

Les Cahiers de droit



Observations sur la première partie du Rapport de l'O.R.C.C sur la famille

Mireille D. Castelli

Volume 16, numéro 3, 1975

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042040ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042040ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Castelli, M. D. (1975). Observations sur la première partie du Rapport de l'O.R.C.C sur la famille. *Les Cahiers de droit*, 16(3), 645-674.
<https://doi.org/10.7202/042040ar>

Observations sur la première partie du Rapport de l'O.R.C.C. sur la famille *

Mireille D. CASTELLI **

	Page
INTRODUCTION	647
Articles liminaires	647
1. DU MARIAGE	649
1.1 Fiançailles	649
1.2 Conditions du mariage	649
1.2.1 Mariage de la personne mise sous tutelle	649
1.2.2 Mariage simulé	651
1.2.3 L'âge	651
1.2.4 L'inceste	651
1.2.5 Impuissance	652
1.3 Les formalités	652
1.3.1 L'opposition	652
1.3.2 Le contrôle systématique	652
1.3.3 Les ministres du culte	653
1.3.4 La preuve du mariage	653
1.4 Les sanctions	653
1.4.1 Nullités absolues	653
1.4.2 Nullités relatives	654
1.4.3 Ouverture de l'action	655
1.4.4 Les effets de l'annulation	655
1.4.4.1 La mauvaise foi d'un époux	655
1.4.4.2 Les effets proprement dits	655
1.5 Effets du mariage	656
1.5.1 Droits et devoirs des époux	656
1.5.1.1 La direction de la famille	656
1.5.1.2 Mandat judiciaire	656
1.5.1.3 La contribution aux charges du ménage	656
1.5.1.3.1 Le principe	656
1.5.1.3.2 Les rapports entre époux et le recours des tiers	657
1.5.1.3.2.1 La conciliation entre les articles 48 et 49	657
1.5.1.3.2.2 L'article 49 et les époux séparés de corps	657
1.5.1.3.3 Le recours des tiers et l'exemption de l'obligation aux dettes	657

* Présenté à l'Office de revision du Code civil sur l'invitation de M. P.-A. Crépeau, président de l'Office, qui en a autorisé la publication. On trouvera plus haut, p. 575, le rapport qui est commenté dans ces pages.

** Docteur en droit, professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

	Page
1.5.2 La résidence familiale	658
1.5.2.1 Le choix	658
1.5.2.2 Les « protections »	658
1.5.2.3 Les mesures relatives à la séparation des époux	659
1.6 Les atteintes au lien matrimonial	660
1.6.1 La prise en considération des accords intervenus entre époux	660
1.6.2 La séparation de fait	660
1.6.3 Divorce et séparation de corps	661
1.6.3.1 Les causes	661
1.6.3.2 Les fins de non-recevoir	661
1.6.3.3 Les effets	662
1.6.3.3.1 La fixation de la pension alimentaire	662
1.6.3.3.2 L'obligation alimentaire entre époux divorcés	663
2. DE L'UNION DE FAIT	664
3. DE LA FILIATION	665
3.1 La filiation par le sang	665
3.1.1 L'égalité des enfants naturels et légitimes	665
3.1.2 Le désaveu	666
3.1.3 La recherche en filiation	667
3.1.4 La rupture du lien de filiation	667
3.2 La filiation adoptive	669
3.2.1 Les conditions de l'adoption	669
3.2.1.1 Le consentement des parents par le sang	669
3.2.1.2 La déclaration d'abandon	671
3.2.1.3 Le rôle du professionnel (art. 141)	672
3.2.2 Le placement de l'enfant	672
3.2.3 Les rapports du centre du service social	673
3.2.4 Les effets	673
4. OBLIGATION ALIMENTAIRE	674

INTRODUCTION

Nous nous permettons tout d'abord de féliciter le Comité du droit des personnes et de la famille pour l'importance du travail accompli et le sérieux avec lequel les divers points ont été traités. À la lecture de ce rapport imposant, certaines remarques nous sont cependant venues à l'esprit. Il nous a semblé utile de les formuler, soit pour permettre de supprimer l'ambiguïté de certaines questions ; soit pour souligner les conséquences peu souhaitables auxquelles risquent d'aboutir certaines règles ; soit pour formuler certaines suggestions concernant des buts souhaitables que le comité ne semble pas avoir envisagés, et qui pourraient être atteints assez facilement moyennant quelques modifications. Aussi avons-nous surtout noté les points qui nous semblaient pouvoir être criticables et devoir être modifiés. Nous n'avons pas systématiquement repris toutes les propositions pour dire notre accord ou notre désaccord pour éviter des longueurs inutiles.

Pour plus de facilités, nous présenterons nos remarques selon le même plan que celui suivi par le comité, même si parfois nous pouvons être amenés à faire appel à des points traités dans des chapitres autres que celui dont nous serons en train de parler : dans certains cas, cette démarche est nécessaire afin d'obtenir une vue valable de la question traitée.

ARTICLES LIMINAIRES

Si l'on ne peut qu'approuver l'idée d'avoir prévu des articles liminaires destinés à éclairer l'esprit général de la législation proposée, et par là indiquer selon quels principes celle-ci devra être appliquée ; si l'on ne peut que féliciter également le comité d'avoir placé en tout premier, parmi ces principes, celui selon lequel « l'intérêt de l'enfant doit être la considération déterminante dans toute décision qui le concerne... »¹, il semble qu'il aurait été bon que le comité profite des pouvoirs qui lui étaient conférés, et de la refonte totale envisagée pour le Code civil, pour inscrire dans les textes (et plus précisément dans les articles liminaires), des *principes fondamentaux* qui n'ont jamais été rédigés, et combler ainsi une lacune d'autant plus regrettable que la présence de ces principes dans ce Code permettrait aux juges d'avoir des textes précis sur lesquels appuyer des décisions portant sur des questions non prévues par la loi (or, il est impossible pour la loi de prévoir toutes les éventualités).

Nous pensons ici à tous les principes généraux qui concernent *l'état des personnes* (et non les actes d'état civil) : son unité, son indivisibilité, son imprescriptibilité, le fait qu'il est hors du commerce, et son indisponibilité. Certes, ces principes sont appliqués, en fait, mais il serait bon, à la fois de les *affirmer* textuellement, et de les *regrouper*.

1. OFFICE DE REVISION DU CODE CIVIL, COMITÉ DU DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE, *Rapport sur la famille*, première partie, Montréal, 1974, art. X, p. 34.

Nous pensons également aux diverses questions qui peuvent se soulever concernant les actions d'état et qu'il serait souhaitable aussi de préciser ou de trancher. On a bien pensé, de loin en loin à insérer un article réglant une question relative à ce point, tels l'article 29 concernant les nullités des mariages ou l'article 128, qui, placé dans le chapitre de la filiation, établit le principe de l'imprescriptibilité des actions d'état². Mais l'on voit déjà se profiler les difficultés d'interprétation: devra-t-on retenir la généralité de la formule de l'article et l'appliquer (sauf disposition expresse contraire) à toute action d'état, ou devra-t-on en limiter l'application aux actions d'état concernant la filiation, limitant son application au domaine à propos duquel l'article a été édicté? Les rédacteurs du projet lui-même ont d'ailleurs senti la nécessité de poser un principe général concernant les actions d'état (si l'on en croit des annotations³), et l'on ne peut alors que regretter le fait d'une part qu'ils n'aient pas éprouvé le besoin de faire de même pour tous les autres points, et d'autre part qu'ils aient inséré cette règle qu'ils ont voulue générale, dans le contexte d'un problème particulier (la filiation) au risque de créer des difficultés d'interprétation. N'eût-il pas mieux valu prévoir un chapitre concernant les règles générales de l'état des personnes. De même, les rédacteurs auraient dû établir une règle générale concernant les *personnes habilitées à intenter* une action d'état. Dans ce chapitre (qu'il soit préliminaire ou autre titre), d'autres problèmes devraient être tranchés: tel celui concernant l'*autorité des jugements déclaratifs* d'état (cette autorité devrait être, comme pour tout jugement, relative, mais la chose est discutée en raison des nombreux inconvénients qu'elle comporte). Devrait également être posé le principe général que seule la personne dont l'état est concerné doit être admise — sauf exceptions précisées par la loi — à intenter une action concernant son état. Sur cette question, il serait bon de décider, d'un point de vue général, comment serait intentée une action d'état concernant un incapable: est-il bon que cette action soit laissée entre les mains de son seul représentant? Est-il imaginable que le représentant d'un incapable marié intente de sa propre initiative une action en divorce au nom de cet incapable, ou une action en annulation de mariage, de désaveu d'enfant... surtout si cet incapable a des intervalles de lucidité? Ne devrait-on pas alors poser le principe selon lequel seule la personne dont l'état est en jeu a l'*initiative* de l'action sauf dérogation prévue par la loi, (telle recherche de paternité... éventuellement démence sans intervalle lucide), le représentant ne pouvant que continuer l'action. Des solutions sur des points particuliers existent dans ce sens dans le droit actuellement en vigueur relativement à la reconnaissance d'enfant ou à l'adoption. Des solutions sur des problèmes particuliers ont été apportées dans le projet tels l'article 13 sur les oppositions à un mariage, l'article 9 pour la dispense d'âge toujours relativement à un mariage. Ne serait-il pas bon de *préciser la règle d'une manière générale*, puisque rien n'est

2. Art. 128 (avant-projet, p. 343): l'action relative à l'état d'une personne est imprescriptible sous réserve des dispositions expresses de la loi.

3. Rapport, p. 344.

précisé sur l'effet de l'incapacité de l'intéressé relativement par exemple à la reconnaissance d'enfant, à la mise en adoption, rétractation, demande en annulation de mariage... Une règle générale aurait l'avantage de *régler tout problème* particulier sur lequel le législateur aurait *oublié* de se prononcer.

En effet, et indépendamment des questions discutées, même sur les points pour lesquels de grands principes existent, il est bon de les rédiger de manière claire et précise. Ceci aurait l'énorme avantage d'éviter, comme on risque toujours de le faire autrement — surtout sur un point relié de loin à une telle question — qu'on ne les oublie.

