

**DROIT CIVIL — Divorce — Épouse divorcée dans le besoin —
Demande tardive de pension alimentaire — Irrecevabilité —
Survie de l'obligation d'entretien à l'égard des enfants —
Exercice du recours alimentaire par la mère non tutrice — C.M.
c. H.P.K., C.S. Québec, 22 novembre 1971, n° 589 — D. Yves
Bernier, J.**

Alain-François Bisson

Volume 4, Number 1, 1973

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059778ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059778ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this note

Bisson, A.-F. (1973). DROIT CIVIL — Divorce — Épouse divorcée dans le besoin — Demande tardive de pension alimentaire — Irrecevabilité — Survie de l'obligation d'entretien à l'égard des enfants — Exercice du recours alimentaire par la mère non tutrice — C.M. c. H.P.K., C.S. Québec, 22 novembre 1971, n° 589 — D. Yves Bernier, J. *Revue générale de droit*, 4 (1), 75–88.
<https://doi.org/10.7202/1059778ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1973

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

Érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

DROIT CIVIL — Divorce — Épouse divorcée dans le besoin — Demande tardive de pension alimentaire — Irrecevabilité — Survie de l'obligation d'entretien à l'égard des enfants — Exercice du recours alimentaire par la mère non tutrice — C.M. c. H.P.K., C.S. Québec, 22 novembre 1971, n° 589 — D. Yves Bernier, J.

Doit être considérée comme tardive et par conséquent irrecevable, tant en vertu de l'article 11 de la loi sur le divorce qu'en vertu de l'article 212 C.C., la requête originale pour pension alimentaire présentée par l'épouse divorcée pour elle-même après le jugement irrévocable de divorce.

Pas davantage une telle requête n'est-elle recevable en vertu de l'article 827 C.P.C., le divorce mettant fin au mariage et, par voie de conséquence, aux droits et obligations rattachés à l'état de conjoint.

En revanche, l'obligation des parents de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants découle du lien de parenté et demeure nonobstant la dissolution du mariage (art. 215 C.C.).

Est donc recevable, même après le jugement irrévocable de divorce, la requête pour pension alimentaire présentée par l'épouse divorcée pour le bénéfice de l'enfant dont elle a la garde. Il s'agit d'un recours direct contre l'ex-mari, père de l'enfant, recours que la femme peut exercer même sans avoir été nommée tutrice à ce dernier.

LE TRIBUNAL, sur la requête pour pension alimentaire formée après le jugement irrévocable de divorce par l'épouse divorcée pour elle et l'enfant dont elle a la garde, après avoir pris connaissance de la requête et du dossier, entendu la preuve et les parties par leurs procureurs, et délibéré:

La demande, considérée comme procédure incidente à l'instance en divorce, doit être rejetée parce que tardive (ou du moins irrecevable dans l'état présent du dossier); considérée comme instance séparée formée par requête en vertu de l'article 827 C.P., elle doit être rejetée quant à la demande personnelle de la requérante, mais maintenue quant à celle faite pour l'enfant; à moins qu'il y ait été pourvu dans le jugement de divorce, l'obligation alimentaire ne subsiste qu'en faveur des enfants.

Par jugement en date du 31 mai 1965 (dossier C.S.Q. 129-547), la requérante a obtenu la séparation de corps de l'intimé, et, accessoirement, la garde de leur enfant. Marie Charlotte, ainsi qu'une pension alimentaire mensuelle de \$334.00. Le 14 juillet 1969, elle forma une demande en divorce fondée sur

la rupture définitive, leur séparation de fait datant depuis 1963; elle n'y formula aucune demande pour mesures accessoires. Le jugement conditionnel, rendu le 29 novembre 1969, accorda à la requérante le divorce et, en plus, quoique ce ne fût pas demandé, la garde de l'enfant; il ne contient cependant aucune ordonnance relative à l'entretien de la requérante et de l'enfant. Ce jugement, sans avoir été modifié, fut rendu définitif par jugement irrévocable le 11 juin 1970.

Avant qu'elle ne forme sa requête en divorce, la requérante avait dû faire saisir le salaire de son mari pour obtenir paiement de la pension alimentaire dont les versements étaient considérablement arriérés. Au moment où le divorce devint définitif, la saisie était toujours tenante, la requérante y produisant une nouvelle réclamation chaque fois qu'un terme devenait dû.

L'intimé forma alors une requête pour mainlevée de la saisie-arrêt par le motif que le divorce ayant dissous le mariage, le jugement en séparation de corps était devenu caduc, et qu'il en était ainsi des mesures accessoires qu'il comportait. Le tribunal, par jugement en date du 28 mars 1971, accueillit la requête et décréta que le mari était relevé de la condamnation de payer pour l'avenir la pension alimentaire octroyée par le jugement en séparation de corps, réservant à celle-ci le droit de faire les procédures appropriées en vue d'obtenir une nouvelle pension.

Le 6 mai 1971 la requérante forma, dans le dossier du divorce, la présente requête où elle demande une pension alimentaire mensuelle de \$600.00 pour elle et son enfant.

