

Les Cahiers de droit



Coup d'oeil sur la loi nouvelle sur le divorce

Jean Pineau

Volume 10, numéro 1, 1969

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1004566ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1004566ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Pineau, J. (1969). Coup d'oeil sur la loi nouvelle sur le divorce. *Les Cahiers de droit*, 10(1), 61–84. <https://doi.org/10.7202/1004566ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1969

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

é
rudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

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

Coup d'oeil sur la loi nouvelle sur le divorce*

Jean PINEAU †

Bien que le Parlement fédéral possède la compétence exclusive de légiférer en matière de divorce en vertu de l'art. 91 par. 21 de l'A.A.N.B., on sait que celui-ci s'est, dans le passé, borné à modifier un système issu d'un enchevêtrement de lois anglaises et coloniales qui n'ont pas pénétré au Québec. Toutefois, les personnes domiciliées en cette province avaient la possibilité de demander au Parlement fédéral de prononcer la dissolution d'un mariage par le biais de ce que l'on appelle communément le « bill privé », et la coutume s'était établie d'accorder le divorce pour l'unique cause de l'adultère.

On se souvient de la longue, lourde et coûteuse procédure qui consistait à faire adopter par le Parlement une loi qui exigeait — comme toute loi — l'approbation en trois lectures par l'une et l'autre des deux Chambres. On se souvient également de l'indignation de certains députés qui considéraient avec raison que le mandat reçu du peuple concernait la vie de la nation et non point la triste fin du couple. C'est ainsi qu'une loi nouvelle¹ accorda au Sénat le droit d'adopter une résolution prononçant la dissolution d'un mariage, après qu'une enquête eut été effectuée par un commissaire *ad hoc*, de sorte qu'on aboutit à créer une espèce de tribunal boiteux, qui se bornait à prononcer un divorce sans en régler les effets, ces derniers étant laissés, comme dans le passé, à la discrétion des tribunaux du Québec, livrés à eux-mêmes face au vide juridique.

* [N.D.L'É. : Nous tenons à souligner que nous avons reçu ce texte au mois de septembre 1968].

† Docteur en Droit, professeur à la faculté de Droit de l'université Laval.

¹ S. C. 1963, Vol. 1, chap. 10.

Il est assez remarquable que cette loi qui instituait à Ottawa un tribunal — véritable malgré son infirmité —, fut adoptée sans grande protestation de la part des Québécois, alors que l'installation, à la même époque, d'un tribunal des divorces à Québec eût probablement soulevé l'indignation d'un grand nombre. Il est non moins remarquable que le projet de loi sur le divorce annoncé en 1967 par le ministre de la Justice d'alors, permit une floraison de commentaires souvent défavorables, alors que l'adoption de la loi par la Chambre des Communes le 19 décembre 1967 passa pour ainsi dire inaperçue, laissant curieusement sans voix les outragés de la veille !

C'est du contenu de cette loi nouvelle, sanctionnée le 1^{er} février 1968 et mise en vigueur, par proclamation, le 1^{er} juillet 1968, que nous allons tenter de donner un aperçu général et de dégager les caractères essentiels. Nous analyserons successivement les conditions, la procédure et les effets du divorce ².

SECTION I

Les conditions du divorce

Il faut déterminer les causes du divorce, mais aussi les fins de non-recevoir, c'est-à-dire les situations dans lesquelles le divorce peut ne pas être prononcé.

Par. 1 Les causes du divorce

Peut-être pourrait-on prétendre qu'il existe deux grandes catégories de causes de divorce, selon que l'on considère le divorce comme une sanction à une situation donnée ou comme un remède à une situation impossible ³.

A) Les causes du divorce-sanction

Ce sont : l'adultère, la sodomie, la bestialité ou le viol, l'homosexualité, la bigamie, la cruauté physique ou mentale.

1. L'adultère

En vertu de l'art. 3(a), l'un des conjoints peut présenter à un tribunal compétent une requête en divorce parce que, depuis la célébration du mariage, l'autre conjoint « a commis l'adultère ».

² Nous n'envisagerons pas les dispositions de droit transitoire.

³ Sur les différentes conceptions du divorce, cf. J. C. McDONALD et Lee K. FERRIER. « Breakdown of marriage ». [1967] *C.B.J.* 6.

L'adultère étant la violation du devoir de fidélité, il est normal qu'un manquement aussi grave aux règles du mariage puisse être sanctionné par le divorce. Il est également normal que l'on ne distingue plus, comme on l'a fait dans le passé à propos de la séparation de corps, entre l'adultère du mari et celui de la femme, le mari n'étant considéré comme ayant consommé l'adultère que s'il entretenait une concubine à son domicile, alors que la femme était reconnue coupable quel que soit le lieu et la fréquence de la consommation !

L'adultère étant un fait juridique, il sera prouvé par tous les moyens (sauf l'aveu, cf. *infra*), donc notamment par témoins ou simples présomptions.

2. Sodomie, bestialité, viol, homosexualité

En vertu de l'art. 3 (b), l'un des conjoints peut présenter une requête en divorce parce que, depuis la célébration du mariage, l'autre conjoint « s'est rendu coupable de sodomie, de bestialité ou de viol, ou s'est livré à un acte d'homosexualité ».

Certaines législations englobent ces actes sous la rubrique de l'adultère. Le Barreau du Nouveau-Brunswick, suivant en cela la législation de l'État de New York, avait proposé la formule suivante : est cause de divorce, « la commission d'un acte de commerce charnel ou de commerce charnel anormal faite volontairement par le défendeur, après mariage, avec une personne autre que le demandeur ou avec un animal ».

3. La bigamie

En vertu de l'art. 3 (c), l'un des conjoints peut présenter une requête en divorce parce que, depuis la célébration du mariage, l'autre conjoint « a passé par une formalité de mariage avec une autre personne ».

La monogamie étant la règle, un second mariage est bien le délit conjugal par excellence qui mérite d'être sanctionné par le divorce immédiat. L'époux innocent — du premier mariage — pourra même demander d'abord l'annulation du second mariage, puisque la bigamie est une cause d'annulation, et ensuite la dissolution du premier, puisque la bigamie est aussi une cause de divorce !

4. La cruauté physique ou mentale

En vertu de l'art. 3 (d), l'un des conjoints peut présenter une requête en divorce parce que, depuis la célébration du mariage, l'autre conjoint « a traité le requérant avec une cruauté physique ou mentale qui rend intolérable la continuation de la cohabitation des époux ».

Il est évident que la cruauté d'un conjoint envers l'autre est un manquement grave à l'engagement pris par le mari et la femme de s'aimer et de se chérir l'un et l'autre. Comme l'a écrit, dans son rapport, le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes chargé d'enquêter sur le divorce, « la cruauté peut créer des conditions intolérables au foyer, des souffrances tant physiques que mentales au conjoint lésé et une ambiance néfaste pour les enfants »⁴. Toutefois, aucune définition n'a été donnée de la cruauté physique ou mentale, ce qui d'ailleurs est peut-être préférable, cette notion pouvant varier selon les personnes et les climats . . . Ce sont donc les tribunaux qui devront en dégager les éléments, en se basant sur la jurisprudence de la Nouvelle-Écosse (province qui connaissait cette cause de divorce) et de l'Angleterre (qui dissout les mariages pour ce motif depuis plus de cent ans). Selon l'Association du Barreau canadien, la cruauté serait « une conduite propre à mettre en danger la vie et la santé de la victime conjugale ou un comportement si grossièrement insultant et intolérable que la personne qui dépose la plainte ne pourrait raisonnablement cohabiter avec un conjoint coupable d'une telle conduite »⁵. Peut-être serait-il intéressant d'établir un parallèle entre la cruauté mentale et l'injure grave.

