

## FAMILLE

Alain ROY

Volume 107, numéro 1, mars 2005

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2004

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045691ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045691ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

ROY, A. (2005). FAMILLE. *Revue du notariat*, 107(1), 1–62.  
<https://doi.org/10.7202/1045691ar>

# FAMILLE

**Alain ROY\***

INTRODUCTION . . . . .	5
1. L'ENFANT. . . . .	6
1.1 La filiation . . . . .	6
A. La filiation par le sang. . . . .	6
• Possession d'état conforme à l'acte de naissance . . . . .	6
• Filiation paternelle <i>post mortem</i> . . . . .	8
B. La procréation assistée . . . . .	9
C. La filiation adoptive sur consentement spécial du parent . . . . .	13
1.2 L'autorité parentale . . . . .	16
A. La garde partagée . . . . .	16
B. Le déménagement du parent gardien. . . . .	17

---

\* Docteur en droit, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et chercheur associé à la Chaire du Notariat. L'auteur remercie chaleureusement son confrère, M<sup>e</sup> Christian Saint-Georges, pour ses judicieux conseils.

1.3	L'obligation alimentaire des parents . . . . .	20
A.	Le cumul d'obligations alimentaires . . . . .	20
B.	L'enfant résidant à l'étranger . . . . .	22
C.	L'enfant majeur aux études . . . . .	25
2.	LE COUPLE . . . . .	28
2.1	Le couple marié . . . . .	28
A.	Les conditions de formation du mariage . . . . .	28
	• Le mariage gai . . . . .	28
	• La nullité du mariage . . . . .	32
B.	Les conséquences économiques de la rupture . . . . .	35
	• Le patrimoine familial . . . . .	35
	– Renonciation . . . . .	35
	– Partage inégal . . . . .	35
	– Dettes déductibles . . . . .	37
	– Renonciation à une déduction lors d'un achat en copropriété indivise . . . . .	38
	• La société d'acquêts . . . . .	40
	• La vente de la résidence familiale . . . . .	42
	• Les conventions de rupture . . . . .	42
	• L'obligation alimentaire des ex-époux . . . . .	45
	– La pension alimentaire dite compensatoire ou les suites de <i>Moge</i> . . . . .	45

FAMILLE	3
- La pension alimentaire dite sociale (ou non compensatoire) ou les suites de <i>Bracklow</i> . . . . .	48
- Les ententes alimentaires ou les suites de <i>Miglin</i> . . . . .	51
2.2 Les couples en union de fait. . . . .	54
A. Le droit d'usage dans la résidence familiale . . . . .	55
B. La notion <i>in loco parentis</i> . . . . .	58
C. Le recours en enrichissement sans cause . . . . .	60
CONCLUSION . . . . .	61



## INTRODUCTION

Bon an mal an, le droit de la famille génère une quantité impressionnante de décisions jurisprudentielles. Même si les différents acteurs du monde juridique s'emploient depuis déjà longtemps à faire la promotion de la médiation et de l'entente entre les membres de l'unité familiale, les affaires conjugales et parentales soumises à l'arbitrage des tribunaux demeurent légion. Dans cette perspective, l'intérêt d'une recension annuelle des principales décisions jurisprudentielles ne soulève aucun doute.

Entre l'énumération purement descriptive et l'analyse critique des jugements annuellement rendus, plusieurs options méthodologiques sont envisageables. La présente recension repose sur une approche mixte. Bien qu'il ne soit nullement question de commenter en détail et en profondeur les principaux jugements susceptibles d'intéresser les praticiens qui œuvrent en matière familiale, je m'efforcerai d'en évaluer sommairement l'impact sur les tendances jurisprudentielles observables.

Mon exposé se divise en deux grandes parties. La première rassemble les jugements qui concernent directement l'enfant, tandis que la seconde regroupe les décisions relatives au couple. Évidemment, chacune des parties sera divisée en autant de thèmes et sous-thèmes que nécessaire. Aux efforts de conceptualisation qui président généralement à l'élaboration d'un plan, j'ai donc substitué une approche simple et pragmatique. Compte tenu du choix méthodologique à la base du présent article, un tel plan devrait permettre au lecteur de repérer efficacement les décisions qui confirment l'état du droit de la famille ou qui, au contraire, sont susceptibles d'en modifier la teneur<sup>1</sup>.

---

1. La présente recension a été effectuée à partir de la banque de données *Jurisprudence Express* de Soquij et couvre la période s'étendant entre le 1<sup>er</sup> décembre 2003 et le 1<sup>er</sup> décembre 2004. Bien que certains des jugements recensés aient pu faire l'objet d'une publication dans un recueil de jurisprudence général ou spécialisé, seule la référence au fascicule *Jurisprudence Express* (J.E.) sera fournie. Par ailleurs, la référence aux extraits cités renvoie au numéro de paragraphe du texte intégral du jugement dont ils proviennent.

## 1. L'ENFANT

### 1.1 La filiation

#### A. La filiation par le sang

- *Possession d'état conforme à l'acte de naissance*

Dans l'état actuel du droit, la filiation dite « par le sang » n'est pas qu'une simple affaire de gènes. Influencé par la philosophie romaniste<sup>2</sup>, le législateur québécois détermine parfois la paternité d'un enfant sans égard à ses véritables racines biologiques.

En consacrant l'inaltérabilité d'une filiation résultant d'une possession d'état conforme à celle que révèle l'acte de naissance de l'enfant, l'article 530 C.c.Q. témoigne éloquemment d'une telle philosophie. Fondement du lien filial, la stabilité socio-affective de l'enfant l'emporte ici sur les preuves génétiques plus que probantes auxquelles l'ensemble des parties concernées peuvent désormais avoir accès<sup>3</sup> :

**Art. 530 C.c.Q.** Nul ne peut réclamer une filiation contraire à celle que lui donnent son acte de naissance et la possession d'état conforme à ce titre.

Nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession d'état conforme à son acte de naissance.

Certes, la rigidité d'une telle règle dérange les tenants de la philosophie germanique pour qui la filiation devrait, en toutes circonstances, refléter la réalité biologique<sup>4</sup>. Une réalité aujourd'hui

---

2. Alexandra OBADIA, « L'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation », (2000) 45 *R.D. McGill* 483, 496.

3. Alain ROY, « Le droit de la famille – une décennie d'effervescence législative », (2003) 105 *R. du N.* 215, 246-248.

4. Voir Alexandra OBADIA, « L'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation », (2000) 45 *R.D. McGill* 483, 496. Au Québec, cette philosophie semble bénéficier d'appuis significatifs. Voir les réflexions émises sur le caractère fondamental du droit de connaître ses origines dans *Droit de la famille – 1059*, [1990] R.D.F. 385 (C.A.) et l'importance accordée à la vérité biologique (au détriment des considérations de stabilité socio-effective) par le juge Bellavance dans *Droit de la famille – 2530*, [1996] R.D.F. 913 (C.S.). Pour une perspective semblable, voir aussi *B.(M.-F.) c. R.(R.)*, REJB 2003-42132 (C.S.). Voir également ce qu'en disent M<sup>e</sup> Jocelyn Verdon et M<sup>e</sup> Michel Tétrault dans « Une revue de la jurisprudence marquante en 2003-2004 », dans *Développements récents en droit familial*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 125, 207.

observable à travers un simple échantillon d'ADN prélevé à même un cheveu ou un frottis de salive. Dans cette perspective, la décision rendue par la Cour supérieure dans l'affaire *E.R. c. T.-A.M.*<sup>5</sup> est méritoire, en ce qu'elle réaffirme le caractère *absolu* de l'article 530 C.c.Q.<sup>6</sup>. Résumant les faits et le droit applicable, la juge Gaudreau écrit :

La demanderesse [la mère de l'enfant] affirme que le défendeur n'est pas le père biologique de V... (quoique son nom apparaisse à titre de père au certificat de naissance de l'enfant) [...]. Elle produit en preuve le résultat du test d'ADN auquel le défendeur a recouru de lui-même en date du 19 mars 2001 qui conclut : « probability of paternity : 0 % » [...]. Quel est l'impact du résultat d'un test sanguin en matière de filiation lorsque l'enfant bénéficie d'une possession d'état constante et conforme à son certificat de naissance ? Est-ce que la vérité biologique peut faire échec à une possession constante d'état ? La jurisprudence montre [...] qu'il découle une présomption de paternité *irréfragable* en présence d'un acte de naissance et une possession d'état suffisamment longue.<sup>7</sup> (Nos italiques)

La Cour prend soin de rappeler les éléments constitutifs d'une possession d'état, soit l'usage du nom patronymique, le traitement et la réputation, en précisant qu'il ne lui revient pas, à ce stade, de juger de la capacité du « père » d'assumer ses responsabilités parentales<sup>8</sup>. Autrement dit, la qualité des rapports parentaux ne doit pas influencer le Tribunal dans l'appréciation subjective des éléments qui fondent la possession d'état. Que celui dont la filiation résulte de l'application de l'article 530 C.c.Q. ait été ou non un « père » modèle n'a pas véritablement d'importance<sup>9</sup>.

5. J.E. 2004-281 (C.S.).

6. Voir également *S.B. c. P.D.*, J.E. 2004-1316 (C.S.) ; *G.(M.) c. (D.M.)*, J.E. 2000-508 (C.S.) et *Droit de la famille – 773*, [1990] R.J.Q. 780 (C.S.). Voir également le jugement de principe de la Cour d'appel dans *Droit de la famille – 3544*, J.E. 2000-508 (C.A.).

7. *E.R. c. T.-A.M.*, J.E. 2004-281 (C.S.), nos 3, 6 et 19 du texte intégral. En l'espèce, le père a assisté aux cours prénataux du CLSC après avoir convaincu la mère de ne pas se faire avorter. Il était présent à l'accouchement en 1999 et s'est impliqué dans la jeune vie de l'enfant. Les parties ont cohabité de juin 1999 à juillet 2000. La vie commune entre les parties a connu plusieurs tensions qui ont amené la mère à requérir l'intervention des policiers à deux reprises. En novembre 2000, une ordonnance d'interdiction de contact entre les parties a été rendue par la Cour criminelle. Lorsque la garde de l'enfant a été retirée à la mère par le DPJ en mars 2001, le père a exercé des visites supervisées par les services sociaux. Voir nos 28-29 du texte intégral.

8. Dans certaines circonstances, rappelle le Tribunal, un seul de ces éléments peut parfois suffire à fonder la possession d'état : *C.D. c. L.B.*, [2002] R.D.F. 655.

9. Voir également *Droit de la famille – 989*, [1991] R.J.Q. 1343, 1356 (C.S.).



Certes, les capacités parentales redeviendront déterminantes lorsque le Tribunal sera appelé à statuer sur la garde de l'enfant et l'établissement des droits d'accès. À la rigueur, l'enfant pourrait être confié à un tiers, si aucun des parents n'est en mesure d'en assumer la charge<sup>10</sup>. Le juge, frustré du peu de marge de manœuvre que lui reconnaît l'article 530 C.c.Q., pourra donc se reprendre à l'étape suivante, et ce, dans le meilleur intérêt de l'enfant.

- *Filiation paternelle post mortem*

Qu'advient-il du lien de filiation paternelle d'un enfant lorsque le père décède durant la grossesse de la mère avec qui il vivait en union de fait ? Telle est la question soumise à la Cour supérieure dans l'affaire *M.-C.L. c. P.C. (Succession de)*<sup>11</sup>.

S'étant vu refuser par le directeur de l'état civil le droit de déclarer d'elle-même la filiation paternelle du défunt sur la déclaration de naissance de l'enfant, la mère s'adresse au Tribunal. Après avoir entendu les témoignages concordants de la mère et du grand-père paternel, la Cour ordonne au directeur de l'état civil d'ajouter le nom du défunt sur l'acte de naissance et d'apporter les changements demandés au nom patronymique de l'enfant. En somme, la Cour reconnaît la paternité du conjoint de fait décédé sur la base d'une simple preuve testimoniale, sans exiger d'expertises génétiques<sup>12</sup>.

Notons que si le défunt avait été marié ou uni civilement à la mère, celle-ci aurait pu, à la suite de l'accouchement, déclarer la filiation paternelle du défunt sur la déclaration de naissance, sans autre formalité<sup>13</sup>. Comme le précise l'article 114 C.c.Q. :

**Art. 114 C.c.Q.** Seuls les père et mère de l'enfant peuvent déclarer la filiation à leur égard. *Cependant, lorsque la conception ou la naissance de l'enfant survient pendant le mariage ou l'union civile, l'un des conjoints peut déclarer la filiation de l'enfant à l'égard de l'autre.* (Nos italiques).

---

10. *C.(G.) c. V.-F.(T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244.

11. *J.E.* 2004-338 (C.S.). Voir également *L.-J.K. (Dans la situation de)*, [2001] R.D.F. 909 (C.S.) où une question similaire était posée au Tribunal.

12. Notons que le Tribunal admet les témoignages, considérant que les présomptions et indices résultant des faits mis en preuve sont suffisamment graves pour équivaloir à un commencement de preuve par écrit, au sens de l'article 533 C.c.Q.

13. Art. 113 C.c.Q.

Cette exception, rappelons-le, est basée sur la présomption de paternité applicable en matière matrimoniale et d'union civile<sup>14</sup>, elle-même fondée sur le devoir de fidélité auquel sont assujettis les époux et les conjoints civils durant leur relation<sup>15</sup>. Aux yeux du législateur, l'enfant conçu ou né durant l'union ne peut avoir pour père que le mari ou le conjoint civil de la mère, ceux-ci étant présumés fidèles<sup>16</sup>. N'étant pas soumis à la même obligation, les conjoints de fait ne peuvent logiquement bénéficier du même traitement juridique.

À l'instar des autres provinces canadiennes, le législateur québécois pourrait songer à étendre la portée de la présomption de paternité aux conjoints de fait, dont la cohabitation continue et l'interdépendance affective représentent un fondement tout aussi valable que le devoir de fidélité auquel sont tenus les époux et conjoints civils<sup>17</sup>.

Ainsi, dans l'hypothèse où la présomption de paternité était étendue aux conjoints de fait et que les termes de l'article 114 C.c.Q. étaient modifiés en conséquence, le conjoint de fait survivant n'aurait pas à saisir le Tribunal pour faire établir la filiation du parent décédé avant l'accouchement. Il lui suffirait de démontrer au directeur de l'état civil sa qualité de conjoint de fait, vraisemblablement au moyen d'affirmations solennelles<sup>18</sup>.

### **B. La procréation assistée**

La procréation assistée risque fort bien d'occuper les tribunaux au cours des prochaines années. Deux jugements interlocutoires permettent d'ores et déjà de prendre la mesure des problèmes de

---

14. Art. 525 C.c.Q.

15. Art. 392 et 521.6 C.c.Q.

16. Rappelons toutefois que la présomption de paternité n'est pas irréfragable et peut, à certaines conditions, être renversée : art. 525, al. 2 et 3 C.c.Q.

17. Voir Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle. Libres propos sur la réforme de la filiation », dans *Développements récents en droit de la famille 2002*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75, 83, note 18. Il semble toutefois que, dans les juridictions de common law, le régime de filiation soit totalement différent du nôtre : voir également Marie PRATTE, « La filiation réinventée : l'enfant menacé ? », (2003) 33 R.G.D. 541, 72, note 110.

18. Notons que le directeur de l'état civil possède maintenant des pouvoirs d'enquête relativement étendus. Ainsi, selon l'article 130 C.c.Q., « Lorsqu'une naissance, un mariage, une union civile ou un décès survenu au Québec n'est pas constaté ou déclaré, ou l'est incorrectement ou tardivement, le directeur de l'état civil procède à une enquête sommaire, dresse l'acte de l'état civil sur la foi de l'information qu'il obtient et l'insère dans le registre de l'état civil ».

preuve auxquels seront probablement confrontées les différentes personnes impliquées dans un projet parental. Le législateur définit le projet parental à l'article 538 C.c.Q. :

**Art. 538 C.c.Q.** Le projet parental avec assistance à la procréation existe dès lors qu'une personne seule ou des conjoints ont décidé, afin d'avoir un enfant, de recourir aux forces génétiques d'une personne qui n'est pas partie au projet parental.

Dans l'affaire *S.G. c. L.C.*<sup>19</sup>, la mère accouche d'un enfant à la suite d'une procréation médicalement assistée, alors qu'elle vient tout juste de s'unir civilement à sa conjointe<sup>20</sup>. Dans l'acte de naissance dressé par le directeur de l'état civil, l'enfant se voit attribuer une double filiation maternelle, tant la mère que sa conjointe ayant apposé leur signature sur la déclaration de naissance<sup>21</sup>.

Or, l'homme ayant fourni le sperme à la mère réclame la paternité de l'enfant, se prétendant partie au projet parental. À l'appui de ses prétentions, l'homme évoque ses fréquentations avec la mère, la teneur évocatrice des nombreux pourparlers ayant précédé la naissance de l'enfant, sa participation active au processus d'insémination artificielle et les contacts réguliers entretenus avec l'enfant, âgé de 9 mois au moment de l'audition.

Les mères contestent l'interprétation du « père », le considérant comme un simple donneur<sup>22</sup>. Celui-ci, prétendent-elles, ne saurait donc revendiquer la paternité de l'enfant, comme le précise clairement le premier alinéa de l'article 538.2 C.c.Q. :

**Art. 538.2 C.c.Q.** L'apport de forces génétiques au projet parental d'autrui ne peut fonder aucun lien de filiation entre l'auteur de l'apport et l'enfant qui en est issu.

---

19. J.E. 2004-1151 (C.S.).

20. Le jugement fait effectivement référence à l'union civile des mères. Il semble toutefois que les deux femmes se soient plutôt mariées en Ontario le 4 juillet 2003, à la suite de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario au terme duquel les gais et lesbiennes ont obtenu le droit de se marier civilement (*Halpern c. Canada (Attorney General)*, [2003] S.C.C.A. N° 337). Voir en ce sens les faits tels que relatés dans le jugement de la Cour d'appel du Québec dont il est fait mention à la note 23.

21. Art. 114 et 538.1 C.c.Q. Notons que même si la conjointe civile de la mère n'avait pas signé la déclaration de naissance, sa filiation avec l'enfant aurait néanmoins été établie sur la base de la présomption de parenté prévue à l'article 538.3 C.c.Q.

22. Au-delà de cette contestation de principe, les mères ne produisent aucune déclaration assermentée en réponse aux allégations factuelles de Monsieur.

Avant que la cause ne soit entendue au fond, le « père apparent » demande qu'on lui accorde un droit d'accès à l'enfant, ce à quoi le Tribunal acquiesce<sup>23</sup>. Ainsi, estime la juge Suzanne Courteau :

Without determining in any way S.G.'s paternity, the Court considers, for the purpose of the present motion, that S.G. has sufficient standing to request access to young M E.C. [...] it is in M.'s best interest to continue to seeing S.G. : an order for safeguard will be rendered accordingly.<sup>24</sup>

Quelques mois plus tard, la Cour supérieure est saisie d'une autre cause portant sur les nouvelles dispositions relatives au projet parental<sup>25</sup>. Toutefois, à la différence de l'affaire précédente, l'enfant au centre du litige n'est pas né au moyen d'une insémination artificielle, mais à la suite d'une relation sexuelle avec un tiers. Comme le précise l'article 538.2, alinéa 2 C.c.Q., le tiers géniteur ne peut donc être assimilé à un simple donneur au sens du premier alinéa :

**Art. 538.2, al. 2 C.c.Q.** Cependant, lorsque l'apport de forces génétiques se fait par relation sexuelle, un lien de filiation peut être établi, dans l'année qui suit la naissance, entre l'auteur de l'apport et l'enfant. Pendant cette période, le conjoint [ou la conjointe] de la femme qui a donné naissance à l'enfant ne peut, pour s'opposer à cette demande, invoquer une possession d'état conforme au titre.