1. DU MARIAGE

1.1 *Fiançailles*

On ne peut qu'approuver le comité d'avoir réglementé les fiançailles quant à leurs conséquences. Leur nature et leurs effets ont posé trop de problèmes pour que l'on ne puisse pas se féliciter de voir une telle question enfin tranchée, surtout par des solutions réussissant à allier la protection de la liberté matrimoniale et la sanction des attitudes fautives.

1.2 *Conditions du mariage*

Relativement aux conditions du mariage, nous nous permettrons de faire des objections ou des critiques relativement à certaines d'entre elles.

1.2.1 *Mariage de la personne mise sous tutelle*

Notons tout d'abord, qu'en plus d'énoncer le principe selon lequel « le mariage requiert le consentement libre et éclairé des futurs époux »⁴, l'avant-projet entend *interdire le mariage* de la personne majeure « mise en tutelle ». Si par cet article 8 le comité entend simplement mettre fin à une controverse juridique ancienne sur la possibilité pour un dément de contracter mariage dans un intervalle de lucidité⁵, il semble qu'il n'ait pas pesé l'importance de sa décision. La question va en effet beaucoup plus loin qu'un simple débat juridique technique. Elle est liée directement aux *droits fondamentaux* de la personne humaine. Et dans cette mesure il convient peut-être d'examiner plus à fond le principe même d'interdire le mariage du dément dans un intervalle de lucidité, puisque tel est bien le but avoué du comité. Rappelons que la question est liée à l'interdiction générale de contracter qui frappe l'interdit pour démence (et que l'on a généralement expliquée par une présomption irréfragable d'absence de volonté). Tout le problème était de savoir si cette règle devait être étendue à la possibilité de contracter mariage. Si certains

4. Rapport, art. 6.

5. *Id.*, pp. 64–66.

auteurs optaient pour l'affirmative, rappelons que les autres se basaient sur la nature tout à fait particulière du mariage, qui ne devait pas être traité comme un simple contrat. Or autant il est normal que le mariage contracté sans volonté réelle soit nul, autant il est anormal d'interdire à une personne ayant *la volonté réelle de se marier de le faire* : c'est porter directement atteinte à un droit fondamental. Or, telle est bien la solution à laquelle arrive (et veut arriver) l'article 8. Il semble pourtant que les présomptions juridiques doivent s'effacer devant la réalité pour un sujet aussi grave, quitte si l'on veut à édicter une présomption *simple* d'absence de volonté de la part de la personne « mise en tutelle », et renverser ainsi le fardeau de la preuve.

Or, par cette interdiction de mariage, qui a-t-on voulu *protéger*? *La personne mise sous tutelle*? Ce n'est plus alors la protéger, c'est la brimer, car si l'on veut réellement la protéger on ne doit annuler son mariage que si elle ne mesurait pas la portée de ses actes au moment de son mariage, qu'elle soit ou non interdite. Si elle savait ce qu'elle faisait, on *porte alors une atteinte à sa liberté*, ce qui est absolument inadmissible en vertu des libertés fondamentales dont celle de se marier fait partie. Si l'on voulait vraiment protéger le dément (puisque'il semble que lui seul parmi toutes les personnes dépourvues de discernement puisse avoir un intervalle de lucidité), on pourrait prévoir une présomption simple d'absence de volonté réelle, qui pourrait être écartée sur preuve contraire. Mais non interdire le mariage!

Si l'on a voulu protéger le *conjoint* de cette personne, il y avait une solution autre que cette interdiction inadmissible : c'était de prévoir la possibilité pour ce dernier de faire annuler le mariage sur la base de l'erreur sans, dans ce cas, exiger de manœuvres frauduleuses. Mais si une personne mise en tutelle désire avec une volonté consciente dans un intervalle de lucidité se marier avec une personne donnée qui, connaissant son état, est prête à l'épouser, au nom de quoi, de quel argument juridique pourrait-on les en empêcher?

Dans un cas comme dans l'autre, la sanction devrait être la nullité relative ouverte soit à la personne mise sous tutelle, soit à son conjoint, soit aux deux, et non une nullité absolue (*i.e.* ouverte à toute personne intéressée), laquelle sanctionne normalement les infractions à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Or, telle est la sanction retenue par le comité⁶. Si une telle interdiction (en soi très grave) est sanctionnée de telle manière, on en arrive déjà à un début d'eugénisme. Si l'on estime ce genre de mesure souhaitable dans l'intérêt de la société, qu'on le dise clairement, que l'on en discute au grand jour, mais que l'on n'y arrive pas par des moyens détournés sous prétexte de clore un débat juridique. La portée en est trop grave.

Quand bien même nos remarques n'auraient permis au comité que de prendre conscience de la *gravité* de la mesure qu'il envisage à ce niveau, nous estimerions avoir fait œuvre utile.

6. Rapport, art. 23.

1.2.2 Mariage simulé

Avoir tranché le débat sur la validité du *mariage simulé* semble par contre une mesure de clarté juridique que l'on ne peut qu'approuver (surtout assortie des possibilités de confirmation prévues dans l'article 25).

1.2.3 L'âge

Relativement à l'*âge des époux* celui retenu comme « âge matrimonial » de principe est valable. Le critère retenu, tenant compte des possibilités de réussite du mariage (et donc de la maturité intellectuelle et affective des futurs époux) plutôt que de simples conditions physiologiques, ne peut qu'être approuvé, et ce d'autant plus que les maternités trop précoces risquent souvent de retentir considérablement sur la santé de femmes trop jeunes. Si l'on ne peut également que féliciter le comité d'avoir prévu des causes de dispense (tout comme on peut le féliciter pour la largesse de la formule employée quant aux conditions) pour permettre à des personnes plus jeunes de se marier, on peut se demander s'il est bien venu de limiter ces dispenses à des jeunes gens âgés de plus de 16 ans. N'est-ce pas faire preuve d'*arbitraire* que d'interdire ainsi à une jeune fille enceinte âgée de moins de 16 ans d'épouser le père de l'enfant lorsque celui-ci serait prêt à le faire, sans aucune possibilité de dérogation? N'aurait-on pas pu confier au juge le soin de s'assurer du sérieux de l'intention des futurs époux dans un tel cas, tout comme du soin de vérifier que la volonté est libre et n'est pas conditionnée par un élément « dangereux » pour l'avenir du foyer, tels crainte des rumeurs, pression des familles ou du futur époux, orgueil de se marier, etc... Une législation souple permettant des solutions individuelles semble préférable dans cette manière à un carcan qui risque souvent d'amener des situations injustes.

1.2.4 L'inceste

Quant aux empêchements résultant des interdictions de l'inceste, il est certain qu'ils doivent principalement tenir compte des liens du sang. Cependant, inscrire en toute lettre dans le code que l'adoption ne crée pas d'impossibilité de mariage en ligne collatérale est-ce souhaitable? Ne se heurte-t-on pas alors au caractère secret que doit conserver l'adoption si les parents adoptifs le désirent? Ainsi deux législations d'esprit opposé risquent de se trouver confrontées. Laquelle primera: celle concernant le caractère secret de l'adoption, ou celle concernant la liberté du mariage — laquelle pourra amener à établir le fait d'une adoption —? Une formule précisant que seule la parenté par le sang constituera un empêchement ne serait-elle pas préférable? De plus, le comité a trouvé bon de supprimer l'interdiction résultant de l'alliance lorsque l'époux qui produisait l'alliance est encore en vie, ayant vu dans cette mesure « une intention pénalisatrice à l'égard de l'époux divorcé ». Nous ne pouvons partager, ni cette conception, ni la

conclusion à laquelle elle a mené. Dans la mesure où le mariage pourrait être rompu désormais du vivant des conjoints, il semble qu'il est nécessaire à la bonne entente des familles que des divorces ne puissent intervenir pour permettre le mariage de l'ex-conjoint avec un proche parent du divorcé. Une telle situation ne mettrait certainement pas de baume dans les *relations de la famille par le sang*. De plus, tout comme le divorce est réputé engendrer le divorce par l'état d'esprit qu'il crée chez certains, ne pourrait-on pas craindre que les relations avec les belles familles ne prennent des allures pour le moins ambiguës ?

1.2.5 Impuissance

L'élargissement des causes de nullité pour impuissance sans tenir compte de l'origine de cette impuissance semble une chose extrêmement valable, de même que le fait que l'impuissant lui-même puisse demander cette nullité. Cependant, il semble que comme pour toute autre cause de nullité relative, un *délai* aurait dû être prévu qui équivaldrait à *confirmation tacite* du mariage.

1.3 Les formalités

1.3.1 L'opposition

On ne peut qu'*approuver* la très large ouverture faite par le comité quant aux personnes aptes à faire *opposition à un mariage*. Si l'on veut, en effet, que cette procédure puisse remplir son but, il semble bien qu'il n'y ait pas de raison de limiter les possibilités de découvrir la vérité en raison d'un formalisme étroit. Le risque de devoir payer des dommages-intérêts devrait suffire à limiter les risques d'opposition abusive, à condition que ces dommages-intérêts soient accordés d'une manière très libérale par le juge.

1.3.2 Le contrôle systématique

On comprend les difficultés rencontrées par le comité relativement à la question de la publicité du projet de mariage en raison de l'inefficacité des mesures de publicité actuellement prévues, et il semble que l'obligation où se trouve celui qui est autorisé à célébrer le mariage d'obtenir certaines pièces d'état civil concernant les futurs époux devrait largement suppléer à ces publications. Il convient cependant de remarquer que le *résultat ne sera atteint* que si la transcription de tout ce qui concerne l'état de la personne est effectuée sur l'acte de naissance. Si le futur époux vient d'un pays où la chose n'a pas cours, l'obtention de ces pièces n'aura guère d'utilité. L'attestation de deux témoins connaissant les futurs époux que peut exiger le célébrant est de ce point de vue utile, mais ces témoins eux-mêmes peuvent ignorer certains aspects de la vie de leur ami que celui-ci leur aura soigneusement dissimulés.

Pourquoi ne pas prévoir l'attestation par le futur époux lui-même qu'il n'a encore jamais été marié, si nécessaire?