Comme on le voit, les causes énumérées sont des états de fait qui, constituant un délit conjugal, méritent une sanction, celle-ci étant le divorce. L'agissement déterminé de l'un des époux — acte répréhensible en soi — conduit à la rupture immédiate du lien conjugal, à la désagrégation brutale de la famille. Cependant l'hypothèse de cruauté, et particulièrement celle de cruauté mentale, assure la transition avec la seconde catégorie de causes de divorce ; elle peut être, en effet, considérée parfois, comme une situation latente qui atteste l'échec du mariage. Le divorce n'est plus alors la sanction de la violation d'un devoir conjugal : il est le remède apporté à une situation devenue si intolérable qu'elle ne peut plus durer.

B) Les causes du divorce-remède

Il ne s'agit plus ici de causes constituant un délit conjugal. Ce sont, indépendamment de toute idée de faute de la part d'un époux vis-à-vis de l'autre, des situations pénibles qui ont contribué à créer entre les époux un climat détestable tel que, l'esprit communautaire n'existant plus, on aboutit à un relâchement du lien conjugal ou même à une dislocation de la famille qui se concrétise par la séparation de fait des

⁴ *Rapport sur le divorce*, Ottawa, L'imprimeur de la Reine, 1967, p. 112. (Cité : *Rapport*).

⁵ *Rapport*, p. 112.

époux. Ce mariage n'ayant plus du mariage que le nom, il est alors préférable d'en consacrer juridiquement la faillite ; or, la séparation de fait n'est-elle pas l'une des meilleures preuves de l'échec du mariage ? Le divorce sera donc le remède apporté à une union dont les conditions d'existence montrent qu'elle n'est plus viable.

La loi offre six motifs de divorce, que l'on pourrait regrouper en deux catégories, l'une comportant les causes qui impliquent la désertion du foyer conjugal par l'un des époux, l'autre comportant les causes qui impliquent un désaccord au sein du foyer.

1. La désertion du foyer

On veut entendre sous cette formulation l'hypothèse de l'emprisonnement de l'un des conjoints, celle de l'absence et celle de l'abandon.

a) l'emprisonnement

L'emprisonnement de l'un des conjoints est incontestablement une situation qui implique la séparation de fait des époux. On pourrait prétendre que les activités criminelles d'un époux doivent être sanctionnées par le divorce, le délit criminel étant en soi un délit conjugal en plus d'être criminel. Toutefois, il serait difficile de déterminer les crimes ou délits qui méritent d'être sanctionnés en outre par le divorce. C'est pourquoi il est préférable de considérer l'emprisonnement comme la séparation impérative qui met fin à la cohabitation de la même façon que l'absence ou l'abandon, consacrant ainsi l'échec du mariage.

Aussi, en vertu de l'art. 4(1)-a)-(ii), le divorce peut être demandé contre le conjoint qui a été condamné à mort ou à un emprisonnement de 10 ans ou plus — tous droits d'appel étant épuisés — et qui est demeuré en prison pendant les 2 ans, au moins, précédant immédiatement la présentation de la requête en divorce.

Dans le même esprit, en vertu de l'art. 4(1)-a)-(i), le divorce peut être demandé contre le conjoint qui, ayant été déclaré coupable d'une ou plusieurs infractions, est demeuré en prison pendant une ou plusieurs périodes d'une durée totale d'au moins 3 ans, au cours des 5 ans précédant immédiatement la présentation de la requête en divorce.

b) l'absence

En vertu de l'art. 4(1)-c), l'un des conjoints peut demander le divorce si, pendant les 3 ans au moins précédant immédiatement la présentation de la requête, il n'a pas su ou appris où se trouvait l'autre

conjoint et si, pendant toute cette période, il a été incapable de le retrouver.

C'est l'hypothèse de l'absence telle que la conçoit le Code civil : l'un des époux disparaît sans laisser d'adresse, de telle sorte que le conjoint délaissé ne sait si le « déserteur » est mort ou vivant. On sait qu'en vertu de l'art. 108 C.c., l'époux de l'absent ne peut jamais contracter un nouveau mariage sans rapporter la preuve certaine du décès de son époux absent ; désormais le remariage sera possible après avoir obtenu le divorce.

Il est évident que le départ de l'un des époux consacre la faillite du mariage et qu'une absence prolongée — d'au moins 3 ans — de l'un des époux, signifie la dislocation complète et définitive de la famille.

c) l'abandon

Le raisonnement est ici le même. Celui qui abandonne son conjoint pendant une certaine période de temps entend démontrer qu'il ne veut plus mener une vie commune ; c'est une situation de fait qu'il convient de constater juridiquement : l'échec du mariage est total. Certes, le conjoint abandonné pourra demander le divorce sur la base de l'art. 4(1)-e)-(i). Mais le législateur va beaucoup plus loin. L'art. 4(1)-e)-(ii) permet à celui qui a abandonné son conjoint de demander le divorce sur la base de sa propre turpitude, lorsque la requête est présentée après cinq ans au moins d'abandon : « à cause de l'abandon de l'intimé par le requérant, pendant les 5 ans, au moins, précédant immédiatement la présentation de la requête ». En cette hypothèse, c'est la victime qui sera défenderesse et non point demanderesse ! On peut trouver étrange une telle situation, mais elle s'inscrit dans l'idée directrice de cette législation : l'échec du mariage conduit au divorce.

Les trois situations envisagées — emprisonnement, absence, abandon — sont extrêmement simples et nettes : ce sont des états de fait facilement vérifiables, qui ont duré pendant un certain temps, et cette permanence dénote une dislocation de fait qu'il convient de transformer en rupture de droit.

2. *Le désaccord au sein du foyer*

La loi prévoit trois autres motifs de divorce également basés sur la séparation de fait, mais qui sont davantage la marque d'un désaccord grave que d'une véritable désertion du foyer. Ce sont la séparation proprement dite, la non-consommation du mariage et l'alcoolisme ou toxicomanie.

a) la séparation

En vertu de l'art. 4 (1) -e) - (i), le divorce peut être demandé lorsque les conjoints ont vécu séparés l'un de l'autre pendant au moins 3 ans. Les raisons de cette séparation ne sont pas spécifiées : elles peuvent être diverses.

Ce peut donc être une séparation de corps vieille d'au moins 3 ans, l'internement de l'un des époux dans un hôpital psychiatrique, la simple séparation provoquée par l'impossibilité pour les époux de mener plus longtemps une vie commune. Les époux ou l'un des époux ont décidé de ne plus vivre ensemble, car ne pouvant plus se supporter l'un l'autre, leur union n'existe plus. Une telle séparation qui a duré au moins 3 ans permet de présumer l'échec du mariage. Le divorce sera alors le remède à une telle situation (cela comprend l'hypothèse de l'époux abandonné, hypothèse inverse de celle envisagée par l'art. 4 (1) -e) - (ii)).