Le tiers géniteur n'ayant pas revendiqué la paternité de l'enfant dans l'année de la naissance, l'ex-conjointe de la mère en réclame aujourd'hui la comaternité, se prétendant partie au projet parental. N'ayant pas signé la déclaration de naissance, elle cherche donc à faire reconnaître sa filiation avec l'enfant sur la base d'une possession d'état, ce à quoi s'oppose la mère<sup>26</sup> :

23. En fait, la juge Courteau se permet de se prononcer sur le fond, en considérant Monsieur comme étant véritablement partie au projet parental : « From the proof submitted in the record, the Court is convinced that a *parental project involving assisted procreation* existed, concerning M.'s conception, not between L.C. and K.S. however, but between L.C. and S.G. » : S.G. c. L.C., J.E. 2004-1151 (C.S.), n° 34 du texte intégral. Le jugement de la juge Courteau a été porté en appel, mais l'appel a été rejeté : L.C. c. S.G., J.E. 2004-1340 (C.A.). Malgré le rejet de l'appel, il est intéressant de noter que la Cour d'appel s'est interrogée « [...] sur la compétence de la première juge pour émettre une ordonnance d'accès à l'enfant alors même que la paternité de l'intimé [n'avait] pas encore été décidée ». L.C. c. S.G., J.E. 2004-1340 (C.A.), n° 17 du texte intégral.

24. S.G. c. L.C., J.E. 2004-1151 (C.S.), nos 52 et 65 du texte intégral.

25. M.G. c. M.-J.G.i., J.E. 2004-2072 (C.S.).

26. Dans ses allégués, l'ex-conjointe déclare qu'elle a vécu en union de fait avec la mère pendant environ trois ans et qu'au cours de leur union, elles ont discuté ensemble d'avoir un enfant. Bien que son nom n'apparaisse pas à l'acte de (à suivre...)

**Art. 538.1 C.c.Q.** La filiation de l'enfant né d'une procréation assistée s'établit, comme une filiation par le sang, par l'acte de naissance. À défaut de ce titre, la possession constante d'état suffit ; celle-ci s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation entre l'enfant, la femme qui lui a donné naissance *et, le cas échéant, la personne qui a formé, avec cette femme, le projet parental commun.* (Nos italiques).

Dans le cadre d'une demande intérimaire dite de sauvegarde, l'ex-conjointe souhaite obtenir des droits d'accès. Le Tribunal rejette sa demande, considérant le besoin de stabilité affective de l'enfant. Selon le témoignage du directeur de la protection de la jeunesse, l'enfant commencerait à peine à jouir d'une certaine quiétude, ayant déjà transité chez plusieurs familles d'accueil en raison des problèmes de drogue de la mère. Dans cette perspective, affirme le juge, de nouveaux contacts avec l'ex-conjointe ne seraient pas souhaitables.

Bien qu'il faudra attendre les décisions finales avant de pouvoir commenter les questions de filiation en litige, ces deux jugements interlocutoires mettent en évidence l'importance pour les personnes qui souhaitent réaliser un projet parental d'en formaliser les termes<sup>27</sup>. Si les différentes parties en cause avaient pris soin d'explicitier leurs attentes respectives dans le cadre d'un document écrit, les difficultés de preuve à l'origine des contestations auraient pu être contournées<sup>28</sup>.

---

(...suite)

naissance, elle considère avoir toujours agi envers l'enfant en tant que parent, et ce, de façon constante. L'ex-conjointe affirme qu'elle a même assisté à l'accouchement et que c'est elle qui a choisi le nom de l'enfant. De plus, l'enfant serait très attaché à elle ainsi qu'à ses deux enfants nés d'une union précédente. Après la séparation du couple, la mère lui aurait laissé l'enfant des semaines entières.

27. Évidemment, si un couple signe les documents fournis par une clinique de fertilité (« consentement du couple receveur »), documents attestant du projet parental commun, il sera difficile pour le père de prétendre par la suite ne pas être partie au projet parental ; voir en ce sens *J.B. c. D.J.*, J.E. 2004-1411.
28. Alain ROY, « La conjointe de la mère doit-elle adopter l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée ? », (2003) 105 *R. du N.* 119. Sur les questions fondamentales que soulève la filiation homoparentale, voir Alain ROY, « La filiation homoparentale : Esquisse d'une réforme précipitée », (2004) 1 *Revue Enfances, Familles, Générations* (Conseil de développement de la recherche sur la famille du Québec), publié en ligne à <http://www.erudit.org/revue/efg/2004/v/n1/008896ar.html> ; Benoit MOORE, « Les enfants du nouveau siècle. Libres propos sur la réforme de la filiation », dans *Développements récents en droit de la famille 2002*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75 et Marie PRATTE, « La filiation réinventée : l'enfant menacé ? », (2003) 33 *R.G.D.* 541.

À mon avis, le législateur devrait rapidement intervenir en la matière pour imposer le recours à l'acte notarié<sup>29</sup>. L'intervention d'un officier public impartial tenu d'expliquer à chacune des parties concernées les droits et les obligations pouvant résulter du projet parental permettrait sans nul doute de prévenir les différends. L'importance des enjeux que soulève le projet parental justifie l'« écrit-preuve par excellence »<sup>30</sup> que représente encore et toujours l'acte authentique.

### ***C. La filiation adoptive sur consentement spécial du parent***

En droit québécois, l'adoption d'un enfant peut être prononcée à la suite d'une déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption<sup>31</sup> ou sur la base du consentement général ou spécial des parents biologiques<sup>32</sup>. En vertu de l'article 555 C.c.Q., le consentement spécial ne peut être donné qu'en faveur de certaines personnes issues de l'entourage familial de l'enfant. Parmi ces personnes se trouve le conjoint du père ou de la mère de l'enfant :

**Art. 555 C.c.Q.** Le consentement à l'adoption peut être général ou spécial. Le consentement spécial ne peut être donné qu'en faveur d'un ascendant de l'enfant, d'un parent en ligne collatérale jusqu'au troisième degré ou du conjoint de cet ascendant ou parent ; *il peut également être donné en faveur du conjoint du père ou de la mère.* Cependant, lorsqu'il s'agit de conjoints de fait, ces derniers doivent cohabiter depuis au moins trois ans. (Nos italiques).<sup>33</sup>

L'adoption par le conjoint survient généralement lorsqu'un enfant n'a plus qu'un seul parent, l'autre étant décédé ou déchu de son autorité parentale<sup>34</sup>. On conçoit alors la vraisemblance ou la

29. Voir également Marie PRATTE, « La filiation réinventée : l'enfant menacé ? », (2003) 33 *R.G.D.* 541, 565.

30. François AQUIN, « L'acte notarié », (1987-88) 90 *R. du N.* 228, 231.

31. Art. 559 C.c.Q. et s.

32. Art. 551 C.c.Q. et s.

33. Rappelons que la notion de « conjoint de fait » est définie à l'article 61.1 de la *Loi d'interprétation* (L.R.Q., c. I-22) et suppose l'existence d'un véritable projet de vie commune entre le parent et son conjoint. Ainsi, l'ami de la mère que l'enfant appelle « daddy », mais avec qui celle-ci ne cohabite pas maritalement ne peut adopter l'enfant sur consentement spécial : *S.P. (Dans la situation de)*, J.E. 2004-1898 (C.S.). Dans cette affaire, la juge Ann-Marie Jones confirme que l'article 555 C.c.Q. doit faire l'objet d'une interprétation restrictive.

34. Voir d'ailleurs *A.B. c. R.P.*, J.E. 2004-2024 (C.S.) où la mère cherchait à obtenir la déchéance de l'autorité parentale du père, présumément dans le but de pouvoir ensuite consentir à l'adoption de son enfant en faveur de son nouveau mari.

pertinence d'un consentement spécial donné par le parent en faveur de son nouveau conjoint, dans le but de formaliser la reconstitution familiale.

Dans l'hypothèse où la dissolution de la première union ne résulte pas d'un décès mais plutôt d'une séparation, le parent qui ne partage plus la vie de l'enfant peut-il fournir un consentement spécial en faveur du nouveau conjoint de l'autre ? Dans un article paru en 2003, j'ai exprimé certaines réserves face à l'admissibilité d'un tel scénario<sup>35</sup>. Bien que le texte de l'article 555 C.c.Q. ne s'y oppose pas directement, j'ai peine à croire que le législateur ait véritablement voulu permettre à l'un des parents de se délester unilatéralement de son lien de filiation, dans un contexte de reconstitution familiale<sup>36</sup>.

Force est d'admettre que ces réticences ne sont pas partagées par la jurisprudence. Dans l'affaire *E.W. c. B.B.*<sup>37</sup>, la Cour supérieure souligne, en *obiter dictum*, qu'une procédure d'adoption par le nouveau conjoint de la mère peut avoir lieu sur consentement spécial de la mère et du père de l'enfant, ce dernier étant toujours en vie et non déchu de son autorité parentale. Une opinion similaire est exprimée dans les affaires *C.H. c. J.-F.L.*<sup>38</sup> et *S.P. (Dans la situation de)*<sup>39</sup>.

Cela dit, même si l'on reconnaît la possibilité ou la légalité d'un tel consentement, le principe fondamental énoncé à l'article 543 C.c.Q. demeurera toujours à la disposition d'un juge qui, partageant les réticences du soussigné, voudra bloquer le processus d'adoption par le nouveau conjoint :

---

35. Alain ROY, « Le droit de la famille – une décennie d'effervescence législative », (2003) 105 *R. du N.* 215, 251, note 141.

36. Dans l'affaire *C.H. c. J.-F.L.*, J.E. 2004-1018 (C.S.), un père a tenté de se défaire de ses liens parentaux d'une autre façon. Il s'est adressé au Tribunal en vue d'être déchu de son autorité parentale, prétextant ne plus voir l'enfant depuis plus de 2 ans et ne plus vouloir entretenir de contacts avec lui dans l'avenir. La Cour a rejeté la requête du père, considérant que la déchéance de l'autorité parentale ne pouvait avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant et sur preuve d'un manquement grave, injustifié et volontaire aux devoirs parentaux (voir d'ailleurs *A.B. c. R.P.*, J.E. 2004-2024 (C.S.)). Or, tel n'était pas le cas en l'espèce. La Cour prend toutefois soin de mentionner que si de tels manquements avaient été démontrés, le parent fautif n'aurait pu valablement invoquer sa propre turpitude pour obtenir sa déchéance !

37. J.E. 2003-2242 (C.S.). Voir également *T.D. (Dans la situation de)*, J.E. 2004-1451 (C.S.).

38. J.E. 2004-1018 (C.S.).

39. J.E. 2004-1898 (C.S.).

**Art. 543 C.c.Q.** L'adoption ne peut avoir lieu que *dans l'intérêt de l'enfant* et aux conditions prévues par la loi. (Nos italiques).

En toute hypothèse, il faudra donc toujours s'interroger à savoir si le consentement d'un parent en faveur du nouveau conjoint de l'autre est conforme à l'intérêt de l'enfant<sup>40</sup>. Compte tenu des effets irréversibles du jugement d'adoption sur la filiation originale, l'enjeu revêt une très grande importance. En prononçant l'adoption, faut-il le rappeler, on provoque la rupture irréversible des liens de l'enfant, non seulement avec le parent à l'origine du consentement<sup>41</sup>, mais avec l'ensemble des membres de sa lignée<sup>42</sup>.

Ainsi, dans l'affaire *A.B.F. (Dans la situation de)*<sup>43</sup>, la juge Françoise Garneau-Fournier se base sur l'article 543 C.c.Q. pour rejeter la requête en adoption présentée par la grand-père de l'enfant en vertu de l'article 555 C.c.Q., malgré l'obtention des consentements spéciaux du père et de la mère de l'enfant : « [...] [P]rononcer l'adoption en faveur du grand-père maternel, écrit la juge, aurait pour effet de faire perdre le lien de filiation entre l'enfant et sa mère. Tous ces éléments ne militent certainement pas en faveur de l'intérêt de l'enfant »<sup>44</sup>.

Bref, au-delà des consentements parentaux obtenus, l'intérêt de l'enfant demeure et demeurera toujours la pierre angulaire du processus d'adoption. Le notaire chargé de recevoir le consentement d'un parent en faveur du conjoint de l'autre devra donc faire preuve d'une très grande vigilance et informer les différents protagonistes des obstacles qui pourraient jalonner le dossier et, éventuellement, en compromettre la réalisation<sup>45</sup>.

40. Tel pourrait être le cas si, par exemple, le parent consentant (et sa famille) n'a jamais entretenu de lien significatif avec l'enfant : voir *T.D. (Dans la situation de)*, J.E. 2004-1451 (C.S.) où le père n'avait vu son fils qu'à trois reprises depuis sa naissance.

41. Dans *S.P. (Dans la situation de)*, J.E. 2004-1898 (C.Q.), le Tribunal déclare en ce sens : « Le père qui accepte que le nouveau conjoint de la mère adopte son enfant n'aura plus de droits à l'égard de ce dernier ; et de son côté, l'enfant ne pourra pas dans le futur demander support [sic] à son père biologique » : n° 27 du texte intégral.

42. Art. 577 C.c.Q.

43. J.E. 2004-436 (C.Q.).

44. *Ibid.*, n° 23 du texte intégral.

45. Rappelons que le notaire a compétence pour préparer et recevoir un consentement spécial à l'adoption : Voir *Loi sur le notariat*, L.Q. 2000, c. 44, art. 15(7) et Alain ROY, *L'adoption en droit québécois : aspects civils et procédurux*, dans Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit/Nouvelle série*, « Procédures non contentieuses », Doctrine – document 4, Montréal, 2000, n° 46, p. 23.



## 1.2 L'autorité parentale

### A. La garde partagée

Les jugements rendus au cours des derniers mois en matière de garde confirment, dans l'ensemble, les tendances jurisprudentielles observables depuis quelques années, notamment en ce qui concerne la garde partagée.

Dans l'affaire *T.P.G. c. D.M.*<sup>46</sup>, la Cour d'appel rappelle l'inexistence d'une présomption favorable à la garde partagée dans la *Loi sur le divorce*<sup>47</sup>, mais constate la propension des tribunaux à en retenir l'application « [...] lorsque les facteurs requis pour son succès sont établis »<sup>48</sup>.

Outre le critère prépondérant de l'intérêt de l'enfant, la Cour d'appel énumère les trois facteurs qui semblent faire consensus auprès des juges appelés à statuer en la matière, soit (1) une capacité parentale adéquate, (2) une proximité géographique des domiciles parentaux et (3) un degré fonctionnel minimal de coopération entre les parents. « [L]a simple présence de difficultés de communication, réaffirme la Cour d'appel, n'est plus considérée comme un obstacle absolu à une telle solution lorsqu'il existe une capacité *minimale* de communication entre les parents [...] »<sup>49</sup>. (Nos italiques).

Deux affaires de la Cour supérieure permettent toutefois de constater la portée relative de ces trois conditions. Dans *J.D. c. V.P.*<sup>50</sup>, le Tribunal prend acte des grandes difficultés de communication et des divergences importantes qui opposent les parents en matière d'éducation, mais ordonne néanmoins une garde partagée des deux préadolescents en cause. Pour en assurer la réussite, il ordonne aux parents de se soumettre à une « thérapie portant sur la communication entre parents séparés et sur la coparentalité »<sup>51</sup>.

46. J.E. 2004-1021 (C.A.).

47. L.R.C. (1985), c. 3 (2<sup>e</sup> suppl.) (ci-après citée « *Loi sur le divorce* »), art. 16(10). Dans *V.F. c. T.D.*, J.E. 2004-1452 (C.S.), la Cour supérieure rappelle que la jurisprudence élaborée sous l'autorité de la *Loi sur le divorce* visant à favoriser la présence maximale des deux parents s'applique tout autant lorsque les rapports parentaux sont régis par le Code civil.

48. *T.P.G. c. D.M.*, J.E. 2004-1021 (C.S.), n<sup>o</sup> 23 du texte intégral.

49. *Ibid.*, n<sup>o</sup> 23 du texte intégral. Voir d'ailleurs *V.Q. c. R.R.*, J.E. 2004-675 (C.S.) ; *D.C. c. S.S.*, J.E. 2004-1065 (C.S.) et *V.F. c. T.D.*, J.E. 2004-1452 (C.S.).

50. J.E. 2004-16 (C.S.).

51. *J.D. c. V.P.*, J.E. 2004-16 (C.S.), n<sup>o</sup> 58 du texte intégral.

Dans *B.S. c. P.T.*<sup>52</sup>, la Cour ordonne une garde partagée en dépit de l'éloignement des résidences parentales. Prenant en considération l'âge préscolaire de l'enfant, le Tribunal refuse de voir dans l'éloignement géographique un « obstacle dirimant à l'exercice d'une garde partagée », du moins jusqu'à ce que l'enfant commence à fréquenter l'école<sup>53</sup>.

En somme, les conditions d'attribution d'une garde partagée doivent être évaluées à la lumière des faits de chaque affaire. Il ne s'agit pas de dogmes, mais de paramètres dont les tribunaux pourront repousser les limites si l'intérêt de l'enfant le justifie.

### **B. Le déménagement du parent gardien**

La volonté du parent gardien de déménager avec l'enfant dans un lieu éloigné du domicile du parent non gardien constitue l'une des problématiques les plus déchirantes du droit de la famille et pour cause. Comment le parent non gardien peut-il espérer maintenir une relation étroite avec son enfant alors que l'endroit où ce dernier habitera sera situé à des centaines, voire des milliers de kilomètres de sa propre résidence ?

Évidemment, le déménagement du parent gardien constitue un changement significatif pouvant justifier la révision de l'ordonnance de garde initiale<sup>54</sup>. Le parent non gardien demeure donc libre de saisir le Tribunal pour tenter d'obtenir un changement de garde en sa faveur. Comme l'a précisé la Cour suprême dans l'affaire *Goertz c. Gordon*<sup>55</sup> rendue en 1996, l'intérêt de l'enfant représente l'unique critère à la lumière duquel le Tribunal saisi de la question devra alors rendre sa décision. Un intérêt qu'il conviendra d'apprécier en fonction des sept éléments suivants :

- 1) L'entente de garde déjà conclue et la relation actuelle entre l'enfant et le parent ;
- 2) L'entente déjà conclue sur le droit d'accès et la relation actuelle entre l'enfant et le parent qui exerce ce droit ;

---

52. J.E. 2004-1019 (C.S.).

53. Dans le même sens, voir *Droit de la famille – 3188*, J.E. 99-92 (C.A.) et *Droit de la famille – 2264*, J.E. 95-1745 (C.S.).

54. *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670.

55. [1996] 2 R.C.S. 27.

- 3) L'avantage de maximiser les contacts entre l'enfant et les deux parents<sup>56</sup> ;
- 4) L'opinion de l'enfant ;
- 5) La raison pour laquelle le parent gardien déménage, uniquement dans le cas exceptionnel où celle-ci a un rapport direct avec la capacité du parent de pourvoir aux besoins de l'enfant ;
- 6) La perturbation que peut causer chez l'enfant une modification de la garde ;
- 7) La perturbation que peut causer chez l'enfant l'éloignement de sa famille, des écoles et du milieu auquel il est habitué.

Résumant ces facteurs, la Cour suprême conclut :

[...] il faut peser l'importance pour l'enfant de demeurer avec le parent à la garde duquel il est habitué dans le nouveau lieu de résidence, par rapport au maintien d'un contact absolu avec le parent ayant un droit d'accès, la famille élargie de l'enfant et son milieu. La question fondamentale dans chaque cas est celle-ci : quel est l'intérêt de l'enfant étant donné toutes les circonstances, les nouvelles comme les anciennes ?<sup>57</sup>

Au cours de la dernière année, la Cour supérieure a été appelée à trancher cette question pour le moins délicate à quelques reprises. Parmi les décisions rendues, trois méritent d'être relevées.

