



Commission de réforme du droit
du Canada

Law Reform Commission
of Canada



le divorce

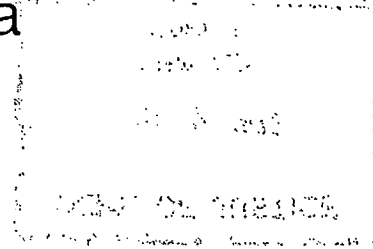
Document de travail 13

DEPT. OF JUSTICE

OCT 2 1975

LIBRARY
CANADA

Commission de réforme
du droit du Canada



Document de travail 13

le divorce

© Droits de la Couronne réservés
En vente chez Information Canada à Ottawa, K1A 0S9
et dans les librairies d'Information Canada:

HALIFAX
1683, rue Barrington

MONTREAL
640 ouest, rue Ste-Catherine

OTTAWA
171, rue Slater

TORONTO
221, rue Yonge

WINNIPEG
393, avenue Portage

VANCOUVER
800, rue Granville

ou chez votre libraire.

Prix: Canada: \$2.00
Autres Pays: \$2.40

N° de catalogue J 32-1/13-1975

Prix sujet à changement sans avis préalable

Information Canada
Ottawa, 1975

Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. L'opinion finale de cette dernière sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au Ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante:

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6



La Commission

L'honorable E. Patrick Hartt, président

L'honorable Antonio Lamer, vice-président

D^r J. W. Mohr, commissaire à plein temps

D^r G. V. La Forest, c.r., commissaire à plein temps

M^e Claire Barrette-Joncas, c.r., commissaire à temps partiel

Secrétaire

Jean Côté, B.A., B.Phil., LL.B.

Attachés de recherche

Julien D. Payne, LL.B., directeur

François Chrétien, B.A., LL.L.

Edith Deleury, LL.L., D.E.S., professeur

Denyse Fortin, LL.L.

Roger Garneau, B.A., LL.L.

Richard Gosse, c.r., B.A., LL.B., D.Phil., professeur

Herman Hahlo, LL.D., professeur

Barbara Hough, B.A., LL.B.

Saul Levine, M.D., F.R.C.P. (c), docteur

Monique Ouellette-Lauzon, LL.L., D.E.S., professeur

Quentin Rae-Grant, M.D., F.R.C.P. (c), docteur

Hugh W. Silverman, c.r., LL.M., professeur

Son Honneur David M. Steinberg, Juge provincial,

Division de la Famille, Hamilton



Table des matières

	PAGE
Avant-propos	1
Introduction	3
Les régimes de divorce et leur orientation	9
La position du Canada à l'heure actuelle	13
Les empêchements et les motifs de divorce: dispositions pertinentes de la loi	13
L'interprétation judiciaire des motifs prévus par la loi	16
Questions connexes	20
Le processus de divorce à l'heure actuelle	21
Conciliation et consultation	25
Divorce et rupture du mariage	26
Statistiques	29
Propositions portant réforme du divorce	31
Conditions d'obtention du divorce	31
Recommandations pour un nouveau processus de divorce	33
Les enfants et le nouveau processus de divorce	41
1. Les devoirs du tribunal	42
2. Les techniques de règlement des conflits	43
(i) Consultation	44

	PAGE
(ii) Enquêtes	44
(iii) Témoignages d'experts	46
(iv) Procédures préalables au procès et litiges postérieurs à l'obtention du divorce	47
3. Critères pertinents fixés par la loi	47
4. Le droit d'être entendu	51
(i) Le droit d'être représenté par un avocat	51
(ii) Les opinions des enfants	52
Aménagements financiers lors du divorce	55
Les implications financières de la rupture du mariage et du divorce	55
Critères actuels et futurs	57
Modification et fin des obligations de soutien	59
Le soutien des enfants	61
La disposition des biens	62
Refus de divorce	66
Procédures	66
Conciliation et consultation	67
Enquête	68
Exécution	69
Conclusion	71
Dissentiments d'opinion de Claire Barrette-Joncas, c.r., Commissaire à temps partiel	73

Avant-propos

Les commissaires sont tous du même avis quant aux positions prises dans ce document de travail à l'exception de celles qui sont relatives à l'obtention du divorce. Étant donné la nature délicate du sujet, la Commission a éprouvé beaucoup de difficultés à obtenir un consensus. Ce document expose donc l'opinion majoritaire de la Commission à l'heure actuelle.

Un commissaire a opté pour le régime, tel qu'il existe aujourd'hui, de divorce fondé sur la notion de faute. Ce commissaire croit qu'une telle optique tend à décourager les divorces inutiles. L'opinion de ce commissaire apparaît sous le titre «Dissentiment d'opinion» à la suite de ce document. Nous respectons tous cette opinion car, tel que nous l'avons cité à maintes occasions, nous croyons que le mariage est la plus importante institution de notre société. La loi et les politiques sociales doivent lui porter secours. Cependant, les autres commissaires sont persuadés qu'un régime de divorce fondé sur la notion de faute est inefficace pour maintenir la stabilité d'un mariage. Ils sont d'avis que les mécanismes juridiques d'obtention du divorce peuvent être plus utiles pour la sauvegarde d'un mariage viable, en mettant moins l'accent sur les motifs de divorce, ce qui tend à augmenter les disparités déjà existantes entre époux, que sur la conciliation de leurs différends, lorsque les circonstances s'y prêtent.

Toutefois, il y a divergence d'opinion entre les commissaires, à savoir jusqu'à quel point les procédures judiciaires peuvent aider à préserver le mariage quand l'un des époux demande le divorce. Un commissaire est d'avis que tout ce

que la loi peut à vrai dire faire, c'est de fournir une «période d'apaisement», à la discrétion du juge, et qui n'excéderait pas environ un an dans les cas où il pense qu'il y aurait possibilité de sauvegarder le mariage, et de faire connaître aux conjoints les services de conciliation et de consultation disponibles au tribunal et au sein de la communauté. En effet, nous sommes tous d'avis que ceci serait l'effet de notre proposition si de tels services n'étaient pas disponibles aux tribunaux. Un autre commissaire prône des exigences plus rigoureuses pour l'obtention d'un divorce. Ce commissaire est d'avis que le juge, quand les parties demandent le divorce, devrait être mis au courant des faits sur lesquels on se base pour prétendre à la non-viabilité du mariage. De plus, si le juge considère qu'il y a possibilité de réconciliation, il devrait avoir l'autorité d'exiger des époux qu'ils se rendent disponibles aux services de conciliation et de consultation pour une période de temps qu'il estime nécessaire. L'opinion majoritaire des membres de la Commission se situe, à l'heure actuelle, entre ces deux pôles.

En raison de la nature même des questions soulevées dans le document, la Commission compte sur les commentaires du grand public afin de lui venir en aide dans la rédaction de son rapport définitif en la matière, qu'elle doit déposer auprès du Ministre de la Justice. C'est pourquoi elle prie tous les intéressés de bien vouloir lui faire connaître leurs opinions.

Introduction

Le mariage est juridiquement défini comme étant l'union légitime à vie d'un homme et d'une femme et ce, à l'exclusion de tous autres. L'attitude du grand public à cet égard ne semble pas avoir beaucoup changé, même si les «philosophes d'avant-garde» mettent au défi la validité culturelle de cette définition en prônant les mariages à l'essai, les mariages libres, les mariages à contrat avec clause de reconduction et les mariages en groupe. La grande majorité des adultes canadiens se marient et ont l'intention que leur mariage dure toute leur vie.

Malheureusement, leurs désirs et leurs espérances d'une union durable sont parfois déçus, car beaucoup de mariages subissent des échecs. C'est alors que se posent de sérieux problèmes.

La désintégration d'un mariage est une expérience douloureuse qui donne souvent lieu à l'angoisse. Les problèmes financiers s'ajoutent aux traumatismes psychologiques occasionnés par la rupture du mariage, car il y a rarement assez d'argent pour faire vivre deux ménages. En général, les deux époux doivent modifier de façon importante leur niveau et mode de vie.

Outre les difficultés financières et psychologiques, il y a le problème des enfants. Les liens du mariage peuvent être rompus, mais non ceux qui unissent parents et enfants. De façon pratique, des dispositions doivent être prises pour assurer l'entretien et l'éducation des enfants. Que fait la loi face à ces

problèmes? L'approche traditionnelle impose des restrictions au divorce afin d'étayer la stabilité du mariage. La perpétration d'un délit matrimonial, dans beaucoup de régimes de divorce, constitue le prérequis d'une intervention. Un tel régime suppose qu'un époux est innocent, que l'autre est coupable, et que le mariage ne peut être dissous qu'à la demande de la partie innocente. La procédure contradictoire, ajoutée à des motifs de divorce fondés sur la notion de faute, rend les époux adversaires tout en ignorant pratiquement les intérêts des enfants.

Le vingtième siècle a été le terrain d'empiétements importants quant au concept des délits matrimoniaux. De nos jours, on accepte plus facilement la rupture irrémédiable du mariage pour donner droit à un divorce. Cependant, le caractère contradictoire de la procédure de divorce n'a pas tellement changé nonobstant les sévères critiques faites par les juges, avocats, travailleurs sociaux, psychologues, psychiatres et aussi par le grand public. On a maintenant atteint le point où les motifs de divorce fondés sur la notion de faute et les procédures contradictoires sont sérieusement mis en doute. Beaucoup de gens croient que l'actuel régime de divorce au Canada constitue une procédure juridique inhumaine provoquant l'antagonisme des époux et aggravant les conflits et les tensions qui surgissent inévitablement lorsqu'un mariage est rompu. Ce régime donne lieu à des accusations et contre-accusations récriminatoires et il encourage les litiges prolongés ou les règlements à rabais lorsque l'on préfère obtenir un divorce expéditif. De plus, les enfants sont trop souvent le fer de lance des parents lors des conflits conjugaux.

De quelle façon doit-on résoudre les dilemmes créés par le régime actuel de divorce au Canada? A ce stade, il est impossible de détailler nos propositions et recommandations, mais il serait approprié d'exprimer quelques-unes de nos conclusions de base.

D'abord et avant tout, nous estimons que ce sont les mauvais mariages qui détruisent les familles, et non le divorce. La croyance populaire voulant que les lois libérales en matière de divorce soient la cause de l'irresponsabilité matrimoniale et

de la dissolution du mariage doit être contestée. Nous estimons que le nombre de personnes qui se marient à la légère ou qui divorcent sans raison ne constitue qu'une minime fraction de notre population. Nonobstant le caractère pénible du régime et des procédures judiciaires qu'il entraîne, le divorce n'est pas la solution toute faite qu'envisagent les époux lorsqu'ils font face à un désaccord conjugal. Le divorce peut cependant fournir une réponse valable aux conflits matrimoniaux. Il ne faut surtout pas assimiler le divorce à une notion préjudiciable à l'institution du mariage, car beaucoup de divorcés réussissent leur deuxième mariage. Le divorce peut donc fournir l'occasion aux ex-époux et à leurs enfants de créer de nouveaux foyers ainsi que l'occasion de fonder une cellule familiale nouvelle et viable.

On doit aussi se rendre compte que des restrictions au divorce pourraient diminuer le taux de divorces, mais elles n'empêcheraient pas de beaucoup les ruptures de mariage. Si la société est vraiment intéressée à préserver les mariages viables et à freiner les ruptures de mariage, elle doit adopter des méthodes d'approche qui fournissent une réponse des plus positives aux conflits matrimoniaux. La société doit voir le divorce comme étant la conséquence et non la cause de la rupture de la vie commune. Elle doit aussi faire le diagnostic de la situation et guérir les facteurs réels qui mènent à la désintégration du mariage. Le remède à la rupture du mariage ne réside pas dans nos lois sur le divorce, mais plutôt dans les services d'éducation familiale, de conciliation et de consultation. Des programmes de bien-être social qui reflètent une politique familiale rationnelle et encouragent l'unité familiale doivent aussi être mis sur pied afin de faire face aux facteurs extrinsèques tels la pauvreté, le chômage, la maladie et l'habitation inadéquate, facteurs pouvant exercer des pressions indues sur la cellule familiale ainsi que sur la stabilité du mariage.

Cependant, il ne faut pas s'attendre à ce que les programmes de bien-être social et les services de conciliation et de consultation éliminent les divorces et les ruptures de mariage. Le régime et la procédure de divorce doivent être reformulés

afin de promouvoir une équité maximale et une humiliation minimale lors de la dissolution judiciaire du mariage. On doit s'assurer que les services de conciliation et de consultation soient au moins mis à la portée des époux qui envisagent le divorce. De plus, on doit assurer une distribution raisonnable des biens accumulés au cours du mariage par les époux en instance de divorce et un ajustement équitable de leurs droits et obligations de soutien.

Il importe encore plus d'assurer le bien-être des enfants. Il ne faudrait plus que leurs intérêts soient troqués contre ceux de leurs parents. Ces besoins minimaux nécessitent la création de nouvelles lois, techniques et procédures afin de résoudre les conflits matrimoniaux. Il importe de métamorphoser en profondeur le caractère contradictoire de l'instance de divorce. Il ne faut cependant pas croire à l'élimination complète des procès contentieux, mais les procédures de divorce ne devraient pas se caractériser principalement par leur aspect de conflit. Il y a un besoin urgent de procédures flexibles, informelles et investigatrices, devant viser à une solution constructive ou à un ajustement de la situation familiale prise dans son ensemble. On doit imaginer des techniques pour encourager les époux en conflit à avoir recours le plus tôt possible aux services de conciliation et de consultation. Le tribunal doit avoir le pouvoir, lorsque les époux ne peuvent régler leurs différends à l'amiable, d'exiger une enquête indépendante, et il ne devrait pas être forcé de résoudre les problèmes, comme il le fait présentement, sur la seule base de la preuve partisane des époux. Avant tout, le bien-être des enfants de parents divorcés doit être garanti par des dispositions convenables assurant leur éducation, leur garde et leur entretien.