Il faut remarquer que la loi n'a pas prévu que la folie ou la maladie incurable pût être une cause de divorce, comme certains le demandaient. Mais il semble que la formulation de l'art. 4 (1) -e) - (i) soit telle qu'elle permette de l'envisager. Si, en effet, une personne atteinte de folie demeure internée pendant une période de plus de 3 ans et s'il se révèle que cette maladie est incurable, le tribunal devra bien en venir à la conclusion que la vie commune est devenue impossible et que ce terrible mal a provoqué la faillite du mariage.

D'autre part, l'art. 9 (3) apporte une précision sur l'interruption de la séparation au cours du délai de 3 ans. Si l'un des conjoints devient incapable de continuer de vivre séparé de l'autre ou s'il devient incapable de vivre séparé de l'autre de sa propre volonté, la période de séparation ne doit pas être considérée comme interrompue ou terminée dans la mesure où il apparaît au tribunal que la séparation se serait prolongée si ce conjoint n'avait pas fait preuve de cette faiblesse mentale (art. 9 (3) -a).

De la même façon, la période de séparation ne doit pas être considérée comme interrompue ou terminée « du seul fait qu'il y a eu reprise de la cohabitation par les conjoints pendant une seule période d'au plus 90 jours principalement en vue de la réconciliation ». Par conséquent, un rapprochement des époux — pendant au plus 90 jours — destiné à favoriser une réconciliation (ou peut-être une entente sur certains problèmes tels que la garde des enfants ou le montant de la pension alimentaire : une telle interprétation pourrait se déduire de la présence de l'adverbe « principalement » dans le dernier membre de phrase de l'art. 9 (3) -b/), n'interromprait pas le cours de la séparation : s'il en était autrement, les époux refuseraient les tentatives de réconciliation afin de ne pas perdre le bénéfice du temps déjà écoulé.

b) la non-consommation du mariage

S'il est vrai que la non-consommation du mariage est une cause de nullité du mariage en droit canonique, on sait qu'elle n'en est pas une en droit civil, la procréation n'étant pas considérée par le droit civil comme la fin unique du mariage. Toutefois, on ne peut pas nier que l'union est bien imparfaite si le mariage n'a pas été consommé. Si la non-consommation résultait du refus obstiné de l'un des conjoints, on pourrait peut-être prétendre qu'il y a là cruauté de la part de l'époux récalcitrant ; mais ce refus pourrait être aussi le résultat d'une incapacité psychologique qui ne revêt pas le caractère d'un délit conjugal. Le législateur semble donc avoir préféré ne faire aucune distinction entre les motifs et considérer la non-consommation comme un échec du mariage, qu'elle soit le résultat d'un refus ou d'une maladie ou d'une invalidité.

Aussi l'art. 4(1)-d) dispose que le divorce peut être demandé lorsque le mariage n'a pas été consommé, contre celui qui, pendant une période d'un an, au moins, a été incapable de consommer le mariage, à cause de maladie ou d'invalidité, ou a refusé de le consommer.

On pourrait donc croire qu'une telle situation suffit à prouver que la vie commune est devenue impossible et que ce mariage est un échec. Il faut cependant tenir compte de la formulation de l'art. 4(1) : « un conjoint peut présenter une requête en divorce à un tribunal lorsque les conjoints vivent séparés l'un de l'autre, parce que leur mariage a subi une rupture définitive à cause de l'une ou plusieurs des circonstances suivantes . . . » : la non-consommation. Cela signifie que la non-consommation doit être accompagnée d'une séparation de fait, pour qu'elle puisse être une cause de divorce ; toutefois, la durée de cette séparation n'a pas été fixée par le législateur. On imagine mal qu'un tribunal prononce le divorce sur cette base, dans l'hypothèse où l'action serait exercée un an et une semaine après la célébration de ce mariage qui n'a pas été consommé, alors que la séparation des époux ne daterait que de la semaine précédant la présentation de la requête en divorce ! Il semble donc que le tribunal aura, devant une telle situation, un large pouvoir d'appréciation sur le caractère raisonnable du délai de séparation.

c) l'alcoolisme ou toxicomanie

La séparation de fait provoquée par l'alcoolisme ou la toxicomanie chroniques et incurables est également la preuve de la faillite du mariage. L'alcoolisme ou la toxicomanie n'est pas en soi un délit conjugal méritant d'être sanctionné par le divorce, encore que parfois on pourrait assimiler cet état à celui de cruauté ; toutefois, ce sont des règlements qui s'apparentent plus à la maladie qu'à la conduite coupable de l'individu.

Ce n'est donc pas le mal en soi qu'il faut retenir, mais les effets que ce mal peut avoir sur l'union conjugale.

Aussi, en vertu de l'art. 4(1)-b), le divorce peut être demandé contre celui qui, pendant les 3 ans, au moins, précédant immédiatement la présentation de la requête, s'est adonné à l'alcool ou à un stupéfiant, et qui n'a aucun espoir raisonnable de réhabilitation dans un délai raisonnablement prévisible. Il s'agit donc de l'alcoolique ou toxicomane invétéré et irrécupérable dont le mal datant d'au moins 3 ans a provoqué la séparation des époux et, par conséquent, la faillite du mariage. Comme dans l'hypothèse de non-consommation, il semble que le tribunal ait un large pouvoir d'appréciation quant à la durée de la séparation. [Les stupéfiants dont il s'agit sont ceux énumérés dans la Loi sur les stupéfiants (S.C. 1960-61, chap. 35)].

Dans les hypothèses envisagées sous la rubrique « causes de divorce — remède », on constate donc qu'il s'agit de situations particulières caractérisées par la séparation de fait entre les époux, depuis une certaine période de temps, séparation qui est un indice sérieux de mésentente et de cohabitation impossible. La famille est déjà disloquée et le divorce ne sera que la consécration juridique d'une rupture déjà consommée. Lorsque l'existence de l'une de ces circonstances a été établie, l'art. 4(2) dispose que « la rupture définitive du mariage à cause de ces circonstances est censée avoir été établie ».

Cependant, il existe des situations devant lesquelles le tribunal doit refuser de prononcer le divorce. Ce sont des fins de non-recevoir.

Par. 2 Les fins de non-recevoir

On peut distinguer les fins de non-recevoir applicables à la requête en divorce basée sur l'une quelconque des causes énumérées par la loi, celles qui sont applicables à la requête basée sur l'une des causes énumérées dans l'art. 3 et celles qui sont applicables à la requête basée sur l'une des causes énumérées dans l'art. 4.

A) Les fins de non-recevoir applicables à toute cause

En vertu de l'art. 9(1)-a), le tribunal saisi d'une requête en divorce doit « refuser de prononcer un jugement fondé sur le consentement, les admissions ou le défaut des conjoints ou de l'un d'eux . . . »

Cette disposition vise à interdire le divorce par consentement mutuel ; la dissolution du mariage est un fait bien trop grave pour qu'on puisse permettre aux époux de divorcer sans motif majeur et selon leur

bon plaisir : ce serait ramener le mariage au niveau du concubinage ou de l'union libre. C'est pourquoi les admissions, les aveux des époux ou de l'un d'eux ne seront pas suffisants à eux seuls, ni même le défaut de l'un des époux ; il serait alors facile aux époux désirant divorcer alors qu'ils n'ont aucune raison grave à invoquer, de contourner l'interdiction du divorce par consentement mutuel.