Comme procédure incidente à l'instance en divorce, la requête n'est pas recevable dans l'état actuel du dossier, ni en vertu de la Loi sur le divorce ni en vertu des dispositions du Code civil.

En vertu de la Loi sur le divorce, une fois le jugement irrévocable rendu, le tribunal n'est plus compétent pour rendre une ordonnance originale sur une mesure accessoire; une telle ordonnance se situe au stade du jugement conditionnel et en fait partie. On ne peut, après le jugement irrévocable, modifier le jugement conditionnel (sauf quant aux ordonnances accessoires qui en font partie, ce qui n'est pas le cas ici), à moins que le jugement irrévocable n'ait été préalablement rétracté (art. 11, 12 et 13 (3), Loi sur le divorce).

Le paragraphe 1 de l'article 11 stipule que c'est au stade du jugement conditionnel que le tribunal doit statuer sur les mesures qui sont accessoires à la dissolution du mariage, i.e. la garde des enfants et la question des besoins des époux et des enfants pour leur entretien (en anglais « maintenance »). Les dispositions régissant ces mesures sont claires; c'est « en prononçant le jugement conditionnel » (« upon granting a decree nisi of divorce ») que le tribunal peut rendre une ou plusieurs ordonnances concernant les mesures accessoires. Au paragraphe 2 du même article, on pose une exception à cette règle, donnant compétence au tribunal au-delà du jugement irrévocable; mais il ne s'agit que d'une compétence relative; ce n'est qu'une compétence de révision. Ici aussi le texte ne comporte aucune ambiguïté possible: « une ordonnance rendue en conformité du présent article peut être modifiée à l'occasion ou révoquée... » (« An order made

pursuant to this section may be varied from time to time or rescinded . . . »). Si une telle ordonnance a été rendue au stade du jugement conditionnel, le tribunal pourra soit la modifier, soit la révoquer; si la mesure accessoire que l'on veut obtenir n'a pas fait l'objet d'une ordonnance contenue dans le jugement conditionnel, ou l'ayant été, elle fut subséquemment révoquée, le tribunal n'a plus compétence en vertu de la Loi sur le divorce dans ce domaine sur lequel le fédéral n'a qu'une juridiction ancillaire fondée sur sa juridiction originale en matière de mariage et de divorce.

Il semble cependant qu'une telle ordonnance pourrait être rendue en tout temps avant le jugement irrévocable, l'article 13, alinéa 3, permettant au tribunal de modifier à ce stade le jugement conditionnel en rendant sur la foi de faits pertinents telle autre ordonnance (any further order) qu'il estime appropriée.

Le tribunal est d'avis que les dispositions de l'article 11 sont conformes à la nature du divorce, et à l'économie et à l'esprit de la Loi sur le divorce. Le divorce est la dissolution du mariage; il est d'intérêt public que la nature des droits et obligations réciproques des ex-conjoints, résultant de leur mariage, soit déterminée au stade du jugement de divorce pour leur permettre de refaire leur vie et de guider leur conduite en tenant compte des obligations accessoires qui ont pu alors leur être imposées. Une fois ces droits et obligations déterminés par le jugement de divorce, il était nécessaire de pourvoir à la révision et révocation de l'ordonnance originale quant à leur portée, eu égard aux circonstances et à l'évolution des besoins et des moyens respectifs des parties.

De plus, dans la procédure qui a été adoptée, c'est au stade du jugement conditionnel que se situe l'enquête sur le mérite de la demande principale; il était logique que le juge qui préside à cette phase du procès soit appelé à se prononcer sur la nature des implications incidentes du divorce et leur portée à la date du divorce, les faits pertinents à la demande principale faisant partie de la preuve dont le tribunal doit tenir compte en statuant sur les mesures accessoires. Le jugement irrévocable n'est pas un mode de révision du jugement conditionnel, mais son entérinement en temps prescrit.

Il ne semble pas y avoir dissidence sur ce point dans la doctrine et la jurisprudence. Le tribunal se réfère à *Daudrich v. Daudrich*, (1971) 14 D.L.R. (3d) 245, et aux décisions y citées; *Durski v. Durski*, (1971) 16 D.L.R. (3d) 382; *Dame Tremblay v. Tremblay*, 1971 C.S. 507, M. le juge Bourgeois, et au traité « Divorce Practice Manual » (M. C. Kronby), à la page 41.

Dans *Todd v. Todd*, (1969) 5 D.L.R. (3d) 92, l'épouse demandait qu'on lui réserve, à titre de sécurité pour l'avenir, le droit de réclamer éventuellement des aliments de son ex-mari; elle ne pouvait le faire à l'époque du divorce parce qu'elle avait alors un emploi et était indépendante financièrement. A la page, on lit:

. . . To permit a divorced spouse to hold the club of a maintenance motion over the head of the former husband or wife forever would be monstrous: such matters must be settled no later than the trial, with the provision that adjustments can be made from time to time upon cause shown (s. 11(2)).

