

CHRONIQUE DE DROIT FAMILIAL

Alain-François Bisson et François Héleine

Volume 2, numéro 1, 1971

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059786ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059786ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Bisson, A.-F. & Héleine, F. (1971). CHRONIQUE DE DROIT FAMILIAL. *Revue générale de droit*, 2(1), 29-84. <https://doi.org/10.7202/1059786ar>

CHRONIQUE DE DROIT FAMILIAL

par Alain-F. BISSON,
professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Ottawa,
et François HÉLEINE,
ancien assistant à la Faculté de Droit de l'Université d'Ottawa,
attaché de recherche à l'O.R.C.C.

I. — MARIAGE ET FILIATION.

A. LÉGISLATION.

1. *Filiation naturelle. Preuve et effets.*

La loi 48 du 8 décembre 1970 a substantiellement modifié les règles relatives à la filiation naturelle. Il importe toutefois de noter que les changements intervenus sont plus réels en ce qui concerne les effets que la preuve de la filiation naturelle.

En ce qui concerne la preuve d'abord, en effet, l'article 241 nouveau du Code civil reprend, sous une forme plus condensée, les dispositions des anciens articles 240 et 241. Il renvoie, d'une part, aux articles 232 et s. relatifs à la preuve (contentieuse) de la filiation des enfants légitimes et paraît bien consacrer, d'autre part, la distinction traditionnelle entre la reconnaissance volontaire et la reconnaissance dite forcée. Il semble donc que le législateur ait ainsi voulu indiquer qu'à son sens, le droit existant est satisfaisant et qu'en tout cas, la question ne pose pas de difficultés d'application et de compréhension majeures méritant une intervention immédiate. Pourtant, la doctrine, aux prises avec des dispositions législatives sibyllines, qui malheureusement vont le demeurer, n'a jamais été des plus limpides, c'est le moins qu'on puisse dire, sur le sujet, et les auteurs ne s'accordent pas sur le rôle exact à faire jouer à l'acte de naissance (réserve faite du cas où celui-ci contient une reconnaissance) et à la possession d'état, ni sur ce qui doit être inscrit (une partie des difficultés vient sans doute de là) dans l'acte de naissance de l'enfant naturel, selon les circonstances (P. B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. 1, p. 211; t. 2, p. 232; F. LANGELIER, *Cours de droit civil*, t. 1, p. 163; G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 1, p. 183 et 186; t. 2, p. 134; L. BAUDOUIN, *Le droit civil de la province de Québec*, p. 131, 237; *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, p. 447;

J.-L. BAUDOUIN, *Examen critique de la situation juridique de l'enfant naturel*, 1966 *McGill L.J.* 165). Il est permis de penser qu'une réglementation plus explicite de la preuve judiciaire et extra-judiciaire de la filiation naturelle eût été dès maintenant plus utile à l'interprète que la « précision » apportée par l'alinéa 2 de l'article 241 nouveau, selon lequel la « reconnaissance ne lie que son auteur », règle de pure logique juridique que personne ne conteste sérieusement. Une telle clarification eût été d'autant plus souhaitable que les effets étendus désormais attachés au lien de filiation naturelle susciteront probablement un contentieux plus abondant.

La loi du 8 décembre 1970 constitue en effet un effort considérable pour rapprocher la condition juridique des enfants naturels de celle des enfants légitimes. Rapprochement, mais non point assimilation. Le législateur a fait œuvre de transaction, sans doute aussi de transition (v. notre chronique, 1971 *R. du B.* 237): la réforme satisfera le parti des modérés et des opportunistes; elle déplaira certainement à ceux qui pensent que toute amélioration de la condition des enfants naturels porte en soi atteinte à la famille légitime (pour une critique de cette position, v. J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, spécialement p. 174 et s.), comme à ceux qui, anticipant sur un bouleversement, peut-être lointain et d'ailleurs nullement assuré, de la notion même de communauté familiale, voudraient que, dès aujourd'hui, rien ne permette de distinguer l'enfant naturel de l'enfant légitime.

Les changements sont malgré tout importants. Les parents doivent nourrir, entretenir et élever leurs enfants naturels (art. 240 nouveau), alors que les enfants doivent des aliments à leur père et mère qui sont dans le besoin (art. 240 *a* nouveau). L'obligation alimentaire est donc désormais réciproque et est par ailleurs soumise aux règles générales des articles 169 et suivants (art. 240 *b*; elle ne s'étend toutefois pas au-delà des père et mère de l'enfant naturel). D'autre part, l'article 245 *a* al. 1 confère aux parents, à l'égard de leur enfant naturel mineur et non émancipé qu'ils n'ont point abandonné, les pouvoirs et l'autorité dont ils ont besoin pour s'acquitter de leurs obligations envers lui. De cette reconnaissance de l'autorité parentale naturelle découlent un certain nombre de conséquences. C'est aux parents naturels qu'il appartient maintenant de consentir au mariage de leur enfant mineur, l'intervention d'un tuteur *ad hoc* devenant exceptionnelle (art. 121 nouveau). Corrélativement, ils peuvent faire opposition à son mariage ou en demander la nullité (art. 245 *a* al. 2). Ensuite, on estimait déjà

autrefois que les enfants naturels pouvaient engager la responsabilité de leur père et mère en vertu de l'article 1054 al. 2 C.C. (A. NADEAU, *La responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle*, in *Traité de droit civil du Québec*, t. 8, n° 362, p. 325). A fortiori en est-il ainsi aujourd'hui. Enfin, il n'est peut-être pas hors de propos de remarquer que l'article 245 a aboutit à accorder à la concubine, dans l'union libre, une égalité que les femmes mariées (tout au moins celles qui s'en préoccupent) ont vainement jusqu'ici cherché à obtenir dans l'union légitime.

Conséquence logique de l'extension des liens juridiques entre parents et enfants naturels, l'article 1056 se voit grossi d'un alinéa 2 nouveau, donnant aux parents et enfants naturels le même droit d'action, après le décès de l'un d'entre eux, qu'aux membres proches de la famille légitime.

La réforme s'arrête là. Rien de changé quant à l'impossibilité de légitimer les enfants adultérins; pas un mot sur les droits de succession ab intestat des enfants naturels. Sur ces points, on peut estimer que les réticences du législateur, même dans la perspective de modération qui est encore la sienne actuellement, ne sont pas entièrement justifiées. Sans doute, les conflits éventuels avec la famille légitime sont-ils ici plus voyants; on a pu montrer cependant (J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, p. 180) qu'il ne fallait pas en exagérer l'importance. En revanche, il faut admettre, il est vrai, avec l'Office de Révision du Code civil (*Rapport préliminaire reconnaissant certains droits aux parents et enfants naturels*, Montréal, 1968, p. 1) que l'impatience n'est pas toujours bonne conseillère et qu'une révision complète de la réglementation de la famille naturelle ne peut se réaliser indépendamment d'une refonte réfléchie de l'ensemble du droit familial.

B. JURISPRUDENCE.

2. *Empêchements religieux au mariage. Cinquantenaire d'un chiffon de papier.*

Un « chiffon de papier » : telle fut la façon dont, en certains milieux, l'on qualifia, à l'époque où il fut rendu, l'arrêt *Despatie c. Tremblay* (1921 A.C. 702; 1921 R.L. 209) dont c'est, cette année, le cinquantenaire. Convient-il de le fêter ? Il faudrait pour cela que, tout chiffonné qu'il ait été, l'arrêt du Conseil privé puisse être regardé d'une manière ou d'une autre comme un moment glorieux de l'histoire du droit québécois. Les juristes des années vingt et

trente n'y virent que défaite: défaite (d'ailleurs refusée) du Code civil et de l'Église catholique devant le *judge made law* (C. E. DORION, *La loi du mariage dans la province de Québec*, in *Le droit civil français, Livre-souvenir des journées du droit civil français*, Paris et Montréal, 1936, p. 132; Léo PELLAND, *Nos lois sur le mariage*, 1924-25 *R. du D.* 289); acte d'incompréhension à l'égard des mœurs, des coutumes, des usages, du droit civil du Canada français (A. A. BRUNEAU, *Du mariage*, Montréal, 1921, p. 285 et 286; l'arrêt *Despatie* n'était pas encore rendu, mais le juge Bruneau, qui avait entendu l'affaire en première instance, le sentait venir); coup de « foudre dans un ciel serein » (*Plante c. Zannis*, 1925 C.S. 155; c'était oublier qu'il y avait déjà eu quelques gros nuages et qui, ceux-là, ne venaient pas de Londres: *Delpit c. Côté*, 1901 C.S. 338; *In re Marriage Laws*, 1912 R.C.S. 132; *Hébert c. Clouâtre*, 1912 C.S. 429).

Aujourd'hui que nous avons, ou plutôt prétendons avoir l'œil plus froid, plus technique, peut-on au moins donner crédit à l'arrêt *Despatie* d'avoir, en fixant l'interprétation de l'article 127 C.C., clarifié le droit des empêchements au mariage? Les lendemains immédiats ont pu laisser à penser que les tribunaux québécois allaient s'incliner, fût-ce de mauvaise grâce (*Plante c. Zannis*, précité; Léo PELLAND, *op. cit.*, p. 290). Cependant, dès 1924, un jugement de la Cour supérieure (*Rocheport c. Rose*, 1925 C.S. 44) interpréta l'article 127 comme si l'arrêt *Despatie* n'eût jamais existé. La jurisprudence ultérieure devait confirmer, avec d'infinies nuances, cette alternance de soumission et de rébellion. Actuellement, il n'est pas exagéré de dire que le droit applicable en la matière dépend, pour bonne partie, du juge saisi: pour certains, il faut donner à l'article 127 les effets les plus étendus (*Dubé c. Ouellet*, 1966 C.S. 16); pour d'autres, l'article 127 n'a qu'une portée limitée, voire hypothétique (*Bergeron c. Proulx*, 1967 C.S. 579; *Mathys c. Demers*, 1968 C.S. 172); pour d'autres enfin, il est clair que l'article 127 n'a aucun effet (*Bessette c. Meunier*, 1959 C.S. 283). Même désaccord dans la doctrine moderne (v. TRUDEL, t. 1 du *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, 1942, p. 380 et s.; Joan CLARK, *De la sanction civile des empêchements religieux au mariage*, 1951-52 R.J.T. 141, d'une part; BAUDOUIN, *Le droit civil de la province de Québec*, Montréal, 1953, p. 160 et s.; *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, 1967, p. 235 et s.; Robert LESAGE, *Le Code civil dans la province de Québec tient-il compte du caractère religieux du mariage?* 1955-56 *C. de D.* 36, d'autre part). Il est bien possible, après tout, que l'arrêt *Despatie*

n'ait été effectivement qu'un chiffon de papier. N'eût-il pas été rendu, le désordre pourrait-il aujourd'hui être plus grand ?

Convient-il alors, à défaut de réjouissances, de souligner au moins l'anniversaire par une réouverture du débat ? Tout a été dit ou presque. Invoquera-t-on, comme fait nouveau, la récente instauration de la célébration civile du mariage (cf. P.-G. JOBIN, *Loi concernant le mariage civil*, 1969 C. de D. 218 et s.) ? Mais on sait déjà comment finira la discussion. Les uns diront qu'il importe, une fois de plus, de ne pas mêler la forme et le fond, qu'on voit mal comment des dispositions relatives à la célébration du mariage civil pourraient donner une portée raffermie à l'article 127, si celui-ci n'en a jamais eu aucune. Les autres répondront au contraire que, maintenant que les époux ont réellement le choix entre une célébration civile et une célébration religieuse, il faut plus que jamais sanctionner civilement les empêchements religieux lorsque les époux, ayant opté pour une célébration devant un ministre du culte, ont reconnu, à leur égard, le caractère religieux du mariage et l'autorité de leur Église (on entrerait alors dans des mécanismes bien connus en droit international privé, dont les affinités avec les problèmes soulevés par l'application des lois religieuses n'ont peut-être pas, chez nous, été suffisamment fouillées : v. déjà cependant les œuvres précitées de DORION et TRUDEL).

L'arrêt *Despatie* et les destinées agitées de l'article 127 ne sont cependant pas sans leçons. La première est sans doute que la jurisprudence, émanerait-elle des plus hautes juridictions, n'a, en droit civil, que l'autorité qu'on veut bien, au gré des circonstances, lui prêter : la postérité diverse de l'arrêt *Despatie* est là pour le montrer. On peut bien entretenir légitimement sur ce chapitre quelques illusions, parce que le gros de la jurisprudence œuvre généralement dans des domaines où chacun est plus ou moins disposé à abandonner une part de ses convictions au bénéfice de considérations dominantes et purement pratiques de sécurité juridique. Mais qu'une controverse juridique mette tant soit peu profondément en jeu des sentiments religieux, culturels ou politiques (et il y avait un peu de tout cela dans l'affaire *Despatie*), et c'en est fini de l'autorité du précédent : en toute orthodoxie civiliste, celui-ci ne vaut plus alors que ce que valent ses motifs et, reconnaissons-le avec toute la sérénité que procure un demi-siècle de recul, ceux du jugement du Conseil privé, quoique habiles, n'étaient pas irrésistibles.

La seconde leçon est d'ordre législatif: c'est le libellé défectueux de l'article 127 qui rendit possible l'arrêt *Despatie*, comme il avait rendu possible auparavant la jurisprudence dominante voulant que les tribunaux civils fussent, en matière d'empêchements religieux, subordonnés aux juridictions ecclésiastiques (*Plante c. Zannis*, précité: « Était-ce le rêve ou l'illusion généreuse d'esprits tellement imprégnés des idées de l'ancien régime et confiants dans la générosité du nouveau, qu'ils voyaient dans la loi plutôt ce qui aurait dû s'y trouver que ce qu'il y avait en réalité ? »). Ce n'est pas méconnaître le travail remarquable des codificateurs de 1866 que de penser qu'en rédigeant l'article 127, ils firent œuvre terriblement ambiguë. A supposer même qu'ils aient voulu donner effet civil aux empêchements religieux (mais qu'ont-ils exactement voulu ? Qui n'a été frustré à la lecture, sur le sujet, de leurs fameux Rapports ?), on a pu montrer qu'ils avaient traité la question de bien curieuse manière en « gelant » les empêchements en 1866: selon la formule de M^{lle} Clark (*op. cit.*, p. 147), « pour ceux qui désirent que la doctrine de l'Église catholique ait force de loi, l'article 127 fait perdre autant qu'il fait gagner ». Frappé de certaines obscurités du Code (Napoléon), un héros de J.-K. Huysmans, étudiant en droit malheureux avant que d'être soldat de Napoléon III, se plaignait: « aujourd'hui encore, il me semble qu'une phrase clairement écrite ne peut raisonnablement comporter des interprétations aussi diverses ». De l'article 127, s'il l'avait connu, il eût sans doute dit que, conçu et interprété par des hommes raisonnables, il ne fut probablement pas clairement écrit.

Espérons que le législateur provincial de l'avenir fera mieux, soit que l'article 127 soit abrogé, soit que le sens et la portée en soient précisés. Restent, il est vrai, les obstacles d'ordre constitutionnel. Il y a cinquante ans, on faisait l'inventaire des astuces qui permettraient, peut-être, de les contourner (*Plante c. Zannis*, précité; Léo PELLAND, *op. cit.*, p. 300 et s.); aujourd'hui, la tendance est de les ignorer (P.-G. JOBIN, *op. cit.*, p. 218). En l'état actuel des choses, il paraît cependant seulement permis de souhaiter que soit prochainement rendue aux provinces leur compétence en matière de mariage. Car ce n'est pas uniquement, cette année, le cinquantenaire de l'arrêt *Despatie*; c'est aussi le centenaire (à peu près) d'une intolérable paralysie législative.

3. *Légitimation par mariage subséquent. Enfant déclaré né de parents inconnus. Rectification de l'acte de naissance. Nécessité d'une action d'état préalable. Droit d'action propre des parents.*

Confirmant une jurisprudence solidement établie (v. notre précédente chronique, cette *Revue*, 1970, p. 102, n° 9), la Cour supérieure (C. c. R., 1970 R.P. 337) a de nouveau souligné qu'on ne peut, sous le couvert d'une simple requête en rectification, tenter de faire attribuer à un enfant un état autre que celui que lui confère son acte de naissance. Il s'agissait, en l'espèce, d'un enfant naturel inscrit à l'état civil comme né de parents inconnus, à la suite de déclarations mensongères (ou supposées telles) de ses parrain et marraine. Les parents naturels prétendus s'étant mariés, ils entendaient rendre incontestable la légitimation qui en résultait pour l'enfant et, ayant en vue la rectification de l'acte de naissance, ils intentèrent préalablement une action en réclamation d'état. La défenderesse, en sa qualité de tutrice à l'enfant, conclut à l'irrecevabilité de l'action, au motif que la procédure appropriée était celle de la requête en rectification prévue à l'article 75 C.C. Sa prétention fut rejetée.

Dans cette décision, la Cour supérieure a également réaffirmé (conformément là aussi à une jurisprudence bien établie) qu'il n'est pas nécessaire de recourir à la procédure d'inscription de faux pour attaquer des énonciations dont la fausseté n'est pas le fait de l'officier d'état civil.

Mais il est surtout intéressant de noter que, statuant sur un autre moyen d'irrecevabilité présenté par la défenderesse, la Cour supérieure a admis que les parents de l'enfant pouvaient, en leur nom propre, intenter l'action en réclamation d'état. Bien que les motifs invoqués ne soient pas entièrement satisfaisants (il eût mieux valu recourir à la notion d'indivisibilité du lien de filiation, plutôt qu'au droit naturel, à l'autorité du droit français et à la constatation de l'absence de dispositions contraires dans le Code civil) ils ont le mérite, au-delà des circonstances particulières de l'espèce, de révéler une possibilité que la rareté du contentieux québécois de la filiation n'avait pas permis jusqu'ici de mettre suffisamment en lumière. On rappellera cependant que longtemps ignoré, un moment combattu (et fort violemment: L. BAUDOIN, *Le droit civil de la province de Québec*, Montréal, 1953, p. 231 et s.), le droit d'action propre des parents jouissait déjà, avant la décision précitée de la Cour supérieure, de sérieux appuis doctrinaux (G. LEVASSEUR, *Les divergences entre les droits positifs français et québécois en matière de filiation légitime*, 1963 R. du B. 98 et s.; L. BAUDOIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, 1967, p. 439 et s.) et même jurisprudentiels (*Malette c. Pierre X.*, 1943 C.S. 216).

