

Les Cahiers de droit

Le droit de ne pas divorcer

Claire L'Heureux-Dubé



Volume 10, numéro 1, 1969

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1004569ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1004569ar>

[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

L'Heureux-Dubé, C. (1969). Le droit de ne pas divorcer. *Les Cahiers de droit*, 10(1), 121–166. <https://doi.org/10.7202/1004569ar>

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/>

érudit

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/>

Le droit de ne pas divorcer

Claire L'HEUREUX-DUBÉ *

	Page
1. Introduction	123
a) le droit et l'individu : une règle, autrefois respectée	123
b) les droits de la famille : une tendance nouvelle	124
2. Les conflits matrimoniaux : des problèmes à résoudre	126
A. Sur le plan sociologique	126
a) les faits	127
b) les conséquences familiales, sociales et économiques	128
B. Sur le plan légal	130
a) l'Adversary system	133
b) conflit entre le formalisme juridique et l'aspect socio-légal et humain	135
c) absence de mécanismes permettant une approche thérapeutique	135
d) recours à différents niveaux de juridiction	138
3. Les conflits familiaux : une orientation nouvelle pour le Québec	138
A. Le droit familial	138
a) une dimension nouvelle dans l'enseignement universitaire ..	138
b) les sciences de comportement humain : une discipline à importer et à intégrer	139

* Avocate au Barreau de Québec.

	Page
B. Une réforme de la loi et de la procédure	139
a) le rapatriement des pouvoirs en matière de mariage et de divorce	140
b) les dispositions relatives à la séparation de corps <i>v.</i> la loi du divorce : une situation confuse	141
c) l'enquête sociale nécessaire	143
d) pouvoirs des juges en matière d'examens médicaux, psychiatriques ou autres	145
e) la procédure d'introduction de l'instance et la séance de diagnostic obligatoire	146
f) la conciliation : une nécessité	147
g) le secret professionnel du conseiller en relations matrimoniales	149
h) l'accréditation des conseillers en relations et consultations matrimoniales	150
i) le caractère confidentiel des dossiers et le huis clos	150
j) les conventions écrites de réconciliation : ses effets psychologiques et son aspect légal	151
k) la pension alimentaire	152
C. Une réforme de nos tribunaux judiciaires	154
a) examen des solutions adoptées ailleurs	155
b) discussion quant à la valeur des solutions apportées ailleurs	158
c) discussion des avantages et désavantages de ces solutions ...	159
d) solution proposée	161
D. Les mesures préventives	162
a) enseignement en matières familiales au niveau du cours secondaire	163
b) information au moyen de cliniques, centres familiaux, cours, etc.	164
c) Traitement : cliniques de consultation matrimoniale, de consultation, etc.	164
4. Conclusion : Le droit de ne pas divorcer et le prix à payer.	166

1. Introduction

a) *Le droit et l'individu : une règle autrefois respectée*

Notre Code civil, inspiré et presque totalement importé du droit français, ne pouvait qu'en adopter la conception individualiste, chère à Napoléon. Partant de cette devise de l'époque : « liberté, égalité, fraternité », le législateur s'était donné comme mission de protéger jusqu'à l'extrême limite les droits de l'individu, d'ailleurs si longtemps brimés, ce qui a eu pour effet logique de restreindre d'autant les droits des collectivités, quelles qu'elles soient.

Jusqu'à récemment, il semblait impensable d'oser remettre en question le principe aussi fondamental dans notre droit de la protection absolue de l'individu. Cependant l'évolution économique et sociologique de notre milieu allait lentement bouleverser les structures traditionnelles de notre système juridique. Les droits des collectivités et des groupements se sont imposés, provoquant la mise en place d'organismes tels que Commission des accidents du travail, Commission du salaire minimum, Commission des relations ouvrières, avec pouvoirs quasi judiciaires, provoquant aussi l'éclosion d'un Code du travail, la formation de la Cour de Bien-être social et ainsi de suite. De ce fait, les libertés individuelles seront de plus en plus fonction des droits des collectivités.

Andrew S. Watson, professeur associé de psychiatrie et professeur associé de droit à l'université du Michigan, analyse ainsi la situation du droit familial :

« Sweeping shifts of social values in Anglo-American and Western European culture over the past five hundred years have been reflected in family law. Early English *common law* treated family matters strictly as problems of property and contract ; people were viewed as "things" women and children were owned by the male head of the house ; men belonged to lords ; and lords owed fief to the king. Under feudal conditions, feudal doctrines controlling transfer of property were adequate to regulate family relationships. The Industrial Revolution finally destroyed the economic base of these attitudes and there has been a progressive erosion of the notion that people could or should be handled as chattel.

« As old methods were relinquished, it became progressively clear that substitute ideas were not available to approach the more complicated task of dealing with people as sentient beings »¹.

D'autre part, dans une étude très documentée intitulée « Réflexions sur le rapport du Comité des Régimes matrimoniaux »² MM. Ernest Caparros et Robert Morisset s'expriment, à ce sujet, comme ceci :

« Chacun sait qu'avec l'avènement de la République démocratique

¹ « Family Law and its Challenge for Psychiatry » (1962) 2 *Journal of Family Law*, pp. 71-72.

² (1966-67) 8 *C. de D.*, 152 et ss.

de 1880, en France, l'individualisme qu'avait inspiré le Code Napoléon fut rétabli et renouvelé dans le droit des personnes et de la famille »³.

et ils citent à la page 161, le Doyen Savatier :

« De la sorte, le code de 1804 — et nous répétons que c'est aussi le cas de notre code de 1866 — ampute la personne des époux de toute une partie d'elle-même et méconnaît les attributs de leur personnalité. Il n'entend pas voir dans le mariage le siège du droit d'épanouir les tendresses sensibles du complexe familial. Concevant et réglementant la famille sans y donner place à l'incarnation de la personne, il ne manque pas seulement de réalisme : en un certain sens, il promulgue un droit non humain »⁴.

La famille comme telle, en tant que groupement et entité juridique, ne jouit donc pas de droits propres dans l'état actuel de notre législation. Les individus qui la composent possèdent, devant la loi, des droits en tant qu'individus, et non pas en tant que membres de ce groupe social, de cette réalité sociologique qu'est la famille. Aux conflits qui prennent naissance dans la famille et qui en opposent les membres, le législateur n'apporte que des solutions individuelles bien que de telles solutions puissent éventuellement être contraires à l'intérêt du groupe familial même et, par la suite, à la société dont elle est la cellule fondamentale.

b) Les droits de la famille : une tendance nouvelle

Cette règle autrefois si respectée de l'individualisme est, aujourd'hui, fortement critiquée. Le professeur Roubier⁵ en fait le procès en ces termes :

« [L'individualisme] a trop négligé les liens intimes qui unissent l'homme à son prochain, qu'il a eu tort de faire du bonheur individuel un point de mire exclusif et de concéder à chacun le maximum d'indépendance pour développer ses forces et "faire sa vie" comme bon lui semble ».

En particulier, lorsqu'on aborde le problème des conflits matrimoniaux, se limiter à considérer le droit strict de chacun des individus qui composent la famille sans se préoccuper des incidences profondes que ces conflits peuvent avoir sur l'ensemble de la famille constituée, à notre point de vue, une très grave erreur qu'il n'est plus possible de tolérer dans l'état actuel de notre société.

Devant l'étendue et la gravité des conflits d'ordre familial, l'État de Californie a institué, en 1966, une commission d'enquête sur la famille, à la demande du gouverneur Edmund G. Brown. Cette com-

³ *Ibidem*, p. 159.

⁴ René SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1963, p. 21.

⁵ Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1951, n° 26, p. 238.

mission était formée d'éminents juristes, juges, psychiatres, médecins, avocats, travailleurs sociaux, représentants du clergé et de membres de la législature. Dans leur rapport, les commissaires n'ont pas eu peur d'affirmer :

« As the disrepute of the law in handling family problems has increased, it has helped, we believe, call into question the entire institution of marriage and the family.

« We are convinced that this is fundamentally wrong and that we must begin — however late — to face realistically the fact that in its present state the legal process represents by its ineptitude an abdication of the public interest in, and responsibility toward, the family as the basic unit of our society. The direction of the law must be, as we have said, toward family stability — toward preventing divorce where it is not warranted, and toward reducing its harmful effects where it is necessary » ⁶.

En France, M^e P. Martaguet, vice-président du Tribunal de grande instance de Bordeaux, se prononce dans le même sens :

« Usant d'une procédure souvent détachée de la réalité profonde et d'un formalisme cachant le poids humain des affaires, avec sa lenteur, la justice, en France comme ailleurs, ne souffre-t-elle pas d'un "déphasage" indiscutable par rapport à la société moderne ?

« D'autre part, de bons esprits pensent depuis longtemps — quels que soient les systèmes philosophiques auxquels ils se réfèrent — que le pouvoir judiciaire français n'est pas sans responsabilité dans une certaine dégradation des valeurs familiales, grave surtout en matière de divorce » ⁷.

Le Doyen de la faculté de Droit de l'université Harvard, M. Roscoe Pound, aujourd'hui décédé, avait manifesté, en ces termes, un très vif intérêt envers cette tendance nouvelle :

« Very likely it is too soon to be sure of the path which juristic thought of the future will follow. But what seems to be indicated is increased weight given to the social interest in the individual life in the concrete instead of in the abstract.

« Family law, in which there must be a balance between the security of social institutions and the individual life, is necessarily affected by such a change. More is demanded of the system of courts than in the past generations » ⁸.

Il est donc assez facile de déceler cette nouvelle orientation de la pensée juridique contemporaine, particulièrement dans l'optique des conflits matrimoniaux et du droit familial : l'individualisme qui régissait le droit en ces matières doit faire place à un collectivisme qui permette à l'État d'assumer pleinement son rôle dans l'intérêt de la famille, de sa stabilité, et donc de la société en général.

⁶ STATE OF CALIFORNIA, *Report of the Governor's Commission on the family*, Dec. 1966, p. 7.

⁷ P. MARTAGUET, « Une expérience française de juridiction du statut familial », (1966) 1 *R.J.T.*, p. 43.

⁸ ROSCOE POUND, « The place of the Family Court in the Judicial System », (1959) 5 *N.P.P.A.*, p. 165.

Bien sûr, on s'interroge encore partout devant l'ampleur du problème, on se rend compte de l'inefficacité des méthodes en vigueur, de l'impuissance de l'actuel appareil judiciaire, des moyens limités dont on dispose. Mais, déjà, on est à la recherche d'une solution plus globale, plus humaine, plus moderne au moyen d'une législation cohérente, qui refléteront chez ses auteurs la conscience de leurs responsabilités envers la collectivité.

Deux écoles de pensée s'affrontent : d'une part, les partisans d'une justice uniquement chargée d'interpréter et d'appliquer la loi, dans un formalisme très structuré, d'autre part, les adeptes « d'une humanisation du droit dans une recherche des meilleures solutions des problèmes psychosociaux qui se posent, particulièrement dans le droit de la famille »⁹. A un autre point de vue, on retrouve aussi deux thèses diamétralement opposées sur le rôle du législateur vis-à-vis les conflits matrimoniaux : celui qui préconise l'intervention du législateur et des cours de justice par la méthode dite de l'*adversary system* et à la demande des parties uniquement, et celui qui conçoit le rôle législatif et juridique dans un sens plus large de *parens patriae*, ce qui lui permettrait d'intervenir de son propre chef, si nécessaire, dans l'intérêt de la collectivité. Il est intéressant d'étudier les conséquences de chacune de ces optiques, mais nous croyons qu'il est, auparavant, important de poser clairement le problème à résoudre, tant sur le plan sociologique que légal.

2. Les conflits matrimoniaux : des problèmes à résoudre

A. Sur le plan sociologique

Le problème des conflits matrimoniaux, en soi, n'est sûrement pas un problème nouveau et il est facile d'imaginer que, de tout temps, il s'est posé à nombre de conjoints d'une façon ou d'une autre. Ce qui est nouveau, c'est plutôt la façon dont il se présente aujourd'hui par rapport aux solutions adoptées hier.

Il existe évidemment une multitude de facteurs qui contribuent à l'aggraver de nos jours, ne serait-ce que l'accroissement naturel de la population du globe. De plus, du fait des progrès de la longévité, les conflits matrimoniaux ont perdu leur solution naturelle d'il y a cent ans : aujourd'hui, le mariage peut même durer une cinquantaine d'années. M. Philippe Garigue explique leur recrudescence par « l'insécurité de l'homme dans la société d'aujourd'hui »¹⁰ et il rejoint en cela le

⁹ Cf. MARTAGUET, *loc. cit. supra*, note 7, p. 46.

¹⁰ *Le Soleil*, Québec, 20 octobre 1966, p. 43.

gouverneur Brown de l'État de Californie dans son adresse à la Commission sur la famille :

« Whatever the cause of the growing divorce rate — the anxieties in our world, a society of rootlessness and increasing mobility, an erosion of the moral absolute — divorce produces not only broken homes but broken lives. It erodes the very foundation of our society, the family. Society is paying an almost intolerable price for this breakdown of family life — in terms both of human misery and of public financial resources »¹¹.

a) les faits

Aux États-Unis on compte 400,000 divorces en 1963. Depuis les dernières cinquante années, le nombre des divorces accordés par les cours de justice a quadruplé alors que la population n'a pas, et de loin, augmenté à ce rythme. En 1900 on estime qu'il y avait .7 divorce par 1,000 personnes, et en 1956 2.3 par 1,000 personnes¹². En 1964 on estimait à 15 millions le nombre d'Américains divorcés.

Au Canada, en 1967, plus de 11,000 divorces ont été accordés ; en 1968 on s'attend à ce que ce chiffre soit doublé. Si la marge est grande entre le nombre absolu de divorces au Canada par rapport à celui aux U.S.A., elle l'est beaucoup moins quand on compare les pourcentages que représentent ces divorces par rapport à la population.