Dans l'affaire *H.B. c. J.F.O.E.*<sup>58</sup>, la mère demande le divorce et revendique la garde de ses trois enfants afin d'emménager avec eux au Tennessee, son lieu d'origine. Le père s'oppose à cette demande, considérant qu'il est dans l'intérêt des enfants de demeurer au Québec, où les deux plus jeunes ont grandi. Le Tribunal acquiesce à la requête de la mère, principalement en raison de la relation très étroite qui l'unit à ses enfants. En outre, le Tribunal souligne qu'on ne saurait valablement ignorer la volonté de l'aînée, âgée de 15 ans, qui souhaite retourner au Tennessee où elle a vécu pendant 9 ans<sup>59</sup>.

---

56. Rappelons que la Cour d'appel a affirmé que la diminution des contacts de l'enfant avec le père non gardien ne constituait pas, en soi, un obstacle dirimant au déménagement de l'enfant : *J.(V.) c. H.(F.)*, REJB 2003-37336 (C.A.).

57. *Goertz c. Gordon*, [1996] 2 R.C.S. 27.

58. J.E. 2004-1108 (C.S.).

59. À cet égard, le Tribunal s'inscrit à l'intérieur des paramètres tracés par la jurisprudence. La volonté d'un enfant âgé de plus de 12 ans, faut-il le rappeler, bénéficie généralement d'un poids considérable. Voir *A.Z. c. S.O.*, J.E. (à suivre...)

En revanche, dans l'affaire *V.G. c. P.L.*<sup>60</sup>, la Cour refuse d'accéder à la demande de la mère gardienne de déménager avec son enfant de 5 ans en Alberta, pour y vivre en compagnie de son nouveau conjoint. Tout en reconnaissant le sérieux du projet de la mère et l'absence de toute intention malveillante, le juge souligne qu'un enfant de 5 ans « [n'est] pas à même de comprendre la situation, à savoir que son père ne l'a pas abandonné »<sup>61</sup>. Le juge prend soin de préciser qu'un déménagement porterait non seulement atteinte à la relation positive qu'entretient l'enfant avec son père, mais altérerait également les liens qui l'unissent à ses grands-parents, tant paternels que maternels.

Dans l'affaire *D.E.H.S. c. M.E.H.S.*<sup>62</sup>, la mère s'adresse au Tribunal pour obtenir la garde exclusive de son enfant de trois ans et l'autorisation de s'établir avec lui au Liban, pays dont sont originaires les deux parents. Après avoir analysé la situation, la Cour déclare qu'« [...] aucune preuve ne permet [...] de conclure que les liens d'attachement sont plus spécifiques pour relier l'enfant envers la mère plutôt qu'envers le père »<sup>63</sup>. Le Tribunal maintient donc la garde partagée antérieurement ordonnée, précisant qu'une garde exclusive serait accordée au père si la mère décidait néanmoins de retourner au Liban.

Ces trois décisions illustrent bien le dilemme déchirant que soulève la question du déménagement du parent gardien, mais elles ne permettent pas de dégager de nouvelles orientations jurisprudentielles. Tout au plus peut-on y voir la reconduction d'un des éléments

---

(...suite)

2004-572 (C.A.) ; *J.R. c. M.M.*, J.E. 2004-1315 (C.S.) ; *Droit de la famille - 2513*, [1996] R.D.F. 804 (C.S.) et *Droit de la famille - 1883*, [1993] R.J.Q. 2709 (C.A.). Entre 8 et 12 ans, le Tribunal n'est pas lié par l'opinion de l'enfant, mais la considère fortement. Voir d'ailleurs *S.L. c. P.La.*, J.E. 2004-1488 (C.S.) (en appel) ; *S.E. c. T.R.*, J.E. 2004-229 (C.S.) et *N.C. c. A.S.B.*, J.E. 2004-282 (C.S.). Voir cependant *L.D. c. N.G.*, J.E. 2004-1674 (C.S.). Évidemment, l'opinion de l'enfant vivant une problématique d'aliénation parentale ne bénéficie pas du même poids. Comme l'affirme le Tribunal dans l'affaire *L.F. c. C.R.*, J.E. 2004-1902 (C.S.), « [i]l arrive que les désirs des enfants ne sont pas nécessairement ce qui est la meilleure solution pour eux. Il devient important d'apprécier toutes les circonstances, particulièrement dans les cas d'aliénation parentale, et de trouver la solution qui soit la meilleure à court, moyen et long terme pour l'intérêt des enfants » : n° 29 du texte intégral.

60. J.E. 2004-1715 (C.S.).

61. *V.G. c. P.L.*, J.E. 2004-1715 (C.S.), n° 5 du texte intégral.

62. J.E. 2004-1557 (C.S.).

63. *D.E.H.S. c. M.E.H.S.*, J.E. 2004-1557 (C.S.), n° 65 du texte intégral.

traditionnellement jugés prépondérants par les tribunaux. Bien que la Cour suprême ait refusé, dans *Gordon c. Goertz*<sup>64</sup>, d'instituer une présomption favorable au parent gardien, les jugements rendus au cours des dernières années démontrent que les tribunaux accordent généralement beaucoup d'importance à la figure parentale de référence<sup>65</sup>. Or, dans le cas d'une garde exclusive, le parent gardien représente habituellement la figure dominante<sup>66</sup>. Pour lui faire contrepoids, la relation du parent non gardien avec l'enfant doit non seulement être positive, mais l'attachement de ce dernier à son environnement et aux membres de sa famille élargie doit être particulièrement intense. Évidemment, la popularité grandissante de la garde partagée pourrait éventuellement changer la donne, aucun parent n'occupant alors de position « privilégiée » vis-à-vis de l'enfant, du moins en principe.

### **1.3 L'obligation alimentaire des parents**

#### **A. Le cumul d'obligations alimentaires**

L'entrée en vigueur du *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*<sup>67</sup>, le 1<sup>er</sup> mai 1997, a grandement simplifié le travail des praticiens œuvrant en matière familiale. Alors qu'il leur fallait autrefois chiffrer les besoins des enfants mineurs à partir des données parfois contradictoires fournies par chacun des parents<sup>68</sup>, ils n'ont plus désormais qu'à s'en remettre aux tables de fixation annexées au règlement.

Aussi pratiques et accessibles soient-elles, les nouvelles règles soulèvent toutefois certaines difficultés d'application. Parmi les difficultés les plus aiguës se trouve le cumul d'obligations alimentaires auquel l'un des parents est confronté. Pensons au père ou à la mère qui, en plus d'assumer le paiement d'une pension en faveur

64. [1996] 2 R.C.S. 27.

65. Jocelyn VERDON et Michel TÉTRAULT, « Une revue de la jurisprudence marquante en 2003-2004 », dans *Développements récents en droit familial*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 125, 228.

66. Voir d'ailleurs *V.Q. c. R.R.*, J.E. 2004-675 (C.S.).

67. (1997) 129 G.O. II, 2117 (ci-après cité « *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants* »). Voir également *Loi modifiant le Code civil du Québec et le Code de procédure civile relativement à la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, L.Q. 1996, c. 68, introduisant les articles 587.1 à 587.3 au Code civil.

68. Art. 587 C.c.Q. Voir aussi l'ancien article 15(8) de la *Loi sur le divorce*.

d'un enfant issu d'une première union, est appelé à soutenir financièrement les besoins d'un enfant né d'une seconde relation. Que faire en pareilles circonstances ?

Bien que l'article 587.2 C.c.Q. reconnaissait déjà aux tribunaux le pouvoir de réduire le montant de la pension en raison des « difficultés excessives » causées au parent débiteur par le cumul d'obligations alimentaires, le législateur a cru bon clarifier la situation, aux termes du projet de loi 21 sanctionné le 22 avril 2004<sup>69</sup>. Ainsi, l'article 587.2 C.c.Q. se lit désormais ainsi :

**Art. 587.2 C.c.Q.** Les aliments exigibles d'un parent pour son enfant sont équivalents à sa part de la contribution alimentaire parentale de base, augmentée, le cas échéant, pour tenir compte des frais relatifs à l'enfant.

La valeur de ces aliments peut toutefois être augmentée ou réduite par le Tribunal si la valeur des actifs d'un parent ou l'importance des ressources dont dispose l'enfant le justifie ou encore en considération, le cas échéant, *des obligations qu'a l'un ou l'autre des parents à l'égard d'enfants qui ne sont pas visés par la demande, si le Tribunal estime que ces obligations entraînent pour eux des difficultés.* (Nos italiques).

Le Tribunal peut également augmenter ou réduire la valeur de ces aliments s'il estime que son maintien entraînerait, pour l'un ou l'autre des parents, des difficultés excessives dans les circonstances ; ces difficultés peuvent résulter, entre autres, de frais liés à l'exercice de droits de visite à l'égard de l'enfant, d'obligations alimentaires assumées à l'endroit d'autres personnes que des enfants ou, encore, de dettes raisonnablement contractées pour des besoins familiaux.

Comme l'exprime le juge Bureau dans l'affaire *M.-C.G. c. T.L.*<sup>70</sup>, la modification apportée consacre formellement le principe de l'égalité des enfants<sup>71</sup>. Quels que soient la date de leur naissance et le type d'union dont ils proviennent, tous les enfants du débiteur doivent pouvoir bénéficier d'un soutien alimentaire égalitaire, aucun d'eux n'ayant priorité sur les autres. En outre, la nouvelle règle allège considérablement le fardeau de preuve du débiteur, le Tribunal pouvant désormais moduler la pension, sans requérir la

69. *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière de fixation de pensions alimentaires pour enfants*, L.Q. 2004, c. 5, art. 3. Notons que la loi est entrée en vigueur le jour de sa sanction.

70. J.E. 2004-676 (C.S.).

71. Art. 522 C.c.Q.

preuve du caractère « excessif » des difficultés engendrées par le cumul d'obligations alimentaires.

Cela dit, la façon dont on doit tenir compte du cumul d'obligations alimentaires « [...] est loin d'être définitivement fixée »<sup>72</sup>, aucune méthode n'ayant été prescrite par le législateur<sup>73</sup>. Faute de pouvoir s'en remettre à des critères précis, le juge Bureau use donc de son pouvoir discrétionnaire pour balancer l'intérêt des uns et des autres<sup>74</sup>.

Cette décision met en lumière les lacunes du projet de loi 21. Certes, il convenait de réaffirmer le principe d'égalité des enfants en matière alimentaire, que certaines personnes avaient peut-être tendance à oublier<sup>75</sup>. Mais au-delà du principe, le législateur n'aurait-il pas pu établir des paramètres plus explicites ? N'aurait-il pas été opportun de systématiser davantage l'opération, en établissant, par exemple, des pourcentages de réduction en fonction du nombre total d'enfants à la charge du débiteur et des revenus dont dispose l'ensemble des parties impliquées ?

Privés de repères, on voit poindre les difficultés auxquelles les praticiens appelés à conseiller les conjoints seront confrontés. De toute évidence, ceux-ci devront suivre avec vigilance les décisions judiciaires à venir, dont pourraient éventuellement se dégager des méthodes et des critères un peu plus précis.

### **B. L'enfant résidant à l'étranger**

Comme nous venons tout juste de le constater, les tables de fixation des pensions alimentaires pour enfants n'ont pas une valeur absolue. Dans un contexte tout à fait différent de celui évoqué à la

72. *M.-C.G. c. T.L.*, J.E. 2004-676 (C.S.), n° 31 du texte intégral.

73. Voir également *S.C. c. A.H.*, C.S. Chicoutimi, n° 150-12-009907-955, 23 mai 2003, j. Pidgeon, cité dans *M.C.R. c. D.B.*, J.E. 2004-340 (C.S.).

74. Tout en réduisant le montant de la pension réclamée par la mère au nom de l'enfant en raison des responsabilités que doit également assumer le père à l'endroit de l'enfant issu de sa seconde union, le Tribunal précise qu'il n'a pas à considérer les obligations que le père s'est volontairement imposées envers sa nouvelle conjointe de fait et les deux enfants de cette dernière. Au même effet, voir notamment *P.(B.) c. C.(N.)*, REJB 2000-18305 (C.S.).

75. Ainsi, dans l'affaire *M.C.R. c. D.B.*, J.E. 2004-340 (C.S.), la mère de l'enfant demandait au Tribunal de ne pas tenir compte des obligations alimentaires que le père devait assumer à l'endroit de deux enfants nés d'une seconde union, « [...] parce que nés après celui visé par la présente requête » : n° 33 du texte intégral.

rubrique précédente, une décision récente permet de mesurer le très grand pouvoir discrétionnaire dont jouissent les juges dans l'établissement de la pension.

Dans l'affaire *M.B. c. Ma.L.*<sup>76</sup>, la Cour supérieure réduit de moitié la pension que le père devrait normalement payer en vertu des tables fédérales<sup>77</sup>, en raison du coût de la vie moins élevé en République dominicaine où les deux enfants du couple résideront pendant un an avec leur mère. Selon le père, l'argent que gagne Madame en République dominicaine lui permettra de vivre aisément. Pour en attester, le père produit au Tribunal des documents relatant le coût de la vie en pesos dominicains :

À la suite de l'argumentation des procureurs et de la preuve, il appert intéressant de constater qu'au regard des tables fédérales de pensions alimentaires, un revenu de 39 900 \$ entraîne une obligation alimentaire mensuelle de 486 \$ pour deux enfants. En l'espèce, il faut tenir compte que la pension alimentaire due par le père, pour ses deux enfants qui vivent en République Dominicaine avec leur mère, doit être considérée d'une façon particulière. En effet, le coût de la vie en République Dominicaine est substantiellement inférieur à celui que nous connaissons au Québec. [...] Eu égard aux besoins inhérents des enfants, le Tribunal fixe la pension alimentaire à être versée par le père, à la mère, pour les enfants durant leur séjour en République, à 250 \$ par mois.<sup>78</sup>

Bien qu'à première vue, cette décision puisse paraître logique, elle risque de poser certains problèmes pratiques dans l'avenir. Lorsqu'un enfant sera appelé à résider à l'étranger, faudra-t-il systématiquement obtenir des données permettant de comparer le coût de la vie en vigueur au Québec par rapport à celui qui prévaut dans le pays concerné<sup>79</sup> ? Et si le coût de la vie est plus élevé à l'étranger – comme c'est d'ailleurs souvent le cas – la pension pourrait-elle être augmentée, au détriment du débiteur qui continue d'habiter le Québec ? Bref, de belles questions auxquelles les tribunaux devront éventuellement apporter réponse.

---

76. J.E. 2004-2073 (C.S.).

77. Voir *Loi sur le divorce*, art. 15.1(3) et *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, (1997) 131 *Gaz. Can.* II, 1031 (ci-après citées « *Lignes directrices fédérales* »).

78. *M.B. c. Ma.L.*, J.E. 2004-2073 (C.S.), nos 33 et 38 du texte intégral.

79. D'ailleurs, on peut s'interroger à savoir si le Tribunal a véritablement compétence pour fixer une pension alimentaire en faveur d'un créancier qui ne résidera pas au Québec ou dans une autre province canadienne.



Tout autre, évidemment, est la situation du parent débiteur qui, déménageant à l'étranger, demande une diminution de la pension alimentaire payable à l'enfant demeuré au Québec, en raison des « difficultés excessives » que lui occasionne le coût de la vie plus élevé auquel il doit désormais faire face<sup>80</sup>. Dans un tel contexte, il reviendra au Tribunal de juger en fonction des faits et d'apprécier la demande du parent à la lumière des critères établis par le législateur<sup>81</sup>.

Ainsi, dans l'affaire *S.E. c. T.R.*<sup>82</sup>, Monsieur, résidant désormais à Paris, demande au Tribunal de réduire la pension payable à l'enfant, résidant à Montréal, compte tenu du coût de la vie plus élevé qui prévaut à Paris. La Cour rejette sa demande, affirmant que les enfants n'ont pas à assumer le coût de ses choix de vie personnels :

La décision de monsieur ne lui a pas été dictée par les exigences de sa carrière, mais constitue plutôt un rêve qu'il caresse depuis toujours de vivre à Paris. Or, la réalisation de ce rêve amène son lot d'inconvénients, mais aussi des avantages qu'il est difficile de quantifier [...] [O]n peut présumer que le législateur québécois savait que le coût de la vie était plus élevé dans certaines parties du monde qu'au Canada. Or, malgré cette réalité, il n'a pas cru bon de tenir compte de cette réalité dans l'établissement des revenus aux fins d'établir la pension alimentaire pour enfants. [...] La soupape de sécurité que constituent les *difficultés excessives* de l'article 587.2 du Code civil ne doit pas servir dans des cas comme celui-ci.<sup>83</sup>

---

80. Voir l'article 3(3)b) des *Lignes directrices fédérales* qui énonce que si l'époux réside à l'extérieur du Canada ou si le lieu de sa résidence est inconnu, la table applicable est la table de la province où réside habituellement l'autre époux à la date à laquelle la demande d'ordonnance alimentaire ou la demande de modification de celle-ci est présentée ou à la date à laquelle le nouveau montant de l'ordonnance doit être fixé sous le régime de l'article 25.1 de la Loi. Voir également l'article 10(1) des *Lignes directrices fédérales* qui permet aux tribunaux d'ajuster la pension résultant des tables en fonction des « difficultés excessives » qui pourraient en résulter pour l'époux qui en fait la demande ou tout enfant visé par la demande. Voir cependant l'article 10(3) des *Lignes directrices fédérales* selon lequel « [m]ême si l'on conclut à l'existence de difficultés excessives, le tribunal doit rejeter la demande faite en application du paragraphe (1) s'il est d'avis que le ménage de l'époux qui les invoque aurait, par suite de la détermination du montant de l'ordonnance alimentaire en application des articles 3 à 5, 8 et 9, un niveau de vie plus élevé que celui du ménage de l'autre époux ».

81. Notons que la jurisprudence relative aux « difficultés excessives » dont il est question à l'article 587.2 C.c.Q. demeure pertinente, même lorsque ce sont les *Lignes directrices fédérales* qui trouvent application : Jocelyne JARRY, « L'obligation alimentaire », dans Collection de droit 2004-2005, Barreau du Québec, vol. 3, *Personnes, Famille et Successions*, Cowansville, Yvon Blais, 2004, p. 147, 186.

82. J.E. 2004-229 (C.S.).

83. *S.E. c. T.R.*, J.E. 2004-229 (C.S.), nos 52 et 56 du texte intégral.

### C. L'enfant majeur aux études

Tous les praticiens savent bien que l'obligation alimentaire des parents ne prend pas fin à la majorité de leur enfant<sup>84</sup>. Au sens de la Loi, un enfant majeur peut obtenir des aliments de ses parents s'il ne peut, « [...] pour cause notamment de maladie ou d'invalidité, cesser d'être à leur charge ou subvenir à ses propres besoins »<sup>85</sup>.

De façon constante, la jurisprudence estime qu'un enfant majeur qui poursuit des études se qualifie d'enfant à charge, mais seulement s'il satisfait à certaines conditions. Me Tétrault résume ainsi les conditions généralement retenues par les tribunaux<sup>86</sup> :

1. Le sérieux de la démarche de l'enfant<sup>87</sup> ;
2. Les efforts qu'il ou qu'elle déploie pour parvenir à combler une partie de ses besoins [et, incidemment, les revenus dont celui-ci ou celle-ci dispose]<sup>88</sup> ;
3. Le niveau d'éducation (scolarité) des parents ;
4. Leur situation financière ;
5. L'attitude et le comportement du ou de la bénéficiaire à l'égard du parent pourvoyeur<sup>89</sup>.

Qu'en est-il maintenant des modalités de fixation de la pension réclamée au bénéfice de l'enfant majeur ? L'article premier du *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants* prévoit

84. *G.P. c. N.S.*, [2002] R.J.Q. 2277 (C.A.).

