfant des conjoints, il fallut attendre une décision de la Cour suprême du Canada pour déterminer le sens d'enfant du mariage. La bataille juridique que l'on se livra à cette occasion occupait trois fronts: elle avait pour but, au niveau des tribunaux inférieurs, de limiter le domaine d'application de l'art. 2 de la loi sur le divorce en ce qu'il définissait l'enfant auquel la loi accordait des droits tout en organisant les conditions de sa garde, de sa surveillance et de son éducation.

Les armes utilisées sur le premier front consistaient à prétendre qu'un enfant majeur selon la common law ou selon une loi statutaire provinciale n'était plus un enfant au sens de la loi sur le divorce et qu'il n'avait plus, sous l'empire de la loi sur le divorce, le droit à des aliments que la common law ou la loi statutaire provinciale ne lui accordait plus depuis son accession à la majorité (*Jackson c. Jackson*, 1971, 4 R.F.L. 358; 1971, 21 D.L.R., 112, 22 D.L.R., 3d, 583; *Clark c. Clark*, 1971, 4 R.F.L. 27; *Wood c. Wood*, 1972, 5 R.F.L. 82; *Sweet c. Sweet*, 1971, 4 R.F.L. 254; *Re Bitel and Bitel*, 1970, 8 D.L.R., 497, *Bis c. Bis*, 1973, 29 D.L.R., 290). On leur répondait que l'expression « enfant du mariage » avait dans la loi sur le divorce un sens spécial et qu'il ne convenait pas d'interpréter cette expres-

sion à la lumière des législations provinciales (*Jensen c. Jensen*, 1972, 1 D.L.R. 461; *Tapson c. Tapson*, 1970, 8 D.C.R., 3d, 727; *Caryk c. Caryk*, 1972, 6 R.F.L. 185): un majeur pouvait encore être enfant au sens de la loi sur le divorce et un mineur ne plus l'être. La lutte entre les deux tendances se poursuivit, en Ontario et en Colombie britannique surtout, jusqu'à ce que la Cour suprême se prononce en la matière et consacre l'autonomie de la loi sur le divorce (*Jackson c. Jackson*, 1973, 29 D.L.R. 641, 8 R.F.L. 172). La règle est désormais bien établie et son application constante (*Vlassis c. Vlassis*, 1972, 26 D.L.R., 3d, 471; *Hillman c. Hillman*, 1973, 31 D.L.R., 3d, 44; *Petty c. Petty*, 1973, 8 R.F.L. 387; *Dame Lelièvre c. Bonlet*, C.S. Québec, n° 7872; *Findelstein c. Dame Crelinsten*, C.A. Montréal, n° 69.000 955-72).

On ne peut évidemment qu'approuver la prise de position de la Cour suprême. Tout d'abord parce qu'elle assure une uniformité du droit alimentaire accordé aux enfants à travers tout le Canada: aurait-on pu admettre que ce droit évolue au gré des législations provinciales sur l'âge de la majorité? Ensuite, parce que le terme «Child» de la loi sur le divorce a une connotation de parenté plutôt que d'âge (R. W. REVILLE, *The Divorce Act Annotated*, p. 3, vo. *Child*). Et encore parce que le terme «Child» a en général une consonance d'origine, les termes «infant» ou «minor» étant utilisés pour rendre compte d'une idée d'âge. Et enfin, parce que la loi sur le divorce doit être considérée comme un ensemble législatif à interpréter au seul vu des règles d'interprétation du droit fédéral (1970, S.C.R. ch. I-23, vol. 4).