C'est dans le même esprit que le législateur exige du tribunal — dans l'art. 9-b) — qu'il s'assure de l'absence de collusion relativement à la requête. Si le tribunal découvre qu'il y a eu collusion dans la présentation de la requête ou au cours du procès, il devra rejeter la requête. Cependant le législateur aurait-il, peut-être, dû préciser ce qu'il faut entendre par collusion. En effet, tout le monde s'entend pour admettre que personne ne s'entend sur le sens qu'il faut donner au terme « collusion ». La loi nouvelle n'aidera guère à apporter quelque lumière : elle ne pourra que jeter, dans ce domaine, un peu plus de confusion dans les esprits. Il ne faut pas confondre, en effet, collusion et connivence. La collusion a été définie comme désignant « un marché louche pour souder la partie présentant la demande » ou encore comme pouvant « viser à supprimer une défense ou à fausser les faits ». Selon le Comité spécial du Parlement, « la collusion suppose une entente louche ou délictueuse à laquelle le demandeur est partie pour obtenir un divorce par une fraude ou une supercherie commise envers le tribunal, afin de pervertir le cours de la justice, ou par la subornation du défendeur ou du codéfendeur afin de priver le tribunal de l'occasion d'entendre ce qui peut être la vérité »⁶. La connivence, d'autre part, « se produit dans les cas où le conjoint demandeur encourage la perpétration du délit matrimonial, y consent ou la facilite, devenant ainsi complice du délit »⁷. La connivence est donc la manifestation d'un consentement donné à l'illicéité de l'acte sur lequel on se base pour demander le divorce, ce qui équivaldrait, en notre hypothèse, à un divorce par consentement mutuel. L'art. 9(1)-b) ne vise que la collusion, agissement frauduleux et malhonnête de la part d'une partie à l'égard de l'autre et du tribunal.

B) Les fins de non-recevoir applicables aux causes énumérées dans l'art. 3

On en compte deux : la connivence et le pardon (art. 9) 1)-c)).

Lorsque le divorce est demandé pour l'une des causes du divorce-sanction (art. 3), la connivence entre les époux est un empêchement au divorce. Cela procède de l'idée évoquée précédemment : accepter le

⁶ *Rapport*, p. 32.

⁷ *Ibidem*, p. 34.

divorce en une telle hypothèse serait accepter le divorce par consentement mutuel⁸.

De la même façon, le pardon est un empêchement au divorce-sanction : on imagine fort bien que l'époux innocent puisse pardonner l'adultère ou la bestialité ou la cruauté de son conjoint (on imagine mal, cependant, qu'il puisse lui pardonner sa qualité de bigame !) et il est normal que cet adultère ne puisse pas être une cause de divorce, six ans après sa commission ! Le tribunal devra donc, selon les circonstances de l'espèce, s'assurer qu'il n'y a pas eu de pardon de la part du demandeur afin de prononcer le divorce. S'il lui apparaît, au contraire, que le demandeur avait accordé son pardon à son conjoint, le tribunal pourra refuser de prononcer le divorce sur cette base. (Cf. la définition donnée du pardon, dans l'art. 2-d)).

Toutefois, connivence et pardon ne sont pas des empêchements absolus au divorce ; ce pourrait être dangereux s'il en était autrement et si le tribunal n'avait pas un large pouvoir d'appréciation. Cela se comprend aisément lorsqu'il s'agit d'examiner l'existence ou l'absence d'un pardon. Si donc le tribunal est d'avis, conformément à l'art. 9(1)-c) *in fine*, « que l'intérêt public serait mieux servi si le jugement demandé était rendu », il prononcera le divorce. En effet, l'époux innocent peut avoir eu momentanément le louable désir de pardonner, sans être cependant capable d'aboutir à l'absolution définitive, ce qui rendra la vie commune impossible. On peut s'interroger, cependant, sur le sens qu'il faut donner à « intérêt public » : l'intérêt public peut-il trouver avantage à ce que le divorce de telles personnes soit prononcé ?

Peut-on raisonner de la même façon dans l'hypothèse de connivence ? N'est-ce pas là ouvrir une porte au divorce par consentement mutuel ?

C) Les fins de non-recevoir applicables aux causes énumérées dans l'art. 4

Il y a deux séries de fins de non-recevoir, dominées par l'idée de réconciliation et par celle de protection des intérêts du conjoint ou des enfants.

1. La possibilité d'une réconciliation

En vertu de l'art. 9(1)-d), lorsqu'un jugement est demandé sur la base de l'art. 4 (les causes de divorce-remède), le tribunal doit « refuser de prononcer le jugement demandé s'il y a un espoir raison-

⁸ Cf. H. L. CARTWRIGHT. « Connivence — Some recent decisions » (1951) 29 *R. du B. Can.* 203.

nable de cohabitation ou de reprise de la cohabitation dans un délai raisonnablement prévisible ». Cette disposition procède de l'esprit de la loi tout entière qui considère le divorce comme un mal nécessaire que l'on doit éviter toutes les fois qu'on le peut : toute la procédure est orientée en ce sens. Pour prononcer le divorce, le tribunal doit avoir épuisé tous les moyens de réconciliation possibles. S'il appert au tribunal qu'il est permis d'espérer une réconciliation dans un délai raisonnable, il devra alors refuser de prononcer le jugement de divorce.

2. La protection des intérêts du conjoint et des enfants

a) l'intérêt des enfants

En vertu de l'art. 9(1)-e), le tribunal doit refuser de prononcer le jugement demandé sur la base de l'art. 4, « lorsqu'il y a des enfants du mariage et que le jugement demandé serait préjudiciable à la conclusion d'accords raisonnables pour leur entretien ».

C'est une autre précaution que doit prendre le tribunal. Les enfants du mariage ne doivent pas souffrir de façon inconsidérée de la situation conjugale désastreuse de leurs parents, tout au moins en ce qui concerne leur entretien. C'est pourquoi le tribunal doit s'enquérir au préalable des possibilités d'accords sur le plan matériel, afin que les enfants puissent être « entretenus » de façon raisonnable ; s'il apparaissait au tribunal que le divorce entraînerait des conséquences fâcheuses pour l'enfant quant à son entretien, le divorce ne pourrait pas être prononcé. Il importe de noter, cependant, que la loi définit ce qu'il faut entendre par « enfants du mariage » : « enfants du mariage » désigne tout enfant des conjoints, qui, à l'époque pertinente, est âgé de moins de seize ans, ou est âgé de seize ans ou plus et qui est à la charge des conjoints mais ne peut, à cause de maladie ou invalidité ou pour une autre cause, cesser d'être à leur charge ou se procurer de lui-même les nécessités de la vie » (art. 2-b). Ainsi est exclu l'enfant en bonne santé, de plus de 16 ans, qui voudrait, par exemple, s'inscrire à l'université !

b) l'intérêt du conjoint

En vertu de l'art. 9(1)-f), le tribunal doit refuser de prononcer le jugement sur la base de l'art. 4(1)-e) (la séparation de fait), « lorsque ce dernier serait trop dur ou injuste pour l'un des conjoints ou serait préjudiciable à la conclusion des accords raisonnables qui sont nécessaires dans les circonstances en vue de l'entretien de l'un des conjoints ».