Nos propositions touchant au droit au divorce rejettent l'approche traditionnelle, laquelle centre toute réforme sur les motifs de divorce. Nous envisageons le divorce comme un processus visant à répondre aux besoins spécifiques d'une famille donnée. Il y a des différences fondamentales entre les conditions que doivent remplir les couples qui ont des enfants et ceux qui n'en ont pas. Les procédures de divorce peuvent aussi varier selon qu'un seul ou les deux époux désirent obtenir

le divorce. Une grande partie de ce document de travail se consacre à l'étude de nouvelles techniques et procédures afin de promouvoir la réconciliation, et lorsque celle-ci s'avère impraticable, à la conciliation des conflits entre époux survenant lors de la rupture du mariage ou d'un divorce. La Commission insiste particulièrement sur la nécessité de protéger les intérêts des enfants.

Nos propositions relatives au divorce pourraient être avantageusement mises en pratique si elles s'inscrivaient dans le cadre d'un tribunal de la famille à juridiction intégrale. Selon nous, l'implantation des propositions mises de l'avant dans ce document de travail et dans le document de travail sur le *Tribunal de la famille* pourrait éliminer la plupart sinon tous les défauts inhérents à notre processus actuel de divorce fondé sur la faute et comportant une procédure contradictoire.



Les régimes de divorce et leur orientation

Avant l'établissement du mariage comme institution religieuse en Occident, on considérait le mariage et le divorce comme faisant partie de la vie intime des gens. Le divorce pouvait s'obtenir par consentement ou même par demande unilatérale. La doctrine et l'influence religieuse a fait naître la notion de l'indissolubilité du mariage, mais la Réforme a rétabli le droit au divorce en cas d'adultère ou d'abandon.

De nos jours, la cruauté conjugale est devenue l'un des délits constituant un motif de divorce. La rupture du mariage, définie de différentes façons a aussi été introduite comme motif de divorce. Aujourd'hui, il y a plusieurs genres de régimes de divorce. Quelques-uns permettent le divorce s'il y a perpétration d'un délit matrimonial, d'autres le permettent s'il y a preuve de rupture du mariage, et d'autres encores groupent les motifs fondés sur la notion de faute et la rupture du mariage.

Certains états, dans l'espoir d'empêcher les divorces impétueux, ont introduit des périodes d'attente pour accorder aux conjoints en conflit le temps de réfléchir à leur situation. D'autres ont créé des procédures de consultation pour promouvoir la réconciliation, et lorsque c'est impossible, engendrer la conciliation des différends entre époux en instance de divorce tout en tenant compte des enfants ou des biens et du soutien. Ces procédures ont pour but d'encourager le règlement à l'amiable des problèmes et d'éviter l'expérience traumatisante des procédures judiciaires de type contradictoire.

Le vingtième siècle a vu se développer une tendance généralisée à adopter la rupture du mariage comme motif de divorce. On a pu le remarquer dans des pays tels l'Angleterre, l'Australie, le Danemark, les Pays-Bas, la Norvège, la Suisse, les États-Unis et l'U.R.S.S. Aucune définition n'a cependant été faite ou fixée par la Loi pour expliciter la «rupture du mariage».

La législation de certains pays ne fait qu'indiquer que la rupture du mariage suppose l'absence d'une relation conjugale viable. Par exemple, la Californie possède des lois permettant le divorce pour le motif de «différends irréconciliables qui ont causé la rupture définitive du mariage». Les dispositions pertinentes prévues par la loi définissent les «différends irréconciliables» comme «les motifs déterminés par le tribunal comme étant des raisons suffisantes pour que le mariage ne puisse se poursuivre et qui rendent évident le fait que le mariage devrait être dissous».

D'autres pays refusent de donner une signification générale au concept légal de «rupture du mariage». Ils désignent certains faits desquels l'on pourrait inférer la rupture du mariage. Au Canada, l'article 4 de la *Loi sur le divorce* de 1968 exige la preuve des faits suivants: l'emprisonnement du défendeur pour une durée déterminée; la toxicomanie ou l'alcoolisme pour pas moins de trois ans; l'abandon du foyer conjugal pour une période d'au moins trois ans; la non-consommation du mariage pendant un an pour cause d'impuissance ou de refus de consommer et la séparation de fait de trois ou cinq ans, selon que le requérant est ou non coupable d'abandon. En Angleterre, on ne prononcera pas le divorce sur le motif de la rupture du mariage à moins qu'il y ait preuve d'adultère, d'inconduite rendant la cohabitation impossible, d'abandon pour une durée de deux ans, ou une séparation de deux ans lorsque le défendeur consent à l'ordonnance, et cinq ans s'il la refuse. En Australie, la rupture du mariage nécessite la preuve de certains événements spécifiques définis par le *Family Law Bill* de 1974, prévoyant que l'unique motif de divorce doit être la rupture prouvée du mariage par le fait que les parties ont vécu séparées pendant

douze mois, et que la reprise de la vie commune soit fort improbable. Cette loi prévoit aussi que les époux peuvent être tenus pour vivre séparés même si la séparation est la conséquence de la conduite de l'un des époux et même s'ils continuent à vivre sous le même toit. Une optique semblable a été prônée dans *The Uniform Marriage and Divorce Act*, proposé par *The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* des États-Unis. On a recommandé que le tribunal reconnaisse la rupture définitive du mariage s'il y a preuve que les parties ont vécu séparément pour une période de plus de 180 jours précédant l'institution des procédures de divorce, ou s'il y a un sérieux conflit matrimonial affectant l'attitude de l'une ou des deux parties envers le mariage. En France, un projet de loi a été présenté retenant le divorce fondé sur la notion de faute, mais qui permet aussi le divorce fondé sur le consentement ou sur la preuve de la «rupture de la vie commune». De plus, si la rupture de la vie commune est contestée, certains faits précis tels la séparation pour une période de six ans constituent une preuve de la rupture du mariage.

Avant de retenir la notion de «rupture du mariage» comme motif de divorce, une question préalable s'impose: la «rupture du mariage» peut-elle être déterminée par le jugement d'un tribunal?

Certains sont d'avis que les époux sont les mieux qualifiés pour savoir s'il y a rupture définitive de leur mariage. Ils soutiennent que les gens se marient par consentement mutuel et que le mariage ne peut être préservé que si les époux désirent avoir une relation significative. Il est superflu et irréaliste, suivant cette philosophie, de définir la rupture du mariage en se référant à une liste de circonstances prévues par la loi. D'autres croient que cela institue le divorce sur demande et donne libre cours aux philosophies hédonistes. Cela encourage la possibilité de divorces inutiles et prématurés. En outre, il est alors impossible à leur avis pour l'État d'exercer un contrôle sur la stabilité du mariage par l'intermédiaire des tribunaux. Cette réaction porte à se demander si les tribunaux peuvent vraiment avoir une influence sur la stabilité du mariage par

l'intermédiaire des règles relatives au divorce. Selon le processus actuel, il apparaît évident que le refus du divorce n'aboutira pas souvent à la réconciliation. Qui plus est, il y a un manque notoire de mesures pour encourager la réconciliation ou la conciliation des conflits entre époux en instance de divorce.

En 1973, la Suède a adopté une loi fondée sur la croyance que les époux sont les plus aptes à juger de la viabilité de leur mariage. Cette loi a établi un système de divorce immédiat. L'époux désirant le divorce n'est pas tenu de fournir les motifs ou les raisons de sa décision. Le seul désir de rompre le lien matrimonial importe. Le divorce immédiat ne souffre qu'une exception. Si l'un des époux s'y oppose ou si l'un ou les deux ont la charge d'un ou de plusieurs enfants de moins de 16 ans, il y a une période de «réflexion» de six mois. Au terme de cette période, le divorce est automatiquement disponible à la requête de l'un ou l'autre des époux.

La position du Canada à l'heure actuelle

Les empêchements et les motifs de divorce: dispositions pertinentes de la loi

L'adultère était à toutes fins pratiques, avant 1968, le seul motif de divorce dans la plupart des provinces canadiennes. En 1966, la question de la réforme du divorce a été portée devant un Comité conjoint «ad hoc» du Sénat et de la Chambre des communes. Son rapport sur le divorce a été présenté au Parlement en juin 1967, et il a présidé à l'adoption de la *Loi sur le divorce* de 1968. Cette loi fédérale, qui constitue un code de divorce s'appliquant à travers le Canada, dicte les circonstances en vertu desquelles les personnes peuvent obtenir un divorce. Elle définit surtout les motifs de divorce et les défenses qui peuvent être soulevées comme empêchement au divorce. Certains motifs sont fondés sur la faute ou l'inconduite, tandis que d'autres sont fondés sur la rupture du mariage.

L'article 3 prévoit que les délits matrimoniaux suivants sont des motifs de divorce:

- (a) l'adultère;
- (b) la sodomie, la bestialité, le viol, ou un acte d'homosexualité;
- (c) passer par une formalité de mariage avec une autre personne;
- (d) cruauté physique ou mentale qui rend intolérable la continuation de la cohabitation des époux.

L'orientation, fondée sur la faute, de l'article 3 de la *Loi sur le divorce* a été quelque peu modifiée par des décisions judiciaires à l'effet qu'il n'est pas toujours nécessaire de prouver qu'un époux accusé d'un délit matrimonial l'ait fait avec intention de faute ou de malveillance. Par exemple, si la cruauté du mari rend la vie conjugale impossible à sa femme, il se peut qu'il soit hors de cause de savoir s'il l'a fait pour terminer son mariage. Le tribunal constate l'effet qu'a eu sa conduite sur sa femme plutôt que d'examiner son propre état d'esprit.

Outre les motifs fondés sur la faute de l'article 3, il y a d'autres motifs, précisés à l'article 4 de la loi, qui sont fondés sur la rupture du mariage. Cet article prévoit que s'il y a séparation de fait, une requête de divorce peut s'appuyer sur le motif qu'il y a eu rupture définitive du mariage en raison d'une ou plusieurs des circonstances suivantes:

- (a) l'emprisonnement de l'intimé pour un certain nombre d'années;
- (b) toxicomanie ou alcoolisme pour une période d'au moins trois ans;
- (c) la disparition de l'intimé pour une période d'au moins trois ans;
- (d) la non-consommation du mariage pour une période d'au moins un an en raison de maladie ou d'invalidité de l'intimé ou de son refus de consommer le mariage;
- (e) la séparation de fait pour une période de
 - (i) trois ans, si la séparation des époux est survenue pour quelque raison autre que celle de l'abandon de l'intimé par le requérant;
 - (ii) cinq ans, si la séparation est survenue du fait de l'abandon de l'intimé par le requérant.

Un examen de ces motifs indique que la faute est pertinente aussi à l'article 4. Il y a des éléments de faute lorsque l'intimé est condamné à l'emprisonnement à perpétuité, et lorsque l'inconduite peut être déduite de son penchant abusif

à l'alcool ou aux stupéfiants. La disparition d'un conjoint pour une période de trois ans peut ou ne peut impliquer la faute, selon qu'elle fut volontaire ou involontaire. De plus, le refus d'un époux de consommer le mariage, par opposition à l'impuissance à le consommer, implique la notion de faute. L'élément faute se retrouve aussi dans l'article 4(1)(e). L'époux qui abandonne doit attendre cinq ans avant d'engager des poursuites, tandis que l'époux abandonné peut demander le divorce après trois ans.

Si la rupture du mariage sans égard à la faute était le critère déterminant sous le régime de l'article 4, il s'en suivrait logiquement que le divorce serait disponible à la requête de chacun des époux. Cependant, il n'en est pas ainsi. Une requête en divorce ne peut être formulée que par l'homme ou la femme dont le conjoint a contrevenu au critère prévu par la loi. A l'exception de la requête basée sur le motif de séparation de fait, la notion de faute conditionne tous les motifs de divorce, soit sous le régime de l'article 3, soit sous celui de l'article 4.

La preuve d'un des motifs de divorce n'accorde pas nécessairement au requérant le droit à un jugement favorable. Certains empêchements sont prévus par la Loi pour l'obtention d'un divorce, tels que stipulés à l'article 9 de la *Loi sur le divorce*.

La collusion s'applique à tous les motifs. On peut la définir comme étant un accord ou un complot aux fins de déjouer l'administration de la justice, ou tout accord en vue de fabriquer ou supprimer des éléments de preuve afin de tromper le tribunal. S'il y a collusion, le tribunal doit rejeter la requête en divorce.

Le pardon et la connivence font obstacle au divorce lorsque la requête est fondée sur l'article 3. Le pardon a lieu quand les conjoints reprennent la cohabitation avec connaissance des délits passés et ont l'intention de se réconcilier. Incidemment, on peut mentionner qu'un intervalle de quatre-vingt-dix jours est accordé aux époux pendant lequel ils peuvent reprendre la cohabitation afin de parvenir à une réconciliation. Une telle

reprise de la cohabitation n'équivaut pas au pardon et n'empêche pas qu'il y ait séparation aux termes de l'article 4 de la *Loi sur le divorce*. La connivence existe quand l'un des époux a encouragé la perpétration d'un délit matrimonial retenu dans la requête de divorce. Le pardon et la connivence sont des obstacles discrétionnaires et le tribunal peut accorder le divorce, nonobstant ces empêchements, s'il estime qu'il serait dans l'intérêt public d'accorder le divorce.

