

CHRONIQUE DE DROIT FAMILIAL

Alain-François Bisson et François Héleine

Volume 1, numéro 1, 1970

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059861ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059861ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Bisson, A.-F. & Héleine, F. (1970). CHRONIQUE DE DROIT FAMILIAL. *Revue générale de droit*, 1(1), 87–143. <https://doi.org/10.7202/1059861ar>

CHRONIQUE DE DROIT FAMILIAL

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

et François HÉLEINE,
ancien assistant à la Faculté de Droit de l'Université d'Ottawa,
attaché de recherche à l'O.R.C.C.

I. — MARIAGE ET FILIATION.

A. LÉGISLATION.

1. *Jugement déclaratif de décès et mariage subséquent.*

Entre autres bizarreries (confinant à l'extravagance avec l'art. 71 al. 3 nouveau C.C. qu'il n'y a pas lieu de commenter ici), la loi du 9 juin 1969 (Bill 27) sur les jugements déclaratifs de décès présente cette particularité de ne rien dire du cas où l'époux survivant s'est remarié. Certes, il est clair que celui-ci en a le droit, puisque la transcription du certificat de décès vaut acte de sépulture (art. 72 nouveau C.C.) et, par conséquent, preuve certaine du décès. Mais dans l'hypothèse du retour du disparu, il paraît singulièrement simpliste de dire, ainsi que le fait l'article 73 nouveau, que les effets du jugement déclaratif cessent (de plein droit !) et que le régime matrimonial auquel le jugement déclaratif avait mis fin reprend son cours. A fortiori peut-on douter que le disparu puisse sans autre forme de procès recouvrer son conjoint comme ses autres biens, dans l'état où il se trouve. Le rétablissement du *statu quo ante*, quant au lien matrimonial, exige certainement que soit poursuivie la nullité de la seconde union. Or le succès de cette action implique que soit rapportée la preuve (juridique il va de soi) de l'existence du disparu, preuve à laquelle le certificat de décès, tant qu'il n'a pas été anéanti, fait sérieusement obstacle. Dans l'éventualité d'une telle action, on peut reprocher d'abord au législateur d'avoir brûlé l'étape (prévue à l'article 69 f de l'avant-projet de l'O.R.C.C.) de l'annulation du jugement déclaratif de décès et de faire servir la requête en rectification (art. 72 alinéa 3 et 73 alinéa 1^{er} combinés) à un usage pour lequel elle n'a pas été prévue : la modification de l'état d'un individu. Ensuite, on peut se demander s'il n'eût pas été opportun de réserver expressément l'exercice de l'action en nullité du mariage aux seuls époux, voire au seul époux disparu. Entre l'épilogue résigné et l'épilogue contentieux

(CARBONNIER, *Droit civil*, 6^e éd., t. 1, p. 183, n° 54), il paraît difficile que *tout* intéressé puisse choisir.

2. *Habilitation des mineurs à contracter mariage.*

L'article 1^{er} de la loi du 2 mai 1969 (Bill 8) a modifié l'article 119 du code civil. Désormais, les mineurs doivent, pour contracter mariage, obtenir le consentement de leur père *ou* de leur mère. La réforme confirme le courant égalitaire qui inspire aujourd'hui l'exercice de l'autorité au sein de la famille. Il demeure néanmoins malheureux que la nouvelle rédaction de l'article 119 semble faire prévaloir le pathologique (le dissentiment des époux ou la consultation, par le mineur, d'un seul de ses parents) sur le normal. Dans une perspective de morale familiale, il n'est pas suffisant à notre avis d'objecter qu'il est sans intérêt pratique de requérir le consentement des deux parents puisqu'en fin de compte le consentement de l'un d'entre eux doit suffire. Par ailleurs, la nouvelle règle, comme l'ancienne, n'est pas sans inconvénient au cas de divorce: est-il acceptable que le mineur aille éventuellement, pour contracter un mariage discutable, obtenir le consentement de celui de ses parents qui ne l'a pas sous sa garde ? Enfin, le maintien de l'article 120 paraît maintenant sans objet.

On notera avec intérêt que le règlement d'application de la loi sur le mariage civil (Arrêté en conseil n° 501 du 26 février 1969, G.O. 8 mars 1969) prévoit avec précision les modalités du consentement des parents: écrit et préalable à la publication, dans les hypothèses normales; en la forme authentique, de surcroît, s'il s'élève des doutes sur l'authenticité de la signature des personnes dont le consentement paraît avoir été donné (art. 12 *d*). Ces exigences sont raisonnables. Il semble cependant qu'on ne se soit pas avisé que le consentement des parents étant une condition de fond commune à tous les mariages, quel que soit le mode de célébration choisi par les époux, il n'y a rigoureusement aucune raison de réserver ces exigences aux seuls mariages célébrés civilement. Or, de droit commun, l'article 119 C.C. continue à ne soumettre l'expression du consentement des parents à aucune forme spéciale: en sorte que les officiers d'état civil autres que les protonotaires demeurent libres de recueillir ce consentement comme bon leur semble (sous réserve, il est vrai, des précautions qui peuvent leur être imposées par la discipline de l'église à laquelle ils appartiennent).

La portée de l'art. 12 *d* de l'arrêté ne doit pas toutefois être exagérée. L'obtention d'un consentement écrit et préalable est un devoir imposé aux protonotaires, devoir dont l'inaccomplissement les rendraient éventuellement passibles des sanctions prévues par l'article 158 C.C. Il ne s'agit pas d'une formalité substantielle que, de toute façon, l'autorité administrative n'aurait pas eu le pouvoir d'édicter. Il en résulte que ne pourra être critiquée la validité du mariage célébré en violation de l'art. 12 *d*, pourvu que le consentement des parents ait été par ailleurs réellement obtenu, soit par écrit et postérieurement à la publication, soit de vive voix au moment même de la célébration.

3. *Empêchements de parenté et d'alliance.*

Les articles 2 et 3 de la loi précitée du 2 mai 1969 ont modifié les articles 125 et 126 du code civil. Sous une forme peut-être un peu laborieuse, les articles 125 et 126 nouveaux reprennent la substance des dispositions de la loi fédérale de 1932 concernant le mariage et le divorce (S.R.C. 1952, chap. 176, art. 2 et 3). En conséquence, le mariage demeure prohibé, en ligne collatérale entre le frère et la sœur, légitimes ou naturels; entre les alliés au même degré il demeure prohibé jusqu'au décès de l'un des conjoints, lorsque le mariage qui produisait l'alliance a été dissous par le divorce.

De même, le mariage demeure prohibé entre oncle et nièce, tante et neveu. Entre alliés, la prohibition disparaît lorsque le mariage qui produisait l'affinité a été dissous par le décès de l'un des conjoints. Elle est maintenue, et persiste jusqu'à ce décès, lorsque le mariage a été dissous par le divorce.

4. *Célébration civile du mariage.*

Bien accueillie, et pour cause, dans les milieux les plus divers, la loi du 14 novembre 1968 (S.Q. 1967-68, ch. 81) sur le mariage civil a déjà fait l'objet de commentaires détaillés (v. notamment P. G. JOBIN, *Loi concernant le mariage civil*, (1969) 10 C. de D. 211), auxquels il ne sera question ici que d'ajouter quelques remarques d'ordre général.

A l'actif de la loi du 14 novembre 1968, on peut certes enregistrer le principe même de la célébration civile du mariage et la suppression des licences de mariage. Trop tardive pour être glorieuse, la réforme est cependant, sur ces points, d'une netteté

appréciable. Par ailleurs, le choix laissé aux futurs époux entre une célébration civile et une célébration religieuse est entièrement justifié. L'état actuel des mœurs et des dispositions du code civil concernant le fond du mariage (il faudra que soit levée un jour l'ambiguïté fondamentale exacerbée par une jurisprudence erratique, de l'article 127 C.C.) laissent à penser que la sécularisation totale de la célébration n'eût pas été possible; il n'est pas sûr non plus, *de lege ferenda*, qu'elle soit souhaitable: une laïcisation non militante du droit civil peut s'accommoder de régimes de célébration parallèles. En tout cas une solution aussi radicale ne pourra être envisagée qu'à l'occasion d'une sécularisation complète des actes de l'état civil.

Si le droit du mariage a ainsi gagné en clarté morale, il ne paraissait pas évident en revanche que le choix du législateur dût se porter sur les protonotaires, comme officiers d'état civil chargés de présider à la célébration des mariages civils. Il n'est pas indifférent de noter que ce parti a été pris contre l'avis, entre autres organismes et personnalités, de l'Office de révision du code civil, du Barreau, et de la Chambre des notaires (*Débats de l'Assemblée législative du Québec*, 3^e session, 28^e législature, 1968, p. 3941 et s.). Les raisons invoquées à l'appui du choix du protonotaire n'ont pas convaincu: ni celle de la difficulté, nullement insurmontable, d'un contrôle administratif des maires et des conseillers municipaux dans leurs fonctions d'officiers d'état civil; ni celle, à vrai dire cocasse et inédite, de la nécessité pour le célébrant de posséder des connaissances juridiques approfondies. D'un autre côté, la célébration par les protonotaires est entachée, dans son principe, d'un vice rédhibitoire: sa faible valeur sociale. C'est que les municipalités et les maires, et non les districts judiciaires et les protonotaires, sont à l'ordre laïc ce que les paroisses et leurs curés sont à l'ordre religieux (sur l'équivalence et la dissociation de la paroisse et de la municipalité, v. MOREL, *La municipalité, la paroisse et le code civil du Québec*, Revue juridique et politique, indépendance et coopération, 1968, 661). Il a été souvent souligné, et à juste titre, que le mariage confessionnel tirait son efficacité sociale, non seulement du caractère religieux de sa célébration, mais encore, dans les hypothèses normales, de l'insertion de l'événement dans l'histoire d'une communauté restreinte pouvant se porter garante de l'un au moins des époux et témoigner concrètement de leur union (de là entre autres raisons, la valeur, en droit canonique, de la célébration par le *proprius parochus*). Ce n'est pas parce que le mariage est civil que cette insertion cesse d'être

désirable et tout incline à penser que la célébration par les maires et leurs adjoints demeurerait la plus apte à la réaliser. Au contraire, en préférant les protonotaires aux maires, le législateur a adopté une solution assez superficielle et sacrifié la dimension sociale — si nous ne nous trompons, fort importante — de la célébration. Sauf à recourir aux juges eux-mêmes, il n'était pas possible en effet de trouver officiers d'état civil plus lointains que les protonotaires !

Il semble cependant qu'on eût pu prendre son parti de ce choix discutable si les règlements adoptés en vertu de l'article 13 de la loi (Arrêté en conseil n° 501 du 26 février 1969, G.O. 8 mars 1969) n'étaient venus ajouter à l'inaccessibilité de l'officier d'état civil des frais de célébration excessifs. Certes, le paiement de certains droits est-il concevable, mais on éprouve quelque gêne à la lecture des art. 20 et 21 de l'arrêté qui mettent à la charge des fiancés des frais de célébration de 75 à 100 dollars selon le jour choisi, auxquels viennent éventuellement s'ajouter les frais de déplacement et les dépenses de séjour du protonotaire ou de son adjoint dans les cas où (art. 5 de l'arrêté) il n'existe aucun Palais de Justice dans un rayon de cinquante milles du domicile de l'épouse.

Au total, la loi du 14 novembre 1968 sur le mariage civil, si elle ne fait pas regretter le droit antérieur, a instauré un système assurément viable mais traduisant une philosophie extrêmement décevante des solennités du mariage et du service public de l'état civil.

5. *Conditions et effets de l'adoption.*

La loi du 9 juin 1969 (bill 9) a modifié une fois de plus (la neuvième fois en quarante-cinq ans) le droit de l'adoption. Bien qu'on ait parlé de « refonte », il s'agit en réalité d'une loi entièrement nouvelle qui, sans bouleverser tout le droit existant, y apporte des changements très substantiels.

Il faut regretter d'emblée que le droit de l'adoption, dans ses dispositions fondamentales, demeure extérieur au code civil. Au fil des ans, il paraît de plus en plus anormal que continue à être considérée comme d'exception une législation qui détermine le statut juridique de milliers d'enfants. Quoi de plus civil (de plus civilisé) que l'adoption ?

Ceci posé, deux traits généraux ressortent de la nouvelle loi. C'est en premier lieu le principe, vigoureusement édicté en tête de la loi, selon lequel l'adoption ne peut être prononcée que dans l'intérêt de l'enfant (art. 2). A vrai dire, ce principe n'était pas inconnu: la doctrine québécoise classique a toujours vu d'abord dans l'adoption une œuvre charitable, le secours des enfants abandonnés; la consolation des couples sans enfants n'a jamais constitué qu'une préoccupation seconde. Mais l'apparition officielle du principe est la consécration sans retour de cette conception, peut-être abusivement exclusive, de l'institution. Elle donne à la loi une assise idéologique qui — la jurisprudence sur le droit de garde en fournit de nombreux signes — fondera tôt ou tard tout le droit de la puissance paternelle, de quelqu'enfant qu'il s'agisse.

En second lieu, et c'est une autre caractéristique générale de la nouvelle loi, l'adoption est désormais une affaire d'État. Certes celui-ci n'était pas absent du droit antérieur: les pouvoirs qui lui étaient conférés notamment par la loi de l'assistance publique (S.R.Q. 1964, ch. 216) et le caractère obligatoirement judiciaire de l'adoption dénotaient déjà son souci d'intervention; mais, dans l'ensemble, la loi de l'adoption elle-même se montrait fort discrète à cet égard. Le rôle effacé de l'État cesse avec la nouvelle loi, puisque le ministre de la famille et du bien-être social « peut reconnaître, pour les fins de la présente loi, toute société d'adoption qui se conforme aux règlements » édictés par le lieutenant-gouverneur en conseil (art. 12 et 41). Sans aller tout à fait aussi loin que l'avant-projet de l'O.R.C.C. qui aurait voulu que les sociétés d'adoption exercent leurs fonctions comme déléguées du ministre (*Rapport sur un projet de loi de l'adoption*, Montréal 1967, art. 4, p. 10-11), la loi de 1969 crée donc la notion de *société d'adoption reconnue* qui « peut, sous l'autorité du ministre, prendre charge des enfants abandonnés et placer, en vue de leur adoption, les enfants qui — tel est le langage superfétatoire de la loi — peuvent être adoptés en vertu de la présente loi » (art. 13). Il n'est pas parfaitement clair cependant, malgré les notes explicatives qui accompagnent la loi, que toute société d'adoption *doive* être reconnue. Ce l'est d'autant moins que l'article 16 de la loi, édicté pour assurer le complet contrôle de l'État sur les adoptions, prévoit le placement des enfants par d'autres personnes que les sociétés d'adoption reconnues, pourvu qu'avis en soit donné au ministre.

Conjuguées, l'affirmation de l'intérêt de l'enfant et la sollicitude accrue de l'État ont conduit le législateur à développer l'arsenal

des sanctions pénales. Les articles 42 à 44 de la nouvelle loi prévoient, dans un ordre de gravité croissante, l'omission de donner l'avis prévu à l'article 16, la violation du caractère confidentiel des procédures et des dossiers d'adoption, le « marché noir » d'enfants. Les peines vont de cent dollars d'amende dans le cas de la première infraction à deux mille cinq cents dollars et deux ans d'emprisonnement dans le cas de la troisième.

Le caractère fortement répressif de ces dispositions n'est cependant qu'un aspect mineur de la loi de 1969. L'attention doit surtout se porter sur le régime même de l'adoption. Si la philosophie renouvelée de l'institution n'a pas entraîné de changements très considérables dans les mécanismes procéduraux et administratifs (encore qu'à côté d'une certaine mise en ordre, il faille signaler notamment la disparition de la révocation et un perfectionnement très heureux des règles relatives aux registres de l'état civil), elle explique, d'une part, l'élargissement des conditions de fond de l'adoption, d'autre part, la simplification en même temps que l'affermissement de ses effets.

a) Les conditions générales de l'adoption, relatives au sexe, à l'âge et à la religion sont d'abord assouplies. Lorsque l'adoptant est une personne non mariée, la différence de sexe demeure de principe; la règle reçoit cependant exception non seulement, comme dans l'ancienne loi, lorsque l'adoptant est un grand-parent ou encore un veuf qui avait déjà adopté de fait l'enfant avant le décès de son conjoint, mais aussi lorsque l'adoptant est le père ou la mère de l'enfant (art. 3 *d*). Par ailleurs, la différence d'âge est ramenée à dix-huit ans. Encore n'est-elle de rigueur que si l'adopté n'est pas l'enfant de l'adoptant ou du conjoint de ce dernier, ou si le tribunal ne décide pas de passer outre à cette exigence (art. 4). Enfin, la nouvelle loi a cru devoir maintenir le principe de l'identité de foi religieuse entre l'adoptant et l'adopté. La règle a toutefois perdu de son exclusivisme, puisqu'elle ne s'applique plus si l'enfant n'appartient à aucune religion ou fait partie d'une société religieuse qui n'exige pas l'identité de foi chez l'adoptant et chez l'adopté (art. 5 al. 1 et 3). Elle a également perdu de sa rigidité. L'avant-projet de l'O.R.C.C. aurait voulu donner en plus au juge le pouvoir de passer outre à l'exigence d'identité de foi, pour des raisons pertinentes (art. 7 de l'avant-projet). La règle proposée paraissait, de prime abord, plus en harmonie avec le principe selon lequel l'intérêt concret de l'enfant doit, en matière d'adoption, primer toute autre considération. Le législateur s'est refusé à aller

aussi loin: il n'a finalement donné, cédant devant le fait accompli, au tribunal le pouvoir de passer outre à l'exigence d'identité de foi que lorsque l'enfant a déjà été adopté de fait par l'adoptant (art. 5 al. 2). On peut néanmoins se demander si les atténuations apportées par les alinéas 2 et 3 de l'article 5 au principe de l'identité de foi n'entament pas la substance de celui-ci au point de mettre en cause son bien-fondé. Au moins est-il permis de suggérer qu'elles ne traduisent pas une vue cohérente de la question: ou bien, en effet, l'identité de foi est une composante nécessaire de l'intérêt de l'enfant et l'on ne conçoit guère que l'on puisse y faire exception (c'était la conception, pénétrée d'absolu religieux, de l'ancienne loi); ou bien, ainsi que l'indiquent les exceptions de la nouvelle loi, l'identité de foi est un élément contingent de l'intérêt de l'enfant — élément dont l'importance, pour des raisons psychologiques, est susceptible de croître à mesure que l'enfant à adopter est plus âgé — et l'on comprend mal que, dans certains cas, l'on soit autorisé à n'en tenir aucun compte (art. 5 al. 3) et que, dans d'autres, l'on ne soit pas admis à passer outre (art. 5 al. 2 *a contrario*).