Le délai « de réflexion » de 20 jours imposé par l'article 20 semble une mesure de prudence sage.

1.3.3 Les ministres du culte

On ne peut, de même, que féliciter le comité d'avoir mis un terme aux controverses nées de l'actuel article 127 C.c., tout en préservant la liberté de conscience des *ministres du culte* par l'article 18 du projet, d'autant plus qu'une procédure « laïque » de mariage est désormais prévue.

1.3.4 La preuve du mariage

L'article 22 qui supprime pour les enfants la possibilité de bénéficier de la possession d'état d'époux de leurs parents (art. 162 C.c. actuel) risque de créer des situations anormales et injustes. Il ne faut pas oublier que *les enfants peuvent ne pas savoir où leurs parents se sont mariés*. Certes, d'après la réforme proposée pour les actes d'état civil, il ne devrait plus y avoir aucune difficulté pour tout mariage célébré dans la province, vu la centralisation préconisée par l'avant-projet. Mais c'est *légiférer de manière trop limitée* sans tenir compte de tous les aléas de la vie. Toutes les personnes qui vivent au Québec, n'y sont pas nées ou ne s'y sont pas mariées. Certains Québécois ont très bien pu se marier à la suite de diverses circonstances dans une autre province ou un autre pays, et ne pas faire transcrire leur mariage. Même si de tels cas sont marginaux, il n'est pas souhaitable de faire porter aux enfants le poids de la négligence des parents (même si le projet tend à placer sur un pied d'égalité enfants légitimes et illégitimes), ou de procéder par la suite par des séries de lois toutes plus particulières les unes que les autres, alors qu'une formule générale et bien conçue pourrait d'avance supprimer toute difficulté.

1.4 Les sanctions

1.4.1 Nullités absolues

La réunion des différentes causes de nullité selon le type de sanction encourue constitue une très nette amélioration sur l'état actuel du Code civil. Il semble cependant que le comité n'ait pas poussé la réalisation de son objectif jusqu'au bout, qu'il n'a pas réuni tous les articles prévoyant les causes de nullité absolue : les unes sont traitées dans l'article 23 (1), et une autre dans l'article 28. Il semble en effet que la cause de nullité absolue prévue dans l'article 28 (concernant l'incompétence de l'officier d'état civil ou le mariage non public) devrait être placée après l'article 23. Or, il semble que cette erreur aille plus loin qu'une simple erreur de disposition. Il semble en effet, bien que

ce ne soit pas dit en termes exprès, que le comité ait assimilé selon une erreur trop fréquente *nullité absolue* (nullité qui peut être demandée par toute personne intéressée) et *nullité de plein droit* (celle que le tribunal est obligé de prononcer dès lors que les éléments sont réunis, sans garder de pouvoir d'appréciation), car il semble opposer nullité absolue à annulable. Il serait souhaitable que le comité fasse clairement la différence entre *nullité absolue*, *nullité relative*, *nullité de plein droit* et acte simplement « annulable ». En plus de supprimer toute ambiguïté juridique — peu souhaitable en ces matières — ceci permettrait au comité de réunir les diverses conditions donnant ouverture à une nullité absolue dans des articles qui se suivent.

1.4.2 Nullités relatives

Si l'on ne peut qu'être favorable au fait que la nullité relative du mariage soit couverte par l'écoulement d'un délai de 6 mois après la cessation du vice du consentement, nous ne saurions être d'accord avec l'explication proposée selon laquelle « on ne saurait présumer que la violence a cessé ou l'erreur a été découverte si les époux ne font pas vie commune » (p. 114). En effet cette explication ne tient pas compte pour les causes mentionnées dans l'article 24, du point de départ de ce délai qui est précisément la cessation ou la découverte du vice de consentement. Ce délai (auquel nous ne pouvons que souscrire) nous semble plutôt refléter l'idée d'une confirmation tacite du mariage ; puisque ces causes de nullité sont faites pour protéger la volonté des époux, il semble conforme à cette optique de permettre une confirmation tacite. Cette idée de confirmation possible correspond d'ailleurs au droit commun des contrats et est parfaitement logique. C'est d'ailleurs ce qui explique également que ce n'est pas l'écoulement d'un délai de 6 mois qui fait perdre le droit de demander la nullité (écoulement qui ne prouve rien et peut relever de la simple négligence ou révéler une hésitation), c'est la *cohabitation continuée* pendant ce délai. C'est en vertu de la même idée que nous approuvons la « confirmation » du mariage simulé par cohabitation, prévue par l'article 25 ; mais encore faudra-t-il exiger qu'il s'agisse d'une véritable cohabitation et non d'une simple apparence.

Et c'est toujours en vertu de la même idée que nous critiquons au contraire l'article 26. D'après ce dernier, quel que soit le temps écoulé depuis le mariage et quelle qu'ait été la durée de la cohabitation, les époux dont l'un est *impuissant* pourront toujours demander l'annulation d'un tel mariage (jusqu'à ce qu'il ait été consommé, ce qui représente alors la disparition de la cause de la nullité). Il semble pourtant, que dans ce cas comme dans les autres causes de vices de consentement (car au fond, l'impuissance n'est-elle pas simplement un cas particulier d'erreur sur les qualités de la personne?), le mariage devrait pouvoir se voir confirmer tacitement par l'écoulement d'un certain délai une fois cette « déficience » découverte, délai qui, cependant, devrait être plus long que 6 mois (temps de réflexion).

1.4.3 Ouverture de l'action

Si le comité avait la prudence de faire un chapitre préliminaire concernant l'état des personnes et les actions d'état, l'article 29 deviendrait inutile.

1.4.4 Les effets de l'annulation

1.4.4.1 *La mauvaise foi d'un époux*

L'obligation de *déclarer la mauvaise foi* de l'un des époux, en cas d'annulation du mariage dans le jugement d'annulation lui-même pour lui faire perdre le droit au mariage putatif, semble une *chose dangereuse*, et risque de conduire *aux mêmes types de difficultés* qu'a engendrées la *Loi sur le divorce* relativement à la pension alimentaire. Trop rigide, la loi risque d'être injuste. Dans ces circonstances souvent pénibles, les conjoints n'envisagent pas toujours les conséquences patrimoniales des choses. Faire perdre au conjoint de bonne foi des avantages auxquels il aurait eu droit par simple formalisme n'est pas chose souhaitable. Si le jugement en annulation se prononce sur la bonne ou mauvaise foi de chacun des conjoints, il y a certes, autorité de la chose jugée, mais s'il ne le fait pas, l'époux de bonne foi trompé par l'autre ne pourrait plus d'après le texte proposé⁷ venir faire prononcer la mauvaise foi de son conjoint. Une telle solution ne semble pas valable, à *moins d'exiger* que le jugement d'annulation, en prononçant la nullité du mariage, ne se prononce également sur la bonne foi ou mauvaise foi de chacun des époux, et ce d'une manière obligatoire et automatique.

1.4.4.2 *Les effets proprement dits*

Quant aux effets de l'annulation du mariage, ils semblent, dans l'ensemble, être valablement définis. Ne pas faire porter aux enfants la faute des parents, voici qui ne peut qu'être approuvé. Faire perdre à l'époux de mauvaise foi le bénéfice des avantages consentis par contrat de mariage, semble juste, de même que le fait de laisser à l'époux de bonne foi le choix de demander la liquidation du régime matrimonial ou de reprendre simplement ses biens. Laisser à l'appréciation du tribunal le sort des avantages irrévocables faits à cause de mort semble également la meilleure solution, car chaque cas doit alors être décidé en particulier. On ne peut de même qu'être d'accord pour que l'époux de mauvaise foi n'ait pas droit aux aliments (art. 38).

7. Art. 31.

1.5 Effets du mariage

1.5.1 Droits et devoirs des époux

1.5.1.1 La direction de la famille

La correction des textes pour établir l'égalité entre les époux relativement à la direction de la famille complète l'évolution amorcée en ce domaine. Et si l'intervention du juge semble peu souhaitable, il semble bien que, dans certains cas, ce soit la seule solution envisageable si l'on veut conserver l'égalité totale entre les époux. Donner préséance à l'un romprait cette égalité, et comme cette préséance serait fixée dans la loi, elle ne pourrait qu'être arbitraire.

1.5.1.2 Mandat judiciaire

L'article 45 prévoyant la possibilité pour un époux de se faire confier l'administration des biens de l'autre par un juge en cas d'impossibilité par le conjoint de manifester sa volonté est une très bonne chose. Un époux peut ne pas vouloir faire interdire son conjoint, ou il se peut également que son conjoint ne réunisse pas les conditions nécessaires à l'interdiction (nous envisageons la situation en supposant que les conditions pour l'interdiction sont les mêmes que celles qui existent actuellement...), il est bon alors que l'époux qui reste puisse administrer ces biens, dans l'intérêt du conjoint, et dans celui de la famille, (plutôt par exemple que de voir ces biens confiés à l'administration du curateur public).

1.5.1.3 La contribution aux charges du ménage

1.5.1.3.1 Le principe

Relativement aux modalités concernant la contribution aux charges du ménage, si le principe de l'égalité est une excellente chose à énoncer, n'aurait-il pas été prudent de dire que l'on devra *tenir compte de l'activité matérielle* fournie par un époux au profit de la famille; on écarterait alors le risque d'aboutir à une *injustice*. Si, par exemple, des époux gagnent le même salaire, tous deux ont des « facultés » égales, pourtant si l'un d'eux (femme ou mari, pour nous situer dans un contexte d'égalité) s'occupe seul et entièrement de la maison, peut-on parler alors de justice si tous deux doivent fournir la même somme d'argent comme contribution? Certes, non. L'un d'eux a déjà fourni en travail l'équivalent d'une somme importante, puisque s'il n'avait pas ainsi assumé la charge de tenir la maison, il aurait fallu employer du personnel. Il est normal également de faire prévaloir le contrat de mariage pour la fixation de la contribution, tout comme il est prudent de prévoir une modification de cette répartition lorsque l'un des époux devient dans l'impossibilité de contribuer dans la proportion fixée. Si cet article 47 est inutile en cas de

répartition légale ou judiciaire, il semble qu'il sera des plus utiles en cas de répartition conventionnelle.