Au Québec, de surcroît, la situation très particulière de cette province en matière de divorce, jusqu'au 2 juillet 1968, rendait très difficile la compilation de quelque statistique que ce soit. Nous avons relevé, afin d'avoir quand même une image plus claire de la situation, les données quant aux séparations de corps depuis 1960 jusqu'à cette date. D'autre part, depuis le 2 juillet 1968 au 1^{er} janvier 1969, dans le district judiciaire de Québec, on comptait 222 requêtes en divorces et, jusqu'au 20 novembre 1968, dans le district judiciaire de Montréal, 2,331 requêtes et environ 580 jugements conditionnels.

Actions intentées en séparation de corps et de biens

<i>Année</i>	<i>District de Montréal</i>	<i>District de Québec</i>
1960	1,411	85
1961	1,462	
1962	1,540	119
1963	1,989	144
1964	2,062	173
1965	2,441	148

¹¹ STATE OF CALIFORNIA, *op. cit. supra*, note 6, p. 5.

¹² JACOBSON, *American Marriage and Divorce*, (1959), p. 90.

1966	2,574	184
1967	2,928	249
1968	2,734	225

(Statistiques fournies par le Bureau des protonotaires de Montréal et Québec. Ces chiffres ne tiennent pas compte des requêtes pour mesures provisoires).

Évidemment, comme le dit si bien l'honorable juge Paul Alexander, juge de la Cour des Relations domestiques de Toledo, Ohio :

« The viewers-with-alarm point fingers at the figures. But that is not the worst of it. The figures don't begin to tell the whole story ; they just count the sores that break out on the surface, caused by the bad blood underneath.

« Everybody knows of homes where things appear normal on the outside but inside the marriage is dying or dead. But nobody knows how many hundred thousands of these "psychological divorces" there are. They cannot be counted the way legal divorces are.

« Altogether the amount of marriage failure in America is staggering. To say that the stability of our family life is threatened would be a trite understatement »¹³.

Au Québec, plus peut-être qu'ailleurs, il faut tenir compte, dans l'évaluation de ces statistiques, du fait que la très grande majorité des conflits familiaux n'atteint pas encore les tribunaux, quoiqu'il y ait lieu de prévoir, devant la très forte augmentation des toutes dernières années, que la fréquence des instances ira en augmentant. Il serait donc juste d'affirmer, croyons-nous, qu'au Canada ainsi qu'au Québec, à plus ou moins brève échéance, le problème prendra une acuité aussi grande que chez nos voisins du sud, toutes proportions gardées évidemment.

b) les conséquences familiales, sociales et économiques

Les enfants sont, de toute évidence, les plus infortunées victimes de ces conflits familiaux. Ils dépendent de leurs parents, non seulement pour en recevoir amour et tendresse, mais aussi sécurité et conseils. Si l'équilibre est rompu, le monde des enfants en est complètement bouleversé. Souvent, les enfants victimes de ces conflits de parents sont privés, non seulement d'un support moral et émotionnel, mais aussi du nécessaire sur le plan matériel, quand ils ne sont pas au centre d'une bataille légale, chacun de leurs parents voulant s'en arroger la garde.

Les scènes familiales continuelles, quand ce ne sont pas les brutalités dont ils sont les témoins impuissants et effrayés, auront des effets sur plusieurs plans : destruction de l'amour et du respect filial, indiscipline et perte de l'autorité parentale. Sur le plan émotif, ils contribuent

¹³ Paul W. ALEXANDER, « The Lawyer in the Family Court », in *Standard Family Court Act : A Symposium*, N.C.P.P. 1959, p. 172.

souvent à rendre les enfants malheureux, névrosés, psychosés et même délinquants.

Des recherches sur plus de 44,000 enfants délinquants ont amené un chercheur à déclarer :

« All in all, the stability and continuity of family life stands out as a most important factor in the development of the child. It would seem therefore, that the place of the home in the genesis of [...] delinquent problems should receive practical recognition. The relationship is so strong that [...] a strengthening and preserving of family life [...] could probably accomplish more in the [...] prevention of delinquency [...] than any other single program yet devised » ¹⁴.

Les sociologues ont découvert que les enfants de parents en butte à des conflits familiaux sont eux-mêmes plus susceptibles de développer les mêmes troubles dans leurs propres foyers plus tard que les enfants élevés dans un milieu familial stable. Ainsi se crée un cercle vicieux apparemment sans fin ¹⁵.

Ralph Bridgman, conseiller en chef en relations matrimoniales à la Cour familiale de Toledo, Ohio, ajoute :

« When one community has a higher rate of divorce than another, it also has higher incidences of school behavior problems, delinquency, illegitimacy, and, to a lesser extent, mental illness.

« Divorce tends to run in families as well as in communities and subcultures. It is one among many interrelated phenomena of social disorganization. For both society and individual, discord and divorce are destructive experiences » ¹⁶.

Voici comment s'exprime à ce sujet le Comité de la Chambre des communes et du Sénat chargé d'enquêter sur le divorce :

« La société attache une importance vitale au maintien du mariage car, en favorisant l'institution du mariage, elle se survit à elle-même. Il n'y a pas seulement l'intérêt de la société, cependant, qui exige la monogamie et l'union conjugale à vie, mais il y a aussi celui des conjoints et de leurs enfants. Un milieu familial stable est avantageux, non seulement envers la société dans son ensemble, mais il est essentiel au bien-être et au bonheur de l'individu » ¹⁷.

Il faut donc prendre conscience du fait que la société tout entière est directement affectée par les conséquences extrêmement graves, non seulement des divorces, mais de tous les conflits familiaux. Lorsqu'on

¹⁴ MONAHAN, « Family Status and The Delinquent Child : a Reappraisal and Some New Findings », (1957) 35 *Social Forces*, 250, 258.

¹⁵ LANDIS, « The Pattern of Divorce in Three Generations », (1956) 34 *Social Forces*, p. 213.

¹⁶ Ralph P. BRIDGMAN, « Conseling Matrimonial Clients in Family Court », in *Standard Family Court Act : A Symposium*, N.C.P.P. 1959, p. 187.

¹⁷ « Rapport du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes chargé d'enquêter sur le divorce au Canada », juin 1967, vol. 116, n° 14, *Débats du Sénat*, Appendice p. 54.

s'arrête à disséquer les causes lointaines des troubles émotifs chez les adultes, on retrace, très souvent, un traumatisme remontant à l'enfance. Et très souvent aussi, ces traumatismes sont en relation plus ou moins directe avec les conflits familiaux rencontrés dans la plus tendre enfance.

Toutes ces tares se traduisent infailliblement aujourd'hui en dollars. Dans une société dans laquelle l'État a pris à sa charge, à quelque degré que ce soit, l'éducation, la santé, l'assistance sociale, l'assurance-chômage, etc., les répercussions pour chaque citoyen et pour chaque contribuable d'une augmentation des maladies mentales, de l'enfance inadaptée, de la hausse des naissances illégitimes, etc., pèsent lourd dans leur vie de chaque jour. Elle se traduit par des milliers de dollars que l'État doit dépenser pour la prévention de la délinquance juvénile, l'aménagement de prisons, cours de justice, hôpitaux pour malades mentaux, pour l'assistance sociale, etc. Enfin, si on pouvait établir ce que coûte à l'État chaque conflit familial non seulement en temps et en énergie, mais en argent, il y aurait lieu, croyons-nous, d'en être effarés¹⁸.

Dans un seul domaine bien particulier, combien de ces gens séparés, divorcés ou simplement qui ne s'entendent plus, sont aujourd'hui ou seront demain à la charge de l'État.

Même s'il n'est pas possible d'avoir une idée exacte de la relation entre les paiements faits par l'État par rapport à l'incidence des conflits familiaux, séparations de fait ou légales — le ministère de la Famille du Québec n'ayant pas encore établi de statistiques valables à cet effet, nous pourrions affirmer, sans grand risque de nous tromper, que les conflits familiaux coûtent au Québec actuellement, en assistance sociale ou autre, des millions de dollars.

A cause de la très grande interrelation qui existe de ce fait entre les individus et les citoyens, il est nécessaire de prendre conscience qu'il y a là à ce seul point de vue un très grand problème à résoudre.

B. Sur le plan légal

Si nous avons parlé des problèmes sociologiques posés par les conflits familiaux, certains grands problèmes se retrouvent aussi sur le plan légal.

Un conflit familial est, de par sa nature même, d'abord et avant tout un problème humain, souvent relié à la vie intime des époux. Ce n'est que par ricochet que s'y greffe un problème d'ordre juridique : garde des enfants, pension alimentaire, partage des biens.

¹⁸ Cf. Roger A. PFAFF, « The Court that pays Dividends », 1959 *Can. Bar. Ass. Papers*, pp. 94-103.

Le Comité sur le divorce en parle en ces termes :

« Le mariage n'est pas une union contractuelle ordinaire. Peu de gens l'ont ainsi acceptée dans le passé et le Comité estime que les Canadiens le voient dans cette optique aujourd'hui. Le mariage est non seulement un contrat qui concerne primordialement la société, mais c'est également un engagement qui comporte chez la plupart des Canadiens une signification profondément religieuse »¹⁹.

Il y a lieu de se demander si ce n'est justement pas pour cette raison que le législateur a longtemps hésité à intervenir, sauf pour régler les questions d'ordre strictement juridique. Ceci rencontre l'opinion d'un certain nombre de juristes qui demeurent d'avis que le rôle du législateur n'est pas de s'interposer, à quelque stage que ce soit, entre l'un et l'autre époux pour jouer le rôle d'arbitre soit pour concilier les points de vue, soit pour séparer les conjoints. Mais il ne faut pas oublier que le juge sert, qu'il le veuille ou non, d'arbitre lorsqu'il entend la cause et décide d'accorder ou non la séparation ou le divorce, au profit de l'une ou de l'autre des parties.

Le législateur doit-il, aujourd'hui, envisager son rôle dans une optique plus large et plus réaliste, en se servant de données ne relevant pas uniquement du strict cadre juridique ? Même si c'est là une question encore très controversée, il semble que la tendance de l'opinion dans les cercles, tant juridiques que des sciences du comportement humain, soit favorable à un changement d'orientation de la législation. Particulièrement aux États-Unis, où la question a fait l'objet d'études innombrables depuis les cinquante dernières années, il s'est dessiné un fort courant en faveur de cours de réconciliation et de cours familiales particulièrement structurées en vue de permettre une appréciation meilleure du problème familial et une thérapeutique appropriée. Il faut noter que, ces dernières années, à la suite peut-être d'excès ou d'abus dans le sens contraire — absence de formalisme allant parfois jusqu'à un déni de justice — on est revenu à un meilleur équilibre entre le formalisme nécessaire et l'absence de formalisme indispensable dans une optique de réhabilitation familiale. Cependant, le principe lui-même d'une orientation différente nécessaire n'a pas, malgré cela, été mis de côté; au contraire, il a pris une nouvelle ampleur.

« La loi canadienne sur le divorce existe depuis plus d'un siècle alors que les concepts du mariage et du divorce ainsi que la nature de la société étaient très différents de ceux qui existent actuellement »²⁰.

Plusieurs facteurs, d'ailleurs inconnus il y a cent ou même cinquante ans, militent en faveur d'une ré-évaluation de notre système juridique relativement aux conflits familiaux.

¹⁹ *Op. cit. supra*, note 17, p. 54.

²⁰ *Ibidem*, p. 54.

La multiplicité des demandes en séparation de corps et des demandes de divorce et la prévision de leur accroissement considérable dans les années à venir feront en sorte que, suivant certains estimés, cinquante pour cent des instances qui seront entendues devant la Cour supérieure auront trait à des conflits d'ordre familial. Ceci se vérifie actuellement au niveau de la Cour de pratique, dans le district de Québec tout au moins, où souvent beaucoup plus que la moitié du travail de la Cour de pratique, chaque jour d'audition a trait à des mesures provisoires pour garde d'enfants, pension alimentaire, etc.

D'autre part, dans notre société actuelle, la charge de l'État deviendra de plus en plus lourde. Si on admet que chaque conflit familial est susceptible de coûter, en allocations sociales ou autres, une somme considérable, l'État et, partant le législateur, a intérêt à prendre des mesures qui assureront la stabilité de la famille, ne serait-ce que par raison d'économie.

Enfin, voilà à peine cinquante ans, les sciences du comportement humain étaient à peu près inconnues, particulièrement au Québec. Or, avec le développement de ces sciences, on a acquis une connaissance plus profonde de la nature humaine et on a développé une thérapeutique, même de groupe, dans le but non seulement de permettre un effort de revalorisation du couple, mais aussi de corriger certaines déficiences du comportement humain, de sorte qu'il est possible maintenant d'entrevoir un résultat qui, sous certaines circonstances, peut attendre jusqu'à 90% des couples sous traitement²¹ et dont le résultat positif se situe au moins à 30% et plus dans le sens de la réhabilitation. Il est à prévoir qu'avec le développement de ces sciences du comportement humain, les résultats deviendront encore plus encourageants.

On constate aisément, en feuilletant le rapport du Comité du Sénat chargé d'enquêter sur le divorce au Canada, que la plupart des recommandations qui y ont été faites par les divers organismes, tant canadiens qu'étrangers, avaient pour objet, d'une façon ou d'une autre, de suggérer des amendements à la loi du divorce dans le sens que nous venons de souligner. On peut résumer comme ceci la pensée des auteurs des divers mémoires : le divorce est un mal social, peut-être nécessaire, mais tout en élargissant la loi pour la rendre plus conforme aux réalités de notre temps, il faut prendre toutes les mesures de nature à sauvegarder la famille.

« Le comité admet donc le principe selon lequel le mariage est la base de la famille et de la structure sociale. Il croit que le mariage devrait être essentiellement de nature monogame et durer toute la vie et que toute législation en matière de divorce devrait viser

²¹ Bliss KELLY, « Oklahoma City Family Clinic », *Family Court : A symposium*, (1960) 27 *Tennessee Law Review*, p. 373.

avant tout à resserrer les liens du mariage et non sa destruction. Néanmoins, il reconnaît que certains mariages échouent [...]. La formation et la procédure des tribunaux ne devraient non plus entraver les tentatives de réconciliation ni leur nuire. Lorsque c'est vraiment possible, ils devraient la favoriser »²².

Le groupe Mortimer, en particulier, a suggéré que le rôle du tribunal ne devrait pas se limiter à sa fonction actuelle, mais « que le tribunal devrait en savoir beaucoup plus long sur les deux partenaires d'un mariage et sur leur conduite vis-à-vis de l'autre, ce pourquoi les tribunaux auraient sûrement besoin d'aide »²³.