4. *Filiation naturelle. Examen comparatif des sangs.*

La preuve de la filiation naturelle ne pose pas, en principe, de difficultés lorsqu'elle résulte d'une reconnaissance faite dans l'acte de naissance lui-même. C'est ce dont témoigne l'affaire *Métivier c. Cloutier* (1969 R.P. (C.S.) 280), où la Cour supérieure a judicieusement rappelé que, même sous l'empire des anciens textes (pour les nouveaux, v. *supra*, n° 1), la reconnaissance emportait d'ailleurs pour le père naturel non seulement l'obligation de nourrir, entretenir et éduquer son enfant, mais aussi le droit, au cas où il s'en verrait retirer la garde, de surveiller son éducation, sous la forme, en particulier, d'un droit de visite et de sortie.

Le débat sur la preuve est, en revanche, généralement beaucoup plus aventureux lorsqu'il s'agit de faire établir judiciairement la filiation. Ce débat se présente en pratique, dans la quasi-totalité des cas, au cours d'actions en recherche de paternité naturelle. On a pu montrer que l'attitude des tribunaux québécois ne laissait pas d'être parfois complaisante dans ce domaine (J.-L. BAUDOUIN, *Examen critique de la situation juridique de l'enfant naturel*, 1966 *McGill L.J.* 166; A. NADEAU, *Les progrès de la science et le droit de la preuve*, t. 7 (1956) des Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique, p. 600-601) et qu'à plusieurs reprises ils s'étaient même décidément contentés de fort peu pour déclarer la paternité (TRUDEL, t. 1 du *Traité de droit civil du Québec*, p. 136). On comprend dès lors que le père prétendu, devant l'inefficacité relative des moyens ordinaires de contre-preuve, cherche à combattre par des moyens scientifiques les témoignages qui lui sont opposés. Un de ces moyens est l'examen comparatif des sangs. En l'état actuel de la science, cet examen ne permet pas de rapporter avec certitude la preuve positive de la paternité. Mais il permet, au cas d'incompatibilité des groupes sanguins du père prétendu et de l'enfant, de rapporter, de façon très satisfaisante, la preuve de la non-paternité. Le procédé, comme dans toute expertise, n'est pas absolument à l'abri de toute erreur, mais il est assez sûr aujourd'hui pour avoir reçu la sanction expresse de certaines législations étrangères (v. par ex. la loi française du 15 juillet 1955, art. 340 al. 2-3° C.N.).

Il ne semble pas y avoir d'obstacle substantiel à l'admission de l'examen comparatif des sangs, car l'on est ici dans un domaine où le défendeur peut faire sa contre-preuve par tous moyens (arg. art. 241 et 234 C.C. comb.); étant entendu par ailleurs que les tribunaux conservent un pouvoir d'appréciation à l'égard des résul-

tats de l'examen comme à l'égard de l'éventuel refus de l'une des parties de s'y soumettre (art. 1242 C.C.; A. NADEAU, *op. cit.*, p. 602; A.-F. BISSON, *Commentaire des arrêts*, 1967 R. du B. 555).

Il y aurait cependant des obstacles d'ordre procédural. C'est ce qui ressort d'un récent jugement de la Cour supérieure (*Cayen-Lacombe c. Laverdière*, 1970 R.P. (C.S.) 298), où le tribunal a sans doute ordonné l'expertise sanguine, mais après avoir pris soin de souligner qu'aucun texte de loi n'autorisait un tel examen et qu'il ne se rendait aux désirs du défendeur qu'en « raison du consentement explicite de tous les intéressés », lesquels semblaient d'ailleurs, en l'espèce, sous-estimer l'éventuelle valeur probante de l'examen comparatif des sangs. D'un côté, cette décision met donc en valeur une pratique qui avait déjà reçu l'approbation de la doctrine (A. NADEAU, *op. cit.*, p. 602) et qui doit être encouragée, car elle est éminemment favorable à la recherche de la vérité biologique. D'un autre côté, le jugement de la Cour supérieure indique cependant que, n'eût été le consentement de tous les intéressés, le tribunal ne se serait pas reconnu le pouvoir d'ordonner l'expertise sanguine à la seule requête du défendeur. Sans quitter toute prudence, il est permis de suggérer toutefois que l'article 399 C.P.C. relatif aux examens médicaux (et dont la rédaction est beaucoup plus générale que l'article 286 b C.P.C. ancien) devrait autoriser les tribunaux à se montrer plus audacieux, en attendant une disposition législative expresse, déjà réclamée il y a vingt ans (A. NADEAU, *op. cit.*, p. 601) et que l'on ne voit toujours pas venir. Car il paraît singulier que dans les procès de filiation naturelle, qui ont un caractère charnel prononcé (ce que ne contredit pas leur caractère également alimentaire le plus souvent: qui fait l'enfant, doit le nourrir), ce soient précisément les sangs qu'il soit le plus difficile de mettre à l'épreuve (cf. sur la question, G. LEVASSEUR, *La filiation légitime dans le droit du Québec*, polycopié, Ottawa 1961-62, p. 48 et s.; v. aussi A. MAYRAND, *La preuve de non-paternité*, 1965 R. du B. 191 et s.).

5. Adoption. Voies de recours.

La loi du 9 juin 1969 sur l'adoption est encore moins bavarde que l'ancienne sur les voies de recours ouvertes contre le jugement d'adoption. Malgré son silence à cet égard, il faut sans aucun doute admettre que, comme autrefois, il n'y a pas d'appel possible des jugements de la Cour du bien-être social rendus en cette matière. Ce n'est pas dire qu'on ne puisse attaquer un jugement qui, rendu en violation d'une des conditions de fond ou de forme

exigées par la loi sur l'adoption, serait entaché d'irrégularité grave; mais par quel moyen ? Cette irritante question, où le législateur semble prendre plaisir à voir patauger plaideurs, juges et auteurs (v. les vains efforts de l'O.R.C.C.: *Rapport sur un projet de loi de l'adoption*, Montréal, 1967, p. 34 et s.), a de nouveau fait l'objet d'un jugement récent de la Cour supérieure (*Vadeboncoeur c. Le Centre du bien-être social et M. le juge Henri-Jules Biron, ès qualité de juge de la Cour du bien-être social*, 1970 R.P. 106). Les grands-parents naturels d'un enfant adopté demandaient l'émission d'un bref de *certiorari* à l'encontre du jugement d'adoption rendu, à ce qu'ils prétendaient, en violation de l'article 25 de la loi de 1969. Leur requête a été rejetée au motif que n'ayant pas été parties à l'instance originaire, ils ne pouvaient se prévaloir *de plano* du recours extraordinaire prévu à l'article 846 C.P.C. et qu'ils devaient tenter d'abord une tierce-opposition devant la Cour du bien-être social elle-même.

Cette décision passe étrangement sous silence une série d'arrêts de la Cour d'appel dont les motifs ne sont pas toujours très clairs mais dont il ressort tout de même nettement qu'une adoption, prononcée en violation de la loi, ne peut être attaquée que par voie d'action principale en nullité (*Crèche St-Vincent-de-Paul c. X.*, 1946 B.R. 391; *X. et uxor c. Dame Y.*, 1949 B.R. 208; *Anderson c. De Bellefeuille*, 1954 B.R. 531; v. aussi *X. c. Y.*, 1965 R.P. (C.S.) 212; et en doctrine, H. ROCH, *L'adoption dans la province de Québec*, Montréal, 1951, p. 104 et s.; Léo DUCHARME, *Les successions légitimes*, t. 12 (1961) des Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, p. 116 et 120; L. BAUDOUIN, *Le droit civil de la province de Québec*, Montréal, 1953, p. 255; *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, 1967, p. 465; E. DELEURY-BONNET, *La loi de l'adoption*, 1969 C. de D. 770; comp. A. MAYRAND, *Adoption et successibilité*, 1959 R. du B. 450).

Les motifs invoqués par la Cour d'appel pour écarter la possibilité d'une tierce-opposition sont de valeur inégale. Les arrêts précités ont été rendus à une époque où la Cour supérieure était compétente pour prononcer des adoptions: il importerait aujourd'hui de se demander d'abord si, appel mis à part, les autres voies de recours du droit commun, comme la tierce-opposition, sont, en général et en elles-mêmes, recevables devant la Cour du bien-être social, ce qui n'a rien d'assuré (à cet égard, le jugement rendu dans l'affaire *Vadeboncoeur* n'est guère démonstratif). Par ailleurs,

la Cour d'appel s'est appuyée en partie, pour écarter la tierce-opposition, sur la distinction des décisions gracieuses et des jugements contentieux. Ce faisant elle a suivi, sans beaucoup d'esprit critique, une doctrine et une jurisprudence françaises déjà anciennes qui ont été largement démolies depuis (cf. SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, Paris, 1961, p. 462; CORNU et FOYER, *Procédure civile*, Paris, 1958, p. 492: la distinction n'aurait, du point de vue qui nous préoccupe ici, « aucune valeur, ni dogmatique, ni pratique »), sans que l'on puisse dire, il est vrai, que toute controverse ait cessé. En revanche, la Cour d'appel a très bien vu (v. en particulier les notes du juge Galipeault dans les affaires *Crèche de St-Vincent-de-Paul* et *X. et uxor*, précitées), et ceci fonde suffisamment à nos yeux sa position, que l'action principale en nullité ne s'imposait pas tant pour des raisons superficielles de procédure que parce que de quelque façon que les parties prétendent l'habiller, la critique du jugement d'adoption débouchait sur une *contestation de l'état* de l'enfant adopté, contestation nécessitant l'obtention d'un bref. Envisagée de cette façon, l'action en nullité est une procédure indépendante de l'article 846 C.P.C. et qui, s'agissant de justifier l'intervention de la Cour supérieure, trouve un appui textuel suffisant dans l'article 33 C.P.C. (art. 50 C.P.C. ancien; cf. X. c. Y., 1965 R.P. 212; ROCH, *op. cit.*, p. 108).

Ces raisons condamnent, semble-t-il, la décision rendue dans l'affaire *Vadeboncoeur*, sans qu'il soit nécessaire d'examiner la valeur douteuse du rapprochement effectué par la Cour supérieure entre la Cour du bien-être social statuant sur une tierce-opposition et la Commission des relations du travail du Québec révisant une de ses propres décisions; rapprochement dont elle a cru pouvoir déduire « qu'autoriser l'émission d'un bref de *certiorari*, dans les circonstances, serait priver la Cour du bien-être social de la juridiction que le législateur lui a conférée en matière d'adoption ». Le droit civil a ses ombres et ses brumes; que l'on nous épargne au moins, quand c'est possible, les brouillards à couper au couteau et les *smogs* du droit administratif !

C. BIBLIOGRAPHIE.

6. *La loi de l'adoption*, par Édith DELEURY-BONNET, 1969 C. de D. 759.

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

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

A. RAPPORTS PERSONNELS ENTRE ÉPOUX.

1. *Aliénation d'affection.*

De temps à autre les revues publient des jugements anciens qui ne manquent pas d'intérêt documentaire. Ainsi nous a-t-il été donné de prendre connaissance d'une décision datant de 1935 qui accordait au mari, victime d'un don Juan, la coquette somme de \$22.500 (*Marcoux c. Bulman*, C.S. Montréal, 6 février 1935, (1969) 10 C. de D. 547). Heureusement que les juges ne sont pas toujours aussi généreux en une matière qu'il serait souhaitable de voir disparaître du droit. Sans doute viennent-ils au secours de l'offensé en fixant arbitrairement un certain montant de réparations à défaut de preuve de dommage spécifique (*N. c. H.*, 1969 B.R. 348; *Khazzam c. Garson*, 1969 B.R. 157), mais encore faut-il qu'il y ait préjudice ou plutôt séduction d'un être aimant et aimé. Ainsi, lorsqu'un mari n'a rien fait pour gagner l'affection de sa femme et que celle-ci, lasse de travailler péniblement pour gagner sa vie, ne l'a épousé que pour accéder à la sécurité et au confort d'un foyer, il est difficile de prétendre à l'aliénation d'une affection qui n'a jamais existé (*Horbec, c. Lebrun*, C.S. Montréal, 4 mai 1948, (1969) 10 C. de D. 554). Ainsi, lorsqu'une femme, autrefois aimante, en vient à s'intéresser beaucoup plus à l'ami de son mari qu'à celui qu'elle a épousé, on ne peut pas dire que cet ami, en répondant aux avances de cette femme, a détourné une affection qui s'était déjà fixée ailleurs (*Bengle c. Dulepka*, 1970 C.A. 1126). Peut-être a-t-il agi avec légèreté, mais de là à le rendre responsable de la ruine d'un foyer . . . Il n'est d'ailleurs pas souhaitable que le droit civil serve les intérêts de celui qui réclame vengeance contre le séducteur de sa femme. Humiliation, souffrances morales, diminution de la joie de vivre sont-elles des dommages dont on peut réclamer réparation ? La vengeance est un plat que l'on sert en général au pénal. Laissons aux pénalistes le soin de découvrir la voie qui permettra à l'humilié d'assouvir sa vindicte (comp. *Wener c. Davidson*, C.J.T.D. Alta., 1970, 71 W.W.R. 392; S.C. Alta., 1970, 75 W.W.R. 693).

2. *Mandat domestique.*

La solidarité en matière de dettes ménagères ne s'est pas encore implantée en droit québécois. Tenu de procurer à sa femme et à ses enfants tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état, le mari constitue le seul obligé auquel les tiers peuvent réclamer le paiement des dépenses ménagères faites par son épouse (art. 176 et 180 C. civ.). Sans doute la jurisprudence allait-elle jusqu'à déduire de l'insolvabilité notoire du mari un engagement personnel de l'épouse (*Hudon c. Marceau*, 1879, 23 L.C.J. 45; *Mc. Clelland c. Dame Connelly*, 68 C.S. 483; *Merchant Coal Supply c. Dame Ellison*, 1933 C.S. 486; *Hirsh c. Gravel*, 1963 R.L. 245); sans doute réclame-t-on à la femme le paiement des dettes ménagères dans la mesure de sa part contributive aux charges du ménage (*Larocque c. Pilon*, 1963 C.S. 298). Mais on hésitait encore à admettre que la femme pût s'engager au paiement de dépenses dont seul son mari devait répondre. L'article 1301 C. civ. semblait pour certains un obstacle insurmontable (*C.P.R. c. Killy*, 1940, C.S. 121, renversé en appel, 1950 B.R. 79, et confirmé en Cour suprême 1952, S.C.R. 521). De cet obstacle il ne reste plus rien désormais, puisque l'ancienne prohibition velleienne n'a pas résisté à la réforme des régimes matrimoniaux (L.Q. 1969, chap. 77, art. 41), mais il n'en restait déjà plus grand-chose à la veille de cette réforme puisque s'obliger avec son mari au paiement d'une dette ménagère revient, pour la femme, « à s'acquitter d'une obligation naturelle qui lui est imposée par la loi puisqu'elle est tenue de contribuer aux frais du ménage » (*Banque royale du Canada c. Dame Archambault et vir*, 1970 C.S. 308; L. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 10, Montréal, 1952, p. 206). Ne peut-on pas déjà prévoir le moment où les juges, quittant le domaine de l'engagement exprès, en arriveront à découvrir un engagement personnel tacite de la femme même lorsque la solvabilité du mari ne sera pas mise en cause ? Certains effets du mariage ont déjà tant perdu de leur caractère d'ordre public qu'il ne faudrait pas s'en étonner.

L'une des raisons qui ont conduit à la légalisation du mandat domestique était sa disparition en cas de séparation de fait: le fondement purement volontariste de ce mandat ne permettait plus de supposer que le mari entendait toujours être tenu aux dettes ménagères de sa femme lorsqu'ils avaient mis fin à la vie commune. Sa codification lui a sans doute ôté une grande part de sa précarité (J. MAURY, *La séparation de fait entre époux*, *Rev.*

trim. dr. civ., 1965, p. 539 et s.; G. BRIÈRE, *Lois nouvelles*, t. 1, Montréal, 1965, p. 26; R. COMTOIS, *Traité de la communauté de biens*, Montréal, 1964, p. 93, note 100), mais peut-on aller jusqu'à prétendre que le mandat survit à une séparation de longue durée tant que le mari n'a pas informé les fournisseurs du ménage de son désir de n'être plus tenu des dettes ménagères contractées par son épouse, conformément aux dispositions de l'article 180, al. 2 C. civ. ? On admet assez facilement le maintien des pouvoirs ménagers en cas de désertion du mari puisque ces pouvoirs demeurent à la femme à un moment où ils lui sont le plus utiles. Mais on doute de leur survivance en cas de séparation amiable des époux ou en cas d'abandon par la femme du domicile conjugal (L. BAUDOIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, 1967, p. 288). Ce doute est fort compréhensible puisque le caractère fonctionnel de la représentation domestique ne justifie le recours à ses mécanismes que dans la mesure où ils sont mis au service du ménage. On peut cependant se demander ce qui restera de ce doute et de ces raisons si la jurisprudence en la matière s'aligne sur la décision rendue par la Cour supérieure dans l'affaire *Dupuis frères limitée c. Gauthier* (1970 R.L. 178). Abandonné par sa femme depuis huit ans, le mari a été tenu responsable des dettes ménagères contractées par son épouse. Nous ne saurions approuver cette décision, d'une part parce qu'elle ignore le fait que le fournisseur, connaissant la séparation des époux, aurait dû user d'une élémentaire prudence lorsqu'il ouvrit un crédit à la femme, d'autre part parce que le mari abandonné ne savait pas ce qu'était devenue son épouse et ne pouvait en fait exercer un droit de retrait dont on lui reprochait de ne pas s'être prévalu. Il existe un fossé entre ne pas exercer un droit et ne pas pouvoir l'exercer: l'un relève de la négligence; l'autre de la force majeure.