Du côté des adoptants, la seule véritable nouveauté est la disposition de l'article 3 c qui permet l'adoption aux époux séparés de corps judiciairement ou de fait, lorsqu'ils avaient adopté *de facto* l'enfant avant leur séparation.

C'est finalement du côté des adoptés qu'est la grande innovation de la loi de 1969: celle-ci fait en effet entrer les enfants légitimes dans le droit commun de l'adoption. Le nombre des adoptions législatives, restreint en chiffre absolu mais élevé si l'on considère le caractère aberrant de toute législation privée, montrait qu'il y avait là un problème sérieux (ex.: S.Q. 1967-68, ch. 174, 175, 176). Désormais, les enfants mineurs légitimes sont adoptables au même titre que les enfants mineurs naturels, lorsque ni le père ni la mère ni aucun autre ascendant n'en assume de fait le soin, l'entretien ou l'éducation depuis plus d'un an et que, de l'avis du tribunal, il est improbable que l'un d'eux en reprenne la charge (art. 7 d). Mais un tel avis n'est pas requis et le délai d'abandon est même réduit à six mois dans le cas d'un enfant adultérin de fait *a matre* (art. 7 f). Il résulte évidemment des dispositions de l'article 7 d qu'un enfant adopté peut de nouveau devenir adoptable, suivant en cela la condition de tout autre enfant légitime abandonné (comp. avec l'article 14 de l'ancienne loi, où une seconde adoption, du vivant des parents adoptifs, supposait la révocation de la première).

En toute hypothèse, le placement demeure une condition de fond de l'adoption. La nouvelle loi en a réduit uniformément la durée à six mois (art. 14). D'autre part, le placement constitue une période fort délicate du processus d'adoption: l'intégration de l'enfant au foyer d'adoption est commencée, sans que les liens juridiques avec les parents d'origine soient encore rompus. Des contestations demeurent possibles pendant la durée du placement et le législateur a cru pouvoir concilier les intérêts légitimes de la famille d'origine comme des futurs parents adoptifs en ne permettant à la première de recouvrer la garde de l'enfant qu'avec l'autorisation du tribunal (art. 17). Le placement ne met donc pas obstacle à la restitution de l'enfant mais le fait qu'il soit intervenu suivant les dispositions des articles 12 et suivants de la loi en fait présumer la régularité substantielle et la conformité à l'intérêt de l'enfant.

b) L'ambiguïté des effets de l'adoption sous l'ancienne loi avait suscité de vives critiques (pour la synthèse de ces critiques, v. BAUDOUIN, *Aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, 1967, p. 457 et s.). Quelle que fût la vigueur des liens qui unissaient les adoptants et l'adopté, celui-ci n'entraînait pas complètement dans la famille adoptive; tout lien n'était pas non plus rompu avec la famille d'origine. Il en découlait, tant du point de vue alimentaire que successoral, des conséquences compliquées et curieuses, qui constituaient une survivance étrange de la conception contractuelle de l'adoption et de la conservation des biens dans la famille d'origine.

Rompant avec ces hésitations, la loi de 1969 instaure une véritable adoption plénière. « L'adopté devient, à tous égards et à l'égard de tous, l'enfant légitime de l'adoptant » (art. 38). On ne saurait aller plus loin dans la fiction et peut-être est-ce, cette fois-ci, aller trop loin, s'il est vrai qu'il paraît difficile qu'un lien de filiation légitime, et non seulement *censée* légitime, puisse exister entre l'adopté et un parent éventuellement célibataire. L'impossibilité de cette légitimité « à un seul » apparaîtra bien à la rédaction du certificat de naissance qui, en l'absence de conjoint ou d'ex-conjoint, ne pourra se faire selon les formules 3 et 4 annexées à la loi (comp. de ce point de vue avec la formule 3 de l'avant-projet de l'O.R.C.C.).

Quoi qu'il en soit, l'adopté entre pleinement dans la famille adoptive. Aucune des restrictions de l'ancienne loi ne subsiste. Il est moins évident cependant que l'adopté sorte complètement de

sa famille d'origine. L'intention claire manifestée, dans les notes explicatives, par le législateur est considérablement affaiblie, sinon combattue par le texte même de la loi. C'est très malencontreusement en effet que l'article 38 c reproduit la substance de l'ancien article 16-1°. Le caractère unilatéral de cet article, justifié par l'économie de l'ancienne loi, ne se comprend plus dans la nouvelle. De ce que les parents perdent, à l'endroit de l'adopté, les droits établis par la loi (en est-il d'autres ?), il ne s'ensuit pas logiquement que l'adopté perde réciproquement tous ces mêmes droits à l'endroit de ses parents d'origine, et de fait tel n'était pas le cas dans l'ancienne loi; en sorte que l'on pourrait théoriquement soutenir que l'adopté conserve, à l'égard de ceux-ci, sa vocation successorale *ab intestat*, si l'article 40, d'ailleurs superflu, sur les secondes adoptions, ne venait fournir un argument contraire par analogie et si, plus techniquement, on ne pouvait objecter que l'annulation de l'acte de naissance antérieur (art. 35) empêche de toute façon l'adopté de refaire juridiquement le lien nécessaire avec ses premiers parents. Mais en somme, si le législateur a voulu que l'enfant cesse d'appartenir à sa famille d'origine (encore faudrait-il réserver les empêchements au mariage), pourquoi ne l'a-t-il tout simplement pas dit ?

Toute loi d'adoption se juge à ses résultats pratiques. Sans attendre ceux-ci, on peut porter au crédit de la loi de 1969 plusieurs améliorations techniques ainsi que des innovations de fond traduisant un souci réaliste d'adaptation aux problèmes modernes de l'enfance abandonnée, tout en regrettant — ce n'est pas simple propos d'esthétique législative — qu'aient été mal surmontés ça et là l'embarras des formules, voire l'obscurité et le byzantinisme, légués par la législation antérieure.

B. JURISPRUDENCE.

6. *Mariage. Annulation pour défaut de consentement.*

Dans la veine libérale qui caractérise sa jurisprudence, la Cour supérieure, dans un jugement *L. c. Dame L.* (1968 C.S. 480), a de nouveau annulé un mariage sur la base de l'article 116 C.C., pour « schizophrénie paranoïde existant à l'état latent lors du mariage ». L'épouse s'était refusée à toute relation sexuelle et avait peu de temps après le mariage commencé à avoir un comportement étrange, se manifestant notamment par des accès de folie mystique ayant justifié des traitements psychiatriques et des séjours en établissement hospitalier.

Ce jugement paraît bien fondé en l'espèce, la preuve reposant sur la certitude morale (*nec plus ultra*, en ce domaine, de la certitude scientifique) de deux psychiatres d'expérience, si l'on admet par ailleurs qu'en matière de mariage, les conditions de fond d'ordre psychologique doivent se réaliser dans un consentement non seulement instantané et formel au mariage, mais encore donné « en pleine connaissance de cause », c'est-à-dire reposant sur une aptitude générale à assumer consciemment, pour l'avenir, l'état d'époux. En revanche, on a pu montré, avec beaucoup de raison et d'esprit (J. PINEAU, 1967, *Can. Bar Rev.* 372, note sur *M. c. Dame P.*, 1966 C.S. 475), que le libéralisme de la jurisprudence de la Cour supérieure dégénère en violation pure et simple de la loi lorsque la nullité est prononcée sur la foi d'un témoignage dubitatif des experts et que d'ailleurs rien, dans la preuve, ne laisse entrevoir que, durant les nombreuses années de vie commune, le conjoint prétendument schizophrène n'ait pas été en mesure d'assumer les obligations essentielles de son état (*M. c. Dame P.* précité).

Sur un autre point, le jugement *L. c. Dame L.* réagit sainement contre le jugement *M. c. Dame P.* précité, en des termes qui semblent contenir une approbation claire des critiques doctrinales (J. PINEAU, *loc. cit.*, p. 375-376). La Cour supérieure en effet a admis cette fois la défenderesse schizophrène au bénéfice du mariage putatif. La solution repose implicitement sur l'enchaînement de trois propositions: 1° selon une opinion fondée sur de très solides raisons pratiques et dont le triomphe paraît définitivement assuré en doctrine comme en jurisprudence, il n'existe pas de mariages nuls *ab initio* ou inexistants; il n'existe que des mariages annulables; 2° en conséquence, le mariage nul pour défaut de consentement peut être déclaré putatif, comme tout mariage nul de nullité absolue ou relative; 3° ou le défendeur au procès en nullité était sain d'esprit et l'on ne peut déclarer son mariage nul, ou il n'était pas sain d'esprit et il ne pouvait être de mauvaise foi.

7. Mariage. Erreur sur les qualités.

Dans un arrêt aux motifs remarquablement brefs (*Richard c. Trudel*, 1968 B.R. 983), la Cour d'appel s'est refusée à annuler le mariage d'une femme ayant épousé un homme atteint de troubles de la personnalité: « l'erreur qui ne porte que sur quelque qualité de la personne n'empêche pas le mariage d'être valable; ce n'est pas « l'erreur dans la personne » prévue à l'article 148 C.C. ».

Cet arrêt vient compléter une série de décisions de la Cour d'appel (*Yorksie c. Chalpin*, 1946 B.R. 51; *Proc. Gén. c. K et W*, 1947 B.R. 566; *Chisholm c. Starnes*, 1949 B.R. 577; *M. c. H.*, 1949 B.R. 235 [somm.]; *Dorion c. Bussièrès*, 1967 B.R. 416) qui, de façon constante, ont refusé de sanctionner la simple erreur sur les qualités, physiques ou morales, *quel qu'en fût le degré*. Certes, il ne semble pas que la Cour d'appel aurait la même répugnance à prendre en considération l'erreur sur l'identité civile (arg. *Chisholm c. Starnes*, précité), ainsi que l'a bien compris un jugement assez récent de la Cour supérieure (*Weinstock c. Blasenstein et Lapalme*, 1965 C.S. 505). C'est le lieu de souligner tout de même la discordance évidente et rarement mise en lumière (v. cepdt, Charles E. FLAM, 1965 *McGill L. J.* 83) entre la jurisprudence de la Cour d'appel et une partie importante de la jurisprudence de la Cour supérieure. Celle-ci en effet, sans esprit de système, voire de façon imprévisible, a admis fréquemment l'erreur sur les qualités les plus diverses (encore qu'il faille noter une baisse sensible du prononcé de la nullité de ce chef depuis les premiers arrêts de la Cour d'appel). Les espèces sont célèbres et il n'est pas nécessaire d'en dresser ici la liste.

La position de principe de la Cour d'appel, même si elle implique l'admission de l'erreur sur l'identité civile et *a fortiori* si elle ne l'implique pas, est sans doute exagérément étroite. Elle peut bien tirer (et tire de fait dans les arrêts de 1946, 1947 et 1968) argument des écrits de Pothier et d'autres auteurs classiques; et aussi du droit français, dans son expression la plus autorisée, celle de la Cour de cassation. Elle méconnaît que la position du droit français n'a pas été acquise sans difficulté et qu'elle a été constamment critiquée (PLANIOU et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, 1952, p. 90 et s.).

D'un autre côté, on peut reprocher à la jurisprudence de la Cour supérieure des débordements faisant douter, dans certaines hypothèses extrêmes, qu'il y ait à ses yeux une différence appréciable entre l'annulation du mariage et celle d'un contrat ordinaire. Certes, son libéralisme n'est pas toujours inexplicable ni injustifiable. D'abord, il est certain que l'action en nullité, du temps où n'existait pas de divorce judiciaire, a dû jouer le rôle de soupape de sûreté: on ne saura jamais le nombre des divorces déguisés consciemment ou non en nullités de mariage, mais tout porte à croire qu'il aura été important. Ensuite, une fois admise l'erreur sur l'identité civile, le glissement n'est que naturel vers l'admission

de l'erreur sur des qualités personnelles dont on peut se demander légitimement si elles ne sont pas des éléments de l'état et, en conséquence, de l'identité civile (la nationalité: PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, p. 94; voire, tout au moins indirectement, la religion: BAUDOUIN, *Aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, p. 231). Enfin, en présence de textes qui ne prohibent pas cette interprétation, il n'y a rien d'étrange à prendre en considération, dans un contrat conclu *intuitu personæ* comme le mariage, l'erreur sur les qualités déterminantes de la personne (PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, p. 95). Mais on peut faire grief à la Cour supérieure d'avoir, à partir d'une vue libérale mais juste, sombré parfois dans la subjectivité (curieusement, certains auteurs, loin de lui reprocher ces écarts, ont regretté qu'ils ne fussent pas plus fréquents: T. E. WALSH, *Error as to the person and the nullity of marriage*, 1949 *R. du B.* 190). Si l'analyse contractuelle du mariage postule la prise en considération aussi bien de l'erreur sur les simples qualités que de l'erreur sur l'identité physique ou civile lorsque ces erreurs ont, *in concreto*, déterminé le consentement, l'aspect institutionnel du mariage exige que l'erreur ait porté sur une qualité qui soit en même temps *objectivement* déterminante, c'est-à-dire, à la suggestion de plusieurs auteurs contemporains, *sociologiquement* déterminante (G. CORNU, *Centenaire*, D. 1959 chr. 220; cf. BAUDOUIN, *op. cit.*, p. 231). Il est possible que la mise en œuvre d'un critère objectif de l'erreur sur les qualités ne soit pas aisée (v. pour un essai peu convaincant, *Dame Hivon c. Gagnon*, 1962 C.S. 399). Il permettrait pourtant de discipliner une jurisprudence déroutante malgré ses qualités d'ensemble. Mais il faudrait pour cela que la Cour d'appel en accepte la formule et renonce à ses positions catégoriques. L'arrêt *Richard* n'est certainement pas un pas dans cette direction, encore qu'en l'espèce il n'y ait pas lieu de critiquer son refus de prononcer la nullité.

En tout cas, cet arrêt, joint à d'autres décisions récentes, montre que le contentieux des nullités de mariage est demeuré jusqu'aujourd'hui remarquablement actif. On peut s'interroger sur la physionomie que prendra ce contentieux à l'avenir, en présence d'une loi fédérale sur le divorce qui va jusqu'à reconnaître, sous des formes déguisées, le divorce par consentement mutuel et la répudiation judiciaire avec période probatoire. Entre la nullité et le divorce, les influences réciproques sont démontrées. Deux attitudes extrêmes sont concevables: ou le divorce peut entraîner une libéralisation encore accrue du régime des nullités, les tribunaux estimant qu'il serait vain de maintenir une union compro-

mise dès l'origine et à laquelle une requête en divorce viendra de toute façon mettre tôt ou tard un terme; ou le divorce peut au contraire entraîner un rétrécissement de l'interprétation des causes de nullité (qui se traduirait par un alignement des tribunaux inférieurs sur la position de la Cour d'appel), plusieurs causes de divorce étant susceptibles d'absorber bien des erreurs sur les qualités personnelles dont l'admission serait ainsi moins nécessaire. Ces deux attitudes seraient également regrettables. Tout indique au contraire qu'il y a encore place pour une jurisprudence modérément libérale et équilibrée qui permettrait de maintenir la nullité et le divorce dans leurs fonctions propres. L'utilité de cette position est révélée par les expédients auxquels a dû recourir le droit français: le refus par la Cour de cassation de la nullité pour erreur sur les qualités de la personne a amené la jurisprudence (avec l'approbation de cette même Cour de cassation !) à prononcer le divorce sur le chef d'injure grave lorsque l'erreur sur une qualité substantielle de la personne avait été déterminée par la dissimulation de faits *antérieurs* au mariage. Ainsi est-on amené, pour pallier les inconvénients d'une conception critiquable de l'erreur cause de nullité, à maltraiter l'esprit d'une autre institution.

D'un autre côté, et sur un plan quantitatif, il serait bien étonnant que nous n'assistions pas à une diminution sensible des procès en nullité. L'avenir dira seulement s'il s'agira d'un retour à la normale (dont il serait souhaitable, encore une fois, qu'il se traduise sur le fond par une interprétation équilibrée de l'erreur dans la personne) ou, par un abus inverse de ceux que la jurisprudence a parfois connus dans le passé, d'une désaffection générale à l'égard d'un recours que les facilités du divorce démoderaient aux yeux de la pratique.

8. *Caractère non putatif d'un mariage déclaré nul « à toutes fins que de droit ».*

Le mariage putatif continue à soulever, de temps en temps, quelques problèmes. Les plus classiques d'entre eux ont été résolus ou, en tout cas, délimités (v. sur l'ensemble de la question, Germain BRIÈRE, *Le mariage putatif*, 1960-61, 6 McGill L.J. 217). Un jugement récent de la Cour supérieure (*Goodfellow c. Dame Smith*, 1968 C.S. 427) remet en lumière quelques aspects techniques et peut-être un peu négligés de l'institution.

Il est admis que l'omission, pour le jugement de nullité, de se prononcer sur le caractère putatif du mariage ne fait pas obstacle

à la reconnaissance de ce caractère dans une instance ultérieure. Une fois réalisée la condition de bonne foi — et celle-ci, en dépit de quelques opinions contraires, doit se présumer — la putativité, ainsi que le commande le texte même de l'article 163 C.C. (le mariage qui a été déclaré nul *produit* néanmoins les effets civils), n'attend pour entrer en action que la volonté de l'un des époux de s'en prévaloir. Elle est, en quelque sorte, en suspens et cette épée de Damoclès peut être gênante pour l'autre conjoint ou ses ayants cause, lorsque ceux-ci veulent exercer un droit dont l'étendue peut être affectée par le caractère putatif ou non putatif du mariage.

C'est dans cette perspective qu'un ayant cause, dans l'affaire *Goodfellow*, a pu convaincre le tribunal qu'il était en droit d'obtenir, en présence d'une difficulté réelle, un jugement déclaratoire déterminant si le jugement ayant prononcé « à toutes fins que de droit » la nullité du mariage de son auteur avait par là même statué sur le caractère putatif du mariage. La Cour supérieure a émis l'opinion que le tribunal qui déclare nul « à toutes fins que de droit » un mariage, décide implicitement que celui-ci ne peut produire aucun effet civil comme mariage putatif et qu'il y a chose jugée à cet égard.