La loi du divorce en vigueur depuis le 2 juillet 1968 a, pour la première fois dans une législation s'appliquant au Québec, tenu compte, même si ce n'est que d'une façon bien timide, de cette nouvelle tendance dans l'évolution de la pensée contemporaine sur le sujet. Il s'agit là d'un tournant marquant dans le rôle que s'est maintenant assigné le législateur : celui de protecteur de la famille. Ces remarques ne peuvent s'appliquer évidemment qu'au législateur fédéral : on ne peut en dire autant du législateur provincial qui n'a pas encore défini son rôle à cet égard. Souhaitons qu'à l'occasion de la refonte de notre Code civil, on y insère des dispositions qui feront de l'État le véritable et efficace protecteur de la famille québécoise.

Mais le système judiciaire actuel, tel qu'il existe, permet-il réellement quelque chance de succès à une telle innovation devant le conflit familial ? Nous ne le croyons pas. Et ce, pour différentes raisons.

a) l'« **Adversory procedure** »

Dès leur premier contact devant le tribunal à l'occasion de la requête pour domicile séparé ou mesures provisoires, les conjoints en séparation de corps ou divorce se retrouvent face à face, en adversaires, en antagonistes, quand ce n'est pas en pugilistes : assisté chacun de son avocat, chaque conjoint témoigne contre l'autre, dans une cour glaciale, où il doit, à haute voix devant un auditoire, serait-il composé uniquement d'avocats, comme devant la Cour de pratique, étaler sa vie intime dans les moindres détails, ses problèmes financiers, les tares familiales y compris celles qui affectent les enfants, quelquefois anormaux, etc. Boîte aux témoins, interrogatoires par procureurs, crainte de se laisser aller à un bon mouvement de peur de perdre sa cause, extrême nervosité, coût souvent excessif par rapport aux moyens financiers des conjoints, pleurs et même crises émotionnelles intenses, crainte de se voir enlever les enfants, insécurité dans l'attente d'un jugement, enfin un véritable

²² *Op. cit. supra*, note 17, p. 55.

²³ *Ibidem*, p. 70.

drame humain où se jouent, pour ces conjoints, toute leur vie future et celle, très probablement, de leurs enfants et souvent de leurs descendants. Et ce n'est que le commencement ! L'action devra relater la vie intime des conjoints, souvent dans ses moindres détails avec tout ce qui s'ensuit de honte, d'humiliation. Le conjoint arrivera à se révolter lui-même à l'idée d'un tel exhibitionnisme qui n'épargne pas un partenaire avec lequel il a pu avoir des enfants et que, souvent, il estime encore.

Un tel état de fait était imaginable du temps de l'ère victorienne et janséniste, où on devait punir un coupable. Il est non seulement indigne d'une époque qui se dit civilisée, mais il paraît barbare.

L'« *adversory system* », dans ce domaine, rend irréparable, ou presque, une situation qui était en soi déjà mauvaise. On vient de sceller le sort des conjoints dans un antagonisme tel qu'on n'aurait pu le réussir aussi bien, même si on l'avait voulu.

Ce point de vue rejoint celui que M. Ralph P. Brigman exprimait à l'occasion d'un symposium portant sur les cours familiales, en avril 1959 :

« [...] invocation of the law inescapably exacerbates discord. Furthermore, throughout the days and weeks of litigation, deteriorated interpersonal relationships continue to be the couple's basic problem.

« Matrimonial litigation multiplies these misunderstandings, widens this gap and hardens the partner's already inimical postures. Routine legal and judicial procedures promoted ill will and grind down self-respect. They compound what insecure, lonely, urbanized, commercialized, overmobile and overcompetitive daily living as already done to that one-fourth of our marriages which enter the courts each year.

« In a democracy, courts are public. Marital battles in court become public knowledge. [...] Marital actions start with charges of wrongdoing by partners who assert that they have been wronged and are innocent. At best such charges are half-truths ; at worst, downright fabrications. Most are distortions [...] . This procedural insistence on clearcut guilt and innocence stirs up bad feelings in both. It rips the already frayed fabric of deteriorating marriages »²⁴.

Devant le Comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes chargé d'enquêter sur le divorce au Canada, plusieurs groupements importants, dont le groupe Mortimer, ont soutenu que « le système actuel pour l'audition des causes de divorce basé sur la théorie d'adversaires, l'usage traditionnel de nos tribunaux qui fait du juge l'arbitre entre deux parties opposées, devraient être changés. Pour le bon fonctionnement du système se fondant sur l'échec du mariage, la procédure devrait être celle d'une enquête ou d'une inquisition sur l'état du mariage »²⁵.

²⁴ *Loc. cit. supra*, note 16, p. 188.

²⁵ *Op. cit. supra*, note 17, p. 70.

b) conflit entre le formalisme juridique et l'aspect socio-légal et humain des conflits matrimoniaux

Le formalisme de nos cours de justice, qui a sa raison d'être à maints points de vue dans des instances d'un autre ordre, est inadéquat devant un problème de la nature du conflit matrimonial, dont les implications sont plus sociales que légales. « Le juge de droit commun est prisonnier du Code de procédure civile et n'a pas à sa disposition des règles souples et tendant à l'action personnelle du magistrat... » qui lui permettent l'étude « du problème dans son ensemble mieux que ne peut le faire le juge civil traditionnel ».

« L'organisation des audiences ne devrait-elle pas, contrairement à la procédure actuelle, permettre de procéder en toute disponibilité, sans hâte et dans une atmosphère permissive où les intéressés ont tout le loisir de s'exprimer, d'exposer leur problème, de réfléchir aux questions du juge qui prend une attitude non directive, mais plutôt destinée à susciter des prises de conscience et des évolutions personnelles »²⁶.

La dédramatisation de la situation des époux, qui résulte de leur faculté de s'exprimer, aboutit à une réduction des tensions et permet d'envisager la réglementation des mesures provisoires de façon plus sereine. Le juge pressé ne peut évidemment pas aller très loin dans la connaissance des problèmes des conjoints et encore moins dans leur solution.

Non seulement les époux doivent-ils évoluer dans ce carcan étroit — certains le qualifieraient le barbare — que présente le système judiciaire actuel en matière de conflits familiaux, mais nous ne possédons au Québec actuellement aucun mécanisme, si ce n'est les faibles dispositions de la Loi du divorce (art. 8) permettant une approche tout au moins humaine et thérapeutique plutôt que punitive.

c) absence de mécanismes permettant une approche thérapeutique

A ce sujet, il est intéressant de noter l'évolution de la mentalité des divers corps intermédiaires, qui se sont fait entendre plus particulièrement lors des auditions du Comité du Sénat et de la Chambre des communes chargé d'enquêter sur le divorce au Canada.

En particulier l'honorable juge P. J. T. O'Hearn, de Nouvelle-Écosse a fait remarquer devant le Comité du Sénat et de la Chambre des communes que :

« Les problèmes fondamentaux des cas de divorce sont rarement des problèmes purement juridiques. Ce sont les questions qui ont trait à l'état du mariage et les dispositions à prendre après sa dissolution. Les Cours supérieures ne disposent pas de l'assistance supplé-

²⁶ P. MARTAGUET, *loc. cit. supra*, note 7, p. 45.

mentaire que reçoivent les cours de famille par l'entremise des travailleurs sociaux et des spécialistes en affaires familiales, et n'ont pas facilement accès aux agences de bien-être et autres du même genre. Des services de cette nature sont essentiels pour disposer convenablement d'une cause en divorce, et il serait beaucoup préférable de donner juridiction sur le divorce aux cours de famille plutôt que de s'exposer à créer la confusion en essayant d'appliquer les méthodes de la cour de famille dans les Cours supérieures »²⁷.

D'autre part, avec le développement des connaissances dans le domaine des sciences humaines, on réalise de plus en plus que :

« Factors contributing to divorce are often complex and hidden. Frequently, the causes given are only the symptoms of deep-seated problems. Moreover, it is generally recognized that special skills, background and experience are required for adequate and successful performance on the part of the marriage counselor »²⁸.

Le Comité sur le divorce reconnaît lui-même la nécessité pour le juge chargé d'entendre les causes de divorce — cela vaut également pour les séparations de corps — d'avoir la possibilité de jouer un rôle plus personnel.

Le juge, dans notre système traditionnel, possède il est vrai, outre sa formation juridique, une solide expérience de praticien. Mais dans le domaine très particulier des conflits familiaux, ne devrait-il pas, en plus, avoir des connaissances en matière de psychologie et autres sciences du comportement humain qui lui permettraient de considérer ces problèmes sous un tout autre angle que le juge traditionnel ? Tout au moins doit-on exiger qu'il manifeste un intérêt marqué pour les problèmes de cet ordre, si différents des autres problèmes d'ordre strictement juridique.

Même alors notre système de rotation des juges ne peut qu'être préjudiciable à une approche thérapeutique de ce problème de relations humaines.

La seule compétence du juge d'ailleurs, à supposer même qu'on admette que le juge le soit toujours, ne serait pas suffisante pour permettre le moindre espoir d'établir un processus valable de réhabilitation des familles. A cette œuvre doivent nécessairement concourir d'autres spécialistes tels que travailleurs sociaux, conseillers en relations matrimoniales, psychologues, psychiatres, médecins, avocats et même comptables.

Un spécialiste de la question, M. Bliss Kelly, qui a longtemps été président de la Oklahoma City Clinic, résume son point de vue comme ceci :

« The best jurist cannot diagnose disease or prescribe for nervous tensions ; yet these are almost always present, and in many cases

²⁷ *Op. cit. supra*, note 17, p. 90.

²⁸ Emily H. Nudd, « The Social Worker's Function in Divorce Proceedings », (1953) 2 *Duke University School of Law Journal*, p. 153.

are the cause of naggings, bickering and fighting between husband and wife. On the other hand, the best physician cannot cure diseases caused by worry over finances, for instance, until a financial expert works out a plan for solution of those money problems. Feelings of insecurity must be removed before physical well-being can be permanently restored. [...] As law now stands in most states, judges can only break up homes. They have little or no authority to mend them » ²⁹.

L'honorable juge Paul W. Alexander, dont la Cour des relations domestiques de Toledo, Ohio, est souvent citée comme modèle, présente ainsi le travail d'équipe dans ce domaine :

« Some lawyers still shy like skittish horses at mere mention of cooperation with other social sciences and disciplines, especially social work. The protests of these conscientious objectors against such cooperation would be erased by acceptance of the fact that the lawyer is not the best equipped person to salvage a sinking marriage.

« Science, industry, business, all employ the team approach. Even theology countenances it. Only the law has tried to remain self-sufficient.

« Everybody knows times have changed. But who except lawyers can change the law's attitude and persuade the legal profession to take its rightful place on the team ? » ³⁰.

Mais le meilleur et plus récent exposé, à notre connaissance, sur le sujet émane du « Rapport of the Governor's Commission of the Family » de l'État de Californie :

« The competent handling of family problems requires that the judge have particular specialized skills, and the Commission believes it vital to the proper functioning of the envisaged system that the judge have an appointment of sufficient length to enable him to develop these skills. Reassignment of judges, say, every six months cannot provide the continuity of direction which underlies a successful Family Court effort. We therefore recommend that assignments of judges to the Family Court should be for not less than two years.

« Additionally, we think it essential to afford the judges an opportunity to obtain the assistance of others in acquiring and sharpening these skills, and for this reason we suggest regular conferences of Family Court judges and staffs, on a statewide or regional basis under the direction of the judicial Council for the purpose of developing the uniformity of policy and practice that we think is essential to the proper operation of the Court (especially with regard to support awards).

« No matter how skilled and dedicated the judge, however, he cannot properly deal with family controversy alone and unaided. The complicated conditions of our changing society and its great advances in the knowledge of human behavior require that the Court be assisted by a trained professional staff, to assist the parties in understanding their positions and to inform the Court of all facts and circumstances material to a proper resolution of their problems. These personnel, trained in the behavioral sciences and appointed by the Court, would be able to provide professional help to the parties not only for the purpose of reconciliation — which is all

²⁹ Bliss KELLY, *loc. cit. supra*, note 21, p. 372.

³⁰ *Loc. cit. supra*, note 13, p. 178.

that existing staffs can do in the present Courts of Conciliation — but also to assist them in reducing the areas of controversy where divorce is inevitable, and to help them respond to the divorce experience with the least possible damage to all parties concerned »³¹.

d) recours à différents niveaux de juridiction

Le système judiciaire actuel du Québec, non seulement rend impossible une approche thérapeutique en profondeur, mais nous force à adopter des solutions fragmentaires en nous obligeant à recourir à, pour le moins, quatre niveaux différents et séparés de recours judiciaires en matière de conflit familial, soit la Cour supérieure, en matière de séparation de corps et de divorce, la Cour des sessions de la paix et la Cour municipale, en matière de refus de pourvoir et assauts entre époux et membres d'une même famille, et la Cour de Bien-être social. On ne peut, à notre avis, imaginer un système plus dommageable et frustrant pour une famille qui requiert des solutions, autant d'ordre légal que social, à ses difficultés.

« I am of course aware from my long association with the Society for the Protection of Women and Children of that agency's sustained emphasis on the disabilities met with in our inadequate court facilities for treating family problems ». Ainsi s'exprime M. Edward G. POTTER, *l.s.p.*³².

3. Les conflits matrimoniaux : une orientation nouvelle pour le Québec

A. Le droit familial

a) une dimension nouvelle dans l'enseignement universitaire

Il est intéressant de noter que, malgré le fait que la pratique de la profession légale comporte un très grand nombre d'instances en séparation de corps et, depuis peu, en divorce, la faculté de Droit n'a pas fait de l'enseignement du droit familial une section particulière, mais que cette matière fait partie du cours de droit civil au même titre que les contrats et les obligations, et qu'on y enseigne les mêmes règles d'ordre strictement juridique.

Cette situation semble peu réaliste car le praticien se trouve bien plus souvent aux prises avec des problèmes d'un ordre tout autre que l'ordre juridique.