1.5.1.3.2 Les rapports entre époux et le recours des tiers

1.5.1.3.2.1 LA CONCILIATION ENTRE LES ARTICLES 48 ET 49

S'il est tout à fait envisageable de prévoir la possibilité pour un juge fixant la part contributoire de chacun de prévoir également que l'un d'eux doit verser cette part à l'autre, il convient cependant de signaler la *contradiction* à laquelle on risque d'aboutir avec l'article 49 d'après lequel ce conjoint — qui d'après la décision du juge devra *verser sa part contributoire* à son conjoint — pourra, *en plus*, être *tenu pour les dettes* « du ménage » contractées par celui-ci « dans la mesure où il est tenu de contribuer aux charges du ménage » (art. 49). Il semblerait qu'alors, il risque d'avoir à *payer deux fois* : une à son conjoint (art. 48) et une aux créanciers (art. 49), puisque qu'aucune mesure n'est prévue pour éviter cette situation.

Nous tenons à souligner d'autre part qu'il est mal venu de parler à l'article 49 de « mandat domestique ».

1.5.1.3.2.2 L'ARTICLE 49 ET LES ÉPOUX SÉPARÉS DE CORPS

Enfin, bien que l'article 50 prévoit la possibilité pour un époux de ne plus être engagé par les dettes de son conjoint, s'il a « porté à la connaissance des tiers » sa décision de n'être plus engagé, rappelons que rien dans la législation concernant la séparation de corps ne prévoit la libération des époux de cet effet du mariage, et que, en principe, chaque époux pourra continuer à être tenu par les dettes « de ménage » de l'autre en vertu de l'article 49, à moins d'avoir fait connaître aux tiers sa volonté de ne plus être engagé. Il semble qu'une mesure générale pourrait être prise concernant les situations de ce type, et prévoyant dans un tel cas, moyennant une publicité prédéterminée, la libération de l'époux « débiteur » de l'autre.

1.5.1.3.3 Le recours des tiers et l'exemption de l'obligation aux dettes

L'article 50 prévoit la possibilité pour un époux de n'être plus engagé par les dettes ménagères contractées par l'autre. En fait, cet article qui n'apporte rien de nouveau à la législation existante laisse *sans solution véritable deux problèmes* juridiques, et sans protection l'un comme l'autre des époux.

Tout d'abord cet article permet l'exemption de l'époux qui a « porté à la connaissance des tiers » sa décision. Ainsi que le comité le souligne lui-même, « elle oblige l'époux à se souvenir de tous les fournisseurs du conjoint... »⁸. Et quand bien même le malheureux époux arriverait à se souvenir d'une telle liste, serait-il vraiment protégé? Que l'on pense à la dimension d'une ville

8. P. 166.

comme Québec et au nombre de « fournisseurs » possible. La réaction du conjoint serait alors très simple pour *priver l'autre de sa protection* : changer de fournisseur ! On a, certes, proposé comme solution une publication dans les journaux. Cette solution serait la meilleure, et la plus simple pour l'époux. Mais il n'est pas certain qu'elle soit réellement efficace puisque la jurisprudence a déjà admis que le fournisseur pouvait faire la preuve de son ignorance. Certes, la décision est antérieure à l'actuel article 180 C.c.^{8a}, mais il est à craindre qu'elle ne se maintienne. Pourquoi ne pas prévoir cette possibilité de façon formelle dans la loi ? Tous problèmes seraient ainsi supprimés.

Enfin, il y a un autre point que le projet laisse non tranché : celui de *l'abus* par un époux de ce pouvoir qui lui est donné. En effet, tel que l'article 50 est rédigé, l'époux est libre de s'en prévaloir sans avoir de motifs valables de le faire (tout comme c'est actuellement le cas d'ailleurs). Il semble qu'il serait bon que le texte prévoit sur le plan des principes que le recours à cette possibilité est *limité* aux cas où l'un des époux a de *justes motifs* de le faire, et la possibilité pour l'autre de faire *sanctionner* un éventuel *abus*.

1.5.2 La résidence familiale

1.5.2.1 Le choix

Il semble que sans entamer le principe de l'égalité des époux on aurait pu arriver à une solution valable et éviter la multiplication des recours au juge en donnant *voix prépondérante au conjoint assurant la vie matérielle* de la famille. Le recours au juge serait alors réservé au cas où les deux conjoints concourraient à assurer les ressources. Au cas où l'un des époux aurait *voix prépondérante*, on devrait alors prévoir la possibilité d'un recours pour éviter d'éventuels abus.

1.5.2.2 Les « protections »

Relativement aux « protections » accordées à la famille par l'exigence du concours des époux relativement à certains actes (résidence familiale, meubles meublants, biens particuliers sous certains régimes), bien que son principe ait été longuement réglementé, il semble que toute cette législation doive en pratique *rester lettre morte*, et constituer un appendice et une surcharge inutile dans le Code civil, vu les sanctions qui sont prévues et les conditions auxquelles elles sont soumises. Il semble que le comité se soit ingénié à *détruire* presque complètement la portée que pouvait avoir cette législation. Pris entre la volonté de paraître vouloir protéger la famille, et celle profonde et dominante de refuser d'entamer aussi peu que ce soit la liberté d'action des époux dans les faits, (sous le prétexte fallacieux de « protéger » les tiers), le comité a choisi la voie de l'intérêt égoïstement

8a. *Hôpital Ste-Jeanne d'Arc v. Prud'homme*, [1949] C.S. 487.

individuel d'un époux. Et cette démarche ne se retrouve pas que dans la partie concernant la résidence familiale. Elle est aussi présente dans l'article 54 concernant les biens meubles ; dans un cas comme dans l'autre le « tiers de bonne foi » est couvert. Ce qui, en termes clairs, veut dire que le conjoint de celui qui dépasse ses droits est alors *sans recours*.

Or, l'argument principal présenté pour expliquer de telles solutions est la protection des tiers. Or, il semble possible d'assurer le respect réel des dispositions proposées, sans pour cela faire courir grand risque aux tiers. Car n'est-il pas évident que le tiers peut, dans certains cas, être automatiquement *considéré* comme de mauvaise foi, sans qu'il ait besoin d'enregistrement quelconque. Il semble pourtant simple pour toute personne d'intelligence normale de pouvoir distinguer une maison à usage d'habitation (et de voir si elle est habitée) tout comme il semble facile de reconnaître des meubles meublants. Partant de là, ne serait-il pas plus simple — et plus protecteur pour la famille — d'obliger l'acheteur qui voudra être considéré comme de bonne foi d'exiger le concours du conjoint, ou la déclaration par l'époux voulant agir seul que le domicile de la famille est établi ailleurs, endroit qu'il serait tenu d'indiquer, ou que ce mobilier n'est pas celui de la résidence familiale — quitte à assortir des fausses déclarations par ledit époux de sanctions dont pourrait se prévaloir son conjoint —. Le seul cas où l'acheteur n'aurait pas à exiger ces attestations serait celui où le vendeur serait un commerçant faisant commerce dans le genre de choses objet de la transaction.

Dans cette optique, l'article 54 devrait préciser qu'il ne s'applique pas aux meubles meublants à usage domestique, et l'article 58 *in fine* devrait être supprimé, de même que devrait être supprimée l'obligation de déclaration de résidence contenue comme condition de la protection dans l'article 62 (et tous les articles s'y rapportant). Car il faut *mesurer la portée de l'obligation* de cette déclaration de résidence ; elle aboutit simplement à détruire toute portée pratique. Il faut tout d'abord être sûr que les époux — même s'ils n'y sont pas opposés de principe — négligeront de faire la déclaration. D'autre part, on peut être presque certain que dans la quasi-totalité des cas l'époux propriétaire refusera de voir limiter ses pouvoirs (il faut bien compter avec l'égoïsme humain que cette législation a pour but de refréner !). Enfin, le conjoint lui-même de l'époux propriétaire peut hésiter à lui en parler ; n'aurait-il pas alors l'air de se méfier de son conjoint. Enfin, on envisage assez mal le conjoint aller faire la déclaration sans en parler au propriétaire puisque le registrateur devra « dénoncer » (ici, on ne peut que féliciter le comité pour l'exactitude du terme employé !) l'enregistrement de la déclaration au propriétaire (comme s'il ne devait pas la découvrir tout seul au moment où il voudrait abuser de ses droits) ; il y a fort à parier qu'il craindrait à juste titre de détériorer les relations familiales.

1.5.2.3 *Les mesures relatives à la séparation des époux*

Toutes les mesures prévues pour le cas de séparation des époux (divorce, séparation de corps, et même décès) sont excellentes.

1.6 Les atteintes au lien matrimonial

1.6.1 La prise en considération des accords intervenus entre époux

On ne peut que féliciter le comité d'avoir établi le principe selon lequel le juge doit tenir compte des accords conclus entre les époux. Ces accords peuvent être parfois, en effet, une véritable condition de l'acceptation de la situation par un époux (nous pensons ici au divorce par consentement mutuel). Bien que le divorce ou la séparation puisse alors paraître « acheté » (auquel cas il semble que le tribunal devrait refuser de prononcer l'un ou l'autre), le consentement *réel* d'un des conjoints peut être conditionné à l'engagement de l'autre de lui fournir toute la sécurité matérielle qu'il avait pendant la vie commune. Et si c'est pour ce seul motif que le bénéficiaire des accords s'opposerait à la rupture envisagée, il semble qu'alors on ne peut que se féliciter que la législation permette de trouver des solutions évitant des situations traumatisantes pour les époux (et pour leurs enfants par contre-coup).

Même si le divorce ou la séparation n'a pas lieu par consentement mutuel, il semble que le législateur doit faire tout ce qui est possible pour amener les époux à s'entendre sur le plus de points possible, et réduire au minimum les causes de frictions.

Et tout comme il est souhaitable d'amener les époux à s'entendre sur le maximum de questions possible, il est de même indispensable que ce soit le juge qui décide en dernier ressort, cette intervention étant indispensable pour éviter ou réprimer les cas où l'un des époux abuserait soit de son autorité, soit de son expérience en matière d'affaires, soit du désarroi affectif de son conjoint.