Les obstacles suivants s'appliquent aux requêtes fondées sur l'article 4. Le tribunal doit refuser le divorce en vertu de l'article s'il y a un espoir raisonnable de cohabitation ou de reprise de la cohabitation dans un délai raisonnablement prévisible. Le tribunal doit aussi rejeter la requête lorsqu'il y a des enfants du mariage et que le jugement demandé serait préjudiciable à la conclusion d'accords raisonnables pour leur entretien. Finalement, lors d'une requête fondée sur l'article 4(1)(e)—séparation de fait pour une période de trois ou cinq ans—le tribunal doit refuser l'octroi du divorce lorsque ce dernier serait trop dur ou injuste pour l'un des conjoints, ou serait préjudiciable à la conclusion d'accords raisonnables pour l'entretien de l'un d'entre eux.

L'interprétation judiciaire des motifs prévus par la loi

La compréhension des lois sur le divorce au Canada requiert un examen non seulement des dispositions fixées par la loi, mais aussi des décisions judiciaires quant à leur interprétation et à leur application. On serait porté à croire qu'il y aurait uniformité totale lorsque les tribunaux déterminent quels faits particuliers justifient le prononcé d'un divorce. Cependant, il n'en est pas ainsi. Il y a deux raisons qui expliquent cette incohérence.

Premièrement, l'obtention du divorce dépend de la satisfaction du juge à savoir si les motifs allégués sont établis. Certains juges sont prêts à agir avec un minimum de preuves alors que d'autres exigent un fardeau de preuve très lourd.

Quand la cruauté est le motif invoqué en vue d'obtenir un divorce, on retrouve un méli-mélo d'opinions et de dispositions judiciaires divergeantes. Il n'y a aucun critère objectif prévu par la loi et les causes révèlent une variété importante de critères judiciaires personnels. L'occasion de cette divergence est démontrée par une décision qui fait jurisprudence et où il est dit que:

la détermination de la cruauté dans une cause donnée doit en dernière analyse dépendre des circonstances de cette seule cause, en tenant compte de la condition physique et mentale des parties, et de leur conception du mariage.

Ce principe a été confirmé dans un nombre considérable de jugements touchant à la cruauté entre époux. Il confère au juge une discrétion virtuellement sans bornes d'accorder ou non le divorce selon les faits particuliers allégués.

Une deuxième raison de la grande variété des attitudes judiciaires est l'ambiguïté et l'incertitude du libellé de la loi actuelle. Il en résulte des interprétations contradictoires émises par des juges différents sur les mêmes dispositions. Par exemple, il y a des décisions judiciaires discordantes à savoir s'il y a pardon lorsque les époux reprennent la cohabitation dans un effort de réconciliation. De même, les opinions judiciaires diffèrent à savoir si le fait d'avoir, à l'occasion, des relations sexuelles constituait un pardon. Les problèmes juridiques que causaient les défenses de collusion et de connivence avant l'adoption de la *Loi sur le divorce* demeurent sans solution. Ainsi, savoir si certains accords entre époux équivalent à une collusion est souvent l'objet de spéculation. De plus, les opinions peuvent diverger en ce qui concerne les circonstances justifiant l'opinion qu'il y a connivence. Il semble aussi y avoir quelque peu d'inconsistance dans l'exercice de la discrétion du tribunal à accorder un divorce en dépit du pardon ou de la connivence. Qui plus est, il y a eu des interprétations contradictoires de l'article 4(1)(e) de la *Loi sur le divorce*. Quoique la signification de l'expression «séparation de fait» peut sembler évidente, elle a mené à diverses opinions et décisions judiciaires. Par exemple certains tribunaux ont décidé que si un époux ou une épouse visite son conjoint qui souffre de maladie

incurable et qui doit demeurer de façon définitive dans une maison de santé, ces visites font obstacle à ce qu'il y ait séparation de fait; d'autres tribunaux ont rejeté cette conclusion. D'autres encore ont prétendu qu'une séparation de fait exige l'intention des époux de terminer la relation matrimoniale; certains ont aussi affirmé qu'il pouvait exister séparation si un des époux seulement avait l'intention de terminer la relation matrimoniale. Différentes opinions judiciaires ont aussi été exprimées quant à savoir si une période de séparation est interrompue ou terminée lorsque les époux ont une ou plusieurs relations sexuelles après cessation de la cohabitation, ou bien s'ils reprennent cohabitation à certaines occasions dans le but de tenter une réconciliation. Les opinions et les décisions judiciaires ont aussi divergé quant à savoir si le requérant avait abandonné le foyer familial, devant ainsi attendre cinq ans plutôt que trois ans avant d'instituer des procédures. La détermination du moment de la séparation de fait entre les époux constitue une autre difficulté. Aucun problème ne se pose lorsque les parties signent une convention de séparation par écrit immédiatement après la cessation de la cohabitation; mais, de sérieux problèmes peuvent surgir en l'absence d'une telle convention, surtout si les époux continuent à vivre sous le même toit.

Il serait injuste de blâmer les tribunaux pour leurs interprétations et décisions discordantes de la *Loi sur le divorce*. Le manque d'uniformité et de consistance, à défaut de critères précis et objectifs établis par la loi, est inévitable. Des critiques plus fondamentales que le manque d'objectivité et de précision peuvent être faites contre nos lois actuelles sur le divorce. Nous nous demandons sérieusement si elles reflètent les réalités et les besoins sociaux. On peut mieux illustrer leurs points faibles en se référant à des faits particuliers.

Au Manitoba, en 1969, une épouse a présenté une requête de divorce fondée sur le motif de la cruauté, lequel ne fut pas contesté. Les parties avaient été mariées pendant seize ans et n'avaient aucun enfant. La femme prétendait que son mari était «assez sévère» et que si elle ne se soumettait pas à ses demandes ou à ses désirs, il lui infligerait une «certaine

correction». Un jour, alors qu'il était furieux contre elle parce qu'elle s'était fait voler son portefeuille, il se jeta à genoux sur son estomac. A une autre occasion, il la frappa au nez. Le juge constata que la requérante était une «femme jolie, plaisante, qui semblait jouir d'une très bonne santé physique et mentale» et «que rien ne pouvait laisser supposer qu'elle était malheureuse ou lésée». Il a jugé que les preuves étaient insuffisantes pour prouver la cruauté rendant la cohabitation intolérable, et la requête fut rejetée. Le juge ajouta que l'incompatibilité entre ces époux ne faisait aucun doute et que c'était le genre de cas qui, après une séparation de trois ans, tomberait sous l'article 4(1)(e) de la *Loi sur le divorce*. Dans l'état actuel de la loi, le juge ne peut être accusé d'avoir rendu une décision erronée, même si un autre juge aurait pu en venir à une toute autre conclusion à partir des mêmes faits. On ne peut que se demander quelle sorte d'intérêts, ceux de l'État ou ceux des époux, peuvent être servis par le refus d'accorder le divorce à l'épouse. Les deux époux étaient d'âge mûr, la femme avait été malmenée et demandait le divorce, et son mari n'était pas intéressé à poursuivre la vie conjugale.

Le fait que la *Loi sur le divorce* ne puisse répondre à la réalité de la rupture du mariage peut aussi être démontré par une cause jugée par les tribunaux de l'Ontario en 1969. Dans cette affaire, le mari était un schizophrène amorphe incurable qui ne pourrait jamais retourner à une vie normale. Le tribunal a jugé qu'aussi longtemps que sa femme lui rendrait visite à l'hôpital, il ne pourrait y avoir séparation de fait. Le jugement concluait également que si elle cessait de lui rendre visite, elle se rendrait coupable d'abandon et qu'en conséquence, elle ne pourrait obtenir le divorce qu'au terme des cinq ans à partir du moment où elle aurait décidé de faire cesser la relation conjugale. On peut encore se demander quel intérêt public l'État peut faire valoir en refusant le divorce à cette épouse avant l'expiration d'une période de temps déterminée.

La dichotomie entre la *Loi sur le divorce* et la réalité sociale de la rupture du mariage est aussi démontrée dans plusieurs causes relatives à l'article 4(1)(e) de la *Loi sur le divorce*, lorsque les deux conjoints habitent sous le même toit.

Le consensus des opinions judiciaires est à l'effet que la séparation de fait peut exister même si le mari et la femme vivent sous le même toit, mais on ne peut arriver à cette conclusion que si les époux mènent des vies tout à fait indépendantes et qu'il n'y ait aucune communication entre eux. Les époux ne doivent ni manger, ni dormir ensemble, ni partager les responsabilités et les tâches du ménage. Cette attitude semble irréaliste lorsque la femme et le mari ont mis fin à leurs relations personnelles, mais demeurent sous le même toit pour le bien-être de leurs enfants. Quelle raison peut-il y avoir pour refuser le divorce s'il y a preuve incontestée de la rupture du mariage et que les époux ne peuvent plus demeurer sous le même toit? En vérité, l'unique rôle de la loi et des tribunaux, eu égard à ces circonstances, est de veiller à ce que des mesures adéquates soient prises pour protéger les intérêts des enfants lors de la dissolution du mariage.

Questions connexes

Dans une situation typique de divorce, des questions se posent quant au soutien entre époux, au partage des biens et à la conclusion d'accords pour le soutien, la garde, l'entretien et l'éducation des enfants. Habituellement, ces questions sont réglées par convention et le divorce lui-même n'est pas contesté. Le tribunal doit régler, en l'absence d'une telle convention, les questions litigieuses.

La *Loi sur le divorce* contient des critères spécifiques réglant l'octroi du soutien à un époux à charge et les ordonnances de soutien, de garde, d'entretien et d'éducation des enfants. Le partage des biens n'est pas directement réglementé par la *Loi sur le divorce*, mais il est assujéti aux lois provinciales. Les conflits touchant au partage des biens lors du divorce sont habituellement hors de la juridiction des tribunaux habilités à entendre la requête en divorce. Les règles de procédure, dans la plupart des provinces, exigent l'institution d'une action distincte.

L'article 11 de la *Loi sur le divorce* oblige le tribunal, pour déterminer le droit au soutien et le quantum, de tenir

compte de «la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles». Cet article confère une très grande discrétion au tribunal lorsque celui-ci décide des réclama-tions de soutien.

Les décisions judiciaires relatives à la garde des enfants lors d'un divorce énoncent clairement que la considération qui doit avant tout entrer en ligne de compte est le bien-être et les meilleurs intérêts des enfants. Ce critère n'est pas intégré à la *Loi sur le divorce*, mais il est le fruit des élaborations juris-prudentielles en la matière. L'on peut se demander, même si les tribunaux font couramment valoir ce critère, si les présentes procédures facilitent sa mise en œuvre. Dans la grande majorité des cas, les arrangements pour la garde ont déjà été réglés par accords entre les parents lors de la présentation de la requête en divorce, et il est pratiquement impossible aux tribu-naux d'examiner à fond les arrangements conclus ou proposés. De plus, lorsqu'il y a conflit au sujet de la garde, le tribunal a rarement accès à une preuve indépendante ou à un témoi-gnage d'expert en la matière. Il doit s'appuyer sur la preuve partisane fournie par les parents qui, très souvent, essaient de prouver l'incapacité de l'autre en portant des accusations et des contre-accusations d'inconduite matrimoniale telles l'adultère, la cruauté ou l'abandon.

Nous proposerons plus tard dans ce document la mise en œuvre de nouvelles lignes de conduite, procédures et techni-ques visant à assurer le bien-être des enfants de parents en instance de divorce, et à assurer des règlements financiers équi-tables à l'occasion d'un divorce.

Le processus de divorce à l'heure actuelle

Pour parler en connaissance de cause de divorce au Canada, il faut non seulement connaître les motifs de divorce et ses empêchements, mais aussi les procédures qui s'y ratta-chent. La grande majorité des requêtes en divorce sont fondées sur l'adultère, la cruauté ou la séparation de fait pour une période de trois ans. L'époux requérant, lorsqu'un délit matri-

monial tel l'adultère ou la cruauté est allégué, accuse l'autre de faute ou d'inconduite dans leur vie conjugale. Si la requête n'est pas contestée et qu'elle est fondée sur la rupture du mariage par séparation de fait, le requérant prend alors une position neutre et n'accuse l'autre époux ni de faute ni d'inconduite.

Plus de 90 pour cent de toutes les causes de divorce ne sont pas contestées, même s'il est toujours possible pour un époux de contester le divorce. La contestation peut porter sur l'un ou plusieurs des éléments suivants: la requête de divorce elle-même, le soutien de l'époux ou des enfants à charge, ou encore les questions relatives à la garde et au droit de visite. Le processus de divorce n'est pas compliqué si les époux s'accordent sur des sujets tels le partage de leurs biens, le soutien entre époux, et le soutien, la garde, l'entretien et l'éducation des enfants. Des formulaires standards sont utilisés pour la préparation de la requête de divorce et des accords négociés et, même si le requérant est habituellement représenté par un avocat, l'audition par défaut d'une requête en divorce ne prend généralement que quelques minutes. Les honoraires des avocats, pour la préparation des documents pertinents et la présentation d'une requête en divorce non-contestée, varient habituellement de \$400 à \$1,000. Lorsque le requérant bénéficie des services de l'aide juridique, les honoraires sont beaucoup moins élevés.

Les mêmes procédures s'appliquent au divorce non-contesté et contesté. Cependant, en pratique, il n'y a pas de disputes entre les parties lors de procédures sans contestation et le tribunal n'entend que les représentations du requérant. Le tribunal ne perçoit généralement qu'une vue superficielle de la situation familiale, de l'histoire du ménage et de ses problèmes.

Lorsque la requête en divorce est contestée, de nombreuses procédures antérieures au jugement peuvent être utilisées. Ces procédures ainsi que le procès du divorce lui-même sont relativement compliqués et longs, et les honoraires des avocats ainsi que les frais de cour sont de beaucoup plus élevés que si le procès n'était pas contesté. Un divorce contesté coûte sou-

vent plusieurs milliers de dollars. Un mari peut, dans certaines circonstances, être tenu de payer non seulement ses frais, mais aussi ceux de sa femme.