It is my opinion that any application for maintenance under the Divorce Act must be made no later than the time of the trial of the divorce petition to which it is ancillary. Who seeks it must speak then or else forever thereafter hold her (or his) peace.

It may be that difficulty will result from this decision, in that only an order for maintenance may be dealt with under s. 11(2) on the Divorce Act. No original order can be made under that subsection. If no order is made under s-s. (1), then it would seem that the party is out of Court, so far as the Divorce Act is concerned, for good; and it is a question whether or not the ordinary law of the Province as to maintenance would apply to such a person after her marriage is dissolved. This question is not raised here, and I mention it only to indicate that it has not escaped my attention.

Dans *Hitsman v. Hitsman*, (1970) 11 D.L.R. (3d) 450, les faits sont sensiblement les mêmes que dans le présent cas, sauf que c'était le mari qui avait formé la requête en divorce fondée sur le motif péremptoire de la séparation depuis plus de cinq ans. L'épouse ne l'avait pas contestée parce que son avocat avait reçu l'assurance de celui du mari que ce dernier continuerait après le divorce à payer la pension alimentaire accordée plusieurs années avant les procédures en divorce et qu'il avait régulièrement payée. Une fois le divorce obtenu, le mari cessa de la payer. A la page 452, on lit:

... Once a decree absolute has been given, a new state of facts exists, the parties have a new status, and can contract fresh marriages. I doubt if there is power to reopen anything in the action by motion where there has been a decree absolute, unless there be fraud or the reopening is under s. 11(2) of the Divorce Act, 1967-68 (Can.), c. 24. In any event, the first step is to set aside the decree absolute. It cannot stand while the Court tinkers with the decree nisi.

In this case, where there is a judgment absolute and where I am asked to reopen the trial leading to the decree nisi on the question of maintenance, it seems to me that the difficulties are insuperable even if I thought that the matter should be reopened. There has been a decree absolute... There is no allegation of fraud made before me. I do not consider the interchange between the solicitors as being anything more than a regrettable professional mutual mistake for which there may be other remedies.

I cannot and will not give any relief in this case, but I think that it is important that solicitors in considering similar cases should realize that the decree absolute terminates the state of marriage between the parties and the benefit of the remedies which the law has provided otherwise for husbands and wives.

En tant que procédure incidente à l'instance en divorce, la requête n'est pas non plus fondée en vertu des dispositions du Code civil. Les seules dispositions du Code civil qui traitent de l'adjudication sur les mesures accessoires dans l'instance en divorce sont contenues aux articles 212 et 213. Ces dispositions sont les mêmes que celles contenues à l'article 11 de la Loi

sur le divorce, mais étendues à la séparation de corps et exprimées en un style différent. Bien que l'article 212 C.C. ne précise pas à quel stade des procédures il doit être statué sur les mesures accessoires, il ressort du contexte que c'est au moment où le jugement sur le mérite de la demande principale est rendu alors que la preuve faite permet au juge qui préside au procès, entre autres, d'apprécier la conduite et la responsabilité des parties; de plus il s'agit de demandes accessoires à la demande principale; elles font partie intégrante du litige et doivent, avec la demande principale, faire l'objet d'un seul et même jugement. La requête, de ce chef, est donc aussi tardive.

La requête peut par ailleurs être considérée comme introductive d'une instance nouvelle et distincte puisque l'article 827 C.P. autorise le mode sommaire de la requête en matière d'obligation alimentaire « entre époux, ou entre parents ou alliés », et aussi pour faire déterminer, si nécessaire, le droit à la garde des enfants. Le terme « époux » ici comprendrait les époux divorcés (*Dame Glen v. Baillie*, 1971 C.A. 598). Le fait que la requête ait été déposée dans le dossier du divorce n'en change pas la nature ni ne cause préjudice à la partie intimée; ce sont les mêmes dispositions de procédure qui s'appliquent, qu'elle ait été formée comme instance distincte ou comme procédure incidente en divorce (Règles de pratique en matière de divorce, n° 1); (la situation n'est pas la même en matière de faillite, la procédure y est substantiellement différente).

Considérée comme instance nouvelle, la requête n'est pas fondée quant à la demande personnelle de la requérante parce que l'obligation alimentaire du mari à l'égard de son épouse est éteinte par le jugement de divorce qui n'y a pas pourvu. Le divorce a pour effet de mettre fin au mariage (art. 185 C.C.) et, par voie de conséquence, aux droits et obligations rattachés à l'état de conjoint, sauf tel que prévu au Code civil. A part les articles 212 et 213 C.C., qui ne traitent que des mesures accessoires à l'instance en séparation de corps ou en divorce, il n'existe aucune disposition dans le Code civil créant une obligation alimentaire entre époux divorcés. Par conséquent, de ce chef, la demande alimentaire personnelle de la requérante n'est pas fondée en droit.