La bataille qui s'était engagée sur ce premier front et qui avait débouché sur l'arrêt *Jackson c. Jackson*, n'avait eu évidemment que peu de résonance au Québec pour la raison bien simple que l'accession à la majorité n'y marque pas pour l'enfant la disparition de tout droit alimentaire. L'art. 165 C.C., en effet, ne limite pas dans le temps le droit au secours entre parent et l'on se souvient encore de tel fils de plus de quarante ans qui réclama à son père une pension alimentaire substantielle (*Rodier c. Rodier*, 1969, B.R. 966, note F. HELEINE, 1971, *R.G.D.* 53, n° 10). Quoi qu'il en soit de cette particularité de droit québécois, il n'en reste pas moins que certains jugements prononcés au Québec se sont fait l'écho de la lutte qui se livrait dans les prétoires des provinces anglaises (*Dame Benoît c. Rainville*, 1973, C.S. 307). D'ailleurs le Québec peut d'autant moins oublier cette lutte et ses aboutissants que la définition des «enfants du mariage» de la loi sur le divorce est plus large que celle du droit civil québécois et que les enfants *in loco parentis* qui ne peuvent se prévaloir de l'art. 165 C.C., auront tout avantage à arguer de l'applicabilité à leur endroit des dispositions des art. 2, 10, 11 et 12 de la loi sur le divorce, lorsqu'ils seront majeurs.

Les armes utilisées sur le second front consistaient à prétendre que l'enfant de plus de 16 ans qui n'était ni malade, ni infirme, ni dans une situation similaire, n'était pas un enfant au sens de la loi sur le divorce. Par cette prétention, on entendait exclure du bénéfice de la pension alimentaire l'enfant qui n'entraînait pas, à l'âge de 16 ans, sur le marché du travail parce que poursuivant des études à divers niveaux. Une première jurisprudence s'établit qui fit une distinction entre celui qui poursuivait des études collégiales ou « quasi collégiales » et celui qui était déjà devenu un universitaire. Le premier conservait son droit aux aliments (*Grini c. Grini*, 1969, 68 W.W.R. 591; *Wasylenki c. Wasylenki*, 1970, 12 D.L.R. 534; *Jones c. Jones*, 1971, 17 D.L.R., 3d, 217) à condition toutefois, selon certains juges, qu'au moment de l'instance en divorce, il fut encore en résidence chez ses parents (*Clark c. Clark*, 16 D.L.R., 376; *Tapson c. Tapson*, 1970, 8 D.L.R., 727). Quant au second, tantôt il bénéficiait d'un régime de faveur qui en faisait un créancier d'aliments (*Crump c. Crump*, 1970, 74 W.W.R., 411; *Re C. and C.*, 1971, 14 D.L.R. 477, 1 W.W.R. 449 — appel de Crump sous initiales), tantôt il se voyait refuser toute allocation à titre d'enfant du mariage (*Madden c. Madden*, 1971, 14 D.L.R., 100; *Sweet c. Sweet*, 1971, 17 D.L.R., 3d, 505). Il en fut ainsi de la distinction jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada intervienne pour, dans l'affaire *Jackson c. Jackson* (1971, 21 D.L.R. 112, C.S. 1971, 22 D.L.R. 583 (C.A.): 1973, 29 D.L.R., 3d, 641 (R.C.S.)), déclarer qu'il n'y avait pas lieu à discrimination selon l'âge ou l'institution d'enseignement. Tout enfant de plus de 16 ans qui ne pouvait se suffire à lui-même parce qu'étant encore aux études devait être considéré comme enfant du mariage et, à ce titre, avait le droit au secours alimentaire.

Là encore, la Cour suprême a fait œuvre constructive car non seulement elle a assuré une uniformité d'interprétation à l'expression « autre cause » de l'art. 2, b, ii de la loi sur le divorce mais elle a donné de cette expression une interprétation large qui va dans le sens de l'intérêt de l'enfant (*Jones c. Jones*, ref. *supra*). C'est d'ailleurs l'interprétation qui en avait été donnée dans plusieurs provinces : comme la loi sur le divorce est d'application « nationale » il était désirable d'aboutir à une uniformité d'interprétation en cette matière. Opter pour l'interprétation la plus largement utilisée était ce qu'il y avait de mieux à faire. Le droit y gagnait en confort et minimum de dérangement. Aux arguments d'opportunité s'ajoutaient aussi des arguments de « légalité » : sans doute le simple fait d'aller à l'école n'est-il pas en soi la preuve d'une impossibilité pour l'enfant d'un certain âge de se suffire à lui-même (*Wasylenki c. Wasylenki*, ref. *supra*) mais cette activité non rémunératrice pour l'enfant doit être examinée à la lueur de l'obligation des parents de préparer l'enfant à bien affronter l'avenir en prenant en charge ses frais d'éducation (comp. art. 165 et 174 C.C.); dans cette optique, l'activité estudiantine devient bien