L'expression « à toutes fins que de droit » paraît bien appeler, à la lettre, l'interprétation que lui donne la Cour supérieure, celle-ci n'ayant pas d'ailleurs pour mission, dans un jugement déclaratoire sur requête, de discuter le bien-fondé de la décision du premier juge. Cette dernière était pourtant curieuse à bien des égards. Il peut sans doute être admis, ainsi que le rappelle la Cour supérieure, que « le juge ne statue pas *ultra petita* quand il déclare putatif le mariage dont on n'a demandé que l'annulation, sans conclusion quant au caractère putatif de ce mariage ». C'est que, dans ce cas, la bonne foi se présument, le juge ne fait que tirer les conséquences que la loi elle-même attache à la nullité du mariage (arg. art. 163 C.C.). Mais à l'inverse, on ne peut approuver le premier juge de s'être autorisé, sans que semble-t-il les parties en aient réellement débattu, à prononcer le caractère *non* putatif du mariage, au moyen de surcroît d'une formule présentant l'allure et tous les dangers d'une clause de style. Pas davantage ne peut-on l'approuver d'avoir pensé selon toute vraisemblance, pour parvenir à cette conclusion, que l'erreur de droit excluait la présomption de bonne foi (la Cour supérieure l'en blâme fort discrètement aux pages 428 et 430 du jugement précité). Enfin, dernière curiosité, la nullité elle-même n'aurait pas dû être prononcée. La deman-

deresse avait contracté mariage alors qu'elle était mineure et sans le consentement de sa mère. Ce n'est que vingt-cinq ans plus tard qu'elle avait songé à se pourvoir en nullité en invoquant sa propre minorité, alors que de toute évidence, l'article 150 C.C. réservait le recours à la mère dont le consentement était requis !

La Cour supérieure n'a pu que constater ces bizarreries et tirer les conséquences d'un jugement erroné mais passé en force de chose jugée.

9. *Filiation légitime. Requête en rectification d'acte de l'état civil dissimulant une question d'état.*

Il y a lieu à rectification d'un acte de l'état civil, à la suite d'une erreur ou omission, lorsque l'état de la personne concernée étant légalement établi, il s'agit seulement de faire concorder l'acte erroné ou incomplet avec cet état (*Dame Latour c. d'Anjou*, 1959 C.S. 386). A l'opposé, la requête en rectification est irrecevable lorsqu'elle tend en réalité à attribuer à la personne concernée un état autre que celui-là même qui est constaté par l'acte à rectifier (*Crépeau c. Gareau*, 19 R.P. (C.S.) 323; *Tanguay c. Pouliot*, 1958 R.L. (C.S.) 382, note Marie-Louis BEAULIEU, 1959 R. du B. 24): la requête en rectification d'acte de l'état civil ne doit pas dissimuler une action en réclamation ou en contestation d'état. La distinction (qui ne jouit pas d'une approbation doctrinale unanime: BAUDRY-LACANTINIERE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 1896, t. 1, p. 639, n° 954) a été encore réaffirmée récemment dans des circonstances « idéales » (*Vachon c. Martin*, 1968 R.P. (C.S.) 283). Les parents d'un enfant prétendu légitime demandaient la rectification de l'acte de naissance de ce dernier. Leur requête a été rejetée. L'enfant avait été en effet inscrit sous de faux noms. La discordance ainsi réalisée entre le titre et la possession d'état rendait la filiation de l'enfant contestable. La requête se trouvait donc à cacher une action en réclamation de filiation qui ne pouvait être intentée que selon les règles qui lui sont propres (art. 231 et 232 C.C.).

C. BIBLIOGRAPHIE.

10. *Loi concernant le mariage civil*, par Pierre-Gabriel JOBIN, 1969, 10 C. de D. 211.
11. *Validité d'un mariage célébré par procuration à l'étranger*, *Jasenovic c. Nussinov*, 1966 B.R. 774, note Alain-François BISSEAU, cette *Revue*, 1967-68. 210.

12. *The Validity of « Sham Marriages » and Marriages procured by Fraud : Johnson (falsely called Smith) v. Smith*, par P.M. BROMLEY, 1969, 15 McGill L. J. 319.

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

II. — RAPPORTS PERSONNELS ENTRE ÉPOUX, OBLIGATION ALIMENTAIRE, DIVORCE ET SÉPARATION DE CORPS.

A. RAPPORTS PERSONNELS ENTRE ÉPOUX.

1. *Aliénation d'affection.*

Héritée du droit anglais, l'action pour aliénation d'affection (*heart balm actions : alienation of affection or criminal conversation*) donne lieu à l'attribution de dommages-intérêts en cas d'adultère ou de détournement d'affection entraînant la rupture de la communauté conjugale. Cette action avait toujours eu du mal à s'imposer au Québec et on pouvait penser qu'avec le relâchement des mœurs et la fragilité nouvelle des mariages, elle allait disparaître de la scène jurisprudentielle. Deux arrêts récents démontrent qu'il n'en est rien. Certes, la preuve d'un dommage spécifique est souvent difficile à faire (*G. c. L.*, 1942, 46 R.P. 178) mais les juges peuvent venir au secours de l'offensé en fixant arbitrairement un certain montant de réparation à défaut de preuve de dommage spécifique (*N. c. H.*, 1969 B.R. 348; *Khazzam c. Garson*, 1969 B.R. 157; G.H.L. FRIDMAN, *Consortium as an "Interest" in the law of torts*, 1954, 32 Can. Bar. Rev. 1083; A.D. GUTHRIE, *Principles of assessment of personal injury claim*, 1967, 27 R. du B. p. 176 et 177; A. POPOVICI, *De l'aliénation d'affection : essai critique et comparatif*, 1969, *Rev. Droit comparé*, p. 105-114).

2. *Capacité juridique de la femme mariée.*

Il ne semble pas, s'agissant d'une femme mariée en communauté de biens, que le principe capacitaire soit enfin entré dans les mœurs juridiques. On hésite toujours à valider les engagements de celle-ci lorsqu'ils n'ont pas été contractés dans le cadre d'un mandat domestique (art. 180 C. civ.) ou conventionnel (art. 178

C. civ.) ou lorsque le mari n'est pas intervenu pour acceptation ou ratification. Le jugement *Trans-Canada Readers Service c. Dame Dorais et vir* (1968 R.L. 114) rend compte d'un certain malaise à ce niveau. Une femme commune en biens avait fait un achat dont on ne pouvait poursuivre le paiement ni contre le mari ni contre la communauté. Certes, il eût été intéressant d'avoir comme débiteur personnel ce mari, mais il ne fallait pas oublier que, désormais capable, la femme pouvait s'engager personnellement. L'art. 177 C. civ., en effet, ne limite la portée du principe capacitaire que dans la mesure où l'économie du régime matrimonial adopté risque d'être détruite. Pour la sauvegarder cependant il n'a pas été nécessaire de nier la capacité de la femme dans certains secteurs de la vie juridique, il a suffi de restreindre certains des pouvoirs qu'en qualité de titulaire du droit de propriété, elle détenait sur ses biens. La difficulté d'adaptation de certains juristes aux principes de la loi de 1964 vient de ce qu'ils font difficilement la distinction entre la capacité et le pouvoir. Or la capacité est personnelle ou subjective; le pouvoir est réel ou objectif. La femme, tout en étant capable, peut donc être frustrée de certains pouvoirs sur ses biens. Ses engagements seront valides mais leur exécution possible dans la mesure seulement où elle n'aura pas outrepassé ses pouvoirs. C'est dire qu'à côté des actes valides et des actes nuls existent aujourd'hui les actes inefficaces parce que passés sans pouvoir. L'avenir viendra heureusement faire disparaître ces actes hybrides fondés sur le principe de l'inopposabilité. Déjà une certaine jurisprudence tend à les nier (*Rossy c. St Mars et Dame Cahill*, 1966 C.S. 423)¹.

On ne peut guère blâmer les praticiens de facilement confondre capacité et pouvoir lorsque l'on sait que le législateur ne fait pas toujours lui-même les distinctions qui s'imposent. Ainsi, puisque le régime matrimonial n'a plus aucun effet sur la capacité juridique de la personne depuis 1964, mais peut seulement modifier les droits et les pouvoirs sur les biens, l'art. 99 al. 1 de la loi du 12 décembre 1969 (1969 S.Q. Bill 10), devrait, pour ne pas heurter la logique juridique se lire: « Les conjoints qui se sont mariés avant le 1^{er} juillet 1970 ont, outre la pleine capacité juridique quant à leurs droits civils, les droits et les pouvoirs que la présente loi leur reconnaît suivant leur régime matrimonial. »

¹ L'auteur de cette chronique étudie, dans un article intitulé *L'art. 177 C. civ. ou la capacité juridique de la femme mariée selon la loi québécoise (supra)*, le problème « capacité-pouvoir » tel qu'il se pose en droit positif québécois.

Dans sa formulation actuelle, cet article peut laisser croire que la capacité juridique est une des variables du régime matrimonial.

3. *Mandat domestique.*

Le mandat domestique n'est pas une création de la loi de 1964. Hérité de l'ancien droit, et consacré en droit québécois au lendemain de la codification par quelques arrêts de principe, il permit à la femme incapable, de participer activement à la vie juridique. Sous l'empire de la législation ancienne, les juges avaient même tendance, afin de valider certaines opérations effectuées par la femme, à étendre le domaine d'application du mandat ménager à des actes qui, manifestement, ne comportaient pas le caractère « d'achat de choses nécessaires à la vie ». L'accession de la femme à la pleine capacité juridique (*Trans-Canada Readers Service c. Dame Dorais et vir*, 1968 R.L. 114; devait conduire à une conception restrictive du contenu d'un tel mandat. L'élargissement du passé, en validant des opérations juridiques théoriquement nulles, protégeait les tiers. Ces tiers sont désormais protégés puisque les actes juridiques passés par la femme mariée sont généralement valides: dans la mesure où elle n'engagerait pas le mari, elle s'engagerait personnellement et permettrait ainsi aux tiers de la poursuivre (art. 1715 et s. C.C.; *Trans-Canada Readers Service c. Dame Dorais et vir*, 1968 R.L. 114).

Les pouvoirs ménagers de la femme n'existent que dans la mesure où ils ne lui ont pas été retirés par le mari qui le fera en adressant, aux tiers susceptibles de traiter avec l'épouse, une lettre les avisant personnellement qu'il ne répond plus des dettes contractées par celle-ci (art. 180 al. 2 C.C.; A.Y. c. K.B. C.S. Montréal, n° 78861, non publié; *Crescent Finance Corporation c. Blackburn*, 1969 R.L. 185; *Brown c. Marlowe*, 1943 C.S. 61; *Lefebvre c. Labonté*, 1944 C.S. 256; *Barrette c. Durocher*, 1945 C.S. 477) ou en ne contresignant un acte passé par la femme que pour autorisation lorsque celle-ci était encore requise (*Ross c. Collard*, C.S. Montréal, n° 663.704, 27 janv. 1967, non publié, 1968 McGill L.J. 465; « qui auctor non se obligat »). Sous l'empire du mandat tacite, la séparation de fait entraînait aussi la perte des pouvoirs ménagers: on ne pouvait plus supposer un consentement du mari à se trouver engagé par les achats ménagers effectués par la femme. La codification de ces pouvoirs leur a ôté une bonne part de leur précarité (J. MAURY, *La séparation de fait entre époux*, R.T.D.C. 1965, p. 539 et s.; G. BRIÈRE, *Lois nouvelles*, Montréal, p. 26;

R. COMTOIS, *Traité de la communauté de biens*, Montréal 1964, p. 93, note 100). Ils ne découlent plus désormais de la seule volonté du mari mais de l'état de mariage; et ce n'est que lorsque le lien matrimonial aura été distendu judiciairement, que le mari sera à l'abri des poursuites des tiers fournisseurs. Mais il ne serait pas, semble-t-il, à l'abri de celles des tiers qui ont rendu à la femme des services professionnels mettant en question l'obligation de secours et d'assistance de l'art. 173 c. civ. En cas de séparation, la pension alimentaire perçue par la femme lui permet de payer elle-même ses fournisseurs: sur le plan strictement alimentaire, elle ne saurait engager le mari (le problème se pose d'ailleurs différemment selon qu'elle est séparée légalement ou amiablement: la pension perçue après entente des époux par une femme séparée de fait est un problème d'économie interne du ménage. Les tiers de bonne foi ne sauraient se voir opposer cette entente. L'apparence créée par le mariage justifierait leurs poursuites: J. MAURY, *op. cit.*, p. 541). Mais elle pourrait se prévaloir de son droit à la santé (G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1, vol. 2, Paris, 1967, n° 192) pour obliger son époux à régler les honoraires des professionnels ou les notes des services hospitaliers dans la mesure où leurs services étaient urgents, nécessaires et exceptionnels: il s'agit là, en effet, d'une assistance par personne interposée (pour une reconnaissance du droit à la santé: *Loneragan c. Girard*, 1929, 67 C.S. 90; *D'Anna c. Corbeil*, 1944 C.S. 400; *Hôpital Ste Jeanne d'Arc c. Prud'homme*, 1949 C.S. 487; *Larocque c. Pilon*, 1963 C.S. 298).

La jurisprudence distingue même les soins médicaux et chirurgicaux nécessaires et utiles de ceux qui n'ont pas ces caractères. Très largement favorable à l'engagement du mari dans le premier cas (*Loneragan c. Girard*, 1929, 67 C.S. 90; *D'Anna c. Corbeil*, 1944 C.S. 400), même s'il a été condamné à une pension alimentaire après séparation légale, les juges hésitent à condamner le mari lorsqu'il ne s'agit que de soins courants (*Desruisseaux c. Humes*, 1933, 55 B.R. 508; *Gauthier c. Aubert*, 1939, 77 C.S. 396: dans ces deux cas, cependant, il y avait séparation de fait). Cette distinction entre le droit aux aliments et un droit à la santé limité à l'urgent et au nécessaire, nous semble être la raison qui a conduit à refuser de mettre à la charge d'un mari les honoraires d'un psychiatre consulté par une femme judiciairement séparée (*A.Y. c. K.B.*, C.S. Montréal n° 78 861, non publié).

Il ne faudrait toutefois pas essayer d'enfermer le mandat domestique dans un cadre juridique étroit qui ne permettrait à la femme de représenter la famille que pour des dépenses essentielles à la vie. Les besoins d'une famille ne se ramènent pas à un minimum standard mais doivent être appréciés en fonction des moyens de chaque couple. Telle dépense, extravagante dans un cas, sera fort raisonnable dans un autre. D'objectif (choses nécessaires à la vie), le mandat ménager est devenu subjectif lors de sa codification (besoins courants du ménage et entretien des enfants) (art. 173, 176 et 180 c. civ.; *Crescent Finance Corporation c. Blackburn*, 1969 R.L. 185; *The Eaton Co Ltd c. Dame Egglefield*, 1969 C.S. 15).

Toute dépense à caractère ménager qui correspond au train de vie habituel de la famille engage le mari; tout achat disproportionné avec les moyens du couple devrait lui être inopposable; mais la jurisprudence préfère ventiler la dette mettant à sa charge la partie qui correspond à ses facultés et à son état et pénalisant pour le reste le tiers qui, en contractant, a commis la faute de ne s'être pas assuré que le mari était en mesure d'assumer le paiement de l'achat effectué par l'épouse (*The Eaton Co Ltd c. Dame Egglefield*, 1969 C.S. 15). On peut se demander d'ailleurs si la nouvelle technique de vente par carte de crédit ne viendra pas bouleverser le schéma traditionnel des pouvoirs ménagers. Si les tiers fournisseurs peuvent, après enquête, délivrer à la femme mariée une carte lui permettant d'effectuer dans leurs magasins des achats à paiement différé dans les limites d'un certain montant, devra-t-on considérer ménager tout achat fait dans ces limites? Nous ne le pensons pas. Il appartiendra toujours au juge d'apprécier la nature des achats effectués et de déterminer si et dans quelle mesure ils correspondent au « standard de vie des époux ».

4. Exécution forcée des obligations découlant du mariage.

V. *infra*, n° 9.

B. OBLIGATION ALIMENTAIRE.

5. Recours des tiers fournisseurs contre les débiteurs d'aliments.

Lorsque des tiers fournissent à un créancier d'aliments des subsides, des services ou toute autre chose nécessaire à la vie, ils essayent toujours, avec plus ou moins de succès, d'exercer un recours contre le débiteur alimentaire. Le Code civil tient en effet à la disposition des tiers créanciers un certain nombre de mécanismes qui peuvent conduire à la condamnation de leur débiteur.

On peut tout d'abord faire appel à l'art. 1141 C.c., qui permet au tiers qui a effectué un paiement auquel il n'était pas tenu, d'en réclamer remboursement au débiteur (*Ville Saint-Jérôme c. Carreau*, 1942 C.S. 417; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, n° 837 et 842; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. 2, vol. 2, n° 554; *contra* : P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 5, p. 533; L. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 8 bis, p. 334, n° 458 et s.) ou à l'article 1031 C.c. qui autorise les créanciers à exercer les droits et actions de leur débiteur (*Larocque c. Pilon*, 1963 C.S. 298; *D. c. L.*, 1968 C.S. 495); les droits alimentaires étant strictement personnels, la majorité des auteurs refusent d'admettre la validité d'un tel recours; la jurisprudence les suit dans cette voie: *Royal Victoria Hospital c. Harris*, 1944 C.S. 427; *Maniates c. Parishis*, 1948 C.S. 124; *A.Y. c. K.B.*, C.S. Montréal n° 78 861 (non rapporté). On peut aussi songer à la théorie de l'enrichissement sans cause (*Algaire c. Leblond*, 1937, 75 C.S. 131; *D. c. L.*, 1968 C.S. 495; *Ross c. Collard*, 1968 *McGill L.J.* p. 465), et aux règles de la gestion d'affaires (art. 1046 C.c.: *Fecteau c. Brousseau*, 1930, 49 B.R. 211; *Loiselle c. Théoret*, 1956 C.S. 244; *D. c. L.*, 1968 C.S. 495). Mais on ne saurait démontrer la validité d'une saisie-arrêt contre le salaire et les avoirs bancaires d'un mari pour services rendus à une femme séparée, non bénéficiaire d'une pension alimentaire. D'ailleurs une saisie-arrêt contre le mari équivaldrait à la reconnaissance, par le juge saisi, d'un droit alimentaire valorisé. Compétent en matière de saisie-arrêt, le juge provincial ne le serait pas en matière de pension alimentaire: cette technique qui heurte des règles de droit substantif et de droit procédural doit donc être écartée (*Massé c. Dame Gagnon et Raiche*, 1968 R.P. 217. Après avoir obtenu jugement contre la femme, le créancier, afin de pouvoir exécuter son jugement, demanda au juge de condamner le mari à payer à sa femme une pension alimentaire.)