La situation est par ailleurs toute différente quant aux enfants. Le divorce n'affectera en aucune façon les avantages qui étaient assurés aux enfants nés du mariage par la loi ou par les conventions matrimoniales de leur père et mère (art. 216 C.C.). Parmi ces avantages, il y a principalement l'obligation des époux de nourrir, entretenir et élever leurs enfants (art. 165 C.C.) que Mignault appelle le « devoir d'éducation » par opposition à la « dette alimentaire » proprement dite (*Droit civil canadien*, tome 1, aux pages 479 à 481). Cette obligation que les époux ont contractée ensemble par le fait de leur mariage est une obligation de « soins à donner » (MIGNAULT, *ouvrage précité*, p. 481); ce n'est qu'accessoirement qu'elle devient une obligation pécuniaire, soit, d'une part, pour l'achat des choses devant faire partie des soins à donner, et, d'autre part, pour le coût des services à être rendus lorsque les soins sont donnés par une autre personne. C'est ainsi qu'il est prévu à l'article 215 C.C. que le parent (le père ou la mère), qui n'a plus la garde de l'enfant, conserve cependant le droit de surveillance

quant à son entretien et son éducation, ainsi que l'obligation d'y contribuer pécuniairement dans la mesure de ses facultés; cette obligation découle par conséquent du lien de paternité et demeure nonobstant la dissolution du mariage. L'enfant mineur a donc, de ce chef, un recours contre ses père et mère divorcés; si c'est lui qui l'exerce, il devra le faire par l'entremise de son tuteur.

La question se pose ici sous un autre aspect. La mère a-t-elle aussi, de ce chef, le droit de poursuivre, pour le bénéfice de l'enfant, le père de celui-ci sans être tutrice? Le tribunal est d'opinion qu'elle a un tel recours et que ce recours lui est propre à titre d'accessoire nécessaire à l'accomplissement du « devoir d'éducation ». Il s'agit là d'une obligation que la requérante et l'intimé ont contractée ensemble, l'un envers l'autre, par le fait de leur mariage, dont la considération est l'entretien et l'éducation de l'enfant; il est du devoir de la requérante de voir à ce que le père assume sa part de la responsabilité dans la mesure de ses facultés, et ce, pour le bénéfice de leur enfant.

Ce recours direct a unanimement été reconnu par les tribunaux de cette province quand il s'agissait des enfants nés du mariage des parties. Voir MIGNAULT, *ouvrage précité*, à la page 479; TRUDEL, *Traité de Droit civil du Québec*, tome 1, aux pages 469 et 470, et la jurisprudence y citée; (1965) 25 *R. du B.*, page 532; la décision de M. le juge François Caron, antérieure à la modification de 1969 apportée à l'article 216 C.C., *Dame Ida Rishikof v. Neidik*, 1959 R.L. 321; et la décision de M. le juge Paul-Émile Côté, *Dame Gold v. Letovsky*, 1967 R.P. 277.

Statuant sur le montant que le père devra contribuer pour l'entretien et l'éducation de son enfant: Trudel, à la page 469 du traité précité, définit comme suit les trois éléments de l'obligation d'éducation:

Par nourrir, on entend tout le nécessaire à l'alimentation physique. L'entretien est le devoir de satisfaire les besoins matériels de la vie: vêtements, logement, remèdes, etc. Ce concept n'inclut pas les objets de luxe, comme par exemple les cadeaux que l'enfant voudrait faire à des tiers. Élever les enfants, c'est leur donner les soins requis pour le développement de leur esprit et la préparation de leur avenir.

Le père et la mère sont tenus d'y contribuer à la proportion de leurs facultés (art. 215 C.C.). « Si un seul d'entre eux a de la fortune, il doit solder l'obligation totale... Cette obligation est tellement forte que le défaut de l'acquitter confère à l'autre époux une action oblique en remboursement des dépenses faites pour l'entretien des enfants. » (TRUDEL, *Traité de Droit civil du Québec*, tome 2, page 52.)

La requérante a produit une liste des besoins de sa fille formant, après rectification d'une erreur de calcul, un total de \$3,852.81 par année (moyenne mensuelle de \$321,07). Le tribunal en a vérifié les postes en regard de la preuve faite et des remarques des parties et en vient à la conclusion que, dans l'ensemble, la réclamation n'est pas exagérée eu égard à l'état et à la condition des parents.

Il y a lieu de biffer le poste « cadeaux à ses amis » : \$25.00; de réduire les postes: « vacances » à \$50.00, vu l'âge de l'enfant, 9 ans, et les autres montants de loisirs; « équipement de ski » à \$50.00, vu que cet équipement, bien que l'enfant soit dans sa période de croissance, devrait durer plus d'une année; « dentiste » à \$50.00; et de déduire \$50.00, soit le coût de la nourriture pour le mois où l'enfant est au camp d'été. Par ailleurs, il y a lieu de rajouter \$15.00 pour les frais d'inscription au Couvent des Ursulines qui a été omis dans l'addition. Le tribunal note qu'il n'y a pas de poste pour « nettoyage et lavage », ni pour « divers et imprévus ». La requérante a aussi omis de tenir compte du fait que la pension alimentaire payée pour l'enfant, dont elle a la garde, est considérée comme faisant partie du revenu de la mère pour fins d'impôt sur le revenu et une dépense déductible pour le père qui la paie (Loi fédérale de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1970, c. I-5, art. 6(1) f et art. 11(1) k 1, Loi de l'impôt provincial sur le revenu, S.R.Q. 1964, c. 69, art. 7(d) et art. 13(a)); *Iles v. M.N.R.* 1967 D.T.C. 372).