3. *Direction matérielle de la famille.*

Depuis la réforme de 1964, la femme a accédé à la direction morale et matérielle de la famille. Elle peut même désormais, lorsque les circonstances le justifient, remplacer son mari dans des fonctions qu'il continue à exercer seul en fait sinon en droit (art. 174, al. 2 C. civ.). Cet accroissement du rôle féminin dans l'organisation de la famille n'était pas passé inaperçu des magistrats; il leur permettait notamment de justifier la validité d'actes qu'autrefois on aurait été tenté de considérer interdits à la femme (acquiescement d'une dette du mari: *Bouchard c. Lachance*, 1967

R.L. 128; souscription d'un billet: *Crescent finance corporation c. Blackburn*, 1969 R.L. 185). On ne peut qu'approuver les juges d'aller au-delà de ce qu'une certaine doctrine voudrait encore faire de la femme mariée. Elle n'est plus l'éternelle seconde que l'on confinait dans un rôle obscur d'exécutante. Mais jusqu'où peut-on aller dans ce domaine ? Que la femme prenne certaines initiatives en qualité de collaboratrice de son mari, est tout à fait normal. D'ailleurs, dans un certain nombre de cas, ce dernier s'en remet généralement à son épouse. Il existe cependant une différence entre accorder des pouvoirs à une collaboratrice (art. 174, al. 1 C. civ.) et lui donner les pleins pouvoirs dans certaines circonstances (art. 174, al. 2 C. civ.). Autant on peut être tolérant dans le premier cas (concours), autant il faudrait être exigeant dans le second (suppléance). Ainsi, si l'empêchement du mari permettait à la femme de régler seule les affaires courantes du ménage, lui permettrait-il aussi de décider des intérêts pécuniaires de son époux ? Ne faudrait-il pas confier à un curateur la gestion de ces intérêts ? Dans leur réponse, les juges ont adopté un moyen terme. La nomination d'un curateur est sans doute nécessaire, mais il appartient à la femme d'administrer les biens de son époux jusqu'à ce que cette nomination devienne effective (*Perrier c. Perrier*, 1970 C.A. 133). En allant jusqu'à la nommer curatrice, on renforcerait l'idée de « partnership » sur laquelle on prétend assez généralement fonder l'association conjugale nouvelle. Ce qu'il faut surtout retenir de cette décision, c'est que, contrairement à ce qui a pu être affirmé (*Crescent finance corporation c. Blackburn*, 1969 R.L. 185), l'article 174 C. civ. ne fait pas de la femme « l'adjoint, le suppléant, le représentant du mari sur le plan matrimonial ». Tout au plus lui permet-il d'expédier les affaires courantes du ménage en l'absence de son époux.

4. Contribution aux charges du ménage.

L'application rigoureuse de la loi conduit parfois à des solutions qui heurtent manifestement l'équité et l'on se demande alors s'il n'est pas souhaitable de bousculer un peu les principes pour rendre justice. Ainsi, l'obligation qui pèse sur le mari de fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état (art. 176 C. civ.) permet-elle à la femme d'échapper à toute poursuite des fournisseurs lorsque son contrat de mariage met à la charge du seul mari les frais d'entretien du ménage ? Il serait difficile de le nier étant donné que les problèmes de contribution sont des problèmes de régie interne du ménage.

Mais que devient ce principe en cas d'insolvabilité du mari ? Selon certains, cette circonstance de fait ne modifie en rien la portée du principe (*Royer c. Desfossés*, 1970 R.L. 247). Selon d'autres, l'insolvabilité du mari permettrait une poursuite de la femme par le canal d'actions spéciales (action oblique, enrichissement sans cause, etc . . .). Sans doute n'existe-t-il pas de lien de droit entre le fournisseur et la femme lorsque le contrat a été passé avec le mari; mais la règle *res inter alios acta* ne peut avoir, entre époux, la portée qu'elle a en général. On peut aussi se demander s'il s'agit vraiment bien d'un problème de contribution. L'insolvabilité d'un conjoint ne met-elle pas en veilleuse l'obligation de contribution aux charges du ménage pour mettre en lumière l'obligation de secours entre époux de l'article 173 C. civ. ? La volonté qui déterminait le quantum de la contribution n'est-elle pas tenue en échec par le caractère impératif d'un des devoirs essentiels au mariage ? Obligée de secourir son conjoint sur lequel ne pèse plus aucune obligation d'entretien du fait de son insolvabilité, la femme ne s'est-elle pas enrichie au dépens du fournisseur ménager ? Présenté sous cette forme, le problème aurait peut-être reçu une solution plus satisfaisante. D'ailleurs, le recours à l'action *de in rem verso* n'est pas, quoi qu'on en dise, une nouveauté en la matière (*Morgan c. Bartels*, 1896 12 C.S. 125; *Lonergan c. Girard*, 1929 67 C.S. 88; *Algaire c. Leblond*, 1937 75 C.S. 131; *Desruisseau c. Hume*, 1933 55 B.R. 508; *Royal Victoria Hospital c. Harris*, 1944 C.S. 427; *D'Anna c. Corbeil*, 1944 C.S. 400; *Ross c. Collard*, 1968 *McGill L.J.*, p. 465).

5. *La séparation des résidences.*

Aux termes de l'article 175, al. 2 et 3 C. civ., la femme peut être autorisée à avoir pour elle et ses enfants une résidence séparée lorsque celle choisie par le mari (art. 175, al. 1 C. civ.) présente pour la famille des dangers d'ordre physique ou d'ordre moral. Cette disposition n'est que fort peu utilisée, la femme préférant passer par le canal de la séparation de corps ou du divorce ou même par celui de la simple séparation de fait, lorsque les points de vue de chacun, sur cet important élément du train de vie, sont inconciliables. Une enquête sociologique réalisée à Sherbrooke auprès d'une centaine de couples, et du personnel social et judiciaire de l'endroit, avait seulement révélé que l'arbitrage judiciaire n'était pas impossible quoique improbable. Dans un jugement récent non publié, le juge vient de faire droit à la requête d'une femme qui désirait se voir désigner une autre résidence que celle

qu'elle habitait avec son mari, celle-ci présentant « des risques de maladie à cause d'infiltrations d'eau par le toit et à cause d'odeurs permanentes d'égout; isolation insuffisante du fait que le logement est un chalet d'été » (*D.M. c. A.S., C.S. Saint-Jérôme*, 21 janvier 1971, cette *Revue, supra*).

Nous ne nous arrêterons pas aux éléments de fait: leur pertinence dépend de la perception des problèmes de logement par le juge. Nous nous contenterons de dégager les points de droit intéressants. Il convient tout d'abord de remarquer que le choix d'une nouvelle résidence n'est pas laissé à la discrétion de la femme. C'est au juge de la fixer. Mais il est évident que des représentations peuvent lui être faites. Il convient alors de se demander jusqu'où on peut aller dans la représentation. Peut-on faire du juge l'agent ratificateur d'une décision déjà prise? Doit-on seulement lui présenter un cadre de desideratas en matière de logement? Il ne serait guère souhaitable d'opter pour la première branche de l'alternative, d'une part parce qu'elle réduit le rôle du magistrat à un « oui-non » sans nuance, d'autre part parce qu'un choix résidentiel est généralement inséparable de l'acte juridique (location en général) qui le concrétise et que le « non » judiciaire ne ferait pas tomber l'acte juridique déjà passé (sauf à passer un contrat sous condition). Par contre, opter pour la seconde, c'est profiter d'avantages qui servent la cause du plaideur tout en orientant la décision du magistrat. Il suffirait à la femme, après avoir décrit les dangers de sa résidence actuelle, d'indiquer au juge ce qui lui conviendrait en fait de logement (grandeur, situation, prix, commodités, etc.). Il appartiendrait alors à celui-ci de décider en fonction de ces « *petita* » et des moyens du mari. Dans son jugement, il ordonnerait à la femme de se choisir un logement selon des critères de détermination qu'il fixerait. C'est dans cette voie que se sont jusqu'ici orientés plaideurs et magistrats et nous ne pouvons que les approuver. Puisse le droit de l'avenir se souvenir de ce mécanisme régulateur: utilisé avec doigté, il ne peut que servir les intérêts familiaux puisqu'il ne fait ni vainqueur, ni vaincu, et n'assigne pas à résidence celui qui n'a pas su choisir un logement répondant aux besoins du ménage (comp. Paris, 10 juin 1958, D.1958-J-735, note P. VOIRIN).

6. *L'entraide familiale et le droit à rémunération.*

Lorsque les auteurs discutent du problème de l'étendue du devoir d'assistance, c'est afin de déterminer dans quelle mesure

on pourrait reconnaître à l'époux collaborateur une rémunération en contrepartie des services rendus à son conjoint. Le mariage donne naissance à une cellule familiale dont les membres sont réciproquement tenus à des devoirs. Et, comme on imagine mal que l'exécution de ces devoirs puisse donner ouverture à rémunération (*Bruneau c. Lefavre et Caraut*, 1908 C.S. 173; *Croteau c. Gosselin*, 1946 C.S. 289), on se trouve obligé, pour reconnaître un « droit à récompense » à l'époux qui offre ses services à son conjoint, de localiser l'entraide familiale à un niveau purement ménager et de prétendre que ce devoir d'aide et assistance comprend certainement les services que les époux se rendent quotidiennement dans le cadre de leur vie conjugale, mais n'inclut pas tous les services personnels qu'un époux peut rendre à son conjoint (L. MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la province de Québec*, Montréal, 1960, n° 32 et 176). C'est pourtant au nom de cette gratuité que certains juristes se refusent à admettre, dans certains cas, l'existence d'un contrat de travail ou d'une société entre époux, et se contentent, ne voulant pas faire abstraction de la réalité sociologique, de la formule « relation de travail entre époux » qui présente l'avantage de ne pas constituer une prise de position sur ce problème. Ils font remarquer que, dans la majorité des cas, le salaire ou la part de bénéfice constitue une fiction, soit parce que l'époux qui le perçoit n'offre pas ou peu de service à son conjoint, soit parce que l'époux qui collabore réellement à l'entreprise de son conjoint ne perçoit aucune rémunération: dans ce dernier cas, la rémunération, à laquelle l'époux collaborateur a le droit, tombe directement dans le budget ménager et constitue sa contribution aux charges du ménage. Ils prétendent aussi qu'une rémunération réelle des services offerts, puisque contraire au principe de la gratuité de l'assistance, représente une donation entre époux interdite par les articles 770 et 1265, al. 2 C. civ. (la pertinence de cet argument ne saurait s'étendre à des services rendus après le 1^{er} juillet 1970: L.Q. 1969, chap. 77, art. 16 et 27). Ils soutiennent enfin que la prohibition de tout droit à rémunération entre époux découle du risque qu'il représente d'entraîner une modification des conventions matrimoniales, normalement interdite (services rendus avant le 1^{er} juillet 1970 - art. 1265, al. 1, formulation 1888) ou tout au moins soumise au visa judiciaire (services rendus après le 1^{er} juillet 1970 - art. 1265 et s. C. civ., formulation 1969): lors du paiement d'un salaire, ou d'une remise de part de bénéfice, il se produirait une modification des masses patrimoniales incompatible

avec le principe de l'immutabilité (pondérée - v. *supra*) des régimes matrimoniaux.

Certains de ces arguments ont été présentés à la Cour supérieure pour obtenir le rejet des prétentions d'une divorcée qui entendait se faire reconnaître un droit à rémunération pour douze années de travail au service de son mari (*Dame L. c. B.*, 1970 C.S. 87). Jeune mariée, elle s'était vue obligée d'aider son mari qui, professionnel débutant, n'était pas en mesure de subvenir seul aux besoins du ménage. Le juge repoussa l'idée d'une société de fait entre époux: parce qu'elle se décrivait secrétaire de son mari, la femme ne pouvait pas être son associée. Il ne restait donc qu'une voie dans le domaine contractuel, celle du salariat. On opposa alors à l'épouse l'argument classique de l'interdiction des donations entre époux en oubliant qu'on ne saurait les obliger à offrir gratuitement leurs services à leur conjoint. Ne serait-ce pas inciter le collaborateur à ne pas prolonger dans la vie professionnelle la collaboration qu'il offre à son partenaire dans la vie familiale ?

Il est évidemment normal qu'un époux rende certains services professionnels à son conjoint lorsque celui-ci le lui demande. S'il ne le fait qu'accidentellement ou de façon fort irrégulière, sa participation à l'activité professionnelle de son époux reste cantonnée sur le plan ménager; mais s'il consacre régulièrement une partie de son temps à travailler au sein de l'entreprise de son conjoint, il acquiert la qualité d'employé et a le droit à une rémunération. Cette solution, dictée par le bon sens, fait bénéficier l'époux qui participe à la vie professionnelle de son conjoint, de revenus qui lui auraient été versés par l'employeur auquel il aurait offert les mêmes services. D'ailleurs, sans même faire appel à l'idée de contrepartie de la prestation de travail, on voit mal ce qui justifierait le refus de considérer comme « relation de travail » ce qui, en fait, en est une.

Nous voulons bien admettre que la femme peut s'acquitter de sa contribution aux charges du ménage par sa collaboration à la profession de son mari (comp. art. 214, al. 3 C.N., formulation du 13 juillet 1965) et qu'elle doit secourir son conjoint dans la mesure où celui-ci est dans le besoin, mais nous ne saurions accepter du bénévolat qui ne se justifie pas. Certes, à un moment de leur vie conjugale, l'essentiel des revenus retirés de l'activité de la femme ont pu être affectés au maintien d'une vie domestique; mais l'impécuniosité du ménage n'a vraisemblablement pas duré

douze ans. Il aurait fallu, nous semble-t-il, distinguer ce qui était exécution de l'obligation de secours d'une part, ce qui était contribution aux charges du ménage ensuite, ce qui était prestation de travail rémunérateur enfin. Sans doute la ventilation n'était-elle pas facile mais l'on pouvait quand même arriver à des approximations d'autant plus satisfaisantes que la femme consentait à réduire de moitié ses prétentions. Ici aurait pu s'exercer la discrétion du juge de fond.

On ne saurait évidemment ignorer la convention intervenue entre les époux, mais on ne saurait non plus en ignorer l'objet ou pour mieux dire la portée. Il avait été convenu que la femme agirait comme secrétaire de son mari « pour aider aux charges du ménage » (v. jugement, p. 89). Pourquoi ne pas avoir tiré toutes les conséquences de l'entente voulant que « le produit du travail de la demanderesse servirait un but déterminé, savoir, sa contribution aux charges du ménage *en un temps où il était impossible au mari de les supporter* » ? (V. jugement, p. 90. C'est nous qui soulignons.) Porté en appel (C.A. Montréal, n° 13.001), ce jugement devrait être réformé pour manque de bases légales et contradiction de motifs.

A titre subsidiaire, les procureurs de la femme développaient un moyen que nous ne saurions faire nôtre. Se plaçant sur le terrain quasi contractuel, ils prétendaient que l'activité professionnelle de l'épouse avait procuré à son conjoint un enrichissement sans cause. Leur approche présentait deux défauts majeurs qui la condamnaient. Il aurait fallu tout d'abord que l'enrichissement du mari soit sans cause. Or comment pouvait-il en être ainsi si l'on reconnaissait que l'activité professionnelle de la femme constituait, soit l'exécution en faveur de son mari de son obligation d'entraide familiale (obligation légale), soit la prestation de travail à laquelle elle s'était engagée par contrat (obligation conventionnelle) ? Il aurait fallu ensuite que la demanderesse n'ait aucun autre recours contre son conjoint (subsidiarité de l'action de *in rem verso*). Là encore, le recours à l'enrichissement sans cause n'était pas sans faille. L'entente passée entre les époux ne supposait-elle pas la possibilité d'un recours contractuel ? Nous ne pouvons donc qu'approuver le rejet de ce moyen et espérer qu'il ne sera pas remis en cause en seconde instance (comp. Cass. 8 juin 1963, D.1964. 713, note F. LAMAND, sp., p. 715, n° 2).

B. OBLIGATION ALIMENTAIRE.

7. *Recours des tiers fournisseurs contre le débiteur d'aliments.*

Dans notre dernière chronique, nous rendions compte des différents mécanismes que le Code civil met à la disposition des tiers créanciers pour obtenir la condamnation d'un débiteur alimentaire lorsqu'ils se sont acquittés à sa place de son obligation à l'égard de son créancier d'aliments (cette *Revue*, 1970, p. 107, n° 5). Nous avons alors signalé qu'on pouvait songer à faire appel à l'article 1031 C. civ. qui autorise les créanciers à exercer les droits et actions de leur débiteur et nous nous appuyions alors sur deux jugements récents où cette technique avait été utilisée avec succès (*Larocque c. Pilon*, 1963 C.S. 298; *D. c. L.* 1968 C.S. 495). La doctrine se montre d'ailleurs assez favorable à ce recours alimentaire oblique (P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 6, Montréal, 1902, p. 180; L. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 10, Montréal, 1952, p. 162), bien qu'il ne manque pas de défauts. L'accepter revient en effet à admettre la possibilité d'une action oblique dans un domaine où le législateur a entendu expressément l'exclure. Le législateur ayant interdit ce recours en matière de droits exclusivement attachés à la personne, on voit mal comment l'on pourrait justifier une action oblique portant sur un droit dont personne ne nie le caractère d'exclusivité personnelle (A.D. GUTHRIE, *Alimentary obligation*, 1965 *R. du B.* p. 552; J.-P. HOULE, *De la pension alimentaire*, 1941 *R. du B.* 211). C'est ce caractère *intuitu personæ* du droit alimentaire qui a conduit la Cour supérieure à rejeter l'action d'un médecin qui réclamait du mari le paiement de ses honoraires professionnels pour services rendus à la femme de celui-ci à une époque où les époux étaient séparés de corps aux torts exclusifs de l'épouse qui ne s'était pas vu reconnaître un droit à pension (*Silver c. Burgstaller*, 1970 R.L. 257 ou 1969 C.S. 402). Les arguments conduisant au rejet de l'action ne manquaient pas: le mari avait signifié au médecin son refus de répondre des dettes de sa femme; celui-ci, en encaissant un chèque en paiement final, avait admis l'absence d'obligation du mari à son égard; la femme ne touchait pas de pension alimentaire et subvenait normalement à ses besoins; si l'on entendait prétendre à l'existence d'un droit alimentaire valorisé en faveur de l'épouse, ce ne pouvait être que pour l'avenir, étant donné que les aliments ne s'arrangent pas. Mais l'argument clef était assurément le caractère *intuitu personæ* du droit que l'on voulait mettre en œuvre obliquement. Les prétentions du médecin furent repous-

sées: « L'article 1031 fait une exception; les créanciers ne peuvent exercer les droits et les actions qui sont exclusivement attachés à la personne, l'ensemble de la doctrine reconnaissant ce caractère à l'action alimentaire. » On peut toutefois se demander si le poids des autres arguments n'a pas pesé fort lourd dans la balance judiciaire et si, dans un contexte plus favorable, la solution n'aurait pas été différente. Nous l'espérons, car quels que soient ses défauts, le recours alimentaire oblique a le mérite d'être parfois fort utile.