D'ordinaire, lorsque le divorce est contesté, les deux époux assistent à l'audition et sont représentés par des avocats. Les enfants de parents en instance de divorce ne sont pas directement impliqués dans le procès, et en général ne sont pas représentés par des avocats distincts. Dans certaines provinces, un rapport relatif aux enfants, est soumis au tribunal par une agence spécialisée, que la cause soit contestée ou non. Dans d'autres provinces, le juge peut demander un rapport même s'il n'y est pas tenu par les lois ou règles provinciales. L'utilisation de rapports d'enquête est loin d'être uniforme dans les diverses provinces, ou à l'intérieur même d'une province, et leur qualité varie grandement.

Suivant le processus actuel de divorce, un époux peut donner libre cours à ses désirs de rancune en contestant le divorce, et en faisant une utilisation abusive des procédures et pratiques disponibles, il peut tourmenter son conjoint ou retarder la décision judiciaire finale. Ces ruses exacerbent les problèmes personnels auxquels font face les conjoints et elles peuvent résulter en des délais considérables et des frais accrus.

L'obtention du divorce ne met pas nécessairement fin aux conflits de longue date entre époux en instance de divorce. Une partie peut aussi par la suite faire appel au tribunal pour modifier les termes du jugement conditionnel quant au soutien, à la garde et à l'éducation des enfants. De plus, une partie peut faire appel contre le prononcé ou le refus de prononcer un jugement conditionnel malgré qu'il n'y ait pas appel d'un jugement irrévocable, lequel intervient habituellement quelque trois mois après le prononcé du jugement conditionnel.

Le processus actuel de divorce comprend des procédures contradictoires faisant des époux des adversaires. Beaucoup de gens en droit, en médecine, en sciences humaines et sociales estiment que les procédures judiciaires contradictoires sont inefficaces pour résoudre les conflits familiaux. On a besoin de procédures préventives, thérapeutiques et investigatrices.

Deux objections sont souvent avancées contre le système contradictoire: celui-ci empêche ou diminue l'occasion qu'ont les époux de concilier leurs différends par accord, et il fournit des renseignements insuffisants, et très souvent douteux, aux tribunaux pour qu'ils puissent décider judicieusement du litige qui leur est soumis. Une troisième objection touche les procédures contradictoires qui, surimposées aux motifs de divorce fondés sur la notion de faute, tendent à promouvoir la haine et l'acrimonie entre les parties. L'un des époux est souvent obligé d'alléguer l'inconduite de l'autre, ce qui engendre une intrigue dans des procédures non contestées et provoque une défense récriminatoire lorsqu'elles le sont. Les époux, transformés en combattants, font souvent du tribunal, à l'occasion d'un procès contesté, un champ de bataille, ce qui cause préjudice autant aux enfants qu'à leur propre bien-être financier et psychologique. Il n'est pas rare que les questions contestées de la garde soient débattues sur la base de la prétendue conduite immorale de l'un des époux plutôt que de sa capacité d'être un parent affectueux.

Malgré la mise en doute du processus contradictoire par les avocats, juges, psychiatres, psychologues et travailleurs sociaux, celui-ci trouve toujours ses adhérents ou ses champions. Beaucoup d'avocats affirment que la grande majorité des requêtes non-contestées constitue la preuve de l'efficacité des procédures contradictoires, et de l'habileté des avocats à négocier des accords quant au partage des biens des époux, leur soutien ainsi que la garde, l'éducation et l'entretien des enfants.

Quoique les critiques du processus contradictoire fondé sur la faute soient tempérées par le fait que la vaste majorité des divorces demeurent non-contestés, la procédure rituelle du procès par défaut engendre à juste titre sa condamnation, car elle est inappropriée et beaucoup trop chère. Cette procédure facilite le divorce par consentement en dépit des exigences fixées par la loi, et elle engendre des règlements léonins, rançon d'un divorce «expéditif» (par défaut, il va sans dire). La «litanie de pure forme» des divorces non-contestés au Canada est démontrée dans un texte faisant autorité qui réduit les questions en jeu à leur plus simple expression.

En résumé, l'actuelle procédure de divorce semble trop formelle, quelquefois enchevêtrée, et toujours coûteuse. Elle ne favorise pas une approche conciliatoire ou thérapeutique, mais, plutôt, cette procédure élimine très souvent la possibilité de préserver le mariage ou de régler des questions parallèles sur une base acceptable aux deux parties. Le rituel du divorce par défaut engendre l'hypocrisie et l'irrespect de la justice et de son administration. Une réforme importante de la loi, afin d'éliminer la notion de faute, et une réforme des procédures judiciaires et légales qui fourniront des solutions plus constructives aux problèmes de la rupture du mariage semblent s'imposer. Plus tard dans ce document nous ferons des recommandations précises à cet effet.

Conciliation et consultation

Des tentatives ont été faites, dans la *Loi sur le divorce* de 1968, pour remédier aux défauts inhérents à la notion de faute et au processus contradictoire. La rupture du mariage, en outre, a été introduite afin de suppléer aux autres motifs de divorce, et des amendements ont été ajoutés en ce qui a trait à la collusion, la connivence et le pardon.

Deux articles de la *Loi sur le divorce* ont pour but de fournir aux époux envisageant le divorce l'occasion d'examiner la possibilité de se réconcilier. L'article 7 impose le devoir à tout avocat représentant un requérant de renseigner ce dernier sur les services de consultation disponibles et de discuter de la possibilité de réconciliation. De plus, l'article 8 impose au juge l'obligation de vérifier s'il y a ou non possibilité de réconciliation avant d'accorder le divorce.

A l'expérience, on a pu constater que ces dispositions prévues par la loi n'ont pas atteint leur but de favoriser la réconciliation. Ce n'est pas surprenant car elles sont superposées à un système contradictoire de divorce fondé sur la faute, et on fait très peu pour fournir des services adéquats de consultation, soit au tribunal, soit dans la communauté afin de faciliter leur application. Il est évident que les services de consultation doivent être disponibles dès les premières mani-

festations du conflit conjugal, et on ne doit pas s'attendre à ce qu'ils préviennent la désintégration du mariage lorsque le conflit est tel qu'il justifie le recours au processus de divorce actuel. L'expertise de l'avocat et du juge ne réside pas dans les sciences du comportement ou les sciences sociales, mais dans le droit. Il ne faut pas s'attendre à ce que l'un ou l'autre remplisse le rôle que joue le conseiller familial ou matrimonial. Le conseiller juridique le plus consciencieux et nanti des meilleures intentions ne peut que conseiller au requérant d'aller chercher l'aide nécessaire auprès des services de consultation dans la communauté. Même ceci peut s'avérer difficile, car bien souvent cette démarche entre en conflit avec les demandes et les espérances du client. Il semble évident, en jetant un coup d'œil rétrospectif, qu'une application efficace des dispositions de réconciliation fixées par la loi exige le désamorçage des procédures contradictoires et la mise en place de services de consultation adéquats. On doit s'assurer que des politiques législatives, judiciaires et administratives soient adoptées afin d'étayer la stabilité du mariage en encourageant les personnes ayant des difficultés conjugales à aller chercher l'aide nécessaire le plus tôt possible. Les gouvernements ne doivent pas se satisfaire d'une loi qui ne sert simplement qu'à limiter ou faciliter le divorce. Des solutions plus constructives doivent être envisagées. Ainsi, des services de consultation en matière de famille et de mariage, doivent être disponibles au sein de la communauté ou à la cour, pour que des efforts plus efficaces puissent être faits afin de favoriser la réconciliation des époux; et lorsque ce n'est pas possible ni souhaitable, encourager le règlement équitable ou à l'amiable de tous les problèmes découlant du divorce.

Divorce et rupture du mariage

La rupture du mariage n'est pas synonyme de divorce. Il est cependant logique de conclure que s'il y a divorce il y a rupture du mariage, mais le contraire n'est pas nécessairement vrai. Nombreux sont les cas où la rupture du mariage n'a jamais été rendue officielle par un jugement de divorce. Le

régime de divorce au Canada, même si l'on y reconnaît officiellement la rupture du mariage, fait une distinction entre les motifs de divorce et les causes de rupture du mariage.

C'est probablement un truisme d'affirmer que la rupture du mariage est la conséquence de l'incompatibilité des époux. Cette incompatibilité peut se manifester soit dès le début ou soit pendant le mariage. Les conflits entre époux menant jusqu'à la rupture du mariage sont très souvent le résultat de l'évolution différente des époux et de leur inaptitude à s'adapter mutuellement aux réalités nouvelles. Il existe plusieurs causes et plusieurs formes de développement incompatibles avec la personnalité des époux. Par exemple, différentes évolutions peuvent impliquer la conversion à différentes croyances politiques ou religieuses, un avancement sur le plan économique ou professionnel qui peut s'avérer trop exigeant de l'autre époux; ou encore le développement intellectuel d'un des époux auquel l'autre ne peut s'adapter. Le système judiciaire ne peut résoudre ces problèmes. Traditionnellement, sa voie avait été l'imposition d'embûches au remariage en refusant le divorce à l'époux «coupable». Il n'y a aucun doute que l'impossibilité d'un nouveau mariage a forcé, dans certains cas, les époux à faire des efforts pour établir une véritable relation conjugale. Cependant, des lois trop restrictives sur le divorce ont trop souvent mené à l'adultère, à la formation d'unions de fait à des divorces à l'extérieur du pays, ou à la disparition d'un conjoint qui ne laisse aucune trace. Des lois restrictives et punitives sur le divorce servent beaucoup plus à fomenter qu'à prévenir ces situations. Si on doit rechercher les solutions à la désintégration du mariage dû à l'incompatibilité des époux, il ne faut pas tant consacrer nos efforts sur la loi que dans une formation à la vie familiale et dans des services de conciliation et de consultation.

Même si le développement différent de la personnalité des époux est un facteur important qui contribue à la rupture du mariage, des facteurs extrinsèques peuvent aussi affecter défavorablement la stabilité du mariage et, partant, de la cellule familiale. Ces facteurs sont, par exemple, la pauvreté, le chômage, l'habitation inadéquate, le manque de services de

loisirs, le manque d'éducation ou la maladie. La mise en œuvre des services d'éducation à la vie familiale, de consultation matrimoniale et de conciliation n'élimineront pas le traumatisme psychique qu'occasionnent beaucoup de ces situations. On doit y remédier par des programmes de bien-être social reflétant une politique familiale rationnelle et favorisant l'unité familiale. Cependant, il faut se rendre compte que les mesures de bien-être social sont habituellement adoptées pour des raisons autres que celle de la mise en œuvre d'une politique familiale rationnelle. Trop souvent, leur impact sur la stabilité familiale, quoique réel, est négligé, voire inconnu. Des projets de recherche et d'expérimentation doivent être entrepris pour favoriser l'implantation de mesures de bien-être social qui visent à aider plutôt qu'à nuire à la stabilité du mariage et à la qualité de la vie familiale.

En plus des menaces à la sécurité et à la stabilité du mariage dont nous venons de parler, existe l'exigence culturelle pour chaque individu d'avoir une liberté de choix et la chance de parvenir à son épanouissement personnel.

S'il est vrai que la rupture du mariage est un phénomène beaucoup plus courant aujourd'hui qu'autrefois, la cause pourrait bien en être les changements de l'environnement culturel. Même si l'on peut introduire des politiques sociales pour alléger les traumatismes financiers contribuant à la discorde conjugale, et mettre en œuvre des services de consultation et d'éducation pour favoriser la communication et la compréhension entre époux, il est difficile, sinon impossible, d'effectuer des modifications fondamentales à l'environnement culturel. On peut le remarquer par le rôle nouveau que joue la femme mariée dans notre société. Le mouvement de libération de la femme depuis quelques années a centré l'attention sur le besoin pour la femme d'acquiescer une indépendance économique et psychologique. Cependant, bien des femmes croient qu'il est difficile d'allier les aspirations de la vie professionnelle ou d'affaires à celles du mariage. En dépit de leur émancipation économique et psychologique, elles subissent de sévères pressions économiques et psychologiques. Elles luttent encore pour obtenir une indépendance économique dans la société,

mais les tensions émotives sont inévitables alors qu'elles font face, d'une part, aux exigences du mariage et de la famille et, d'autre part, aux exigences de la vie active dans le monde du travail. Ces tensions créent une pression sur le mariage fondé sur la notion de dépendance.

Examiner la fréquence des mariages rompus et la perspective du développement de mesures préventives et thérapeutiques pour étayer la stabilité du mariage et de la cellule familiale, nous fait prendre conscience de nos propres limites. Il n'y a pas de solution miracle; toutefois ce n'est pas une raison d'abdiquer. Il n'est plus acceptable que l'État impose à la société des lois restrictives sur le divorce fondé sur la notion de faute dans une vaine tentative visant à maintenir la stabilité du mariage et la qualité de la vie familiale.

On peut difficilement contredire la conclusion de la *Law Commission* qui affirme que le but d'une bonne loi sur le divorce est de favoriser la stabilité des mariages viables, et de mettre fin aux mariages qui sont irrémédiablement rompus, et cela en toute équité, sans acrimonie, gêne et humiliation. Selon nous, une loi sur le divorce fondée sur la faute est anachronique, irréaliste et dégradante.

Statistiques

Pour bien des gens, le divorce est une question alarmante. Les points de vue sont multiples et diffèrent grandement les uns des autres. Certains sont fondés sur de fausses notions quant à la fréquence actuelle des divorces. Les statistiques suivantes éclairciront peut-être ce sujet.