6. Saisissabilité des droits alimentaires valorisés.

Les créances alimentaires jouissent de la faveur de la loi puisque leur caractère alimentaire permet la saisie d'une quotité plus importante des revenus du débiteur d'aliments, mais cette faveur ne leur confère pas le statut de créances privilégiées que seule la loi pourrait expressément leur attribuer (art. 1981, 1982, 1994 C.C.). Elles ne sont que des créances ordinaires, et tout créancier du débiteur d'aliments peut demander à être colloqué avec le créancier alimentaire de celui-ci. Toutefois, cette collocation n'a effet que sur la quotité des revenus que ce tiers peut saisir,

quotité inférieure à celle sur laquelle le créancier d'aliments est en droit d'exercer une saisie-arrêt. Il convient donc, lorsqu'un créancier du mari demande à être colloqué avec l'épouse de celui-ci, titulaire d'une pension alimentaire (art. 643 C.P.C.), de ventiler les sommes saisissables en tenant compte des différents plafonds de saisissabilité (*Duquette c. Garneau et autres*, 1968 R.P. 43; B. FIGLER, *Seizure by garnishment under the new Code of civil procedure*, 1968 R. du B. 655; art. 553, par. 9 C.P.C.). Par contre, si la femme a déjà perçu le montant de sa pension, la collocation est impossible. Les sommes par elle perçues bénéficient de la protection de l'art. 553, par. 4 C.P.C. (insaisissabilité complète).

A cette faveur à l'égard des dettes alimentaires vient s'opposer la protection assurée par des lois spéciales à certaines créances de rente, prestations ou remboursements prévus incessibles et insaisissables (cf. par ex. *Loi spéciale sur le régime supplémentaire de rentes de la C.T.M.*, S.Q. 1965, ch. 25, art. 31). Lorsqu'un conflit s'élève entre les dispositions des art. 7 et 553 C.P.C., qui déclarent saisissables certaines sommes et celles d'une loi spéciale qui les rend insaisissables à l'égard de tous, laquelle de la loi générale ou de la loi spéciale doit l'emporter? La jurisprudence actuelle tend à préférer les dispositions de la loi spéciale à celles du Code de procédure civile (*Dame Nerny c. Allaire*, 1968 R.P. 230 et *Dame Deslauriers c. Chenier*, 1968 R.P. 314, confirmant une jurisprudence bien établie: *Commission des pensions de vieillesse c. Poirier*, 1940, 69 B.R. 11; *Houle c. Laramée*, 1946 C.S. 395; *Banville c. Romaneda*, 1940, 78 C.S. 130; *contra*: *Dessurault c. Papineau*, 1950 C.S. 487). Nous ne pouvons qu'approuver ces deux décisions récentes. Certes, on peut regretter que la loi crée des régimes de faveur à l'égard de certains revenus ou de certaines cotisations, mais on ne peut ignorer que cette faveur existe. Refuser d'appliquer la loi spéciale serait en nier l'existence juridique: tant que le législateur n'a pas abrogé un texte, il s'impose aux plaideurs et à leur juge.

7. Contenu de l'obligation alimentaire.

Le contenu de l'obligation alimentaire continuera toujours à opposer exécutés et libéraux. Ainsi, qui de l'héritier ou du parent doit prendre en charge les frais funéraires du défunt? Lorsque la succession n'est pas déficitaire, il est logique de faire de l'héritier le seul tenu (art. 735 et s. C.C.). Dans la négative, comme il est fort peu probable que les parents successibles acceptent la

succession, ne doit-on pas exiger de ces derniers qu'ils acquittent ces frais en qualité d'obligés alimentaires ? La jurisprudence vient une fois encore de le leur rappeler (*Trottier c. Trottier*, 1968 R.L. 96). Pendant la vie de leur auteur pesait sur ces parents le devoir moral de lui fournir des aliments. A son décès, pèse aussi sur eux celui de veiller à ce qu'il ait une sépulture décente. Certes, dans le premier cas ce devoir moral est sanctionné par une obligation légale. Mais comme ces deux devoirs moraux sont de même nature, en consacrant légalement le premier on assurait « l'effectivité » du second (*Viau c. Viau*, 1948 C.S. 189; David H. Wood, *Funeral expenses revisited*, 1968 R. du B. 289; *contra* : *Deslauriers v. Sirois*, 1965 C.S. 426. Dans cette espèce, cependant, la succession à laquelle avait renoncé le parent héritier n'était pas déficitaire).

L'interprétation extensive du contenu de l'obligation alimentaire permet de mettre à la charge du mari un certain nombre d'obligations qui, de toute évidence, ne ressortissent pas du secours ni même de l'entretien, telle l'obligation de prendre en charge les dépenses encourues pour la défense de la femme accusée d'actes criminels, ou celles occasionnées par un changement involontaire de résidence (frais d'avocat: *D. c. L.*, 1968 C.S. 495; frais de déménagement: *Dame Chamard c. Trudel*, 1969 C.S. 201). Mais, si l'article 173 C.c. crée à l'encontre des époux une obligation mutuelle de secours et d'assistance, et si l'article 176 C.c. met à la charge du mari une obligation de fournir à sa femme tout le nécessaire à la vie, il ne semble pas que l'on doive faire appel à la notion de secours alimentaire pour obliger le mari à régler des frais d'avocat ou de déménagement. Il serait plus juste, nous semble-t-il, de considérer que les époux, dès le mariage, deviennent solidaires l'un de l'autre et tenus de se fournir, en cas d'épreuves, l'assistance la plus susceptible de mettre fin à celles-ci. Tout manquement au devoir élémentaire d'assistance conduirait à une séparation de corps aux torts de celui qui violerait les règles de la solidarité familiale. Il ne nous apparaît pas souhaitable de torturer à ce point la notion d'aliments. L'obligation d'assistance rend beaucoup mieux compte, dans certains cas, du devoir de prêter son concours à son conjoint éprouvé que l'obligation de secours. Laissons donc à celle-ci sa vocation alimentaire (*D. c. L.*, 1968 C.S. 495) et contentons-nous d'y découvrir en faveur du créancier d'aliments un droit à la santé (*Larocque c. Pilon*, 1963 C.S. 298) et un droit à une existence décente (*Dame G. c. G.*, 1968 B.R. 357; *Dame Moquin c. Charron*, 1968 B.R. 16).

Au lendemain de l'adoption de dispositions uniformes qui régiront dans l'avenir certains effets communs du divorce et de la séparation de biens, on peut se demander si la disparition des articles 202 et 213 C.C. et leur remplacement par les articles 200 et 212 C.C. nouveaux ne perturberont pas la jurisprudence établie en matière de pension alimentaire. La lecture des textes de remplacement et des commentaires qui les accompagnent (S.Q. 1969, Bill 8, art. 200 et 212, p. 2a, 3 et 4) ne nous a pas permis de découvrir des changements par rapport au passé. Sans doute, peut-on regretter que les rédacteurs de ces textes aient entendu emprunter à la loi fédérale des tournures qui rappellent plus le droit pénal que le droit civil (S.C. 1967-68, ch. 24, art. 10a, art. 11 (1) (a) et (b)) mais ce sont là des détails qu'il ne nous appartient pas de critiquer ici. Il faudra donc encore dans l'avenir faire une distinction entre le contenu de la pension alimentaire octroyée en cours d'instance et le contenu de celle qui sera attribuée lors du jugement final. Cette distinction apparaît aujourd'hui comme hier au niveau des textes, mais à la précision du passé, a fait place un certain flou qui consacre l'accroissement de l'imperium judiciaire dans ce domaine: « Le tribunal peut, dans le cas de séparation de corps ou de divorce, ordonner à l'un des époux de verser pour l'entretien de l'autre époux et des enfants les sommes qui seront jugées raisonnables » (art. 212 C.C. nouveau: il est à noter, toutefois, l'apparition à côté des critères objectifs de détermination du droit valorisé aux aliments [besoin du créancier, moyens du débiteur] d'un critère subjectif fort discutable: la conduite des parties. Le lien de parenté ne justifie donc plus, à lui seul, le droit aux aliments). Avant la décision finale, les conjoints, même relevés de l'obligation de cohabitation, conservent leur statut d'époux et restent soumis aux règles du droit matrimonial pécuniaire. Le mari dès lors doit « fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état » (art. 176 C.C.) et la pension alimentaire attribuée doit refléter dans son montant cette obligation du mari d'assurer à sa femme un train de vie correspondant à celui du passé (*Deyglun c. Dame Boucher*, 1968 B.R. 138; *contra*: *Dame Chamard c. Trudel*, 1969 C.S. 201: les articles 202 et 213 C.C. renverraient également à l'art. 169 C.c.; G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 1, p. 683 et 628, t. 2, p. 45). La pension alimentaire n'est alors que la continuation de l'obligation d'entretien. Le jugement final met fin à cette obligation d'entretien mais laisse subsister une obligation de secours dont les contours sont précisés à l'art. 169 C.c. Il ne s'agit plus

de maintenir un train de vie mais d'assurer au créancier d'aliments un secours alimentaire qui correspond à ses besoins, sans peser sur le débiteur d'aliments au delà de ses moyens (*Trudel c. Dame Damphousse*, 1968 B.R. 803). Par moyens, il faut entendre non seulement les revenus du débiteur d'aliments mais aussi ses avoirs en capital: *Dame Chamard c. Trudel*, 1969 C.S. 201 (solution critiquable puisqu'avec l'émiettement du capital, c'est l'espoir de revenus futurs qui disparaît); les besoins et les moyens sont ceux que la preuve révèle: *B c. B*, 1969 R.P. 10, *Béïque c. Dame Décary*, 1968 B.R. 133. Les besoins ne sont pas immuables et ne constituent pas le minimum vital commun à tous. Ils doivent être appréciés *intuitu personæ* et suivre l'accroissement de fortune de celui qui les doit.

8. *Obligés alimentaires.*

C'est à l'occasion d'un procès pénal que les tribunaux viennent de rappeler qu'il n'existait pas d'obligation légale alimentaire contre le mari d'une veuve épousée en secondes noces et les enfants de celle-ci (*La Reine c. Charron*, 1969 R.L. 125). Deux conditions sont essentielles pour que soit reconnu un droit alimentaire entre deux personnes: qu'elles soient unies l'un à l'autre par un lien de parenté ou d'alliance en ligne directe, ou par le mariage; et que le rapport de leur fortune soit tel que l'une puisse fournir à l'autre l'essentiel qui lui manque (L. BAUDOUIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, 1967, p. 324 et s.). Ce rapport de fortune justifie d'ailleurs que l'individu qui a femme et enfants puisse réclamer des aliments à ses parents lorsqu'eux seuls peuvent lui venir en aide (*Rodier c. Rodier*, 1969 R.P. 133). A un moment où les recours alimentaires tendent à céder le pas et se trouvent en fait remplacés par des mécanismes autosécuritaires (assurances vieillesse ou maladie, pensions, retraites, etc.), il est bon de rappeler qu'on ne doit pas essayer, même au moyen d'un chantage pénal, de créer à l'encontre d'un individu des obligations que la loi n'a pas sanctionnées. Il n'est toutefois pas défendu à un beau-père de subvenir aux besoins de l'enfant de sa femme. Cette exécution volontaire d'une obligation naturelle aurait alors comme effet de minimiser le montant de ce qui pourrait être réclaté au « père de droit » de cet enfant (*Dame Heitner c. Greenberg*, C.S. Montréal n° 522 362, 19 nov. 1968, juge A. Mayrand, non publié).

9. Exécution forcée des obligations découlant du mariage.

Il était communément admis jusqu'ici que la séparation judiciaire donnait ouverture à un droit alimentaire valorisé en faveur de l'époux innocent dans le besoin. Pour certains (théorie objective), cette solution devait être étendue à la séparation de fait puisque l'obligation alimentaire était une obligation légale découlant du mariage (*Algire c. Leblanc*, 1937, 75 C.S. 130; *Goudard c. Ouellet*, 1936, 40 R.P. 27). Pour d'autres (théorie subjective), le droit aux aliments étant la contre-partie d'obligations à l'égard du conjoint, le non-respect de l'obligation de vie commune devait neutraliser le droit aux aliments (*Lonergan c. Girard*, 1929, 67 C.S. 58; *Blanchette c. Brisebois*, 1939, 45 R.J. 511; quant à l'allocation d'une pension en cas de séparation de fait et aux distinctions proposées selon les circonstances dans lesquelles les époux ont cessé la vie commune, cf. H.L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, Paris, 1963, n° 1569; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1, Paris, 1962, n° 676 et 677). Mais très rarement, à notre connaissance, il avait été décidé qu'une femme pouvait se voir accorder une pension alimentaire « sans qu'elle ait eu recours à l'action en séparation de corps, tout en persistant à habiter avec ses enfants et son mari ». (Pour la reconnaissance de ce droit en faveur de la femme: *Moffatt c. Huberdeau*, 1914, 20 R.J. 196, p. 207 — situation de quasi-séparation de fait; *Dame Casse c. Asselin*, 1924, 62 C.S. 477; *Bristol c. Marzitelli*, 1953 C.S. 401 — pension perçue même après un retour au domicile commun; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles, 1878, t. 3, n° 57; A.D. GUTHRIE, *Alimentary obligations*, 1965, 25 R. du B., p. 530 et 531. — *Contra*: *Richard c. Carrier*, 1940, 78 C.S. 497; *Lonergan c. Girard*, 1929, 67 C.S. 88; G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 1, Montréal, 1942, p. 494, texte et note 4, p. 495.) En le faisant, le juge G.-M. Desaulniers vient de confirmer la possibilité de recourir à l'exécution forcée des obligations découlant du mariage (*Dame J.T.L. c. R.T.*, C.S. Montréal 15.404, cette *Revue*, *supra*). Un mari gagnant convenablement sa vie se refusait à pourvoir à l'entretien de sa femme et de ses quatre enfants. La femme pouvait certes, dans le cadre d'une instance en séparation de corps, se faire attribuer une pension alimentaire, mais rien dans la loi n'obligeait celle-ci, « au cas de refus du mari d'exercer ses obligations à son égard et à celui de ses enfants, à demander la séparation de corps ou à quitter le domicile conjugal ». Aussi le magistrat condamna-t-il le mari à lui verser périodiquement une somme « en exécution de ses obligations résultant de la loi et de son contrat de mariage ».

Le rôle nouveau de la femme dans le ménage (art. 174 C. civ.) conduisait à reconnaître à celle-ci certaines prérogatives sur son époux. (Le tribunal a sans doute été influencé par la jurisprudence antérieure qui, pour rejeter l'action alimentaire de la femme non séparée de son mari, prétendait ne pouvoir intervenir dans la gestion du mari, chef de famille: la disparition de la prééminence marital entraînait la caducité des raisons de la non-intervention.) Excellente, cette solution l'est plus en fait qu'en droit. Ce n'était pas tant de prérogatives sur le mari qu'il s'agissait, que d'exécution forcée d'obligations: il est en effet impensable que l'exécution d'une obligation dépende du bon vouloir d'un époux, et que le législateur ait voulu que des époux vivent séparés. En marge du devoir de secours qui consiste dans l'obligation alimentaire en faveur de l'époux dans le besoin et trouve sa source dans le mariage lui-même, le communauté de vie (« household community » ou « consortium ») entraîne l'obligation pour chaque conjoint de contribuer quelle que soit sa fortune personnelle aux charges du mariage (Cl. RENARD, *Le régime matrimonial de droit commun*, Bruxelles, 1960, p. 56 et 57; sur la distinction entre le devoir de secours et le devoir de contribution, cf. G. BAETEMAN et P.P. LAUWERS, *Devoirs et droits des époux*, Bruxelles, 1960, n° 240 et s.; J.G. RENAULD, *Rapport introductif*, n° 35, *Études juridiques J. Dabin*, t. 3, Les régimes matrimoniaux, Bruxelles 1966; l'évolution doctrinale et jurisprudentielle montrant que finalement la contribution aux charges vient recouvrir et préciser le devoir de secours entre époux; on pourrait prétendre aussi qu'il s'agit ici de la sanction de l'obligation de secours entre conjoints: cf. J.G. RENAULD, *rapport précité*, n° 38). L'obligation de participer aux dépenses communes selon ses facultés et son état n'est pas, en droit québécois, assortie de moyens légaux de la mettre en œuvre. S'agissant de la femme, on estime sans doute que le pouvoir qu'elle tient de la loi d'engager le crédit de son mari pour les besoins courants du ménage suffit à lui assurer la sécurité à laquelle elle a droit. Or, que certains devoirs découlant du mariage soient difficilement susceptibles d'exécution forcée, cela est évident, mais il ne faudrait pas étendre cette impossibilité ni au devoir de contribuer aux charges du mariage qui pèse sur chaque époux ni à l'obligation d'entretien du mari à l'égard de sa femme puisqu'ils offrent la particularité de pouvoir s'exécuter en argent (J. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1, vol. 2, Paris, 1967, n° 663). La Cour supérieure l'a fort bien compris et si cette jurisprudence se développe, se trouvera créé un mécanisme judiciaire d'exécution forcée de l'obligation d'entretien et de la contri-

bution aux charges du mariage qu'il ne restera plus au législateur qu'à entériner. Le droit comparé offre d'ailleurs un certain nombre d'exemples de telles dispositions (*France* : saisie-arrêt spéciale, C.P.C. art. 864-1 [décret n° 66-130 du 4 mars 1966]; *Belgique* : mandat judiciaire de perception des salaires du mari, C. civ. art. 218; *Suisse* : ordre judiciaire donné au débiteur du couple d'opérer tout ou partie de leurs paiements entre les mains de la femme, C. civ. art. 171; *Éthiopie* : mandat et saisie-arrêt, C. civ. art. 655; *Angleterre* : Matrimonial causes Act de 1950, Poor law Act de 1927, National Assistance Act de 1948; *État de New-York* : cf. W. TUCKER DEAN, *Matrimonial property law in the State of New York* dans Recueil, W. FRIEDMANN, *Matrimonial property law*, Toronto, 1955; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, Bruxelles, 1962, n° 706 et s.; Cl. RENARD, *op. cit.*, p. 58 et s.; J. BAETEMAN et J.P. LAUWERS, *op. cit.*, n° 246; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, t. 1, Paris 1961, n° 507, texte et note 1, n° 531; M. PLANIOL, G. RIPPERT et A. ROUAST, *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, Paris 1952, n° 353 et s.).