Peut-être est-ce là l'explication de l'attitude d'un grand nombre

³¹ STATE OF CALIFORNIA, *op. cit. supra*, note 6, pp. 10 et ss.

³² Edward G. POTTER, « The Need for Family Courts and Relevant Legislation », mars-avril 1966, *Bulletin de la Corporation des Travailleurs sociaux professionnels de la province de Québec*, p. 5.

parmi eux qui répugne ostensiblement à une pratique dans ces domaines et qui déclare facilement : « je ne m'occupe pas de séparation "ou" je ne veux rien avoir à faire avec le divorce ». Évidemment, le praticien sait qu'il devra consacrer, à un problème de cette nature, plusieurs heures très souvent pour des honoraires dérisoires, qu'il risque d'être dérangé le soir, parfois la nuit, et peut-être, consciemment ou non, se sent-il mal préparé à cette tâche ? Ou, tout simplement, est-il pleinement conscient du fait que le processus judiciaire actuel est tellement inadapté qu'il rend son action non valable, inutile, inadéquate et dommageable même.

Il n'en demeure pas moins que ces conflits, ces problèmes occupent une très grande partie de nos cours de justice et du temps de nos praticiens. La société a besoin pour des problèmes de cet ordre, dont les conséquences pour elle sont très graves, de ses meilleurs cerveaux et elle ne peut pas permettre de les ignorer ou de les juger secondaires.

Il est nécessaire de prendre conscience de ces faits et de revaloriser l'enseignement de cette partie du droit, de lui donner une dimension nouvelle, d'ailleurs justifiée dans l'état actuel de l'évolution de notre milieu.

**b) les sciences du comportement humain :
une discipline à importer et à intégrer**

Même s'il est généralement admis à l'heure actuelle que, dans un conflit matrimonial, l'apport des sciences dites du comportement humain est indispensable, rien, dans l'enseignement universitaire ou post-universitaire, n'a été fait pour renseigner l'élève ou le praticien dans ces disciplines. Il est inconcevable que, de nos jours, la faculté de Droit ne dispense pas d'enseignement tendant à donner, au moins, un embryon de connaissances en psychologie, psychiatrie et que le praticien ignore tout de l'importance de ces sciences dans le règlement des conflits familiaux. L'avocat aurait avantage à connaître le rôle précis du travailleur social, du conseiller en relations conjugales, de la thérapie familiale, ne serait-ce que pour lui permettre de référer certains cas à des spécialistes lorsque le besoin de sa pratique l'exige.

Surtout à l'ère des options et du renouveau universitaire, où le décloisonnement entre les professions s'opère, l'université ne peut plus se permettre d'ignorer la très grande relation entre les sciences du comportement humain et le droit familial.

B. Une réforme de la loi et de la procédure

Devant les lacunes de la législation et du système judiciaire que nous venons de souligner, nous ne pouvons que formuler certaines modi-

fications à la législation et à la procédure susceptibles, à notre sens, de fournir aux juges, et partant aux justiciables, un instrument véritablement efficace dans la recherche de la stabilité de la famille — but primordial du législateur — dans l'optique d'une véritable réhabilitation familiale, lorsqu'elle est possible, et de solutions réalistes lorsque la séparation et le divorce sont inévitables.

« To paraphrase a recent study, if a marriage is viable, it is the job of the court, through any available personnel, to afford the parties what help they need and the Court can give. If the marriage has irretrievably foundered, then it must be the goal of the Court to aid the litigants to respond as maturely as possible to the difficult experience of divorce. If the procedure by "relieving tensions or offering comfort or interpretation" can enable the litigants to respond less hysterically or vindictively and more reasonably to the experience of divorce, the legal issues can be more intelligently and constructively analyzed by the Court and counsel, and the Court may more easily develop final orders which will operate to the best interests of the parties — and children — involved. We have concluded that under our existing system for handling domestic relations matters, this sort of treatment is virtually impossible »³³.

C'est ainsi que s'expriment les commissaires de l'État de Californie dans leur rapport sur la famille.

a) **le rapatriement au Québec des pouvoirs en matière de divorce et de mariage**

Même si nous ne désirons pas traiter de ce point en particulier, étant donné qu'il sera discuté dans un autre article sur le sujet^{*}, il est cependant bon de se rappeler qu'il sera très difficile d'effectuer une réforme en profondeur de notre législation familiale à moins qu'un tel rapatriement ne se fasse dans un avenir rapproché.

En vertu de l'article 91(26) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, le gouvernement fédéral a clairement juridiction en matière de mariage et de divorce. Les provinces, par contre, en vertu des articles 92(12) et 92(13) ont juridiction sur la célébration du mariage, la propriété et les droits civils. Cette division des pouvoirs n'est-elle pas le résultat d'un opportunisme politique et d'une situation historique de l'époque ?

On sait qu'avant 1867 les provinces anglaises, dont la *common law* était celle d'Angleterre, étaient régies par la loi passée en ce pays en 1857 : « The Divorce and Matrimonial Causes Act », laquelle permettait aux tribunaux anglais d'accorder un divorce pour certaines offenses matrimoniales, ce qui, jusqu'alors, était réservé aux tribunaux ecclésiastiques. Au Québec, par contre, pendant toute l'existence de la

³³ STATE OF CALIFORNIA, *op. cit. supra*, note 6, p. 7.

* (N.D.L'É. : Cf. E. GUILBERT, « Mariage et divorce : compétence bipartite préjudiciable », *supra*, p. 41).

colonie française, ni la loi royale ni le droit canon n'acceptaient le divorce pour quelque raison que ce soit. La réforme anglaise de 1857 n'affecta jamais le Québec qui n'amenda jamais son Code civil.

Il est donc permis de supposer que, lorsque la Constitution canadienne de 1867 fut élaborée, une des raisons principales qui militèrent en faveur de l'article 91 (26) fut le désir des autorités de pallier à cette situation particulière dans laquelle se seraient trouvés les Anglais habitant le Bas-Canada qui auraient voulu se prévaloir des droits du divorce, apanage des provinces anglaises mais non reconnus par le Québec. En donnant au gouvernement central ce pouvoir, tous les Canadiens pouvaient s'en prévaloir. Comme, à ce moment, le Québec n'était socialement pas prêt à adopter une législation en ce sens, cette distribution de pouvoir ne posait pas de problème réel.

Replacée dans cette optique historique, cette division des pouvoirs était logique. Ceci laisse facilement inférer que, si tel n'avait pas été le contexte à l'époque, la division des pouvoirs en matière de divorce eût été sans doute différente et plus conforme à la réalité socio-économique.

Mais, depuis un siècle, l'évolution qui s'est faite dans les mœurs la rend non seulement anachronique mais inexplicable et complètement dépassée. La famille, produit du milieu, serait mieux servie par la province.

D'ailleurs, le mémoire présenté par la Chambre des notaires de la province de Québec, devant la Commission d'enquête sur le statut de la femme, mérite une attention particulière et nous partageons entièrement les conclusions qui s'en dégagent *.

**b) les dispositions relatives à la séparation de corps v.
la Loi du divorce : une situation confuse**

Depuis la mise en vigueur de la Loi du divorce le 2 juillet 1968, la situation est assez confuse au Québec, particulièrement en raison de l'existence de l'article 185 C.c. relativement à l'indissolubilité du mariage. D'autre part, quant aux effets du divorce sur les biens des époux, les articles 209 et 211 du Code civil, qui prévoient la déchéance des avantages matrimoniaux envers l'époux coupable, sont un anachronisme par rapport à la Loi du divorce, auxquels ces articles ne s'appliquent pas, ceci a souvent pour effet de multiplier les procédures, l'époux qui désire se prévaloir de ces articles devant procéder en séparation de corps préalablement au divorce. Ces articles ne devraient-ils pas tout simplement disparaître, car ils ne représentent plus la pensée contemporaine à ce sujet.

* (N.D.L'É. : Nous rappelons que l'article précité de Me GUILBERT a été préparé prenant comme base ce mémoire de la Chambre des notaires).

Il n'y a aucune raison pour que le Code civil fasse l'autruche en matière de divorce : il se doit de clairement indiquer la procédure à suivre et traiter, dans une section spéciale, des effets civils du divorce par rapport aux conjoints et aux enfants, particulièrement en ce qui a trait aux avantages matrimoniaux, résultant du contrat de mariage et de la loi ainsi qu'aux gains de survie, etc.

Devant l'absence de texte clair, la situation est confuse quant à l'effet des jugements en séparation de corps, ainsi que des jugements sur mesures provisoires lorsqu'une instance en divorce est introduite. Devant un jugement prononçant le divorce, on soutient que le jugement de séparation est annulé mais que ses effets subsistent quant aux biens. Solution boîteuse, surtout quand le jugement de divorce n'a pas été précédé d'un jugement en séparation de corps. D'autant plus que nos juges refusent actuellement dans un jugement de divorce de prononcer quelque conclusion que ce soit quant aux biens, même pour sanctionner les conventions des parties à cet égard. Qu'advient-il des gains de survie ? Autant de questions et bien d'autres encore, qu'il n'est pas facile de résoudre devant le mutisme de notre code pour qui le divorce n'existe pas. Il est vrai, toutefois, que des essais de réponses à quelques-unes de ces questions ont été, avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi de divorce, élaborées par la jurisprudence³⁴ et par la doctrine³⁵.

Il est quand même, nous semble-t-il, devenu nécessaire et urgent que le législateur provincial assume ses responsabilités afin que la Loi du divorce remplisse son but véritable qui est de rompre une union qui n'est plus viable, et ceci sans injustice pour l'un ou l'autre des conjoints.

Ce n'est pas l'objet de cet article d'indiquer toutes les réformes que le législateur devrait entreprendre pour rendre les dispositions du Code civil en matière de droit familial conformes à la réalité sociologique. Plusieurs juristes l'ont fait avant moi, dont, entre autres, le professeur Louis Beaudoin, lors d'une conférence prononcée à l'occasion du Centenaire du Code civil, dans le cadre d'un colloque organisé par l'université McGill. Nous nous limiterons donc à préconiser certaines mesures de nature à favoriser une meilleure approche aux conflits familiaux.

³⁴ *Maloney v. Rassie*, (C.S. Montréal, 26 janvier 1951), [1961] R.L. 169-176 ; *Paradis v. Lemieux*, [1955] R.C.S. 282, conf. [1953] B.R. 119 et [1952] C.S. 45 ; *B. v. S.*, [1960] R.L. 444 (C.S.).

³⁵ H. TURGEON, « Jurisprudence, Effets du divorce sur la communauté », (1953-54) 56 *R. du N.*, pp. 265-271 ; G. WASSERMAN, « The Wife Common as to Property : co-proprietor in the Community », [1955] *R. du B.*, pp. 430-441 ; S. W. WEBER, « Divorce, Community Rights and Gifts in Marriage Contracts », [1955] *R. du B.* 82-87 ; A. MAYRAND, « Effets du divorce sur la donation par contrat de mariage », (1961-62) 64 *R. du N.*, pp. 85-90.

^{35a} Cf. L. BAUDOUIN, « La famille face à un code moderne », [1967] *R. du B.* 221.

c) l'enquête sociale nécessaire

Le groupe Mortimer, lors de ses représentations devant le Comité du Sénat et des communes sur le divorce, a soumis que :

« Il faudrait qu'il soit possible au tribunal, par conséquent, d'enquêter effectivement sur les tentatives de réconciliation qui ont été faites, sur la possibilité de faire d'autres tentatives, sur les faits, les événements et les circonstances que l'on prétend être les causes de la destruction du mariage, sur la vérité des déclarations faites (surtout dans les causes non contestées) et sur tous les aspects ayant trait à la détermination de l'intérêt public »³⁶.

et plus loin :

« Les partisans de ce système ont fait remarquer qu'une procédure d'enquête n'est pas inconnue dans la pratique légale canadienne. Dans la province d'Ontario, les travailleurs sociaux font une enquête dans les causes de divorce où il y a des enfants de moins de 16 ans et ils font un rapport à la cour au nom de gardien officiel. Les tribunaux font aussi des enquêtes lorsqu'on soupçonne la connivence ou la collusion et peuvent, et le font souvent, faire ce qui revient à une enquête lorsqu'il est nécessaire d'étudier si la discrétion de la cour doit être exercée en faveur d'un demandeur qui a aussi commis une offense matrimoniale »³⁷.

Le rapport commente, il est vrai, « la grande pénurie de travailleurs sociaux et de spécialistes matrimoniaux » au Canada, en ajoutant que cette procédure risquerait de coûter très cher. Il est certain que ces objections sont fondées, mais n'est-il pas permis de croire que si l'emploi était créé, on ne tarderait pas à former ces spécialistes dans nos universités. Or on ne forme pas de spécialistes parce qu'on n'a pas d'emploi à leur offrir. C'est un cercle vicieux. Créons les emplois, les spécialistes se formeront. Quant au coût, les enquêtes sociales se font actuellement au Québec par entre autres, le Service familial et, si on calcule que leur coût n'est pas prohibitif quand il s'agit de distribuer l'aide financière ou l'assistance sociale, il ne devrait pas l'être plus pour offrir un service, immensément plus utile ; aider à la stabilité d'un foyer. D'ailleurs, si on admet que chaque foyer brisé coûte à l'État déjà très cher, ainsi que nous l'avons déjà vu, on ne devrait pas hésiter à mettre tout en œuvre, quels que soient les frais à encourir, pour tenter de minimiser les effets des conflits familiaux.

La Governor's Commission on the Family de l'État de Californie a dû faire face aux mêmes objections et voici comment elle y répond :

« We are not unmindful of the dearth of highly-trained personnel, and we recognize that there may be, in the first few years of the Family Court's existence, some difficulties in staffing. We are convinced, however, that the only way to meet the need is to create it. Our institutions of higher learning and our agencies of clinical

³⁶ *Op. cit. supra*, note 17, p. 70.

³⁷ *Ibidem.*

training will then develop programs of preparation on a far wider scale than are presently available » ³⁸.