85. *Loi sur le divorce*, art. 2(1) et 2(2). Voir également C.c.Q., art. 585 et 586, al. 2. Rappelons que la personne qui tient lieu de parent à l'enfant (*in loco parentis*) peut être également tenue de lui verser une pension alimentaire si elle est mariée au parent de l'enfant et que la demande d'aliments est présentée en vertu de la *Loi sur le divorce*.

86. Voir Michel TÉTRAULT, *Droit de la famille*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, p. 552-553. Voir également *O.V. c. G.M.*, [2003] R.D.F. 478 (C.S.).

87. Voir *D.S. c. Y.L.*, J.E. 2003-2084 (C.S.) ; *An. C. c. A.B.*, J.E. 2004-284 (C.S.) et *M.L. c. A.C.*, J.E. 2004-1412 (C.S.).

88. Voir notamment *G.M. c. Gh.H.*, J.E. 2004-1820 (C.S.).

89. Voir d'ailleurs *A.B. c. L.B.*, J.E. 2004-915 (C.S.) où le Tribunal refuse de faire droit à la demande alimentaire présentée au profit de l'enfant majeur, notamment en raison de l'attitude ingrate manifestée par ce dernier à l'endroit de son père. Sur la notion d'ingratitude en matière alimentaire, voir également *V.F. c. G.F.*, J.E. 2004-1636 (C.S.).

que les dispositions qui y sont contenues s'appliquent à la demande présentée par un parent au nom du majeur qui, « [...] notamment, poursuit des études à temps plein et n'est pas en mesure d'assurer sa propre subsistance »<sup>90</sup>. Ainsi, le parent qui pourvoit aux besoins de son enfant majeur peut agir en son nom et réclamer à son profit une pension établie conformément aux tables de fixation. Toutefois, l'article deuxième du même règlement énonce :

**Art. 2.** Le Tribunal peut fixer la pension alimentaire payable pour un enfant majeur à une valeur différente de celle qui serait exigible dans l'application des présentes règles [tables de fixation], s'il l'estime approprié, compte tenu de l'ensemble des circonstances dans lesquelles l'enfant se trouve, notamment son âge, son état de santé, son niveau de scolarité ou la nature de ses études, son état civil et son lieu de résidence, de même que son niveau d'autonomie et, s'il y a lieu, le temps nécessaire pour lui permettre d'acquérir une autonomie suffisante.

De façon générale, les tribunaux s'en remettent aux tables de fixation pour établir la pension réclamée par un parent au bénéfice du jeune adulte aux études, se prévalant peu du pouvoir discrétionnaire que leur accorde l'article deuxième du règlement<sup>91</sup>.

Cela dit, une question se pose quant à la façon dont les revenus dont dispose l'enfant majeur doivent être pris en considération dans l'établissement de la pension fixée conformément au règlement<sup>92</sup>.

---

90. Notons qu'avant les modifications apportées à l'article 586 C.c.Q. par la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière de fixation de pensions alimentaires pour enfants*, L.Q. 2004, c. 5 (projet de loi 21), cette règle ne pouvait trouver application que dans le cadre d'une instance en divorce : G.P. c. N.S., [2002] R.J.Q. 2277 (C.A.). Ainsi, précise le nouvel article 586, al. 2 C.c.Q. : « Un parent qui subvient en partie aux besoins de son enfant majeur qui n'est pas en mesure d'assurer sa propre subsistance peut exercer contre lui un recours alimentaire, à moins que l'enfant ne s'y oppose. » Dorénavant, le parent qui subvient aux besoins d'un majeur pourra réclamer des aliments en son nom en application du règlement, en toutes circonstances. Pensons à la réclamation faite alors que les parents de l'enfant n'ont jamais été mariés l'un à l'autre ou à la demande formulée dans le cadre d'une instance en séparation de corps.

91. Voir A.B. c. L.B., J.E. 2004-915 (C.S.) et G.V. c. Gu.C., J.E. 2004-1191 (C.S.).

92. Une jurisprudence assez constante considère qu'il faut déduire de la pension déterminée selon le barème québécois le tiers des gains de l'enfant reliés à un travail à temps partiel : *Droit de la famille – 2815*, [1997] R.D.F. 885 ; *Droit de la famille – 2870*, [1998] R.D.F. 108 ; *Droit de la famille – 2953*, [1998] R.D.F. 218 ; *Droit de la famille – 3518*, [2000] R.D.F. 107 et D.T. c. J.-M.B., J.E. 2004-1855 (C.S.). Sur la notion de « revenu », voir le nouvel article 9 du *Règlement sur la* (à suivre...)

Dans l'affaire *R.L. c. D.L.*<sup>93</sup>, la juge Bédard pose ainsi la problématique :

[...] en tenant compte du revenu de l'enfant majeur dans la détermination de la pension alimentaire pour enfant, le Tribunal doit-il le soustraire de la contribution parentale de base (ligne 401) ou de la pension payable par le débiteur (ligne 603) ?<sup>94</sup>

Dans la première hypothèse, on l'aura compris, les parents bénéficieront tous deux de la déduction, tandis que dans la seconde, seul le parent débiteur (non gardien) en retirera un avantage. La juge Bédard constate l'existence des deux tendances en jurisprudence<sup>95</sup>, mais tranche en faveur de la première. Sans faire état des positions contradictoires sur le sujet, la Cour supérieure applique le même raisonnement dans *An.C. c. A.B.*<sup>96</sup>, *M.-C.R. c. D.B.*<sup>97</sup> et *D.T. c. J.M.B.*<sup>98</sup>.

Enfin, dans une tout autre affaire et sur une note un peu moins technique, la Cour d'appel nous instruit sur la pertinence, voire la nécessité, d'imposer un terme à l'obligation alimentaire établie au bénéfice de l'enfant majeur. Une telle obligation, écrit la juge Rayle dans *G.D. c. Gi.Di.*<sup>99</sup>, ne saurait être perpétuelle :

---

(...suite)

*fixation des pensions alimentaires pour enfants* qui prévoit l'inclusion, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2004, du revenu de travail autonome, mais l'exclusion des prestations de sécurité du revenu, les prestations d'aide financière de dernier recours et les montants reçus à titre de prêts et bourses accordés dans le cadre des programmes d'aide financière aux étudiants par le ministère de l'Éducation. Le nouvel article 2 prévoit également que les frais d'études post-secondaires doivent être déduits de tout montant reçu par l'enfant à titre de prêts ou de bourses reliés à ses études : *Règlement modifiant le Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, (2003) 135 G.O. II, 5396.

93. J.E. 2004-1788 (C.S.).

94. *R.L. c. D.L.*, J.E. 2004-1788 (C.S.), n° 13 du texte intégral.

95. Déduction de la pension payable par le débiteur : *Droit de la famille - 2953*, [1998] R.D.F. 218 (C.S.) ; *Droit de la famille - 2870*, [1998] R.D.F. 108 (C.S.). Déduction de la contribution parentale de base : *Droit de la famille - 2815*, [1997] R.D.F. 885 (C.S.) ; *Droit de la famille - 3330*, B.E. 99BE-686 (C.S.) ; *Droit de la famille - 3518*, [2000] R.D.F. 107 (C.S.).

96. J.E. 2004-284 (C.S.).

97. J.E. 2004-340 (C.S.).

98. J.E. 2004-1855 (C.S.).

99. J.E. 2004-441 (C.A.). Voir également *M.F. c. C.P.*, J.E. 2004-1022 (C.S.) et *M.L. c. A.C.*, J.E. 2004-1412 (C.S.). Dans cette dernière affaire, le Tribunal maintient l'obligation alimentaire payable à l'enfant majeure jusqu'à ce qu'elle atteigne l'âge de 25 ans, après quoi les versements devront cesser, même si, à l'échéance, l'enfant est encore aux études.

[...] lorsqu'elle est de caractère temporaire – et c'est le cas du jeune adulte qui est toujours enfant à charge au sens de la *Loi sur le divorce* – l'obligation alimentaire doit conférer aux deux parties, créancière et débitrice, une certaine stabilité, une période d'accalmie, dans la guérilla judiciaire, afin de permettre à la première de bénéficier en toute quiétude de l'assistance dont elle a besoin pour parachever le projet entrepris et à la seconde de connaître les limites de son engagement, en évitant que tel engagement soit indûment prolongé.<sup>100</sup>

En l'occurrence, la Cour d'appel fixe le terme à la date d'obtention du diplôme universitaire de premier cycle convoité par le majeur, considérant qu'un tel événement représente une échéance raisonnablement prévisible. S'il advenait que l'enfant ne soit pas en mesure de subvenir à ses propres besoins à l'expiration du terme, conclut-elle, il lui reviendra alors d'exposer au Tribunal les motifs justifiant la prolongation des versements alimentaires<sup>101</sup>.

## 2. Le couple

### 2.1 Le couple marié

#### A. Les conditions de formation du mariage

- *Le mariage gai*

Instaurée en juin 2002, l'union civile ne représente plus l'unique option offerte aux couples de même sexe soucieux d'intégrer l'ordre juridique<sup>102</sup>. Depuis quelques mois, ceux-ci ont accès au mariage civil, aux mêmes conditions que les couples hétérosexuels.

En effet, le 19 mars 2004, la Cour d'appel du Québec<sup>103</sup> a rejeté l'appel interjeté par la Ligue catholique pour les droits de l'homme à l'encontre du jugement *Hendrick*<sup>104</sup>, faute d'intérêt juridique suffi-

100. *G.D. c. Gi.Di.*, J.E. 2004-441 (C.A.), n° 43 du texte intégral.

101. Notons par ailleurs que la pension alimentaire établie en faveur d'un enfant mineur en vertu des articles 585 et 586 C.c.Q. ne cesse pas automatiquement lorsque celui-ci atteint sa majorité. La pension devient dès lors payable à l'enfant et il revient au débiteur de s'adresser au tribunal pour en obtenir la modification ou l'annulation : voir *G.P. c. N.S.*, [2002] R.J.Q. 2277 (C.A.). Voir également *Droit de la famille – 3525*, [2000] R.D.F. 171 (C.S.).

102. Voir, art. 521.1 à 521.19 C.c.Q., introduits aux termes de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.

103. *Ligue catholique pour les droits de l'homme c. Hendricks*, J.E. 2004-724 (C.A.).

104. *Hendrick c. P.G.*, [2002] R.J.Q. 2506 (C.S.). Notons que la Cour supérieure avait suspendu les déclarations d'invalidité pour une période de deux ans. En juillet 2003, le procureur général du Canada – qui s'était initialement porté appelant – s'est désisté de son appel. En janvier 2004, il a renoncé à la suspension des déclarations d'invalidité.

sant. Rappelons que, dans ce jugement historique rendu en 2002, la Cour supérieure déclarait invalide la règle fédérale réservant le mariage civil aux seuls couples hétérosexuels<sup>105</sup>, eu égard aux droits à l'égalité enchâssés à l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>106</sup>. Bien qu'elle n'ait pas eu à se prononcer sur le fond de l'affaire, la Cour d'appel a donc levé le dernier obstacle procédural empêchant les couples de même sexe d'accéder au statut matrimonial :

Vu les déclarations d'invalidité, il n'existe plus d'obstacle à ce qu'un officier compétent célèbre le mariage des intimés [Messieurs Hendrick et Lebœuf] et l'ordonnance requise à cet égard par les intimés sera prononcée. En conséquence, après publication de l'avis prévu à l'article 368 du *Code civil du Québec* et l'absence d'opposition valable, l'homosexualité n'étant pas un motif valable d'opposition, le mariage des intimés peut être célébré conformément à la Loi.<sup>107</sup>

Par ce jugement, le Québec est devenue la troisième province à permettre la célébration de mariages gais, après l'Ontario<sup>108</sup> et la Colombie-Britannique<sup>109</sup>. Depuis, 4 autres provinces et un territoire ont emboîté le pas<sup>110</sup>. La partie n'est toutefois encore gagnée pour les couples de même sexe du pays. Au-delà des jugements rendus en faveur du mariage gai, une joute politique se déroule depuis déjà plusieurs mois sur la scène fédérale.

105. Au Québec, notons que la règle découle de l'article 5 de la *Loi visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil de la province de Québec et modifiant certaines lois pour que chaque version linguistique tienne compte du droit civil et de la common law*, L.C. 2001, c. 4.

106. (Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982), R.-U., c. 11]) : « La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. »

107. *Ligue catholique pour les droits de l'homme c. Hendricks*, J.E. 2004-724 (C.A.), n° 56 du texte intégral.

108. *Halpern c. Canada (Attorney General)*, 172 O.A.C. 276 et *Halpern c. Canada (Attorney General)*, [2003] S.C.C.A. N° 337.

109. *Egale Canada inc. c. Canada (Attorney General)*, 2003 B.C.C.A. 251 et *Egale Canada inc. c. Canada (Attorney General)*, 2003 B.C.C.A. 406.

110. Il s'agit du Yukon (*Dunbar c. Yukon*, 2004 YKSC 434) ; du Manitoba (*Vogel c. Canada (Attorney General)*, [2004] M.J. N° 418) ; de la Nouvelle-Écosse (*Boutilier c. Nova Scotia (Attorney General)*, [2004] N.S.J. N° 357) ; de la Saskatchewan (*N.W. c. Canada (Attorney General)*, 2004, SKQB 434) et de Terre-Neuve/Labrador (référence du jugement non disponible, mais voir AGENCE FRANCE PRESSE, « Au tour de Terre-Neuve-et-Labrador », Montréal, 21 décembre 2004, *Cyberpresse*, disponible en ligne à [http://www.cyberpresse.ca/actualites/article/article\\_complet.php?path=/actualites/article/21/1,63,0,122004,873230.php](http://www.cyberpresse.ca/actualites/article/article_complet.php?path=/actualites/article/21/1,63,0,122004,873230.php)).

On se souviendra qu'en juillet 2003, le ministre fédéral de la Justice a saisi la Cour suprême d'un renvoi sur la constitutionnalité d'un avant-projet de loi autorisant le mariage gai<sup>111</sup>. Comme il fallait s'y attendre, la Cour suprême a rendu, en décembre dernier, un avis nettement favorable aux couples de même sexe<sup>112</sup>. Selon la Cour :

L'article 1 de la *Loi proposée* a pour objet d'accorder aux couples du même sexe le droit de se marier civilement. En ce qui a trait au fond de la disposition même, nous constatons que l'art. 1 exprime la position du gouvernement relativement aux prétentions des couples du même sexe concernant le droit à l'égalité garanti par le paragraphe 15(1). Cette position, combinée aux circonstances à l'origine de la *Loi proposée* et à son préambule, indique sans équivoque que l'objet de la loi, loin de contrevenir à la Charte, *découle* de celle-ci.<sup>113</sup> (Nos italiques).

Par ailleurs, la Cour a confirmé le droit des autorités religieuses de ne pas procéder à la célébration d'un mariage qu'elles jugeraient contraire à leurs convictions, conciliant ainsi le droit à l'égalité et la liberté de religion :

[...] le droit à la liberté de religion garanti par l'alinéa 2a) de la Charte a une portée assez étendue pour protéger les autorités religieuses contre la possibilité que l'État les contraigne à marier civilement ou religieusement deux personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses.<sup>114</sup>

La balle est maintenant dans le camp des parlementaires fédéraux. S'il faut se fier aux déclarations entendues depuis l'avis rendu par la Cour suprême, le gouvernement canadien devrait présenter un projet de loi autorisant le mariage gai dès le début de la session parlementaire, en février 2005. Compte tenu du caractère soi-disant moral des enjeux en cause, tout semble indiquer qu'aucune ligne de parti ne sera imposée aux députés du parti ministériel<sup>115</sup>.

Bien que l'ensemble des parlementaires soit toujours divisé sur la question<sup>116</sup>, on peut s'attendre à ce que le projet soit adopté. On

---

111. Décret C.P. 2003-1055, 16 juillet 2003.

112. *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79.

113. *Ibid.*, n° 43 du texte intégral.

114. *Ibid.*, n° 60 du texte intégral.

115. En fait, seuls les membres du cabinet devraient être tenus de suivre la ligne de parti et de voter en faveur du projet du gouvernement. Voir Joël-Denis BELLAVANCE, « Le projet de Loi reconnaissant les mariages entre conjoints de même sexe sera-t-il adopté par le Parlement ? », *La Presse*, Cahier Plus, Montréal, 3 janvier 2005, p. 3.

116. *Ibid.*

voit mal comment le Parlement pourrait faire fi des acquis juridiques et sociaux dont jouissent actuellement les gais et lesbiennes dans 7 provinces canadiennes et un territoire, sans courir le risque de susciter une véritable crise politique à travers le pays. Si nos prédictions s'avèrent justes, le Canada deviendra, après les Pays-Bas et la Belgique, le troisième pays à reconnaître officiellement le mariage entre conjoints de même sexe.

Évidemment, les notaires sont concernés par la problématique, étant eux-mêmes habilités à célébrer le mariage civil<sup>117</sup>. Depuis le jugement de la Cour d'appel du mois de mars 2004, plusieurs notaires ont d'ailleurs agi à titre d'officiers célébrants auprès de couples gais.

Au moment d'écrire ces lignes, une question fondamentale demeure toutefois en suspens. Les notaires pourront-ils invoquer leurs propres convictions religieuses pour refuser de procéder à la célébration d'un mariage gai ? C'est ce que laisse entendre une déclaration faite par le ministre fédéral de la Justice, M. Irwin Cutler, le 14 décembre dernier. En effet, celui-ci aurait affirmé à la Presse canadienne qu'aucune loi n'obligera « [d]es fonctionnaires municipaux, comme les juges de paix, à célébrer des mariages gais si cela va à l'encontre de leurs convictions religieuses »<sup>118</sup>.

Une telle déclaration ne peut que laisser perplexe. Contrairement aux ministres du culte qui célèbrent le mariage à titre d'officiers religieux et civils, les greffiers, notaires et fonctionnaires habilités à célébrer le mariage agissent exclusivement en tant que représentants de l'État. Or, comment l'État peut-il valablement faire valoir la liberté de religion de ses commettants pour contourner le droit à l'égalité ? Est-ce à dire qu'un greffier ou un notaire pourra également refuser de célébrer le mariage d'un divorcé ? Une telle perspective paraît non seulement inacceptable, mais également incompatible avec l'avis de la Cour suprême qui n'aborde la liberté de religion qu'en référence aux seules autorités religieuses<sup>119</sup>.

117. Art. 366 C.c.Q.

118. PRESSE CANADIENNE, « Mariages gais. Aucune obligation pour les juges », Ottawa, 14 décembre 2004, *Cyberpresse*, disponible en ligne à [http://www.cyberpresse.ca/actualites/article/article\\_complet.php?path=/actualites/article/14/1,63,122004,867532.php](http://www.cyberpresse.ca/actualites/article/article_complet.php?path=/actualites/article/14/1,63,122004,867532.php).

119. Voir également l'article 367 C.c.Q. qui protège exclusivement la liberté de religion des ministres du culte : « Aucun ministre du culte ne peut être contraint de célébrer un mariage contre lequel il existe quelque empêchement selon sa religion et la discipline de la société religieuse à laquelle il appartient ».



- *La nullité du mariage*

Les tribunaux sont rarement appelés à prononcer l'annulation d'un mariage. Bien qu'une condition de formation du mariage ait pu être violée, les époux demeurent peu nombreux à se prévaloir d'une telle option, préférant bien souvent se tourner vers le divorce pour dissoudre le lien matrimonial. Au cours de la dernière année, au moins quatre jugements en nullité ont été rendus. Toute chose étant relative, il s'agit là d'une quantité non négligeable.

Dans l'affaire *M.B. c. E.L.G.*<sup>120</sup>, la Cour supérieure annule le mariage pour cause d'erreur sur les qualités essentielles et déterminantes du conjoint. En l'espèce, il appert que l'époux a doublement induit sa conjointe en erreur, en mentant sur sa situation professionnelle et financière et en lui cachant son impuissance<sup>121</sup>. Estimant l'épouse victime d'un subterfuge, le Tribunal prononce la nullité du mariage, en prenant soin de réserver les recours en dommages que celle-ci pourrait vouloir tenter contre monsieur.