une « autre cause » d'impossibilité de se suffire à soi-même (*Jackson c. Jackson*, réf. *supra*, en R.C.S.). À ceux qui ne seraient pas encore convaincus de la pertinence des arguments avancés jusqu'ici, on pourrait faire remarquer qu'à l'art. 2, b, ii de la loi sur le divorce, les termes « maladie » ou « invalidité » ne sont qu'illustratifs de causes empêchant l'enfant de se suffire à lui-même; dès lors, « une autre cause » ne doit pas être interprétée comme renvoyant à un cas parent de la maladie ou de l'invalidité, mais à toute situation empêchant de se procurer à soi-même « les nécessités de la vie », tel le travail scolaire tant que celui-ci n'est pas assorti d'un « pré-salaire étudiant » (*Wasylenki c. Wasylenki*, réf. *supra*: *Re C. c. C.*, réf. *supra*).

Cette seconde bataille qui avait débouché sur l'arrêt *Jackson c. Jackson*, n'avait que fort peu intéressé les juristes québécois qui disposaient de l'art. 165 C.C. pour éventuellement faire bénéficier l'enfant de plus de 16 ans de droits alimentaires. Sans doute, y avait-il des problèmes de compétence juridictionnelle, mais ceux-ci ne mettaient pas en cause l'existence du droit à aliments, mais seulement son exercice. Dans le cas d'enfant *in loco parentis*, toutefois, on aurait pu s'attendre à des difficultés du type de celles rencontrées dans les provinces de Common law, l'art. 165 C.C. ne s'appliquant pas à ce type d'enfant. Toutefois, si la difficulté s'était présentée, on aurait pu se saisir de l'argument mis de l'avant par les juges d'appel dans l'affaire *Crump c. Crump* (réf. *supra*) selon lequel l'art. 11 de la loi sur le divorce crée pour les parents une « new parental obligation » du type de celle de l'art. 165 C.C. Une fois qu'on a démontré que l'enfant *in loco parentis* était enfant du mariage, on se devait de lui reconnaître un droit aux aliments, quel que soit son âge. Mais à supposer qu'il puisse se suffire à lui-même, devrait-on, pour lui conserver des droits analogues à celui de l'enfant couvert par l'art. 165 C.C., lui réserver ses droits ou lui accorder une pension alimentaire symbolique?

Les armes utilisées sur le troisième front consistaient à prétendre que l'enfant majeur s'il conservait bien ses droits alimentaires contre ses parents divorcés (sinon par la voie des art. 200 et 212 C.C., du moins par celle des art. 215 et 216 C.C. consacrant l'applicabilité de l'art. 165 C.C. aux enfants de parents divorcés) devait les exercer lui-même puisque, de par sa majorité, il avait acquis le plein exercice de ses droits et que le droit à pension est un droit exclusivement attaché à la personne et ne peut être exercé que par un titulaire lorsque celui-ci est en mesure de le faire. Dans l'affaire *Dame Benoît c. Rainville* (1973, C.S. 307) par exemple le juge décida que, sous l'empire de notre Code civil, le droit aux aliments pour une personne majeure est personnel au créancier alimentaire et qu'en conséquence, une mère ne pouvait pas réclamer une pension alimentaire pour le bénéfice exclusif de son fils qui, devenu majeur, avait le plein exercice de ses droits. Cette solution a d'ailleurs été confirmée en Cour d'Appel

(*Findelstein c. Crelinsten*, C.A. Montréal, n° 09-000-955-72) à une nuance près: lorsque l'enfant majeur désire obtenir d'un de ses parents en instance de divorce une pension alimentaire, il doit la demander lui-même au tribunal; lorsque bénéficiaire d'un droit alimentaire valorisé par ordonnance accessoire au jugement conditionnel de divorce, l'enfant entend le défendre contre son débiteur d'aliments ou le faire modifier à la hausse ou à la baisse, il peut, même si entre le moment de la valorisation première de son droit et le moment de la défense ou de la modification, il est passé de la minorité à la majorité, demander à son parent qui avait agi autrefois en demande pour lui, d'agir en son nom personnel.