Il y a lieu d'accorder la demie réclamée du loyer et des frais afférents. Il est vrai que le coût du gîte et de la pension d'un enfant dans une institution serait moindre, mais tel n'est pas le critère. La mère a la garde de l'enfant, et pour les fins de l'éducation de celle-ci il importe qu'elle réside avec sa mère. L'enfant, dans le logement qu'elle occupe présentement avec sa mère, a sa propre chambre comme il se doit; la présence de l'enfant signifie, de ce chef, plus que la différence entre le loyer de ce logement et celui d'un autre ayant une chambre en moins; sans l'enfant, la mère ne serait pas obligée de tenir maison ou pourrait partager un logement avec une compagne. Le tribunal est d'opinion que le montant dont la requérante devrait disposer pour subvenir d'une façon adéquate aux besoins de l'enfant est de \$335.00 par mois.

Il résulte de la preuve faite quant aux facultés des parties que seul le père est présentement en mesure de contribuer financièrement et que le montant des besoins prouvés n'est pas au-delà de ses facultés. L'intimé, professeur [...], a un traitement annuel de \$19,000.00, qui lui laisse un revenu mensuel de plus de \$1,230.00, après impôts et autres déductions obligatoires; il n'a aucune autre personne à sa charge. Par ailleurs, la requérante n'a même pas un revenu suffisant pour lui permettre de subvenir à ses propres besoins; elle a dû s'endetter et avoir recours à l'occasion à l'aide du Bien-être social. Elle est infirmière diplômée, mais ne peut s'engager comme telle sans auparavant faire un stage de recyclage.

Par ces motifs:

Rejette la demande personnelle de la requérante;

Accorde la demande faite pour le bénéfice de l'enfant;

Condamne l'intimé à payer une pension alimentaire de \$335.00 par mois pour son enfant, Marie Charlotte, montant payable à la requérante à son domicile, d'avance le premier de chaque mois, et ce, à compter du 1^{er} juin 1971;

Avec dépens contre l'intimé.

NOTE. — Les motifs, abondants et consciencieux, du jugement ci-dessus sont intéressants à de nombreux titres. Nous limiterons toutefois nos commentaires à ce qui semble être les deux apports essentiels de la décision: d'une part, la Cour supérieure confirme ici une jurisprudence déjà solidement établie * qui déclare irrecevable en principe la demande de pension alimentaire produite tardivement par l'un des époux pour lui-même; d'autre part, sans contribuer de façon originale au débat, la Cour supérieure donne cependant un regain de vigueur à la thèse, déjà fortement accréditée en jurisprudence mais controversée, selon laquelle l'époux divorcé qui a la garde de l'enfant commun a un recours direct contre l'autre époux, pour faire prononcer contre celui-ci une pension alimentaire pour l'entretien de l'enfant.

1. En l'espèce, le jugement conditionnel de divorce était d'abord silencieux quant à la pension alimentaire de la femme. Celle-ci en avait cependant obtenu une lors d'une instance antérieure en séparation de corps et au moment du jugement définitif de divorce (et quelque temps sans doute après) elle procédait encore à des saisies-arrêts systématiques du salaire de son époux, celui-ci s'empressant d'en demander au plus tôt la mainlevée, ce qui lui fut accordé sans difficulté, au motif que le divorce rendait caduques la séparation de corps et les mesures accessoires qui l'accompagnaient. Tout ceci tend à montrer qu'en cette affaire comme en d'autres, étonnamment nombreuses, les justiciables, et quelquefois leurs conseils, ne sont pas très conscients des modifications importantes que vont subir, à la suite du divorce, les rapports alimentaires des époux. Par insouciance, négligence ou ignorance, la femme vit ou essaie de vivre sur l'acquis d'une pension ou provision alimentaire antérieure jusqu'au moment où, sortant d'un sommeil qui n'était peut-être que feint, le débiteur alimentaire lui oppose la dissolution du mariage et la disparition corrélative de ses devoirs !

C'est dans ces conditions que la femme décida, dans la présente affaire, d'introduire malgré tout une demande nouvelle de

* Cette note de jurisprudence était déjà sur épreuves lorsqu'ont été publiés les deux arrêts rendus coup sur coup par la Cour d'appel du Québec dans les affaires *Vadeboncoeur c. Landry* (1973 C.A. 351) et *Thériault c. Tremblay* (1973 C.A. 575). Comme cette note et la décision qu'elle accompagne constituent en elles-mêmes une réponse par anticipation, au moins pour l'essentiel, aux thèses singulières de la Cour d'appel sur la survie du devoir de secours entre époux après divorce, nous n'avons pas jugé utile d'y ajouter, pour le moment, de nouveaux commentaires. (N. de l'A.)