1.6.2 La séparation de fait

La réglementation des séparations de fait, et surtout l'homologation par le tribunal des accords intervenus entre époux (qui permet d'exercer un contrôle) semblant de bonnes choses. Rien ne sert de nier la réalité. Il *devrait* cependant être précisé (tout comme pour la séparation de corps) que l'article 49 paragraphe 2 ne s'applique plus alors.

La réglementation devrait également préciser *comment* la séparation de fait *prend fin*. Il faut l'accord des deux époux pour la créer. Cessera-t-elle de par la volonté d'un seul (les deux n'étant plus alors d'accord pour vivre séparés), ou faudra-t-il l'accord des deux époux à nouveau? La question peut présenter un certain intérêt quant au sort des accords qui étaient intervenus lors de la séparation de fait: est-ce eux qui continueront à s'appliquer, ou le conjoint voulant reprendre la vie commune pourra-t-il alors faire régler la situation pécuniaire notamment, par le juge d'une façon totalement indépendante?

1.6.3 Divorce et séparation de corps

1.6.3.1 Les causes

Les causes mentionnées sont énoncées de façon claire et synthétique, et l'on ne peut qu'apprécier leur formulation. Le divorce par consentement mutuel, dans la mesure où il est admis, l'est avec prudence. On ne peut de même qu'approuver le comité d'avoir prévu que les deux époux puissent demander la séparation ou le divorce pour *non-consommation* de mariage. Mais il y a deux points qui semblent devoir être critiqués : le comité a jugé inutile — en cas de non-consommation — de prévoir l'*exigence supplémentaire* d'une séparation. Cette option qui contraste avec la prudence dont fait preuve le comité pour le divorce par consentement mutuel, est dangereuse ; c'est, en effet, oublier que des époux peuvent très bien accepter cet état de chose, et il ne convient pas alors que, sur un coup de tête l'un d'eux puisse (à la suite d'une dispute ou tout autre motif superficiel), invoquer cette raison et éviter ainsi tout délai de réflexion. Or, s'ils ne sont pas séparés, il semble que les époux acceptent cet état de fait. *Exiger la séparation* des époux antérieure à la demande constitue une *garantie* contre un accès de mauvaise humeur, cette séparation étant un indice objectif de la rupture réelle du mariage. L'autre point qui semble encore plus criticable est le fait que le comité mette sur le même pied, relativement au droit de demander le divorce ou la séparation, l'époux *abandonné* et l'époux *qui a abandonné* ; une telle « égalité » dans le traitement ne semble pas souhaitable, à moins d'estimer que le conjoint qui a abandonné l'autre n'ait « manqué gravement à une obligation résultant du mariage » (*i.e.* celle de cohabitation) ce qui permettrait à l'autre de demander très rapidement le divorce ou la séparation sans attendre les trois ans exigés par le paragraphe 2 de l'article 78. Relativement à cette cause, et indépendamment de la critique que nous venons de faire, la rédaction évite l'ambiguïté existant dans la loi sur le divorce (art. 4), en précisant que la séparation doit être motivée par « une rupture du mariage ».

1.6.3.2 Les fins de non-recevoir

Notons qu'il est singulier que le comité n'ait prévu *aucune* fin de non-recevoir. Il semble cependant difficile de ne pas retenir certaines d'entre elles (telle la collusion ou la connivence). Il semble de plus anormal de ne pas avoir retenu comme fin de non-recevoir le *divorce trop dur ou trop injuste* pour l'un des conjoints. Si, normalement, les inconvénients sur le plan pécuniaire semblent sérieusement restreints avec les solutions proposées par le comité (et sur lesquelles nous reviendrons), il faut envisager l'aspect moral et psychologique : le divorce pour l'époux qui n'en veut pas représente un échec, et surtout dans certains cas un véritable abandon. Nous pensons ici à certains cas de maladies incurables et fatales. Or, il est faux de dire que la situation sera la même que le divorce ait ou non été prononcé. Certes, l'époux demandeur auquel le divorce aura été refusé ne sera sans doute pas plus empressé auprès de son conjoint, mais sur le plan psychologique et affectif la

situation peut être complètement différente pour le conjoint défendeur. Or il est normal de prendre en considération ce dernier *également*. Il semble que l'on ait trop tendance dans notre société à excuser et laisser faire les « agresseurs », les « réclamants » de toute sorte aux dépens des « agressés » et de ceux qui porteront le poids des exigences des autres. Si le conjoint qui entend reprendre sa liberté peut être compris, pourquoi faut-il que ce soit lui et lui seul que l'on prenne en considération? Le conjoint que l'on entend abandonner n'a-t-il pas droit, lui aussi, à ce que l'on tienne compte de son point de vue? N'a-t-il pas droit, lui aussi, à un peu d'attention? Le nier ressemble à s'y méprendre, déguisée sous des prétextes pseudo-humanitaires, à la *loi du plus fort*. Il est bon aussi de se rappeler qu'en se mariant les gens ont pris *librement un engagement* qui n'est pas conditionnel, et auquel ils ne doivent pas pouvoir échapper sans qu'il soit tenu compte de l'autre partie.

1.6.3.3 Les effets

1.6.3.3.1 La fixation de la pension alimentaire

Notons qu'il est absolument *anormal que rien* dans la loi n'indique que le juge doit tenir compte des *fautes* des parties en présence pour fixer la pension alimentaire (ou même la supprimer complètement en cas de divorce encore que cette possibilité soit rendue possible par l'article 93 qui est très lâche comme rédaction). Car si la rupture du mariage peut n'être réellement imputable à aucun des deux époux, elle peut également provenir des fautes ou de la responsabilité de l'un d'eux ; il est d'ailleurs extrêmement remarquable que le mot *faute* n'apparaît à aucun endroit dans toute cette législation. Si la société est toujours (à notre époque) responsable de tout (si l'on en croit certains beaux penseurs), il ne faudrait cependant pas oublier que c'est cependant une personne donnée qui agit de telle ou telle manière, et que, jusqu'à preuve du contraire, le libre arbitre est censé exister encore, au moins en partie, et avec lui la *responsabilité* de ses actes. Voir dans la rupture une simple conséquence de hasard malencontreux correspond parfois à la réalité. Y voir cette seule raison dans tous les cas revient cependant à nier certains autres aspects de cette même réalité. Or il semble anormal que le responsable de la rupture se voit accorder une pension alimentaire d'une manière aussi libérale que l'époux victime par exemple des mauvais traitements de son conjoint. Pourtant l'article 173 prévoit que les époux divorcés se doivent des aliments (sauf dispositions contraires du tribunal) sans autre précision. Ainsi donc, quelle qu'ait été l'attitude de l'ex-époux demandeur (et de l'ex-époux débiteur), le tribunal devra tenir compte des seuls éléments prévus dans l'article 176 (besoin de celui qui les demande, facultés de celui qui les doit), puisqu'*aucune mesure particulière* n'est prévue dans le cas d'époux divorcés ou séparés, pas plus dans le chapitre traitant de la séparation de corps et *du divorce que dans le sous-titre traitant de l'obligation alimentaire*.

1.6.3.3.2 L'obligation alimentaire entre époux divorcés

Nous traitons ici la question de l'obligation alimentaire entre divorcés, estimant qu'elle se rattache de trop près à la notion même de divorce pour être traitée ailleurs. Le comité, dans l'article 173, édicte que « les époux divorcés » se doivent des aliments. Une telle mesure est scandaleuse et immorale. Cette obligation, née du mariage, doit cesser avec le mariage. On ne peut maintenir partiellement un lien que l'on prétend rompu : de la « polygamie successive »⁹, on passerait alors pour partie à une polygamie simultanée, puisqu'une partie du lien subsisterait entre les divorcés. De plus, il est bon en cette matière que les situations (comme les liens) soient nettement tranchées. On ne peut à la fois bénéficier des avantages de la *liberté* qu'accorde le divorce et de la *sécurité* qu'accorde le mariage. Il faut choisir : on décide de rester marié avec les avantages et inconvénients de la situation ou l'on divorce en se débarrassant des inconvénients... mais en perdant aussi les avantages.

Que le juge tienne compte des accords intervenus entre les parties pour décider, par exemple, que l'un devra fournir à l'autre tout ce qui sera nécessaire à ce dernier, dans les cas d'un divorce par consentement mutuel, est normal ; les parties qui entendent mettre fin à ce « contrat » qu'est le mariage, doivent pouvoir le faire aux conditions qui leur agréent (sauf abus). Le fondement de l'obligation alimentaire subsistant entre les époux serait alors l'accord de volonté sanctionné par le juge, et non la loi et le maintien légal d'un lien matrimonial quelconque.

Mais quand on pense que cette obligation peut subsister au profit de l'époux demandant le divorce et à la charge d'un époux qui n'a commis aucune faute et qui refuse le divorce (et la chose peut être relativement courante, lorsque l'on sait que l'on divorce généralement, non pas pour se libérer, mais pour se remarier ou se « mettre en ménage » au profit d'une nouvelle union qu'elle soit légitime ou de fait), la chose est proprement *scandaleuse*. Car il suffira au malheureux défendeur d'omettre des conclusions aux fins d'être déchargé de cette obligation alimentaire relativement à son conjoint pour risquer de voir le conjoint revenir plus tard lui réclamer, en plus, une pension alimentaire.