Les statistiques touchant les jugements de divorce pour la période de quatre ans, soit à compter du 1^{er} janvier 1969 jusqu'au 31 décembre 1972, indiquent que, sur un total de 109,290 divorces, 43 pour cent ou 48,075 étaient fondés exclusivement sur des motifs de faute, 50.3 pour cent ou 54,960 étaient fondés sur le seul motif de la rupture du mariage, et 5.7 pour cent ou 6,255 étaient fondés sur des allégations de faute et de rupture du mariage. Les statistiques

indiquent en outre que l'adultère, la cruauté et la séparation de trois ans constituent les principaux motifs de divorce. Le motif de la séparation de cinq ans et le motif de la toxicomanie ou de l'alcoolisme sont en nombre limité, mais les divorces fondés sur les motifs tels la non-consommation du mariage, la disparition du conjoint pour une période de trois ans, la sodomie, la bestialité, le viol, l'homosexualité et l'emprisonnement sont très peu nombreux.

Les statistiques indiquent aussi un pourcentage élevé de divorces pour les mariages qui ont duré dix ans ou plus. Ces statistiques ne tendent pas à confirmer que des lois libérales sur le divorce encouragent le public à s'en prévaloir à la moindre provocation et au premier signe d'un conflit conjugal. De plus, les mariages sans enfant et les mariages où les enfants sont indépendants de leurs parents comptent pour environ cinquante pour cent des divorces. Ces statistiques semblent contredire l'opinion populaire qui veut que chaque divorce soit une menace à la santé émotionnelle des enfants.

Propositions portant réforme du divorce

Conditions d'obtention du divorce

Traditionnellement, la réforme des lois sur le divorce était centrée sur la définition et la formulation des motifs de divorce. On sait depuis longtemps que les délits matrimoniaux, tel l'adultère, ont avant tout servi de prétextes pour l'obtention d'un divorce. Ils n'ont pas été la cause de la rupture du mariage, mais plutôt son résultat. La tendance a donc été d'accepter la rupture du mariage comme motif de divorce, mais ceci pose des problèmes, à savoir qui définit et par quoi se définit la rupture du mariage. La solution la plus souvent adoptée fut l'imposition d'une période de séparation. Nous sommes arrivés à la conclusion que ce ne sont pas les motifs de divorce qui importent le plus, mais les conditions qui doivent être remplies avant que le divorce ne soit accordé.

A l'examen de la tendance mondiale et de celle qui a cours au Canada, on a pu constater que le processus judiciaire et la législation quant au divorce sont quelque peu anachroniques. Au mieux, ils aident le règlement des questions contentieuses tels les biens, la garde et le soutien; au pis aller, ils engendrent eux-mêmes des conflits à travers un processus contradictoire. Comme on l'a déjà mentionné, la grande majorité des canadiens règlent certains de ces problèmes par accord avant de déposer une requête de divorce. Tout ce que les tribunaux ont à faire, dans la plupart des cas, c'est d'apposer leur sceau. En dépit de ce que dit la loi, c'est là notre régime

de divorce. Si c'est ce que l'on désire, tout ce que nous avons à faire est de simplifier le processus de divorce et de ne pas le rendre plus difficile que celui du mariage. On ne scrute pas les motifs qui poussent au mariage, pourquoi exige-t-on des motifs de divorce? La haine et l'indifférence ne peuvent pas faire l'objet de décisions judiciaires plus que l'amour. On n'exige aucune période d'attente pour le mariage, pourquoi devrait-on en exiger pour le divorce? La réponse est peut-être qu'il devrait y avoir une période d'attente dans les deux cas. Ceci porte à se demander jusqu'à quel point on devrait avoir recours à la loi pour promouvoir des politiques sociales. Devrait-on mener une enquête judiciaire sur chaque demande de mariage afin de vérifier s'il existe ou non la stabilité émotive et financière nécessaire au mariage et si le couple a ou non les dispositions pour élever des enfants? Serait-ce une saine politique sociale que de donner ce pouvoir de décision à l'État ou ce dernier devrait-il plutôt encourager les politiques sociales par l'entremise de services d'éducation ou de consultation familiale? Sur ce point, notre réponse est que les institutions chargées du développement des politiques familiales doivent jouer un rôle plus important. Il doit y avoir une plus grande compréhension de la nature et de la signification de la vie familiale, selon nos présentes conditions sociales actuelles, avant que l'on ne puisse recommander une intervention judiciaire accrue.

Cependant, il y a des différences importantes entre la façon dont la loi devrait traiter le mariage et le divorce. Lorsque les gens se marient, il n'y a habituellement ni enfants, ni bien communs, et aucune obligation sérieuse déjà existante. Il n'y a qu'espairs et promesses. Les responsabilités s'accroissent pendant le mariage et particulièrement lorsque les enfants viennent au monde. Lorsque le mariage se désagrège, les espoirs et les promesses s'envolent, seules les obligations et les responsabilités demeurent. Ce changement se fait par étapes et ne se produit pas en une nuit. Au moment du divorce, du moins tel qu'il est conçu présentement, la rupture a habituellement franchi le point du non retour et le gros du dommage a été fait. En effet, les exigences légales actuelles contribuent au processus de désagrégation en mettant l'accent sur les

faiblesses plutôt que sur les qualités des conjoints, et en insistant sur des conditions telles les périodes de séparation, ce qui réduit d'autant les chances de réconciliation. Au moment de la séparation, période la plus traumatisante, le seul choix qui s'offre aux conjoints est soit un accord particulier telle la séparation par consentement mutuel, soit une poursuite judiciaire. Nous avons souligné ces problèmes et nous avons fait un bon nombre de recommandations dans notre document de travail intitulé *Le tribunal de la famille*. Aussi devons-nous maintenant expliquer de quelle façon le processus de divorce devrait fonctionner, c'est-à-dire non pas sur la base de motifs abstraits, mais plutôt sur les besoins et les problèmes réels.

Recommandations pour un nouveau processus de divorce

Le caractère fautif dont sont imprégnés les motifs de divorce au Canada est renforcé par un processus contradictoire suivant lequel le mari et la femme, ne pouvant résoudre leurs conflits à l'amiable, doivent débattre les questions litigieuses dans le cabinet de l'avocat ou devant le tribunal. Ce processus coûte du temps et de l'argent et ne réussit pas souvent à tirer au clair tous les faits pertinents. De plus, il provoque l'hostilité entre les époux et intensifie l'anxiété provoquée par la rupture du mariage. Trop souvent il aggrave les conflits entre époux, et la tendance à exploiter le système judiciaire contradictoire avant de faire tous les efforts possibles de conciliation ou d'accords à l'amiable est au détriment des enfants et des deux époux. On doit se rendre compte que le règlement des problèmes soulevés par le divorce exige la résolution non seulement des problèmes légaux, mais aussi des problèmes humains. Une optique purement contradictoire de la résolution du conflit familial n'est ni dans l'intérêt public, ni dans l'intérêt des parties en cause. Selon nous, les procédures de divorce doivent être complètement révisées. Au lieu d'être contentieuses, elles devraient être plus investigatrices et orientées vers la meilleure solution ou le meilleur aménagement de la situation familiale dans son ensemble.

Dans le cas exceptionnel d'un couple sans enfants et dont les parties n'ont aucune réclamation pécuniaire l'une envers l'autre, le divorce peut et devrait être une affaire simple, car la prolongation des relations devenues intolérables aux deux époux ne sert aucunement l'intérêt public. L'absence de conditions restrictives au mariage peut se comprendre de cette façon. Au moment du mariage, les conditions qui prévalent ne touchent pas l'ordre public. Il est souvent suggéré, à la lumière du nombre croissant des divorces, que les conditions du mariage soient révisées, mais les statistiques ne sont pas assez précises dans leurs prédictions pour justifier une intervention directe. Les mariages mûrissent et les différences ainsi que les liens se resserrent ou deviennent irréconciliables. De plus, si les différences mènent à la friction et au tumulte constants, l'intérêt public sera mieux servi s'il y a divorce ou séparation. On ne peut cependant accorder le divorce sur demande par voie de processus administratif. Un processus judiciaire doit être conservé afin d'empêcher les divorces inutiles et prématurés. Les perspectives de réconciliation, même si elles sont fort improbables lorsqu'un divorce est demandé, ne doivent pas être entièrement négligées et les conjoints doivent au moins être mis au courant des services de consultation qui pourraient possiblement aider à leur réconciliation.

Dans la plupart des cas, le divorce entraîne des conséquences quant au partage des biens, quant aux obligations de soutien et quant à la conclusion d'accords au sujet des enfants. Plus loin dans ce document, nous proposerons certaines procédures qui aideront le règlement équitable et à l'amiable de ces questions. Les époux peuvent toutefois être en désaccord à savoir si leur mariage est bel et bien rompu. Dans ce cas, nous suggérons que le tribunal saisi de la requête en divorce soit en mesure d'utiliser des procédures investigatrices et conciliatoires pour éclaircir la situation. Même si la rupture du mariage justifie, selon nous, le divorce, nous rejetons l'approche traditionnelle imposant une période de séparation fixée par la loi comme preuve de la rupture du mariage.

Nous sommes contre l'exigence d'une période déterminée de séparation comme prérequis au divorce, pour les raisons

suivantes: la première et la plus importante est que la possibilité de réconciliation diminue lorsque les époux se séparent au lieu de continuer à vivre ensemble en dépit des conflits ou de l'hostilité ambiante. Quand il y a séparation, les époux mènent des vies indépendantes, ce qui va à l'encontre d'un renouement possible des liens conjugaux. Qui plus est, il serait trop dur pour les époux que les délits matrimoniaux soient abolis comme motifs de divorce et qu'une requête ne puisse être présentée à moins que les époux n'aient vécu séparés l'un de l'autre pendant longtemps. Par exemple, examinons un cas, figurant dans les rapports judiciaires, ayant trait à l'article 3(d) de la *Loi sur le divorce*, où la femme demandait le divorce pour motif de cruauté en affirmant que son mari avait tué leurs enfants. Il ne peut y avoir aucune justification, dans de telles circonstances, pour exiger de l'épouse qu'elle attende, voir même pendant un an, avant qu'elle puisse entreprendre des procédures de divorce. Quelle justification peut-il y avoir d'exiger une période de séparation lorsque les circonstances indiquent que les époux ne se réconcilieront jamais? Il se peut aussi qu'il soit impossible à l'époux à charge de mettre fin à la cohabitation afin de satisfaire à l'exigence de la séparation.

Que penser maintenant de la femme de cinquante ans qui a donné les meilleures années de sa vie à élever les enfants et à entretenir le foyer? Elle peut trouver difficile, s'il y a rupture définitive du mariage, de quitter le domicile conjugal, de se trouver un emploi, et d'attendre un an ou plus avant de demander le divorce. De plus, des questions litigieuses de droit et de faits surgissent lorsque la séparation est un prérequis au divorce, ce qui fournit l'occasion de litiges prolongés suivant une procédure contradictoire qui est défavorable aux intérêts des époux et de leurs enfants. La dernière de nos objections se situe au niveau du caractère arbitraire d'une telle période de séparation. La séparation des époux prouve souvent la rupture du mariage. Il ne peut y avoir pour les époux qui se séparent qu'une intensification de leurs tensions et anxiétés lorsqu'ils font face à la solitude d'une période de séparation imposée, n'étant ni mariés ni divorcés dans une société orientée vers la notion du couple.

Certains des problèmes engendrés par l'imposition d'une période déterminée de séparation pourraient être amoindris si un pouvoir discrétionnaire prévu par la loi était conféré au tribunal pour dispenser les parties de cette exigence dans certaines circonstances. Par exemple, le tribunal devrait avoir le pouvoir de dispenser de la période de séparation, si celle-ci s'avérait trop sévère pour les époux. Cette dispense serait aussi appropriée dans des procédures non-contestées. Selon nous, les problèmes surgissant de l'imposition d'une période déterminée de séparation ne seraient pas résolus si on accordait au tribunal le pouvoir discrétionnaire d'y passer outre. Chaque cas appellerait une solution particulière et serait assujéti aux opinions personnelles d'un juge. Toute demande de dispense impliquerait l'institution de procédures afin d'obtenir la permission d'intenter des procédures de divorce sans attendre l'expiration de la période de séparation. Ceci augmenterait inévitablement les complications du processus de divorce et les frais.

On pourrait prétendre que la rupture du mariage devrait être établie de façon traditionnelle, c'est à dire en apportant la preuve des faits allégués au tribunal. Chaque époux devrait ainsi être libre de présenter des preuves relatives à l'état du mariage. Le juge pourrait décider, dans des procédures non-contestées, de se baser sur le témoignage incontesté du requérant et cela sans avoir à vérifier s'il y a vraiment rupture définitive du mariage. Dans les autres pays où l'incompatibilité constitue un motif de divorce, les juges ne déclarent pas nécessairement que les époux sont irréconciliables même si l'un d'entre eux persiste à affirmer l'aversion que lui inspire son mariage. Ce problème ne serait qu'aggravé lorsque le divorce est contesté du fait que les deux époux sont en désaccord quant à l'état de leur mariage. Un juge peut-il rendre une décision objective à savoir s'il y a, oui ou non, rupture définitive du mariage en s'appuyant sur les preuves contradictoires présentées par les époux? La rupture du mariage n'est sûrement pas une question qui puisse se débattre dans l'environnement traditionnel de nos tribunaux, et elle ne devrait pas l'être non plus. Toute tentative pour faire de la rupture définitive du mariage une question litigieuse qui doit être résolue

sur la base de preuves contradictoires des parties ne peut qu'engendrer le maintien des aspects destructifs du système contradictoire: accusations malveillantes, délais, harcèlement et règlements léonins.