pension alimentaire, quelque onze mois après le prononcé du jugement définitif de divorce. La requête ayant été produite au dossier du divorce, le tribunal l'a rejetée sans aucune hésitation : s'appuyant sur une jurisprudence fortement dominante, justifiée par d'imposants arguments de texte et, comme le souligne le jugement avec raison, par la « nature du divorce », il a pu affirmer qu'il « est d'intérêt public que la nature des droits et obligations réciproques des ex-conjoints, résultant de leur mariage, soit déterminée au stade du jugement de divorce pour leur permettre de refaire leur vie et de guider leur conduite en tenant compte des obligations accessoires qui ont pu alors leur être imposées ». Passé ce stade, il est trop tard (*Radke c. Radke*, 1971, 20 D.L.R. 679 (Alb. A.D.); *Daudrich c. Daudrich*, 1972, 2 W. W. R. 157 (Man. C.A.); *Zacks c. Zacks*, 1972, 6 W.W.R. 589 (B.C. C.A.); *Tremblay c. Tremblay*, 1972 C.S. 458; *Redfearn c. Hemmings*, 1972 C.S. 313; — voy. nos chroniques, 1972 *R. du B.* 43, 267; et F. HÉLEINE, note sous C.S. Montréal, 5 janvier 1972, *Duchesne c. Masse*, 1972 *R.J.T.* 270). Il est vrai que, moins précis que l'article 11 de la loi sur le divorce, l'article 212 C.C., inopportun doublet, à certains égards, des dispositions de la loi fédérale, ne fait pas obstacle, à première lecture, à ce qu'une demande de pension alimentaire soit présentée après le prononcé du divorce. Mais, s'agissant de mesures accessoires au divorce, les dispositions de la loi fédérale doivent, tant qu'elles n'auront pas été déclarées inconstitutionnelles (cf. pour une tentative avortée, *Corbeil c. Daoust et Proc. Gén. du Canada*, 1972 C.A. 375), avoir préséance sur les dispositions du Code civil. En outre, il importe de remarquer avec le tribunal que, de toute manière, « il ressort du contexte » de l'article 212 C.C. qu'il « doit être statué sur les mesures accessoires [...] au moment où le jugement sur le mérite de la demande principale est rendu alors que la preuve faite permet au juge qui préside au procès, entre autres, d'apprécier la conduite et la responsabilité des parties ». Il en résulte qu'en toute hypothèse, la requête, en tant que procédure incidente au divorce, devait être rejetée comme tardive.

Décidément bon enfant, le tribunal a toutefois accepté, bien que la requête ait été produite au dossier du divorce, de la considérer comme introductive d'une instance nouvelle et distincte, donc régie par les principes généraux des recours alimentaires ordinaires. Mais de ce point de vue également, une réponse négative ne pouvait guère faire de doute. Le divorce mettant fin au mariage (ce que nombre de justiciables paraissent plus facilement portés à admettre

lorsqu'il s'agit de reprendre leur liberté que lorsqu'il s'agit d'en supporter les inévitables conséquences économiques), le devoir de secours disparaît et, avec lui, toute obligation alimentaire entre époux divorcés.

Telle est, si l'on peut dire, l'orthodoxie de la loi sur le divorce, que la décision commentée respecte intégralement: le droit à pension est une faveur exceptionnelle qui ne survit pas, en principe, au procès en divorce. C'est si vrai qu'il en est ainsi que certains tribunaux n'ont cessé, depuis 1968, de multiplier les subterfuges pour permettre aux époux divorcés (statistiquement, surtout aux femmes divorcées) d'échapper aux rigueurs de la loi fédérale: ici l'on « réserve » le droit à pension (cf. les décisions québécoises non recueillies citées par M. Héleine, note précitée, p. 271); là on prononce des dollars symboliques de pension alimentaire (ex: *Wong c. Wong*, 1973, 30 D.L.R. 378); là encore, on déclare, avec un aplomb étonnant, qu'en obtenant une pension provisoire en cours d'instance, l'époux dans le besoin « établit » son droit à pension alimentaire même après le divorce (*Landry c. Vadeboncoeur*, C.S. Montréal, 28 janvier 1972, 1972 R.J.T. 267) !

Il convient sans doute de ne pas condamner ces pratiques en bloc, malgré leur caractère peu juridique, voire franchement illégal. On conçoit qu'aujourd'hui comme hier, les tribunaux acceptent, parfois et sous certaines conditions, de s'écarter de la lettre de la loi. Ainsi, lorsque les deux époux sont en état d'insolvabilité, que l'on sait que l'un va y demeurer mais qu'il est certain que l'autre retournera *sous peu* à meilleure fortune ou, à l'inverse, lorsque les deux époux étant *in bonis* au moment du prononcé du divorce, il est néanmoins sûr que l'un d'entre eux sera privé *sous peu* de revenus réguliers et significatifs, on comprend que le juge puisse, sans avoir le sentiment de violer l'esprit de la loi et malgré l'irrégularité apparente du procédé, réserver le droit à pension ou prononcer une pension alimentaire fictive. Encore faut-il précisément que le recours aux subterfuges signalés, pour être justifiable, soit cantonné à des circonstances certes exceptionnelles mais qui permettent aussi de raccrocher au moins un peu la solution adoptée à l'économie générale de la loi. L'équité doit être cette fenêtre toujours ouverte, dans l'arithmétique du droit strict, sur l'intuition et la sensibilité du juge. Mais l'équité ne doit pas, en empruntant les traits d'une prétendue « jurisprudence », devenir, selon la forte expression de Diderot, « une contre-autorité à la loi ». C'est toute-