Cette décision confirme la souplesse dont font aujourd'hui preuve les tribunaux en acceptant de prononcer la nullité d'un mariage pour cause d'erreur sur les qualités essentielles et déterminantes du conjoint. Prenant appui sur les dispositions générales du nouveau *Code civil du Québec* en matière de vices de consentement<sup>122</sup>, les juges semblent avoir définitivement rejeté l'interprétation restrictive qui prévalait autrefois en jurisprudence et en doctrine<sup>123</sup>. On se rappellera que, pendant de longues années, seule l'erreur sur la personne physique ou sur l'identité civile d'un conjoint était jugée admissible<sup>124</sup>.

---

120. J.E. 2004-1596 (C.S.).

121. Le Tribunal rappelle que sous l'ancien *Code civil du Bas Canada*, l'aptitude à consommer le mariage était considérée comme une condition de fond du mariage (art. 117 C.c.B.C.) et qu'en conséquence, l'impuissance était en soi un motif d'annulation. Bien que ce ne soit plus le cas sous le C.c.Q., le Tribunal signale que l'impuissance du mari peut néanmoins être à la source d'une erreur de consentement.

122. Art. 1400 et 1401 C.c.Q. Voir également Michel TÉTRAULT, *Droit de la famille*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 38 et Mireille D. CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Précis du droit de la famille*, Sainte-Foy, P.U.L., 2001, p. 22.

123. Voir cependant *C.(M.C.) c. M.(Mo.)*, J.E. 2001-489 (C.S.) où le tribunal refuse de prononcer la nullité du mariage malgré le refus pour un époux de respecter l'engagement prémarital de ne pas imposer ses croyances religieuses à son épouse.

124. Voir notamment *Richard c. Trudel*, [1969] B.R. 983 et *K. c. S.*, [1980] C.S. 358. Il faut toutefois noter que, bien avant l'entrée en vigueur du nouveau Code, ce courant restrictif était de plus en plus contesté : voir *Picher c. Trottier*, [1978] C.S. 81 et *Droit de la famille – 1434*, [1991] R.D.F. 378 (C.S.).

Dans l'affaire *M.T. c. D.G.*<sup>125</sup>, la Cour supérieure démontre le même degré d'ouverture. Au moment de la célébration du mariage en 1995, Monsieur avait déjà entrepris, à l'insu de son épouse, des démarches en vue de changer de sexe. Après avoir donné naissance à trois enfants, Madame s'est graduellement aperçue des transformations en cours. En 2002, Monsieur finalise son projet en acquérant toutes les caractéristiques d'une personne de sexe féminin. Le Tribunal accueille la demande de nullité, et ce, malgré l'écoulement du temps depuis la célébration du mariage. Selon l'article 380 C.c.Q. :

**Art. 380** Le mariage qui n'est pas célébré suivant les prescriptions du présent titre et suivant les conditions nécessaires à sa formation peut être frappé de nullité à la demande de toute personne intéressée, sauf au Tribunal à juger suivant les circonstances.

*L'action est irrecevable s'il s'est écoulé trois ans depuis la célébration, sauf si l'ordre public est en cause.* (Nos italiques).

Aux yeux du juge Frappier : « [...] le consentement libre et éclairé au mariage est une question d'ordre public et [...] en conséquence la prescription de trois ans prévue à l'article 380 C.c.Q. ne peut être soulevée »<sup>126</sup>.

Outre l'interprétation large et libérale de la notion d'erreur à nouveau retenue par la Cour, cette décision déroge aux principes généralement applicables en matière de nullité, en ce qu'elle assimile la notion de « vice de consentement » à une question d'ordre public<sup>127</sup>. Au-delà des règles traditionnellement admises, il semble bien que le Tribunal se soit laissé convaincre de la légitimité de la demande formulée par Madame, dont le projet de vie a été complètement compromis par la transformation physique de son époux :

En mariant Monsieur D.G., j'épousais une personne de sexe masculin, mon mari, et il était pour moi essentiel qu'il conserve la même identité sexuelle tout au long de notre vie. [...] Je voulais une personne de sexe masculin, un père pour la vie, pour mes enfants, et qui demeurerait pour la vie une personne de sexe masculin.<sup>128</sup>

125. J.E. 2004-1945 (C.S.).

126. *M.T. c. D.G.*, J.E. 2004-1945 (C.S.), n° 8 du texte intégral.

127. D'autres jugements récents auraient toutefois conclu dans le même sens : voir Jocelyn VERDON et Michel TÉTRAULT, « Une revue de la jurisprudence marquante en 2003-2004 », dans *Développements récents en droit familial*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 125, 139.

128. *M.T. c. D.G.*, J.E. 2004-1945 (C.S.), n° 6 du texte intégral.

Il est loin d'être certain que l'on puisse voir dans cette décision un jugement de principe. Si l'absence totale de consentement relève effectivement de l'ordre public, le vice de consentement appartient quant à lui au domaine des nullités relatives. Sans doute les faits quelque peu spectaculaires de l'affaire ont-ils incité le juge à dévier des trajectoires normalement suivies, par souci d'équité pour Madame.

Dans l'affaire *J.L. c. I.D.R.*<sup>129</sup>, le Tribunal est appelé à se prononcer sur la validité d'un mariage célébré au Pérou entre un Canadien et une Péruvienne. Selon la preuve soumise, Madame s'est mariée à Monsieur dans l'unique but d'immigrer au Canada. Celui-ci prétend donc avoir été trompé quant aux intentions véritables de Madame. Expliquant les liens étroits existant entre mariage simulé et erreur de consentement<sup>130</sup>, le juge annule le mariage en affirmant ce qui suit :

Qu'on la qualifie d'erreur sur la personne ou d'erreur sur la cause, cette erreur serait majeure et déterminante puisqu'elle porterait sur ce qu'est le mariage, soit l'intention de faire vie commune. [...] Si la preuve fait valoir que Madame n'a pas voulu faire vie commune avec Monsieur dont c'était le but, ce dernier aura été trompé. Son consentement, par ailleurs réel, aura été vicié. Puisque, de bonne foi, Monsieur aurait commis l'erreur (Madame connaissant ses propres intentions véritables), lui seul peut obtenir l'annulation.<sup>131</sup>

La quatrième et dernière affaire concerne la qualité que doit revêtir l'intérêt du demandeur en nullité. Dans *A.C.B. c. Y.(J)G.*<sup>132</sup>, Madame et Monsieur se marient en dépit d'un jugement intérimaire ayant accueilli une demande d'opposition au mariage fondée sur l'incapacité de futur mari d'apporter un consentement éclairé au mariage, en raison de son état de santé mentale.

L'action en nullité intentée par le gendre de Monsieur, depuis décédé, est rejetée, faute d'intérêt suffisant. Bien que le juge estime qu'un mariage contracté par une personne incapable de consentir est nul de nullité absolue, il faut, précise-t-il, que la demande d'annulation soit « [...] présentée par une personne qui détient un intérêt pécuniaire ou l'intérêt moral d'un parent ou de l'un des

129. J.E. 2003-2181 (C.S.).

130. Voir Benoît MOORE, « L'absence d'intention conjugale : Mariage simulé ou erreur sur la personne ? », (2000) 102 *R. du N.* 245.

131. *J.L. c. I.D.R.*, J.E. 2003-2181 (C.S.), nos 67 et 97 du texte intégral.

132. J.E. 2004-1756 (C.S.).

époux »<sup>133</sup>. Or, conclut le juge, le gendre n'a pas d'intérêt pécuniaire ou d'intérêt moral direct, n'étant ni un héritier, ni un enfant du défunt.

### **B. Les conséquences économiques de la rupture**

- *Le patrimoine familial*

Chaque année, la jurisprudence foisonne de décisions relatives au patrimoine familial. On ne saurait s'en étonner, les valeurs contenues au patrimoine familial représentant bien souvent le seul véritable enjeu économique susceptible d'opposer les époux. Les jugements rendus au cours des derniers mois portent sur divers aspects de l'institution.

- Renonciation

Dans l'affaire *C.L. c. J.T.*<sup>134</sup>, le Tribunal annule les clauses de renonciation au patrimoine familial auxquelles l'épouse a consenti dans une convention de rupture dûment homologuée. Formulées de manière générale sans qu'aucun inventaire ou bilan n'ait été préalablement produit, les renonciations sont jugées invalides, Madame n'ayant pu en évaluer la portée<sup>135</sup>.

Ce jugement rappellera aux praticiens l'importance de chiffrer dans le moindre détail les valeurs auxquelles donne droit le patrimoine familial, malgré la volonté de l'époux créancier d'y renoncer. À défaut, le projet d'accord dûment signé sera susceptible de contestation, étant à sa face même entaché d'un vice de consentement<sup>136</sup>.

- Partage inégal

Dans l'affaire *A.D.S. c. O.W.Si.*<sup>137</sup>, la Cour supérieure réitère le principe suivant lequel une demande de partage inégal fondée sur l'article 422 C.c.Q. du patrimoine familial doit reposer sur un motif sérieux :

133. *A.C.B. c. Y.(J)G.*, J.E. 2004-1756 (C.S.), n° 27 du texte intégral.

134. *C.L. c. J.T.*, J.E. 2004-1599 (C.S.) (en appel).

135. En rapport avec les gains inscrits auprès de la Régie des rentes du Québec, le Tribunal rappelle d'ailleurs la teneur de l'article 102.1 de la *Loi sur le régime des rentes du Québec* (L.R.Q., c. R-9) qui exige une renonciation personnelle et spécifique.

136. Par analogie, voir *I.M. c. S.P.*, [2002] R.D.F. 197 (C.S.). Lors de la signature de la convention préparée par l'avocat du mari, l'épouse qui n'était pas assistée d'un procureur indépendant ne connaissait pas la valeur du régime de retraite de son conjoint.

137. J.E. 2004-728 (C.S.).

**Art. 422 C.c.Q.** Le Tribunal peut, sur demande, déroger au principe du partage égal et, quant aux gains inscrits en vertu de la *Loi sur le régime de rentes du Québec* ou de programmes équivalents, décider qu'il n'y aura aucune partage de ces gains, lorsqu'il en résulterait une injustice compte tenu, notamment, de la brève durée du mariage, de la dilapidation de certains biens par l'un des époux ou encore de la mauvaise foi de l'un d'eux.

Le Tribunal souligne qu'on ne saurait assimiler à de la « mauvaise foi » au sens de l'article 422 C.c.Q. les actes d'adultère qu'aurait commis l'époux de Madame. La Cour accepte toutefois de faire droit à la demande de partage inégal présentée par cette dernière, considérant notamment « [...] l'inégalité de la prise en charge des responsabilités à l'intérieur du couple pendant un mariage de trente ans »<sup>138</sup>. Cette décision confirme une fois de plus le caractère non limitatif des motifs énumérés à l'article 422 C.c.Q.

Dans *N.F. c. G.L.*<sup>139</sup>, la Cour supérieure se montre encore plus explicite, rappelant que :

[...] la provenance de l'argent qui sert à acheter la résidence familiale, la prise en charge inégale des responsabilités familiales du couple et les manquements sérieux d'un des époux face aux obligations financières du ménage peuvent justifier un partage inégal du patrimoine familial.<sup>140</sup>

Cela dit, il semble que la mauvaise gestion dont un époux aurait involontairement fait preuve dans l'administration de ses biens ne saurait à elle seule justifier de dérogation à la règle du partage égalitaire. Selon la Cour d'appel, la notion d'injustice à laquelle fait référence l'article 422 C.c.Q. doit nécessairement résulter d'un comportement malhonnête. Ainsi, dans l'affaire *M.L. c. Mi.La.*<sup>141</sup>, le juge Rothman écrit au nom de ses collègues :

[...] not all husbands and wives are great administrators of the family budget or the family assets. Unsuccessful investments and family

138. *A.D.S. c. O.W.Si.*, J.E. 2004-728 (C.S.), n° 29 du texte intégral.

139. J.E. 2003-2180 (C.S.), confirmé sur ce point en appel à *G.L. c. N.F.*, J.E. 2004-1189 (C.A.).

140. *N.F. c. G.L.*, J.E. 2003-2180 (C.S.), n° 119 du texte intégral. Voir également *Droit de la famille - 2485*, [1996] R.J.Q. 1980 (C.S.). Dans *M.T. c. L.F.*, J.E. 2004-2077 (C.S.), le Tribunal accepte la demande de partage inégal présentée par Monsieur, prenant en considération son âge (61 ans), l'imminence de sa retraite, l'importance des sommes qu'il a investies au profit de la famille et l'aptitude de l'épouse âgée de 40 ans à travailler.

141. J.E. 2003-2250 (C.A.).

indebtedness are not that rare and they can occur in the absence of bad faith or dishonesty or injustice and sometimes with the acquiescence of both parties. None of these circumstances, in themselves, will justify a departure from equality principle in partition.<sup>142</sup>

Enfin, dans *F.W. c. J.C.V.*<sup>143</sup>, la Cour supérieure confirme la tendance jurisprudentielle voulant qu'un partage inégal ne saurait avoir lieu si l'injustice invoquée découle uniquement de l'application de la loi<sup>144</sup>. En l'espèce, Monsieur considérait comme inéquitable la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*<sup>145</sup> prévoyant l'inclusion des cotisations de l'employeur dans le calcul des droits de retraite partageables. Comme le mentionne la Cour, « [l]es données établies [...] pour les parties ont été faites en application des lois en vigueur et la soussignée [la juge Rita Bédard] n'a pas compétence pour changer ces dispositions »<sup>146</sup>.

On se souviendra que c'est en vertu du même principe que les tribunaux refusent de déroger à la règle du partage égalitaire pour compenser le conjoint qui, en raison de l'interprétation restrictive que font les tribunaux de l'article 418, alinéa 3 C.c.Q., se voit refuser le remploi des économies accumulées avant le mariage, mais investies, à la suite du mariage, dans l'acquisition d'un bien du patrimoine familial<sup>147</sup>.

– Dettes déductibles

Les dettes qui peuvent être déduites de la valeur marchande d'un bien du patrimoine familial sont mentionnées à l'article 417 C.c.Q. Tel est précisément le cas des « [...] dettes contractées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation des biens qui le constituent [...] ».

---

142. *M.L. c. MiLa.*, J.E. 2003-2250 (C.A.), n° 19 du texte intégral.

143. J.E. 2004-343 (C.S.).

144. Voir notamment *J.O. c. J.P.J.*, [2002] R.D.F. 853 (C.S.).

145. L.R.Q., c. R-15.1.

146. *F.W. c. J.C.V.*, J.E. 2004-343 (C.S.), n° 24 du texte intégral. Pour une autre illustration, voir *M.T. c. L.F.*, J.E. 2004-2076 (C.S.).

147. Voir notamment *Droit de la famille – 3056*, [1998] R.J.Q. 954 (C.A.) ; *Droit de la famille – 1933*, J.E. 94-325 (C.A.) et *Droit de la famille – 980*, [1991] R.J.Q. 1104 (C.S.). Sur la question, voir également Pierre CIOTOLA, *Le patrimoine familial. Perspectives doctrinales et jurisprudentielles*, dans Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit/Nouvelle série*, « Famille », Doctrine – Document 2, Montréal, 2001, n° 139, p. 66.

Dans l'affaire *F.A. c. I.D.*<sup>148</sup>, le mari prétendait pouvoir déduire les sommes retirées de son REER pour l'acquisition de la résidence familiale, conformément au Régime d'accès à la propriété (RAP). Réitérant la position de la Cour d'appel sur la question<sup>149</sup>, la Cour supérieure déclare que le RAP ne constitue pas une dette contractée pour l'acquisition de la résidence, la notion de « dette » prévue à l'article 417 C.c.Q. supposant l'existence d'une relation créancier-débitéur. Or, tel n'est pas le cas du RAP qui permet au mari de puiser dans son propre patrimoine, aucun tiers-créancier n'étant véritablement en cause dans l'opération.

– Renonciation à une déduction lors d'un achat en copropriété indivise

Les seules déductions de la valeur nette d'un bien du patrimoine familial autorisées par le législateur sont énumérées à l'article 418 C.c.Q., une disposition dont les termes prêtent bien souvent à interprétation :

**Art. 418 C.c.Q.** Une fois établie la valeur nette du patrimoine familial, on en déduit la valeur nette, au moment du mariage, du bien que l'un des époux possédait alors et qui fait partie de ce patrimoine ; on en déduit de même celle de l'apport, fait par l'un des époux pendant le mariage, pour l'acquisition ou l'amélioration d'un bien de ce patrimoine, lorsque cet apport a été fait à même les biens échus par succession ou donation, ou leur emploi.

On déduit également de cette valeur, dans le premier cas, la plus-value acquise, pendant le mariage, par le bien, dans la même proportion que celle qui existait, au moment du mariage, entre la valeur nette et la valeur brute du bien et, dans le second cas, la plus-value acquise, depuis l'apport, dans la même proportion que celle qui existait, au moment de l'apport, entre la valeur de l'apport et la valeur brute du bien.

Le emploi, pendant le mariage, d'un bien du patrimoine familial possédé lors du mariage donne lieu aux mêmes déductions, compte tenu des adaptations nécessaires.

Selon la jurisprudence, les déductions que permet l'article 418 C.c.Q. ne sont pas absolues, de sorte que le conjoint qui y a droit peut valablement y renoncer<sup>150</sup>. Or, il semble bien qu'une telle

148. J.E. 2004-126 (C.S.).

149. *L.(S.) c. G.(H.)*, [2002] R.D.F. 1 (C.A.).

150. *Droit de la famille – 1636*, [1994] R.J.Q. 9 (C.A.) ; *Droit de la famille – 2150*, [1995] R.J.Q. 715 (C.A.) et *Droit de la famille – 3447*, [1999] R.D.F. 651 (C.A.).

renonciation puisse, dans certaines circonstances, se déduire du comportement d'un époux.

Ainsi, lorsqu'un conjoint acquiert, durant le mariage, un bien du patrimoine familial en copropriété indivise avec son conjoint, à même des sommes à caractère déductible, il sera présumé avoir renoncé au bénéfice de la déduction. Ainsi en a décidé la Cour d'appel en 2002 dans l'affaire *T.L. c. L.A.P.*<sup>151</sup>.

C'est ce même raisonnement qu'applique la Cour supérieure dans l'affaire *D.B. c. R.L.*<sup>152</sup>. En l'espèce, la seconde épouse de Monsieur achète, en 1995, la moitié indivise de la résidence familiale des mains de la première épouse de Monsieur, à charge d'assumer sa part dans l'hypothèque restant due. Or, au moment du divorce avec sa seconde épouse, Monsieur demande que l'on soustraie de la valeur de sa part indivise la somme de 8 000 \$ qu'il aurait investie dans la rénovation de la résidence familiale, un an avant le deuxième mariage. Le Tribunal rejette sa demande en ces termes :

[E]n acceptant que la demanderesse devienne co-proprétaire de l'immeuble servant de résidence familiale par l'acte de cession passé entre elle et l'ex-épouse du défendeur [...] il [Monsieur] renonce aux avantages prévus par l'article 418 C.c.Q. En effet, l'acte de cession mentionne que la demanderesse accepte la demie indivise de l'immeuble sans autre mention quant aux compensations dues au défendeur pour des montants investis antérieurement. Ainsi, la résidence est acquise en copropriété par les parties, ce qui signifie que le défendeur opte volontairement pour la renonciation aux sommes investies dans l'immeuble avant le mariage.<sup>153</sup>

Dans l'affaire *F.A. c. I.D.*<sup>154</sup>, la Cour supérieure retient le même argument, en refusant au mari la déduction des sommes investies dans l'achat de la résidence familiale durant le mariage, à même un REÉR acquis avant le mariage :

En optant volontairement pour un régime de copropriété lors de l'achat de la résidence et compte tenu de l'absence de preuve d'une volonté de faire emploi quant aux sommes provenant du REER, le demandeur a ainsi renoncé à la possibilité d'invoquer une telle déduction.<sup>155</sup>

151. [2002] R.J.Q. 2627 (C.A.).