C. DIVORCE.

1° LÉGISLATION.

D'excellentes analyses de la loi du 1^{er} février 1968 (S.C. 1968-1969, ch. 24) ayant déjà été publiées, nous avons choisi d'apporter notre propre éclairage sur cette loi nouvelle en effectuant une revue complète des décisions québécoises et de common law (la compilation couvre une période de temps s'étendant du 2 juillet 1968 au 30 juin 1969) et en expliquant les dispositions nouvelles à la lumière des solutions jurisprudentielles. Une bibliographie permettra au lecteur de trouver facilement la réponse à des problèmes litigieux qui n'ont pas encore subi l'épreuve du prétoire.

2° JURISPRUDENCE.

Bien que la machine à moudre du divorce soit en place depuis un certain temps déjà, et qu'elle soit largement utilisée par les plaideurs, rares sont encore les décisions québécoises publiées. Quatre jugements seulement ont été à ce jour portés à notre connaissance. On pourrait évidemment penser à utiliser les décisions des magistrats des autres provinces pour découvrir l'interprétation qu'il convient de donner aux dispositions de la loi nouvelle; mais, outre qu'il répugnerait à un juriste civiliste d'user d'un éclairage

de common law, il n'est pas certain que cette interprétation soit la meilleure et la plus conforme au texte dans la mesure où les juges de common law font appel, pour justifier leur interprétation, à une jurisprudence antérieure à la réforme, émanant parfois de juridictions étrangères.

a) Décisions émanant de tribunaux de common law.

Nous ne voudrions cependant pas céder à la facilité et rejeter à priori l'interprétation suggérée par les commonlawyers. Aussi, après avoir présenté leur approche des textes nouveaux, essayerons-nous de dégager l'intérêt qu'elle présente pour un juriste civiliste.

10. *Causes de divorce.*

Dans l'affaire *Delaney c. Delaney* (1969, 1 D.L.R. (3d) 303 — C.S. B.C. 7 octobre 1968) le magistrat, statuant sur une demande fondée sur l'art. 3 (d) de la loi nouvelle, analysa le contenu de la « cruauté physique ou mentale qui rend intolérable la continuation de la cohabitation » et décida qu'il ne convenait pas tant d'examiner le comportement du cruel que le résultat des actes reprochés sur le partenaire. Ces actes condamnables (examen objectif du comportement) devaient, pour remplir les exigences de la loi, présenter des risques pour la santé physique ou mentale du partenaire (examen subjectif de l'effet de ce comportement). Il importait donc, pour le demandeur en divorce, de prouver les torts reprochés et de démontrer le besoin de protection que réclamait le comportement du fautif (voir dans le même sens *White c. White*, 1968, 69 D.L.R. (2d) 60 — décision rendue avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi). Cette approche de la « legal cruelty », héritée d'un vieil arrêt de la Chambre des Lords (*Russel c. Russell*, 1897 A.C. 395), n'est pas, semble-t-il, totalement satisfaisante. Elle exige, pour qu'un remède soit apporté à un conflit conjugal grave, que soit démontrée une nécessité de protéger la victime du comportement fautif. Ainsi que le fait remarquer Mr. S.J. Skelly (*Divorce Reform, A reality*, 1969, 10 C. de D. 92), « the protection theory is inconsistent with the matrimonial offense concept ». Le comportement du fautif doit seulement être si anormal que le conjoint se trouve en droit de refuser de le tolérer plus longtemps et de continuer la cohabitation. Un tel comportement pourrait évidemment mettre en danger la santé physique ou morale de l'époux plaignant, mais cette conséquence dommageable n'est pas nécessaire pour fonder une action en divorce sur la cruauté. Les causes

de dissolution du lien matrimonial énumérées à l'art. 3 de la nouvelle loi mettent en œuvre une conception de divorce-sanction. Dans cet esprit, la cruauté, de quelque importance, suffit à justifier une demande en divorce: non seulement elle constitue, pour l'époux coupable, un manquement grave aux obligations découlant du mariage, mais elle atteste un si grave relâchement des liens matrimoniaux qu'il devient souhaitable de dissoudre le mariage (J. PINEAU, *Coup d'œil sur la loi nouvelle sur le divorce*, 1969, 10 C. de D. 64; M. ROBERT, *Quelques commentaires sur la nouvelle loi concernant le divorce*, 1968, 28 R. du B. 517; M. GUMBERT, *Divorce cruelty: desertion and separation*, 1969, 29 R. du B., p. 213, sp. p. 219).

Dans un domaine, comme celui de la cruauté physique ou mentale, il convient de conserver à la notion une souplesse qui lui permet de s'adapter aux situations: la cruauté dépend pour beaucoup de la personnalité des protagonistes et telle conduite peut engendrer des réactions d'indifférence ou de révolte. Il n'en reste pas moins vrai cependant que la cruauté reprochée doit être d'une certaine gravité. Il ne conviendrait pas par exemple, de confondre certains désagréments résultant de défauts de caractère avec une conduite intolérable (*Zalesky c. Zalesky*, 1969, 1 D.L.R. (3d) 470 — B.R. Man, 20 nov. 1968; *Paskiewich c. Paskiewich*, 1969, 2 D.L.R. (3d) 622, C.S. B.C. 23 déc. 1968). Le comportement du défendeur doit être « si grossièrement insultant et intolérable que la personne qui dépose plainte ne pourrait raisonnablement cohabiter avec un conjoint coupable d'une telle conduite » (*Rapport sur le divorce*, Ottawa, l'Imprimeur de la Reine, 1967, p. 112).

En matière de cruauté, il est, semble-t-il, assez difficile pour les juges de common law, de se détacher des schémas jurisprudentiels anglo-saxons. Une décision toute récente vient malheureusement nous confirmer leur besoin de référence au passé et leur refus de considérer le *Divorce act* de 1968 comme un ensemble cohérent de règles dont chaque disposition doit être interprétée conformément à la logique de l'ensemble. Dans l'affaire *Herman c. Herman* (1969, 3 D.L.R. (3d) 551, C.S. N.S. 10 fév. 1969), le juge devait statuer sur un cas relativement simple de cruauté physique. Les faits révélaient que le mari, plus tard interné dans un asile, avait dès le début du mariage battu à moult reprises son épouse et la faisait vivre dans une atmosphère de crainte et d'insécurité. Dans la mesure où elle n'entendait plus accepter cette ambiance et cette violence, objectivement intolérable, elle

pouvait déclencher le mécanisme séparatiste en invoquant les dispositions de l'art. 3d. Certes, les troubles mentaux du mari ne constituaient pas en eux-mêmes la présomption d'une attitude généralement cruelle, mais la preuve de faits précis constitutifs de cruauté physique (excès ou sévices) aurait dû amener le magistrat à accorder un jugement provisoire de divorce, sans qu'il lui soit nécessaire de vérifier ce que les juges anglais auraient décidé en de telles circonstances ! Dans le contexte canadien qui vit le biculturalisme juridique, il convient, lorsqu'une législation doit s'appliquer dans les deux systèmes juridiques en présence, de découvrir une interprétation uniforme pour ne pas risquer de sacrifier l'originalité d'un système aux aspirations universalistes de l'autre.

Il ne faudrait cependant pas croire qu'il suffit au demandeur de prouver l'attitude cruelle de son partenaire pour obtenir un jugement conditionnel : la cruauté n'est pas un visa pour le divorce. Certes, l'insanité d'esprit ne constitue pas une excuse d'un comportement cruel (*Novak c. Novak*, 1969, 68 WWR 524, C.S., B.C. 1^{er} avril 1969) mais bien souvent, la preuve de cette cruauté n'emporte pas la décision : il faut l'étayer de faits permettant de conclure à l'échec du mariage (séparation des époux) ou à l'impossibilité de mener une vie conjugale normale (alcoolisme, attitude injurieuse; *Knight c. Knight*, 1969, 68 WWR 464, C.S. B.C., 10 avril 1969 : l'alcoolisme peut justifier le recours à l'art. 4 (1) (b) ou constituer l'un des éléments de preuve d'un comportement cruel).

Dans le même arrêt *Zalesky c. Zalesky*, les juges de la Cour d'appel du Manitoba avaient à examiner la portée d'une reprise temporaire de la cohabitation. Ils considérèrent que cette reprise de la vie commune n'était que la traduction dans les faits d'une tentative de réconciliation. D'une durée inférieure à 90 jours, elle ne pouvait signifier que le pardon de la cruauté passée avait été accordé conformément aux dispositions de l'art. 2 (d) de la loi nouvelle. En effet, pour constituer la fin de non recevoir à l'action en divorce aménagée à l'art. 9 (1) (c), ce pardon ne peut résulter que d'un accord de volonté entre le fautif et la victime, matérialisé par une reprise de la vie commune. Mais, afin de ne pas gêner toute possibilité d'oubli des querelles passées, le législateur a favorisé les démarches faites dans ce sens, en ne faisant pas d'une reprise de vie commune de moins de 90 jours un des éléments constitutifs du pardon lorsque la cohabitation « reprend principalement en vue d'une réconciliation ». Sage mesure législative, elle participe à la paix des ménages en différant les effets du pardon.

Considérée comme une manifestation d'un échec du mariage, la désertion permet à l'un des conjoints de présenter une requête en divorce (art. 4 (1) (e) (i et ii)). Le législateur fait toutefois une distinction entre la situation de celui qui subit l'abandon ou y acquiesce et celle de celui qui la provoque. Lorsque les conjoints ont vécu séparés l'un de l'autre pendant plus de trois ans, soit à la suite d'une désertion (dont seul pourra se prévaloir l'abandonné), soit à la suite d'un accord amiable (une séparation qui résulterait d'un « mutual agreement [expressed orally] to live apart » ne saurait être analysée comme une désertion: *McMaster c. McMaster et al.*, 1968, 69 D.L.R. (2d) 404, B.R. Sask., 17 juin 1968), une requête pourra être adressée au tribunal pour mettre fin à cette situation anormale. Encore convient-il de préciser le contenu de l'exigence d'une vie séparée. Une interprétation stricte de l'impératif textuel peut conduire à prétendre que la séparation doit être physique, chaque époux ayant un domicile distinct. Pris dans un sens large, l'exigence se limite à une absence de vie maritale, ignorée bien souvent de ceux qui ne voient évoluer le couple que de l'extérieur. Dans l'affaire *Rushton c. Rushton* (1969, 2 D.L.R. (3d) 25, C.S., B.C. 15 nov. 1968), le magistrat saisi a opté pour la seconde branche de l'alternative en affirmant que mener une vie indépendante, ne pas avoir de relations sexuelles, organiser une séparation des résidences au domicile commun en partageant l'appartement en deux parties privatives, limiter les obligations découlant du mariage au seul devoir de secours et ne continuer à conserver une apparence de couple que pour des motifs d'ordre professionnel, constituait pour deux époux la séparation de vie exigée par l'art. 4 (1) (e) (i). Pour ceux qui admettent difficilement la conception divorce-remède, cette interprétation est assurément condamnable. Elle ouvre trop largement la porte à un divorce par consentement mutuel, condamné par l'art. 9 (1) (a). Certes, la présomption d'échec du mariage qui découle d'une vie séparée n'est pas divisible: elle résulte d'une séparation d'une certaine durée. Mais dès lors que cette séparation est prouvée, il convient d'en tirer les conséquences (mais il n'est pas certain que la désertion sera retenue contre celui qui quitte le domicile commun: *McMaster c. McMaster*, réf. cit.), et nous pensons avec le magistrat que refuser de jouer « les règles du jeu » du mariage pendant un délai de trois ans, équivaut à une séparation physique. Il ne suffit pas, pour vivre en commun, de vivre l'un à côté de l'autre; il faut encore vivre l'un avec l'autre. L'absence de vie familiale, liée à l'intention qu'il en résulte une destruction de l'association conjugale, consti-

tue une preuve suffisante de l'échec du mariage (M. GUMBERT, *Divorce cruelty, Desertion and Separation*, 1969, 29 R. du B., p. 228). Seule la preuve de l'existence d'une telle séparation peut parfois être difficile à rapporter, puisque le juge ne doit pas s'en tenir aux seules admissions des parties (art. 9 (1) (a)).

C'est d'ailleurs sur cette question de preuve que risquent de diverger les magistrats et tandis que certains seront particulièrement stricts (*Seminuk c. Seminuk*, 1969, 4 D.L.R. (3d) 253, B.R. Sask., 28 mars 1969), d'autres se montreront peut-être par trop tolérants (*Rushton c. Rushton*, 1969, 2 D.L.R. (3d) 25, C.S. B.C., 15 nov. 1968). Dans l'affaire *Seminuk c. Seminuk* par exemple, le magistrat, après avoir admis que « a married couple may live « *separate and apart* » within the meaning of s. 4 (1) (e) (i) of the Divorce Act, 1967-1968 (Can.), c. 24, while under the same roof », précisa que dans une telle hypothèse il fallait se montrer particulièrement circonspect. Le fait se teintant d'intention, une absence de relations sexuelles, une séparation de l'appartement en deux parties privatives où chacun mènerait une vie indépendante, ne permettrait pas de conclure à une disparition de l'*affectio coniubiis* propre au mariage. Il ne nous semble souhaitable d'opter ni pour l'extrême rigueur, ni pour la trop grande tolérance. Certaines attitudes ne trompent guère et permettent de constater un mal irréparable. Voudrait-on obliger les époux à se séparer pour mieux consacrer leur désaccord ? N'est-il pas préférable de les laisser s'organiser une liberté qu'ils rejeteront peut-être par la suite ? Les possibilités de fraude ne doivent pas conduire à écarter une formule d'où peut résulter une réconciliation.

Proche parente de la séparation, la désertion constitue elle aussi une preuve *prima facie* de l'échec du mariage: après 5 ans de séparation physique, le déserteur peut demander le divorce (art. 4 (1) (e) (ii)). Cette désertion nécessite, lorsqu'elle s'analyse en la personne du déserteur, un élément matériel (la séparation physique des deux époux) et un élément moral (la volonté de désertir ou *animus deserendi*). Aucune autre condition n'étant exigée, il n'est plus possible de refuser à un époux dont le conjoint est malade, un jugement de divorce. Le divorce-remède postule que le mariage n'est concevable que dans la mesure où les époux peuvent constituer un couple normal: la folie, ou la maladie mentale est, par le biais de la séparation, une cause de divorce (*Kostrakewich c. Kostrakewich*, 1969, 2 D.L.R. (3d) 277, C.S. Ont., 20 nov. 1968; *Kennedy c. Kennedy*, 1969, 2 D.L.R. (3d) 405, C.S.

B.C., 27 novembre 1968; J. PINEAU, *loc. cit.*, p. 67; M. GUMBERT, *Divorce cruelty, Desertion and Separation*, 1969, 29 *R. du B.*, p. 220 et s.).

La désertion ne résulte pas simplement comme on pourrait le croire, d'une séparation physique, voulue par un époux et subie par l'autre. Il doit s'agir en fait d'une séparation fautive, le déserteur entendant sans raison valable s'affranchir de l'obligation de cohabitation qui découle du mariage. On ne pourrait donc pas reprocher à celui qui avait de justes motifs de le faire, d'avoir déserté le domicile conjugal (M. GUMBERT, *Divorce cruelty, Desertion and Separation*, 1969, 29 *R. du B.*, p. 220 et s.). Il n'était pas tenu de supporter une situation intolérable, ou nuisible à sa santé physique et mentale. Demandeur en divorce, ce déserteur ne serait donc pas lié par les dispositions de l'art. 4 (1) (e) (ii) qui l'obligent à attendre cinq ans avant de présenter une requête en divorce. Comme son conjoint, il pourrait se prévaloir de l'art. 4 (1) (e) (i) qui limite à trois ans la période de séparation qui permet d'établir une rupture définitive du mariage (art. 4 (2); *Perrin c. Perrin*, 1969, 3 D.L.R. (3d) 139, B.R. Sask., 16 déc. 1968).

11. *Fins de non-recevoir.*

Le législateur fédéral a organisé à l'art. 9 (I), une série de fins de non-recevoir à une action en divorce qui visent à empêcher la dissolution du mariage lorsqu'aucun motif grave ne la justifie ou s'il est préférable de sacrifier la liberté d'un époux à la protection des intérêts du conjoint ou des enfants. On pourrait toutefois se demander si cette liste est indicative ou limitative. Indicative, elle permettrait au juge de faire appel notamment à des principes généraux du droit pour justifier le rejet d'une requête. Limitative, elle l'obligerait à constater l'existence d'une des hypothèses prévues par les textes pour refuser d'accorder un jugement conditionnel. Par application de l'adage « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* », le juge saisi de l'affaire *Ellis c. Ellis et al.* (1969, 1 D.L.R. (3d) 46, B.R. Ont., 11 sept. 1968) avait rejeté l'action d'une femme qui entretenait des relations adultérines avec le mari de celle qui était devenue la concubine de son propre époux. Cette décision fut infirmée en appel. En vivant en concubinage, cette femme s'était assurément mise au ban du droit du mariage, mais, s'il n'appartenait pas, dans une optique de divorce-sanction, à l'époux coupable de demander que soit sanctionnée sa faute, rien ne l'empêchait de le faire dans une optique de divorce-remède. La

démonstration de l'échec du mariage suffisait à justifier la rupture. Nous ne pouvons qu'approuver la décision des juges de la cour d'appel qui accordèrent à cette femme un jugement conditionnel estimé conforme à son propre intérêt, à celui de son complice, à celui des enfants et à celui de la société « qui demande à ce que l'on fasse un compromis entre l'obligatoire sainteté du mariage et des considérations sociales qui font qu'il serait contraire à l'ordre public de maintenir une union irrémédiablement détruite ». On ne pouvait mieux justifier la théorie de l'échec du mariage: « la société souffre quand les mariages sont malades » (*Quand le mariage casse*, Montréal, 1968, p. 16).