fois, semble-t-il, ce qu'elle est devenue dans certaines provinces, en particulier au Manitoba, où les dollars symboliques de pension alimentaire accordés à la femme ont pris le caractère d'une véritable clause de style dans les jugements de divorce (v., manifestant très discrètement leur étonnement: MACDONALD et FERRIER, *Canadian Divorce Law and Practice*, Toronto, Carswell, 1969, p. 11-18, § 11-20).

Pourtant, même appliquée à la rigueur, la loi sur le divorce ne ferme pas complètement la porte aux demandes tardives de pension, mais dans des conditions qui en limitent strictement la possibilité, ainsi que le fait observer fort à propos le tribunal dans l'affaire commentée ici. Entre le jugement conditionnel et le jugement irrévocable d'abord, les dispositions de l'article 13 (3) de la loi sur le divorce sont si larges qu'il ne paraît guère y avoir de difficulté à faire rouvrir le débat sur la question de la pension, tout au moins dès que la partie concernée peut donner des explications tant soit peu sérieuses de son retard (ces « faits pertinents » dont parle l'article 13 (3) c) et qui permettent au tribunal de « rendre telle autre ordonnance [qu'il] estime appropriée »). Après le jugement irrévocable ensuite, les choses sont assurément plus délicates. Comme le souligne la Cour supérieure avec logique, il semble alors que la rétractation du jugement irrévocable soit un préalable nécessaire à une discussion nouvelle du droit à pension, puisque seule une telle rétractation permettrait de remettre les parties dans l'état où elles étaient antérieurement, c'est-à-dire dans les conditions de l'article 13 (3) (mais cette rétractation n'était pas ici demandée et il ne paraît pas qu'il y ait eu des motifs de l'accorder). Il est vrai que la Cour d'appel de l'Ontario, dans un arrêt remarqué (*Suriano c. Suriano*, 1972, 6 R.F.L. 100), a admis la possibilité de rouvrir le débat sur la pension par-dessus la tête, si l'on ose dire, du jugement irrévocable, mais pour des motifs dont l'embarras traduit assez, croyons-nous, le caractère mal assuré de la solution. L'appelante elle-même avait sans doute vu plus juste en commençant par demander au juge de première instance « an order setting aside the decree absolute ».

2. Silencieux quant à la pension alimentaire de la femme, le jugement conditionnel l'était aussi quant à celle de l'enfant confié à sa garde. Mais le mal n'était pas ici sans remède. Comme le rappelle la Cour supérieure, en vertu de l'article 215 C.C., les parents demeurent tenus, même après leur divorce, de contribuer, à

proportion de leurs facultés, à l'entretien et à l'éducation de leurs enfants. Le devoir de secours et l'obligation de contribution connaissent donc des sorts complètement différents: le divorce fait disparaître le devoir de secours, en sorte que l'épouse se trouve, comme on l'a vu, privée de tout recours alimentaire contre son ex-mari si elle n'a pas voulu ou pu bénéficier en temps utile des dispositions de l'article 11 de la loi sur le divorce; l'obligation de contribution, au contraire, survit au divorce, en sorte qu'à tout moment après celui-ci, le parent qui n'a pas la garde de l'enfant peut être contraint à faire sa part sous forme de pension alimentaire. Il pourra même être tenu de contribuer seul si l'époux gardien est, quant à lui, sans ressources, comme c'était le cas en l'espèce.

Mais à qui appartient l'exercice du recours alimentaire ? L'enfant lui-même peut sans aucun doute agir par l'intermédiaire de son tuteur. Cependant, ne peut-on faire l'économie de ce détour lorsque l'enfant est sous la garde de l'un de ses parents ? Ne peut-on reconnaître à ce dernier un recours direct contre l'autre parent « pour le bénéfice » de l'enfant ? La Cour supérieure l'a pensé dans la présente affaire. La solution appelle a priori la sympathie. Il reste à la justifier.

La justification dépend sans doute largement du sens et de la portée que l'on donne à l'article 165 C.C. relatif à l'obligation des époux de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. Si, avec d'anciens auteurs (BEAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, Paris, Larose et Forcel, 1888, p. 352, n° 584), on soutient que c'est seulement envers les enfants, et parallèlement en quelque sorte, que les époux contractent cette obligation et non pas l'un envers l'autre, il est difficile de voir où la femme puiserait un recours direct contre le mari, à moins qu'ayant assumé seule les dépenses d'entretien, elle agisse en remboursement de celles-ci; auquel cas d'ailleurs, il s'agirait moins d'un recours alimentaire que d'un règlement financier entre conjoints ou ex-conjoints (telle est aussi, semble-t-il, la position de M. Trudel puisqu'il trouve à la jurisprudence favorable au recours direct de la mère légitime des explications plus sentimentales que juridiques: t. 1 du *Traité de droit civil du Québec*, p. 470).