8. *Portée de la règle « aliments n'arrangent pas ».*

L'affaire *Silver c. Burgstaller* (citée *supra*, n° 7) nous permet de nous interroger sur le sens exact et sur la portée pratique de la règle « aliments n'arrangent pas ». Désirant se faire payer par la voie oblique les services professionnels rendus à une épouse insolvable, un médecin poursuivait le mari qu'il disait tenu à un devoir alimentaire envers son épouse. Si l'on oublie momentanément le problème de la possibilité d'exercer une action oblique en matière alimentaire, il convient encore de se demander si une réclamation de ce genre pourrait porter sur des sommes dues ou seulement sur des sommes à devoir. Il est en effet de principe que les aliments n'arrangent pas et qu'on ne peut donc réclamer une pension alimentaire pour le passé: de l'absence de recours se déduit naturellement, dit-on, l'absence de besoin (L. BAUDOUIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Montréal, 1967, p. 327).

C'est notamment à ce principe qu'il a été fait appel pour neutraliser les prétentions du médecin: « le tribunal ne peut accorder à l'épouse du défendeur une pension alimentaire partielle rétroactive, à l'occasion d'une réclamation de nature alimentaire par une tierce personne. » On peut toutefois se demander si la règle de la non-rétroactivité est aussi absolue qu'on voudrait le laisser entendre (*Laflamme c. St. Jacques*, 1912 C.S. 172). On cite des décisions dans un sens et dans l'autre mais sans trop bien découvrir ce qui fait passer du principe à l'exception. La tendance de la jurisprudence est certainement que, sauf exception, les pensions alimentaires n'arrangent pas (*Duckett c. Turgeon*, 1931 R.P. 180; *Pouliot c. Thivierge*, 1943 B.R. 103; *Diotte c. Valiquette*, 1951 R.P. 35; *Charron c. Fiorucci*, 1958 R.P. 166; *Guilbaut c. De Villers*, 1965 R.P. 94; *Saint-Laurent c. Meilleur*, 1970 R.P. 282); mais on admet fort bien un recours alimentaire rétroactif des créanciers alimentaires qui se sont endettés pour

vivre (*Poissant c. Barrette*, 1879, 3 L.N. 12; *Girard c. Vincent*, 1902 C.S. 206) ou qui n'ont pu percevoir les sommes que leur débiteur d'aliments négligeait ou omettait volontairement de leur verser (*Rousseau c. Bourgon*, 1932 R.P. 135; *Racine c. Boivin*, 1938 R.L. 410; G. TRUDEL, *Traité de droit civil de la province de Québec*, t. 1, Montréal, 1942, p. 484 et s.).

Pour rendre cohérent tout cet ensemble jurisprudentiel, peut-être pourrait-on distinguer les cas où le rapport alimentaire se situe dans un contexte familial et ceux qui font intervenir des tiers étrangers à la famille. Dans un contexte purement familial, l'application de la règle témoignerait du particularisme du lien alimentaire: créancier et débiteur participeraient à l'exécution du devoir alimentaire, l'un en s'exécutant librement à l'échéance, l'autre en manifestant son désir de percevoir sa prestation alimentaire le moment venu. Seule la fraude ou la négligence viendrait perturber ce mécanisme. Dans un contexte non familial par contre, c'est-à-dire lorsque les intérêts d'un tiers seraient en jeu (soit parce qu'il a fourni des aliments au créancier alimentaire, soit parce qu'il a prêté les fonds lui permettant de se les procurer) ou lorsque le droit alimentaire découlerait d'un contrat et non plus d'un lien de parenté ou d'alliance (la qualité de tiers l'emportant alors sur l'éventuelle qualité de parent ou d'allié à la suite du choix d'un rapport contractuel de droit commun qui substitue l'opposition d'intérêts des contractants à la solidarité des parents), il faudrait écarter la règle, puisque son rôle de régulateur de devoir familial aurait disparu.

Écarter dans un contexte non familial, comme celui de l'affaire *Silver c. Burgstaller*, la règle « aliments n'arréragent pas » ne serait encore qu'une étape vers la mise en œuvre des droits du tiers. Encore faudrait-il trouver l'action directe contre le mari (*Durand c. Laroche*, 1938 C.S. 231), eût-elle été mieux reçue que l'action oblique qui a été rejetée.

9. Révision des droits alimentaires valorisés.

La détermination du contenu des droits alimentaires n'est pas laissée à la discrétion du juge. La loi, en effet, a précisé les critères qui doivent le guider dans cette voie: « les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit » (art. 169 C. civ.). Mais comme il est bien évident que le contenu factuel de ces deux critères besoin et fortune n'est pas immuable, car soumis à des

facteurs économiques fluctuants, il a été nécessaire de reconnaître la possibilité de réviser la valorisation faite à un moment donné. Cette possibilité découle des articles 169 et 170 C. civ. Des applications particulières en sont faites notamment aux articles 213 du Code civil et 11 (2) de la loi sur le divorce (S.C. 1967-1968, chap. 24).

La jurisprudence n'a jamais mis en doute cette précarité du contenu du droit alimentaire (*Cantin c. Poirier*, C.A. Québec, 24 novembre 1969, (1970) 11 C. de D. 112) et si le jugement qui en fixe l'étendue a bien l'autorité de la chose jugée réservée aux jugements définitifs (*contra* : *St-Laurent c. Meilleur*, 1970 R.P. 284), ce ne peut être que *rebus sic stantibus*. Si les circonstances changent, la *ratio* du jugement tombe et la révision devient possible. Mais, comme il ne peut être question de faire intervenir le tribunal à chaque variation de l'équation besoins-fortune, on ne peut qu'admettre l'éventualité d'une modification des droits alimentaires échus lorsque la règle « aliments n'arréagent pas » a été mise de côté. La solution était acquise depuis longtemps en faveur du créancier alimentaire. Elle vient de l'être à deux reprises en faveur de son débiteur (*St-Laurent c. Meilleur*, cité *supra*; *Belhumeur c. Collet*, C.S. Montréal, n° 750, 6 janvier 1969, G. Reid, J.).

Cette possibilité de révision des droits alimentaires valorisés peut cependant être tenue en échec lorsque des facteurs temps, dus notamment à l'inertie de la machine judiciaire, font, qu'entre le moment où la demande est faite et le moment où elle est appréciée judiciairement, il s'est passé tant de temps que l'on est en droit de se demander si la situation est toujours la même. Assez rare lorsqu'il s'agit d'une révision *stricto sensu*, cette mise en échec des principes de précarité du contenu des droits alimentaires valorisés est plus courante lorsqu'il en est appelé d'un jugement accordant une pension: la machine judiciaire peut avoir été encombrée à ce moment; un des avocats a pu vouloir gagner du temps en tractations inutiles; la processivité d'un plaideur a pu être momentanément à la baisse. Serait-il encore raisonnable, dans ce cas, de se placer au jour de la demande pour apprécier l'équation besoins-moyens (*Perrier c. Perrier*, 1970 C.S. 133)? Certes, non! Et c'est ce qui permet aux juges de la Cour d'appel de ne pas intervenir trois ans et demi après que leur intervention eut été sollicitée: « We therefore presume that appellant has not considered it a matter of any particular urgency that judgment a quo be set

aside » (*Germain c. Germain*, 1970 C.A. 1184). On reproche parfois à la Cour d'appel de ne pas jouer son rôle régulateur de la vie judiciaire. Cette fois, on ne peut que la féliciter de n'être pas intervenue.

10. *Le but des droits alimentaires.*

Il a fallu attendre plus de deux ans pour savoir si le cynisme d'un fils allait triompher de la lassitude d'un père qui continuait à l'entretenir. Né d'un père fortuné, ce fils de famille se refusait obstinément à travailler, son père ayant la faiblesse de lui servir une rente annuelle importante. Se voyant couper les vivres en 1967, il n'hésita pas à poursuivre son parent devant les tribunaux. Le premier juge lui accorda la coquette somme de \$700 par mois (en plus de l'épongeage de toutes ses dettes: C.S. Montréal 743.452, 18 juillet 1968, E. Martel, J., (1968) 14 *McGill L.J.*, p. 458; v. aussi le jugement avant dire droit sur requête en précision: *Rodier c. Rodier*, 1969 R.P. 133). Il ne s'en tint pas là. Faisant de la surenchère à l'occasion de l'appel interjeté par son père du jugement du juge Martel, il accrut ses prétentions jusqu'à \$1.500 par mois. Les juges de la Cour d'appel accueillirent la demande du père et rejetèrent celle du fils: « l'obligation des parents de fournir des aliments à leur enfant ne devait pas être une prime à la paresse, à l'insouciance et à la mollesse » (*Rodier c. Rodier*, 1969 B.R. 966).

Bien qu'elle soit allée jusqu'en appel, cette affaire ne présentait guère de difficultés juridiques sérieuses. La doctrine était bien établie sur ce point. La loi, disait déjà Mignault en 1895, n'a pu accorder une prime à la paresse (P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, 1895, p. 489). Les besoins du créancier alimentaire étaient en effet fictifs, ou pour le moins dus à sa faute. Il lui appartenait de sortir de son indigence en ne vivant plus en parasite social. A une époque où l'on déclare que le mariage n'est plus, pour la femme, un visa pour l'oisiveté et qu'elle doit, en cas de rupture du lien matrimonial, subvenir, si possible, à son entretien (*Shaffran c. Shaffran*, 1970 C.A. 1174), il serait anormal d'admettre que des enfants puissent vivre aux crochets de leurs parents. Les juges de la Cour d'appel l'ont fort bien compris. Un jugement dont on pouvait tout craindre est ainsi réduit à néant.

11. *Contenu de l'obligation alimentaire.*

Lors de notre dernière chronique, nous nous demandions qui, de l'héritier ou du parent, doit prendre en charge les frais funé-

raires du défunt (cette *Revue*, 1970, p. 109, n° 7). Nous admîmes alors que, lorsque la succession n'était pas déficitaire, il était logique de faire de l'héritier le seul tenu (art. 735 et s. C. civ.). Ce principe vient d'être rappelé à l'occasion de la poursuite des héritiers d'une femme par la compagnie de pompes funèbres qui avait assuré la charge financière de ses funérailles (*La Compagnie d'assurance funéraire de Montréal limitée c. Dalpe et autres*, 1970 R.P. 61). Le juge saisi accueille l'action de la demanderesse contre ceux des parents successibles qui avaient accepté la succession et la rejeta en ce qu'elle concernait ceux qui y avaient renoncé. Le problème de la détermination des responsables étant réglé, il fallait encore déterminer par quelle voie on allait les atteindre. Fallait-il s'appuyer sur les articles 1031 ou 1046 C. civ ? N'était-il pas préférable d'intenter une action *de in rem verso* ? Oubliant momentanément le caractère alimentaire de la dette funéraire, le juge préféra ne voir dans les enfants du décujus que des héritiers. « Chaussant les pantoufles du mort », ils devenaient responsables de ses dettes, même de celles qui étaient nées postérieurement à l'extinction de sa personnalité juridique. Mais cette qualité de parent ne devait pas s'effacer longtemps devant celle d'héritier. Le caractère alimentaire des frais funéraires pouvait disparaître au niveau de l'obligation à la dette; il réapparaissait à celui de sa contribution et permettait aux obligés envers la compagnie de pompes funèbres d'exercer leurs recours contributifs contre leurs parents renonçants. La logique du « droit alimentaire » ne va-t-elle pas ainsi à l'encontre de celle du droit successoral ? Ne faudrait-il pas penser à vider la succession de son contenu avant de poursuivre les héritiers renonçants ? L'existence de forces successorales n'est-elle pas la preuve d'une absence de besoin rendant tout recours alimentaire impossible ?

L'arrêt *Perrier c. Perrier* a déjà retenu notre attention (v. *supra*, n° 2). Il permettait à la femme de prendre la relève de son mari dans la gestion des biens de celui-ci lorsque les circonstances le justifiaient. Il rappelle aussi que, pour déterminer si l'appelante peut se faire reconnaître un droit à pension, il faut en principe examiner son état de besoin au moment de la demande. Il confirme aussi que, même lorsque les époux n'ont pas mis fin à la cohabitation, la femme peut se voir accorder une pension alimentaire. Ce droit à pension lui est accordé non seulement lorsque son mari refuse de subvenir à son entretien (art. 176 C. civ.; *Lapierre c. Trottier*, 1970 R.P. 309; v. aussi notre précédente chronique, cette *Revue*, 1970, p. 113, n° 9), mais aussi lorsque, pour des raisons

non économiques indépendantes de sa volonté, il est dans l'impossibilité de le faire (*Perrier c. Perrier*, 1970 C.A. 133; v. aussi (1970) 11 C. de D. 112).

Il n'est pas dans l'intérêt du débiteur alimentaire de placer son créancier dans une situation qui accroisse ses besoins. Un mari vient de l'apprendre à ses dépens. Séparé de son épouse, il lui versait une pension alimentaire pour son entretien et celui de ses enfants, pension qui ne comprenait pas les frais de logement, puisque la femme s'était vu attribuer l'ancienne résidence commune¹. La vente par le mari de l'immeuble qui servait au logement de la femme obligea celle-ci à louer un nouveau local d'habitation et à faire les frais d'un déménagement. Une modification de la pension devenait donc nécessaire. Saisis du dossier, les juges ne se contentèrent pas de tenir compte, dans la détermination du montant de la pension allouée, des frais locatifs nouveaux; ils mirent encore, à la charge du mari, les frais de déménagement et de réinstallation de la femme dans la mesure de la preuve faite (*Cloutier c. Gravel*, 1969 B.R. 655). Utilisée avec prudence, cette technique, qui consiste à obliger le débiteur alimentaire à supporter les frais de déménagement et d'installation de son créancier, peut rendre de grands services. Il est toujours tentant en effet, pour un mari en mal de séparation, de vendre l'immeuble qui servait de résidence familiale. La tentation devrait être beaucoup moins forte s'il sait qu'il s'expose alors à des frais parfois importants (\$1.500 en l'espèce). Cette voie judiciaire de protection de la résidence familiale ne serait-elle pas plus judicieuse que celle que l'on essaie de mettre sur pied actuellement à grand renfort de textes et d'enquêtes d'opinions? Des méthodes incitatives n'ont-elles pas plus de chance d'être acceptées que des méthodes impératives? Quoi qu'il en soit, l'approche judiciaire du problème de la protection de la résidence familiale ne peut que recevoir un excellent accueil de la part de la doctrine. Selon cette jurisprudence, en effet, il n'est pas possible au créancier alimentaire de

¹ Nous signalions dans notre chronique de l'an passé (cette *Revue*, 1970, p. 139, note 1) la parution prochaine d'une étude intitulée « L'attribution de la résidence commune pendant l'instance en séparation de corps ». Notre collègue J. P. Duquette, av., docteur en sociologie juridique (Paris, 3^e cycle), a accepté de traiter de l'aspect sociologique du problème. La première tranche de cette étude, comprenant l'introduction générale et la partie sociologique, est parue dans la *Revue du Barreau*, 1971, p. 203. Elle sera suivie, sous peu, d'une seconde, comprenant la partie juridique et une conclusion générale. Nous osons espérer que cette approche bi-disciplinaire du problème recevra un accueil favorable et incitera d'autres juristes à poursuivre dans cette voie.

« jouer » à l'instable aux dépens de son débiteur: pour que les frais de déménagement et de réinstallation soient mis à la charge du débiteur, il faut que ce soit celui-ci « qui ait été cause de ces dépenses ». Par sa justification, cette condamnation tient donc du droit de la responsabilité. Puissent à l'avenir les juges continuer à le prétendre !

Si le procureur du demandeur dans l'affaire *Raymond c. Dame Leclair* (1970 C.A. 671), avait confirmé dans son plaidoyer son intention de démontrer l'absence du fondement juridique de la provision pour frais d'instance, on aurait sans doute pu espérer une décision très intéressante en la matière. On ne peut donc, pour en découvrir le fondement que s'en tenir aux décisions du passé, notamment au jugement de la Cour supérieure dans l'affaire *Dame Des Troismaisons c. Tellier* (1909 R.P. 245; v. aussi *Préfontaine c. Dame Bourgouin*, 1960 B.R. 533; P.B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. 2, Montréal, 1896, p. 28; la provision pour frais est de nature alimentaire et se rattache à la pension alimentaire). Nous voulons bien admettre que l'on retrouve dans cette provision certains éléments du droit au secours, notamment l'équation besoins-moyens, mais nous nous demandons si ce droit à « l'assistance judiciaire » n'est pas la conséquence du devoir élémentaire d'assistance entre époux (art. 173 C. civ.). En matière judiciaire, cette assistance ne serait pas accordée par le conjoint lui-même mais par personne interposée. Cette intervention d'un tiers dans le mécanisme de « solidarité conjugale » n'en perturberait cependant pas le fondement. Dans notre monde spécialisé, combien de services ne peut-on plus rendre soi-même à autrui ! Il est sans doute préférable, lorsque les époux plaident l'un contre l'autre, d'éviter que le procureur de l'un soit le créancier de l'autre, mais imaginer dans ce cas un mécanisme qui tienne du droit alimentaire ne saurait conduire à prétendre que ce mécanisme est d'essence alimentaire. L'emprunt n'est fait que dans un but de commodité. L'essentiel n'est-il pas d'ailleurs de s'entendre sur le régime juridique d'un droit dont on ne conteste pas l'existence ?