152. J.E. 2004-70 (C.S.).

153. *D.B. c. R.L.*, J.E. 2004-70 (C.S.), n° 20 du texte intégral.

154. J.E. 2004-126 (C.S.).

155. *F.A. c. I.D.*, J.E. 2004-126 (C.S.), n° 47 du texte intégral.



Compte tenu de cette jurisprudence, les notaires doivent faire preuve d'une très grande vigilance lorsqu'ils sont appelés à rédiger l'acte d'achat d'un bien du patrimoine familial. En cas d'acquisition en copropriété indivise par les deux époux, il leur faudra, le cas échéant, mentionner expressément la volonté d'un des conjoints de faire remploi des sommes à caractère déductible investies dans le bien. À défaut, le conjoint en cause ne pourra bénéficier de la déduction sur sa part indivise au moment d'un éventuel partage, étant présumé y avoir renoncé.

- *La société d'acquêts*

Alors que le patrimoine familial ne cesse d'occuper les tribunaux, les décisions qui se rapportent à la société d'acquêts sont rarissimes. Est-ce parce que les règles législatives encadrant les régimes matrimoniaux portent moins à interprétation ? Je ne saurais le dire. Quoi qu'il en soit, lorsqu'un jugement est rendu en la matière, il mérite une attention particulière.

Dans l'affaire *G.R. c. R.É.*<sup>156</sup> la Cour d'appel clarifie pour la toute première fois le sens des termes « divertir » et « receler » employés à l'article 471 C.c.Q. :

**Art. 471 C.c.Q.** Un époux est privé de sa part dans les acquêts de son conjoint s'il a *diverti* ou *recelé* des acquêts, s'il a dilapidé ses acquêts ou s'il les a administrés de mauvaise foi. (Nos italiques).

Alors que le juge de première instance avait interprété les termes « recel » et « divertissement » à la lumière des principes du droit criminel, la Cour d'appel s'en remet à l'« [...] acception reconnue en droit civil, tant en France qu'au Québec »<sup>157</sup>.

Ainsi, « [l]e recel d'acquêts consiste [...] en des gestes posés par un époux en vue de soustraire un bien du partage de la masse des acquêts, appelés en anglais *concealment of acquests* »<sup>158</sup>. Le recel d'acquêts requiert donc la preuve d'un élément intentionnel (le fait de vouloir soustraire frauduleusement certaines valeurs) et d'un élément matériel (l'action ayant engendré ces conséquences). La Cour prend toutefois soin de préciser le fardeau de preuve

---

156. J.E. 2004-287 (C.A.).

157. *G.R. c. R.É.*, J.E. 2004-287 (C.A.), n° 43 du texte intégral.

158. *Ibid.*

applicable. En matière civile, il faut s'en remettre à l'article 2804 C.c.Q., qui exige une preuve par prépondérance des probabilités et non appliquer le fardeau beaucoup plus exigeant imposé par le droit criminel.

Le divertissement d'un acquêt d'un époux correspond quant à lui à « [...] [l']acte par lequel l'autre conjoint s'empare d'un bien qui n'est pas en sa possession pour le soustraire à un éventuel partage »<sup>159</sup>. Ici encore, précise la Cour, la preuve d'un élément matériel et d'une intention frauduleuse demeure requise.

En l'espèce, la Cour conclut au recel et au divertissement des acquêts appartenant à Monsieur. Après la fin de la vie commune, Madame aurait en effet retiré l'argent déposé dans des comptes appartenant à Monsieur, en vertu d'une procuration, pour les cacher en partie dans un coffret de sûreté. Madame aurait également dilapidé une bonne partie des sommes s'y trouvant, au détriment de son époux.

Enfin, dans un tout autre ordre d'idée, la Cour d'appel confirme le principe à l'effet que la plus-value se rapportant à un immeuble propre reste propre<sup>160</sup>. Dans le cadre du régime de la société d'acquêts, déclare la Cour, la plus-value engendrée par un bien propre doit être assimilée à du capital et non à des fruits et revenus<sup>161</sup>. À cet égard, la Cour applique correctement les critères des articles 909 et 910 C.c.Q., distinguant les notions de « capital » et de « fruits et revenus » :

**Art. 909 C.c.Q.** Sont du capital les biens dont on tire des fruits et revenus, [...], *le prix de la disposition d'un capital* ou son emploi [...]. (Nos italiques).

**Art. 910 C.c.Q.** Les fruits et revenus sont ce que le bien produit sans que sa substance soit entamée ou ce qui provient de l'utilisation d'un capital [...].

Il s'agit là de définitions générales que l'on a parfois tendance à perdre de vue. Le Code civil forme un ensemble et les réponses aux questions que soulève un chapitre se retrouvent bien souvent dans un tout autre chapitre.

---

159. *Ibid.*, n° 47 du texte intégral.

160. Voir *C.M. c. G.D.*, J.E. 2001-1859 (C.S.).

161. On se souviendra qu'en société d'acquêts, les fruits et revenus provenant des biens propres et acquêts sont qualifiés d'acquêts : art. 449(2) C.c.Q.

- *La vente de la résidence familiale*

En principe, les tribunaux refusent d'autoriser la vente de la résidence familiale que détiennent les conjoints en copropriété indivise durant l'instance en divorce. L'action en partage présentée en vertu des articles 809 et suivants et 897 et suivants du C.p.c. ne devrait donc être intentée qu'une fois le jugement de divorce prononcé.

Dans l'affaire *C.O. c. D.C.*<sup>162</sup>, la Cour d'appel déroge à ce principe, en raison de circonstances dites « exceptionnelles ». Considérant « [...] la nécessité impérieuse de la vente rapide de la maison (à une époque où le marché est favorable), [...] de l'attitude de [l'épouse] qui a tout fait pour retarder l'affaire et [...] de l'intérêt des parties en cause et surtout des enfants de protéger ce qui reste de ce capital [sic] »<sup>163</sup>, la Cour autorise l'époux copropriétaire à vendre seul la résidence familiale, de gré à gré, avant que le jugement de divorce n'ait été rendu.

Quelques mois plus tard, la Cour supérieure emprunte une voie similaire dans l'affaire *O.O. c. M.S.S.*<sup>164</sup>. Bien qu'il ne soit nullement question de mauvaise foi ou de malveillance de l'une ou l'autre des parties concernées, le Tribunal justifie la vente de la maison durant l'instance par le seul intérêt de la famille et, plus particulièrement, des enfants. Eu égard aux moyens financiers limités dont disposent les parties, la vente immédiate de la maison représente, selon la Cour, le seul moyen de préserver la valeur de l'unique actif réalisable du couple.

Ces jugements sont tout à fait justifiés. Au-delà des principes, les tribunaux doivent faire preuve de souplesse lorsque les conditions économiques dans lesquelles se trouvent les parties ne leur permettent plus de supporter, durant l'instance, le fardeau financier que représente la résidence familiale. Dans l'intérêt de la famille et des enfants, mieux vaut sauver les meubles alors qu'il en est encore temps !

- *Les conventions de rupture*

Les notaires sont fréquemment appelés à rédiger des conventions de rupture ou projets d'accord en divorce ou en séparation au

---

162. J.E. 2003-2130 (C.A.).

163. *C.O. c. D.C.*, J.E. 2003-2130 (C.A.), n° 8 du texte intégral.

164. J.E. 2004-480 (C.S.).

bénéfice des époux. Comme l'enseignait le juge Sénécal (alors auteur) à l'occasion d'un cours de perfectionnement donné en 1992<sup>165</sup>, la portée des clauses contenues à l'intérieur de ces conventions demeure toutefois relative, la majorité d'entre elles demeurant soumises à l'appréciation du Tribunal. Tel est précisément le cas des clauses relatives à la pension alimentaire, à la garde des enfants, au patrimoine familial et à la prestation compensatoire.

En somme, les matières familiales ne peuvent valablement faire l'objet d'une transaction au sens des articles 2631 et suivants C.c.Q., d'où le jugement rendu par le juge Pronovost en mars 2004 dans l'affaire *L.P. c. B.R.*<sup>166</sup> :

Une convention en matière matrimoniale réglant la pension alimentaire, le partage du patrimoine familial et une prestation compensatoire ne peut être assimilée à une transaction et ne peut être homologuée comme une transaction, puisque le Tribunal a toujours discrétion pour l'accepter ou la refuser.<sup>167</sup>

Quelques semaines plus tard, la juge Hélène Langlois adopte une position plus nuancée dans l'affaire *D.L. c. M.La.*<sup>168</sup>, en départageant la portée des clauses en fonction de leur objet. De l'avis du Tribunal :

La convention relative aux enfants ou aux aliments et celle relative aux biens se distinguent par leur caractère et leur effet. La première ne lie pas le Tribunal et peut être révisée. La seconde constitue une transaction. Le Tribunal ne sera autorisé à la réviser que dans l'éventualité où il est prouvé que le consentement d'une partie a été vicié pour des motifs reconnus au *Code civil du Québec* en matière de vices de consentement et que l'entente ne constitue pas un avantage abusif pour l'un des époux. [...] Le principe de la finalité des conventions matrimoniales, surtout quant aux droits patrimoniaux, doit être respecté en l'absence d'un vice de consentement.<sup>169</sup>

Dans *R.B. c. C.C.W.*<sup>170</sup>, la même problématique refait surface, mais dans un contexte quelque peu différent. En l'espèce, il s'agit

---

165. Jean-Pierre SENÉCAL, « La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture », (1992) 2 *C.P. du N.* 39.

166. J.E. 2004-970 (C.S.). Voir également *Droit de la famille – 3536*, [2000] R.D.F. 340 (C.S.).

167. *L.P. c. B.R.*, J.E. 2004-970 (C.S.), n° 21 du texte intégral.

168. J.E. 2004-1363 (C.S.).

169. *D.L. c. M.La.*, J.E. 2004-1363 (C.S.), nos 47 et 60 du texte intégral.

170. J.E. 2004-1107 (C.S.) (en appel).

d'évaluer la portée d'une entente conclue dans le cadre d'une conférence de règlement à l'amiable présidée par un juge aux termes des articles 151.14 à 151.23 C.p.c. S'appuyant sur le libellé de l'article 151.22 C.p.c., l'épouse en demande l'homologation au Tribunal, malgré la volonté du mari de s'en soustraire :

**Art. 151.22 C.p.c.** Si un règlement intervient, le juge, sur demande, homologue la transaction.

Selon l'épouse, le Tribunal n'a d'autre choix que d'y voir une transaction finale et, incidemment, d'ignorer l'opposition du mari. En dépit des mots utilisés à l'article 115.22 C.p.c., le juge Guthrie de la Cour supérieure hésite à assimiler le règlement intervenu entre les parties à une transaction, au sens civil du terme. En fait, les effets reconnus à la transaction par les articles 2631 et suivants C.c.Q. lui paraissent difficilement conciliables avec les dispositions applicables en matière de divorce. Curieusement, le juge décide néanmoins d'homologuer le contenu de l'entente, prenant appui sur les dispositions du Code civil régissant le contrat :

There is no doubt in the Court's mind that the Agreement is a valid contract in civil law and the Court can see no reason for it not to homologate the Agreement, and without the necessity of categorizing its content as a transaction.<sup>171</sup>

Les décisions de la juge Langlois et du juge Guthrie traduisent le malaise que ressentent de plus en plus de magistrats face à la volonté d'un conjoint de renier l'entente à laquelle il a préalablement souscrit, avant qu'elle ne soit soumise à l'homologation du Tribunal.

À l'instar du juge Pronovost, il m'apparaît néanmoins difficile d'entrevoir les ententes de rupture en termes d'engagements finaux. Pour l'essentiel, il ne s'agit que de simples projets auxquels les parties peuvent valablement se soustraire, tant que le Tribunal n'en a pas ratifié le contenu. Toutefois, dans certaines circonstances, le désistement intempestif et apparemment injustifié d'une partie heurte le bon sens, d'où les voies de contournement empruntées par les juges Langlois et Guthrie.

Sans doute le temps est-il venu pour l'État de revoir les dispositions applicables en la matière en accordant aux conjoints une plus grande autonomie dans le règlement de leur rupture. La tutelle

---

171. *R.B. c. C.C.W.*, J.E. 2004-1107 (C.S.) (en appel), n° 41 du texte intégral.

judiciaire à laquelle ils demeurent en principe assujettis ne correspond peut-être plus aux réalités conjugales contemporaines. Malgré le contexte émotif qui existe lors d'une rupture, les conjoints doivent être abordés comme des êtres capables de négocier et de s'engager librement<sup>172</sup>. Le législateur du Québec semble en être d'ailleurs très conscient, lui qui permet aux conjoints civils sans enfant de régler l'ensemble des conséquences accessoires de leur rupture aux termes d'une transaction notariée<sup>173</sup>.

- *L'obligation alimentaire des ex-époux*

L'obligation alimentaire à laquelle sont tenus les ex-époux constitue l'un des sujets les plus complexes du droit de la famille. Généralement établis par la Cour suprême, les principes applicables en la matière évoluent constamment, sous l'impulsion des vents de changement qui soufflent sur la société canadienne. Pour la plupart, les décisions rendues en 2004 illustrent les principes dégagés par la Cour suprême ces dernières années, principalement dans les arrêts *Moge*<sup>174</sup>, *Bracklow*<sup>175</sup> et *Miglin*<sup>176</sup>.

- La pension alimentaire dite compensatoire ou les suites de *Moge*

Dans l'affaire *J.P. c. S.M.*<sup>177</sup>, la Cour supérieure maintient la pension alimentaire perçue par Madame depuis plus de 10 ans sur la base du fondement compensatoire de l'obligation alimentaire établi par la Cour suprême dans l'arrêt *Moge*<sup>178</sup>. Selon le Tribunal, la « [...] situation économique précaire de Madame est intimement liée au fait qu'elle a quitté le marché du travail pour prendre charge de l'entretien et de l'éducation des enfants pendant le mariage après le divorce »<sup>179</sup>.

172. Voir d'ailleurs les remarques émises par la Cour suprême dans l'affaire *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303. Voir *infra*, p. 51 et s. Voir également Alain ROY, « Déjudiciarisation et divorce consensuel : perspectives socio-juridiques », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 287.

173. Voir article 521.16 C.c.Q. Voir également Alain ROY, « Le droit de la famille – Une décennie d'effervescence législative », (2003) 105 *R. du N.* 215, 227.

174. *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813 (ci-après cité « *Moge* »).

175. *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420 (ci-après cité « *Bracklow* »).

176. *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303 (ci-après cité « *Miglin* »).

177. J.E. 2004-1787 (C.S.).

178. Voir Dominique GOUBAU, « Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada », (1993) 72 *R. du B. can.* 279.

179. *J.P. c. S.M.*, J.E. 2004-1787 (C.S.), n° 59 du texte intégral.

Considérant le caractère traditionnel du mariage célébré en 1975 et les conséquences économiques qui en ont résulté pour l'ex-épouse, le Tribunal refuse d'entrevoir la pension sous un angle purement transitoire et de fixer un terme à la pension<sup>180</sup>.

Ce n'est pas dire que le créancier alimentaire qui perçoit une pension de type compensatoire n'est pas tenu de faire des efforts raisonnables pour parvenir à l'autonomie financière<sup>181</sup>. Ainsi, dans une autre affaire, *M.W. c. H.N.D.*<sup>182</sup>, la Cour constate que la situation financière actuelle de l'ex-épouse découle en partie de son manque d'efforts à se trouver un emploi. Mais, ajoute-t-elle :

[...] compte tenu de son âge, au moment de la séparation et du divorce [47 ans], de son absence du marché du travail durant plusieurs années (près de 20 ans) et du fait qu'elle ne peut plus travailler à titre d'infirmière, il n'est pas certain que, malgré de réels efforts, elle aurait atteint une totale indépendance économique. Sa situation de dépendance découle donc aussi en partie du mariage et de son échec. [...] Les obstacles, s'il en est, à ce qu'elle occupe un emploi à temps complet, hormis celui d'infirmière, ne découlent pas du mariage et de son échec ou du soin d'un enfant à charge mais de l'absence, sans motif valable, de démarches sérieuses en vue de se recycler et de travailler.<sup>183</sup>

Après analyse, le Tribunal considère que l'ex-épouse est en mesure de gagner un revenu annuel minimal de 14 000 \$ et, incidemment, diminue proportionnellement la pension alimentaire qu'elle reçoit de Monsieur. Se disant incapable de déterminer le moment à partir duquel Madame pourrait atteindre l'autonomie financière<sup>184</sup>, le Tribunal refuse toutefois de fixer un terme à l'obligation alimentaire de Monsieur<sup>185</sup>.

180. Pour une autre illustration du fondement compensatoire de la pension alimentaire, voir *M.T. c. J.R.-B.*, J.E. 2003-2082 (C.S.) et *R.T. c. H.B.*, J.E. 2004-2119 (C.S.).

181. *Loi sur le divorce*, art. 15.2(6)d). Voir *R.T. c. H.B.*, J.E. 2004-2119 (C.S.) ; *R.P. c. E.M.Z.*, J.E. 2004-1946 (C.S.) et *G.N. c. Ga.L.*, J.E. 2004-1675 (C.S.).

182. J.E. 2004-483 (C.S.).

183. *M.W. c. H.N.D.*, J.E. 2004-483 (C.S.), nos 47 et 49 du texte intégral.

184. On se rappellera que l'autonomie financière ne correspond pas uniquement à la capacité du créancier de générer des revenus lui permettant d'assumer ses besoins de base. Conformément à l'arrêt *Moge*, la détermination du seuil d'indépendance économique doit s'évaluer en fonction du niveau de vie atteint par le couple durant la vie commune des époux. Voir également *Droit de la famille - 2166*, [1995] R.J.Q. 999 (C.A.).

185. Voir également *L.B. c. R.F.*, J.E. 2003-2042 (confirmé en appel à J.E. 2004-341 (C.A.)) où le Tribunal, après avoir constaté le peu d'efforts faits par Madame pour se trouver du travail, lui attribue un revenu brut de 20 000 \$, présumant de sa capacité de générer un tel revenu.

On peut d'ailleurs se rappeler qu'en matière d'obligation alimentaire entre ex-époux, l'imposition d'un terme demeure toujours l'exception. Comme l'a déjà exprimé la Cour d'appel, la fixation d'un terme doit être justifiée par des considérations réelles et concrètes :

[...] un [...] terme doit être justifié par des considérations circonstancées réelles et concrètes telles la durée du mariage, la situation des parties, l'avènement probable, appuyé par une preuve concrète, d'un changement éventuel avant l'échéance envisagée dans la situation du débiteur ou du créancier alimentaire, ou, le cas échéant, sur une preuve d'une absence de la part du créancier alimentaire de tout effort pour acquérir son autonomie, le tout en tenant particulièrement compte de l'ensemble des circonstances.<sup>186</sup>

Ainsi, dans l'affaire *J.R. c. M.D.*<sup>187</sup>, la Cour supérieure refuse d'établir un terme à la pension alimentaire réclamée par l'ex-épouse. Titulaire d'un baccalauréat en administration des affaires, Madame a travaillé à l'extérieur du foyer jusqu'en 1995, après quoi elle est demeurée à la maison pour s'occuper des trois enfants du couple, respectivement nés en 1995, 1997 et 1999. Peu avant le prononcé du divorce, Madame est parvenue à décrocher un poste à temps partiel dans une institution financière. Monsieur demande au Tribunal de fixer un terme de 2 ans à la pension, étant convaincu de la capacité de Madame de travailler à temps plein. Le Tribunal rejette ainsi sa demande :

Les enfants sont encore jeunes et madame a réintégré encore tout récemment le marché du travail après une absence prolongée de plus de neuf ans. Il n'est pas possible de prédire de façon précise la période de temps nécessaire pour que madame atteigne son autonomie.<sup>188</sup>

Dans l'affaire *R.B. c. N.A.*<sup>189</sup>, Monsieur conteste la décision de la Cour supérieure d'avoir maintenu sans condition la pension alimentaire qu'il verse à Madame depuis 1993, prétendant notamment qu'un mariage de durée moyenne [12 ans] et l'absence d'enfant auraient dû inciter le juge de première instance à limiter la durée de la pension. D'emblée, la Cour d'appel rejette l'argument invoqué :

---

186. *Droit de la famille - 2190*, J.E. 95-1037 (C.A.). Voir également *B. (M.) c. D. (J.-C.)*, REJB 2003-38270 (C.A.). Voir également *D.C. c. M.B.*, J.E. 2004-1558 (C.S.) et *M.T. c. J.R.B.*, J.E. 2003-2082 (C.S.).