C'est dans le but de limiter autant que faire se peut les hypothèses de divorce par consentement mutuel que le législateur oblige le juge à refuser d'accorder un jugement conditionnel sur les seules admissions des parties: art. 9 (1) (a). Une instruction lui permettra de constater le degré de délabrement du lien matrimonial et le guidera ainsi vers la solution à adopter. Lorsque l'on sait que dans certains pays les divorces sont prononcés au simple vu de lettres émanant de parents, de voisins ou d'amis, se comprennent mieux les raisons d'une « enquête ». Cette enquête présente d'ailleurs des avantages. En transformant en témoignages les déclarations faites sous serment par les plaideurs, elle permet au magistrat de prononcer un jugement lorsque la preuve résulte des seules allégations des parties (*Ewasiuk c. Ewasiuk*, 1968, 70 D.L.R. (2) 525). La condamnation du consentement mutuel, conduit aussi le juge à s'assurer qu'il n'y a pas collusion entre les époux: art. 9 (1) (b). Certes la notion de collusion est difficile à préciser (J. PINEAU, *loc. cit.*, p. 70) mais il n'est pas impossible de tenter une définition « négative ». Et puisqu'un pacte de séparation amiable qui consacrerait un échec du mariage entre gens qui ont certes des griefs l'un contre l'autre mais n'entendent pas s'entre-déchirer (*Campbell c. Campbell et al.*, 1969, 2 D.L.R. (3d) 708, B.R. Sask., 23 déc. 1968) n'est pas constitutif de collusion, on pourrait, peut-être, penser à faire de la collusion une entente entre époux en vue de créer une apparence de cause de divorce qui, surprenant la bonne foi du juge, l'amènerait à accorder un jugement consacrant la rupture du lien matrimonial (J. SOPINKA, *The divorce act 1968, Collision confined*, 1969, 47 R. du B. Can. 31).

La volonté législative de ne pas faire du divorce la solution normale à tout heurt entre époux, explique aussi pourquoi le juge doit refuser de prononcer le jugement demandé lorsque, dans le

cadre de l'art. 4 de la loi (divorce-remède), ce jugement serait préjudiciable à la conclusion d'accords raisonnables portant sur l'entretien des enfants: art. 9 (1) (e). Le tribunal doit donc « s'enquérir au préalable des possibilités d'accords sur le plan matériel afin que les enfants puissent être entretenus de façon raisonnable » (J. PINEAU, *op. cit.*, p. 72). Est-ce à dire qu'il doive constater la réalité de tels accords ou l'existence d'une demande visant à déterminer judiciairement la garde et le contenu du droit alimentaire de ceux-ci ? La logique civiliste eût voulu que l'on s'en tienne à cette solution, les magistrats ne pouvant statuer au civil que sur les demandes qui leur sont faites. Les common lawyers cependant semblent vouloir admettre une solution plus libérale qui reviendrait à permettre au juge de décider « *ultra petita* ». Dans l'affaire *Davies c. Davies* par exemple (1969, 3 D.L.R. (3d) 381, T.C., N.T., 28 janv. 1969), le juge, après avoir constaté que ni l'un ni l'autre des époux n'avait formulé de demande concernant la garde et l'entretien des enfants, qu'aucun accord préalable les concernant n'avait été conclu avant l'instance et qu'il était vain d'espérer arriver à une entente à leur sujet après jugement, contourna l'empêchement de l'art. 9 (1) (e) en prenant lui-même les dispositions nécessaires: le sort des enfants étant alors réglé, il pouvait accorder le jugement demandé. Il n'est absolument pas certain que les magistrats québécois s'orienteront dans cette voie ni même qu'ils accepteront de tenir pour valides des arrangements financiers faits avant l'instance en divorce car si, en principe, le tribunal doit respecter l'accord des parents pour attribuer la garde à l'un d'eux, à moins qu'il ne lui apparaisse que l'intérêt des enfants exige une autre solution (J. VOULET, *op. cit.*, p. 0-1; *Bigman c. Belzberg*, 1952 B.R. 391; *Goldberg c. Joseph*, 42 R.J. 427; *Wilson c. Thompson*, 1959 B.R. 522; *Deslières c. Dame Grenon*, 1963 B.R. 986; *Anderson c. Roper*, 1967 B.R. 170; *M. c. D.*, 1967 R.P. 408; *J. c. M.*, 1967 R.P. 145; comp. Paris 14 mai 1927, D.H. 1927. 456), il ne doit tenir compte, pour la fixation d'un droit alimentaire valorisé, que des besoins du créancier et des moyens du débiteur (art. 169 C.C.) et peut fort bien refuser d'entériner des accords conclus hors-cour.

S'il est souhaitable, sinon nécessaire dans certains cas, que les époux s'entendent sur les mesures à adopter en vue de l'entretien de l'un d'eux (art. 9 (1) (f)) ou de celui des enfants du mariage (art. 9 (1) (e)), les accords conclus ne sauraient lier le magistrat saisi de la cause. Certes, dans la majorité des cas, il reproduira dans son jugement les termes de la convention intervenue, mais cette convention perdra alors son caractère contractuel: elle sera

décision judiciaire sujette à modification et à appel. C'est dire qu'une telle convention n'a pour le juge qu'un caractère indicatif et qu'il pourrait, dans certaines circonstances, en modifier et le contenu et les modalités sans que les plaideurs puissent s'en plaindre (*Edwards c. Edwards*, 1969, 66 W.W.R., B.R. B.C. 17 oct. 1968).

La réconciliation des époux qui résulte du pardon par l'offensé des fautes du coupable (dans l'hypothèse d'une procédure sur la base des dispositions de l'art. 3) et d'une reprise de la vie commune pendant une période supérieure à quatre-vingt-dix jours (art. 2d), constitue aussi une fin de non-recevoir dont peuvent se prévaloir les deux parties en procès. Les griefs allégués et prouvés n'ont cependant pas entièrement disparu. Ils pourront revivre à l'occasion d'une nouvelle instance s'appuyant sur des faits nouveaux et consacreront la vanité de la tentative de celui qui avait cru un moment qu'il pouvait pardonner. L'importance de l'offense nouvelle importe peu. Elle ne fait que confirmer le maintien d'une attitude coupable qui ne saurait être tolérée. Il est cependant à souhaiter qu'un époux n'use pas de la technique de la réconciliation pour se constituer une preuve judiciaire dont il jouera après reprise de la vie commune, pour obliger son conjoint à accéder à tous ses désirs (*Levick c. Levick*, 1969, 4 D.L.R. (3d) 11 C.S. N.S., 7 janv. 1969; *Reid c. Reid*, 1969, 68 W.W.R. 93, C.S. B.C. 14 fév. 1969).

12. Procédure.

Les questions de preuve en matière de divorce n'ont pas, jusqu'à maintenant, soulevé de problèmes épineux. Elles ont permis cependant de confirmer des points de vue auxquels s'étaient déjà ralliés certains commentateurs. Ainsi, la séparation de corps constitue une preuve suffisante de l'échec du mariage: le mari et la femme peuvent s'en prévaloir dans la même instance. Il appartiendrait cependant seulement à l'époux innocent de se targuer des fautes graves qui ont justifié cette séparation (*Sproston c. Sproston*, 1969, 2 D.L.R. (3d) 621, C.S. B.C., 9 déc. 1968; J. PINEAU, *loc. cit.*, p. 67). Ainsi, le jugement de divorce qui sanctionne l'adultère du mari avec telle personne nommément désignée, peut être invoqué par le conjoint de celle-ci dans une autre instance en divorce (*Love c. Love et al.*, 1969, 2 D.L.R. (3d) 273, C.S. Ont. 19 nov. 1968). Le jugement de divorce, étant constitutif d'un état nouveau, a autorité à l'égard de tous (cf. Req. 17 mai 1943, Sirey 1943-1-107) et peut être invoqué par tous.

Aux termes de l'art. 13 de la loi nouvelle, la dissolution du mariage s'effectue en deux temps. Deux jugements doivent être rendus pour libérer les époux des liens du mariage. La loi permet cependant au juge de court-circuiter la première étape de la procédure lorsqu'« à cause de circonstances spéciales, il serait d'intérêt public que le jugement soit rendu irrévocable avant la date où il pourrait l'être » : art. 13 (2) (a). Se fondant sur cette disposition, un mari, défendeur en divorce, demanda au magistrat de prononcer un jugement irrévocable qui lui permettrait de se remarier avec la femme dont il attendait un enfant : né pendant le mariage, l'enfant aurait alors bénéficié de la présomption *pater is est* (Garret c. Garret, 1 D.L.R. (3d) 504, C.S. N.E., 22 oct. 1968). Le juge refusa de faire droit à sa requête, estimant que seul le demandeur en divorce pouvait se prévaloir de cette disposition. La partie contre laquelle le divorce avait été prononcé devait se soumettre aux exigences de l'art. 13 (4) : ce n'est que si la partie qui a obtenu un *decree nisi* n'en demande pas la transformation en *decree* pur et simple que celle qui a succombé peut le faire. Cette interprétation de l'art. 13 (2) (a) nous semble fort discutable. Certes, il a pu paraître utile de concevoir un jugement en deux étapes (encore que ce système présente plus d'inconvénients que d'avantages : J. PINEAU, *loc. cit.*, p. 80) et de réserver à l'époux demandeur l'exercice prioritaire du droit de demander la rupture définitive du lien matrimonial, mais cela ne peut exclure la possibilité pour le tribunal, de rendre le jugement irrévocable lorsqu'à cause de circonstances spéciales, l'intérêt public le requiert. Lorsqu'un mari avoue des relations adultérines, confirmées par une grossesse de sa complice, l'échec de son mariage devient certain, et sa volonté d'épouser sa concubine dans l'intérêt de l'enfant à naître ne peut aller à l'encontre de l'intérêt d'une société à la morale souvent étriquée. Face à des circonstances exceptionnelles, seul un intérêt public, qui ne saurait s'analyser en un désir des parties de régulariser au plus tôt une séparation de fait de longue durée (Teskey c. Teskey, 1969, 67 W.W.R. 134 B.R. Man., 4 déc. 1968 — Il est sans doute souhaitable qu'à l'égard des tiers, une situation matrimoniale anormale soit liquidée mais la simple séparation de fait ne heurte pas l'ordre public au point de requérir une solution d'urgence), doit guider le juge dans sa décision. Il ne peut être fait de distinction entre demandeur ou défendeur lorsqu'une disposition est fondée sur un intérêt qui leur est supérieur. La difficulté aurait pu cependant être aplanie si les époux s'étaient engagés à ne pas faire appel de la décision rendue par le juge. Dans ce cas, le

législateur permet aussi au magistrat de prononcer un jugement irrévocable (art. 13 (2) (b); *Fleming c. Fleming*, 1968, 69 D.L.R. (2d) 710, T.C., N.T., 12 sept. 1968).

Nous ne saurions approuver non plus l'interprétation que les juges de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba ont donnée à l'art. 5 (1) (b) de la loi nouvelle dans l'affaire *Wood c. Wood* (1969, 2 D.L.R. 527, B.R. Man., 4 oct. 1968). Abandonnant la traditionnelle notion de domicile, le législateur, pour déterminer la compétence du tribunal en matière de divorce, a fait appel à une notion de résidence beaucoup plus facile à manœuvrer: seront compétents à statuer sur une requête en divorce, tous les tribunaux de la province dans laquelle le requérant ou l'intimé a ordinairement résidé pendant une période d'au moins un an précédant immédiatement la présentation de la requête, et réellement résidé pendant au moins dix mois au cours de cette période. Violant la lettre du texte, les magistrats manitobains scindèrent les deux exigences de résidence réelle et habituelle et prétendirent que seul le délai de résidence habituelle devait se computer à partir de la date de la présentation de la requête; l'exigence de résidence effective de dix mois était respectée si le demandeur avait, à une époque plus ancienne, réellement résidé dans la province. Nous pensons que les juges d'appel ont entendu, dans une espèce particulière (il s'agissait d'un fonctionnaire fédéral qui avait été détaché dans une autre province pendant quatre mois au cours de l'année précédant la requête), apporter une solution de circonstance n'ayant aucune valeur d'arrêt de principe. Le texte est d'ailleurs fort clair. Lorsque le législateur exige une résidence de dix mois effective au cours d'une certaine période, il se réfère à la période d'un an « précédant immédiatement la présentation de la requête ». Portée en Cour suprême, cette décision serait sûrement cassée (J. PINEAU, *loc. cit.*, p. 75; l'exigence textuelle se limitant à un temps de résidence dans la province, la requête en divorce serait à adresser au tribunal dans le ressort duquel le demandeur aurait sa résidence « actuelle »: art. 19; règles de pratique de la C.S. de la P.Q. en matière de divorce n° 3; art. 68 C.P.C.).

Si l'on ne devait s'en tenir en matière de domicile qu'aux seules dispositions du code civil, il serait parfois malaisé, à une femme séparée de fait, d'intenter une action en divorce contre son époux. Domiciliée chez son mari (art. 83, al. 1 C.C.), elle serait obligée de le poursuivre devant le tribunal dans le ressort duquel celui-ci réside depuis un certain temps: art. 5 (1) (b). Pour couper

court aux difficultés que soulevaient les séparations de fait de plus en plus fréquentes et la mobilité croissante des individus, le législateur fédéral a volontairement écarté la règle de l'unité du domicile commun et a décidé que le domicile de la femme mariée « doit être déterminé comme si elle n'était pas mariée » et « comme si elle avait atteint sa majorité ». Ainsi une femme, domiciliée et mariée en France, pourra, installée au Canada, introduire une demande en divorce contre son mari devant une Cour canadienne, si elle a acquis un domicile de choix canadien et a résidé dans une province pendant le temps requis pour acquérir un domicile pour fins de divorce (art. 5 (1) (a) et (b); art. 6 (1); *Geldart c. Geldart*, 1969, 3 D.L.R. (3d) 277, C.S. N.S., 9 janv. 1969; J. PINEAU, *op. cit.*, p. 76). A une époque où le Canada attire de plus en plus d'immigrants, il aurait peut-être été souhaitable de ne pas exiger que le requérant soit domicilié au Canada pour bénéficier de la loi sur le divorce. Devant la difficulté qu'il y a parfois à faire la preuve d'un domicile de choix, il aurait été de bonne politique législative de s'en tenir simplement à une notion de résidence telle que celle de l'art. 5 (1) (b). En l'état actuel des textes, les étrangers ne peuvent donc compter que sur le libéralisme des juges.

Il se peut fort bien que, défendeur dans une action en divorce fondée sur l'une des causes de l'art. 4 de la loi nouvelle, un des conjoints se décide à demander reconventionnellement le divorce pour le même motif. S'il s'était agi d'un divorce-sanction, le juge aurait dû statuer sur les deux demandes: l'attitude fautive de l'un justifie la demande de l'autre, et ne saurait être excusée par réciprocité (J. VOULET, *op. cit.*, p. G 3; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, Paris 1967, n° 131, p. 417, n° 137, p. 438; J.H. et L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, Paris 1963, n° 1478, p. 1381 et s.; H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, Bruxelles 1962, t. 1, n° 906, p. 1019; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1, Paris 1961, n° 596, p. 792). Lorsqu'il n'est rien reproché de spécial au conjoint, mais qu'il est simplement demandé de faire constater judiciairement l'échec du mariage, la demande reconventionnelle fondée sur les mêmes faits et base légale se comprend beaucoup moins. Seule la satisfaction de n'être pas seulement défendeur mais aussi demandeur permet de justifier psychologiquement une telle demande. En droit, elle n'aurait aucune raison d'être. Il est curieux de constater que les magistrats sont ainsi amenés à s'occuper des états d'âme des justiciables (*Perrin c. Perrin*, 1969, 3 D.L.R. (3d) 139, B.R. Sask., 16 déc. 1968).

13. *Mesures accessoires.*

C'est aussi en vue de sortir certaines femmes de l'ornière de la dépression que les magistrats exigent de celles-ci qu'elles retournent à la vie active après la dissolution du lien matrimonial. Cette mesure est fort sage. Il serait particulièrement anormal, en effet, qu'une jeune divorcée, ayant une qualification professionnelle, continue à vivre de la pension que son ex-mari serait tenu de lui servir. L'attribution d'une pension alimentaire doit rester exceptionnelle. Le mariage ne doit pas être, pour certains, l'occasion ou le moyen de se constituer une rente viagère (*Perrin c. Perrin*, 1969, 3 D.L.R. (3d) 1939, B.R. Sask., 16 déc. 1968; cf. dans le même sens *Shaffran c. Shaffran*, 1969 R.P. 101 qui confirmait un certain nombre de décisions québécoises au même effet: *Grenier c. Galipeau*, 1960, B.R. 983; *Rodier c. Rodier*, B.R. n° 11401, 14 nov. 1968, non rapporté).

A l'occasion du jugement prononçant le divorce, ou même en cours d'instance, le magistrat peut adopter certaines mesures provisoires concernant la garde et l'entretien des enfants du mariage: art. 10 (b), art. 11 (1) (a) (ii), art. 11 (1) (c). Par enfant du mariage il faut entendre « tout enfant des conjoints qui, à l'époque pertinente, est âgé de moins de seize ans »: art. 2 (b) (i). Si à un moment de l'instance, il existe un enfant qui, après avoir répondu à la définition légale, n'y répond plus ensuite parce qu'ayant dépassé l'âge limite, peut-on prétendre qu'il échappe alors automatiquement à la juridiction du juge statuant sur le divorce de ses parents? Certains plaideurs l'ont prétendu, auxquels il a été répondu que c'était à celui qui pouvait s'opposer au transfert judiciaire de garde de se prévaloir de la non-applicabilité de l'art. 2 (b) (i) (*Davies c. Davies*, 1969, 3 D.L.R. (3d) 381, T.C., N.T., 28 janv. 1969; J. PINEAU, *op. cit.*, p. 72 et 78). Nous estimons personnellement que l'automatisme est préférable en cette matière; peut-être le juge a-t-il été amené à opter pour le non-automatisme pour pouvoir faire bénéficier un enfant de plus de seize ans ni malade ni invalide, d'un droit alimentaire valorisé: certains juristes pensent en effet que cet enfant n'aurait plus de droit à des aliments (J. PINEAU, *op. cit.*, p. 72). Leur interprétation restrictive de l'art. 2 (b) (ii) se comprend mal: le texte vise en effet les enfants de plus de seize ans qui sont toujours à la charge de leurs parents et ne peuvent assumer eux-mêmes les frais de leur entretien, quelle que soit la raison de cette impossibilité. En prouvant que l'enfant de plus de seize ans est toujours à charge, on prorogerait la compé-

tence du juge saisi du litige (cf. dans ce sens *Grini c. Grini*, 1969, 68 W.W.R. 591, B.R., Man., 21 avril 1969: « Sec. 2 (b) (ii) of the divorce act 1967-68, ch. 24, is to be interpreted broadly so as to include a child who is attending school or other place of instruction and cannot, for that reason alone, provide for himself »).