Or, lorsque l'on voit la raison pour laquelle le comité a décidé le maintien de l'obligation alimentaire entre époux divorcés on ne peut que rester confondu par la *disproportion* existant entre la *fin poursuivie* et le *moyen employé*. Car la fin poursuivie est d'éviter qu'un époux se voit refuser une pension en raison d'une demande tardive, parce que postérieure au divorce. L'idée certes est louable, et il est certain que l'on doit éviter ces situations injustes. Mais d'autres solutions n'étaient-elles pas possibles ? Dans quels cas est-il normal qu'une personne ait droit d'exiger de son conjoint qu'il lui verse une pension : quand c'est ce *conjoint* lui-même qui *se trouve à l'origine des besoins* de cette personne, soit par sa demande en divorce (quand

9. C. LABRUSSE, « Droit du mariage », in *Encyclopaedia universalis*, t. 10, p. 510.

celle-ci n'est pas basée sur une attitude fautive du défendeur), soit par sa transgression des obligations découlant du mariage, qui a conduit celui qui réclame les aliments à demander le divorce. Quelle est l'autre condition qu'il semble normal d'exiger pour accorder cette pension : *le lien entre le divorce et l'état de nécessité*. Si la cause réelle de ce besoin n'est pas le divorce, mais un événement postérieur à celui-ci (accident par exemple), on ne voit pas *pourquoi* l'ex-conjoint se verrait condamner à payer pour une personne qui est redevenue une *étrangère*. C'est en partant de ces deux éléments que l'on peut arriver à une solution juridique logique, équitable... et morale, évitant des ambiguïtés douteuses, et dangereuses pour les époux divorcés. La pension alimentaire entre époux divorcés ne peut être présentée comme l'accomplissement d'une obligation alimentaire (par opposition à la séparation de corps) précisément parce que le divorce « rompt le lien du mariage » (comme le dit si bien l'article 95). Mais elle est très certainement une *compensation* qui doit être payée *pour la disparition* de cette obligation dont l'un des époux va être privée par la faute de l'autre. Et c'est là très précisément que doit réapparaître l'idée de faute ou d'attitude fautive : car c'est l'époux qui aura eu cette attitude ayant entraîné la rupture du mariage qui devra payer à l'autre le prix de la disparition de cette obligation, disparition entraînée par son attitude. Le seul cas où la faute ne saurait être retenue étant le divorce par consentement mutuel où la volonté des époux est déterminante...

2. DE L'UNION DE FAIT

Plus de bruit que de droits finalement. Pourquoi cependant avoir décidé que les époux de fait étaient tenus, pour les dettes concernant les besoins courants du ménage, comme des époux légalement mariés? Est-ce pour que ces derniers ne soient pas dans une situation qui semble désavantageuse? Est-ce pour protéger les fournisseurs? Mais n'aurait-on pu alors arriver au même résultat en se basant sur « l'apparence » (si apparence il y avait)? Si c'est au contraire pour faciliter la vie des concubins et leur accorder plus de crédit la disposition est on ne peut plus criticable, tout comme est scandaleuse et anormale l'obligation alimentaire prévue entre époux de fait.

La position du comité sur ce point semble extrêmement criticable: Ces concubins n'ont pas voulu se marier. Si autrefois, vu l'impossibilité où l'on se trouvait de divorcer, on pouvait estimer que les gens restaient en concubinage contre leur volonté on ne peut plus soutenir de telles prétentions à notre époque. Donc, si ces gens ne sont pas mariés, c'est qu'ils ont *préféré* un autre état, pour une raison ou pour une autre. Nous ne leur ferons pas un procès d'intention ni de moralité. Mais ce que nous trouvons profondément anormal et immoral, c'est qu'après avoir rejeté le mariage, ils entendent se prévaloir de certains de ces avantages (autrement dit, les avantages sans les inconvénients). Il est bon que les gens prennent les responsabilités de leur décision, et que l'on ne vienne pas toujours adoucir le sort qu'ils ont choisi. De ce point de vue même on ne peut que critiquer toute loi qui donne aux concubins des

droits équivalents à ceux d'époux mariés. Les concubins *sembleraient bien mal venus de s'en plaindre*. C'est au moment où ils ont décidé de ne pas se marier qu'ils devaient *peser les conséquences* de leur geste.

Pour le reste la législation est plus restrictive qu'avantageuse et plus protectrice de la moralité et de l'ordre public et des bonnes mœurs que son titre ne le laisse croire. Que dit en fait cette législation? Elle interdit les contrats ayant pour but de « créer ou perpétuer une union de fait » (art. 104). Elle limite, tout comme le droit actuel, les donations permises entre concubins (que l'on appelle dans le nouveau texte « conjoint de fait ») à des aliments (lesquels sont d'ailleurs une obligation d'après l'article 174... ou un droit, tout dépend de quel point de vue on se place !). Seul l'article 106 permet une donation plus importante; encore doit-elle être faite à l'occasion d'une rupture, et pour assurer des aliments pour l'avenir. On pourrait donc, en se basant sur cet article *a contrario* attaquer et faire réduire une donation si la somme donnée dépassait ce qui est nécessaire au but indiqué dans l'article, ou si elle n'avait pas été faite dans l'intention d'assurer des aliments. Ainsi, si l'on interdit toute donation d'importance pendant le concubinage de crainte que ce ne soit pour le maintenir, on les permet au contraire lorsqu'elles peuvent permettre ou faciliter une rupture, chose, somme toute, assez souhaitable.

3. DE LA FILIATION

3.1 *La filiation par le sang*

3.1.1 **L'égalité des enfants naturels et légitimes**

Le comité propose une égalité totale entre l'enfant naturel et l'enfant légitime. Si un tel principe est acceptable dans le cadre où il se trouve placé (c'est-à-dire relativement au statut des personnes), il ne serait pas bon de vouloir en faire une règle de base valable à tous égards, et notamment relativement au droit des successions. Si l'octroi de droits de succession égaux peut se comprendre pour un enfant naturel né et reconnu antérieurement au mariage, le conjoint ayant alors « accepté » la situation de fait, cette solution est anormale dans le cas contraire, et il semble peu souhaitable qu'un enfant né ainsi puisse venir réduire considérablement les droits des enfants nés dans le mariage, postérieurement à celui-ci. Si l'on veut préserver le mariage (et il semble d'après l'expérience que la société ait tout intérêt à le faire: il n'y a qu'à penser aux conséquences désastreuses qu'avaient eu le dénigrement et la destruction totale de la famille en Union Soviétique dans les années 20 à 30) il convient que les futurs époux voient dans le mariage certains avantages: celui d'assurer à ses enfants des droits patrimoniaux peut entrer en ligne de compte. De plus, il ne faut pas oublier que cet enfant peut fort bien venir faire reconnaître sa filiation très tardivement, et sans que la volonté de son parent soit intervenue: rappelons alors que le droit des successions est censé être supplétif de volonté; or peut-on raisonnablement penser que, dans un tel cas

s'il accordait des droits à un tel enfant, il correspondrait à la volonté présumée du parent concerné? L'inverse pourrait d'ailleurs être vrai.

3.1.2 Le désaveu

Permettre à la mère de contester la paternité de son mari semble d'une moralité douteuse : c'est, en effet, lui permettre de venir démontrer devant un tribunal l'adultère dont elle s'est rendue coupable. N'y a-t-il pas là une entorse grave au principe selon lequel nul ne peut invoquer sa propre turpitude? De plus, ne reste-t-il aucune trace dans la conception actuelle du mariage de l'idée selon laquelle le mari accepte (sauf preuve contraire) les enfants nés de sa femme après le mariage comme les siens, et acquiert un droit à l'égard de ses enfants¹⁰, droit que lui seul peut être amené à détruire?

Il semble *anormal* de faire *éteindre* le droit d'action en désaveu par le décès de l'enfant. Il peut exister certains intérêts, notamment d'ordre pécuniaire, à prouver que l'enfant n'est pas le sien (ou celui du *de cuius* dans le cas où l'action est ouverte à ses héritiers). Et s'il convient de ne pas multiplier les litiges (surtout en ce domaine), il ne faut cependant pas se montrer arbitraire dans le refus de l'établissement de la vérité quand on en arrive à nuire à une personne vivante.

D'autre part, si l'on veut réellement se montrer ainsi que le dit le comité soucieux d'éviter une multiplication des litiges¹¹ (car un tel genre d'action ne peut que détruire les relations du couple ou leur nuire d'une manière presque irrémédiable), il serait prudent de soumettre l'ouverture de telles actions à la condition qu'il existe des indices sérieux ou commencement de preuve avant l'ouverture de telles actions (ainsi d'ailleurs que la condition existe pour les recherches de filiation — art. 126). Nous reviendrons sur la question relativement à ces actions. Si ces exigences étaient inutiles pour le désaveu tel que prévu dans l'actuel Code civil, c'est parce que les cas où le désaveu était possible étaient extrêmement limités. Mais avec l'admission très large que propose le rapport, il est bon de prévoir des mesures pour éviter les actions légères ou de mauvaise foi.

De même, autant il semble naturel de refuser au mari de désavouer l'enfant conçu par *insémination artificielle*, lorsqu'il *était d'accord* pour qu'elle ait lieu, autant il semble *immoral* de lui interdire ce recours de manière *inconditionnelle*, comme c'est le cas dans l'article 122 (p. 335). En admettant même que les hôpitaux n'acceptent de procéder à l'insémination artificielle d'une femme mariée qu'avec le consentement de son mari, il est bon de prévoir le cas où l'épouse tromperait l'établissement sur son état matrimonial. Et, de plus, si l'on permet, sans l'ombre d'un blâme, à une femme d'avoir des enfants adultérins par suite du non-respect du devoir de fidélité (et de le prouver!) pourquoi, *a fortiori*, ne lui permettrait-on pas d'avoir un enfant par insémination artificielle contre la volonté de son mari,

10. Robert LOWIE, *Traité de sociologie primitive*, Paris, Payot, 1969, p. 421.

11. Rapport, p. 120.

quitte à ce que celle-ci ou ce dernier ait le droit de contester la paternité du mari? Pourquoi, dans ce cas, ne pas vouloir respecter la vérité, après l'avoir prônée dans le cas des enfants adultérins, et avoir permis à la femme de venir démontrer son adultère?

Certes, l'idée des membres du comité a été d'interdire les actions en désaveu abusives au cas où les époux auraient pris la décision d'un commun accord — et éviter ainsi que par la suite le mari ne se débarrasse des conséquences d'une décision qu'il regrette ou que la femme vienne le priver de droits qu'il entendait avoir —. Pourquoi alors ne pas l'avoir précisé? Ceci éviterait bien des injustices.

Si le *délai de désaveu* a été allongé (et il semble que le comité ait choisi judicieusement ce délai), il n'en demeure pas moins qu'il est court. C'est certes une très bonne chose, car il n'est pas bon que l'état d'un enfant reste longtemps en suspens. Peut-être serait-il prudent de faire en sorte que ce délai ainsi que son caractère définitif soient *portés à la connaissance* des intéressés, car trop d'époux se sont « fait prendre » à ces délais de déchéance, et leur prolongation de deux à six mois n'aurait souvent rien changé.