Cet arrêt constitue à nos yeux la faille du système. Si l'enfant est capable d'agir en demande, il doit l'être a fortiori en défense et aucune distinction ne doit être faite entre ces deux situations. De plus, si l'enfant majeur doit agir seul à quel juge doit-il s'adresser? À un juge de divorce ou à un juge de la Cour supérieure siégeant dans les limites normales de sa compétence de juge de droit commun? Et à supposer qu'il ait découvert son juge, de quel texte va-t-il devoir se prévaloir? De l'art. 165 C.C. ou des art. 212 C. C. ou 11 L.D.? Si c'est un juge de la Cour supérieure, juridiction de droit commun, qui doit entendre la requête de l'enfant, il ne pourra la recevoir comme bien fondé que si l'enfant argue de l'art. 165 C.C., car en statuant sur les art. 212 C.C. ou 11 L.D., il entrerait dans le champ de compétence spéciale du juge de divorce. Dans ce cas, à qui l'enfant majeur *in loco parentis* devrait-il s'adresser? Pour lui, par cette solution on aurait créé un déni de justice. Si c'est un juge de la Cour supérieure, juridiction de divorce, qui doit entendre l'enfant, il ne pourra le faire que dans le cadre d'une instance en divorce et son ordonnance accessoire au jugement de divorce devra être rendue à la requête d'une partie à l'action, même si cette partie ne tire pas directement bénéfice de cette ordonnance (elle en tire toujours bénéfice indirectement sur le plan de la contribution à l'entretien de l'enfant). C'est dire que le majeur ne pourra être entendu à sa requête par un juge de divorce. C'est dire que si l'on prétend que le majeur doit demander personnellement des aliments à ses parents, il devra s'adresser à un juge de la Cour supérieure, juridiction de droit commun, en passant par le canal de l'art. 165 C.C. Que reste-t-il alors des solutions des jugements *Benoît c. Rainville* et *Findelstein c. Crelinsten* qui, pour permettre à l'un des parents de l'enfant mineur, affirmaient que l'art. 212 (ou son correspondant l'art. 11 D.L.) tenait en échec les art. 55 et 59 C. proc. civ. selon lequel nul ne peut plaider pour autrui, dans le seul cas de la minorité, l'art. 212 C.C. ne réglant que le sort des enfants mineurs de parents divorcés? Si les enfants majeurs doivent emprunter la voie de l'art. 165 C.C. pour obtenir des aliments, cela revient à les exclure du bénéfice des droits alimentaires accordés par la loi sur le divorce; cela revient à tenir en échec la jurisprudence *Jackson c. Jackson*

de la Cour suprême du Canada; cela revient à nier, par le biais de l'exercice, un droit qui vient d'être reconnu par la haute cour de justice du Canada. A-t-on réellement pensé à toutes les conséquences véhiculées par un refus de voir un parent exercer, dans le cadre du droit du divorce, les droits alimentaires de son enfant devenu majeur? A lire ces deux décisions, on peut en douter.

18. *De la compétence ratione loci en matière de garde.*

Qui du juge du district du domicile légal de l'enfant ou du juge du district de sa résidence habituelle a compétence pour statuer en matière de garde? C'est là une question qui se pose souvent. Et malheureusement, la réponse à cette question n'est pas encore définitive. Tout au plus peut-on parler de forte tendance.