Le tribunal, en effet, doit agir avec discernement et prendre en considération la situation financière des conjoints et, en particulier, celle

de la femme. Si le divorce et le désaccord des époux devaient entraîner des conséquences pécuniaires catastrophiques pour le conjoint démuné, le tribunal devrait refuser de le prononcer : il doit veiller à ce que sa décision n'entraîne pas de difficultés injustes ou indues pour les époux et ne soit trop rigoureuse ni pour le conjoint qui doit verser la pension ni pour celui qui doit la recevoir.

La discrétion accordée au tribunal et son rôle de médiateur se retrouvent dans tout le système procédural.

SECTION II

La procédure de divorce

Toute la procédure est dominée par l'idée qu'un divorce ne doit être prononcé que lorsqu'il ne peut pas en être autrement. C'est pourquoi la loi exige que le divorce connaisse deux phases procédurales : une première phase préalable au procès et une seconde phase qui est le procès lui-même.

Par. 1 Les préliminaires

Tous les moyens seront mis en œuvre pour éviter la désagrégation de la famille. Aussi les préliminaires se décomposent en deux périodes qui se concrétisent d'abord par l'intervention de l'avocat, puis par celle du tribunal.

A) Intervention de l'avocat

Il suffit, semble-t-il, de citer l'art. 7 de la loi :

- « 1. Tout avocat qui accepte de représenter un requérant ou un intimé quant à une requête en divorce en vertu de la présente loi, sauf quand les circonstances en l'espèce sont telles qu'il ne serait, de toute évidence, pas approprié de le faire, devra :
 - a) attirer l'attention de son client sur les dispositions de la présente loi qui ont pour objet d'amener, lorsque c'est possible, les époux à se réconcilier ;
 - b) renseigner son client sur les services de consultation ou d'orientation matrimoniales qu'il connaît et qui pourraient accepter d'aider le client et son conjoint en vue de les amener, si possible, à se réconcilier ; et
 - c) discuter avec son client de la possibilité de sa réconciliation avec son conjoint.
- 2. Toute requête en divorce présentée devant un tribunal par l'avocat du requérant doit contenir une déclaration de cet avocat attestant qu'il a satisfait aux exigences du présent article ».

On veut croire que ce vœu du législateur se réalisera et qu'il ne demeurera pas à l'état de vœu pieux. On veut croire également que la déclaration de l'avocat ne sera pas de pure forme. De toutes façons, on espère que la tentative avortée de l'avocat sera reprise avec plus de bonheur par le tribunal, puisque celui-ci va devoir s'atteler à la même tâche après que l'avocat eut échoué.

B) Intervention du tribunal

Le législateur, en effet, espère davantage du tribunal, dans son rôle de médiateur. Mais avant d'analyser son rôle, il convient de déterminer qui a le droit d'exercer une action en divorce et quel tribunal est compétent à recevoir une requête en divorce.

1. Les parties à l'action

Le divorce — comme le mariage — est un acte à caractère essentiellement personnel. Il est donc normal que l'action en divorce ne puisse être intentée ni par les héritiers de l'un des époux, ni par des tiers qui y auraient intérêt. Nul autre que l'un des époux (ou les époux) ne peut exercer ce recours.

On pourrait, cependant, se demander si les héritiers de l'un des époux pourraient continuer l'action qui a été commencée par cet époux avant de mourir. Si l'on se réfère à la situation identique que l'on peut rencontrer dans le cadre de la séparation de corps, il serait logique d'adopter l'attitude de Mignault qui permet aux héritiers de l'époux demandeur de continuer l'action et qui permet également au demandeur de poursuivre contre les héritiers de l'époux défendeur⁹.

Il convient aussi de poser le problème de l'incapacité de l'un des époux. La première hypothèse à envisager est celle de l'époux mineur. Que celui-ci soit demandeur ou défendeur, il est émancipé du fait même du mariage ; or, nous savons que le curateur au mineur émancipé n'a aucun contrôle sur la personne de celui-ci (art. 340 C.c.) et que son assistance semble se borner aux actions immobilières (art. 320 C.c.). Nous devons en conclure que le mineur émancipé par le mariage n'a besoin d'aucune aide pour exercer une action en divorce (malgré une jurisprudence de première instance, mouvante en matière de séparation de corps).

La seconde hypothèse est celle de l'interdit. En vertu de l'art. 343, le curateur à l'interdit pour imbecillité, démence ou fureur, a sur la

⁹ Cf. P. B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, Montréal, Théorèt, 1896, t. 2, pp. 21-24.

personne de cet interdit tous les pouvoirs du tuteur sur la personne du mineur. On conçoit mal que ce curateur puisse demander le divorce au nom de l'interdit, le caractère essentiellement personnel de cette action s'y opposant ; mais on peut imaginer que, dans un moment de lucidité, l'interdit exerce cette action, assisté de son curateur. Si l'on admet la possibilité pour l'interdit de se marier dans un intervalle de lucidité malgré la formulation de l'art. 334 al. 2 C.c., il serait gênant de lui refuser la possibilité de divorcer assisté de son curateur ; toutefois, cette assistance nous paraît nécessaire afin de ne pas être en contradiction avec l'art. 343 et permettre à ce curateur de tenir son rôle. Il devrait en être de même lorsque l'interdit est défendeur.

Mais s'il s'agit d'un interdit pour une cause autre que la démence, le caractère essentiellement personnel de l'action domine à nouveau et cet interdit pourra agir seul ; d'ailleurs, l'art. 343 al. 2 précise effectivement que le curateur à l'interdit pour prodigalité ou pour ivrognerie n'a de pouvoirs que sur les biens de celui-ci.

2. Le tribunal compétent

Ce sont les art. 5 et 6 qui règlent le problème. Il faut retenir de ces dispositions que le tribunal compétent sera celui du domicile des époux. Toutefois, afin d'éviter toute difficulté quant à l'établissement du domicile des parties, le législateur a préféré abandonner la notion classique de domicile pour faire appel à celle de résidence. Sera compétent le tribunal du district où « le requérant ou l'intimé a ordinairement résidé dans cette province pendant une période d'au moins 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 ».

C'est donc une résidence d'au moins un an — dont dix mois effectifs — qui déterminera le tribunal compétent. Cependant, parce que le domicile des époux est celui du mari, certaines difficultés risquent de surgir lorsque le mari est parti sans laisser d'adresse, ou bien lorsqu'il est allé simplement vivre dans un autre district judiciaire ou dans une autre province ou à l'étranger, ou tout simplement lorsque les époux sont séparés de fait. La femme ne pourra-t-elle exercer l'action que dans le district judiciaire où se trouve le « domicile » du mari, tel que défini par l'art. 5(1)-b), c'est-à-dire le lieu où il réside depuis au moins un an ?

L'art. 6(1) répond à la question : « ... le domicile d'une femme mariée doit être déterminé comme si elle n'était pas mariée et, si elle est mineure, comme si elle avait atteint sa majorité ». Ainsi la femme mariée pourra présenter une requête en divorce au tribunal du district

judiciaire dans lequel elle réside depuis au moins un an, malgré la règle qui veut que son domicile soit celui de son mari si, bien sûr, elle est mariée, et la règle qui veut que le domicile d'un mineur soit celui de son père, si elle est mineure (l'art. 6 (2) règle de la même façon le problème qui pourrait se soulever en droit international privé, quant à la détermination du domicile de la femme mariée, majeure ou mineure)¹⁰.