« The cost in dollars from broken homes far exceeds the expenditures required to provide proper counseling and professional staff services — the cost of which is in fact large only in relation to the small amounts the law now provides for that purpose. We believe that study and correction of the causes of family breakdown are as important to society as basic researches into cancer, tuberculosis and other physical ills, enterprises at whose funding we do not balk. If by a proper handling of troubled families we can reduce the human wreckage of family disruption, the expense will be more than justified. We cannot afford to reckon the cost of such treatment in dollars ; it is properly calculable only in the coin of individual and social benefit » ³⁹.

Le juge Martaguet, de Bordeaux, d'ailleurs, enseigne le problème dans le même sens :

« L'enquête sociale est donc destinée à apporter des éléments d'appréciation en vue de l'attribution de la garde des enfants et du droit de visite et non en vue du jugement du différend entre époux. Il est peut-être permis de le regretter, car elle constitue souvent le seul élément objectif du dossier et mériterait parfois beaucoup plus de crédit que l'enquête civile » ⁴⁰.

Le juge Paul Alexander, de son côté, est d'avis que :

« Clients who come or are brought to the divorce court are as much in need of help, in addition to legal service... If they can't or won't get it from private source, does not the state have the right, if not the duty, at least to offer the indicated help ? Broken families cost the state hundreds of millions of dollars more than whole ones. And from the standpoint of the country's general welfare, is not the preservation of family life as much a concern to the state as the preservation of the other boons its seeks to secure for its citizens ? » ⁴¹

Le Doyen Roscoe Pound pensait lui-même que :

« Hearing by a competent specialist of particular questions incidental to complete dispatch of the differences which have come to exist in a household, as part of a complete judicial winding up of the general situation is as legitimately a part of the work of the judiciary as adjudicating the claim of a defrauded customer of a deceased dealer may be when dealt with as part of the administration of the dealer's estate » ⁴².

L'enquête sociale ne serait peut-être pas nécessaire dans tous les cas, mais le juge devrait pouvoir soit la demander, s'il le juge à propos, ou permettre qu'elle soit faite à la demande de l'une ou l'autre des parties.

³⁸ STATE OF CALIFORNIA, *op. cit. supra*, note 6, p. 12.

³⁹ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁰ P. MARTAGUET, *loc. cit. supra*, note 7, p. 49.

⁴¹ Paul W. ALEXANDER, *loc. cit. supra*, note 13, p. 179.

⁴² Roscoe POUND, *loc. cit. supra*, note 8, p. 165.

d) pouvoirs des juges en matières d'examens médicaux, psychiatriques et autres

Les dispositions du Code de procédure civile relatives au secret professionnel des médecins rendent pratiquement impossible, devant le tribunal en matière de conflits matrimoniaux, une preuve d'insanité ou de désordres mentaux quelconques chez un des conjoints. D'autre part, on sait que tous les aliénés ne sont pas dans des asiles et que nombre d'individus souffrant de désordres mentaux ne sont pas assez malades pour être internés ou ne peuvent l'être par suite, entre autres, de la réticence des médecins et autres spécialistes. Le fait que certains professionnels aient eu à faire face à des réclamations en dommages élevées à la suite de leur recommandation visant à admettre des malades dans des hôpitaux pour aliénés n'a pas été sans conditionner leur attitude actuelle qui est celle d'une très grande neutralité. Cet état de fait est tel qu'il est virtuellement impossible, dans le cas d'un désordre d'ordre psychiatrique chez un des conjoints, de tenter d'en faire la preuve devant le tribunal. Or, le degré d'anormalité nécessaire pour provoquer l'internement dans une maison de santé et celui nécessaire pour que l'autre conjoint ne puisse plus supporter la vie commune, ne sont pas nécessairement les mêmes. Si on admet qu'il est nécessaire, pour l'éducation des enfants, de posséder un minimum de santé mentale, il devient alors excessivement important que le juge puisse se rendre compte de l'état mental du conjoint auquel il confie la garde des enfants. L'expertise psychiatrique ordonnée par la cour demeure non seulement le seul moyen, mais le moyen le plus rationnel d'obtenir un résultat non biaisé. Combien de fois le psychiatre consulté par le procureur de l'une des parties dans un conflit de cette nature ne répondra-t-il pas « si le juge me le demandait il me ferait plaisir de le faire mais pas autrement » ? Le psychiatre, le psychologue ou le médecin se sentira beaucoup plus à l'aise pour livrer alors le fond de sa pensée et faire un diagnostic sans détour. En France, où il existe une certaine tradition dans ce sens, le juge Martaguet rapporte que « lorsqu'il s'agit de l'examen psychiatrique des époux, le "jumelage" psychiatre-psychologue paraît très indiqué et une commission d'experts conjointe pour ces deux spécialistes donne d'excellents résultats »⁴³.

Le juge devrait donc avoir toute latitude pour accéder à la demande de l'une des parties ou des deux et exiger un examen psychiatrique s'il le croit nécessaire et on devrait procéder en cette matière comme on le fait pour l'expertise telle que prévue au Code de procédure civile.

La Cour d'appel dans l'arrêt très récent de *Beaumont v. Beau-*

⁴³ P. MARTAGUET, *loc. cit. supra*, note 8, p. 165.

mont ⁴⁴ a refusé une telle demande, sur une question de procédure, sans toutefois se prononcer définitivement sur la possibilité qu'un tel examen soit permis, les allégations pertinentes ayant été faites.

Ce droit à l'examen médical et psychiatrique dans le cas de conflits familiaux devrait être consacré par un texte clair.

**e) la procédure d'introduction de l'instance
et la séance de diagnostic obligatoire**

Ce serait déjà une amélioration considérable si notre législation prévoyait l'introduction de l'instance en séparation de corps ou en divorce par une simple déclaration assermentée alléguant uniquement que le mariage des parties est en sérieuse difficulté et que le secours de la cour est requis, sans nécessité de conclusions en séparation ou divorce. Cette procédure serait suivie par un ordre de la cour ordonnant aux époux de se présenter devant le juge à une date fixe pour être référés à un conseiller en relations matrimoniales, ou une agence sociale spécialisée dans ce domaine. Le conseiller matrimonial ou l'agence pourraient alors établir un diagnostic initial et faire des recommandations, soit en vue d'une thérapie familiale, d'un traitement psychiatrique, traitement dans un centre de réhabilitation des alcooliques, séparation ou divorce, etc. Si les époux désiraient suivre ces recommandations, ils ne se représenteraient devant la cour qu'en cas d'échec des traitements ou de réconciliation impossible. D'autre part, si les recommandations du conseiller en relations matrimoniales étaient rejetées par l'un des époux, alors les procédures pourraient être instituées de la manière ordinaire, dite « *adversary* ».

Cette façon de procéder aurait l'avantage de rallier les partisans du système traditionnel et ceux de la stricte approche thérapeutique. Ainsi, on éviterait que le divorce ou la séparation ne soient prononcés qu'à la suite, uniquement, d'une évaluation d'experts, mais on permettrait un véritable effort d'étude en profondeur du problème. Ce système, en plus, aurait l'avantage que le juge qui entendrait le litige subséquemment, s'il y a lieu, serait différent de celui qui aurait initialement reçu les époux. Ceci rencontrerait l'objection formulée par le Comité du Sénat et des communes sur le divorce qu'il « serait contraire à l'éthique de la loi anglaise et canadienne de demander aux juges d'agir comme inquisiteurs » ⁴⁵.

Enfin, le délai nécessaire à une telle procédure permettrait une période de « *cool off* » souvent utile et nécessaire devant les conséquences de telles décisions.

⁴⁴ [1968] B.R. 532.

⁴⁵ *Op. cit. supra*, note 17, p. 70.

f) la conciliation : une nécessité

Le chapitre consacré à la « Réconciliation et Orientation conjugale » par le Comité du Sénat et des communes chargé d'enquêter sur le divorce au Canada mérite d'être retenu et même cité dans de larges extraits :

« Bien que ce soit l'opinion du comité qu'une portée plus large des raisons de divorce n'affaiblira pas la stabilité du mariage comme institution, il croit que la législation tendant à rationaliser la dissolution du mariage ne devrait pas passer sous silence le fait que la dissolution n'est qu'une solution finale à une union rompue et qu'il y aurait lieu plutôt de tenter d'y remédier.

« Plusieurs témoins ayant comparu devant le comité ont souligné l'importance d'établir des procédures de réconciliation en vue de récupérer autant de mariages que possible. Certains témoins ont insisté que des tentatives de réconciliation devraient être obligatoires avant qu'on procède à des instances en divorce. C'est ce qu'a suggéré l'Église-Unie du Canada, en plus d'autres organismes tels que la Ligue des femmes catholiques du Canada. D'autres ont demandé la réconciliation obligatoire, et l'orientation dans certains cas, et on a beaucoup appuyé sur la création de services d'orientation à l'égard de problèmes conjugaux à titre de service auxiliaire pour les tribunaux. Cependant, la plupart des témoins seraient satisfaits si l'on prenait des dispositions en vue de créer des méthodes d'orientation et de réconciliation dans les cas où on pourrait en tirer parti ».

« On pourrait accomplir plus, cependant, en supprimant tout simplement les obstacles juridiques à la réconciliation. On pourrait prendre des mesures vigoureuses en vue de la promouvoir. Cependant, il ne s'agit pas là d'une besogne facile. La réconciliation obligatoire n'en est pas la réponse. On s'objecte de plusieurs façons à de telles mesures. Premièrement, on doit se rendre compte que, dans la plupart des cas, une fois qu'on en est rendu devant les tribunaux, on a dépassé les limites de la réconciliation. Les conjoints ne se lancent pas à la légère dans des instances en divorce sans auparavant tenter sérieusement et vigoureusement de préserver leur union. Donc, dans la grande majorité des cas, la réconciliation obligatoire serait futile.

« De toute façon, l'orientation conjugale n'est pas une vocation facile ; elle exige beaucoup de formation et d'habileté et le nombre des personnes ainsi compétentes est limité au Canada, aujourd'hui »⁴⁶.

Il est inconcevable que la Loi du divorce ait incorporé certaines dispositions tendant à promouvoir la réconciliation, et que le législateur provincial en matière de séparation de corps n'ait pas encore jugé bon d'aller au moins jusque-là. Des amendements en ce sens s'imposent de toute évidence.

Quoiqu'il nous répugne, tout comme d'ailleurs le Comité du Sénat sur le divorce, de suggérer une réconciliation obligatoire, c'est-à-dire contre la volonté des deux conjoints, il faut se rendre compte que souvent l'un des époux la réclame et, s'il le fait, il est concevable que le mariage a certaines chances de subsister. Il serait donc recommandable de trou-

⁴⁶ *Ibidem*, p. 91.

ver un mécanisme qui oblige l'autre époux à assister obligatoirement à certaines séances, quitte à en limiter la période, comme le fait l'État de New York (90 jours), après quoi les parties seraient libres d'intenter des procédures en séparation ou divorce. La séance de diagnostic obligatoire d'ailleurs serait un mécanisme tout à fait approprié à cette fin.

Ce problème se pose de la même façon quant aux traitements psychiatriques ou psychologiques. Certains psychiatres refusent de croire à la valeur thérapeutique d'un traitement qu'on imposerait. Or, des expériences tentées en ce sens ont donné un bon résultat. En particulier, le Dr Shamsie, dans un exposé lors d'un colloque organisé en mai 1968 par l'Association du Barreau canadien, section québécoise, a relaté une telle expérience au niveau des délinquants. On avait conseillé à ces derniers des séances libres de thérapie de groupe. A peu près personne ne s'était présenté. On a imposé alors la présence obligatoire à ces séances sous peine de sanction de détention : tous se sont présentés. Après trois mois on laissa les délinquants libres de venir ou non : la très grande majorité d'entre eux continuèrent la thérapie. Pourquoi ce qui se fait au niveau des délinquants ne peut-il être transposé sur le plan des adultes ? Reste la question du coût de ces traitements. Il faut admettre que cette façon de procéder occasionnerait à l'État des déboursés additionnels, peut-être considérables ; mais ce coût doit toujours être calculé en fonction des économies non seulement de souffrances humaines, mais aussi de dollars récupérés sur des procédures devenues inutiles.

A tout événement, la séance de conciliation obligatoire n'est pas, toutefois, la première refonte à faire. Si seulement la séance de diagnostic obligatoire pré-procédurale faisait partie du processus judiciaire en matière de conflits familiaux, on aurait déjà accompli un pas de géant.

La Commission du gouverneur Brown de Californie sur la famille de 1966 a tenu des propos semblables dans ses recommandations :

« If, as we believe often happens, the parties are polarized and set more at odds by the process of formal accusation and denial, any efforts toward reconciliation will be hindered at best and rendered futile at worst.

« The Commission recommends that, following the filing of a petition of inquiry, there should be held in each case an initial evaluative interview or interviews with the professional staff for the purpose of helping the parties to assess and understand their situation. We must emphasize that the aim of this required initial evaluation is not to force conciliation upon the parties ; rather, it is to accomplish three things. First, it will afford an opportunity to determine the susceptibility of the marriage to conciliation services, and to provide or make arrangements for such services in proper cases. Second, where reconciliation is not workable and severance is necessary, it will assist the parties in resolving, insofar as possible, those points which remain as disputed issues. Third, it will provide systematic and realistic means for the collection on a long-range

basis — of rate date about the real causes of marriage failure. The initial interviews should be conducted by persons of the highest professional competence »⁴⁷.

Et la commission conclut à la nécessité d'une évaluation à être transmise à la cour par le conseiller sur les chances de succès du mariage dans les 120 jours qui suivent le début de la conciliation⁴⁸.

A ce sujet, il y aurait lieu de s'interroger longuement sur la qualité et la compétence qui devraient être requises des conseillers en relations matrimoniales et sur la procédure à suivre, afin de s'assurer en tout temps que les parties sont complètement informées de leurs droits, que les admissions qu'elles pourraient faire ne puissent se retourner contre elles en aucun temps, etc.

g) le secret professionnel du conseiller en relations matrimoniales

La Loi du divorce le garantit (art. 21) quoiqu'elle ne soit pas très explicite quant à la limite de cette garantie. Nous croyons que cet article devrait déjà être amendé pour que le secret soit respecté même sur les confidences faites avant l'introduction des procédures en divorce. En effet, pour se conformer à la loi, le procureur doit s'efforcer d'amener les parties à se réconcilier. Comme le texte de loi, tel que rédigé, ne garantit pas clairement au conseiller en relations matrimoniales qu'il n'aura pas à divulguer les renseignements et confidences recueillis avant le litige, il est difficile pour le praticien de permettre à son client de suivre les dispositions de la loi.