3.1.3 La recherche en filiation

Si le comité semble se montrer trop restrictif pour le désaveu de paternité, en l'interdisant dès qu'il y a mort de l'enfant, sans apporter aucune atténuation, il se montre peut-être *trop large* relativement à la recherche de filiation *intentée par les héritiers* de l'enfant. En effet, l'idée qui est à l'origine de la perte de ce droit pour les héritiers si l'enfant est resté inactif pendant un certain délai passé l'âge où il pouvait agir lui-même (c'est-à-dire passé sa majorité), c'est qu'il a semblé que, dans ce cas, l'enfant souhaitait laisser ses parents en paix. Est-il normal de permettre à des gens (ses héritiers) *pour une question pécuniaire* de ne pas respecter la volonté tacite de l'enfant? Nous ne le pensons pas. Et dans cette mesure nous ne pouvons souscrire à la modification apportée sur ce point au droit actuel.

Notons enfin que l'article 126 paragraphe 2 qui reprend l'article 232 C.c. aurait dû y apporter des précisions. Il semble en effet si l'on veut éviter les actions abusives que l'on devrait exiger le commencement de preuve ou les présomptions ou indices sérieux *préalablement* à toute présentation de la preuve, alors qu'une partie de la jurisprudence considère que l'on peut présenter ces *admicules* préalables à n'importe quel moment. Exiger leur vérification antérieurement à l'admission de la preuve permettrait de limiter des recherches fantaisistes toujours lourdes de conséquences pour celui qui en est victime.

3.1.4 La rupture du lien de filiation

S'il est normal de permettre d'établir la filiation d'un enfant dans des circonstances ordinaires, et si l'on ne peut que féliciter le comité d'avoir largement ouvert la possibilité aux parents légitimes de donner un enfant en

adoption, nous trouvons que le comité ne s'est pas montré *assez large* quant aux effets de la mise en adoption, et cela *dans l'intérêt même de l'enfant*.

En effet, *seule l'adoption effective* vient, d'après la législation proposée, *rompre les liens* de filiation par le sang. Jusqu'à cette adoption, la filiation subsiste. Ses effets sont certes atténués, mais ils ne sont qu'atténués (et ce sont surtout les droits des parents qui sont amoindris). Rien n'empêche d'après les textes présentés par le comité, à l'enfant mis en adoption de se prévaloir à l'égard de ses parents par le sang de tous les droits découlant de la filiation (obligation alimentaire, droit de succession s'il existe...) et de faire établir sa filiation.

Ceci semble l'intérêt de l'enfant si l'on envisage les choses *superficiellement*. Mais si l'on réfléchit aux conséquences de ces « protections » de l'enfant, elles sont simples : elles risquent d'être la perte de sa vie. En effet, si des personnes ne veulent pas voir d'enfants, que feront-elles si elles savent que l'enfant risque (malgré la mise en adoption) de leur rester à charge ? Elles essayeront d'obtenir un avortement (si l'avortement devenait entièrement libre — ce qu'il sera certainement un jour, si l'on en croit les tendances générales de la société actuelle — le risque pour l'enfant sera encore plus grand). Si elles ne peuvent l'obtenir (ou n'essayent pas pour motifs religieux, négligence, manque d'information ou toute autre cause), et surtout s'il s'agit de gens mariés, ils garderont l'enfant et l'enfant risquera de venir grossir la série des enfants martyrs, qui se recrutent, la plupart du temps, parmi les *enfants non désirés, ou d'être abandonné « de fait » tardivement, ce qui réduira à néant ses chances d'être adopté*. Ainsi, dans un cas comme dans l'autre, si l'on veut *réduire* au maximum et la pratique de *l'avortement* et le nombre des *enfants maltraités*, il semblerait éminemment souhaitable que les parents, entièrement libres de donner l'enfant en adoption (ce qui est proposé dans le rapport), soient également sûrs s'ils décident d'abandonner ainsi l'enfant, d'être entièrement *libérés de toute obligation* (et de tout droit) à l'égard de l'enfant abandonné (car on peut difficilement exiger des gens qu'ils mettent au monde un enfant non souhaité si c'est pour leur en imposer si peu que ce soit la charge, et la chose n'est pas souhaitable pour l'enfant), et cela de façon définitive dès la mise en adoption de l'enfant, et d'autre part qu'ils soient certains que leur *anonymat* sera préservé et que l'enfant par la suite ne pourra les retrouver. Ceci suppose donc que l'on supprime toute trace de la filiation par le sang de l'enfant et que l'on interdise à ce dernier (qu'il ait ou non été adopté) de faire quelques recherches que ce soit en vue de faire établir ou rétablir sa filiation.

De ce point de vue, et sauf possibilité de rétractation *pour les parents* (possibilité dont la durée devrait être déterminée et qui pourrait durer tant que l'enfant n'est pas adopté, quitte à faire après un certain temps établir un contrôle judiciaire pour éviter les rétractations abusives), il semble que les mesures prévues dans l'article 165 devraient prendre effet non pas par l'adoption de l'enfant *mais par son abandon*. Autrement, la libération des parents par le sang restant conditionnée par un événement qui ne dépend pas de leur volonté, l'incertitude dans laquelle ils vont rester pendant un certain

temps risque de les détourner, d'une part de donner l'enfant en adoption, d'autre part de les amener à choisir l'avortement pour être sûrs de n'avoir aucune charge. Même si l'on ne voit aucun inconvénient moral à cette pratique, il semble anormal que des gens choisissent une telle solution alors que l'on *manque d'enfants* pour l'adoption. Il en est de même de l'article 152 : l'interdiction d'établir le lien de filiation par le sang ne devrait pas être soumise (pour une recherche par l'enfant) au placement en vue d'adoption.

De telles affirmations peuvent sembler curieuses et paraître sacrifier les intérêts de l'enfant aux intérêts égoïstes des parents. Interpréter ainsi ces propositions, répétons-le, relève d'une vue superficielle des choses ; au-delà des apparences ne doit-on pas estimer, ainsi que le comité l'a énoncé comme principe de base, que « l'intérêt de l'enfant doit être la considération déterminante dans toute décision qui le concerne... »¹², et le premier droit d'une personne n'est-il pas le *droit à la vie* ? Ne doit-on pas, par conséquent, par delà les intérêts d'ordre secondaire, choisir toute législation qui sera en mesure de protéger l'essentiel : la vie de la personne même ?

3.2 La filiation adoptive

Notons tout d'abord que, dans l'ensemble, le comité a apporté des améliorations considérables à la législation existante.

3.2.1 Les conditions de l'adoption

3.2.1.1 Le consentement des parents par le sang

Relativement aux conditions de mise en adoption d'un enfant, nous félicitons à nouveau le comité pour avoir élargi à tous les enfants, quelle que soit la nature de leur filiation, la possibilité d'être mis en adoption. Il ne convient pas, en effet, que des enfants se trouvent pénalisés, pour la légitimité de leur filiation, par la difficulté accrue à trouver un foyer qui veuille réellement les accueillir. Et nul ne contestera qu'il vaut mieux être enfant adopté qu'enfant martyr !

S'il est normal d'exiger le consentement des deux parents lorsque la filiation de l'enfant est établie à l'égard des deux, dans des circonstances ordinaires, il semble que l'on aurait dû *prévoir* de manière plus précise le *cas où le consentement d'un seul* devrait suffire : et ce cas devrait être celui où *l'un des parents a, de fait, abandonné* l'enfant, le consentement de l'autre suffisant alors à permettre la mise en adoption.

La déclaration d'abandon rendue possible à l'égard *d'un seul parent*¹³ nous semblerait la mesure appropriée. Elle permettrait de sortir de bien des

12. Rapport, art. X.

13. Il est évident que cette déclaration aurait un effet plus limité que celui de l'article 146 du projet et aurait pour seul effet de permettre au parent s'occupant seul de l'enfant de décider seul de la mise en adoption.

difficultés qui risquent de se présenter dans la réalité. Que l'on pense au cas où l'un des parents est absent ; que l'on pense également au cas où un seul des parents assume de fait l'entretien de l'enfant et où l'autre entendrait s'opposer à la mise en adoption.

Certes, le comité pense avoir disposé du cas où l'un des parents est absent par le deuxième paragraphe de l'article 138. Il semble pourtant difficile et dangereux *d'assimiler l'absence* d'un parent à « l'impossibilité de manifester sa volonté ». Difficile, parce que rien dans la loi ne le dit ; or, rappelons que l'actuel article 182 C.c. prend soin de mentionner l'absence comme cause de cette impossibilité, et ce, pour une matière cependant beaucoup moins grave que la mise en adoption. *Difficile* aussi, parce que, toujours si l'on en croit les commentaires du comité (lesquels, rappelons-le, n'ont pas, et n'auront jamais force de loi, et ne constitueront au mieux que de pieuses directives, ou des indices d'interprétation de la loi), « des recherches doivent être entreprises pour retrouver le parent éloigné »¹⁴. Mais qui devra faire ces recherches ? La société d'adoption ? Le parent resté seul ? Il n'y a pas de raison alors pour que celui qui s'occupe de l'enfant subisse des tracas en raison de la disparition de l'autre. *Dangereux* parce que, même en recherchant une personne, elle peut très bien rester introuvable et être disposée à garder l'enfant ; dangereux parce qu'ainsi aucun *décal* n'est prévu, aucun *contrôle* véritablement sérieux, pour une matière aussi importante, n'est mis sur pied. Aussi le risque d'admettre la mise en adoption du fait d'un seul des parents risque d'être *arbitraire*.

Or, *quel serait alors le recours du parent « absent » ?* La rétractation du consentement à l'adoption ? Il semble bien d'après la formulation des articles proposés, que pour se prévaloir d'une telle rétractation, il faille d'abord « consentir »¹⁵. Accepter ce recours supposerait donc une interprétation extrêmement extensive du texte. Serait-ce la demande en restitution de l'enfant ? La même objection peut être formulée. Seul le parent qui a consenti peut demander la restitution¹⁶. Si les conditions de la mise en adoption restent inchangées, il semble donc qu'il *faudrait* au moins *prévoir un recours* exprès — dans un délai donné — pour le parent absent (en étendant les deux procédures prémentionnées — rétractation et demande en restitution — au parent dont le consentement n'a pas été requis).