C'est dire que dans l'hypothèse où les époux sont séparés de fait, l'un vivant à Québec, par exemple, et l'autre à Toronto, deux tribunaux seront compétents. L'art. 5 (2) règle le cas où ces deux tribunaux seraient saisis, l'un par le mari l'autre par la femme, deux tribunaux ne pouvant pas statuer sur la même affaire : le tribunal saisi le premier sera compétent (sauf désistement dans les 30 jours de la présentation de la requête), mais si les deux requêtes ont été présentées à la même date et qu'il n'y ait eu aucun désistement, la Division des divorces de la Cour de l'Échiquier aura alors compétence exclusive. [Il faut ajouter qu'au Québec la Cour Supérieure a été déclarée compétente par proclamation du gouverneur en conseil, sur la recommandation du lieutenant-gouverneur en conseil du Québec].

3. *La médiation du tribunal*

Après que l'avocat ait échoué dans sa tentative de réconciliation, après que la requête en divorce ait été présentée au tribunal compétent, mais avant que ne débute le procès proprement dit et notamment l'audition de la preuve, ledit tribunal va essayer auprès des malheureux époux de se montrer plus persuasif que ne le fut l'avocat et examiner à son tour s'il y a ou non possibilité de réconciliation (art. 8). On ne peut pas prétendre catégoriquement que le tribunal ajoute désormais à ses fonctions traditionnelles celle de raccommodeur de ménages, mais il doit user de sa perspicacité et de sa clairvoyance pour apprécier la probabilité ou l'improbabilité d'un armistice ou même d'une paix.

Si par les questions qu'il pose aux conjoints — et surtout par la réponse de ceux-ci — le tribunal considère que tout est consommé, alors le véritable procès débutera. S'il décèle au contraire un espoir d'entente prochaine, il devra ajourner les procédures pour donner aux conjoints l'occasion de se réconcilier et, s'il l'estime utile, il devra désigner une personne qualifiée qui aura mission d'aider les conjoints à se redécouvrir ! C'est donc à ce stade de la procédure qu'interviennnent les experts en

¹⁰ Sur les problèmes de domicile en droit international privé, cf. Gordon BALE. « Divorce jurisdiction : the need for reform » (1968) XVIII *University of Toronto Law Journal*, p. 73 ; D. MENDES DA COSTA. « Some comments on the conflict of laws provisions of the Divorce Act 1968 », [1968] *R. du B. Can.* 252.

orientation matrimoniale : le législateur fait ici preuve de bonne volonté et de bonne conscience, de la même façon qu'un grand nombre d'associations préoccupées par les problèmes conjugaux. Il ne faut pas présumer de l'inefficacité de ces spécialistes (qu'il reste à trouver), mais il ne faut pas s'attendre non plus à des miracles ! Lorsqu'à compter de la date de l'ajournement, quatorze jours au moins se sont écoulés et que l'un des conjoints demande au tribunal la reprise des procédures, le rôle de médiateur attribué au tribunal cesse et les procédures reprennent.

Par. 2 Le procès

Dès le début du procès et avant toutes choses, le tribunal pourra être amené à prendre des mesures provisoires, destinées à régler certains problèmes particuliers qui exigent une solution avant la fin de l'instance. Ensuite, le procès se déroulera normalement pour aboutir à un jugement.

A) Les mesures provisoires

Elles concernent la cohabitation des époux, les questions relatives aux enfants et la pension alimentaire.

1. La cohabitation

On sait que le mariage implique la cohabitation, que la femme est obligée — en vertu de l'art. 175 C.c. — d'habiter avec le mari et que celui-ci est tenu de la recevoir. Or, il est normal que, pendant l'instance en divorce, les époux ne vivent pas sous le même toit ; si l'obligation de cohabitation était maintenue à une telle période de la vie des époux, on pourrait craindre le pire ! Si donc les époux ne sont pas déjà séparés de fait, l'un d'eux pourra demander à être relevé de son obligation et le tribunal pourra rendre une ordonnance à cette fin (art. 10-c)). C'est une mesure que l'on a déjà rencontré dans le cadre de la séparation de corps.

2. Les enfants du mariage

De la même façon que dans le cadre de la séparation de corps, le tribunal peut rendre une ordonnance « aux fins de l'entretien et de la garde, de l'administration et de l'éducation des enfants du mariage en attendant que la requête ait été entendue ou jugée » (art. 10-b)). C'est l'intérêt de l'enfant qui dictera au tribunal, sa décision : « l'enfant du mariage, étant — conformément à l'art. 2-b) — celui qui est âgé de moins de 16 ans ou qui, âgé de 16 ans ou plus, n'est pas en mesure « de se procurer de lui-même les nécessités de la vie », c'est-à-dire qui n'est

pas en mesure de faire face aux exigences de la vie. Le tribunal désignera donc celui des époux qui aura la garde provisoire de l'enfant et éventuellement fixera provisoirement une pension alimentaire destinée à assurer l'entretien et l'éducation de l'enfant.

3. La pension alimentaire

Là encore, comme dans le cadre de la séparation de corps, le tribunal pourra rendre une ordonnance fixant le montant d'une pension alimentaire destinée à l'entretien du conjoint qui se trouve démuní du fait de la séparation provisoire. C'est évidemment le mari qui le plus souvent sera amené à verser à sa femme cette pension alimentaire, dont le montant sera fixé en fonction des moyens et des besoins du débiteur et du créancier. Il faut remarquer que l'on dissocie la pension octroyée au conjoint qui se trouve dans le besoin, de celle qui est destinée à l'entretien et l'éducation des enfants.

B) L'enquête et le jugement

1. L'enquête

C'est alors que le tribunal procédera à l'audition de la preuve. L'art. 20(1) précise que les lois de la preuve de la province s'appliquent à la procédure en divorce. Ainsi un procès en divorce se déroule comme n'importe quel autre procès du point de vue de la preuve. Toutefois, il importe de se rappeler que les admissions des conjoints ou de l'un d'eux ne peuvent être admises, conformément à l'art. 9(1)-a).

D'autre part, il est important de retenir l'art. 21. D'abord, « la preuve d'une chose dite, d'une admission faite ou d'un renseignement fourni au cours d'une tentative effectuée aux fins d'aider les conjoints à se réconcilier, n'est admissible dans aucune procédure judiciaire » (art. 21(2)). De la même façon, une personne désignée aux fins d'aider les conjoints à se réconcilier, « n'a pas compétence, dans des procédures judiciaires, pour révéler une admission qui lui a été faite ou des renseignements qui lui ont été fournis en cette qualité » (art. 21(1)). S'il n'en était pas ainsi, on pourrait craindre que les conjoints demeurent sur la défensive, face au conciliateur ou face à « l'orientateur », ce qui risquerait de rendre inefficaces les tentatives de réconciliation entreprises. Ce qui a été dit ou admis, lors de la phase de médiation, ne pouvant être utilisé au procès, il y a tout lieu de croire ou d'espérer que les conjoints se conduiront alors sans arrière-pensée. [L'art. 20(2) règle la procédure dans l'hypothèse où le litige est débattu devant la Division des divorces de la Cour de l'Échiquier].