Le Code de procédure civile, par contre, est muet quant au secret professionnel devant être observé par le conseiller en relations matrimoniales. Celui-ci pourrait donc être forcé de dévoiler devant le tribunal les confidences que lui aurait faites l'un des conjoints lors d'une séance de réconciliation.

La protection du secret professionnel du conseiller en relations matrimoniales serait une garantie d'efficacité des tentatives de réconciliation, tout comme le fait d'incorporer à notre Code de procédure civile des dispositions similaires à celles que la Loi du divorce applique à la période de réconciliation de 90 jours (art. 9, 3b).

Le Comité du Sénat et des communes s'était exprimé ainsi sur le sujet :

« Il serait peut-être plus utile d'adopter une autre pratique en cours, en Australie, qui protège les conseillers en matières conjugales, les empêchant de révéler en cour les renseignements qu'ils découvrent au cours de leur travail professionnel. Leur travail deviendrait ainsi plus efficace et pourrait aider les conjoints à agir

⁴⁷ STATE OF CALIFORNIA, *op. cit. supra*, note 6, p. 18.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 20.

en toute franchise avec les conseillers sans crainte que ce qu'ils ont dévoilé servirait plus tard contre eux dans une instance en divorce. La Commission Scarman a démontré qu'il existait un certain malaise dans les services d'orientation conjugaux en Angleterre, à cause d'un tel manque de protection dans la loi anglaise actuelle qui est la même au Canada, en l'occurrence »⁴⁹.

h) l'accréditation des conseillers en relations et consultations matrimoniales

Il existe au Canada très peu d'institutions spécialement organisées pour la formation de conseillers en relations matrimoniales. Le Comité sur le divorce spécifie qu'elles sont au nombre de deux.

Par ailleurs, il existe un besoin pour la création de normes professionnelles assurant un très grand degré de compétence dans un domaine extrêmement délicat, où il s'agit de démêler le cours de sentiments enchevêtrés, de détecter les moindres soubresauts d'un amour qui se meurt et de protéger ce qui reste d'une famille, sinon de tenter de replâtrer les morceaux. C'est une opération à cœur ouvert qui demande une très grande souplesse et une très grande habileté.

Devant l'extrême besoin de ces personnes hautement qualifiées, l'État ne devrait-il pas promouvoir, soit par une aide financière, soit par d'autres méthodes, la formation d'un personnel compétent et la création d'organismes de consultation conjugale ? Mais aussi, ainsi que l'ont fait l'Australie et la Nouvelle-Zélande, il devrait s'assurer par un système d'accréditation auprès du gouvernement le contrôle de la qualité de ce personnel en tout temps, en établissant des normes d'accréditation et en exigeant un rapport annuel des activités de ces organismes. Car il est à craindre que, vu le besoin grandissant qui se fait sentir au Québec, des éléments uniquement désireux d'exploiter à des fins commerciales des êtres déjà à la dérive s'infiltrerent dans une telle profession.

Comme conclut le Comité du divorce : « Si la société croit sérieusement dans la stabilité du mariage et la préservation de cette institution, elle devrait étudier quelles sont les mesures positives à prendre en vue d'aider ces mariages éprouvant des difficultés »⁵⁰.

i) le caractère confidentiel des dossiers et huis clos

À ce sujet, nous faisons nôtres les recommandations du rapport Brown de l'État de Californie :

« The Commission feels strongly that the interests to the parties their children and society will be served best by restricting the general public from attendance at the hearings of the family court, as is presently done in Juvenile court sessions. We believe that

⁴⁹ *Op. cit. supra*, note 17, pp. 92-93.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 93.

proper inquiry into the sensitive and intricate problems of family breakdown is impeded by permitting general public access and that resulting publicity cannot but be detrimental both to the parties and to any children involved.

« On like reasoning and again noting the analogue in the present Juvenile Court Law, we recommend that the files and records of the Family court be made confidential, open to inspection only by the Court's professional staff, the parties to the proceeding or their attorneys and persons whom the Court deems to have a legitimate professional, educational or research interest in the work of the Court. We believe, however, that the fact of the entry of any dissolution decree is properly made public for the benefit of the creditors and other persons with legitimate interests in the status of the family »⁵¹.

**j) les conventions écrites de réconciliation :
ses effets psychologiques et son aspect légal**

Dans l'État de Californie, on a développé avec grand succès, semble-t-il, la technique des conventions écrites de réconciliation. L'honorable juge Louis H. Burke, de la Cour suprême de Californie, un des pionniers des cours de conciliation et de relations domestiques de l'État de Californie, dont il fut l'un des juges avant d'accéder à la Cour suprême, écrivait récemment (mai 1968) :

« I would like to have you consider utilizing the technique which we have found so successful in reconciliation proceedings and that is through the use of a formal written contract between the parties, which is then followed by an order of the court approving the contract.

« We have found that the use of such an agreement serves many purposes. Each of the agreement is tailor-made to fit the needs of a particular family, utilizing many stock paragraphs which have been prepared in advance. Thus the compiling of the agreement is comparatively simple. The fact that the promises are in writing renders them much meaningful to the parties. Furthermore the formality of having a judge sign the court order approving the agreement also lends it character that it would not otherwise have. The people are told not to violate the agreement because serious wilful violations could lead to contempt of court and a hearing following which they could be fined or jailed, or both (and some have). These sanctions, however, are very sparingly used. People are also told that should either desire to be relieved from his agreement because it has not worked out all he need do is return to the Conciliation Court and it will grant his wish. However, as long as the agreement remains in force, the parties are expected to comply with it. Experience has shown that this process carries considerable weight and I believe it is one of the tools of the Los Angeles system which has resulted uniformly down through the years in three out of every four families which are reconciled by the court remaining together »⁵².

Je crois qu'on peut endosser les remarques du juge Burke sans restriction quant aux effets psychologiques de telles conventions.

⁵¹ STATE OF CALIFORNIA, *op. cit. supra*, note 6, p. 21.

⁵² Lettre personnelle.

Reste à considérer leur aspect légal. Que deux personnes établissent par écrit les conditions sous lesquelles elles continueront la vie commune ne présente en soi aucun problème, si le couple retrouve son équilibre et si le mariage n'aboutit pas, éventuellement, devant les tribunaux.

Mais supposons que le contraire se produise. Cet écrit ne risque-t-il pas alors de constituer des admissions de la part de l'un ou de l'autre des conjoints qui lieront le juge lors du procès ? Les engagements financiers qui y sont contenus ne pourront-ils être invoqués comme base d'un règlement financier des intérêts entre époux ? Il faut répondre par l'affirmative. Cependant, il y aurait lieu afin de prévenir un tel usage qui serait contraire à l'esprit dans lequel ces conventions sont faites, d'insérer au code une disposition spécifiant que de telles conventions ne pourront constituer en aucune manière une preuve ou des aveux et ne serviront pas de guide au juge lors du procès. Tout comme la déclaration d'un inculpé ne peut servir de preuve contre lui à son procès, sauf s'il y a eu mise en garde.

Cette garantie, à notre avis, serait suffisante pour écarter tout danger possible. Il est à remarquer qu'en pratique de telles conventions se font entre conjoints qui ne désirent pas étaler leurs problèmes devant les cours de justice, la différence est qu'elles constatent plutôt leur séparation que leur réconciliation. Si on ne peut, dans l'état actuel de l'évolution de notre société, donner effet aux premières, du moins qu'il nous soit permis d'entériner les secondes, dans le plus grand intérêt de la société tout entière.

k) la pension alimentaire

Ce n'est pas tant la fixation de la pension alimentaire qui se révèle un problème comme sa perception. En effet, les moyens d'exécution à la disposition de celui en faveur duquel un jugement de pension alimentaire existe, habituellement l'épouse, obligent à des frais souvent onéreux (tels que saisie, annonces dans les journaux, vente par huissier), et se résument à la saisie et vente de biens (moyen très peu utilisé dans des causes de cette nature, l'épouse étant, la plupart du temps, propriétaire des meubles et l'époux ne possédant pas d'immeuble) et à la saisie de salaire. Celle-ci peut sembler un moyen efficace, évidemment si le mari occupe un emploi dont le traitement est saisissable. En pratique, cependant, le mari qui veut se soustraire à cette obligation a beau jeu. Il lui suffit d'accumuler des comptes qui sont ensuite perçus à même ses dépôts en vertu de la Loi des dépôts volontaires ou saisie-arrêt, réduisant d'autant le montant disponible pour la pension alimentaire, au pro rata

évidemment. Il est vrai que l'épouse bénéficie d'une préférence entre le tiers et la demie du salaire saisissable, mais il s'agit d'une proportion si minime.

Même si une disposition du code garantissait une préférence au jugement de pension alimentaire lors de la distribution des deniers des saisies-arrêt et dépôts volontaires, ce qui serait déjà une grande amélioration au système actuel, nous ne croyons pas que cela réglerait le problème. En effet, le problème réel provient plutôt de l'urgence pour l'épouse et ses enfants d'obtenir la nourriture et le logement et de l'insécurité qui découle du système actuel. Chaque semaine, chaque mois, se répètent, en effet, les attentes, retards, quand ce ne sont pas des crises de nerfs et de désespoir d'être à la merci de ce véritable esclavage, souvent pour le reste de ses jours. Le recours en refus de pourvoir ne peut pallier à cette situation, en ce qu'il a de répugnant, pour un époux, d'avoir recours à un tel procédé et surtout en ce qu'il ne règlera rien en emprisonnant le débiteur récalcitrant, mais rendra encore plus difficile la situation de la famille. Ceci explique le très grand nombre de gens séparés qui préfèrent avoir recours à l'État plutôt que de se lancer dans cette aventure de perception, souvent onéreuse, la plupart du temps sans résultat satisfaisant.

Il est, d'autre part, extrêmement difficile de trouver une solution adéquate et efficace à ce problème. L'État devrait-il, s'il assume le paiement de la pension alimentaire au lieu et place du débiteur condamné par jugement, être subrogé dans les droits du créancier à cette pension ? Cette solution répugnera peut-être en ce que le principe étant admis, jusqu'où l'État l'étendra-t-il, pour réclamer par exemple des aliments d'un fils dont la mère bénéficie d'une pension de l'État ? Cette attitude ne pourrait-elle pas être qualifiée de rétrograde par certains, dans l'évolution actuelle de nos mesures sociales ? D'autre part, une telle mesure serait sûrement de nature à garantir les paiements, à diminuer le coût en faveur du bénéficiaire de la pension, et à réduire l'anxiété dans la famille. L'augmentation de la charge de l'État qui en résulterait pourrait, en partie, être compensée par la récupération probable de plus fortes sommes. Des recherches et des études plus approfondies de la question pourraient indiquer si une telle mesure serait rentable, compte tenu des avantages certains qu'en retireraient les bénéficiaires.

Une chose demeure quand même évidente : la nécessité de la création d'un organisme chargé d'exécuter les jugements de pension alimentaire, de les percevoir et les distribuer. On pense à un centre comme celui des dépôts volontaires, mais avec pouvoirs réels de perception en cas de défaut. Avec une législation adéquate, procédant plutôt par ordonnances du tribunal en cas de défaut de paiement, avec délai d'exécution très court, on

pourrait espérer une amélioration sensible de ce qu'une journaliste a déjà nommé « le ghetto des séparés ».

C. Une réforme de nos tribunaux judiciaires

Il semble, pour toutes les raisons que nous avons déjà exposées, plus que désirable qu'une seule cour soit chargée de s'occuper des conflits familiaux.

Le Doyen Roscoe Pound formulait en ces termes son point de vue sur cette question controversée :

« The advantages of unified treatment of family troubles is manifest ».

« Today we have come to see the defects in the system of multiplied specialized courts :

1. It involves conflicts and overlappings of jurisdiction and consequent waste of judicial power on jurisdictional points at the expense of the merits of the case.
2. It involves waste of litigants' time and money [...].
3. It involves successive appeals [...].
4. It requires determination of controversies in fragments in which the merits of the whole situation may be lost or the efficacy of the legally appointed remedies may be impaired.
5. It involves waste of public money.

« The modern idea is one of specialist judges sitting in courts of wide general jurisdiction, made available on a flexible administrative system when and where they are needed »⁵³.

Dans deux articles publiés récemment au Canada⁵⁴ les auteurs recommandent tous deux un système judiciaire unifié de tous les problèmes relatifs aux conflits familiaux, citant abondamment Roscoe Pound.

A notre avis, la nécessité d'établir une cour spécialisée en matières familiales se dégage de la reconnaissance de trois grands principes :

- a) réunification devant un même tribunal de recours existant actuellement à au moins quatre niveaux de juridictions de nos tribunaux ;
- b) réhabilitation des foyers ;
- c) spécialisation des juges et des tribunaux.

Nous croyons qu'à l'heure actuelle au Québec, le principe d'une cour spécialisée en matières familiales est généralement admis et que le seul problème qui se pose réellement est celui d'une technique appropriée.

Ce problème, simple en soi, se complique par des difficultés constitutionnelles qu'on rencontre au Québec.

⁵³ Roscoe POUND, *loc. cit. supra*, note 8, p. 21.

⁵⁴ Stuart S. PURVIS, « Family Courts, a Plan for Alberta », (1967) 10 *Can. Bar J.* 374-388 ; James C. MACDONALD, « A Comprehensive Family Court », (1967) 10 *Can. Bar J.*, pp. 323-336.

Mais avant d'aborder le cas particulier du Québec, il est utile, croyons-nous, d'examiner les solutions adoptées ailleurs, d'en analyser les avantages et désavantages et de souligner les options possibles pour notre province.

a) examen des solutions adoptées ailleurs

i) *Au Canada :*

Il existe, dans presque toutes les provinces canadiennes à l'exception du Québec, des cours dites « Juvenile and Family Court »⁵⁵, avec juridictions plus ou moins étendues selon les provinces. Au Québec, nous n'avons que des cours juvéniles dites « Cours de Bien-être social » dont la juridiction se limite, en pratique, à l'application de la Loi des jeunes délinquants. En théorie, cependant, ces cours auraient juridiction en matière de réconciliation entre époux. Il est facile de se rendre compte que ces cours ne sont nullement organisés pour cela même si des tentatives réelles ont été faites dans ce dernier domaine.