L'octroi d'un droit alimentaire valorisé et l'attribution de la garde des enfants mineurs constituent des mesures sur lesquelles le juge ne peut statuer que dans la mesure où leur adoption est sollicitée au cours d'une instance en divorce. Il ne saurait être question de saisir un magistrat sur la base de l'art. 11 (1) (a) pour obtenir la garde d'un enfant ou le transfert de cette garde, en dehors d'une instance en divorce. A supposer que le juge saisi de la demande ait antérieurement accordé un jugement conditionnel au requérant, il faudrait pour que ce juge soit compétent, qu'il ait statué sur cette garde et que la requête vise à une modification du droit de garde (art. 11 (2); *Niccolls c. Niccolls and Buckley*, 1969, 68 W.W.R. 307, S.C., B.C., 21 mars 1969). Il ne saurait être question non plus, pour proroger la compétence du magistrat qui doit prononcer le divorce, de l'amener à statuer sur l'existence d'un droit alimentaire éventuel. Dans la mesure où l'octroi d'aliments n'est pas nécessaire au moment du prononcé du jugement, l'art. 11 (1) (a) n'est pas applicable et rend l'art. 11 (2) inapplicable pour l'avenir (*Tedd c. Tedd*, 1969, 68 W.W.R. 315, S.C., B.C., 21 mars 1969). Autant la première solution semble logique et satisfaisante, puisqu'il est toujours possible en faisant appel à d'autres textes de modifier un droit de garde, autant la seconde apparaît arbitraire et injuste. Le conjoint à charge, qui s'était vu reconnaître un droit alimentaire valorisé, peut par la suite le faire modifier en toute circonstance. Celui qui subvenait à ses besoins, et celui qui, au cours du mariage, travaillait pour subvenir avec son conjoint aux charges du ménage, est livré aux aléas de la vie et se trouve ainsi pénalisé. Sans doute a-t-on voulu éviter que l'incertitude d'avoir à verser, dans cinq ou dix ans, une pension alimentaire à son ex-conjoint, pèse sur un individu qui a peut-être refait sa vie depuis son divorce.

b) Décisions émanant de tribunaux québécois.

14. *Causes de divorce.*

Les juges québécois ont eu aussi à se pencher sur la notion de cruauté. Dans l'un des deux jugements, brièvement analysés dans une récente livraison des cahiers de droit (1969, 10 C. de D. 221), le juge avait à statuer sur une requête fondée notamment sur

la cruauté physique et mentale (*Jean c. Lavoie*, C.S. Alma, n° 72 D, 21 nov. 1968). Cette analyse ne nous a pas permis de déceler l'approche civiliste de cette notion nouvelle. Par contre, le jugement rendu dans l'affaire *L. Webster c. Dame J. McKay* (1969 C.S. 139, C.S., Montréal, 11 nov. 1968), pourra nous fournir des éléments de réponse fort satisfaisants. Quelque trois semaines après ses noces, une jeune mariée abandonnait le domicile conjugal et retournait vivre chez ses parents. L'explication de cette fugue fut donnée par lettre subséquente: la vie sexuelle l'avait déçue: « Sex makes me feel cheap and dirty. » Condamné à un célibat forcé, le mari intenta une action en divorce fondée sur la cruauté mentale. Sa requête fut rejetée, mais ce rejet ne pourrait être significatif: « While the court concedes that totally unjustified refusal by one spouse to have relations with the other may in certain case constitute cruelty . . . »

Il existait, pour le magistrat saisi de la requête, deux solutions possibles: soit rechercher au travers de la jurisprudence de common law le contenu de la « mental cruelty », soit considérer que la loi pouvait se suffire à elle-même et l'éclairer au besoin par des notions civilistes voisines. Le choix de la première branche de l'alternative le conduisit à faire l'inventaire des décisions d'un certain nombre de tribunaux anglais et américains, et à dégager certains principes directeurs: 1° la cruauté mentale ne nécessitait pas une intention de nuire; 2° la conduite du cruel devait présenter des risques pour la santé du conjoint; 3° l'analyse du comportement du coupable ne devait pas se limiter à l'examen du refus de la vie sexuelle mais être pris comme un tout (*the conduct of the wife, taken as a whole*); 4° il était impossible de généraliser en prétendant que le refus de rapports sexuels constituait de la cruauté; chaque cas devait être analysé à la lumière des faits de la cause.

La décision du juge s'inscrit dans la logique du système de common law et rend assez bien compte des faiblesses de la loi fédérale sur le divorce. Au lieu d'opter pour la théorie de l'échec du mariage (que des injures graves et répétées auraient pu d'ailleurs laisser présumer), le législateur a préféré consacrer les deux thèses divorce-sanction et divorce-remède. Cette solution laxiste ne satisfait finalement personne: les causes de divorce-sanction sont tronquées, parce qu'héritées exclusivement de la common law; l'application de la théorie du divorce-remède se heurte au refus d'introduire dans le droit du divorce une procédure inquisitoriale

et à l'absence de personnel spécialisé (psychologues, conseillers matrimoniaux, assistantes sociales) qui faciliterait la constatation par le juge de l'échec du mariage.

La cruauté n'est pas une notion absente du droit civil. Les art. 189 et 190 du C.C., tels qu'interprétés par la jurisprudence, rendent assez bien compte de l'idée de comportement cruel (J. PI-NEAU, *op. cit.*, p. 64). Étymologiquement, le mot sévices indique des actes de cruauté tels que des mauvais traitements (F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 3, Paris, 1878, n° 187; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1, Paris, 1961, n° 586; J. VOULET, *Divorce et séparation de corps*, Paris, 1965, p. B 7; L. PARES, *Divorce et séparation de corps*, Paris, 1958, p. 12; G. TRUDEL, *Traité de droit civil*, t. 1, Montréal, 1942, p. 596 et s.) ou des atteintes à l'intégrité physique du conjoint, à sa santé, à sa liberté: on peut donc l'assimiler à la « cruauté physique » (*Couture c. Dame Guillemette*, 1964 B.R. 172; *Bélanger c. Dame Charette*, 1960 B.R. 557; *Gilbert c. Levesque*, 1958 B.R. 706; *Langlois c. Dubois*, 1956 B.R. 258; *Turenne c. Turenne*, 1951 R.L. 500; G. c. L., 1949 B.R. 467). L'injure grave nous semble d'autre part assez proche parente de la « cruauté mentale ». Comme elle, elle ne suppose pas nécessairement l'intention de nuire (*Couture c. Dame Guillemette*, 1964 B.R. 172; A. ROUAST, *L'intention de nuire, condition non nécessaire des faits injurieux*, Dalloz 1958, 509); comme elle, elle requiert une certaine continuité, et une gravité telle que la vie pour l'autre conjoint devient impossible (*Danyluck c. Dame Dubtrowetska*, 1964 B.R. 909; *Kerrigan c. Hoospinian*, 47 R.J. 12; *Riverin c. Borgia*, 1945 R.L. 311; M. c. C., 1943 C.S. 178) ou la continuation de la cohabitation dangereuse (*Turenne c. Turenne*, 1951 R.L. 500).

La constatation par le juge du risque sérieux de déséquilibre physique résultant, pour un époux, du refus injustifié de son partenaire de consommer le mariage, pourrait être constitutif de cruauté physique; de même, la désertion à quelque temps du mariage pourrait revêtir un caractère injurieux et traumatisant qui s'analyserait en une cruauté mentale. Dès lors, dans la mesure où le refus de cohabiter et de consommer le mariage permettrait de justifier le prononcé de la séparation de corps pour sévices et injures graves, elle devrait aussi, théoriquement, permettre d'obtenir un jugement de divorce pour cruauté physique et mentale: J. M. BIGGS, *The concept of matrimonial cruelty*, University of London, 1962, p. 170 et s. (refusal of intercourse), p. 24, 196 et 217 (Desertion and cruelty).

Le manquement à l'obligation de cohabiter est généralement considéré comme une injure grave lorsqu'il n'est pas justifié (*Zinner c. Holasz et Gauthier*, 1943 C.S. 259; *Wood c. Mellor*, 1943 R.L. 545; *V. c. Dame H.*, 1948 B.R. 753; *Tooby c. Cook Salisbury*, 1952 C.S. 119; *Leblanc c. Landry*, 1952 R.L. 126; *V. c. V.*, 1954 R.L. 475; *F. c. S.*, 1965 R.L. 280). Et si le manque d'affection n'est pas une cause de rupture du lien matrimonial (*Desrosiers c. Langevin*, 45 R.L. 330; *Kerrigan c. Hoospinian*, 47 R.J. 12; *Bilodeau c. Breton*, 1959 B.R. 328; *Veilleux c. Dupont*, 1965 C.S. 543), il devrait constituer une injure grave lorsqu'il s'accompagne de faute dans les relations sexuelles (*V. R. VERDOT*, *La cohabitation*, D. 1964, chron. p. 121; *G. Wiederkehr*, note sous cass. 5 nov. 1969, D. 1970, 223).

Abandon du domicile conjugal et refus de consommer le mariage viennent ici se conjuguer pour constituer une violation des devoirs et obligations du mariage (*F. LAURENT*, *op. cit.*, t. 3, Paris 1878, p. 232, n° 195). Demandeur en séparation de corps, le mari eût assurément obtenu gain de cause: requérant dans une instance en divorce, il s'est vu refuser l'octroi d'un jugement conditionnel. La preuve nous semble ainsi faite qu'en matière de droits civils, *il est fort difficile de concevoir des textes qui puissent s'appliquer à deux systèmes juridiques fort différents.*

Au lendemain du jugement *Shaffran c. Shaffran* (1969 R.P. 101), il convient de se demander ce qu'il adviendra, dans l'avenir, de la différence de traitement faite, en matière de séparation, entre le déserteur et l'abandonné (art. 4 (1) (e) (i) et 4 (1) (e) (ii)): l'abandonné peut, après trois ans de séparation, présenter une requête en divorce pour rupture définitive de son mariage; le déserteur doit attendre 5 ans. Lorsque l'on sait que la durée moyenne d'une instance en séparation de corps est inférieure à six mois, et que le jugement rendu en cette matière relève de l'obligation de cohabitation, on se rend compte qu'une désertion peut être organisée sous le couvert de la loi par un déserteur en puissance qui veut réduire au minimum les effets pénalisateurs de la désertion: la pénalisation de deux ans pourrait être réduite à quelques jours si, dès le début de l'instance en séparation de corps, ce déserteur se voyait accorder le privilège d'une résidence séparée. Certes, les faits de la cause ne démontraient pas qu'une telle possibilité avait été exploitée par le déserteur mais le raisonnement du magistrat peut conduire à de telles suppositions. Espérons que les magistrats sauront découvrir la fraude que le manque d'unification entre le régime juridique de la séparation de corps et du divorce permet de réaliser.

15. *Procédure.*

Lorsque le divorce n'était encore accordé que par loi privée sénatoriale, il pouvait être intéressant d'introduire, parallèlement à une demande en divorce sur le plan fédéral, une demande en séparation de corps au niveau provincial. Ainsi se trouvaient résolus certains problèmes délicats en matière d'effets du divorce: le régime matrimonial était dissous, une pension alimentaire éventuellement attribuée à l'un des époux et la garde des enfants organisée. Certes, il avait été jugé à plusieurs reprises que les juges québécois avaient compétence pour statuer sur les effets civils d'un divorce fédéral (L. BAUDOUIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris 1967, p. 397 et 398; *Dame Heitner c. Greenberg*, C.S. Montréal, n° 522.362, 10 nov. 1968, juge Mayrand), mais bien des difficultés trouvaient leur solution dans le cadre d'une procédure en séparation de corps. Cette technique, encore concevable au moment où le législateur québécois n'avait pas encore introduit dans le code civil des dispositions visant à régler les effets civils d'un divorce désormais prononcé par un juge provincial (avant même que la loi du 2 mai 1969, Bill 8, art. 7 et s., n'introduise dans le code civil des dispositions traitant des effets propres au divorce et à la séparation de corps, les tribunaux québécois avaient précisé que la séparation de corps produisait des effets propres qui ne pouvaient être étendus aux hypothèses de divorce: le divorce faisait disparaître la séparation de corps [mécanisme de conversion]. Une pension alimentaire attribuée dans le cadre d'une instance en séparation devenait caduque mais son bénéficiaire conservait le droit de la faire revivre dans le cadre d'une instance en divorce: *Dame Hulburd Musgrove c. Musgrove*, 1969 R.P. 115), risquait de heurter les principes de *litispendance*. Lorsque les deux instances, divorce et séparation de corps, relèvent de la compétence du même tribunal, peut-on prétendre à l'irrecevabilité de la seconde? A cette question, le juge dans l'affaire *Dame Frenette c. Cantin* (1969 C.S. 185) répondit négativement en s'appuyant sur des autorités françaises et québécoises. L'exception de *litispendance* suppose en effet deux instances pour une même contestation. Mais dès lors que ces deux instances n'offrent pas d'identité quant à l'objet de la demande et quant à la personnalité des parties, l'irrecevabilité ne peut être décidée! Cette identité ne saurait exister au niveau de l'objet entre une demande en séparation de corps et une demande en divorce. L'une vise à un relâchement du lien matrimonial, l'autre à sa disparition (*Charcas c. Veliotis*, 1969 R.P. 140: les conditions

de la litispendance sont celles de l'autorité de la chose jugée. Il faut donc qu'il y ait non seulement identité de parties et d'objet, mais aussi identité de cause. Nous ne pensons pas que cette dernière condition soit remplie car si les faits allégués peuvent être les mêmes dans les deux demandes [cause objective], les textes juridiques venant soutenir les prétentions des plaideurs sont différents [cause juridique]: séparation de corps, art. 186 à 192 C.C.; divorce, art. 3 et 4 de la loi fédérale). Il se pourrait que le juge rejette la demande en divorce et prononce la séparation de corps, ou même qu'il fasse droit aux deux demandes (dans ce cas, les effets de l'une seraient absorbés par ceux de l'autre dans la mesure où ils sont plus limités). Par contre, l'exception de litispendance pourrait être opposée au demandeur qui a déjà saisi de la même action en divorce un tribunal d'une autre province. La loi du 2 juin 1969 en reprenant, dans ses articles 6 et s., l'ensemble des textes concernant la séparation de corps et en insérant au titre VI du livre I du code civil des dispositions relatives aux effets civils du divorce, a ôté la raison d'être des deux demandes parallèles. La solution adoptée par le juge ne devrait plus trouver désormais de possibilités d'application en dehors du cas du plaideur qui, pour des raisons tenant au contenu de certaines législations, entendrait intenter une action en divorce au Québec et une action en séparation de corps à l'étranger (cf. le cas notamment de législations considérant le divorce contraire à l'ordre public: la décision du juge canadien attribuant la garde des enfants et l'octroi d'une pension alimentaire à tel époux, ou ordonnant un acte d'exécution matérielle sur des biens situés à l'étranger restera lettre morte si l'exequatur est refusé. La seule façon de venir à bout d'un tel refus consisterait alors à obtenir à l'étranger, un jugement produisant les mêmes effets et exécutoire sur les personnes et les biens soumis à la loi étrangère: J. VOULET, *op. cit.*: *Le divorce en droit international*, S. 1 et s.; H. BATIFFOL, *Droit international privé*, Paris, 1967, p. 501 et s., 452 et s.). La condition d'identité de parties ne nous semble pas non plus remplie car s'il s'agit bien des deux mêmes plaideurs dans les deux instances, ils interviennent comme demandeurs dans l'une et défendeurs dans l'autre. Il y a donc identité de parties mais non pas identité de qualité des cas parties (comp. *Lachapelle c. Theriault*, 1968 R.P. 30; VERGNIÈRES, *De la situation juridique de deux époux dont l'un a obtenu le divorce et l'autre la séparation de corps*, Thèse, Dijon, 1940).

3° BIBLIOGRAPHIE.

a) Historique.

16. G. COULOMBE, *Le divorce au Canada avant le bill C 187 : causes et effets*, cette Revue, vol. 4, 1967-68, p. 103.

b) Aspect constitutionnel.

17. Edith GUILBERT, *Mariage et divorce : compétence bipartite préjudiciable*, 1969, 10 C. de D. 43.
18. M. SHACTER, *Constitutional aspect of the Divorce Act*, 1968, 28 R. du B. 495.
19. F. J. E. JORDAN, *The federal divorce act (1968) and the constitution*, 1968, 14 McGill L.J. 209.

c) Droit international privé.

20. D. MENDES DA COSTA, *Some comments on the conflict of laws provisions of the Divorce Act*, 1968, 46 R. du B. Can. 252.

d) Droit administratif.

21. Jacques PERRON, *Rouage administratif en matière de divorce*, 1969, 29 R. du B. 81.

e) Études générales.

22. M^e Claire L'HEUREUX-DUBÉ, *Communications*, 1968, 28 R. du B. 505.
23. M^e Claire L'HEUREUX-DUBÉ, *Le droit de ne pas divorcer*, 1969, 10 C. de D. 121.
24. P.-E. BERNIER, *Analyse de quelques articles de la loi nouvelle*, 1968, 28 R. du B. 511.
25. Collection Pourquoi, *Quand le mariage casse*, volume 2, Montréal, 1968.
26. M. ROBERT, *Quelques commentaires sur la nouvelle loi concernant le divorce*, 1968, 28 R. du B. 513.
27. E. CAPARROS, *Remarques sur la législation nouvelle*, 1969, 10 C. de D. 37.
28. Stephen J. SKELLY, *Divorce Reform a reality*, 1969, 10 C. de D. 85.