187. J.E. 2004-1638 (C.S.).

188. *J.R. c. M.D.*, J.E. 2004-1638 (C.S.), n° 26 du texte intégral. Dans le même sens, voir *J.R. c. R.P.*, J.E. 2004-1983 (C.S.).

189. J.E. 2004-815 (C.A.).



In my view, there is no fixed rule to be derived from the fact that it was a middle range duration marriage without children. In such a case, there can be reasons for permanent support as well as for no support at all.<sup>190</sup>

La Cour d'appel fixe toutefois un terme de 3 ans à la pension, échéance à laquelle l'épouse atteindra l'âge de 65 ans et pourra retirer une rente du capital investi dans son REER, en sus des autres avantages sociaux auxquelles elle deviendra alors admissible.

Ces quelques jugements permettront sans doute au praticien de se rappeler qu'en matière d'obligation alimentaire entre ex-conjoints, chaque cas est un cas d'espèce. Malgré les paramètres établis par la Cour suprême, les tribunaux doivent jongler avec plusieurs critères d'attribution, aucun n'étant théoriquement prépondérant sur les autres<sup>191</sup>.

Dans ces circonstances, on ne saurait se surprendre du très grand pouvoir discrétionnaire dont jouissent les juges appelés à trancher l'épineuse question qui oppose les ex-époux. Les professeurs Payne ne pourraient mieux résumer la situation en affirmant que « [t]here is no single model or objective that underlies spousal support orders. [...] It is a discretion driven analysis that is geared toward overall fairness »<sup>192</sup>.

– La pension alimentaire dite sociale (ou non compensatoire)  
ou les suites de *Bracklow*

Dans l'affaire *H.H. c. R.D.*<sup>193</sup>, le mari demande l'annulation de la pension qu'il paie à son ex-épouse depuis leur séparation de corps survenue en 1995, soit 6 ans après la célébration du mariage. Selon les faits en cause, Madame se serait retirée du marché du travail en 1989, à la suite de la naissance de l'enfant du couple. Titulaire d'un diplôme d'études collégiales en loisirs et d'un certificat universitaire en gérontologie, Madame n'aurait pas réintégré le marché du travail par la suite, en dépit d'une expérience professionnelle relativement importante. Victime d'un accident d'automobile en 1997 et d'une

190. *R.B. c. N.A.*, J.E. 2004-815 (C.A.), n° 20 du texte intégral.

191. Voir *Moge* et *Bracklow*.

192. Julien D. PAYNE et Marilyn A. PAYNE, *Canadian Family Law*, Toronto, Irwin Law, 2001, p. 206-207. Voir également *Bracklow*, p. 443 ; *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518 et les commentaires émis par la juge Matteau dans *G.L. c. C.O.*, J.E. 2004-1822 (C.S.).

193. J.E. 2004-1109 (C.S.).

chute dans un escalier en 2002, Madame réclame le maintien de la pension, se disant physiquement incapable de faire quelque travail que ce soit. De son côté, Monsieur invoque l'absence de tout lien « [...] entre le mariage et/ou la rupture et les faits ayant provoqué l'incapacité »<sup>194</sup>.

S'en remettant au fondement social de l'obligation alimentaire établi dans l'arrêt *Bracklow*, la Cour supérieure rappelle qu'il y a « [...] ouverture à une source de pension alimentaire non compensatoire basée sur le simple fait qu'une personne qui bénéficiait auparavant d'un droit aux aliments, à titre d'époux au sein du mariage se trouve désormais privée de ce droit »<sup>195</sup>. En d'autres termes, déclare la Cour, « [...] le droit à la pension alimentaire existe même si le mariage n'a pas créé de lien de dépendance ou que les conséquences ont déjà été compensées »<sup>196</sup>.

Cela étant, le Tribunal prend soin de mentionner qu'il appartient à chaque juge de fixer le quantum et le terme de la pension non compensatoire en fonction des faits en cause. À cet égard, le Tribunal applique les enseignements prodigués par la juge McLachlin dans l'arrêt *Bracklow*. :

Je laisse le soin de déterminer le quantum des aliments au juge de première instance, qui est mieux placé que notre Tribunal d'appel pour aborder les faits [...]. À ce propos, je tiens simplement à rappeler qu'il faut tenir compte de tous les facteurs pertinents prévus par les lois, y compris la durée de la relation maritale et l'indépendance relative des parties pendant toute cette relation, ainsi que du montant de pension alimentaire que M. Bracklow a déjà versé à M<sup>me</sup> Bracklow. Par conséquent, je n'écarte pas la possibilité que le versement d'autres aliments ne soit pas requis, c'est-à-dire que les versements effectués jusqu'à maintenant par M. Bracklow aient permis d'acquitter le quantum juste et approprié. En l'absence d'accord, il appartient au juge de première instance de régler ces questions.<sup>197</sup>

En l'espèce, la Cour supérieure établit la pension payable à 875 \$ par mois et fixe un terme d'un an, considérant les démarches entreprises par Madame auprès de la Régie des rentes du Québec aux fins d'obtenir une rente d'invalidité. Une telle rente, présume la Cour, permettra à l'ex-épouse de percevoir les revenus lui permettant d'assumer ses besoins.

---

194. *H.H. c. R.D.*, J.E. 2004-1109 (C.S.), n° 33 du texte intégral.

195. *Ibid.*, nos 38 et 39 du texte intégral.

196. *Ibid.*, n° 39 du texte intégral.

197. *Bracklow*, n° 61.

Dans *K.J. c. L.L.*<sup>198</sup>, la Cour supérieure refuse de mettre fin à la pension non compensatoire dont s'acquitte l'ex-mari depuis 23 ans auprès de son ex-conjointe malade. Considérant avoir fait sa part, celui-ci prétend qu'il revient maintenant à l'État de prendre le relais. Tout en reconnaissant la contribution de Monsieur, le juge rappelle qu'on ne peut procéder à la réouverture du dossier sans la preuve d'un changement significatif dans la situation des parties. Or, signale-t-il, le seul écoulement du temps depuis la dernière révision survenue en 1996<sup>199</sup> ne peut à lui seul constituer un changement justifiant l'annulation de la pension<sup>200</sup> :

[...] lorsque saisie d'une demande d'annulation de pension alimentaire payable à l'ex-époux au motif que le débiteur s'est acquitté de son obligation sociale et non compensatoire en versant les aliments sur une période plus ou moins longue, la Cour supérieure doit avant toute chose s'assurer qu'on lui a fait la preuve d'un changement significatif dans la situation des parties depuis le jugement fixant la pension alimentaire.<sup>201</sup>

Le Tribunal prend toutefois soin d'exprimer sa sympathie envers Monsieur et l'invite à « tenter sa chance » de nouveau lorsque Madame touchera sa pension de vieillesse, à l'âge de 65 ans. Un autre juge, précise-t-il, pourrait en temps et lieu considérer tel événement comme un changement significatif justifiant l'annulation ou la réduction de la pension alimentaire.

L'arrêt *Bracklow* met en lumière les très grandes responsabilités financières que peut engendrer le statut matrimonial. Après la dissolution du mariage, l'obligation alimentaire d'un ex-époux peut se poursuivre pendant de très longues années, même si les besoins du créancier ne tirent pas leur origine du mariage. Jamais l'expression « Pour le meilleur et pour le pire » n'aura eu autant de sens et de portée !

---

198. J.E. 2004-180 (C.S.).

199. Notons, en effet, que la pension avait été réduite à 250 \$ par mois du consentement des parties en 1996, à la suite de la retraite de Monsieur.

200. Ce principe a été clairement énoncé par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Moge*. Voir également *Droit de la famille - 3418*, J.E. 2000-1972 (C.A.) ; *C.(M.) c. B.(P.)*, REJB 2003-48760 (C.A.) et *Droit de la famille - 3361*, [1999] R.D.F. 488 (C.S.).

201. *K.J. c. L.L.*, J.E. 2004-180 (C.S.), n° 33 du texte intégral.

– Les ententes alimentaires ou les suites de *Miglin*

Lorsqu'un juge est appelé à réviser ou annuler une entente alimentaire dûment homologuée par un tribunal, il doit dorénavant s'en remettre à la méthode d'analyse en deux étapes dégagée en 2003 par la Cour suprême dans l'arrêt *Miglin*. Rappelons que, dans cet arrêt de principe, la Cour suprême a partiellement réhabilité la trilogie *Pelech-Richardson-Caron*<sup>202</sup>, en reconnaissant un poids considérable aux conventions alimentaires conclues par les époux au moment de leur rupture.

Dans l'affaire *F.C. c. L.A.*<sup>203</sup>, la Cour d'appel applique fidèlement les enseignements de la Cour suprême<sup>204</sup>, en refusant d'annuler le projet d'accord en séparation de corps limitant les droits alimentaires de l'ex-épouse, malgré les difficultés financières auxquelles celle-ci doit aujourd'hui faire face.

Selon la méthode prescrite dans *Miglin*, écrit la Cour d'appel, il faut tout d'abord s'intéresser aux circonstances ayant mené à la conclusion de l'accord, de même qu'à son contenu. Les parties ont-elles pu négocier convenablement leur entente, ont-elles pu bénéficier d'avis juridiques de conseillers indépendants, ont-elles fait l'objet de pressions de part et d'autre ? L'entente atteint-elle, pour l'essentiel, les objectifs prescrits par la *Loi sur le divorce* en matière d'obligation alimentaire, ou, au contraire, traduit-elle de graves iniquités, eu égard à la situation dans laquelle se trouvaient les parties<sup>205</sup> ?

---

202. *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801 ; *Richardson c. Richardson*, 1 R.C.S. 857 et *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892.

203. J.E. 2004-626 (C.A.).

204. Pour une autre illustration des principes de l'arrêt *Miglin*, voir *C.S. c. E.T.*, J.E. 2004-1716 (C.S.) et *L.G. c. D.P.*, J.E. 2004-1676 (C.S.).

205. Dans une autre affaire, *R.V. c. E.R.*, J.E. 2004-868 (C.S.), la Cour supérieure annule la renonciation à la pension alimentaire consentie par Madame dans une convention, sur la base d'un vice de consentement et du caractère déraisonnable de la renonciation : « Il appert que le consentement de la défenderesse concernant la pension alimentaire n'était ni libre ni éclairé au moment de la signature de la convention parce qu'elle était incapable de comprendre la portée exacte des trois clauses concernant la pension alimentaire [...]. Ajoutons que la longue durée du mariage (environ 19 ans), le rôle de la défenderesse durant la vie commune, son absence totale d'autonomie financière, sa formation restreinte et le déséquilibre dans les ressources des parties démontrent de manière évidente et non équivoque que les clauses prévoyant un terme et une renonciation à la pension alimentaire sont inéquitables et déraisonnables » : (à suivre...)

Selon la Cour, les circonstances dans lesquelles l'accord a été conclu ont permis aux époux d'y apporter un consentement libre et éclairé. Bien que le projet d'accord ait été préparé par l'avocate commune des parties – peu ferrée en droit familial – Madame a eu tout le temps nécessaire de consulter et d'obtenir l'éclairage approprié<sup>206</sup>. Quant au contenu de l'entente, la Cour d'appel le juge équitable. En l'espèce, la convention prévoyait le versement d'une pension alimentaire de 2 500 \$ par mois à Madame pendant 4 ans, en plus du paiement immédiat d'une somme globale de 305 000 \$. En contrepartie, Madame renonçait au partage du patrimoine familial et de la société d'acquêts. La Cour d'appel reconnaît que l'ex-épouse aurait pu obtenir davantage<sup>207</sup>, mais refuse d'intervenir, compte tenu de la très grande déférence qu'il convient désormais d'accorder aux conventions entre époux.

Dans le cadre de la seconde étape du processus d'analyse dégagé dans *Miglin*, poursuit la Cour d'appel, « [l]e Tribunal doit déterminer s'il existe un changement important dans la situation

---

(...suite)

n<sup>os</sup> 52 et 55 du texte intégral. Curieusement, le Tribunal ne fait toutefois aucune allusion à l'arrêt *Miglin* dans son jugement. Dans l'affaire *R.P. c. E.M.Z.*, J.E. 2004-1946 (C.S.), la Cour supérieure reconnaît la validité du consentement donné par Madame, mais annule sa renonciation à la pension alimentaire, jugeant une telle renonciation déraisonnable, eu égard aux objectifs de la *Loi sur le divorce*. Ainsi, écrit le juge Mercure : « Le Tribunal ne peut se résoudre à conclure que la renonciation pour le futur par Madame rencontrait les objectifs de la *Loi sur le divorce* et, entre autres, ceux énumérés par le législateur aux alinéas a), b) ou c) de l'article 15.2(6) [...] » : n<sup>o</sup> 166 du texte intégral.

206. La Cour d'appel admet que les circonstances entourant la conclusion de l'entente ne sont pas parfaites. Ainsi, écrit le juge Forget, « [i]l eut sans doute été préférable que [Madame] consulte un(e) avocat(e) indépendant(e) ou, à tout le moins, un(e) spécialiste dans ce champ de pratique du droit. Elle aurait peut-être été bien avisée de consulter un(e) comptable ou un(e) fiscaliste pour connaître toutes les subtilités d'un partage de ses intérêts financiers. [...] À ce sujet toutefois, [...] [Madame] a eu tout le loisir de consulter un(e) avocat(e) avant la signature du protocole du 6 novembre 1997 et même postérieurement jusqu'à son dépôt devant le juge Archambault le 17 juillet 1998 ; [elle] pouvait bénéficier des conseils de J... B..., associé de [Monsieur] avec qui elle entretenait une relation intime ; [elle] insistait pour conclure cette entente le plus tôt possible, vraisemblablement avant que sa liaison avec J... B... ne soit connue [et elle] a obtenu le montant qu'elle a demandé » : n<sup>os</sup> 46 et 47 du texte intégral.
207. La Cour soulève essentiellement les désavantages fiscaux subis par Madame en raison des modalités de l'entente. Si Madame avait reçu les sommes versées (comptant ou par versements échelonnés) en paiement de sa part dans le patrimoine familial et la société d'acquêts, plutôt que sous forme de pension alimentaire, « [...] on peut penser qu'elle n'aurait eu aucun impôt à payer » : n<sup>o</sup> 51 du texte intégral.

des parties par rapport à ce qu'on pouvait raisonnablement prévoir au moment de la négociation »<sup>208</sup>. À cet égard, Madame plaide la détérioration de sa situation financière depuis la signature de l'entente en 1997. Une détérioration que le juge de première instance attribue à deux facteurs, soit « [...] la mauvaise gestion de ses avoirs et [son] retard à entreprendre des démarches pour se recycler et obtenir un emploi »<sup>209</sup>. Or, écrit le juge Forget :

[...] je ne vois pas comment on pourrait prétendre que les raisons invoquées par le premier juge pour mettre de côté la convention sont justifiées à la lumière des enseignements de la Cour suprême. *On ne retrouve pas en l'espèce de circonstances qui ne pouvaient pas être raisonnablement connues à l'époque de la signature de la convention.*<sup>210</sup> (Nos italiques).

On ne saurait trop s'étonner de l'interprétation restrictive retenue par la Cour d'appel en ce qui a trait à la prévisibilité du changement invoqué. En effet, les exemples précis donnés par la Cour suprême dans l'arrêt *Miglin* laissent peu de marge de manœuvre aux tribunaux appelés à réviser le contenu d'une entente alimentaire. Au nom de la majorité, le juge Bastarache plaçait la barre très haut en affirmant :

Les parties ne peuvent ignorer le caractère prospectif de ces accords et elles doivent être réputées savoir que l'avenir est plus ou moins incertain. Par exemple, il est peu convaincant de dire au juge que l'accord n'a jamais envisagé que le marché du travail puisse changer, ou que les responsabilités parentales prévues dans l'accord puissent se révéler plus onéreuses que prévu, ou encore que la transition vers le marché du travail puisse être difficile. Les parties négociatrices devraient savoir qu'on ne peut garantir à personne une santé stable. L'accord doit également envisager, par exemple, la fluctuation de la valeur relative des actifs après leur répartition. Les prix des maisons peuvent augmenter ou baisser. Une entreprise peut connaître un ralentissement ou un bel essor. De plus, certains changements peuvent être causés ou provoqués par les parties elles-mêmes. Une partie peut se remarier ou décider de ne pas travailler. Lorsque les parties ont démontré leur volonté de se libérer mutuellement de toute créance alimentaire, *il est peu probable que de tels changements soient jugés suffisants pour écarter cette volonté déclarée.*<sup>211</sup> (Nos italiques).

---

208. *F.C. c. L.A.*, J.E. 2004-626 (C.A.), n° 27 du texte intégral.

209. *Ibid.*, n° 36 du texte intégral.

210. *Ibid.*, n° 40 du texte intégral.

211. N° 89 du texte intégral.

Comme j'ai déjà eu l'occasion de le mentionner dans un commentaire récemment publié dans la *Revue du Notariat*<sup>212</sup>, il faut se réjouir de la déférence nouvellement manifestée par la Cour suprême à l'égard des volontés individuelles. Sans reprendre l'ensemble des remarques formulées dans cet article, qu'il me soit simplement permis de rappeler aux praticiens appelés à rédiger des ententes alimentaires l'importance des responsabilités qui leur incombent. Le poids des conventions qu'ils auront reçues dépendra inévitablement de leurs compétences, des conseils éclairés qu'ils auront su prodiguer aux époux et du temps dont ces derniers auront pu bénéficier pour négocier avec tout le recul nécessaire le règlement de leur divorce. En matière conjugale plus qu'en toute autre matière, les notaires devront se rappeler qu'il est de leur devoir de pallier le déséquilibre des forces en présence.

## 2.2 Les couples en union de fait

Le droit québécois n'impose aux conjoints de fait aucune obligation l'un envers l'autre, que ce soit durant la vie commune ou au jour de leur rupture. Bien que ceux-ci jouissent des mêmes bénéfices sociaux que les époux et soient assujettis aux mêmes fardeaux fiscaux, le Code civil n'organise pas pour autant leurs rapports mutuels<sup>213</sup>. À cet égard, le Québec se distingue des autres provinces canadiennes qui, minimalement, assujettissent les conjoints de fait à une obligation alimentaire réciproque<sup>214</sup>. Le Québec résiste à ce mouvement généralisé en invoquant les principes de liberté de choix

---

212. Alain ROY, « La Cour suprême se prononce sur le poids des conventions alimentaires de divorce », (2004) 106 *R. du N.* 137-151.

213. Rappelons toutefois que le Code civil reconnaît expressément certaines prérogatives aux conjoints de fait. Il en est ainsi en matière d'adoption (art. 555 et 579 C.c.Q.) ; de droit au maintien dans les lieux loués (art. 1938 C.c.Q.), et de reprise de logement dans un immeuble détenu en copropriété indivise (art. 1958 C.c.Q.). Voir aussi l'article 540 C.c.Q., introduit lors de la réforme de 1994, qui consacre la responsabilité des conjoints de fait en matière de procréation assistée. Depuis le 24 juin 2002, les conjoints de fait (hétérosexuels ou homosexuels) bénéficient également d'un statut privilégié en matière de consentement aux soins : art. 15 C.c.Q., tel que modifié aux termes de l'article 1 de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6. Sur le sujet, voir Brigitte LEFEBVRE, « L'évolution de la notion de conjoint en droit québécois », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21<sup>e</sup> siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 3.