Selon certains juristes, il appartient au seul tribunal du district de la résidence ordinaire de l'enfant de se prononcer sur la garde de celui-ci (*Guindon c. Lemay*, 1973, R.P. 147; *Masterson c. Masterson*, 1948, 2 D.L.R. 696). Et par résidence ordinaire, il faut entendre le lieu où réside physiquement et habituellement l'enfant (*Nielsen c. Nielsen*, 1971, 5 R.F.L. 313) ou, selon une certaine terminologie rappelant le droit international privé, le lieu avec lequel l'enfant a le plus de points de contact (L. R. ROBINSON, *Custody and access*, in *Studies in Canadian family law*, t. 2, p. 565), ou plus précisément le lieu de résidence habituelle du parent qui exerce en fait sur l'enfant les pouvoirs de contrôle et de direction (*Keel c. Keel*, 1952, 7 W.W.R. 518). Il y a donc dans la notion de résidence, un certain élément de stabilité qui ne confère pas au juge du district dans lequel l'enfant vient passer des vacances ou à l'occasion de se rendre temporairement une compétence *ratione loci* en matière de garde (*McKee c. McKee*, 1951, 2 D.L.R. 657; *Adams c. Adams*, 1971, 7 R.F.L. 203; comp. *Bray c. Bray*, 1971, 2 R.F.L. 282). La force d'attraction juridictionnelle de cette résidence est si grande qu'elle résiste à toute tentative de soustraire l'enfant à son juge naturel: enlever l'enfant n'est donc pas une solution, même si on a pris la précaution de passer une frontière provinciale (*Nielsen c. Nielsen*, ref. *supra*; *Re Walker and Walker*, 1970, 14 D.L.R., 3d, 155; V. aussi J. D. PAYNE, *Digest of Cases and Materials on the Divorce Act*, 1968, Supplément ii, p. 125). Hors ce cas de fraude, un juge d'une province donnée n'a de compétence pour se prononcer sur la garde de l'enfant que si l'enfant réside ordinairement dans le district dans lequel il exerce sa juridiction (J. D. PAYNE, *op. cit.*, p. 126; *Keel c. Keel*, ref. *supra*).

Selon d'autres juristes, il appartient au seul tribunal du district du domicile du gardien légal de l'enfant, le père dans la majorité des cas (*Wadsworth c. McCord*, 1886, 12 S.C.R. 466; *Re Mc Gibon*, 1918, 39 D.L.R. 177) de se prononcer sur la garde de l'enfant (*McKee c. McKee*, 1951, 2 D.L.R. 657; *Warren c. Warren*, 1958, 25 W.W.R. 391; *Masterson c. Master-*