12. *Saisissabilité des droits alimentaires valorisés.*

La loi accorde une protection spéciale aux prestations versées en vertu d'un plan de pension: « toute créance de rente, prestation ou remboursement en vertu d'un régime, est incessible et insaisissable, y compris celle qui est constituée par des contributions volontaires additionnelles » (loi des régimes supplémentaires de

rentes, S.Q. 1965, chap. 25, art. 31, al. 1). Et nous avons vu, dans notre précédente chronique, que lorsqu'un conflit s'élevait entre les dispositions de l'article 553 C.P.C., qui déclare saisissables certaines sommes et celles d'une loi spéciale l'emportaient sur celles de la loi générale (cette *Revue*, 1970, p. 109, n° 6 — *Specialia generalibus derogant*). Vraie à l'égard des tiers, cette affirmation l'est-elle à l'égard d'un créancier alimentaire du bénéficiaire d'un plan de retraite ? N'entre-t-on pas alors dans un nouveau domaine d'exception, celui du paragraphe 9 de l'article 553 C.P.C. qui précise qu'à l'égard des dettes alimentaires l'insaisissabilité ne vaut que jusqu'à concurrence de cinquante pour cent des sommes dues au pensionnaire ? En confirmant la jurisprudence du passé (v. not. *Dame Nerny c. Allaire*, 1968 R.P. 230; *Dame Deslauriers c. Chenier*, 1968 R.P. 314), la Cour d'appel vient de laisser passer une chance de faire prévaloir le juste sur le légal (*Dionne c. Dame Biron*, 1970 C.A. 933, accueillant l'appel d'un jugement en sens contraire de la Cour supérieure, C.S. Québec, n° 9126, 29 avril 1969, R. Fournier, J.). N'était-il pas possible de prétendre que l'insaisissabilité ne valait que dans la mesure où elle ne conduisait pas à tenir en échec l'exercice de certains droits essentiels, tel le droit au secours ? Jusqu'à quand continuera-t-on d'appliquer la règle « aliment sur aliment ne vaut » ? Faudra-t-il attendre une modification de la loi pour mettre fin à cette injustice légale ?

13. *Caractère de l'obligation alimentaire : hiérarchie ou simultanéité.*

A plusieurs reprises déjà, on s'est interrogé sur l'existence d'une hiérarchie entre les différents obligés alimentaires. Qui du père ou du gendre, de la mère ou de la bru, doit-on poursuivre en premier ? L'ancien droit s'était plu à reproduire en la matière la hiérarchie du droit des successions (BUGNET, *Œuvres de Pothier, Traité du contrat de mariage*, 2° éd. Paris, 1861, n°s 387, 393 et 395). Le réquisitoire de Mignault contre cette solution ne réussit pas à convaincre la jurisprudence (*Droit civil canadien*, t. 1, Montréal, 1895, p. 488, note 1). Elle continua d'affirmer l'existence d'une hiérarchie entre les obligés alimentaires (*Ross c. Ross*, 1937 B.R. 169; *Gratton c. Houle*, 1947 C.S. 35; *Girard c. Beauchamp*, 1963 C.S. 583). Juridiquement cette solution est sans doute contestable. Psychologiquement, elle l'est beaucoup moins. La solidarité familiale n'est-elle pas d'autant plus forte que le lien parental est plus direct ? La précarité des liens d'alliance ne conduit-elle

pas à considérer qu'ils donnent naissance à des droits moins intenses que les liens du sang ? Aussi, ne pouvons-nous qu'approuver l'attitude des juges d'appel qui viennent de casser une décision de la Cour supérieure en sens contraire (*Sanche c. Dame Sanche*, 1970 C.A. 139): avant de réclamer des aliments à ses beaux-parents, il faut prouver l'impossibilité d'en obtenir de son mari (lequel est normalement tenu d'entretenir son épouse en vertu de l'art. 176 C. civ., *contra* : *Paradis c. Letourneau*, 1911 C.S. 24) ou de ses parents (*Racine c. Dansereau*, 1918 R.L. n.s. 294). Il convient toutefois de noter qu'on ne demande pas de les poursuivre d'abord, mais simplement de prouver qu'il ne peut être utilement fait appel à eux, soit parce qu'ils sont eux-mêmes dans le besoin, soit parce qu'une poursuite contre eux serait impossible ou illusoire.

C. SÉPARATION DE CORPS.

14. *L'incompatibilité sexuelle, cause de séparation de corps.*

Battre sa femme à plusieurs reprises en présence des enfants doit sans doute conduire à la séparation de corps: une telle pratique est en effet condamnée par l'article 189 C. civ. Mais que dire de l'incompatibilité sexuelle ? Le refus de relations sexuelles a déjà à plusieurs reprises été considéré comme une injure grave lorsqu'il n'était pas justifié. Mais l'on s'était, à notre connaissance, jusqu'ici abstenue de statuer sur le trop grand ou un trop petit appétit sexuel d'un des conjoints (tout au plus alla-t-on jusqu'à sanctionner des pratiques contre nature, imposées par le mari à sa femme). Et pourtant, ce genre d'incompatibilité conduit souvent à des désastres. Dans un certain nombre de causes, les parties font état de ce déséquilibre entre « l'offre et la demande », mais les juges, tout en relevant le fait, font appel à d'autres éléments du dossier pour prononcer la séparation de corps. L'arrêt *P. c. G.* (1969 B.R. 1056) ne faillit pas à l'approche commune de ce problème: la brutalité du mari à l'égard de sa femme justifiait à elle seule une demande en séparation de corps. Nous ne pouvons qu'approuver cette attitude. En matière sexuelle, le trop et le trop peu est très relatif. Le normal pour l'un devient l'exceptionnel pour l'autre. Le domaine de l'alcôve échappe bien souvent au droit. Seules ses conséquences sur l'harmonie du couple sont perceptibles du monde extérieur. De l'accord ou du désaccord sexuel peut découler la réussite ou l'échec d'un ménage. Il faut donc attendre l'entrée de la théorie séparation de corps-remède en droit québécois pour pouvoir sanctionner, par un relâchement du lien matrimonial, une incompatibilité de ce genre. Mais, là

encore, ce ne sera pas l'harmonie sexuelle que l'on mettra en cause mais ses conséquences sur l'entente des époux.

15. *La réconciliation, obstacle aux effets de la séparation de corps.*

Il est parfois tentant, pour un mari qui s'est vu, à l'issue d'une instance en séparation de corps, condamné au paiement d'une pension alimentaire, de simuler la réconciliation pour mettre fin aux effets de cette séparation (art. 217 C. civ.). Cette neutralisation des effets d'un jugement aurait sans doute incité la partie en faveur de laquelle il a été rendu à ne pas céder à la tentation d'un oubli du passé si la jurisprudence n'était venue à son secours en se montrant assez stricte en matière de preuve de la réconciliation. Ainsi, un simple rapprochement, des visites fréquentes, des tentatives d'entente, la reprise de la vie commune, et même l'aveu de relations sexuelles, ne prouvent pas la réconciliation (*Degranpré c. Carrière*, 1947 R.P. 51; *Sansfaçon c. Latouche*, 1949 C.S. 171; *M. c. C.*, 1959 R.L. 257; *Germain c. Germain*, 1965 R.P. 770 et 1965 B.R. 770; *G. c. D.*, 1966 R.P. 330; A. MAYRAND, *Le pardon de l'adultère et la réconciliation des époux*, Mélanges B. Bissonnette, Montréal, 1963, p. 371 et s.). La réconciliation nécessite en effet un concours de volontés, celle de pardonner d'une part, celle d'accepter le pardon d'autre part. Généralement, cette double intention se matérialise par une reprise de la vie commune mais cela ne saurait signifier que la réconciliation suppose nécessairement un élément intentionnel (deux volontés tendues vers un but) et un élément matériel (la cohabitation des époux). De la réconciliation, il faut distinguer les tentatives faites dans ce sens. Sans avoir encore pardonné le passé, un époux peut vouloir renouer avec son conjoint. Sans être encore absous, ce dernier peut tenter un sauvetage du mariage. Il est toutefois bien évident que ces tentatives doivent subir l'épreuve du temps: c'est lui seul, bien souvent, qui transforme ce qui n'était qu'un désir en une réalité. C'est bien souvent cet élément temps qui permet aux juges de découvrir jusqu'où on est allé dans l'oubli du passé. Peut-être ira-t-on jusqu'à transposer, en matière de séparation de corps, la solution adoptée par le législateur fédéral en matière de divorce (S.C. 1967-1968, chap. 24, art. 2 d). Dans le contexte jurisprudentiel actuel, la souplesse de la formule civiliste nous semble préférable à la rigidité de la formule statutaire d'inspiration common law: le psychologique se laisse en effet difficilement enfermer dans des délais préfix.

16. *Mesures provisoires. Garde des enfants.*

La règle générale veut qu'en cours d'instance les enfants mineurs soient confiés à la mère. La pratique judiciaire écarte ainsi la règle de droit selon laquelle, durant le mariage, c'est le mari qui exerce l'autorité paternelle (art. 243 C. civ.; sur l'aspect sociologique de ce problème, v. note F. HELEINE et J.P. DUQUETTE, *Le contrôle de la résidence des époux pendant l'instance en séparation de corps*, titre 1, section 2 b) les facteurs sociologiques, 1971 *R. du B.* 214). A ce consensus judiciaire, le juge Dufour (C.S. Québec, n° 155.888) estima nécessaire de déroger: les rencontres de l'épouse et d'un certain M. X. ne permettaient plus de faire confiance à celle-ci; mieux valait confier les enfants, sinon au mari qui était dans l'impossibilité de les recevoir, du moins au frère de celui-ci; l'attitude affectueuse de M. X. à leur égard ne pouvait être tolérée; il ne fallait pas qu'un étranger prenne la place du père dans le cœur de ses enfants. Les juges d'appel n'approuvèrent évidemment pas cette dialectique (*Dame B. c. Morency*, 1970 C.A. 455). Seul, l'intérêt des enfants devait guider le juge dans sa décision, et la place naturelle de deux fillettes de 10 et 13 ans était près de leur mère; à cet âge, elles ont besoin de son affection et de ses conseils; les séparer de celle-ci serait de nature à les exposer à des sentiments d'insécurité et de révolte. Ainsi, lorsqu'une femme n'est pas indigne de remplir son rôle de mère, c'est à elle que revient naturellement la garde des enfants mineurs pendant l'instance. Ce « droit », les maris le lui reconnaissent puisqu'en général ils ne s'opposent pas à ce qu'il en soit ainsi. Ce faisant, ils admettent le caractère fonctionnel de l'autorité qu'ils exercent normalement sur leurs enfants et acceptent de s'en dépouiller lorsqu'ils ne sont plus en mesure de l'exercer. Pendant la vie commune, le juridique rejoignait le factuel: la femme secondait son mari dans l'exercice de la fonction parentale. Lors de la séparation, le juridique s'éloigne du factuel: l'autorité reste à l'un; la fonction revient à l'autre. Une autorité parentale ne rendrait-elle pas mieux compte de ce caractère fonctionnel des droits et obligations des parents à l'égard de leurs enfants? Quoi qu'il en soit, l'intérêt auquel il convient de référer, lorsqu'il s'agit de « placer » un enfant en cours d'instance, n'est pas un intérêt abstrait, mais un intérêt concret. Il s'agit de découvrir dans quel contexte l'enfant a le plus de chance de continuer normalement son évolution vers la vie d'adulte. En cette matière, des « enquêtes de milieu » seraient les bienvenues.

Confier un enfant à sa mère n'est cependant pas le faire échapper entièrement à l'influence de son père. Celui-ci conserve en effet le droit de surveiller son entretien et son éducation (art. 215 C. civ.). On pouvait cependant se demander si ce droit de contrôle devait être exercé personnellement. La question vient d'être posée aux juges de la Cour d'appel qui ont admis l'interposition de personne en la matière (*Dame Benisty c. Delouya*, 1969 B.R. 720). Un père voulait que son enfant soit soumis à la surveillance d'un organisme spécialisé dans les problèmes de l'enfance. On lui opposait que cette mesure ne se justifiait que lorsque la mauvaise conduite de la mère ou la mauvaise éducation de l'enfant rendait nécessaire un contrôle de ce genre, et que le juge ne pouvait en droit l'imposer: tout au plus pouvait-il relever le parent de son droit de garde. L'intérêt de l'enfant permit de trancher le débat. En autorisant un organisme spécialisé à surveiller un enfant difficile à la demande du père, le juge du fond n'avait pas outrepassé, en la matière, une discrétion qu'il tenait de la loi. Cette solution est pleine de sagesse. Lorsqu'ils font vie commune, les parents ne font-ils pas parfois appel à de tels organismes? Pourquoi leur refuser cette possibilité lorsqu'ils vivent séparés? L'enfant n'a-t-il pas besoin d'autant de surveillance (sinon plus) dans ce cas? Pourquoi faudrait-il réserver cet appel à l'aide au seul parent qui a la garde de l'enfant? (Sur ce problème, v. la dissidence du juge Owen, arrêt précité, p. 722.)

17. *Mesures conservatoires : vente d'un bien tendant à se déprécier.*

En cours d'instance, il est permis à chacun des époux de faire saisir, avant jugement, les biens meubles « dans lesquels il aurait droit à une part en cas de dissolution du régime matrimonial » (art. 814 C.P.C.). Se prévalant de cette possibilité, une femme commune en biens fit saisir l'automobile qu'elle disait être meuble de communauté. Elle ne s'en tint cependant pas là. Elle voulut encore faire vendre le bien saisi et consigner le prix aux Greffes de la cour. Ce faisant, prétendait-elle, on évitait le préjudice d'une dépréciation importante. Elle réussit à convaincre le juge de première instance mais se heurta à l'opposition de la Cour d'appel (*Locas c. Brisebois*, 1969 B.R. 946). Celle-ci, tout en regrettant que les parties n'aient pas eu la sagesse de s'entendre et de procéder à la vente du véhicule, reconnut son incompetence à les obliger à le faire. Elle ne voulait pas non plus sanctionner l'entrée dans le droit québécois d'un mécanisme qui permettrait à une règle d'exception de devenir de pratique courante. La deman-

déresse s'appuyait en effet sur deux textes qui pouvaient lui ouvrir la voie de l'exécution: le premier, l'article 575 C.P.C., permettait la vente sans délai de biens saisis lorsqu'il y avait risque de dépréciation rapide; le second, l'article 737 C.P.C., précisait que la saisie avant jugement obéissait aux mêmes règles que la saisie après jugement, dans la mesure où elles étaient applicables. Ainsi, en démontrant que le bien saisi conservatoirement était susceptible de dépréciation rapide, on échappait aux mécanismes de conservation pour entrer dans ceux d'exécution. La solution était d'autant plus dangereuse que le raisonnement était irréprochable et que l'inflation, d'une part, la rage de consommation, d'autre part, entraînaient une dépréciation rapide d'un nombre de plus en plus grand de biens. Conscients de ce danger, les juges de la Cour d'appel remontèrent aux sources pour découvrir quelles étaient, des règles de la saisie exécution, celles qu'on pouvait appliquer à la saisie conservatoire. En vertu de l'article 737 C.P.C., « la saisie avant jugement a pour seul but de mettre les biens sous la main de la justice pendant l'instance ». L'analyse exégétique de ce texte permettait de prétendre que ce qu'il importait de conserver, ce n'était pas tant la valeur monétaire du bien que le bien lui-même. Les droits le concernant étant litigieux, il fallait se contenter de mesures d'attente, telle la mise sous main de justice. Cette primauté de la « nature » sur la « valeur » excluait tout mécanisme qui eût assuré le triomphe de la « valeur » sur la « nature ». Ainsi, la vente sans délai du bien saisi, qui était concevable en matière de saisie exécution après jugement, devait être écartée en matière de saisie conservatoire, car elle contredisait les buts essentiels de cette saisie. Il est d'ailleurs un autre argument dont on aurait pu faire état. Le bien saisi devait faire l'objet d'un partage. Le mari et la femme avaient vocation à en être attributaires; si la vente avait été permise et que la chose vendue était tombée dans le lot du conjoint de l'époux qui en avait demandé la vente, on aurait pu, par suite de l'effet déclaratif du partage, analyser cette opération en une vente de la chose d'autrui ou pour le moins en une expropriation pour cause d'intérêt privé. Finalement, quels que soient les inconvénients du *statu quo* patrimonial en cours d'instance, il répond à un besoin: ne permettre que des mesures d'attente tant que les droits de chacun ne sont pas précisés. La tentative de sortir l'article 737 C.P.C. de son champ normal d'application était judicieusement lourde de dangers. En rejetant la requête de la femme, la Cour d'appel les a heureusement écartés.

D. DIVORCE.

1. LÉGISLATION.

18. — En matière de divorce et de séparation de corps, la loi du 2 mai 1969 (L.Q. 1969, chap. 74) a modifié certains articles du Code civil concernant les effets provisoires et accessoires de ces deux institutions. Désormais, les articles de remplacement s'appliquent à la séparation de corps et au divorce. Effets du mariage, ils ne sont que la transposition de la loi fédérale sur le divorce (S.C. 1967-1968, chap. 24, art. 10, 11, 12 et 16). Droits civils, ils constituent une modification du droit québécois régissant les rapports pécuniaires entre époux. Certaines dispositions de la loi nouvelle sont d'une constitutionnalité douteuse et l'on risque encore de se demander qui, du fédéral ou du provincial, a compétence pour légiférer sur les effets provisoires et accessoires de la séparation de corps et du divorce. Actuellement, la balance semble pencher du côté du fédéral (v. not. *Dame A. c. B.*, 1970 C.S. 642, en instance d'appel). Si cette tendance se confirme, il faudra bien admettre que les dispositions de la loi du 2 mai 1969 qui ne reproduisent pas exactement celles de la loi fédérale du divorce, ou qui modifient l'état du droit de la séparation de corps de 1866, sont *ultra vires* (sur ce pb., v. not. G. BEAUPRÉ, *Le bill 8 de 1969 vs. la loi sur le divorce*, Barreau 70, vol. 2, n° 7, p. 7, et notre note sous *Klemka c. Klemka* et *Hachey c. Ratelle*, cette *Revue*, 1970, p. 385).

Il existe déjà un certain nombre de commentaires de cette loi. Les références en sont données dans la section bibliographie, *infra*, n° 54 et s.

2. JURISPRUDENCE.

19. *Causes de divorce : la cruauté physique ou mentale.*

La cruauté physique ou mentale reste, parmi toutes les causes de divorce, celle qui continue à poser le plus de problèmes au monde judiciaire. Son contenu commence cependant à suffisamment se préciser pour qu'il soit possible de tenter de la définir.

Il convient tout d'abord de signaler que si l'on reconnaît au juge une large discrétion en la matière (*Dame L. c. L.*, 1970 C.S. 222), celle-ci doit être exercée avec prudence (*Knoll c. Knoll*, C.A. Ont., 12 janvier 1970, (1970) 10 D.L.R. 199), car il s'agit d'un domaine qui met en cause la nature des choses et la condition humaine (*Lacey c. Lacey*, *Winney c. Winney*, *Weiss c. Weiss*, H.C.

Ont., 5 septembre 1969, (1969) 8 D.L.R. 289). Cette prudence ne serait peut-être d'ailleurs que la conséquence de l'interprétation restrictive qu'il convient de faire de l'article 3 d) de la loi du divorce (*Lacey c. Lacey*, cité *supra*; *Losinsky c. Losinsky*, C.S. Montréal, n° 4096, 10 décembre 1969, H. Haranovitch, J.).