Selon nous, lorsque les conjoints sont en désaccord quant à la rupture de leur mariage, le tribunal doit assumer la responsabilité de régler cette question. Cette responsabilité ne peut toutefois être assurée par l'actuel processus contradictoire. Nous proposons que le tribunal, lorsqu'un époux s'oppose au divorce, ait le pouvoir d'ajourner les procédures pendant un délai raisonnable afin de permettre des tentatives de réconciliation, ou d'exiger une enquête indépendante menée par une équipe de soutien compétente rattachée à la cour ou disponible dans la communauté. Tout officier de la cour, présidant à l'audience préalable au procès, devrait aussi avoir le même pouvoir d'ajournement des procédures. Ces pouvoirs devraient être clairement définis par des lois ou règles de procédures afin d'assurer l'uniformité de leur application et de prévenir tout exercice arbitraire de discrétion.

Des procédures préalables au procès doivent être élaborées pour que les questions contestées soient réduites à l'essentiel. Elles devraient dépasser leur frontières traditionnelles et comprendre des procédures investigatrices et de consultation pour faciliter les accords à l'amiable ou l'obtention de renseignements pertinents à la décision finale du tribunal. On devrait exiger que les époux aient recours aux procédures préalables au procès lorsqu'il y a discorde au sujet du divorce, des enfants, du soutien entre époux, ou du titre et de la possession de leurs biens.

Afin de minimiser les conflits ainsi que l'acrimonie et de promouvoir les règlements à l'amiable, nous recommandons qu'un système de plaidoyers neutres soit créé pour bannir les allégations accusatoires d'inconduite. De plus, lorsque les époux consentent au divorce, celui-ci devrait être accessible à la demande conjointe des époux. Cependant, lorsqu'un divorce est demandé, les époux devraient avoir l'occasion de réévaluer l'avenir de leur mariage ou, pour le moins, ils devraient être renseignés quant aux services de consultation

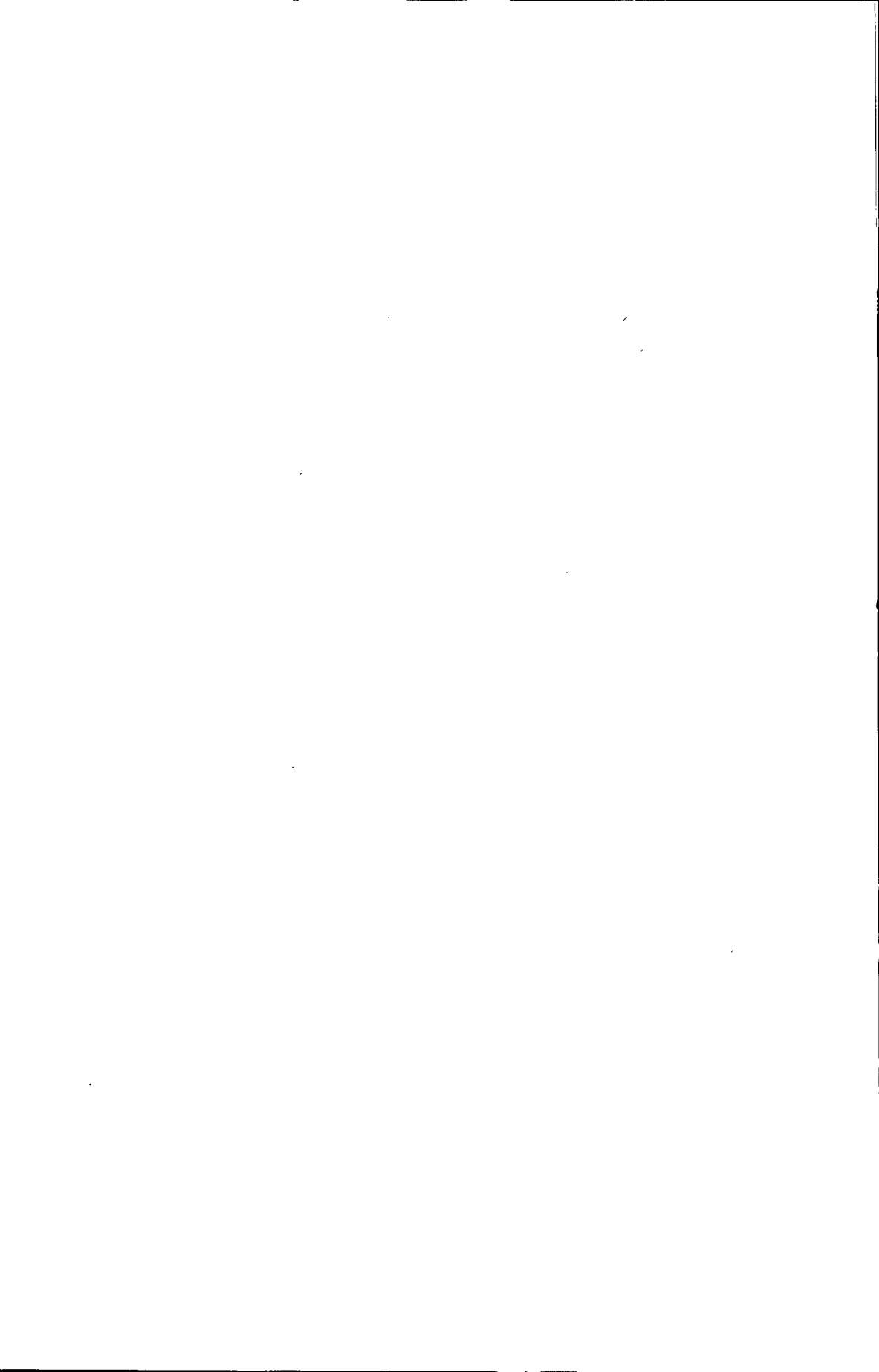
disponibles à la cour ou dans la communauté, afin de les aider à prendre une décision réfléchie.

Il y a un besoin pressant pour des procédures informelles, flexibles et investigatrices plutôt que contentieuses. On doit encourager les époux à recourir à la consultation. Le tribunal doit avoir le pouvoir d'ordonner une enquête indépendante suivie d'un rapport lorsque les époux ne peuvent régler leurs différends à l'amiable. Toutefois, les procédures informelles ne doivent pas miner la dignité et l'autorité du tribunal; l'insoumission aux exigences légales, procédurales ou ayant trait à la preuve, ne peut être endossée. De plus, ces procédures informelles ne doivent pas empiéter sur les droits fondamentaux et civils des parties en cause. Par exemple, elles devraient avoir le droit d'être représentées par avocat et devraient avoir accès aux enquêtes indépendantes et aux rapports soumis au tribunal. Les procédures orientées vers une réconciliation ou les accords à l'amiable conclus avec l'aide des services de consultation ne devraient pas dépendre du fait que des procédures formelles aient été entreprises, même s'il pourrait y avoir certains avantages à adopter les procédures de conciliation de plusieurs états américains où les parties peuvent faire une demande de conciliation. Des changements à la forme et aux méthodes de plaidoyers pour parvenir au degré voulu de flexibilité et éliminer ou réduire l'impact d'une fragmentation des compétences ainsi que les défauts des présentes procédures contradictoires actuelles seraient réalisés plus efficacement par l'utilisation obligatoire de formulaires standards. Ces changements permettraient en outre aux parties de se présenter en personne devant le tribunal dans des circonstances où la représentation par avocat est inutile ou difficile à obtenir. Quelques unes des difficultés actuelles seraient aussi atténuées par une disposition générale prévue par la loi ou par les règles de pratique conférant une discrétion complète au tribunal d'exiger un amendement aux plaidoyers ou la mise en cause d'une tierce partie lorsque jugé utile.

Nous proposons également que les audiences soient tenues dans l'intimité du cabinet du juge plutôt qu'en audience

publique, car le divorce exige quand même un certain degré d'intimité. Cependant, il ne faut pas confondre intimité et secret absolu. On doit maintenir un équilibre entre les droits de la famille et les droits du public d'avoir une connaissance suffisante des faits afin de vérifier la manière dont la justice est administrée. Nous croyons face à ce dilemme, que les audiences de divorce à huis clos mais sujettes à la discrétion du juge d'admettre les personnes de bonne foi ayant un intérêt véritable, soient la meilleure solution possible. Cependant, les membres de la presse et autres média d'information devraient pouvoir assister au déroulement des procédures de divorce et faire des reportages à condition que ceux-ci ne contiennent aucun détail qui puisse révéler l'identité des parties.

On devrait aussi songer à la nomination, pour les questions routinières, de Commissaires ou de Greffiers de divorce. L'énorme quantité de travail souvent imposée à nos juges serait ainsi allégée et, la nomination de ces fonctionnaires réduirait du même coup les frais imposés aux individus et à l'État.



Les enfants et le nouveau processus de divorce

Le processus de divorce doit protéger les intérêts des enfants. Ils ont trop souvent servi de fer de lance dans les conflits opposant mari et femme. De plus, ils en sont toujours les innocentes victimes.

Certains prétendent que les enfants devraient avoir leur mot à dire au sujet du divorce. Nous sommes cependant d'avis contraire. Nous croyons que c'est aux époux de décider s'il devrait y avoir divorce ou non. Toute implication directe de la part des enfants peut donner lieu à une confusion émotive et menacer leur bien-être psychologique. Bien que les époux doivent décider eux-mêmes s'il doit y avoir divorce, ils ne doivent pas avoir la responsabilité et le droit exclusifs de décider des questions touchant les enfants, lesquelles surgissent inévitablement lors d'un divorce. On ne doit pas permettre aux parents de sacrifier les droits des enfants à leur propre avantage.

Le bien-être des enfants de parents en instance de divorce doit être garanti par des accords convenables quant à leur garde, à leur entretien et à leur éducation. De plus, les enfants ont droit à un soutien financier convenable. Afin de pourvoir aux besoins fondamentaux des enfants et de leur assurer une protection adéquate dans le processus de divorce, nous recommandons que:

1. le tribunal ait le devoir, imposé par la loi, de refuser le divorce à moins qu'il ne soit convaincu que les

dispositions nécessaires aient été prises pour assurer le soutien, la garde, l'entretien et l'éducation des enfants;

2. des services de consultation appropriés soient disponibles pour aider parents et enfants à s'ajuster aux changements de circonstances et à élaborer des solutions satisfaisantes. Des services d'enquête et de diagnostic doivent aussi être disponibles pour aider le tribunal à rendre la décision appropriée;

3. les dispositions quant à la garde, l'entretien et l'éducation des enfants soient prises en ne tenant compte que de leur bien-être ou de leurs meilleurs intérêts;

4. les enfants aient le droit d'être entendus quant aux dispositions qui seront prises pour assurer leur garde, leur entretien et leur éducation.

1. Les devoirs du tribunal

Quoique de nombreux juges soient sensibles aux besoins des enfants, leurs intérêts sont souvent négligés au cours du procès en raison du grand nombre de requêtes et de l'insuffisance de procédures adéquates pour évaluer leurs meilleurs intérêts. Selon nous, une obligation légale doit être imposée au tribunal de refuser le divorce à moins qu'il ne soit convaincu que les dispositions nécessaires aient été prises pour assurer le soutien, la garde, l'entretien et l'éducation des enfants. Ce devoir doit être rempli lors de toute procédure de divorce même lorsqu'il n'y a aucun conflit. Le tribunal devrait être obligé d'exprimer ouvertement si les dispositions prises relativement aux enfants sont satisfaisantes ou non. Et lorsqu'elles ne le sont pas, le tribunal devrait ajourner les procédures, et, si nécessaire, rejeter la demande de divorce. Les procédures préalables au procès devraient être conçues de façon à fournir une évaluation indépendante de tout accord conclu par les époux en instance de divorce. Ce devoir serait un prolongement de l'article 9(1)(e) de la *Loi sur le divorce* qui stipule que le tribunal doit refuser de prononcer le jugement en vertu de l'article 4 lorsque le jugement de-

mandé serait préjudiciable à la conclusion d'accords raisonnables pour le soutien *financier* des enfants.

Il est peu probable que l'imposition de ce devoir légal produise de sérieux changements dans le processus du divorce. Cependant, ajouté aux procédures suggérées relativement à la représentation légale indépendante, à la consultation, aux rapports d'enquête et au témoignage d'experts, il devrait assurer une protection plus efficace des intérêts des enfants de parents en instance de divorce.

2. *Les techniques de règlement des conflits*

Les devoirs et critères fixés par la loi qui ont pour but de protéger les enfants ne peuvent fonctionner dans un *vacuum* procédural. Nous proposons donc que le tribunal ait le pouvoir discrétionnaire d'invoquer une ou plusieurs des procédures suivantes:

- (i) l'ajournement des procédures afin de fournir l'occasion à la famille d'utiliser des services de consultation;
- (ii) l'ordonnance d'une enquête indépendante, suivie d'un rapport; et
- (iii) la sollicitation de conseils et d'opinions d'experts sur les dispositions les plus avantageuses aux enfants.

Nous recommandons aussi que le tribunal saisi de la demande de divorce ait le pouvoir discrétionnaire de mettre en cause toute personne ayant un intérêt quant à la garde, l'entretien et l'éducation des enfants. Ultérieurement dans ce document, nous proposerons que les enfants aient droit d'être représentés par avocat dans certains cas.

On devrait intégrer ces procédures dans la législation fédérale sur le divorce. Cependant, chaque province devrait demeurer libre d'instaurer les services qu'elle juge les plus appropriés. Nous recommandons au gouvernement fédéral

d'aider les provinces à défrayer le coût de la mise en œuvre de nouvelles procédures.