son, 1948, 2 D.L.R. 696; *Munroe c. Munroe*, 1942, 3 W.W.R. 656; *Clifton c. Clifton*, 1949, 1 W.W.R. 125; *Kilpatrick c. Kilpatrick*, 1930, 1 D.L.R. 288; *Nordwall c. Nordwall*, 1959, 20 D.L.R., 2d, 493; *Bedrin c. Bedrin*, 1962, 39 W.W.R. 639; *Joyce c. Joyce*, 1966, 57 W.W.R. 126; *Goforth c. Goforth*, 1929, 1 D.L.R. 58; *Elash c. Elash*, 1964, 44 D.L.R., 2d, 721; *Cody c. Cody*, 1927, 1 W.W.R. 603 et 3 D.L.R. 349). Ce rattachement au domicile du parent gardien s'il n'a pas la souplesse du rattachement à la résidence de celui qui a effectivement la garde et le contrôle de l'enfant peut fort bien se justifier dans un système qui faisait de l'autorité paternelle une prérogative découlant du lien légal entre l'enfant et son auteur. Puisque seul cet auteur avait juridiquement le droit à la garde de l'enfant, c'est au tribunal du domicile de celui-ci qu'on devait venir lui disputer son droit, et ce même si, dans les faits, ce droit était exercé par une autre personne, résidant dans un autre district. Toutefois le problème devenait particulièrement délicat lorsque gardien de droit et gardien de fait ne résidaient pas dans la même province. Qui du juge du district de la résidence du gardien de fait ou du juge du district du domicile du gardien de droit devait statuer sur la garde? Imbus de leurs prérogatives, et enfermés dans leurs schémas juridiques, certains magistrats ont décidé que seul, le juge du district du domicile du gardien de droit avait compétence pour statuer sur la garde de l'enfant (*Warren c. Warren*, ref. *supra*; *Masterson c. Masterson*, ref. *supra*; *Munroe c. Munroe*, ref. *supra*; *Kilpatrick c. Kilpatrick*, ref. *supra*). Il convient toutefois de préciser à la décharge de ces magistrats qu'ils avaient à statuer sur la garde de façon incidente: compétents sur le principal, ils entendaient l'être sur l'accessoire (*accessorium principale sequitur*). Plus compréhensifs et plus soucieux de l'applicabilité de leurs décisions, de nombreux magistrats, tout en affirmant leur compétence juridictionnelle, ont déclaré qu'ils ne devaient exercer cette juridiction que dans des cas exceptionnels (*Cleaver c. Cleaver*, 1949, 4 D.L.R. 367; *Re Tokarchuk*, 1952, 5 W.W.R. 19; *Kochan c. Kochan*, 1955, O.W.N. 949). Parmi les circonstances exceptionnelles qui ont été mises en lumière par les tribunaux, il convient de signaler la possibilité de mise en application de la décision prise (*Nordwall c. Nordwall*, 1959, 28 W.W.R. 260; *Bedrin c. Bedrin*, 1962, 39 W.W.R. 639; *Re Sutherland*, 1950 O.W.N. 404; *Ginter c. Ginter*, 1953, O.R. 688, confirmant 1953 O.W.N. 917; *Joyce c. Joyce*, 1966, 57 W.W.R. 126); le fait que le gardien de l'enfant réside effectivement dans la province où le juge exerce sa juridiction, quand bien même l'enfant résiderait dans une autre province, le juge ayant des moyens de contrainte possibles contre ce parent par le canal des voies d'exécution (*Re Sutherland*, ref. *supra*; *Ginter c. Ginter*, ref. *supra*; *Elash c. Elash*, 1963, 45 W.W.R. 94 et 1964, 44 D.L.R., 2d, 721); le fait que le gardien de l'enfant a une conduite répréhensive (*Joyce c. Joyce*, 1966, 57 W.W.R. 125); le fait que la demande de garde est bien fondée en droit et en fait et que la décision rendue sera considérée valide selon la loi étrangère par la cour

étrangère d'exemplification (*Goforth c. Goforth*, 1928, 3 W.W.R. 483 et 1929, 1 D.L.R. 58); le fait enfin que même si l'enfant réside dans un lieu où le juge ne peut exercer sa juridiction, ses parents candidats à la garde sont domiciliés dans un lieu où le juge exerce sa juridiction et se sont soumis à celle-ci (*Warren c. Warren*, 1958, 25 W.W.R. 391).

De ces deux courants de pensée fixant différemment la compétence *rationæ loci* en matière de garde, que faut-il retenir? Tout d'abord que les tenants du domicile du gardien perdent de leur intransigeance et commencent à ne plus accepter d'intervenir en cette matière, si l'enfant se trouve hors du champ de leur juridiction, que si des circonstances exceptionnelles le justifient. Et ensuite, que les tenants de la résidence habituelle de l'enfant ont le vent en poupe sans encore arriver à imposer définitivement leur solution. Toutefois, leur poussée est si forte dans la jurisprudence et la doctrine récente qu'on peut presque parler de la compétence *rationæ loci* du juge du lieu de résidence de l'enfant en matière de garde: «The question whether domicile or ordinary residence is the test of jurisdiction in cases of custody of children where the parents are separated is not settled but the trend seems to be against domicile as the test» (in *Re Walker and Walker*, 1970, 14 D.L.R., 155).