Pour que la cruauté mentale soit admise, il faut tout d'abord que l'on puisse reprocher au cruel son comportement contre la victime, comportement déterminé par la commission ou l'omission de certains actes (*Goudie c. Goudie*, C.S. T.N., 31 octobre 1969, (1970) 9 D.L.R. 90). On se saurait donc reprocher à un époux le fait d'un parent ou d'un étranger (*Lacey c. Lacey*, précité). Les faits reprochés doivent être d'une certaine gravité et dépasser le niveau des incompréhensions mutuelles ou des incompatibilités (*Dame B. c. R.*, 1970 C.S. 212; *Lacey c. Lacey*, précité). Ainsi, il a été jugé qu'un trop grand appétit sexuel (*Rankin c. Rankin*, C.S. B.C., 24 juillet 1970, (1970) T.A. 284, comp. notre note sur l'incompatibilité sexuelle, cause de séparation de corps, n° 14, *supra*), la pratique du *coitus interruptus* (*Clark c. Clark*, H.C. Ont., 12 novembre 1968, (1969) 6 D.L.R. 383), le travestisme (*I.C. c. G.C.*, C.S. N.B., 31 décembre 1969, (1970) 9 D.L.R. 632), l'utilisation de drogue ou l'adoption du mode de vie hippy (*F. c. F.*, C.S. B.C., 15 avril 1970, (1970) 11 D.L.R. 621 ou 1970 T.A. 338 ou (1970) 74 W.W.R. 241) constituaient des actes cruels au sens de l'article 3 d) de la loi du divorce. Par contre, en matière d'ivrognerie, on est beaucoup plus réservé (*Quinn c. Quinn*, C.S. B.C., 15 avril 1970, (1970) 11 D.L.R. 372 ou (1970) 74 W.W.R. 144), peut-être parce qu'il existe, en la matière une « incrimination » précise (art. 4 (1) b). Enfin, à défaut d'actes spécifiques reprochables, la cruauté peut résulter de l'ambiance dans laquelle est obligé de vivre celui qui s'en plaint (*Gosselin c. Pelletier*, 1969 C.S. 515).

Il n'est pas nécessaire que le comportement du cruel soit intentionnel (*contra* : *Dame L. c. L.*, précité). Même un fou pourrait, selon la jurisprudence dominante, se comporter en cruel (*N. c. N.*, C.S. B.C., 1^{er} avril 1969; *Baker c. Baker*, C.S. B.C., (1970) 71 W.W.R. 241 ou (1970) 8 D.L.R. 260; *H. c. H.*, C.S. N.E., 22 décembre 1969, (1970) 9 D.L.R. 722). L'intention de nuire n'est donc pas une condition du manquement à ses devoirs d'époux. En d'autres termes, le comportement du cruel doit être apprécié objectivement (*Knoll c. Knoll*, précité; *Ashraff c. Ashraff*, C.A. Man., (1970) 73 W.W.R. 321; *Goudie c. Goudie*, précité; *Aubrey*

c. *Aubrey*, H.C. Ont., 20 novembre 1969, (1970) 10 D.L.R. 311. *Contra* : *Austin c. Austin*, C.A. Sask., (1970) 73 W.W.R. 289. Mais n'y a-t-il pas, dans cet arrêt, une confusion des notions objectif, subjectif, *in abstracto*, *in concreto* ?).

Pour apprécier le caractère cruel du comportement, le juge devra prendre en considération la condition des parties, leur âge, leur caractère et leur état social (*Dame B. c. R.*, 1970 C.S. 212) et considérer la vie maritale des époux dans son ensemble (*Knoll c. Knoll*, précité). Il ne devrait pas, cédant ainsi à la facilité (*Lauder c. Lauder*, C.A. Man., 2 juin 1970, (1970) 12 D.L.R. 543), s'en remettre aux déclarations du psychiatre de la victime, si celui-ci n'a pas été témoin des faits allégués (*Dame B. c. R.*, précité). Mais il pourrait, sans doute, pour déterminer la gravité des torts du cruel, tenir compte de l'attitude provocatrice de sa victime (*Feldman c. Feldman*, C.A. Alta., (1970) 75 W.W.R. 715).

A l'objectivité de la détermination du comportement du cruel, s'oppose la subjectivité de son effet sur sa victime. Mais, là encore, il faut être prudent dans le maniement des notions. Il n'est pas nécessaire, comme l'ancienne jurisprudence anglaise l'exigeait (*Russell c. Russell*, 1897 A.C. 395), que la conduite du cruel présente des risques pour la santé du conjoint (*I.C. c. G.C.*, précité, ou (1969) 7 D.L.R. 35; *Galbraith c. Galbraith*, C.A. Man., 9 juin 1969, (1969) 5 D.L.R. 543). Après quelques hésitations (*Delaney c. Delaney*, (1968) 1 D.L.R. 303), les juges des provinces de common law sont arrivés à s'arracher à la force d'attraction de ce précédent jurisprudentiel (*Goudie c. Goudie*, précité; *Lacey c. Lacey*, précité; *Knoll c. Knoll*, précité; *Chouinard c. Chouinard* C.S. (appel division) N.B., 24 octobre 1969, (1970) 10 D.L.R. 263; A.F. BISSON, *Chronique de droit familial*, 1971, *R. du B.*, p. 99 et 100; v. aussi notre précédente chronique, II, n° 10 et 14, cette *Revue*, 1970, p. 116 et 129). Seul le Québec (!) reste encore à la remorque de l'ancienne approche common law de la cruauté (*Dame B. c. R.*, 1970 C.S. 212; *Losinsky c. Dame Losinsky*, précité; *L. c. L.*, précité). Espérons que le nouveau courant qui se dessine, notamment dans le jugement *De Domenico c. Dame Tambling* (C.S. Montréal, n° 3848, 6 janvier 1970, K. Mackay, J.), se confirmera. Il sonnera enfin le glas du jugement *Delaney c. Delaney* (précité) qui, par la transmission qu'il leur a faite de l'héritage « russellien », semble hanter les magistrats québécois.

L'effet sur la victime du comportement cruel se limite seulement à l'examen de sa tolérabilité: il doit rendre la vie commune

intolérable. C'est dire qu'un acte isolé ne peut à lui seul constituer de la cruauté (*Goudie c. Goudie*, précité; *Cuthbert c. Cuthbert*, (1968) 69 D.L.R. 637; *Feldman c. Feldman*, précité; dans cette espèce comme dans la précédente, il y avait eu provocation par la victime), surtout s'il a été commis après la séparation des époux (*Pawelko c. Pawelko*, C.A. Sask., 13 mai 1970, (1970) 12 D.L.R. 279). Le mariage demande sans doute des parties de la compréhension et de la tolérance, mais il n'oblige pas à subir les vices, les manies, les troubles caractériels du conjoint lorsqu'ils conduisent les époux à mener une vie anormale ou la victime à subir ce que sa conscience, son éducation, ses origines lui interdisent de supporter. Et c'est pourquoi, dans son examen de cette intolérabilité, le juge doit passer au crible les différents aspects de la vie maritale et du caractère des antagonistes (*Goudie c. Goudie*, précité; *Knoll c. Knoll*, précité). A ce niveau, ce n'est plus le comportement cruel (analyse *objective* de l'anormalité d'un comportement eu égard à la conduite habituelle d'un époux dans ses rapports avec son conjoint — *appréciation in abstracto* —) qui est mis en cause, mais son résultat sur la victime (analyse *subjective* de sa tolérabilité par l'époux qui en est victime). Usant de comparaisons, nous dirions volontiers que l'intolérabilité est à l'anormalité ce que la réaction est à l'action.

Si, jusqu'à ce stade du raisonnement, nous avons pris pour acquis que « the test of what constitutes cruelty within the meaning of S. 3 (d) is subjective rather than objective « i.e. » what has to be determined is the effect on a particular person of certain conduct or acts rather than the nature of the acts committed » (*Austin c. Austin*, précité), c'était afin d'éviter l'hermétisme. Il convient cependant de se demander si à l'objectif (indiscutable) de l'anormalité du comportement du cruel doit réellement correspondre le subjectif (discutable) de sa tolérabilité par sa victime. Ce qui doit être intolérable, en effet, ce n'est pas tellement le comportement du cruel que la continuation de la cohabitation avec celui-ci. Nous voulons bien admettre que chaque litige entre époux est très particularisé par le caractère, l'éducation, le milieu social et religieux de chacun des plaideurs, mais de là à conclure que l'intolérabilité de la cohabitation dépend de la seule réaction psychologique de la victime au comportement anormal, il y a un fossé que nous nous refusons à franchir. Il existe, nous semble-t-il, un sens commun de la tolérabilité. Que cette tolérabilité soit colorée d'éléments particuliers, nous voulons bien l'admettre, mais cela ne la subjectivise pas pour autant. Cela conduit seulement

à une appréciation *in concreto* de la tolérabilité de la continuation de la cohabitation entre le cruel et sa victime. Nous ne pouvons pas encore citer de jurisprudence à l'appui de notre affirmation, mais, avec l'abandon de l'approche « russellienne » de la cruauté, notre point de vue ne devrait pas manquer de recevoir des illustrations prétoriennes.

20. *Causes de divorce : l'alcoolisme d'un des époux.*

Du penchant à la consommation de boissons alcooliques, le législateur tire des conséquences sur le devenir du ménage: s'adonner pendant trois ans au moins et de façon excessive à l'alcool conduit à l'échec du ménage et, par là même, au divorce. Seul l'espoir raisonnable de réhabilitation du buveur dans un délai raisonnablement prévisible peut tenir en échec la demande en divorce de son conjoint (art. 4 (1) b). Après plus de deux ans de pratique judiciaire de cette cause de divorce, il est possible d'en préciser les contours. Les problèmes qu'elle pose concernent le buveur d'une part, son conjoint d'autre part.

Le buveur doit s'être adonné à l'alcool pendant une période assez longue: trois ans au moins précédant immédiatement la présentation de la requête (*De Domenico c. Dame Tambling*, C.S. Montréal, 6 janvier 1970, K. Mackay, J.; *Knight c. Knight*, C.S. B.C., 10 avril 1969, (1969) 68 W.W.R. 464). Sa consommation doit avoir été importante et régulière (*De Domenico c. Dame Tambling*, précité; *Quinn c. Quinn*, C.S. B.C., 15 avril 1970, (1970) 11 D.L.R. 372, ou (1970) 74 W.W.R. 144, ou 1970 T.A. 337). Il n'est pas nécessaire qu'il présente des signes cliniques d'imprégnation alcoolique (*Mc. Donald c. Mac Donald*, précité) et que cette dépendance le conduise à négliger ses devoirs d'époux (*Knoll c. Knoll*, H.C. Ont., 11 avril 1969, (1969) 6 D.L.R. 201).

En plus de ces conditions qui touchent au passé de buveur de l'alcoolique contre lequel le divorce est demandé, il existe un certain nombre de conditions concernant son avenir de « drogué ». Il faut, en effet, que l'imprégnation alcoolique laisse peu de chance de réhabilitation du buveur dans un délai raisonnablement prévisible (*Knight c. Knight*, précité). Il ne faut pas entendre, par chance de réhabilitation, chance de guérison: l'alcoolisme peut être incurable et même congénital (*De Domenico c. Dame Tambling*, précité). On demande seulement de pouvoir nourrir l'espoir de voir le buveur s'arrêter de boire et revenir à une vie normale. Cet espoir ne doit pas se limiter à de simples expectatives. Il doit

être suffisamment fort pour emporter la conviction. Ainsi, le fait de se soumettre à une cure de désintoxication ne vaut pas espoir raisonnable de réhabilitation. Elle rend seulement compte d'une bonne volonté dont on ne peut souvent pas prévoir le devenir et les résultats (*Dame Demers c. Moreau*, C.S. Montréal, 28 novembre 1969, R. Colas, J.).

Ce penchant à l'alcoolisme doit avoir certains effets sur le conjoint du buveur et sur l'état de délabrement du ménage. Il faut tout d'abord que l'alcoolisme rende la cohabitation intolérable et une vie conjugale normale impossible (*De Domenico c. Dame Tambling*, précité; *Knoll c. Knoll*, précité; sur le pb. de l'intolérabilité par un époux du comportement de son conjoint, v. not. *supra*, n° 19, *mutatis mutandis*). Il faut enfin que toute *affectio connubii* soit disparue et l'échec du mariage devenu une réalité à laquelle il convient de porter remède (*Knoll c. Knoll*, précité; *Mc. Donald c. Mc. Donald*, précité; *Knight c. Knight*, précité).

Dans le domaine de l'alcoolisme, le juge possède une large discrétion: c'est à lui de déterminer non seulement les chances de réhabilitation du buveur, mais aussi les chances de survie d'une union dont on lui demande de consacrer la destruction (*De Domenico c. Dame Tambling*, précité).

Signalons enfin que le penchant alcoolique, s'il ne conduit pas toujours au divorce par la voie de l'article 4 (1) (b) de la loi du divorce, y conduit parfois par la voie de l'article 3 (d) (cruauté mentale; v. not. *De Domenico c. Dame Tambling*, précité; *Quinn c. Quinn*, précité; *Knoll c. Knoll*, précité; *Knight c. Knight*, précité).

21. *Fin de non-recevoir : la réconciliation ou les incitations au pardon.*

Dans la mise en œuvre de sa politique législative, le législateur fédéral de 1968 a fait de la réconciliation l'élément frein de la désagrégation des familles: le divorce n'était qu'un pis-aller, un remède à des situations inextricables. Ainsi a-t-il pris soin de permettre des opérations de bonne volonté sans conséquences juridiques (art. 2 (d), reprise de la vie commune pendant moins de quatre-vingt-dix jours); ainsi a-t-il demandé aux procureurs des parties de se transformer en conciliateur (art. 7); ainsi a-t-il demandé au magistrat saisi d'une demande en divorce d'inciter à la tolérance et au pardon (art. 8 (1), allant jusqu'à lui permettre d'ajourner les procédures pour permettre aux parties de se réconcilier ou de rencontrer un spécialiste en relations matrimoniales

(*Paskiewich c. Paskiewich*, C.S. B.C., 23 décembre 1968, (1969) 2 D.L.R. 622; *Dame Dobek c. Mc Elvrey*, C.S. Montréal, 5 mars 1969, E. Martel, J.) et de s'assurer, avant de rendre jugement, qu'il n'y a pas eu pardon (art. 9 (c)).

La réconciliation est essentiellement une question de fait: c'est l'oubli de l'offense maritale en pleine connaissance de cause (*Levick c. Levick*, C.S. N.E., 7 janvier 1969, (1969) 4 D.L.R. 11), la volonté de pardonner et l'acceptation de ce pardon. Normalement, elle doit conduire à une « restoration of mutual trust and confidence » (*Strachan c. Strachan*, C.S. B.C., 30 décembre 1969, (1970) 10 D.L.R. 780). Aussi ne faut-il pas s'étonner du refus des magistrats de voir, dans un accord entre époux de ne pas intenter l'un contre l'autre des procédures en divorce, une forme de réconciliation (*Hunt c. Hunt*, C.A. B.C., (1970) 73 W.W.R. 158), ou dans une continuation de vie « l'un à côté de l'autre » l'expression d'un pardon (*Strachan c. Strachan*, précité). Le pardon ne se conçoit qu'entre deux parties également consentantes à le voir produire des effets. La bonne volonté ou l'espoir de l'un peut, en la matière, être tenu en échec par l'intransigeance de l'autre (*Paskiewich c. Paskiewich*, précité).

On a tant voulu, dans la loi fédérale, inciter à la bonne volonté, qu'on a pris soin de ne pas faire produire des effets juridiques immédiats aux élans de celui qui en fait preuve. Ainsi le temps de reprise de la vie commune est à computer dans les délais de séparation donnant ouverture à une demande en divorce sur la base de l'article 4 (1) (e) (*Blackburn c. Blackburn*, C.A. Ont., 27 janvier 1970, (1970) 11 D.L.R. 127); ainsi la réconciliation des époux n'interdit pas à l'offensé d'invoquer dans une nouvelle instance les griefs pardonnés s'il peut en alléguer de nouveaux, quelle qu'en soit l'importance (*Levick c. Levick*, précité), ni à l'un quelconque des conjoints de se prévaloir d'une cause de divorce-remède (*Blackburn c. Blackburn*, précité), même si, par son fait, il se voit imposer des délais de pénalisation (*J. c. F.*, 1970 C.S. 576).

Reste à savoir si, lors de la conception des mécanismes de sauvetage du mariage, on n'a pas un peu trop espéré de la bonne volonté d'époux en mal de séparation !

22. Mesures accessoires. Régime juridique du droit à pension.

A la lecture du nouvel article 212 C. civ., on s'apercevait que le droit alimentaire né du divorce échappait, en partie, aux conditions de l'article 169 C. civ. (besoins-moyens), mais il restait encore à découvrir la politique que les magistrats allaient promou-

voir dans l'exercice de la large discrétion que le législateur leur avait accordée. On commence enfin à y voir clair. L'équation besoins-moyens reste toujours fondamentale (*I.C. c. G.C.*, C.S. N.B., 31 décembre 1969, (1970) 9 D.L.R. 632; *Bayne c. Bayne*, (1970) 8 D.L.R. 487; *Harris c. Schulich*, C.S. Montréal, 25 août 1969, R. Colas, J.), mais des éléments particuliers viennent désormais lui enlever son caractère essentiellement objectif. Le mariage n'est plus, en effet, un visa pour l'oisiveté (*Shaffran c. Shaffran*, 1970 C.A. 1174; *Knoll c. Knoll*, (1970) 6 D.L.R. 201; *Schartner c. Schartner*, (1970) 10 D.L.R. 61). Le juge doit tenir compte non seulement de la situation des époux (leurs biens, leurs revenus et leurs économies: *Gosselin c. Dame Pelletier*, 1969 C.S. 515), mais encore de leur conduite (*Schartner c. Schartner*, précité), de leur santé (*Harris c. Schulich*, précité; *Hock c. Hock*, C.S. B.C., 25 mai 1970, (1970) 13 D.L.R. 356), de la durée de leur mariage et de leur part de responsabilité dans la rupture du lien matrimonial (*Hock c. Hock*, précité).