Cependant on peut estimer que l'article 165 C.C. oblige les parents non seulement à l'égard de leurs enfants, mais aussi l'un envers l'autre. Ce qui fonderait principalement ce point de vue, c'est que l'obligation est contractée « du seul fait du mariage »

(par une extension sans doute très audacieuse, il suffirait même du fait d'un mariage nul contracté de mauvaise foi par les deux époux: *Clint c. Vaillancourt*, 1971 C.S. 205): « si la loi n'avait en vue que la créance alimentaire des enfants, elle n'aurait pas besoin de la rattacher au fait du mariage, puisque cette créance a sa source dans toute filiation, même naturelle » (René SAVATIER, note sous Req. 3 et 26 juillet 1928, D.P. 1919.1.9, *Garnier c. Munier*: l'obligation de l'article 165 « n'est plus individuelle, étant au contraire familiale »). Dans les rapports triangulaires, sorte originale de stipulation réciproque pour autrui, qu'aurait créés l'article 165 C.C., on comprend alors le recours direct du parent gardien contre l'autre: chaque parent a le pouvoir de contraindre l'autre à accomplir l'obligation qu'il a envers lui de contribuer à l'entretien des enfants communs. Telle était déjà la position de Mignault (Mourlon) qui montre que l'absence du mot « ensemble » dans la version québécoise de l'article 203 C.N. n'en affecte pas forcément le sens (*Droit civil canadien*, t. 1, p. 479); telle est aussi la position de la Cour supérieure dans le jugement commenté qui, en se fondant carrément sur l'article 165, a donné au recours direct de la mère divorcée une rigueur et une force persuasive qu'il n'avait pas, tant s'en faut, atteintes dans la jurisprudence antérieure (*Rishikof c. Neidik*, 1959 R.L. 321; *Gold c. Letovsky*, 1967 R.P. 277: suffit-il en effet d'invoquer l'intérêt que la mère possède à agir ou les simplifications pratiques, certes importantes, que la solution entraîne ?).

On pourrait objecter à l'interprétation ci-dessus de l'article 165 que c'est faire de l'obligation d'entretien un devoir réciproque entre époux et que si le législateur l'avait voulu ainsi, il l'aurait placée aux articles 173 et suivants du Code civil. Mais ce serait sans doute attacher aux divisions du Code civil une précision et une importance qu'elles n'ont pas toujours. On pourrait encore objecter que l'article 165 est fait pour le mariage; qu'après divorce, l'obligation d'entretien fait place à des rapports alimentaires individuels. Mais il a déjà été répondu à cette objection: par ses termes mêmes, l'article 215 C.C. consacre clairement la survie de l'article 165 à la dissolution du mariage; c'est sur le fait du mariage que s'est fondée l'obligation réciproque des père et mère, et ce fait n'est pas atteint par le divorce (cf. Albert MAYRAND, *Conventions entre époux en prévision de leur divorce et conventions entre divorcés*, 1960 R. du B. 1, 15 et s.).

Si toutes ces raisons rendent admissibles après divorce le recours direct de la mère gardienne contre le père pour l'entretien

des enfants issus du mariage, reste à savoir si la solution de la Cour supérieure peut être étendue à d'autres situations. Elle jouera, sans difficulté et à plus forte raison, au cas de séparation de corps ou de fait (R. SAVATIER, note précitée, p. 10, 2° col.); elle jouera sans doute encore au cas de nullité, lorsque le mariage a été déclaré putatif même du chef d'un seul époux. Mais dans toutes ces hypothèses, il y a eu, ou il y a, mariage et enfants issus de celui-ci.

Faute du premier élément, la solution ne pourrait être étendue, croyons-nous, aux parents et enfants naturels. Certes, depuis 1970, les parents naturels sont tenus à l'égard de leurs enfants d'une obligation d'entretien dont la coloration est un peu différente de l'ancienne obligation alimentaire (art. 240 nouveau C.C.), mais il n'est point dit, par exemple, qu'ils la contractent du seul fait des relations sexuelles ou de la procréation. Conformément à la majorité de l'ancienne jurisprudence, la mère devrait donc continuer à se faire nommer tutrice pour pouvoir réclamer au nom de l'enfant l'exécution par le père de son obligation d'entretien.

Faute du second élément, la solution ne pourrait davantage être étendue au recours exercé après divorce contre l'ex-conjoint pour l'entretien des enfants pour lesquels les époux, selon le jargon de la loi sur le divorce, agissaient *in loco parentis*. Ici, il conviendrait donc de se montrer vigilant et de ne point laisser périr les recours, contemporains de l'instance en divorce, ouverts par le jeu combiné des articles 2 et 11 de la loi sur le divorce.

Alain-F. BISSON.