2. Le jugement

Le tribunal va donc devoir prononcer son jugement ; celui-ci, cependant, franchira plusieurs étapes avant de devenir définitif et de pouvoir être exécuté.

a) les étapes du jugement

Le tribunal rendra un jugement d'abord conditionnel qui pourra éventuellement faire l'objet d'appels, et ce jugement conditionnel se transformera ultérieurement en jugement irrévocable.

i – Le jugement conditionnel et les appels.

Le législateur a adopté quant au prononcé du jugement de divorce, un processus qui peut paraître étrange. En effet, le jugement rendu à l'issue du procès sera un « jugement conditionnel » qui demeurera en cet état pendant au moins les trois mois suivant la date à laquelle il a été prononcé (art. 13 (1)). Même si les parties au procès n'ont pas l'intention de faire appel de ce jugement, celui-ci ne deviendra pas irrévocable avant l'expiration de ce délai minimum de trois mois ; toutefois, le tribunal aura la discrétion de raccourcir ce délai s'il estime que l'intérêt public ou l'intérêt des parties l'exigent (art. 13 (2)).

La raison de ce système de jugement à deux étapes semble pouvoir être découverte dans l'art. 13 (3) : « lorsqu'un jugement conditionnel de divorce a été prononcé mais n'est pas devenu irrévocable, toute personne peut exposer au tribunal des raisons pour lesquelles le jugement ne devrait pas devenir irrévocable, du fait qu'il a été obtenu par collusion, du fait de la réconciliation des parties ou de tous autres faits pertinents ». Tous est permis, en effet, pour retarder le divorce : d'abord on espère toujours une réconciliation, ou bien on est toujours prêt à prendre en considération des éléments ignorés jusqu'alors ; en outre, la collusion dont le tribunal n'a pas pu se rendre compte au cours du procès, peut apparaître plus facilement ou être connue après le procès. Toute personne aura la possibilité de venir dénoncer au tribunal les faits qui peuvent apporter un éclairage nouveau. Le tribunal pourra, alors, par ordonnance, rescinder le jugement conditionnel, ou ordonner un complément d'enquête ou rendre toute autre ordonnance appropriée.

Cependant, le jugement conditionnel est susceptible d'appel, comme tout jugement de première instance (art. 17 (1)). Cet appel sera formé « par la production d'un avis d'appel au greffe de la Cour d'Appel au plus tard quinze jours après que le jugement ou l'ordonnance frappés d'appel ont été rendus » (art. 17 (3)). On remarque que ce délai d'appel

est plus court que celui prévu normalement par le Code de procédure civile (l'art. 494 C.p.c. prévoit un délai de 30 jours) mais exceptionnellement il pourra être prolongé par ordonnance de la Cour d'Appel (art. 17(4)). Une fois saisie dans le délai prescrit, celle-ci rejettera l'appel ou au contraire y fera droit (art. 17(2)).

Enfin, la décision de la Cour d'Appel pourra elle-même faire l'objet d'un appel sur une question de droit devant la Cour Suprême, la permission d'interjeter appel pouvant être accordée dans les trente jours du jugement ou de l'ordonnance frappés d'appel (art. 18).

Dans l'hypothèse où l'une des parties ferait appel du jugement conditionnel, il serait fort surprenant que ne s'écoulent point trois mois entre la date du jugement conditionnel et celle de l'arrêt de la Cour d'Appel. Dans l'hypothèse, au contraire, où aucune des parties n'a fait appel, soit parce que tel était leur désir soit parce que l'appel n'a pas été interjeté dans le délai, le jugement devra demeurer « conditionnel » pendant au moins trois mois, sauf décision contraire du tribunal, ce qui permettra, a-t-on dit, une « revision » éventuelle de ce jugement. La première étape du jugement de divorce est désormais franchie.

ii – Le jugement irrévocable.

Au-delà de ce délai de trois mois, ou bien après que tous les droits d'appel du jugement conditionnel aient été épuisés, la partie en faveur de laquelle le jugement conditionnel a été prononcé pourra demander au tribunal de donner à ce jugement conditionnel la qualité de jugement « irrévocable ». C'est alors que la rupture est véritablement irréversible et que le lien matrimonial est définitivement dissous. En effet, en vertu de l'art. 16, un second mariage n'est possible qu'après l'obtention d'un jugement irrévocable de divorce. Si cette partie n'agit pas, celle qui a succombé à l'action pourra demander au tribunal de rendre le jugement irrévocable ; cette demande pourra être formulée après un mois suivant le premier jour où celui qui a obtenu gain de cause aurait pu faire une telle demande (art. 13(4)). L'inaction du « vainqueur » pourrait, en effet, empêcher le « vaincu » de se remarier.

On peut s'interroger sur l'intérêt d'un jugement obtenu en deux étapes : on complique, on allonge la bataille juridique entre deux époux décidés à ne plus vivre ensemble, on augmente évidemment les frais. Est-ce vraiment là un moyen efficace, destiné à détourner les époux d'un procès essouffant ? D'autre part, un tel système peut conduire à s'interroger sur le point de départ des effets du jugement : ces effets se produiront-ils à compter du jugement conditionnel ou du jugement irrévocable ? Il semble que ce soit la date du jugement conditionnel qui doive

être prise en considération (sauf pour le remariage) ; toutefois, la possibilité pour le tribunal qui a rendu le jugement conditionnel de « reviser » ledit jugement tant qu'il n'a pas été déclaré irrévocable, est source de difficultés quant aux biens des époux, dans leurs rapports entre eux et dans leurs rapports avec les tiers, dans la mesure où ces époux tarderaient à demander au tribunal de transformer ce jugement conditionnel en jugement irrévocable.

b) l'exécution du jugement

Il suffit de mentionner qu'un jugement de divorce et les ordonnances rendues relativement aux effets du divorce sont exécutoires partout au Canada (art. 14) ; l'exécution de ces derniers peut être soumise à des règles de pratique établies par la Cour Supérieure ou la Cour d'Appel.

SECTION III

Les effets du divorce

On distinguera les effets relatifs à la personne des époux et ceux qui concernent les biens des époux.

Par. 1 Les effets relatifs à la personne des époux

Le divorce est la rupture du lien conjugal du vivant des deux époux ; c'est dire que le mariage cesse de produire ses effets et qu'il est dissous pour l'avenir. On remarque, dès lors, la différence fondamentale entre le divorce et l'annulation du mariage, celle-ci effaçant de façon rétroactive le mariage comme s'il n'avait jamais existé (sous réserve de l'hypothèse du mariage déclaré putatif). Les époux devenant étrangers l'un à l'autre, chacun d'eux est libre de se remarier ; toutefois l'art. 16 exige, pour qu'un second mariage soit permis, que le jugement de divorce ait été déclaré irrévocable.

Cette réserve étant faite, le divorce que prononce un jugement conditionnel produit certains effets, à partir du moment où tous les droits d'appel ont été épuisés. Ainsi, la femme perd le nom de son ex-mari ; elle n'est plus domiciliée chez son ex-mari ; les liens d'alliance, c'est-à-dire les liens avec la famille du conjoint disparaissent ainsi que les obligations de fidélité, secours et assistance.