Il convient d'ailleurs de signaler que cette politique ne peut être mise en œuvre que dans le cadre du droit alimentaire accordé après divorce (art. 212 C. civ.) et non dans celui du droit alimentaire accordé en cours d'instance (art. 200 C. civ.), puisqu'en cours d'instance il convient de maintenir un *statu quo* financier et de permettre au créancier alimentaire de continuer à vivre selon le train de vie qu'il menait pendant la vie commune (*Emond c. Larose*, C.S. Québec, 20 janvier 1970, en appel; *Gosselin c. Dame Pelletier*, précité).

Le pouvoir du juge est si large en la matière, qu'il suffit qu'il soit saisi d'une demande en divorce pour statuer sur une demande accessoire d'aliments (*Evans c. Evans*, C.S. B.C., (1970) 70 W.W.R. 153). Il l'accordera si elle est présentée en cours d'instance, ou dans un délai raisonnable après le prononcé du divorce (*Bryant c. Bryant*, C.S. B.C., (1970) 74 W.W.R. 81, mitigeant le rigorisme de *Todd c. Todd*, (1969) 68 W.W.R. 315), même si la requête en divorce est rejetée (*Galbraith c. Galbraith*, C.A. Man., 6 octobre 1969, (1970) 8 D.L.R. 24; *Cohen c. Cohen*, H.C. Ont., 9 avril 1970, (1970) 11 D.L.R. 146). Sur la possibilité pour le juge d'accorder des aliments lorsque aucune demande dans ce sens n'a été faite à la suite d'une erreur en droit, v. not. *Hitsman c. Hitsman*, H.C. Ont., 26 février 1970, (1970) 11 D.L.R. 450; sur celle de limiter son exigence alimentaire à \$1,00 par an, simplement pour conserver au juge sa compétence en la matière, v. *R. c. Bence*, (1968) 3 D.L.R. 77.

On se demande toujours comment il faut interpréter l'expression « payer la somme globale ou les sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnable » de l'article 11 (1) (a) et (b) de la loi du divorce. Le paiement d'une somme globale est-il une alternative offerte à celui qui doit normalement payer des sommes échelonnées ? Peut-on cumuler les deux exigences ? La première solution a été adoptée par quelques juges québécois (*Mainville c. Monfette*, C.S. Montréal, 27 novembre 1969, R. Colas, J; *Lussier c. Thibodeau*, C.S. Montréal, 27 novembre 1969, H. Aranovitch, J.), mais il semble bien qu'elle commence à être oubliée au profit de la solution inverse (*Ceicko c. Ceicko*, C.A. Man., 24 avril 1969, (1969) 69 W.W.R. 52; *Wener c. Wener*, C.S. Alta., (1970) 75 W.W.R. 721; *Harris c. Schulich*, précité; *Emond c. Larose*, précité). La nouvelle formulation de l'article 212 C. civ. ne manquera pas de peser lourdement dans le plateau de cette seconde solution. Là où il semblait y avoir une obligation alternative (texte fédéral), il n'y a plus qu'une modalité d'exécution d'une obligation ordinaire (texte civiliste). Personnellement, nous préférons l'alternative au cumul parce qu'elle rend mieux compte de la nouvelle politique alimentaire qui s'élabore au niveau des tribunaux. Nous ne pensons d'ailleurs pas que les dispositions relatives aux droits alimentaires doivent servir à corriger les défauts ou les injustices du régime matrimonial.

Cumul ou alternative se retrouve au niveau des garanties offertes au créancier alimentaire. « Assurer l'obtention ou payer » s'applique-t-il à l'une ou l'autre des deux formes de l'obligation alimentaire (somme globale, versements échelonnés) ? Selon certains, les garanties ne visent que les sommes globales (*Johnstone c. Johnstone*, (1970) 7 D.L.R. 14). Pour d'autres, même des arrérages de pension peuvent être garantis (*Switzer c. Switzer*, C.S. Alta., 9 août 1969, (1970) 7 D.L.R. 638). Le droit québécois nous semble opter pour la première solution puisqu'il n'utilise le mécanisme sécuritaire que pour les sommes globales (*Harris c. Schulich*, précité; *Emond c. Larose*, précité). Personnellement, nous voyons bien l'utilité de garantir, par une somme globale immobilisée, le paiement des arrérages de pension; mais nous doutons de la nécessité d'assurer le paiement d'une somme globale, sauf lorsque ce paiement doit être fait en plusieurs versements ou à une date future précisée par le juge. Il est d'ailleurs assez souvent difficile de découvrir la voie suivie par les juges car, lorsque des garanties sont accordées, elles visent aussi bien des droits alimentaires que

des droits purement patrimoniaux (donations, part de copropriété, part de communauté, etc.).

23. *Mesures accessoires. Fondement du droit à pension.*

Ce n'est que depuis l'apparition du divorce en droit québécois que commence à se poser le problème du fondement du droit alimentaire entre époux après la rupture du lien matrimonial. Ce problème n'est pourtant pas nouveau. Les juristes allemands, belges et français (pour ne citer que ceux-là), qui pratiquent le divorce depuis bien longtemps, se sont posé très souvent la question. Certains lui découvrent un fondement alimentaire; d'autres, un fondement indemnitaire. Pour les premiers, l'analyse du régime juridique de ce droit permet d'en découvrir la nature; possédant les caractéristiques du droit alimentaire, il ne peut être qu'alimentaire lui-même. Pour les seconds, la rupture du lien matrimonial entraînant la cessation des obligations nées du mariage, il ne saurait être question de mettre en œuvre un droit au secours qui a disparu avec le divorce. Il ne reste donc plus qu'à indemniser l'époux dans le besoin de la perte que représente pour lui la cessation de l'obligation de secours. En lui accordant une pension, on lui reconnaît un droit de nature indemnitaire (sur ce pb., v. not. H.L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, 3^e éd., n^o 1506 et s.). On pouvait penser qu'au Québec les discussions allaient s'engager autour de ces deux pôles. C'était oublier l'influence du droit de common law. Un jugement récent de la Cour supérieure (*Gosselin c. Dame Pelletier*, 1969 C.S. 515) vient de nous la rappeler: « En matière de divorce, la condamnation au paiement d'une pension alimentaire ne résulte pas des obligations conjugales, mais du *pouvoir du tribunal* [c'est nous qui soulignons] qui en fera une des conditions de sa décision s'il l'estime juste et appropriée. A cette fin, il devra tenir compte de la conduite des parties . . . de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent . . . En somme, la loi autorise le tribunal à rendre un jugement d'équité dans l'octroi ou le refus d'une pension alimentaire. » Suivre la Cour supérieure dans la voie qu'elle vient de tracer revient à donner un fondement prétorien au droit alimentaire accordé après divorce. Ce droit découlerait de l'exercice de l'*imperium* judiciaire reconnu aux magistrats. Personnellement, nous préférons qu'en ce domaine il exerce sa *jurisdictio*. D'ailleurs, il serait possible de sortir de la quadrature du cercle dans laquelle s'est enfermé ce droit à pension en considérant isolément les problèmes de fondement,

de nature et de caractère. Peut-être aurait-on pu songer aussi à prétendre que le divorce ne met pas fin automatiquement aux obligations de secours et d'assistance nées du mariage; qu'il appartient au juge siégeant en matière de divorce de décider de leur sort; et que le droit à pension est la manifestation de leur maintien. La théorie du divorce-remède limitant la portée des arguments en faveur du fondement indemnitaire du droit à pension, il va falloir attendre que se posent encore des problèmes marginaux pour vider la question. Fondement légal ou fondement prétorien, nature alimentaire, nature indemnitaire ou nature mixte, tout reste encore à construire !

24. *Mesures accessoires ou provisoires. La garde des enfants.*

C'est sans succès que fut mise en doute la compétence législative du parlement fédéral en la matière. Il s'agit là de pouvoirs inséparables de ceux qui permettent de légiférer dans le domaine du divorce (*Niccolls c. Niccolls*, (1969) 68 W.W.R. 307; *White c. White*, C.A. Man., (1970) 69 W.W.R. 536; *Papp c. Papp*, (1970) 8 D.L.R. 389; *Heikel c. Heikel*, C.A. Alta., 5 mai 1970, (1970) 12 D.L.R. 311; *Dame A. c. B.*, 1970 C.S. 642; v. peut-être, cependant, *Ritchie c. Ritchie*, (1969) 3 D.L.R. 676). Aussi dans la mesure où le juge statue sur le devenir de l'union, il acquiert une compétence spéciale pour décider de la garde des enfants, compétence qu'il conserve par la suite et qui lui permet de modeler la garde aux circonstances de fait (*Niccolls c. Niccolls*, précité; *Pawelko c. Pawelko*, C.A. Sask., 13 mai 1970, (1970) 12 D.L.R. 279). Dans l'exercice de ce droit, il a sans doute un large pouvoir discrétionnaire (*Papp c. Papp*, précité) qui limite les cas d'intervention de la Cour d'appel (*Genest c. Genest*, C.A. B.C., (1970) 73 W.W.R. 81), mais il doit être particulièrement soucieux de l'intérêt de l'enfant (*Papp c. Papp*, précité; *Davies c. Davies*, (1969) 3 D.L.R. 381). L'enfant en bas âge a surtout besoin de sa mère, et il est normal de le lui confier (*Pawelko c. Pawelko*, précité). Il en est souvent de même pour des fillettes qui quittent la prime enfance (*Dame St-Laurent c. St-Laurent*, 1970 C.A. 1099). Les solutions adoptées ne sont toutefois pas définitives, même pour une période de temps limité (*Heikel c. Heikel*, précité). Les époux peuvent en obtenir la modification, soit à la suite d'un changement dans l'état du gardien (*Kershaw c. Kershaw*, C.S. B.C., 13 avril 1970, 1970 T.A. 339), soit à la suite de l'amélioration de la situation financière de celui qui aurait normalement droit à la garde (*St-Laurent c. St-Laurent*, précité), soit enfin à la suite d'un départ pour

une région lointaine (*Vates c. Dame Balthazar*, C.S. Montréal, 14 janvier 1970, L. Lalande, J.). Elles s'imposent à chacun des parents et celui qui demande leur respect peut emprunter soit la voie de l'*habeas corpus*, soit celle de l'injonction (*Dame Biedermann c. Bertrand*, C.S. Montréal, 30 janvier 1970, L. Lalande, J.).

Il convient enfin de signaler que, pour mieux assurer à l'époux qui ne s'est vu accorder qu'un droit de visite, l'exercice de ce droit, on a exigé de son conjoint en cas de nécessité, qu'il prenne en charge les frais encourus à cette occasion (*Dame B. c. L.*, 1970 C.S. 17).

25. *Procédure. Compétence législative et juridictionnelle.*

Pour bien comprendre le problème de la compétence législative et juridictionnelle en matière de divorce, il faut distinguer trois niveaux spatiaux: l'espace étatique, l'espace provincial et l'espace résidentiel.

« L'espace étatique » permet de découvrir si la loi fédérale canadienne peut être invoquée devant un juge canadien. Pour qu'elle le puisse, il faut que la requête en divorce soit présentée par une personne domiciliée au Canada (art. 5 (1) (a) de la loi du divorce). En ce domaine, le législateur fédéral n'a pas innové; il n'a fait qu'affirmer le principe communément admis de la territorialité de la loi nationale. Lors de la présentation de sa requête, l'étranger ou le Canadien établi outre-mer devra donc faire la preuve l'un, de l'acquisition d'un domicile de choix au Canada (*Geldart c. Geldart*, C.S. N.E., 9 janvier 1969, (1969) 3 D.L.R. 277; *Kimelsdeerger c. Molho*, C.S. Montréal, 22 août 1969, E. Martel, J.), l'autre, de la conservation d'un domicile canadien (*Masson Bienvenu c. Parent*, C.S. Montréal, 26 septembre 1968, cette *Revue*, 1970, p. 79, note A.-F. B.).

« L'espace provincial » permet de situer les plaideurs dans une des dix provinces du Canada. Ne seront alors compétents, pour entendre la requête, que les tribunaux de cette province. Il ne s'agit plus alors de compétence législative, c'est-à-dire du droit à l'application d'une loi, mais de compétence juridictionnelle, c'est-à-dire du droit de se prévaloir de cette loi devant les tribunaux d'un espace territorial (la province). Les tribunaux d'une province sont compétents lorsque le requérant ou l'intimé a ordinairement résidé dans cette province pendant une période d'un an précédant immédiatement la présentation de la requête et a réellement résidé dans cette province pendant au moins dix mois au cours

de cette période (art. 5 (1) (b) de la loi du divorce). Dans cette exigence, il y a une sorte de compromis entre le virtuel (résidence ordinaire) et le réel (résidence réelle) mais surtout un abandon de la notion traditionnelle de domicile qui perd son élément intentionnel (*animus manendi*) et acquiert un élément objectif (l'écoulement d'un certain temps). Lorsque le requérant est un nouvel arrivant dans une province, le problème de l'espace provincial se pose en des termes relativement simples: il doit attendre l'écoulement du temps requis (un an dont 10 mois . . . : *Cullen c. Cullen*, C.S. N.E., 3 novembre 1969, (1970) 9 D.L.R. 610). Le problème se complique lorsqu'il s'agit d'un résidant habituel d'une province qui a quitté momentanément cette province pendant plus de deux mois dans l'année de la représentation de sa requête. L'exégèse de l'article 5 (1) (b) de la loi du divorce aurait dû conduire à exiger une résidence effective de 10 mois dans l'année de la présentation de la requête (*Hardy c. Hardy*, H.C. Ont., 11 juin 1969, (1969) C.C.L. 895 ou 7 D.L.R. 307), mais par souci « d'équité » on a préféré torturer le texte pour échapper à cet impératif temporel. Une résidence effective de 10 mois dans une province à un moment autre que l'année de la présentation de la requête, rend compétents les juges de cette province (*Wood c. Wood*, C.A. Man., 3 octobre 1968, (1969) 66 W.W.R. 702 ou 2 D.L.R. 527; *Marsellus c. Marsellus*, C.S. B.C., 6 juillet 1970, (1970) 13 D.L.R. 383 ou 75 W.W.R. 746 ou 1970 T.A. 285). Nous ne saurions approuver une telle distorsion qui pourrait aller jusqu'à la totalisation de mini-périodes de résidence à des moments peut-être fort éloignés: l'essentiel n'est-il pas, dans cette optique, de prouver 10 mois de résidence réelle? Notons enfin que l'acquisition d'un domicile de choix au Canada, s'il donne bien le droit d'invoquer la loi fédérale sur le divorce ne donne cependant pas le droit de s'en prévaloir devant un tribunal d'une province. L'élément temps de la nouvelle notion de domicile l'interdit avant l'expiration du délai permettant de situer le requérant dans un « espace provincial ».

Quant à « l'espace résidentiel », il permet de savoir à quelle cour provinciale de divorce la requête devra être adressée. A ce niveau spatial, on entre dans le paradoxe car, après avoir admis que « l'espace provincial » se définit par un temps de séjour, on en revient au « niveau résidentiel » à la notion traditionnelle de domicile avec ses deux éléments matériel et intentionnel (*Geldart c. Geldart*, précité, pour la common law; *Fortin c. Gagné*, 1969 R.P. 378, pour le droit civil). Cela devrait pouvoir signifier que,

domiciliés à Toronto mais résidant depuis un an à Québec, des époux devraient adresser leur demande en divorce à un juge torontois qui leur opposerait leur absence de résidence en Ontario pendant le délai exigé à l'article 5 (1) (b) (espace provincial) ou à un juge québécois qui accepterait de les entendre, non pas parce qu'ils sont domiciliés à Québec, mais parce qu'ils y résident.

Au vu de ce simple exemple, on s'aperçoit que la notion de résidence l'emporte sur la notion de domicile. La notion de résidence peut sans doute être recouverte par la notion de domicile (dans son sens traditionnel) mais, en cas de difficulté, il faut revenir à l'idée de séjour dans un lieu déterminé, quelle que soit la durée de ce séjour. Cette force attractive de la notion de la résidence dans les conflits conjugaux n'est d'ailleurs pas absente du droit québécois. Pour s'en convaincre, il suffit de lire l'article 70 C.P.C. (comp. notre solution et celle proposée par M. J. PINEAU dans *Coup d'œil sur la loi nouvelle sur le divorce*, (1969) 10 C. de D. 75: comme lui, nous admettons que la notion de résidence remplace la notion traditionnelle de domicile dans la détermination de la compétence juridictionnelle du tribunal saisi; mais M. Pineau exige une durée de séjour dans le ressort d'un tribunal pour le rendre compétent; et nous non. Dans l'optique de M. Pineau, comment arriver à poursuivre un époux qui ne réside jamais plus de six mois dans un district judiciaire ?).

26. Procédure. Les problèmes de l'appel.

En matière de procédure, la loi sur le divorce permet de se rendre compte à quel point cette institution a sacrifié le « civil » au « common law ». Ainsi, le jugement de divorce se rend en deux étapes: un jugement provisoire (le *decree nisi* du droit anglo-saxon: art. 13 (1), suivi trois mois plus tard (ou plus) d'un jugement définitif *absolute decree*: art. 13 (1) et 13 (4). De plus, contrairement à tous les principes civilistes en matière d'état des personnes, il ne peut être appelé d'un jugement définitif (art. 17 (1). L'anormalité de cette solution peut toutefois être corrigée par appel à des mécanismes procéduraux du droit judiciaire québécois. On permet, en effet, de demander la rétractation d'un jugement pour certaines raisons bien précises (art. 482 et s. C.P.C.). Cette possibilité n'avait pas échappé à la Dame Bédard (*Dame Bédard c. Rainville*, 1970 C.S. 533). Déboutée de sa demande en divorce, elle prétendait rouvrir le dossier par une demande en rétractation de jugement. Elle avait, prétendait-elle, de nouveaux témoins à faire entendre. Et si le magistrat rejeta la requête

pour des raisons propres à l'espèce, il n'en demeure pas moins qu'il admit la possibilité de rétractation de jugement en matière de divorce. Sans doute ne s'agissait-il que d'un jugement provisoire mais, en venant d'être utilisée à nouveau au niveau d'un jugement définitif, cette technique vient de faire son entrée dans un domaine où l'appel est exclu (*Geci c. Gravel*, 1970 R.P. 402). Les notes du juge Montgomery ne laissent planer aucun doute sur le rôle que peut jouer la rétractation de jugement en ce domaine: « While there is no appeal against such a decree (absolute), an appeal is not the only possible remedy against a judgment irregularly obtained. I find nothing in the act to suggest that Parliament intended to deny other remedies and to place a decree absolute beyond all possibility of attack, notwithstanding that it might have been obtained by irregular or illegal means » (p. 403). Par sa généralité, cette formule ouvre la porte à une révision de jugement non seulement sur des questions de fait mais aussi sur des problèmes de droit. Par cet arrêt (il était appelé d'un jugement refusant la rétractation d'un jugement accordant définitivement le divorce), la Cour d'appel vient de corriger une lacune du droit de common law. Peut-être pourrait-on prétendre que, par la rétractation, on ne s'attaque pas tant au fond de la décision qu'aux voies qui y ont conduit; et que, la forme étant liée à un fond qu'elle garantit, le fond ne peut valoir que dans la mesure où la forme offre les garanties suffisantes à l'adoption d'une décision sur le fond en toute justice. Personnellement, nous ne pensons pas qu'il faille être si restrictif. L'arrêt *Geci c. Gravel* permet plus d'audace.