29. J. PINEAU, *Coup d'œil sur la loi nouvelle sur le divorce*, 1969, 10 C. de D. 61.

f) *Collusion.*

30. J. SOPINKA, *The Divorce Act 1968, Collusion confined*, 1969, 47 R. du B. Can. 31.

g) *Cruauté, désertion et séparation.*

31. M. GUMBERT, *Divorce cruelty, Desertion and Separation : an analysis of the common law in relation to certain sections in the canadian divorce act 1968*, 1969, 29 R. du B. 210.

h) *Preuve.*

32. George S. CHALLIES, *Les problèmes de preuve dans les causes de divorce*, 1969, 29 R. du B. 73.

i) *Droit judiciaire.*

33. G. BALE, *Divorce jurisdiction : the need for reform*, 1968, 43 *University of Toronto Law Journal* 73.

j) *Aspect sociologique.*

34. W. HESLER, *Law and the lawyer: the angle of divorce in 1966*, 1967, 2 R.J. *Thémis* 313.

k) *Politique législative.*

35. H. H. FOSTER, *Divorce : the public concern and the private interest*, 1968, 1 *Western Ontario Law Review* 18.

D. SÉPARATION DE CORPS.

36. *Admission en preuve de faits antérieurs au mariage.*

La lecture du jugement P. c. M. (1967 C.S. 49) aurait pu conduire à admettre en preuve, dans une instance en séparation de corps, des faits antérieurs au mariage. Une décision récente a heureusement remis de l'ordre dans les principes qui veulent qu'on ne peut tenir grief à un époux de torts antérieurs au mariage. La séparation de corps, sanction du manquement aux obligations d'époux, ne peut être prononcée que dans la mesure où ces obligations existent et ont été violées. Les fautes commises avant le

mariage peuvent donner lieu à une action en responsabilité, conformément au droit commun, mais ne sauraient venir confirmer les allégations d'un plaideur: le « tel qui battit concubin, époux battra » n'a aucune valeur juridique (J. VOULET, *Toutes les questions pratiques sur le divorce et la séparation de corps*, Paris, 1965, B 2; L. PARES, *Divorce et séparation de corps*, Paris, 1958, p. 12; H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, Paris, 1963, n° 1429 et s.; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1, Paris, 1961, n° 587). C'est la conclusion que l'on peut retirer du jugement *Dame Nadeau c. St-Onge* (1968, R.P. 286). Une des parties demandait à ce que soit communiqué au juge un dossier d'hospitalisation de l'adversaire qui aurait révélé le comportement habituel de celui-ci. Le juge refusa de faire droit à la requête: antérieure au mariage, l'hospitalisation aurait révélé des faits non pertinents à la cause.

Il devient particulièrement urgent d'actualiser le droit de la séparation de corps qui secrète encore des solutions injustes. Ainsi, lorsque le mari, par sa conduite, pousse sa femme à chercher ailleurs quelque consolation, il pourra se prévaloir de cet écart et demander la séparation de corps à son profit. Et pourtant, en délaissant sa femme, il a construit l'échec de son mariage. Certes, il n'est pas question d'excuser l'inconduite de l'épouse en invoquant les fautes du mari (J. VOULET, *op. cit.*, B 3), mais il est regrettable de ne pas disposer d'un mécanisme qui ne pénalise pas l'époux auquel son conjoint avait refusé une vie conjugale normale (*P. c. Dame P.*, 1969 C.S. 173). Cette solution dissuaderait peut-être les antagonistes de se prévaloir de faits imaginaires ou de faits prétendus tels (*Roy c. Lavigne*, 1969 B.R. 187).

37. Pacte de séparation.

Les conventions de séparation, pratiquées couramment dans les provinces de common law, demeurent toujours prohibées en droit civil, malgré l'intérêt qu'elles peuvent présenter parfois. Il n'est pas permis aux époux, en effet, de se dispenser réciproquement de l'obligation de faire vie commune avec ce que cela comporte (*Jourdain c. Bradette*, 1968 B.R. 604, confirmant une jurisprudence bien établie: M. BUGNET, *Œuvres de Pothier, Traité du contrat de mariage*, Paris, 1861, t. 6, p. 238, n° 517; C. DE LORIMIER, *Bibliothèque du code civil de la province de Québec*, Montréal, 1873, vol. 11, p. 219; P.-B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. 1, Montréal, 1903, p. 500; F. LANGEЛИER, *Cours de droit civil*, t. 1, Montréal, 1905, p. 338; G. TRUDEL, *Traité de droit civil*, t. 1.

Montréal, 1942, p. 583 et 584; *Beauchamp c. Noël*, 1944 R.L. n.s. 206; *Dame Veilleux c. Dupont*, 1965 C.S. 543: la condamnation des pactes de séparation amiable tient à ce que les époux ne peuvent aménager des obligations légales d'ordre public — garde des enfants, pension alimentaire — ni liquider leurs droits pécuniaires sans porter atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Cf. DE LARBOUST, *Des conventions entre époux relatives au divorce et à la séparation de corps*, Thèse Toulouse, 1925. On les oblige encore à ne pas organiser leur séparation, tout en acceptant de tirer des conséquences juridiques de celle-ci (S.C. 1967-1968, ch. 24, art. 4 (1) (e) (i)). Cette condamnation ne permet donc pas de prétendre que le pacte de séparation conclu en cours d'instance en séparation de corps constitue une manifestation de volonté de se réconcilier. Loin d'oublier le passé, les époux se construisent ensemble un avenir indépendant l'un de l'autre, et pour ne pas se quitter ennemis, préfèrent le compromis à la querelle (*Jourdain c. Bradette*, réf. cit.). Les juges doivent avoir eux aussi ce souci de ne pas voir l'inimitié s'établir entre les époux et, dans la mesure où la consécration judiciaire d'un accord verbal sans grande portée pratique risquerait d'ouvrir un abîme d'incompréhension entre les époux, il serait préférable d'oublier l'existence d'une telle convention et même d'arguer de son invalidité (*M. c. L.*, 1968 R.P. 409).

38. *Résidence des époux pendant l'instance.*

Avant la réforme de 1964, les art. 194 C.C. et 1101 C.P.C. obligeaient la femme demanderesse en séparation de corps à solliciter du juge, préalablement à toute procédure, l'attribution d'une résidence séparée. La rigueur de cette exigence s'était diluée dans le temps et la requête, si elle était toujours nécessaire, n'était plus guère rejetée. Le législateur de 1964 rajeunit les textes tout en conservant l'exigence du passé. A l'occasion de la refonte du code de procédure civile, l'ancien art. 1101, d'impératif devint permissif (art. 820 C.P.C.), mais le réajustement du droit substantif au droit procédural se fit fort mal et engendra un malaise jurisprudentiel qui s'est perpétué jusqu'à la loi du 2 mai 1969 (Bill 8). La montée vers l'égalité de traitement mari-femme n'était pas encore achevée, et si la femme pouvait désormais prétendre à l'attribution du domicile commun pendant l'instance (art. 820 C.P.C.; art. 195 C.C.; exceptionnelle, l'attribution du logement familial à la femme pendant l'instance, n'était possible que dans la mesure où des circonstances graves justifiaient cette mesure. Ces circonstances tenaient

à la situation de la femme et du mari ou à la présence d'enfants à charge. Elles ne pouvaient s'analyser en de simples inconvénients: *Brecknock c. Dame Brown*, 1961 B.R. 907; *Dame Florence Gold*, C.S. Montréal, n° 759.104, 4 déc. 1968, J. Mayrand), le principe de la demande d'une résidence séparée, préalablement à l'action en justice, demeurait (art. 194 C.C.). Libérale, la jurisprudence avait essayé de limiter la portée de cette « préalabilité » en permettant à l'épouse qui avait omis de remplir cette formalité de la réparer (*Dame Potvin c. Normandeau*, 1968 R.P. 81; *Lachapelle c. Thériault*, 1968 R.P. 30; *Dame Denis c. Boisvert*, 1968 R.P. 275 confirmant *Neveu c. Bilodeau*, 1966 R.P. 220) dans la mesure où son adversaire ne s'était pas encore prévalu de cette irrégularité (*Dame Pauline Parisien c. Beauchamp*, 1965 R.P. 373; *Dame Leblond c. Landry*, 1966 C.S. 36; *Wolfe c. Nadler*, 1966 R.P. 187²). Le hiatus législatif, mis en relief récemment encore par le comité de législation du Barreau du Québec (1968, 28 *R. du B.* 550), a disparu avec l'adoption des art. 7 et 8 de la loi du 2 mai 1969 qui ont abrogé purement et simplement les art. 194 et 195 C.C. Dès lors, il n'est plus nécessaire que la femme demande à se retirer en un lieu qu'elle désigne avant de poursuivre son mari en séparation de corps. A l'occasion de la présentation de sa requête, elle pourra opter pour l'une des quatre solutions suivantes: 1° demander à être relevée de l'obligation de cohabitation et à être autorisée à fixer sa résidence en un lieu qu'elle désigne (art. 200 C.C.); 2° demander l'expulsion du mari du domicile commun (*E. VIPOND, Order on the husband to leave conjugal domicile*, 1945, 5 *R. du B.* 25; *B. c. B.*, 1969 R.P. 10; *Dame Turcotte c. Turcotte*, 1969 R.P. 1; *Dame Florence Gold*, C.S. Montréal 759.104, 4 déc. 1968, J. A. Mayrand, non publié; art. 820 C.P.C. *in fine*); 3° continuer à partager, avec son mari, la résidence familiale, rien n'obligeant les époux à se séparer lorsqu'ils plaident l'un contre l'autre (*Glock Meyer c. Larue*, 1900, 6 R.J. 462; Cl. LOMBOIS, *La condition juridique de la femme mariée*, 1965-1966, 68 *R. du N.*, p. 482 et 483); 4° demander l'aménagement de deux résidences séparées au domicile commun (*Sternberg c. Schwartz*, 1968 R.P. 212). Peut-être même peut-on s'attendre à voir partager l'appartement occupé par le couple en parties privatives et en parties communes (comp. Paris, 5 janv. 1945, R.T.D.C. 1945, p. 106, note Lagarde).

² L'auteur de cette chronique a mis au point une étude intitulée *L'attribution de la résidence commune pendant une instance en séparation de corps*, qui sera publiée sous peu.

39. *Mise à l'épreuve des époux.*

Longtemps ignoré des magistrats, l'art. 199 C.C. qui leur permet de ne pas admettre tout de suite la séparation mais de suspendre leur jugement jusqu'à un jour ultérieur afin de laisser aux époux le temps de s'entendre et de se réconcilier, sera peut-être plus utilisé dans l'avenir que dans le passé. Mis à l'épreuve pendant une période de six mois (*Beyrouty c. Haddad*, 1968 R.P. 348) un plaideur voulait, en se fondant sur l'art. 463 C.P.C., réouvrir les débats de façon à obtenir un jugement sans terme suspensif. Sa requête ayant été rejetée, il se pourvut en appel et essuya un second échec (*Haddad c. Beyrouty*, 1968 B.R. 675). Le jugement n'est pas en effet conditionnel mais assorti d'un terme suspensif. Passé le délai de 6 mois, le juge, dès lors que la preuve de la non-réconciliation lui est apportée, a l'obligation de prononcer la séparation de corps. A ce moment seulement, l'une ou l'autre des parties peut en appeler de ce jugement (*Dame Schetagne c. Leroux*, 1954 C.S. 335; comp. Civ. 10 mai 1909 D.P. 1909.1.289, note M. Guencé; même sens, Civ. 29 oct. 1946, D. 1947.13 et Civ. 10 juillet 1957, D. 1957.630; J. VOULET, *op. cit.*, J 3 et J 4; H. L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 1, Paris, 1963, n° 1477; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1, Paris, 1961, n° 621 et s.; mais le sursis à statuer n'est possible, en droit français, qu'en matière de divorce: G. MARTY et P. RAYNAUD, *ibid.*, n° 654). Il est particulièrement intéressant de constater que le droit de la séparation de corps contient, tout comme le droit du divorce [1967-1968 S.C., ch. 24, art. 9 (1) (d)], des techniques dilatoires qui favorisent la réconciliation. Il appartient aux magistrats qui statuent désormais dans les deux domaines d'adopter une politique judiciaire qui permette de transposer, dans le droit de la séparation de corps, des techniques qui risquent d'être largement utilisées en matière de divorce.

40. *Mesures provisoires.*

Parmi les mesures provisoires, celle qui souvent se révèle être la plus délicate est certainement l'attribution du droit de garde et l'aménagement du droit de visite. L'intérêt de l'enfant doit être dans les deux cas le seul guide du juge. Certes, on peut demander à l'enfant de préciser ses préférences mais elles ne lieront pas le magistrat qui devra contrôler qu'elles ne sont pas « l'expression d'un pur caprice » (*M. c. C.*, 1968 C.S. 220). Il ne convient pas non plus d'empêcher le parent, auquel on a reconnu un droit de visite, de contribuer, dans la mesure où les circonstances le per-

mettent, à l'éducation de son enfant. Et, dès lors que des circonstances nouvelles modifient les données de la première décision, il devient nécessaire d'assurer un réajustement des mesures prises précédemment. Ce réajustement doit être l'œuvre du juge qui statua, lors de l'instance en séparation de corps, sur le sort des enfants. La Cour d'appel, saisie sur rejet de la requête, n'interviendrait que si « des raisons sérieuses militaient pour une modification que les premiers juges n'ont pas décidée par erreur, manque d'information ou de réalisme » (*Love c. Dame Riddell*, 1968 B.R. 559). Il s'agirait alors d'une véritable cassation et la Cour d'appel jugerait plus le droit que le fait puisqu'elle reprocherait aux premiers juges de ne pas avoir tiré des faits les conclusions qui s'imposaient.

Juge du droit plus que du fait, la Cour d'appel l'est aussi en matière de pension alimentaire provisoire accordée en cours d'instance par le juge saisi d'une demande en séparation de corps, lorsqu'un appel est interjeté de la décision de ce juge. Son rôle consiste à vérifier s'il y a disproportion évidente et sérieuse entre le montant accordé pour satisfaire les besoins de l'épouse et les moyens du mari suivant l'esprit et la lettre de l'art. 200 C.C. (202 C. civ. ancien). Peut-on aller jusqu'à prétendre que la pratique judiciaire est en train de secréter une Cour de cassation ? Dans certains domaines, certainement (*Béïque c. Dame Decary*, 1968 B.R. 133, 1969 R.T.D.C., p. 197, n° 6, note L. Baudouin; *Raymond c. Dame McGurk*, 1968 B.R. 190; *U. c. H.*, 1969 B.R. 348, notes juge Rinfret).

Lorsque les époux ne vivent plus ensemble en cours d'instance, il devient nécessaire de déterminer quel est celui d'entre eux qui se verra confier la garde de leurs enfants mineurs. On admet, en général, que le mari ne peut être privé de l'exercice de l'autorité paternelle sur ses enfants (art. 243 C.C.) que pour des raisons graves et pour le plus grand bien de ceux-ci, et qu'en cours d'instance, la garde lui revient de droit. Mais la pratique permet de constater que la femme se voit habituellement, et sur sa demande, confier les enfants en bas âge (art. 200 C.C.). L'intérêt de ceux-ci, leurs désirs personnels (*Dame Marshall c. Fournelle*, 1926, 40 B.R. 391) et la conduite des parents justifient cette attribution (*B. c. B.*, 1969 R.P. 10). En cas d'urgence, on pourrait même en décider une remise immédiate à l'un des parents. Mais comme une décision d'urgence n'offre jamais les garanties d'un jugement rendu après débats contradictoires, il conviendrait de la remettre en

question dans le cadre d'une procédure normale. Le transfert de garde d'urgence ne porte pas atteinte au droit du gardien légal: il le dessaisit de l'exercice de son droit mais lui en conserve la jouissance. La garde se décompose alors en garde physique et en garde juridique dont seule la première lui est retirée (*Turcotte c. Turcotte*, 1969 R.P. 1). Ne pourrait-on pas dire alors que la garde physique est à la garde juridique ce que la détention est à la possession ?

41. *Procédure.*

Aussi curieuse qu'exceptionnelle, l'affaire *La Chapelle c. Theriault* (1968 R.P. 30) nous permet de circonscrire les limites de la litispendance entre deux actions successives en séparation de corps. Lorsqu'il s'agit de statuer sur la recevabilité d'une action en divorce introduite concurremment à une action en séparation de corps, le problème ne présente guère de difficultés sérieuses: l'analyse de l'objet et de la cause de ces deux actions permet de conclure à une absence de litispendance (cf. *supra* n° 15 divorce et notamment les jugements *Frenette c. Cantin*, 1969 C.S. 185; *Charcas c. Veliotis*, 1969 R.P. 140). La litispendance entre deux actions en séparation de corps ne devrait pas poser de problèmes plus délicats. Certes, il y a identité de parties, mais elles n'interviennent pas en la même qualité: demanderesses dans une action, elles sont défenderesses dans l'autre; certes, l'objet de chaque demande consiste à obtenir le relâchement du lien matrimonial, mais dans chaque instance il s'agit, pour le demandeur, d'obtenir la condamnation de son conjoint avec toutes les conséquences qui en découlent. Certes, la cause juridique des deux demandes peut être la même mais les prétentions de chaque partie sont appuyées par des faits matériels différents. Finalement, pour qu'il y ait litispendance, il faudrait que l'une des parties demande la condamnation de son conjoint, qui adresserait au tribunal une requête dans le même sens. Une telle situation restera toujours une hypothèse d'école puisque l'organisation judiciaire n'a pas été créée pour obtenir une condamnation contre soi-même mais pour sanctionner les droits méconnus des plaideurs. En l'absence de toute litispendance, il serait cependant de bonne politique judiciaire d'opérer une jonction d'instance qui permettrait au magistrat de comparer les torts et de prononcer éventuellement une séparation de corps aux torts réciproques des parties (*J. VOULET, op. cit.*, Q 2 et Q 3; *DAPRÉ, De la demande reconventionnelle en matière de séparation de corps*, Thèse, Grenoble, 1954; *G. MARTY et P. RAY-*

NAUD, *Droit civil*, t. 1, Paris, 1961, n° 604 et s., n° 655; H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, Paris, 1963, n° 1525 et s., n° 1478 et s.).

42. *Droits alimentaires valorisés.*

V. *supra* n° 6.

François HÉLEINE,
*ancien assistant à la Faculté
de Droit de l'Université d'Ottawa,
attaché de recherches à l'O.R.C.C.*