Dans la plupart des autres provinces du Canada, la majorité de ces cours ont juridiction en vertu de lois intitulées « The Deserted Wives and Children's Maintenance Act » qui peuvent, à certains points de vue, être assimilées à notre législation en matière de séparation de corps, en plus d'appliquer la Loi des jeunes délinquants et d'autres lois relatives aux enfants abandonnés ou négligés, adoption, paternité, etc.

Il s'agit toujours de cours provinciales dont les juges sont nommés par la province. Les municipalités, la plupart du temps offrent les facilités administratives.

Plusieurs de ces cours, particulièrement celles de l'Ontario, l'Alberta et le Manitoba, sont bien structurées et bénéficient des services d'enquêteurs sociaux, conseillers en relations matrimoniales, avocats, greffiers, qui leur sont attachés en permanence. Les conflits familiaux forment une très grande partie de leur travail quotidien. Les procédures de réconciliation sont choses courantes. Psychologues, psychiatres et médecins sont fréquemment consultés et les parties y sont au besoin référées.

Ces cours existent en certains cas depuis 1947, comme au Manitoba par exemple, et les statistiques publiées semblent indiquer dans l'ensemble qu'elles sont extrêmement actives. Du point de vue des réconciliations

⁵⁵ Cf. Ontario : *The Juvenile and Family Court Act*, R.S.O. (1960) chap. 201, Sec. 4(4) ; Manitoba : *Juvenile Court and Family Court Act*, R.S.M. (1954) chap. 294, amendé en 1955, 1963 et 1964 ; Alberta : *The Family Court Act*, R.S.A. 1955, chap. 108, Sec. 1 ; Colombie-Britannique : *Family and Children's Courts Act*, R.S.B.C. 1963, chap. 63 ; Nouveau-Brunswick : *Divorce and Matrimonial Causes Act*, R.S.N.B. 1952, chap. 63.

obtenues, quoiqu'il soit très difficile d'évaluer ces statistiques d'une façon satisfaisante, il semble que dans l'ensemble les résultats, dans 30 à 35% des cas, ont été positifs, dans 30% douteux et dans le dernier tiers, irrécupérables. Par contre, au point de vue des sommes d'argent récupérées en pensions alimentaires, une autre des fonctions de ces cours, les résultats sont très positifs. A titre d'exemple, dans la seule ville de Toronto, en 1965, on aurait perçu à ce titre \$1,891,370, montant qui s'accroît chaque année d'environ \$100,000 à \$150,000.

La plupart d'entre elles ont adopté la technique d'entrevues avec le « mariage counselor » comme élément de la procédure normale et des locaux ont été spécialement aménagés à cette fin. La coopération des avocats leur semble entièrement acquise.

ii) *Aux Etats-Unis :*

Il existe des cours familiales, appelées « Family Courts », « Domestic Relations Courts », « Conciliation Courts », etc., dans la plupart des États américains.

Dès 1919, lors d'une conférence tenue à Atlantic City, le président du « National Desertion Bureau of New York City » déclarait :

« La Cour familiale origine dans la reconnaissance du fait que, non pas l'individu, mais la famille, est la véritable cellule de la société et que certaines prétendues offenses ne peuvent plus être traitées par le processus judiciaire ordinaire et actuel. Le premier fruit de cette nouvelle optique a été l'établissement de cours pour délinquants juvéniles, et de la cour des relations domestiques suivie de l'établissement d'une véritable cour familiale, avec juridiction complète légale et équitable dans les problèmes familiaux ».

Les juridictions de ces cours varient suivant les États, mais s'étendent principalement aux jeunes délinquants, aux procédures en pension alimentaire, adoption, garde des enfants, paternité, assauts entre époux, désertion, etc. Certains, qui ont adopté des législations plus poussées, leur ont intégré à tous les services requis pour un traitement d'ensemble des problèmes familiaux. Ce sont, en général, ceux qui comprennent de grandes agglomérations urbaines, tels que la Californie, l'Ohio, l'Illinois et New York.

Ces cours sont créées par l'État (the state), donc assimilables à nos Cours provinciales. Les plus réputées sont celles de Los Angeles, Toledo, Chicago et New York.

La cour de New York, par exemple, réunit sous une même juridiction les recours en matière de conflits familiaux tout en respectant, cependant, la juridiction de la Cour suprême de l'État de New York en matière de séparation, divorce et annulation de mariage. Mais il

s'est établi entre ces deux cours une interrelation que nous voudrions souligner. En effet, la Cour suprême peut, à l'occasion, transférer à la Cour familiale sa juridiction première en matière de fixation de pension alimentaire, temporaire ou permanente, de garde temporaire ou permanente des enfants, d'exécution des jugements en pension alimentaire et garde des enfants, des requêtes en modification de pensions alimentaires ou de changement dans la garde des enfants, lorsqu'il y a eu changement d'État des parties.

Un autre aspect très intéressant de cette Cour familiale concerne les procédures de conciliation entre époux. Le juge peut, sur requête attestant que le mariage est en difficulté, inviter les époux à des entrevues dans un but de conciliation. Il peut les référer à des agences spécialisées et même émettre une ordonnance leur intimant l'ordre de se présenter. Cette cour a droit de procéder à l'examen médical et psychiatrique de toute personne (art. 251) de sa juridiction et même de les forcer à se présenter pour examen, à un hôpital ou autre institution privée.

Une des fonctions les plus intéressantes pour nous concerne sa juridiction dans le cas d'offenses contre la famille. L'article 811 de cette loi qui s'intitule « Finding and Purpose » mérite d'être reproduite ici dans son entier et se passe de commentaires.

« 811. In the past, wives and other members of the family who suffered from disorderly conduct or assaults by other members of the family or household were compelled to bring a "criminal charge" to invoke the jurisdiction of a court. Their purpose, with few exceptions, was not to secure a criminal conviction and punishment, but practical help.

« The family court is better equipped to render such help, and the purpose of this article is to create a civil proceeding for dealing with such instances of disorderly conduct and assaults. It authorizes the family court to enter orders of protection and support and contemplates conciliation procedures. If the family court concludes that these processes are inappropriate in a particular case, it is authorized to transfer the proceeding to an appropriate criminal court ».

Par voie de conséquence, une cour qui reçoit une plainte de cette nature doit la référer à la Cour familiale.

iii) *En France :*

Nous avons pris connaissance d'un projet très intéressant appliqué en France. Le juge Martaguet, vice-président du Tribunal de Grande Instance de Bordeaux, écrit que le Tribunal de Grande Instance de Bordeaux (que nous pouvons ici assimiler à notre Cour supérieure) a décidé d'organiser, à titre expérimental, une chambre spécialisée du

droit de la famille, qui a commencé à fonctionner au début de l'année 1963.

Le juge Martaguet explique qu'une telle expérience a été tentée à la suite de constatations et pour réagir contre une certaine dégradation des valeurs familiales en France. L'auteur s'est demandé si la justice, en France comme ailleurs, ne souffre pas d'un « déphasage » indiscutable par rapport à l'évolution de la société moderne.

Le juge Martaguet cite le doyen Savatier comme suit :

« N'est-il pas temps de s'acheminer vers la spécialisation des juges de la famille dont ressortiraient les familles désorganisées, actuellement et divisément soumises par le chapitre de la puissance paternelle, par le chapitre de la tutelle et par le chapitre du divorce à trois juges différents ? Ces magistrats seraient préparés à la fois aux problèmes de pédiatrie et de psychologie familiale ainsi qu'aux problèmes économiques et pécuniaires de la famille inséparables de sa vie morale » ⁵⁶.

b) discussion quant à la valeur des solutions apportées ailleurs

Au Canada et aux États-Unis, les Cours familiales sont donc rattachées d'une façon ou d'une autre à des Cours juvéniles, les mêmes juges assumant la fonction de juges des problèmes familiaux et des enfants délinquants.

En France, l'expérience tentée semble plutôt opter pour la spécialisation en matières familiales des juges du Tribunal de Grande Instance, indépendamment des juges pour enfants, quoique leur collaboration soit exigée dans le travail d'équipe.

Quant à la juridiction de ces Cours familiales au Canada et aux États-Unis la plupart sont dotées de pouvoirs très étendus permettant de faciliter au maximum la réconciliation entre époux et de grouper sous une même juridiction les offenses contre la famille, les problèmes — séparation de corps et autres — surgissant entre les époux ou entre parents et enfants. Il est à noter qu'aux États-Unis, la juridiction en matière de séparation de corps, annulation et divorce est demeurée du ressort de la Cour supérieure, mais qu'à peu près tous les autres conflits entre époux sont entendus par la Cour familiale et juvénile.

Dans le contexte nord-américain, on semble donc avoir définitivement opté pour la formule d'un tribunal provincial à double juridiction, juvénile et familiale, tout en laissant aux Cours supérieures les recours de droit commun en fait de séparation de corps, divorce et annulation de mariage, quoique certaines Cours familiales possèdent des juridictions en matière de séparation de corps.

⁵⁶ *Loc. cit. supra*, note 7, p. 54.

Dans le contexte français, de tels tribunaux n'existent pas et on essaie actuellement de grouper ces problèmes familiaux à l'intérieur des cadres existants.

Toutefois, il est facile, à l'heure actuelle, de discerner, malgré les efforts tentés jusqu'ici en Amérique du Nord pour trouver une solution à ce problème complexe, que les résultats obtenus jusqu'à présent parmi les Cours familiales n'ont pas été aussi heureux ou positifs qu'on aurait pu l'espérer. Plusieurs difficultés sont apparues, dont la moindre n'est pas la confusion des décisions judiciaires, par suite des juridictions connexes attribuées aux Cours familiales par rapport aux autres cours, comme la Cour supérieure. De plus, on a dénoncé récemment dans une cause qui a eu un très grand retentissement aux États-Unis, un certain manque de formalisme qui risque d'aboutir, comme c'était ici le cas, à un réel déni de justice, et à la perte de droits garantis à tous les autres citoyens. Le doyen Roscoe Pound a d'ailleurs très bien résumé ces griefs dans l'extrait que nous avons déjà cité plus haut.

On assiste donc aujourd'hui aux États-Unis à une réévaluation du rôle de ces cours, ce qui a conduit à la création de la Commission du gouverneur de la Californie sur la famille, en 1966, entre autres.

D'autre part, au Canada, quand on consulte les articles les plus récents à ce sujet, une évolution parallèle de la pensée juridique se perçoit sur le sujet ⁵⁷.

Les auteurs, tant Canadiens qu'Américains, s'entendent pour recommander qu'une seule cour soit dotée de la juridiction la plus complète en matières familiales et que cette cour soit équipée du personnel et des spécialistes nécessaires pour travailler véritablement dans le sens de la stabilité familiale. La plupart s'entendent aussi pour que juridiction en ces matières soit confiée à la Cour supérieure plutôt qu'à une Cour provinciale, contrairement à ce qui avait été le cas jusqu'ici.

c) discussion des avantages et désavantages de ces solutions

Si nous parlons de confier les problèmes familiaux à une Cour supérieure telle que nous la connaissons aujourd'hui, sans modifier ni la procédure ni le code, cette solution doit être carrément rejetée pour des raisons évidentes.

Le système de rotation des juges tel qu'il existe actuellement est, déjà en soi, une objection majeure : nous ne retrouvons pas la spécialisation des juges nécessaire à l'approche de tels problèmes. D'autre part, « l'adversary system » ne peut répondre aux besoins d'une telle cour ;

⁵⁷ *Supra*, note 54.

aucun spécialiste ne leur est attaché en permanence ; on ne fait pas œuvre préventive, aucun mécanisme n'étant prévu pour provoquer une tentative de réconciliation avant procédures ; le travail d'équipe est réduit à sa plus simple expression ; le coût reste souvent prohibitif pour les parties ; en plus de maints autres désavantages que nous avons soulignés plus haut.

Par contre, une Cour supérieure restructurée en matières familiales, avec un cadre, une législation et une procédure modifiés dans le sens des réformes que nous avons suggérées dans la troisième partie de cette étude, nous semblerait comporter des garanties suffisantes de succès pour que nous l'appuyions fortement. Il restera toujours qu'ils n'existe aucune coordination entre la Cour de l'enfance et la Cour supérieure lors de l'étude d'un dossier particulier, ce que nous regrettons. Il ne faut pas oublier que le foyer de l'enfant délinquant est aussi, sinon plus, important à traiter que le délinquant lui-même : c'est souvent là la source des problèmes du délinquant. Serait-il possible, d'autre part, d'éliminer de cette façon les recours qui existent actuellement à d'autres niveaux de cours : refus de pourvoir, assauts entre époux et parents et enfants, etc. ? Nous ne le croyons pas.

Par ailleurs, les difficultés et les désavantages ne seraient-ils pas plus considérables si on transférait à la Cour de Bien-être social, en la faisant Cour de la famille et de l'enfance, toute la juridiction en matières familiales ?

Ne serait-il pas, en premier lieu, anticonstitutionnel de donner à une Cour provinciale juridiction en matière de séparation de corps et de divorce, sans parler des autres recours en annulation, de mariage, paternité, etc. ? Actuellement aux États-Unis comme au Canada, les Cours familiales provinciales ne semblent pas avoir juridiction en matière de divorce ; ceci est réservé à la Cour suprême (États-Unis et provinces anglaises canadiennes) ou à la Cour supérieure (Québec). Attribuer d'autre part une certaine partie de la juridiction en matières familiales à cette Cour provinciale, tout en réservant la séparation de corps, divorce, annulation de mariage à la compétence de la Cour supérieure, comme c'est d'ailleurs le cas dans l'État de New York, n'aboutirait-il pas à cette sorte de problèmes soulignés très justement par Roscoe Pound ? ⁵⁸.

L'honorable juge H. A. Allard, de la Cour familiale et juvénile de Calgary, Alberta, s'est prononcé pour un système unifié et va même plus loin :

« Mr. Purvis goes on to spell out the need and place for a family court in a unified court system within a province.