Lorsqu'il peut en être appelé d'un jugement ou d'une ordonnance en matière de divorce, (art. 17 (1), l'appel doit être interjeté « au plus tard quinze jours après que le jugement ou l'ordonnance frappé d'appel ont été rendus » (art. 17 (3)). Toutefois, tant qu'un jugement définitif de divorce n'a pas été rendu, les parties peuvent demander la prorogation des délais d'appel. Les seules raisons indiquées par le législateur fédéral en sont des « motifs spéciaux ». L'utilisation de cette formule vague a conduit certains plaideurs à la catastrophe. Ainsi n'a pas constitué un motif spécial, la constitution d'un nouveau procureur après l'expiration des délais d'appel (*Botsis c. Mourelatos*, 1970 R.P. 191) ou l'erreur sur les délais impartis pour en appeler d'une décision (*Labelle c. Robitaille*, 1970 R.P. 144). Il convient dès lors de se demander quelles sont les raisons qui conduisent à la prorogation des délais d'appel.

La conjugaison de l'article 1 des règles de pratique de la Cour supérieure en matière de divorce et de l'article 523 C.P.C. al. 2, *in fine*, fournit une réponse satisfaisante: il faut que la partie demanderesse démontre qu'elle a été, en fait, dans l'impossibilité d'agir plus tôt. Ne pas justifier sa demande (*Mac Issac c. Seffern*, 1969 R.P. 183), ou l'étayer d'arguments ne rendant pas compte d'une impossibilité d'agir, ne peut conduire qu'au rejet, et ce, d'autant plus que les conditions de la prorogation doivent être interprétées restrictivement (*Specialia sunt restringenda*). Signa-lons, enfin, qu'en matière de jugement oral les délais d'appel de 15 jours commencent à courir à compter du prononcé du jugement (art. 472 C.P.C.) et non à compter du reçu de l'avis de jugement prévu à l'article 473, al. 2 C.P.C. (*Deslierres c. Dame Grenon*, 1969 B.R. 1096).

27. *Procédure. Litispendance entre instance en séparation de corps et instance en divorce.*

Nous ne ferons que signaler le jugement rendu par le juge E. Martel en matière de litispendance entre une demande alimentaire adressée dans le cadre d'une action en séparation de corps et une même demande faite dans le cadre d'une instance en divorce (*Dame V. c. V.*, 1970 C.S. 305). S'il existe bien identité de parties et d'objet entre les deux demandes, elles n'ont cependant pas la même cause (sur les conditions de la litispendance, v. not. *Dionne c. Levesque*, 1952 R.P. 1; *Lepage c. Brisebois*, 1952 R.P. 295; *Filion c. Dahmé*, 1965 B.R. 126). Le droit alimentaire découle du Code civil dans un cas de la loi fédérale, du divorce dans l'autre. Et ce n'est pas parce que la loi 8 (L.Q. 1969, chap. 74) a réuni dans un même texte les mesures provisoires et accessoires de l'une et l'autre action, qu'il faut ignorer qu'une demande alimentaire peut être adressée à un juge à titre de mesure accessoire ou provisoire dans l'une et l'autre de ces deux actions. D'ailleurs, allant au-delà de l'apparence découlant de l'utilisation d'une même base légale (l'art. 200 ou 212 C. civ.), n'est-il pas possible de recourir au fondement du droit à pension dans l'un et l'autre cas pour démontrer l'absence d'identité de cause (v. à ce sujet *supra*, n° 23)? On ne peut ignorer que la cause est définie comme étant la source juridique d'une obligation, le principe générateur du droit que l'on désire faire valoir par sa demande; et qu'une chose peut être due à plusieurs titres par la même personne (sur le problème de la litispendance entre instance en divorce et instance en séparation de corps, v. aussi nos commentaires, cette *Revue*, 1970, p. 133, n° 15).

28. *Conventions de séparation et divorce.*

C'est à l'occasion d'une convention de séparation que vient de se poser le problème du contrôle judiciaire des « separation agreements » bien connus de la common law. Lors de la cessation de la vie commune, une femme avait convenu, avec son mari alors domicilié en Ontario, de ne pas lui réclamer de pension alimentaire. A quelque temps de là, elle intenta une action en divorce et voulut se prévaloir des dispositions des articles 11 et 12 de la loi sur le divorce. On lui opposa alors la promesse du passé. Restait à savoir si le juge était lié par cette promesse (*Dame May c. Mayer*, 1970 R.P. 30).

Si l'affaire avait été soumise à un juge de common law, il aurait fallu rechercher si, dans l'éventail jurisprudentiel, ce cas n'avait pas déjà fait l'objet d'une décision judiciaire. La validité de la convention n'aurait pas été mise en doute. Seule son efficacité aurait pu être contestée. Selon certains juges, telle est la force d'un tel pacte que même le divorce n'est pas une raison suffisante pour lui porter atteinte (*Moshenko c. Moshenko*, C.A. Man., 17 septembre 1969, 1970, 7 D.L.R. 749; *Knight c. Knight*, C.S. B.C., 10 avril 1969, 1969, 5 D.L.R. 438). Selon d'autres, sauf si les époux en ont disposé autrement, les obligations contractuelles nées du pacte de séparation cessent avec le divorce (*Bayne c. Bayne*, C.S. B.C., 14 octobre 1969, 1970, 8 D.L.R. 386 ou 71 W.W.R. 230). Selon d'autres, enfin, des clauses d'une telle convention, il faut distinguer celles qui ressortissent à l'article 11 de la loi du divorce et celles qui lui sont étrangères: seules les premières peuvent faire l'objet de la censure du juge (*Burkett c. Burkett*, C.S. B.C., (1970) 71 W.W.R. 479). Toutefois il semble bien que l'on tende à accorder au juge le pouvoir d'ignorer le pacte qui interdisait tout recours judiciaire entre époux (*Hunt c. Hunt*, C.A. B.C., 28 janvier 1970, 1970 T.A. 240) et plus particulièrement tout recours alimentaire (*Wells c. Wells*, C.S. B.C., 24 juin 1970, 1970 T.A. 285; *Cameron c. Cameron*, C.S. N. E., 27 mai 1970, 1970, 12 D.L.R. 378); d'en écarter l'application (*Grini c. Grini*, C.A. Man., 21 avril 1969, 1969, 5 D.L.R. 640); de la modifier (*Caldecott c. Caldecott*, C.S. B.C., (1970) 71 W.W.R. 470); ou même, en confirmant le contenu, de faire échec à toute tentative de modification (*Bauder c. Bauder*, H.C. Ont., 15 mai 1969, 1969, 6 D.L.R. 597).

Présenté à un juge québécois, le problème était différent. Il pouvait être résolu par la voie empruntée par le juge Châteauguay Perrault: la convention était efficace en matière de séparation de

fait; elle n'avait pas d'existence en matière de divorce. Quant à nous, nous aurions préféré le raisonnement suivant. La convention de séparation était valide parce que passée en Ontario. Appliquée au Québec, elle se heurtait à l'ordre public local qui intervenait avec son effet négatif paralysant. L'ordre public spécial mis en œuvre par la loi sur le divorce (art. 9e et 9f) ne la sauvait pas de la censure judiciaire, puisque les deux dispositions qui l'organisent ne prévoient que les conventions concomitantes à l'instance en divorce. Rien n'empêchait donc le juge d'écarter la convention qu'on opposait à la demanderesse. L'appliquer revenait pour lui à faire fi de l'ordre public local et à risquer la censure.

Ce ne sont d'ailleurs pas toutes les conventions qui sont désormais possibles aux époux au moment de l'instance en divorce. Celles qui, réalisant une collusion, permettraient d'en arriver à un divorce difficile ou impossible à obtenir autrement, sont toujours hors la loi: la rupture du lien matrimonial n'étant pas laissée à la discrétion des époux, on ne peut admettre qu'ils s'entendent pour frauder l'ordre social et les mécanismes sur lesquels il se fonde. Par contre, il est souhaitable qu'ils s'entendent pour organiser leur séparation lorsque l'avenir de leur union est définitivement compromis. Sur ce point, l'ordre public québécois est tenu en échec par l'ordre public de la loi du divorce. Ne serait-il pas souhaitable que, mettant fin à plusieurs décennies de mépris de la réalité sociologique, on admette au Québec les pactes de séparation amiable et qu'on ne soit plus obligé d'aménager, dans le cadre d'un ordre public général, des ordres publics spéciaux ?

29. *Sort des dons faits par contrat de mariage.*

Dans un commentaire d'arrêt publié dans cette *Revue* (1970, p. 371), nous avons admis, suivant en cela le point de vue exprimé par le juge E. Martel dans l'affaire *R. Hachey c. Dame F. Ratelle* (C.S. Montréal, 14 juillet 1970, n° 4550, 1970 C.S. 674), qu'une demande en forfaiture des donations contenues au contrat de mariage ne pouvait être présentée à un juge de la Cour supérieure siégeant en matière de divorce mais à un juge de la Cour supérieure siégeant dans les limites normales de compétence de cette cour, après le prononcé d'un jugement irrévocable de divorce (comp. *Klemka c. Klemka*, 1970 C.S. 438, sp., p. 442).

Abordant à nouveau ce problème, nous rappelons qu'en matière de séparation de corps, l'application de l'article 208 C. civ. n'a soulevé aucune difficulté. Tout au plus peut-on regretter que,

dans l'affaire *Dame Leroux c. Valois* (C.S. Montréal, n° 679.315, 4 juillet 1969, F. Hannen, J.), le magistrat ait jugé bon d'appliquer la loi nouvelle au lieu de la loi ancienne: n'était-il pas préférable, puisque la cause était pendante au moment de la mise en vigueur de la loi nouvelle (L.Q. 1969, chap. 74, art. 12, art. 208 C. civ., sanctionnée et entrée en vigueur le 2 mai 1969), de consacrer la survie de la loi ancienne, et les droits acquis des plaideurs aux dispositions de celle-ci? Nous rappelons aussi qu'en matière de divorce la déchéance ne devrait pas être prononcée avant qu'un jugement définitif ait consacré la rupture du lien matrimonial (*contra: Guay c. Lefebvre*, C.S. Québec, 17 mars 1970, n° 1091-d, J. Dufour, J.). Nous rapportons enfin le point de vue du juge Y. Leduc sur ce qu'il considère devoir être l'approche de l'article 208 C. civ.: « Les conventions matrimoniales précèdent la solennité de la célébration du mariage; elles constituent une étape qui s'unit à l'institution elle-même, et comme telles, elles ont droit à une égale pérennité. Aussi est-ce avec une prudence, une circonspection extrême, et pour des motifs très graves, que les tribunaux interviendront, que ce soit à l'occasion d'une demande en séparation de corps ou de divorce, pour décréter l'annulation des conventions relatives aux dons et avantages matrimoniaux consentis à un conjoint qui, au cours de la vie conjugale, aurait fait preuve d'ingratitude par adultère ou autrement. En pareil cas, il importe de tenter de déceler si l'époux offensé n'a pas été la cause génératrice des griefs qu'il invoque, si sa conduite n'aurait pas été davantage répréhensible, et si la punition qu'il recherche pour autrui, ne devrait pas être infligée à lui-même » (*Perron c. Veillet*, C.S. Montréal, n° 2500, 15 janvier 1970, Y. Leduc, J.). Nous approuvons cette approche en ce qu'elle demande prudence et circonspection. Nous la critiquons en ce qu'elle semble limiter l'application de l'article 208 C. civ. à la seule attitude fautive du donataire. Doit-on oublier que le nouvel article 208 C. civ. s'écarte sensiblement de l'ancien article 208 C. civ. en ce qu'il demande au juge appelé à prononcer la déchéance des dons, de prendre en considération non plus seulement la gravité des torts de l'un des époux envers l'autre, mais aussi l'état et la condition des parties, leur situation lors de la signature du contrat de mariage et les conditions dans lesquelles il a été conclu, et les autres circonstances?

3° BIBLIOGRAPHIE*.

a) *Historique.*

30. A. MAYRAND, *Causes de divorce*, 1955, 15 *R. du B.* 201.
31. Allison A. M. WALSH, *Divorce by resolution of the Senate*, 1967, 13 *McGill L.J.* 1.

b) *Aspect constitutionnel.*

32. D. J. MAC DOUGALL, *The constitution and ancillary relief under the divorce act*, 1969, 27 *The Advocate* 260.

c) *Droit international privé.*

33. P. A. CRÉPEAU, *La reconnaissance judiciaire des jugements de divorce étrangers dans le droit international privé de la province de Québec*, 1959, 19 *R. du B.* 310.

d) *Droit comparé.*

34. H. MAZEAUD, *Le divorce par consentement forcé*, D. 1963, chr. p. 141.
35. J. NEVILLE TURNER, *Australian and German breakdown : provisions compared*, 1969, 18 *International and Comparative Law Quarterly* 896.
36. J. D. PAYNE, *Proposals for reform of the law relating to separation and maintenance agreements (Separation and maintenance agreements in England and Canada)*, 1968, 33 *Saskatchewan Law Review* 1.
37. R. B. BUGLASS, *Canadian and Australian bars to divorce*, 1969, 34 *Saskatchewan Law Review* 87.
38. J. CHAMPION, *Les problèmes juridiques des femmes seules*, Paris, 1969 (ed. Delmas).

e) *Études générales.*

39. J. D. PAYNE, *Bill C-187*, 1968, 18 *University of New Brunswick* 85.
40. H. A. HUBBARD, *Domestic relations : The Divorce Act*, 1968, 1968, 3 *Ottawa Law Review* 172.
41. J. D. PAYNE, *The Divorce Act (Canada) 1968*, 1969 *Alberta Law Review* 1.
42. T. J. WUESTER, *Some Comments on the Divorce Act*, 1968, (1969) 34 *Saskatchewan Law Review* 15.

* Cette bibliographie comprend, outre les parutions récentes, la référence à quelques études plus anciennes dont la consultation est encore utile aujourd'hui (note de l'auteur).

f) *Cause de divorce.*

43. M. GAGNÉ, *Divorce and mental cruelty*, 1970, 11 C. de D. 510.
44. J. D. PAYNE, *Comments, The privilege against self in criminalisation*, 1968, 2 *Ottawa Law Review* 461.
45. S. J. SKELLY, *Refusal of sexual intercourse and cruelty as a ground for divorce*, 1969 *Alberta Law Review* 239.
46. G. S. CHALLIES, *Cruelty as a ground for divorce*, 1970, 16 *McGill L.J.* 113.
47. A. MAYRAND, *Le pardon de l'adultère et la réconciliation des époux*, in *Mélanges Bissonnette*, Montréal, 1963, p. 369.
48. D. MENDES DA COSTA, *The Divorce Act, 1968 and Grounds for Divorce based upon Matrimonial Fault*, 1970, 7 *Osgoode Hall Law Journal* 111.

g) *Aspect sociologique.*

49. G. CHAMPAGNE, *L'élargissement du divorce : l'éclatement des vieilles outres ou le naufrage de l'unité familiale au Québec*, 1969, 10 C. de D. 107.
50. M. GIGUÈRE, *Schéma d'une recherche de causalité des conflits en matière de séparation de corps par la méthode de la sociologie et de la psychologie juridique*, 1969, 10 C. de D. 179.
51. Cl. L'HEUREUX-DUBÉ, *Dans les conflits familiaux, le législateur devient le protecteur de la famille*, Québec, *Le Soleil*, samedi 2 mai 1970.
52. J. G. LEMAIRE, *Les conflits conjugaux*, 3^e éd., Paris, 1970 (éd. E.S.F.).

h) *Droit judiciaire.*

53. J. P. GRÉGOIRE, *Le huis clos dans les affaires matrimoniales*, *Barreau 70*, vol. 2, n^o 8, p. 7.

i) *Loi du 2 mai 1969 (L.Q. 1969, chap. 74).*

54. *Bill 8, Remarques sur le projet gouvernemental formulées par le Barreau du Québec*, 1969, 29 *R. du B.* 314.
55. A. MAYRAND, *Quelques effets du nouvel article 208 C.C. Bill 8, art. 12) sur les rapports pécuniaires entre époux*, *Cours de perfectionnement, Chambre des notaires de la province de Québec*, 1970, p. 137.
56. A. MAYRAND, *L'obligation alimentaire entre époux séparés ou divorcés depuis le Bill 8 et la loi fédérale sur le divorce*, *Lois nouvelles II*, Montréal, 1970, p. 41.
57. G. BEAUPRÉ, *Le Bill 8 de 1969 vs. la loi sur le divorce*, *Barreau 70*, vol. 2, n^o 7, p. 7.

58. F. HÉLEINE, *Forfaiture des donations et compétence du juge du divorce*, note sous *Klemka c. Klemka et Hachey c. Ratelle*, 1970 R.G.D. 371.

j) *Effets pécuniaires.*

59. E. F. SURVEYER, *Séparation de corps et communauté de biens*, 1953, 13 R. du B. 333.
60. J. P. LACASSE, *Les effets du divorce sur la communauté*, 1964, *Justinien*, p. 21.
61. R. COMTOIS, *Essai sur les donations par contrat de mariage*, Montréal, 1968, sp., p. 217 et s.
62. A. MAYRAND, *Conventions entre époux en prévision de leur divorce et conventions entre divorcés*, 1960, 20 R. du B. 1.

k) *Effets quant aux personnes.*

63. A. MAYRAND, *Procédure pour le rajustement du droit à la garde des enfants après la séparation des époux*, 1967, 27 R. du B. 236.

François HÉLEINE
attaché de recherches à l'O.R.C.C.