(i) *Consultation*

Le processus judiciaire et légal devrait encourager les parents à résoudre par négociation, plutôt que par débats devant le tribunal, les conflits relatifs aux enfants. Parents et enfants peuvent souvent gagner à discuter de leurs problèmes avec un conseiller familial. Nous recommandons donc que le tribunal ait la complète discrétion d'ajourner ou de remettre à plus tard les procédures, s'il juge qu'une consultation aiderait les parents ou les enfants, ou faciliterait la conclusion d'accords par conciliation. Cette discrétion ne doit pas dépendre des désirs ou du consentement des parents, mais devrait être exercée en tenant compte du bien-être et des meilleurs intérêts des enfants. Nous ne proposons pas que la consultation soit obligatoire ou que des sanctions soient imposées lorsqu'il y a refus de s'y soumettre. Nous sommes d'avis que la coercition serait inutile, voire nocive. L'exercice de la discrétion judiciaire d'ajourner ou de remettre à plus tard les procédures, pourrait par contre susciter la motivation de recourir aux services de consultation à la cour ou dans la collectivité. Il est plus probable que les services de conciliation et de consultation aient de bons résultats dès le début des procédures plutôt qu'à la fin; c'est pourquoi, il est primordial d'établir des procédures préalables au procès afin d'assurer le plus tôt possible l'accès à ces services.

(ii) *Enquêtes*

Des procédures investigatrices peuvent fournir au juge ou à l'officier du tribunal des renseignements relatifs à la famille qui faciliteront une décision judicieuse quant aux questions soulevées lors d'un divorce. Les procédures contradictoires actuelles mettent l'accent sur la preuve partisane présentée par les époux ou les parents. Toutefois, elles ne fournissent pas un fondement fiable ou suffisant pour rendre jugement. Nous recommandons que le tribunal soit autorisé à faire appel à des services sociaux qui présenteront des rap-

ports impartiaux d'enquête et de diagnostic. Ces rapports, de pair avec les preuves soumises par les parties, devraient fournir une assise valable pour les décisions judiciaires relatives à la garde, l'entretien et l'éducation des enfants.

Certains soutiennent qu'il devrait y avoir une enquête indépendante pour toute cause de divorce impliquant des enfants, mais nous croyons que cela taxerait indûment les ressources disponibles et n'aurait aucun effet dans la majorité des cas. Il serait donc plus logique d'exiger des enquêtes quand il y a conflit quant à la garde des enfants. Nous sommes d'avis qu'il peut y avoir des cas exceptionnels où une enquête serait appropriée, même si les parents sont d'un commun accord quant à la garde, l'entretien et l'éducation des enfants. Nous proposons, pour régler ces cas exceptionnels et promouvoir l'utilisation efficace des services sociaux, l'institution d'une procédure pour que des rapports relatifs à la garde des enfants soient disponibles à la cour :

- (a) lorsqu'il y a des conflits quant à la garde des enfants;
- (b) lorsqu'un époux, un parent ou toute autre personne intéressée en fait la demande; ou
- (c) dans toute autre circonstance lorsque le juge ou l'officier de la cour le croit utile.

Nous recommandons de plus qu'un officier de la cour ait la responsabilité de vérifier si les accords conclus par les parents en instance de divorce sont dans les meilleurs intérêts des enfants. Cet officier de la cour devrait pouvoir faire appel aux travailleurs sociaux et aux spécialistes en psychologie du comportement pour qu'ils procèdent à une enquête, à une évaluation de la situation familiale, et qu'ils formulent des recommandations pour que les dispositions les plus appropriées soient prises à l'égard des enfants.

De plus, nous proposons que, lorsqu'une enquête suivie d'un rapport a été autorisée, ce rapport soit par écrit et disponible aux parties impliquées et à toute autre personne désignée par le tribunal. Une partie à l'instance devrait être

autorisée à contre-interroger la ou les personnes qui ont mené l'enquête ou rédigé le rapport. Les personnes qui sont la source première des renseignements contenus dans le rapport d'enquête devraient, dans certains cas et sous réserve de la discrétion du juge, aussi être disponibles pour contre-interrogatoire.

(iii) *Témoignages d'experts*

En Ontario, il y a une pratique courante voulant que le tribunal puisse demander un rapport émanant d'un psychiatre ou d'un psychologue quant aux meilleures dispositions à prendre pour les enfants de parents en instance de divorce. Cette procédure est utilisée lorsque la garde des enfants est contestée dans les procédures de divorce. Le tribunal requiert habituellement le consentement des parents pour une évaluation psychologique ou psychiatrique. Le juge peut appeler à témoigner le psychiatre ou psychologue qui prépare le rapport et ce dernier est sujet à contre-interrogatoire par l'une ou l'autre des parties. Cette procédure favorise souvent le règlement des conflits relatifs à la garde et, lorsque ce n'est pas le cas, elle représente pour le tribunal un témoignage d'expert de haute valeur.

Au Québec, un service psycho-social a récemment été adjoint à la Chambre d'expertise de la famille de la Cour supérieure. Ce service est déjà en vigueur à Montréal et sera introduit dans d'autres régions de la province aussitôt qu'il aura été perfectionné dans la région métropolitaine. Le service psycho-social se compose de spécialistes du mariage, de la consultation familiale et du bien-être des enfants. A la demande du tribunal et sur consentement des parties, l'équipe multidisciplinaire rencontre les enfants ainsi que toutes les parties intéressées et procède à une évaluation suivie de recommandations relatives à la garde des enfants lors d'un divorce ou d'une séparation de corps.

Nous recommandons que l'emploi de l'expertise psychosociale soit disponible à tous les tribunaux de divorce. Cependant, à notre avis, le pouvoir du tribunal de faire appel

aux experts des sciences sociales ou de la psychologie du comportement ne devrait pas être soumis à l'exigence du consentement des parties. Cette procédure ne devrait pas non plus être utilisée dans les seuls cas où la garde est contestée. Tout rapport d'expert devrait être sujet à l'interrogatoire du tribunal et au contre-interrogatoire de toute partie en cause, y compris celui de l'avocat représentant les enfants.

(iv) *Procédures préalables au procès et litiges postérieurs à l'obtention du divorce*

Des mesures destinées à protéger les intérêts des enfants doivent être disponibles avant le procès à la demande de n'importe quelle personne intéressée, y compris les parties, ou à la requête d'un officier de la cour. On doit instituer des procédures préalables au procès afin d'identifier, le plus rapidement possible, les mesures les plus aptes à engendrer le règlement constructif des questions se rapportant aux enfants. Tel que nous l'avons mentionné dans notre document de travail intitulé *Le tribunal de la famille*, la garde des enfants doit être considérée d'une importance primordiale; des dispositions prévues par la loi ou des règles de procédure doivent être adoptées afin que cette question se règle dans les plus brefs délais. Le bien-être émotif et psychologique des enfants de parents en instance de divorce exige que des dispositions adéquates soient prises le plus tôt possible pour assurer leur garde, leur entretien et leur éducation.

Il est possible que les problèmes relatifs à la garde, à l'entretien et à l'éducation des enfants ne soient pas résolus lors du jugement de divorce. Nous recommandons donc que les procédures que nous venons de décrire soient disponibles lorsqu'il y a conflit après l'obtention du divorce.

3. *Critères pertinents fixés par la loi*

L'article 11(1) de la *Loi sur le divorce* définit le pouvoir de décision du tribunal pour le soutien, la garde, l'entretien et l'éducation des enfants. Il y est stipulé que le tribunal doit

tenir compte de «la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent». Ces critères semblent plus pertinents au soutien qu'aux dispositions quant à la garde des enfants. Ainsi, les tribunaux ne se sont pas sentis liés par la formulation expresse de cet article, mais ils ont mis avant tout l'accent sur le bien-être ou les meilleurs intérêts des enfants dans leurs jugements relatifs à la garde.

Sous certaines réserves, nous suggérons que ce principe fondamental établi par la jurisprudence soit incorporé à la *Loi sur le divorce*. Les précédents font du bien-être des enfants «la première et la plus importante des considérations», mais nous croyons qu'elle devrait être la «seule et unique considération». On devrait indiquer clairement la non pertinence des autres facteurs. De plus, nous croyons qu'il est possible que le terme «bien-être» soit trop restrictif. Nous recommandons donc l'adoption de dispositions légales selon lesquelles les décisions en matière de garde, d'entretien et d'éducation des enfants devraient être prises, compte tenu «uniquement des meilleurs intérêts des enfants fondés sur leur bien-être émotif et leur bien-être en général».

La Commission croit aussi que la législation devrait traduire la politique sociale qu'elle veut promouvoir et fournir des lignes de conduite explicites aux tribunaux, aux avocats et à toute autre personne intéressée au règlement ou à la résolution des conflits concernant la garde des enfants. Nous recommandons l'adoption d'une formulation du genre de celle-ci:

Le tribunal prendra en considération dans la détermination des meilleurs intérêts d'un enfant fondés sur son bien-être émotif et son bien-être en général, ses besoins sociaux, financiers et psychologiques; il tiendra compte également des facteurs suivants:

- (i) les relations de l'enfant avec les personnes à qui la garde, l'entretien et l'éducation peuvent être confiés ainsi qu'avec toute autre personne, tels les frères et sœurs, intimement liée à la question de la garde, de l'entretien et de l'éducation de l'enfant;

- (ii) la personnalité et le caractère de l'enfant ainsi que ses besoins émotifs et physiques;
- (iii) la capacité des personnes à être des parents à qui la garde, l'entretien et l'éducation de l'enfant pourraient être confiés, ainsi que le climat familial qu'ils fourniraient à l'enfant et les plans qu'ils ont fait pour son avenir;
- (iv) la préférence de l'enfant lorsque le tribunal la juge appropriée compte tenu de l'âge et de la maturité de l'enfant.

L'application consciencieuse de ces critères mettrait l'accent sur les relations affectives et éliminerait beaucoup des critères superficiels qui ont cours relativement à l'octroi de la garde des enfants. Les tribunaux n'auraient plus à se préoccuper de la conduite entre époux lorsque l'un d'eux est suggéré comme gardien et que cette conduite ne nuit pas aux relations avec l'enfant. Il y aurait égalité du père et de la mère devant le tribunal et aucune discrimination sexuelle n'aurait lieu pour la détermination du parent le plus apte à assumer la responsabilité des enfants. La pratique actuelle voulant qu'un parent soit préféré à l'autre pour des raisons d'âge ou de sexe de l'enfant ne serait plus permise. De plus, la préférence arbitraire d'un parent envers un non-parent serait éliminée. Ainsi, afin de dissiper tout doute, le tribunal devrait avoir le pouvoir d'accorder la garde d'un enfant à un non-parent lorsqu'il croit que les intérêts de l'enfant *exige* une telle décision.

Les questions touchant à la garde, l'entretien et l'éducation des enfants peuvent aussi surgir après le divorce. L'article 11(2) de la *Loi sur le divorce* stipule qu'une ordonnance de jugement provisoire peut être modifiée ou révoquée par le tribunal qui l'a rendue «s'il l'estime juste et approprié compte tenu de la conduite des parties depuis que l'ordonnance a été rendue ou de tout changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent». Comme on peut de nouveau le constater, le bien-être des enfants n'est pas expressément mentionné, mais il tend à être la première considération d'une

décision judiciaire. Il a été décidé qu'une ordonnance pour la garde ne doit pas être changée à la légère et qu'il doit y avoir de véritables changements de circonstances pour justifier une modification ou une annulation de l'ordonnance. Nous endossons cette position. Des dispositions nécessaires pour la modification et l'annulation doivent être prises lorsque les circonstances l'exigent. La modification ou l'annulation ne devrait être ordonnée, toutefois, que si «il est dans les meilleurs intérêts des enfants fondés sur leur bien-être émotif et leur bien-être en général». Nous recommandons que la loi endosse expressément ce critère. Les enfants ont besoin d'un environnement stable; les parents ne doivent pas être libres, lorsque le juge rend une ordonnance relative à la garde, de rouvrir le débat advenant un changement minime dans les circonstances, qu'il soit réel ou fictif.

Des problèmes se sont posés touchant à l'exécution et à la modification des ordonnances de garde des enfants dans une province autre que celle où l'ordonnance originale a été rendue. Par exemple, si l'ordonnance de garde a été rendue lors de l'obtention du divorce en Saskatchewan, d'autres procédures peuvent être instituées en Ontario par l'un des parents et cela en vertu de lois provinciales. Le problème qui en découle est de savoir si le tribunal de l'Ontario doit accepter d'emblée l'ordonnance de garde rendue en Saskatchewan ou s'il doit la modifier ou ne pas en tenir compte. Nous croyons qu'on devrait adopter certaines mesures pour donner aux tribunaux d'une province la liberté de changer l'ordonnance de garde rendue par un tribunal de divorce d'une autre province. Cependant, ceci ne devrait être fait que pour assurer les meilleurs intérêts des enfants fondés sur leur bien-être émotif et leur bien-être en général. Qui plus est, un tribunal devrait être des plus réticents à entendre une telle requête à moins qu'il ne constitue le meilleur forum pour régler cette question. La loi et les tribunaux doivent tout faire pour protéger les intérêts du parent ayant droit de garde. Ils ne doivent pas permettre qu'un parent enlève l'enfant et déménage dans une autre province dans le seul but de passer outre au droit de garde accordé à l'autre parent.

4. *Le droit d'être entendu*

Le droit d'être entendu des enfants de parents en instance de divorce au sujet de leur garde, leur entretien et leur éducation se présente sous deux aspects. Le premier implique leur droit à la représentation par un avocat. Le deuxième touche au droit d'expression de leurs opinions avant qu'une décision affectant leur avenir ne soit prise.

(i) *Le droit d'être représenté par un avocat*

La loi pourrait exiger qu'un avocat distinct de celui des parents représente les enfants lors de toute procédure de divorce, mais nous croyons que généraliser une telle pratique universelle serait injustifié et constituerait un abus des ressources, car beaucoup de parents en instance de divorce concluent des accords raisonnables pour leurs enfants.