A l'égard des enfants, l'exercice de la puissance paternelle n'appartient plus théoriquement au seul père, puisque l'art. 243 C.c. dispose

que le père seul exerce l'autorité durant le mariage : la rupture du mariage accorde donc à la mère un droit identique. C'est toutefois celui des père et mère à qui le tribunal confiera la garde des enfants du mariage, qui exercera en fait la puissance paternelle. L'art. 11(1)-c) autorise, en effet, le tribunal à rendre une ordonnance (qui remplacera l'ordonnance provisoire rendue conformément à l'art. 10-b)) pourvoyant à la garde, à l'administration et à l'éducation des enfants. Cette garde sera dévolue à la discrétion du tribunal au père ou à la mère « compte tenu de la conduite des parties ainsi que . . . des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent : le tribunal aura donc un large pouvoir d'appréciation qui devrait être guidé, semble-t-il, par la recherche de l'intérêt de l'enfant. Il est aussi intéressant de noter qu'une ordonnance rendue à cette fin pourra être modifiée par le même tribunal si celui-ci estime ce changement juste et nécessaire » (art. 11(2)). D'autre part, l'art. 12-b) autorisant le tribunal à « imposer les modalités ou restrictions » qu'il estime justes et appropriées, celui-ci pourra, par exemple, déterminer les jours ou périodes pendant lesquels celui qui n'a pas la garde aura un droit de visite, ou encore répartir de façon appropriée entre les deux parents le droit de garde lui-même. On constate donc, dans cette législation, une certaine souplesse qui permet de limiter les effets néfastes d'une désagrégation de la famille. [Il convient de remarquer qu'aucune disposition ne prévoit la mention du divorce dans les registres de l'état-civil. Cette mention en marge de l'acte de mariage relevant de la compétence provinciale, il serait bon que la législature adopte rapidement un texte, afin d'éviter toutes difficultés : on peut imaginer qu'un ministre du culte catholique, officier d'état-civil, refuse de mentionner le divorce sur l'acte de mariage qu'il a dressé].

Par. 2 Les effets relatifs aux biens des époux

Tout d'abord, les ordonnances provisoires rendues conformément à l'art. 10-a) et b) cessent de produire effet. À compter du jour où le jugement est devenu définitif, le divorce met fin aux rapports pécuniaires des époux. En conséquence, le droit de succession réciproque des époux — prévu par les art. 624-a) C.c. et suivants — disparaît, ainsi que l'usufruit légal du conjoint survivant — prévu par l'art. 1323 C.c. —.

De la même façon, le régime matrimonial est dissous, ce qui implique sa liquidation ; mais rien dans la loi ne précise ce qu'il advient des avantages matrimoniaux que les époux s'étaient consentis dans leur contrat de mariage. Seront-ils exécutoires après que le divorce ait été prononcé ? La réponse sera sans aucun doute négative s'il s'agit d'avantages consentis à cause de mort : la dissolution du mariage par le divorce

ne pouvant pas être assimilée à la dissolution par la mort de l'un des époux, cette donation ne sera pas exigible au moment du divorce ; mais le sera-t-elle au moment du décès du donateur, survenu après le divorce, si elle ne contient aucune clause de révocabilité ? De la même façon, les autres avantages consentis à cause du mariage seront-ils exigibles lors du divorce ? Aucune disposition ne prévoyant ce problème et aucune déchéance ne sanctionnant l'époux coupable, la réponse demeure incertaine : le législateur provincial devrait, semble-t-il, adopter une législation nouvelle réglant la liquidation du régime matrimonial au cas de divorce ¹¹.

Cependant la loi sur le divorce autorise le tribunal à ordonner à l'un des conjoints le paiement d'une pension alimentaire. En vertu des art. 11 et 12, l'un des époux peut être condamné à verser à l'autre une somme globale, ou des sommes échelonnées, pour son entretien et pour celui des enfants du mariage. Le montant de cette pension sera fixé en fonction « de la conduite des parties ainsi que de l'état et les facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent ». Compte tenu de ces mêmes éléments, il pourra être modifié ultérieurement par le tribunal qui l'a déterminé, si quelque changement est intervenu dans les motifs qui ont amené précédemment celui-ci à le fixer ainsi.

On pourrait croire qu'il s'agit là de la pension alimentaire telle qu'on l'a déjà rencontré dans le cadre des rapports entre époux, et entre parents et enfants : seule la situation matérielle des uns et des autres serait prise en considération pour l'accorder et en fixer le montant. Il doit en être ainsi, tout au moins pour la pension accordée en vue de l'entretien des enfants du mariage. Toutefois, on peut s'interroger sur le caractère de la pension destinée à l'entretien du conjoint ; le divorce étant une rupture définitive du lien matrimonial, il est étonnant que l'un des ex-époux puisse encore devoir des aliments à son ex-conjoint. Il serait logique d'ôter à cette pension son caractère alimentaire et de lui attribuer un caractère indemnitaire ; cette solution serait défendable si le divorce était considéré comme une sanction à la violation d'un devoir conjugal, alors qu'elle serait insoutenable si le divorce était considéré comme un remède apporté à l'impossibilité de cohabiter. Or on sait que cette loi nouvelle a adopté les deux conceptions de divorce-sanction et

¹¹ En l'absence de législation, on aura sans doute intérêt à se référer à : A. MAYRAND, « Conventions entre époux en prévision de leur divorce ». [1960] *R. du B.* 1.

[N.D.L'É. cf. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur les régimes matrimoniaux*, Montréal, polycopié, 1968, art. 1282, 2, pp. 41-42, art. 1330, pp. 71-72, où des dispositions dans ce sens sont prévues].

divorce-remède. Ainsi l'époux coupable et l'époux innocent seront-ils traités d'égale manière sur le plan matériel, ou bien l'époux coupable sera-t-il pénalisé matériellement ? Rien ne permet de répondre que l'époux coupable devra ou même pourra être pénalisé, si ce n'est la formule « compte tenu de la conduite des parties », utilisée par l'art. 11. On sait, d'autre part, que le tribunal doit favoriser « la conclusion d'accords raisonnables » pour l'entretien des enfants ou de l'un des conjoints (art. 9 (1) -e) -f)). On en arrive à la conclusion que le divorce est l'abolition totale ou *partielle* des droits et obligations découlant du mariage ! Cela n'est guère satisfaisant pour un esprit logique. On ajoutera que si cette pension devait avoir un caractère indemnitaire, le tribunal ne devrait pas pouvoir se référer aux besoins et aux moyens des créanciers et des débiteurs, pour en fixer le montant : il lui faudrait évaluer le préjudice subi par l'époux innocent du fait du divorce. D'ailleurs, l'époux innocent ne pourrait-il pas demander des dommages-intérêts sur la base de l'art. 1053 ?

Telles sont les grandes lignes de cette nouvelle législation sur le divorce. Il convient maintenant d'attendre les premières décisions judiciaires, afin de voir comment réagiront les tribunaux lorsqu'ils auront à exercer leur pouvoir d'appréciation ou lorsqu'ils auront à répondre aux points d'interrogation que nous avons posés. Il est, toutefois, évident que le Parlement provincial a le devoir de légiférer le plus tôt possible dans les limites de sa compétence, afin de faire de cette législation nouvelle sur le divorce, une législation complète. Le Parlement fédéral a joué son rôle : il appartient maintenant à la province de jouer celui qui lui est dévolu par la Constitution.