C'est à ce courant de pensée que l'on doit rattacher un jugement récent d'un tribunal québécois qui avait à se prononcer sur une demande de garde d'enfants résidant en Ontario (*Guindon c. Lemay*, 1973, R.P. 147). Dans cette affaire, les parents qui habitaient en Ontario avec leurs enfants s'étaient séparés. La femme était venue s'installer au Québec et y avait demandé le divorce. Le mari était resté en Ontario avec les enfants et s'en était fait confier la garde: «En se basant sur le principe que le bien-être et l'intérêt des enfants sont les principaux critères qui doivent guider le tribunal pour en confier la garde à l'un ou l'autre des conjoints, déclara le juge, seul le tribunal où résident les enfants a juridiction pour entendre une requête concernant leur garde et rendre une ordonnance à ce sujet et le pouvoir de révoquer celle-ci et il s'ensuit que le tribunal d'une autre province que celle dans laquelle résident les enfants n'a pas ce pouvoir» (dans le même sens: *Bray c. Bray*, 1971, 1 O.R. 232 et *O'Neill c. O'Neill*, 1971, 19 D.L.R. 731; *Adams c. Adams*, 1971, 7 R.F.L. 203). Ce qu'il est particulièrement intéressant de remarquer dans ce jugement, c'est qu'à aucun moment, le juge ne se réfère au domicile d'une des parties. Il ne considère pour statuer que l'intérêt de l'enfant, intérêt qui doit être considéré au lieu de sa résidence effective, que cette résidence se trouve ou non recouverte par la notion de domicile du gardien légal. Cette solution est d'autant plus logique qu'idéalement toute décision en matière de garde devrait être prise par le tribunal qui est le mieux placé pour mener l'enquête et qu'habituellement ce tribunal sera celui du lieu avec lequel l'enfant a le plus de points de contact (L. R. ROBINSON, ref. *supra*).

C'est donc plus à une notion de résidence qu'à une notion de domicile qu'il faut faire appel pour découvrir la compétence *ratione loci* en matière de garde d'enfant. Il convient toutefois de remarquer que notre droit, de même que celui des provinces anglaises du Canada, donne à cette notion de résidence des qualificatifs à conséquences juridiques très précises. Cette remarque conduit à s'interroger sur la qualité de la résidence attributive de compétence. Le tribunal compétent est-il celui du lieu de résidence physique ou celui du lieu de la résidence ordinaire? On pourrait être tenté, à la lumière de la jurisprudence, de répondre que seul est compétent le tribunal de la résidence ordinaire (*Nielsen c. Nielsen*, 1971, 5 R.F.L. 313; *Adams c. Adams*, 1972, 7 R.F.L. 203; *Re Walker and Walker*, 1970, 14 D.L.R., 3d, 155; *Guindon c. Lemay*, 1973, R.P. 147). Ce serait toutefois se couper d'une possibilité de contrôler un certain nombre de situations. Si l'on s'en tenait au critère de résidence ordinaire, comment arriverait-on à contrôler les évasions de justiciables désireux de soustraire l'enfant à la juridiction d'un juge? Sans aller jusqu'à opter pour la seule résidence physique, il n'est pas sans intérêt de retenir comme critères attributifs de compétence et la résidence ordinaire et la résidence physique (Comp. J. D. PAYNE, *Digest of cases and materials on the divorce act*, 1968, supplément 11, p. 125).

Même si c'est plus à une notion de résidence qu'à une notion de domicile qu'il faut faire appel pour découvrir la compétence *ratione loci* en matière de garde, il ne faudrait pas croire que ces deux notions sont incompatibles. Pour s'en rendre compte, il suffit de dérouler la règle de compétence en deux temps et de vérifier à chaque étape que, dans un certain nombre de cas, la notion de domicile recouvre celle de résidence. Dans un premier temps, il convient de se demander si le tribunal saisi est compétent *ratione loci*. Il le sera sans conteste si l'enfant ou celui qui en a effectivement la garde se trouve dans un lieu soumis à la juridiction du juge saisi; il le sera aussi mais exceptionnellement si ni l'un ni l'autre ne se trouvent dans un lieu soumis à la juridiction du juge saisi. Dans un second temps, on doit encore se demander si le juge auquel on a reconnu la compétence *ratione loci* pour statuer sur la garde de l'enfant va effectivement l'exercer. Il le fera si le tribunal où il exerce ses fonctions est le mieux placé pour mener l'enquête ou, pour mieux dire, est celui du lieu avec lequel l'enfant a le plus de points de contacts (notion common law de *proper forum*: comp. L. R. ROBINSON, ref. *supra*). Cette démarche en deux temps est nécessaire: on commence par effectuer un contrôle de légalité (existence de la juridiction) pour déboucher ensuite sur un contrôle d'opportunité (exercice de la juridiction). C'est là du moins ce qu'il convient de faire lorsque parents ou enfants se trouvent dans des provinces différentes; c'est là aussi ce qu'il serait intéressant de faire lorsque, dans une même province, parents ou enfants se trouvent dans des districts judiciaires différents.