214. Voir les références citées dans Alain ROY, « La liberté contractuelle des conjoints de fait réaffirmée par la Cour d'appel... un avant-goût des jugements à venir ? », (2001) 103 *R. du N.* 447, notes 16 et 17.

et d'autonomie de la volonté. Si les conjoints de fait ne se marient pas, prétend-on, c'est qu'ils ne veulent pas des conséquences juridiques qui accompagnent le statut matrimonial.

Évidemment, les intentions que le législateur prête aux conjoints de fait ne sont pas toujours conformes à la réalité. Au moment de la rupture, les conjoints de fait se retrouvent parfois devant les tribunaux, tentant d'intégrer l'ordre juridique en faisant valoir différents droits l'un à l'égard de l'autre. Trois affaires rendues au cours de la dernière année permettent d'illustrer cette réalité.

### **A. Le droit d'usage dans la résidence familiale**

Dans l'affaire *N.L. c. L.B.*<sup>215</sup>, Madame cherche à mettre la main sur la résidence familiale acquise en copropriété indivise avec son conjoint. Faute de pouvoir acquérir par ses propres moyens la moitié appartenant à Monsieur, elle réclame du Tribunal soit l'octroi d'un droit d'usage dans la résidence tant et aussi longtemps qu'elle assumera la garde des enfants du couple, soit l'attribution de la moitié de Monsieur en « acquittement d'une pension alimentaire payable par une somme globale »<sup>216</sup>. Pour justifier sa demande, Madame invoque les articles 410, 585 et 589 C.c.Q. :

**Art. 410 C.c.Q.** En cas de séparation de corps, de divorce ou de nullité du mariage, le Tribunal peut, à la demande de l'un des époux, attribuer à l'un des époux ou au survivant, la propriété, ou l'usage de meubles de son conjoint qui servent à l'usage du ménage.

*Il peut également attribuer à l'époux à qui il accorde la garde d'un enfant un droit d'usage de la résidence familiale.* (Nos italiques).

[...]

**Art. 585 C.c.Q.** Les époux et conjoints unis civilement, de même que les parents en ligne directe au premier degré se doivent des aliments.

**Art. 589 C.c.Q.** Les aliments sont payables sous forme de pension ; le Tribunal peut exceptionnellement remplacer ou compléter cette pension alimentaire par une somme forfaitaire payable au comptant ou par versements.

---

215. J.E. 2004-1237 (C.S.).

216. *N.L. c. L.B.*, J.E. 2004-1237 (C.S.), n° 6 du texte intégral.



Madame sait pertinemment que les dispositions invoquées ne peuvent trouver application qu'en matière matrimoniale<sup>217</sup>, mais en conteste la portée limitée sur la base du droit à l'égalité des enfants garanti par les chartes :

À l'appui de cette [...] prétention, elle soulève que les articles 410 C.c.Q. et 585 C.c.Q. sont incompatibles avec les articles 15(1) de la *Charte canadienne* et 39 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* puisque la protection accordée aux enfants est différente selon que leurs parents soient mariés ou conjoints de fait. Pour elle, l'inconstitutionnalité résulte du fait que l'article 585 C.c.Q. empêche un conjoint de fait de se voir attribuer la propriété de la résidence familiale à titre de somme globale et que l'article 410 C.c.Q. la prive du droit de prétendre à l'usage de la résidence familiale contrairement aux conjoints qui sont mariés.<sup>218</sup>

Mis en cause, le Procureur général invite le Tribunal à esquiver la requête de Madame, prétendant qu'un tribunal « n'a pas à se prononcer sur des points de droit lorsqu'il n'est pas nécessaire de le faire pour disposer du litige »<sup>219</sup>. Adhérant à cette position, la Cour refuse de discuter de la constitutionnalité de l'article 410 C.c.Q., considérant que la situation des parties n'aurait pas justifié l'attribution d'un droit d'usage dans la résidence familiale en faveur de Madame, *même si celle-ci avait été mariée avec Monsieur*. À cet égard, le Tribunal renvoie aux critères d'attribution élaborés par la Cour d'appel dans l'arrêt *Droit de la famille – 579*<sup>220</sup>.

217. Voir cependant *Droit de la famille – 3457*, [1999] R.D.F. 777 (C.S.) où le Tribunal se base sur l'obligation du père de procurer un toit à son enfant pour accorder, à titre intérimaire, à la mère gardienne (avec qui il n'était pas marié) et l'enfant un droit d'usage dans sa résidence familiale.

218. *N.L. c. L.B.*, J.E. 2004-1237 (C.S.), n° 7 du texte intégral.

219. *Ibid.*, n° 17 du texte intégral.

220. [1989] R.J.Q. 51. Ces critères sont les suivants : 1) La période plus ou moins longue pendant laquelle l'unité d'habitation a servi de résidence familiale avant le jugement de divorce ; 2) Le cas échéant, la façon dont la garde des enfants est partagée entre les parents ; 3) Les motifs particuliers qui militent à l'encontre d'un déplacement de la cellule familiale : éducation des enfants, facilité ou difficulté de réaménagement, etc. ; 4) Les autres éléments dont peut bénéficier le créancier alimentaire, gardien des enfants, au moment du jugement : pension monétaire, somme globale, prestation compensatoire ; 5) Les revenus et le capital dont peuvent désormais jouir créancier et débiteur alimentaire, cet élément ayant une portée sur leur mobilité de résidence ; 6) La capacité ou l'incapacité pour le bénéficiaire du droit d'habitation – au nom des enfants – d'assurer le bon fonctionnement de la propriété qui en est l'objet ; 7) La difficulté appréhendée du créancier alimentaire d'obtenir une pension en argent pour les enfants ; 8) La durée anticipée du droit à être conféré. Plus l'âge des enfants, bénéficiaires du droit, est peu avancé, moins il peut s'avérer indiqué de « geler » ainsi, pour une longue période, ce qui, souvent, s'avère le seul actif du débiteur alimentaire et 9) La façon dont les ex-époux ont refait leur vie.

Quant à l'article 585 C.c.Q., le Tribunal n'y décèle aucune trace de discrimination à l'endroit des enfants nés de parents unis de fait. Aux termes de cette disposition, affirme la Cour, « [...] il est clair que tous les enfants ont les mêmes droits vis-à-vis leurs parents. L'article ne crée donc aucune différence entre les enfants relativement à l'obligation des parents à leur égard »<sup>221</sup>. Par ailleurs, la Cour rappelle que l'attribution d'une pension alimentaire sous forme de somme globale demeure exceptionnelle et que, en toute hypothèse, l'article 589 C.c.Q. ne permet pas de transformer une obligation payable en numéraire par la dation en paiement d'un bien :

[...] non seulement tous les enfants, *quel que soit l'état civil de leurs parents*, peuvent exiger d'eux une pension alimentaire pour leur entretien et même si ladite pension était payable partiellement ou totalement par le versement d'une somme forfaitaire, aucune disposition du *Code civil du Québec* ne permet au Tribunal d'obliger un débiteur à exécuter son obligation par le transfert d'un bien.<sup>222</sup>

Il est dommage que le Tribunal ne se soit pas prononcé sur la véritable question en litige. L'argument soulevé par la mère des enfants quant à la portée discriminatoire de l'article 410 C.c.Q. n'est pas sans fondement<sup>223</sup>. Dans l'état actuel du droit, seuls les enfants issus de couples mariés ou unis civilement peuvent prétendre, de manière incidente, aux mesures de protection et d'attribution de la résidence familiale. Or, si tous les enfants sont effectivement égaux<sup>224</sup>, comment expliquer qu'une protection législative destinée à assurer une plus grande stabilité aux membres vulnérables de la famille ne profite qu'aux seuls enfants dont les parents sont mariés ou unis civilement<sup>225</sup> ? Dans le contexte socio-juridique actuel où le droit à l'égalité figure au centre de tous les enjeux, il ne serait pas étonnant que la Cour suprême soit un jour ou l'autre saisie de la question<sup>226</sup>.

---

221. *N.L. c. L.B.*, J.E. 2004-1237 (C.S.), n° 36 du texte intégral.

222. *Ibid.*, n° 39 du texte intégral.

223. Voir d'ailleurs les remarques du juge Bellevance dans l'affaire *Droit de la famille - 3457*, [1999] R.D.F. 777 (C.S.).

224. Art. 522 C.c.Q.

225. Alain ROY, « Le régime juridique de l'union civile : Entre symbolisme et anachronisme », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE, *L'union civile. Nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21<sup>e</sup> siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 165, 171-173.

226. Voir d'ailleurs l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, commenté dans Alain ROY, « La Cour suprême reconnaît la liberté de choix des conjoints de fait, mais... », (2002) 12 *Journal Entracte* 14-15.

### **B. La notion *in loco parentis***

Dans l'affaire C.R. c. J.B.<sup>227</sup>, le débat porte également sur les obligations et droits parentaux que peut générer l'union de fait, mais dans une situation de recomposition familiale. Aux termes d'une convention de rupture dûment homologuée en 1995, Monsieur consent volontairement à verser une pension alimentaire en faveur de l'enfant de sa conjointe de fait, alors âgée de 8 ans. Assumant auprès de cette dernière un rôle parental depuis les premiers mois de son existence (18 mois), Monsieur obtient également des droits d'accès lui permettant de maintenir le contact avec celle qu'il considère comme sa fille. Monsieur demande aujourd'hui d'être relevé de son obligation alimentaire, prétendant qu'aucun fondement juridique n'en justifie le maintien :

Le demandeur allègue qu'il ne doit plus être reconnu agissant *in loco parentis* à l'égard de S., d'une part par cette notion ne trouve aucun fondement juridique dans le *Code civil du Québec* et, d'autre part, parce qu'il y a rupture du lien avec cette dernière depuis 1996. En effet, depuis l'été 1996, le demandeur soutient n'avoir eu aucun contact avec S... suite à un malentendu et aurait décidé de ne plus le visiter.<sup>228</sup>

La Cour rejette ces prétentions, s'en remettant à l'entente intervenue entre les parties en 1995. Selon la Cour, le fondement de l'obligation alimentaire assumée par Monsieur au bénéfice de l'enfant ne résulte pas de la loi<sup>229</sup>, mais d'une convention parfaitement valable<sup>230</sup> :

Au même titre qu'une entente est valide entre conjoints de fait, le Tribunal ne voit pas comment cette reconnaissance, par le demandeur envers S..., dans une entente signée par lui, serait aujourd'hui déclarée invalide par le seul retrait unilatéral de son consentement.<sup>231</sup>

À cet égard, la Cour applique, par analogie, les principes dégagés dans l'arrêt *Chartier c. Chartier*<sup>232</sup>, où la Cour suprême a clairement

227. J.E. 2004-1453 (C.S.).

228. *Ibid.*, n° 14 du texte intégral.

229. Voir d'ailleurs *Droit de la famille - 2347*, [1996] R.D.F. 129 (C.S.) et *B.(C.) c. P.(Y.)*, REJB 2002-31895 (C.S.).

230. Dans le même sens, voir également *Droit de la famille - 3687*, [2000] R.D.F. 505 (C.S.), commenté par Benoît MOORE, « La notion de parent psychologique et le *Code civil du Québec* », (2001) 103 *R. du N.* 115, 117-118.

231. C.R. c. J.B., J.E. 2004-1453 (C.S.), n° 27 du texte intégral.

232. [1999] 1 R.C.S. 242 (ci-après cité « *Chartier* »).

établi que le conjoint ayant agi *in loco parentis* au sens des articles 2(1) et 2(2) de la *Loi sur le divorce*<sup>233</sup> ne peut unilatéralement rompre ce lien, suite à la rupture du couple, pour se soustraire à son obligation alimentaire. Bref, estime la Cour, les principes établis dans l'arrêt *Chartier* demeurent pertinents, que l'application de la règle *in loco parentis* soit fondée sur la loi ou sur une convention.

Cette décision fait clairement ressortir les lacunes du droit québécois à l'égard des enfants qui vivent dans une famille recomposée, alors que le parent de l'enfant et son nouveau conjoint ne sont pas mariés l'un à l'autre et qu'aucun lien d'adoption ne relie l'enfant à ce dernier. N'eût été de la convention intervenue en 1995, l'enfant S... n'aurait pu obtenir de pension alimentaire de son beau-parent, en dépit du rôle parental tenu par ce dernier tout au long de son existence.

À l'instar des autres provinces<sup>234</sup>, le législateur devrait intégrer la règle *in loco parentis* (ou l'équivalent) au droit québécois, afin que tous les enfants puissent compter sur le soutien de leur beau-parent, peu importe l'absence de lien matrimonial unissant le couple<sup>235</sup>. En refusant d'incorporer cette règle au Code civil, le législateur québécois déroge au principe d'égalité des enfants<sup>236</sup>, puisqu'il désavantage clairement ceux dont le parent et le beau-parent ont choisi de vivre leur relation en union de fait.

---

233. On se rappellera qu'aux termes de la *Loi sur le divorce*, le beau-parent peut, à certaines conditions, être tenu de verser une pension alimentaire à l'enfant de son époux. Selon l'article 2(1) de la *Loi sur le divorce*, « [e]st considéré comme un enfant à charge (pouvant réclamer un soutien alimentaire) l'enfant des deux époux ou ex-époux : a) pour lequel ils tiennent lieu de père et mère ; b) dont l'un est le père ou la mère et pour lequel l'autre en tient lieu ».

234. Voir les références citées dans Alain ROY, « Le droit de la famille – Une décennie d'effervescence législative », (2003) 105 *R. du N.* 215, 267, note 198.

235. Référant aux propos du juge Vézina dans l'affaire *Droit de la famille – 3687*, [2000] R.D.F. 505 (C.S.), la juge Hallé observe très justement que le droit québécois contient déjà quelques traces de la règle *in loco parentis*, dans la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* (L.R.Q., c. A-3.001) et dans la *Loi sur les victimes d'actes criminels* (L.R.Q., c. I-6). Même le Code civil pourrait servir de base à un juge audacieux. En effet, l'article 32 C.c.Q. énonce que « [t]out enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner ». Voir aussi l'article 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12. À ma connaissance, aucun tribunal n'a malheureusement accepté de voir dans ces dispositions un fondement réel à la règle *in loco parentis*. Sur le sujet, voir Benoit MOORE, « La notion de parent psychologique et le *Code civil du Québec* », (2001) 103 *R. du N.* 115.

236. Art. 522 C.c.Q.

### C. *Le recours en enrichissement sans cause*

Enfin, dans l'affaire *Dussault c. Jolicœur*<sup>237</sup>, la Cour d'appel rejette l'action en enrichissement sans cause intentée par Monsieur pour récupérer la somme de 50 000 \$ déposée dans le compte de banque de sa conjointe de fait. Alors que le juge de première instance avait accueilli sa demande en considérant qu'un tel transfert ne pouvait se justifier que par l'espoir d'une longue vie commune, la Cour d'appel y voit plutôt une donation non révocable. Ainsi, déclare le Tribunal :

Comme l'acte de l'intimé (Monsieur) n'est pas un remboursement d'une dette et ne résulte pas d'un contrat synallagmatique exprès ou tacite avec l'appelante, l'acte ne peut être qu'une donation. La remise de la propriété d'un bien par A à B, sans que B s'oblige en contrepartie, est une donation même si la remise est faite dans l'espoir, dans l'esprit de B, qu'un événement se réalise. La réalisation de l'espoir est le mobile de la remise, et non sa condition résolutoire. Bref, une donation faite dans l'espoir qu'un événement se réalise n'est pas révocable lorsque l'événement ne se réalise pas.<sup>238</sup>

Ce jugement de la Cour d'appel met en lumière les difficultés auxquels les conjoints de fait peuvent être confrontés au jour de la rupture pour départager leurs biens respectifs. Tant le recours en enrichissement sans cause que celui destiné à prouver l'existence d'une société tacite sont généralement voués à l'échec<sup>239</sup>.

Évidemment, si les conjoints de fait prenaient la peine d'organiser leurs rapports économiques par convention, les malentendus diminueraient de façon significative. Malgré les nombreuses campagnes de sensibilisation, les données recueillies dans le cadre d'une recherche actuellement en cours démontrent la rareté des conventions d'union de fait ou de vie commune<sup>240</sup>. Pourtant, les

237. J.E. 2004-2075 (C.S.).

238. *Dussault c. Jolicœur*, J.E. 2004-2075 (C.S.), n° 15 du texte intégral. Le Tribunal ajoute que « [...] si la rupture pouvait être tenue comme une ingratitude et une cause de révocation, l'action du demandeur, intentée plus d'un an après la rupture, aurait été prescrite en application de l'article 1836 C.c.Q. En tout état de cause, ayant manifestement été le responsable de la rupture, l'intimé n'aurait pu invoquer sa propre turpitude » : n° 17 du texte intégral.

239. Voir particulièrement les remarques émises par la Cour d'appel dans *M.B. c. L.L.*, [2003] R.D.F. 539 (C.A.), notamment aux n°s 30 et s.

240. Cette recherche est financée par le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada (CRSH).

notaires sont particulièrement bien positionnés pour en faire la promotion auprès de leur clientèle, que ce soit lors de l'achat d'une résidence ou de la rédaction d'un testament. En tant qu'agents de droit préventif, il est de leur devoir de conscientiser les conjoints de fait aux risques de conflits auxquels ils s'exposent en l'absence de cadre juridique.

### CONCLUSION

La recension des principales décisions jurisprudentielles rendues au cours des derniers mois en matière familiale aura permis aux praticiens qui œuvrent dans le domaine d'assurer la mise à jour de leurs connaissances. Elle leur aura également permis, à maints égards, de constater certaines des lacunes qui caractérisent le droit de la famille québécois.

Que ce soit en matière de projet parental où le législateur ne s'est nullement soucié des problèmes de preuve susceptibles de faire surface en omettant d'imposer le recours à l'écrit<sup>241</sup>, ou en matière d'union de fait où plusieurs retouches législatives s'imposent pour garantir la mise en œuvre du principe d'égalité des enfants<sup>242</sup>, l'État devra non seulement colmater les brèches, il lui reviendra tôt au tard d'envisager une nouvelle réforme du droit de la famille.

Depuis la réforme de 1980<sup>243</sup>, la réalité des familles québécoises a grandement évolué. Il y a 25 ans, on ne parlait ni de mariage gai, ni de procréation assistée ; l'union de fait ne faisait nullement concurrence au statut matrimonial ; le patrimoine familial n'existait pas et les questions de pension alimentaire ne présentaient pas le haut degré de complexité qu'elles affichent aujourd'hui. On ne peut plus se contenter de mini-réformes à la pièce concoctées à la hâte sous la pression de groupes sociaux, il faut revoir l'ensemble du droit de la famille dans une perspective globale<sup>244</sup>.

---

241. Voir *supra*, p. 12-13.

242. Voir *supra*, p. 54 et s.

243. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

244. Pour une réflexion de fond sur la question, voir Alain ROY, *Le contrat de mariage réinventé*, Montréal, Thémis, 2002.

Bien que ces propos débordent largement du cadre d'une recension jurisprudentielle, l'on se doit de renouveler le message chaque fois que l'occasion s'y prête. Or, les affaires jurisprudentielles qui occupent nos tribunaux sont d'excellents indicateurs puisqu'elles révèlent au grand jour les nouvelles réalités familiales et permettent de prendre la mesure des décalages législatifs. Si les cours de justice demeurent prisonnières des textes de loi et doivent faire preuve de réserve à l'égard des autorités législatives, tel n'est pas le cas des auteurs qui, à l'instar du soussigné, peuvent librement les interpeller.