⁵⁸ Roscoe POUND, *loc. cit. supra*, note 8, p. 162.

« I would suggest the need to go one step further to see uniformity in family law from province to province »⁵⁹.

d) solution proposée

Il semble donc que la cour idéale en ces matières, avec juridiction complète en matières familiales qui, tout en étant la Cour de droit commun, serait quand même une cour spécialisée, dont les juges seraient des spécialistes et à laquelle seraient attachés en permanence tout un éventail de spécialistes qui établiraient d'abord un diagnostic sur la nature du problème, adopteraient la thérapeutique appropriée à chaque cas, s'il y a lieu, et enfin, recommanderaient, le cas échéant, la séparation ou le divorce, ne peut dans l'état actuel de notre droit se situer en dehors de la Cour supérieure, division affaires familiales. Malgré les inconvénients que nous avons soulignés, c'est la solution qui, sur une longue période, nous semble présenter le plus d'avantages : justice pour le citoyen, économies pour l'État et coordination dans la jurisprudence. Par contre, nous parlons ici d'une Cour supérieure restructurée, bénéficiant d'une législation et d'une procédure amendés dans le sens de nos recommandations préliminaires.

C'est la formule que recommande la Commission du gouverneur Brown de la Californie, de 1966, en ces termes :

« We recommend therefore, that the procedures for handling family problems be reconstructed, and that there be created in each county a Family Court, as a part of the existing Superior Court, which would have full jurisdiction over all matters relating to the family. These would include marriage, legal separation, declarations of nullity and dissolution of marriage; child custody and support, alimony and the division of community property; paternity and legitimation of children; adoptions; emancipation of children; guardianships of the persons of minors and incompetent persons; approval of contracts for minors services; relations between parent and child; matters now handled in Juvenile courts and any other cases which involve the legal relationships between members of a family unit.

« It is essential to the proper functioning of a family tribunal that it be a part of the Superior Court, the Court of general jurisdiction »⁶⁰.

Nous endosserions sans restrictions ces recommandations pour le Québec.

Il importe de souligner l'opinion émise par l'honorable juge H. A. Allard, de la Cour familiale et juvénile de Calgary, Alberta :

« What of the Future ? There is an inevitable trend towards the expansion of the juvenile and family court idea ; that is a court which has a special concern for children and families under special

⁵⁹ H. A. ALLARD, « What do we from our Juvenile Courts », Jan.-Feb. 1968, *Canadian Weekly Welfare*, p. 21.

⁶⁰ STATE OF CALIFORNIA, *op. cit. supra*, note 6, p. 9.

legislation and with a special staff to carry out this concern. I doubt if it should be a court as we now know it. In order that all matters affecting families and children, such as divorce, annulment, custody, paternity, adoption, judicial separation and maintenance can be brought into one court, the status of the family court will have to be raised to that of a County or Supreme Court. With a little imagination and keeping within the scope of existing constitutional provisions, the Federal Government could appoint judges of the family court, the courts being however provincial courts. This would appear to be the only immediate solution if we are to bring divorce, judicial separation and custody matters within a family court. To leave these matters in the existing superior court jurisdiction would only add confusion to the community and be a wasteful use of skilled personnel who are in short supply »⁶¹.

Il apparaît donc clair qu'un changement s'impose et qu'un tel changement, qu'on aurait peut-être eu tendance, un temps, à souhaiter dans le sens de l'extension des pouvoirs de la Cour de Bien-être social pour en faire une véritable Cour de la famille et de l'enfance, apparaît maintenant comme devant s'accomplir dans le cadre de la Cour supérieure, dans un effort d'unification de notre système judiciaire, tout en respectant les données particulières à une telle cour.

D. Les mesures préventives

Il est évident que l'établissement de Cours familiales ne constitue pas, en soi, une panacée à tous les maux et qu'il ne s'agit là que de mesures destinées à pallier à des situations de fait. L'idéal tend à minimiser le recours aux tribunaux dans des conflits de cette nature.

Pour ce faire, tout un éventail de mesures préventives peut et doit être mis en œuvre par l'État, avec la participation de la communauté tout entière et l'appui de chaque citoyen. Il ne faut pas s'attendre qu'il sera possible d'améliorer le climat familial du Québec sans qu'on y mette l'effort de pensée, de recherche, de planification et d'organisation, sans oublier l'effort financier que ceci entraînerait inévitablement. Ce ne peut être l'effet du hasard et la bonne volonté et les meilleures intentions du monde ne remplaceront jamais un travail d'experts et un programme d'action efficace.

Ces mesures peuvent se situer à différents paliers : éducation, information, traitement et, de façon plus lointaine mais non moins importante, toutes les mesures de nature à éliminer la pauvreté et à assurer à tous les citoyens une vie digne et convenable, dans une société juste.

Il serait fastidieux d'énumérer ici toutes les mesures qui pourraient contribuer à créer, au Québec actuellement, un meilleur climat familial et à prévenir les conflits familiaux, tout au moins dans une certaine

⁶¹ H. A. ALLARD, *loc. cit. supra*, note 59, p. 22.

proportion. Nous nous limiterons à quelques suggestions d'ordre pratique, mesures qui nous semblent plus immédiates et plus facilement réalisables.

**a) enseignement en matières familiales
au niveau du cours secondaire**

Même s'il ne faut pas avoir la naïveté de croire que les efforts d'éducation populaire remplaceront jamais complètement l'éducation et la formation que l'enfant retirera toujours d'un foyer stable et heureux pendant ses années de formation, il reste quand même que si le foyer faillit à sa tâche, l'État peut jouer un rôle utile et même indispensable en certains cas. Cela reste un rôle de substitut et de remplacement, quelle que soit la qualité des cours et l'excellence des professeurs : on ne peut en espérer des miracles.

Cette éducation peut aider à développer chez les jeunes une attitude plus réaliste, soit dans le choix du partenaire, soit dans leur rôle d'éducateurs de leurs enfants, soit enfin en s'attardant aux aspects économiques et financiers du mariage et en soulignant et illustrant les frictions et dissensions fréquentes au sein des ménages. Mais peut-être l'aspect le plus intéressant et avantageux de cet enseignement se situera-t-il au niveau de l'information dispensée aux jeunes quant à l'existence de centres de consultation conjugale, d'information pré-nuptiale, cliniques de traitement pour alcooliques, narcomanes, etc. Cela pourrait amener une utilisation plus rationnelle de ces cliniques.

Ce serait un moyen possible de contrebalancer l'influence qu'ont actuellement sur les jeunes les « mas media », ou l'information diffusée par les journaux, revues, cinéma, télévision, etc.

Une petite brochure intitulée : « A Community Attack on Divorce » publiée par la Oklahoma City Family Clinic, qui opère un Centre de consultation conjugale depuis 1947, avec un succès qui en a assuré la renommée, s'exprime comme ceci :

« At the seat of most marital troubles is one cause : ignorance. Ignorance of how to handle family finances, ignorance of sex, ignorance of the need for God, ignorance of medical facts, ignorance of how to get along with others and make proper adjustments to life's problems. It is shameful that little education is furnished the youth of the nation in the most important of life's undertakings, marriage. It is no wonder that marriages go sour — we never gave them a chance. We are all to blame that we have not insisted that proper training and instruction be given in our schools beginning as low as the sixth grade and carrying through highschool. To do this properly will be a big undertaking, but the young people should be given a chance ».

⁶² *A Community Attack on Divorce*, (8^e édition), Oklahoma City Family Clinic, p. 1.

b) information par le truchement de cliniques de consultation, centres familiaux, cours de préparation au mariage, etc.

L'éducation, en matières familiales comme en d'autres domaines d'ailleurs, pour être profitable, doit être dispensée à plusieurs niveaux. Elle doit commencer dans la famille, se poursuivre à tous les niveaux scolaires et se compléter par la création d'organismes tendant à suppléer aux déficiences de cette éducation ou à compléter l'information. Nous pensons ici à la création de cliniques d'information pré et post maritales, cours de préparation au mariage, centre familiaux, etc., dont le but serait de personnaliser l'information devant des demandes individuelles et suivant les cas et les besoins.

Il ne fait pas de doute pour nous que ces organismes devraient exister sur une base provinciale et être subventionnés par l'État. Même s'il en existe actuellement, leur nombre est extrêmement limité et leur rôle très restreint par suite du manque de planification dans ce domaine, de subventions adéquates, de personnel adéquatement formé. Les besoins sont grands, surtout dans une ville comme Montréal, l'information n'atteint qu'un très petit nombre.

Tout en dispensant au public et en particulier aux jeunes l'information strictement d'ordre médical, légal, psychologique, pratique ou autre, ces cliniques auraient l'avantage énorme de pouvoir établir un contact plus personnel avec le couple, de l'amener, le cas échéant, à tenter de solutionner ses problèmes par l'entremise de spécialistes, par la consultation d'experts psychologues, psychiatres, médecins, avocats, comptables ou autres, ou par les services des cliniques de consultation matrimoniales, de conciliation ou autres.

Nous référant à l'expérience de la clinique familiale d'Oklahoma City, nous endossons leurs remarques :

« Of course, proper training and education prior to marriage would have prevented many broken home, and much must be done to help the coming generations in that respect ; However, the immediate problem of the Oklahoma City Family Clinic is that of making existing homes happy, peaceful and fit places for children to grow into good citizens, thus preventing juvenile delinquency »⁶³.

c) traitement dans des cliniques de consultation conjugale, de conciliation, etc.

Il y aura toujours, malgré toute l'éducation et l'information qu'on pourra dispenser, des conjoints qui, à un moment ou l'autre de leur vie conjugale, seront en face de problèmes ou difficultés, de nature passagère ou permanente, qu'ils ne pourront résoudre seuls. Par ailleurs ces pro-

⁶³ *Ibidem*, p. 1.

blèmes, de minimes au début, peuvent conduire à la longue à des situations plus sérieuses qui amèneront, à plus ou moins brève échéance, une rupture de la vie matrimoniale et familiale.

Il faudrait pouvoir leur dispenser, de façon immédiate et efficace, les conseils appropriés et, le cas échéant, les traitements qui s'imposent avant que ces situations n'aboutissent devant les tribunaux dans des demandes en séparation ou en divorce.

Il existe actuellement au Québec des cliniques de consultation conjugale et des centres de traitement pour alcooliques. Leur nombre par rapport aux besoins de la population est infime, leur statut indéfini, leur spécialisation pas assez poussée, enfin leur personnel trop peu nombreux. Ces services sont actuellement débordés et il y a urgence d'adopter des normes pour en faire des organismes vivants, utiles, efficaces, dont l'action a été planifiée par des experts. Leur rôle est aussi efficace dans le domaine des conflits matrimoniaux que le sont les cliniques contre le cancer ou la tuberculose dans le domaine de la santé.

A titre d'exemple et surtout dans l'intention d'exposer le rôle de chaque citoyen dans une œuvre d'une telle envergure, il nous a paru utile de reproduire ici le « General Statement of Principles » qui guide cette clinique familiale d'Oklahoma City :

« For seventeen years a group of sincere people, composed of physicians, ministers, attorneys and financial men have used this plan with hundreds of couples and have surprised everyone, even themselves, with results of approximately ninety percent success. The close co-operation of the four professional groups and the unselfish service of the individual members have made this possible. « Feeling that the plan has been proven over a sufficient length of time with an adequate number of families, this statement is prepared for the benefit of other communities which may be interested in establishing similar clinics. Although research is continuous, the success of this plan has demonstrated that every community has available the necessary personnel to render expert counsel on family problems and prevent most divorces ».

GENERAL STATEMENT OF PRINCIPLES

1. The purpose of the Oklahoma City Family Clinic is to render assistance to persons having marital difficulties, in the form of analysis of their problems and suggestions for solution, to the end that the Family and the Home may be preserved and happy marriage relations may be maintained.
2. Neither this organization nor any individual member of it will presume to exercise any legal or compulsory authority, but will act solely in an advisory capacity.
3. Any couple seeking assistance in the solution of family problems will be welcome to appear before a panel of the Clinic, regardless of whether legal proceedings have been started or may have been brought to judgment.

4. All members will contribute their time as a civic service without pay or other emoluments.
5. No member will undertake to act in his professional capacity in carrying out any recommendations made to persons appearing before of the Clinic ; but except as to attorneys, this will not prohibit such representation if such person desires to retain the services of such member by private agreement.
6. Members will serve in panels or groups of four, consisting of one physician, one minister, one businessman and one attorney. No general meetings of all members will be held except to consider matters of policy or procedure, and then only upon call of the president.
7. Members will serve on panels in rotation insofar as possible so as to divide the work.
8. All hearings shall be confidential, as well as all records of those appearing before a panel of the Clinic.
9. Recommendations and suggestions to persons appearing before any panel of the Clinic will be made orally.
10. The Secretary will contact the members of each panel, to arrange the time and place each is to serve, at least three days prior to hearings.
11. Time and place of holding hearings will be fixed through negotiation of the parties with the Secretary.
12. Both husband and wife MUST be present and participate in all hearings before any panel of the Clinic. Each must tell everything (good and bad) about each other and themselves in the presence of each other and the panel. Each must agree to make a sincere effort to follow recommendations made by the panel.
13. None except ethical, qualified personnel, appointed by the four professional societies, will be used on panels.
14. Only charge to couples will be \$10.00, as a token payment to cover part of the overhead expenses. If any couple does not have that amount this charge will be waived.
15. Realizing that no one person has all the knowledge, training and wisdom necessary to have correct answers to all family problems, no conference will be held without all four professional members present ⁶⁴.

Beaucoup d'autres formules, évidemment, peuvent être utilisées, dépendant des études qui seront faites basées sur les besoins de notre population et des moyens financiers dont nous pourrions disposer. Il suffit, d'abord, de se pencher sur le problème.

4. Conclusion

Seule une réforme d'envergure en matières familiales, tant du droit substantif de la procédure et des tribunaux, que des moyens d'éducation, d'information et de traitement, assurera au citoyen du Québec le droit de ne pas divorcer, dans un effort vers une plus grande habileté de l'entité familiale, but véritable que se doit de poursuivre le législateur en ce domaine.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 5 et 6.