Il convient aussi de remarquer que, dans le cadre du divorce, l'examen de la compétence *ratione materiæ et personæ* au fond (le divorce) constitue un préalable à l'examen de la compétence *ratione loci* en matière de garde (mesure accessoire) : c'est dans la mesure où le juge a compétence pour se prononcer sur le divorce du gardien conformément aux dispositions des art. 5 et 6 de la *Loi sur le divorce*, qu'il a compétence pour se prononcer sur la garde des enfants. En cette matière, il lui faudra procéder à un double examen, celui de la compétence *ratione personæ* conformément à l'art. 2 de la *Loi sur le divorce* (vo. *enfant et enfant du mariage*) et celui de la compétence *ratione loci*, ce dernier examen constituant le dernier maillon de la chaîne des éléments attributifs de compétence (comp. J. D. PAYNE, ref. *supra*).

Le droit de divorce présente d'ailleurs, par rapport aux autres secteurs du droit familial dans lesquels se posent des problèmes de garde, une particularité intéressante. Les juges acceptent assez facilement de se prononcer sur la garde d'un enfant ne résidant pas dans la province où ils exercent leur juridiction. S'il en est ainsi, c'est parce que, du fait de l'existence de certaines dispositions spécifiques de la loi, leur décision est assurée d'exécution sur tout le territoire du Canada : «... une ordonnance rendue en vertu des art. 10 et 11 est exécutoire partout au Canada » (art. 14 de la *Loi sur le divorce*); «... une telle ordonnance peut être enregistrée dans toute autre Cour supérieure au Canada et peut être exécutée de la même manière qu'une ordonnance de cette cour... » (art. 15 de la *Loi sur le divorce*). Il est toutefois dommage qu'en cette matière, l'unanimité ne se soit pas faite. Certains magistrats conscients de l'intérêt et des possibilités de ces deux dispositions n'hésitent pas à étendre leur juridiction en matière de garde à des enfants résidant hors de la province dans laquelle ils sont censés dire le droit (*Nicolls c. Nicolls*, 1969, 4 D.L.R. 209). D'autres, beaucoup plus timides, ou ignorent les art. 14 et 15 de la loi sur le divorce et se refusent à intervenir en cette matière, arguant de la jurisprudence passée en matière de garde (*I.C. c. G.C.*, 1969, 9 D.L.R. 632) ou font fi de ces deux dispositions en prétendant que les art. 14 et 15 de la loi sur le divorce s'appliquent à des ordonnances rendues par le juge du lieu de résidence de l'enfant au moment de leur prononcé et qu'il n'est pas normal qu'un juge de divorce exerce sa juridiction de garde de juge de divorce dans une procédure de divorce non contestée si l'enfant réside hors de la province où cette procédure a été entamée (*Bray c. Bray*, 1971, 15 D.L.R., 3d, 40). Se rendent-ils compte qu'avec de tels arguments, ils font fi des seuls critères (rappelés en 1973 encore dans l'affaire *Guindon c. Lemay*, 1973, R.P. 147) gouvernant la compétence *ratione loci* en matière de garde, le bien-être et l'intérêt de l'enfant? Leur complément conduit à le croire.

François HÉLEINE,
professeur à la Faculté de Droit
de l'Université de Montréal.