La possibilité de la déclaration d'abandon à l'égard d'un seul des parents permettrait aussi de sortir des impasses où risquent de mener les refus abusifs de l'un des parents. Il est impossible, d'après les textes proposés, de passer outre au refus de l'un des parents de consentir à l'adoption de son enfant. Le comité lui-même le souligne (à propos d'un autre problème) ; « ... la possibilité de passer outre au refus d'un parent qui n'a pas abandonné son enfant, n'existe plus dans le présent projet »¹⁷. L'inconvénient est qu'il n'est

14. Rapport, p. 370.

15. Art. 143 : « Le père, la mère ou le tuteur peut rétracter son consentement à l'adoption [...] ».

16. Art. 145 : « Le père, la mère ou le tuteur qui n'a pas rétracté son consentement [...] ».

17. Rapport, p. 424.

pas possible non plus d'y passer outre, dès lors que l'*autre parent s'occupe* de l'enfant, et ce *quand bien même* seul celui qui, de fait, a abandonné l'enfant s'opposerait à la mise en adoption.

En effet, les cas où le tribunal peut déclarer un enfant abandonné sont limitativement énumérés, et tous supposent (par un biais ou un autre) que ni l'un ni l'autre des parents ne s'occupe de l'enfant¹⁸. Ainsi, jamais l'enfant dont un des parents s'occupe, ne pourra être déclaré abandonné, et par conséquent, jamais on ne pourra passer outre au refus du parent qui, dans les faits, a abandonné l'enfant, et dont le refus consisterait en un flagrant abus. Or, autant il est normal de respecter la volonté du parent qui s'occupe réellement de l'enfant, autant il est anormal qu'un parent qui a abandonné l'enfant puisse d'une manière éhontée venir entraver celui qui s'en occupe.

Ainsi le recours à une *déclaration d'abandon à l'égard d'un seul des parents* nous semble la solution la plus appropriée. Permettant au parent s'occupant de l'enfant de sortir d'une impasse, il protégerait en même temps les droits de l'autre parent. En effet, ce recours auquel il ne devrait être fait appel que lorsque le parent qui assume de fait l'entretien et l'éducation de l'enfant entend donner celui-ci en adoption, constituerait une garantie pour le parent contre lequel elle serait demandée (plus en tout cas que d'assimiler une impossibilité de le retracer à une impossibilité de manifester sa volonté), car la décision exigerait alors l'écoulement d'un certain temps. Elle aurait également l'avantage de correspondre à un critère relativement objectif, et l'on ne pourrait dire alors que l'adoption serait prise contre ou malgré la volonté d'un des parents (en cas de *refus* abusifs): son abandon correspondrait à une acceptation tacite de mise en adoption. Il conviendrait évidemment que le juge vérifie s'il y a bien eu abandon (*i.e.*, qu'il n'y ait pas eu un accord de volonté entre les deux parents relativement à l'éducation de l'enfant expliquant le silence du deuxième parent).

3.2.1.2 *La déclaration d'abandon*

Lorsque l'on voit dans l'article 146 les causes qui permettent la déclaration d'abandon par le tribunal, il semble que le *terme* choisi par le comité soit assez *malencontreux*: en fait, seuls les paragraphes 1 et 3 correspondent réellement à une idée d'abandon au sens courant. Or, ce terme est injurieux à l'égard de la famille par le sang, et de ce fait même il ne semble pas valable de l'employer dans des cas où la responsabilité de la famille par le sang n'est pas en jeu (telles les causes des paragraphes 2 et 4 en partie). Pourquoi ne pas chercher un terme ayant une connotation plus neutre, telle mise en adoption judiciaire ou toute autre formule de même type ne contenant pas de connotation critique, surtout dans les cas où rien ne la justifie?

18. À moins qu'il ne s'agisse d'un cas envisagé comme cause de déchéance de la puissance parentale!

Nous rappelons ici que nous estimons que la déclaration d'abandon devrait pouvoir avoir lieu à l'égard d'un seul parent à la demande de celui qui assume de fait l'éducation et l'entretien de l'enfant pour les raisons et dans les buts mentionnés plus haut.

3.2.1.3 Le rôle du professionnel (art. 141)

Nous entendons faire une réserve sur le rôle que devrait jouer le « professionnel » mentionné à l'article 141. Si son rôle est de faire mesurer aux parents les conséquences de l'acte qu'ils vont poser (notamment dans ses implications juridiques), nous ne pouvons qu'y souscrire, mais s'il doit intervenir pour exercer une pression morale sur les parents pour qu'ils gardent l'enfant, nous ne pensons pas que son intervention soit souhaitable. Le risque, que nous redoutons particulièrement, est que les gens, par faiblesse, par crainte du jugement d'autrui, gardent à contrecœur un enfant. Gardé dans de telles conditions l'enfant ne pourra s'épanouir : il pourra peut-être, par la suite, être complètement accepté par ses parents par le sang. Nous en doutons fortement. Quand on a rejeté un enfant au point de commencer les démarches en vue de l'abandonner, il semble difficile que cet enfant soit jamais véritablement accepté. Il restera l'enfant rejeté, « marginal », souffre-douleur au moral ou au physique, et il pourra finalement se trouver abandonné... quelques années après, ce qui sera beaucoup plus grave pour lui, aussi bien sur le plan psychologique, que relativement à ses possibilités d'être adopté.

Aussi l'intervention du travailleur, telle qu'elle est décrite dans le commentaire de l'article 141, nous semble une très mauvaise chose : « tenter un rapprochement entre l'enfant et sa famille » ne nous semble pas souhaitable, car l'on risque tôt ou tard d'aboutir à ce fameux abandon tacite dont parle le rapport (p. 396), et plus ce dernier aura lieu tard plus il sera préjudiciable à l'enfant.

Nous avons cependant déjà expliqué plus haut¹⁹ que nous estimons que tout lien de parenté devrait être définitivement détruit entre l'enfant donné en adoption et sa famille dès la mise en adoption — sauf possibilité pour les parents de revenir sur leur décision tant que l'enfant ne serait pas adopté, sans limitation de délai, quitte alors à faire intervenir un contrôle judiciaire pour voir s'il n'y a pas abus, et quitte à permettre à l'enfant de « répudier » ses parents qui l'auront abandonné si la rétractation d'abandon avait lieu tardivement (après un délai qui serait à fixer : en pratique parents qui ne l'auraient pas, en fait, éduqué).

3.2.2 Le placement de l'enfant

Nous trouvons excellent l'empêchement créé par le placement de l'enfant en vue de l'adoption, de l'établissement d'un lien de filiation entre

19. Cf., n° 3.1.4, *supra*, p. 667.

l'enfant et ses parents par le sang. Il semble normal que les parents par le sang aient, par là même, perdu leurs droits; cette règle risque également d'éviter bien des abus.

3.2.3 Les rapports du centre du service social

Pour ce qui est des conditions de l'adoption, et du secret ou de la divulgation, du contenu des rapports du centre du service social, sur lequel le comité sollicite les commentaires, il semble *indispensable* que les adoptants éventuels puissent y avoir accès en cas de refus de l'adoption. Il faut, en effet, *éviter tout risque d'arbitraire* qui, s'il est improbable, peut malgré tout se produire, dès lors que le travailleur social saurait qu'il peut *impunément* écrire des rapports négatifs fallacieux (puisque la preuve contraire ne pourrait être faite faute de savoir ce qui est reproché). D'autre part puisqu'il est effectivement nécessaire de sauvegarder la liberté d'action desdits travailleurs sociaux et éviter qu'ils ne puissent être en bute à des menaces ou pressions, n'y aurait-il pas une solution dans le fait que plusieurs travailleurs s'occupent d'un même cas (au moins lorsqu'il y a risque de conclusions négatives). La « collégialité » du rapport assurerait la confidentialité de l'origine, chacun des travailleurs rédigeant un *rapport* distinct mais « *anonyme* » (au moins à l'égard des parents adoptifs éventuels).

3.2.4 Les effets

Quant aux effets de l'adoption, nous sommes pour la plupart entièrement d'accord avec les solutions proposées. Que l'on pose enfin clairement la rupture des liens de parenté avec la famille d'origine (comme le fait l'article 161) nous semble une chose éminemment souhaitable. Que l'on conserve certains liens avec le parent par le sang en cas d'adoption par le conjoint du père ou de la mère, nous semble non moins valable et souhaitable.

Lorsque cependant l'article 161 vient dire que les prohibitions de mariage demeurent relativement à la famille d'origine, nous nous posons quelques questions. Nous comprenons très bien la portée pratique de cette mesure en cas d'adoption par un nouveau conjoint puisque toute trace de l'ancienne filiation ne disparaîtra pas à ce moment. Mais dans tous les autres cas (et ce sont quand même les plus nombreux), cette règle ne laisse-t-elle pas entendre qu'on aurait le droit de venir faire la preuve — aux fins d'annulation ou d'interdiction du mariage — de la filiation réelle de l'enfant adopté. Nous ne pensons pas que ceci soit « légalement » possible, ni peut-être souhaitable. Un cas d'annulation dans ce genre de situation a eu lieu en Suisse il y a quelques années, et nous ne pensons pas que l'on puisse encourager par un texte légal la recherche ou la révélation de ces situations éminemment regrettables. D'autre part, nous rappelons que normalement *personne* et pour quelque cause que ce soit *ne devrait pouvoir* établir la filiation par le sang.

4. OBLIGATION ALIMENTAIRE

Nos remarques, qui portaient sur le principe de l'existence de l'obligation alimentaire entre époux divorcés et époux de fait, ont été faites dans les paragraphes ayant trait à ces deux sujets, en raison de la nécessité d'avoir de ces législations une vue d'ensemble²⁰.

20. *Cf.*, n° 1.6.3.3.2, *supra*, p. 663, et n° 2, *supra*, p. 664.