Nous proposons que les enfants aient droit à une représentation distincte par avocat:

- (i) lorsque la garde est contestée par les parents au cours de l'instance de divorce; et
- (ii) dans les procédures non-contestées, si le juge ou l'officier de la cour la considère nécessaire.

L'avocat des enfants devrait posséder les mêmes droits et privilèges que l'avocat des parents. Par exemple, il devrait pouvoir interroger et contre-interroger les témoins sur des sujets touchant au soutien, à la garde, à l'entretien et à l'éducation des enfants. De plus, il devrait avoir accès aux ressources sociales, psychologiques et psychiatriques disponibles.

Il nous apparaît évident, lorsque les parents se disputent le droit de garde, que les enfants ont besoin d'être représentés par un avocat distinct. On ne doit pas s'attendre à ce que l'avocat d'un époux ou d'une épouse attache moins d'importance aux intérêts de son client pour en attacher davantage aux intérêts, souvent divergents, des enfants. Par conséquent,

les enfants devraient avoir le droit d'être représentés par un avocat distinct.

Traditionnellement, lorsque les parents avaient conclu des accords à l'égard des enfants, les tribunaux les ont entérinés en ne les examinant que très sommairement. Nous recommandons que des procédures préalables au procès soient instituées et qu'un officier de la cour soit nommé pour vérifier si les accords vont dans le sens des meilleurs intérêts des enfants. Cet officier devrait avoir la responsabilité de procurer aux enfants l'aide d'un avocat lorsque les arrangements vont à l'encontre de leurs intérêts, et que la question ne peut être résolue d'une autre façon.

Depuis quelques années, on a vu les pratiques et les procédures évoluer dans plusieurs provinces; elles fournissent aux enfants de parents en instance de divorce l'aide d'un avocat, spécialement lorsque le droit de garde est contesté. Nous sommes d'avis que ces procédures pourraient coexister avec une législation fédérale qui encouragerait la représentation des intérêts des enfants par la nomination d'un avocat distinct. Nous recommandons à cette fin que soit laissée à la discrétion de chaque province, la décision de savoir qui devrait représenter les enfants. La personne nommée pour représenter les enfants pourrait être un avocat, un officier de la cour, ou bien un fonctionnaire provincial tel le curateur public, ou une personne chargée du bien-être de l'enfance. Si les dispositions nécessaires pour assurer la représentation sont laissées à chaque province nous recommandons qu'une aide financière fédérale soit disponible pour en défrayer les coûts.

(ii) *Les opinions des enfants*

Certains juges attachent de l'importance aux opinions et préférences exprimées par les enfants lorsqu'un litige relatif à la garde est soumis au tribunal tandis que d'autres ne s'en préoccupent pas. Nous croyons que les opinions des enfants devraient être prises en considération. Nous recommandons que la cour soit requise par la loi, lorsque la garde est con-

testée lors de procédures de divorce, de vérifier les opinions des enfants. Cependant, nous ne préconisons pas que les enfants soient appelés à témoigner et à être interrogés directement sur leurs préférences. Nous ne recommandons pas non plus que le juge parle aux enfants de façon non formelle dans son cabinet. La mise en œuvre de nos recommandations quant aux procédures préalables au procès et à la désignation d'un avocat pour représenter les enfants devrait impliquer des moyens et des techniques efficaces pour évaluer les opinions ainsi que les préférences des enfants, et s'assurer que celles-ci soient dans leurs meilleurs intérêts; un rapport serait ensuite remis au juge. Lorsque la garde des enfants a été résolue d'un commun accord par les parents en instance de divorce, nous recommandons que l'officier de la cour, responsable de l'examen minutieux de cet accord, ait le pouvoir, dans certains cas, de s'enquérir des opinions des enfants.



Aménagements financiers lors du divorce

Les implications financières du divorce et de la rupture du mariage

Le divorce et la rupture du mariage sont pour les époux, synonymes de crise financière. Habituellement, ils doivent apporter d'importantes modifications à leur ancien mode de vie, car il y a rarement surplus d'argent. Ce n'est pas facile, surtout si les époux sont encore sous le choc émotif provoqué par l'échec de leur mariage.

En théorie, l'article 11 de la *Loi sur le divorce* confère des obligations et des droits égaux à la femme et au mari en instance de divorce. L'époux ou l'épouse peut légalement être obligé de soutenir l'autre aussi bien que tout enfant à charge. Les réalités socio-économiques militent cependant contre cette égalité. A toutes fins pratiques, l'obligation de soutenir l'ex-époux incombe presque toujours à l'ex-mari. De surcroît, s'il fait comme la plupart des autres divorcés, il se remariera quelques années après le divorce ou il entrera en concubinage. De plus, même pour les plus favorisés il est extrêmement difficile, du point de vue monétaire, de faire vivre deux familles.

Il ne suffit pas pour le législateur de prescrire une réciprocité des obligations et des droits de soutien entre ex-époux. Une telle loi perd beaucoup de sa portée et de sa crédibilité si aucune mesure n'est prise pour favoriser une égalité d'accès aux ressources financières aux hommes et aux femmes. Il nous faut éliminer la discrimination des femmes dans le monde du travail où elles reçoivent un salaire moindre et moins de

promotions que leurs collègues de sexe masculin. Des programmes de recyclage doivent être mis sur pied pour les ex-épouses qui ont été retirées du marché du travail à cause de leurs responsabilités familiales. Des garderies doivent être disponibles aux personnes divorcées qui ont des enfants à leur charge.

Il se peut qu'un jour on considère le refus de soutien par un époux ou un parent, comme l'une des dures épreuves de la vie auxquelles une assurance sociale pourrait remédier, mais ce jour n'est pas pour demain. Par conséquent, nous ne voyons aucune justification pour l'abrogation du droit au soutien entre époux lors d'un divorce. Certaines modifications des critères utilisés actuellement dans l'octroi du soutien entre époux sembleraient opportunes.

Le statut de la femme mariée a beaucoup évolué au cours des deux dernières décennies. Les femmes composent environ le tiers de la force ouvrière du Canada, et plus de la moitié de ces femmes sont mariées. Ce groupe représente le tiers de toutes les femmes mariées au Canada. L'émancipation sociale, économique et psychologique de la femme mariée est reflétée par les attitudes changeantes et les décisions nouvelles des tribunaux. On a progressivement délaissé la philosophie voulant qu'on accorde automatiquement une ordonnance de soutien à l'épouse «innocente» lors du divorce. On ne considère plus le certificat de mariage comme une licence permettant à l'ex-épouse de récolter un soutien permanent de son ancien mari. De nos jours, les divorcées après seulement une courte période de mariage ne reçoivent habituellement qu'un forfait minime ou encore, rien du tout. Même les femmes plus âgées qui n'ont pas d'enfants à charge ne reçoivent très souvent qu'un modeste soutien périodique; on s'attend à ce qu'elles réintègrent le monde du travail. Maintenant, on peut considérer plusieurs ordonnances de soutien comme mesures servant à la réadaptation. Habituellement, on réserve les ordonnances de soutien à vie à la femme âgée qui a été mariée longtemps, qui ne se remariera probablement pas et qui n'est plus en mesure d'exercer une concurrence sur le marché du travail. Encore là, le soutien n'est pas énorme.

Critères actuels et futurs

Bien que les tribunaux aient réagi à l'évolution du statut de la femme mariée, les problèmes du système actuel demeurent. Le tribunal jouit d'une très grande discrétion dans l'octroi des ordonnances de soutien entre époux; il n'y a que très peu de critères fixés par la loi pour aider le tribunal à exercer cette discrétion. Bref, le tribunal doit tenir compte de la conduite des parties, ainsi que de leurs moyens et besoins respectifs.

L'absence de lignes de conduite plus spécifiques pour contenir la discrétion judiciaire mène naturellement à une grande divergence de pratiques et d'attitudes. Certains juges accordent des allocations élevées tandis que d'autres s'avèrent beaucoup plus parcimonieux. D'autres encore s'attachent au degré de culpabilité qu'ils attribuent à chacun des époux dans la rupture du mariage. Le mari coupable d'adultère répété est souvent pénalisé par une allocation de soutien plus onéreuse. De même la femme «coupable» peut s'attendre à recevoir moins, et dans certains cas, rien du tout.

De l'avis de la Commission, les tribunaux siégeant en matière de divorce ne disposent pas des moyens nécessaires pour statuer sur les questions d'innocence ou de culpabilité; ils ne peuvent non plus évaluer jusqu'à quel point chacun des époux peut avoir contribué à la rupture du mariage. La responsabilité de la rupture du mariage et l'inconduite conjugale devraient être expressément exclues de toute détermination judiciaire du droit de soutien entre époux. Seuls les besoins et ressources des parties devraient être considérés.

Nous recommandons que des lignes de conduite précises soient incorporées à la loi afin d'aider le tribunal à disposer des requêtes de soutien. Les critères pertinents ont été discutés en profondeur dans notre document de travail intitulé *Les divorcés et leur soutien*; ils regroupent les principes suivants:

1. Le mariage en soi ne confère pas un droit ou une obligation de soutien après le divorce; une personne divorcée doit subvenir elle-même à ses besoins.

2. Le droit au soutien peut naître de besoins raisonnables tels que:

- (a) la répartition des rôles au cours du mariage;
- (b) l'accord exprès ou tacite suivant lequel l'un des époux assurera le soutien de l'autre;
- (c) les accords intervenus quant à la garde des enfants du mariage au moment du divorce;
- (d) l'incapacité physique ou mentale de l'un des époux affectant sa capacité de subvenir à ses propres besoins; ou
- (e) l'incapacité pour l'un des époux d'obtenir un emploi rémunéré.

3. L'obligation de soutien au moment du divorce a pour but de fournir à l'époux bénéficiaire une aide financière lui permettant de couvrir ses besoins raisonnables reconnus par la loi comme donnant ouverture à un droit au soutien pendant la période de transition qui va de la dissolution du mariage au moment où l'époux bénéficiaire doit normalement avoir réussi à pourvoir à ses propres besoins; par nature, l'obligation de soutien à la suite du divorce a premièrement pour but la réadaptation.

4. Un droit au soutien doit se prolonger aussi longtemps que les besoins raisonnables se feront sentir, sans toutefois leur survivre; le soutien sera temporaire ou permanent.

5. L'époux bénéficiaire du soutien a l'obligation de pourvoir à ses propres besoins dans un délai raisonnable à la suite du divorce sauf si, compte tenu de l'âge des conjoints, de la durée du mariage, de la nature des besoins de l'époux soutenu et de l'origine de ces besoins, il ne serait pas raisonnable d'exiger que le conjoint soutenu assume la responsabilité de son propre soutien, et qu'il serait raisonnable d'exiger de l'autre époux qu'il continue à assumer cette responsabilité.

6. Le droit au soutien ne peut être remis en cause, annulé ou restreint en raison de la conduite pendant le mariage ou d'une conduite postérieure au mariage sauf si

- (a) cette conduite entraîne une diminution des besoins raisonnables; ou
- (b) cette conduite prolonge artificiellement ou de manière déraisonnable les besoins qui fondent l'obligation de

soutien ou prolonge artificiellement ou de manière déraisonnable la période au cours de laquelle la personne soutenue doit se préparer à assumer la responsabilité de son propre soutien.

7. Les sommes allouées à titre de soutien devront être déterminées en fonction:

- (a) des besoins raisonnables de l'époux ayant droit au soutien;
- (b) des besoins raisonnables de l'époux tenu d'assurer le soutien;
- (c) des biens de chaque époux après le divorce;
- (d) de la capacité de paiement de l'époux tenu d'assurer le soutien;
- (e) de la possibilité pour l'époux ayant droit au soutien de subvenir à ses propres besoins; et
- (f) des obligations de chacun des époux envers les enfants du mariage.

La mise en œuvre de ces principes répondrait à beaucoup de critiques dirigées à l'encontre de notre système actuel. Ils élimineraient le «parasitisme des pensions alimentaires», tout en fournissant la protection financière nécessaire aux époux se retrouvant chacun de leur côté sur le marché du travail. De plus, ces principes affirmeraient une philosophie d'égalité de droits, de chances et d'obligations pour les deux sexes, ce qui constituerait une base solide pour les mariages à venir. Ces principes permettraient aussi à la cour de protéger le conjoint à charge qui a consacré sa vie à élever les enfants ou à prendre soin du foyer et dont on ne peut s'attendre à ce qu'il ou elle s'adapte à la nouvelle philosophie. Bref, les nouveaux critères offrent assez de souplesse au tribunal pour qu'il puisse, face à n'importe quel type de mariage, rendre une ordonnance de soutien en tenant compte des attentes raisonnables des parties et de leurs propres réalités financières.

Modification et fin des obligations de soutien

Étant donné que les circonstances peuvent varier même après l'octroi d'une ordonnance de soutien lors d'un divorce,

les tribunaux devraient pouvoir, de façon discrétionnaire, varier ou annuler l'ordonnance originale. Cependant, nous sommes d'avis qu'il devrait y avoir un certain degré de certitude ou un caractère définitif rattaché à l'ordonnance de soutien. Les deux époux sont en droit de savoir ce que seront éventuellement leurs obligations et leurs droits pour qu'ils puissent respectivement organiser leur propre vie. Lorsque des arrangements convenables ont été faits pour le soutien de l'ex-époux au moment du divorce, il devrait y avoir preuve de changements importants de circonstances avant qu'une allocation supplémentaire ne soit accordée. Nous recommandons donc l'adoption d'une disposition légale pour que l'ordonnance de soutien périodique soit modifiée seulement s'il y a preuve que «les circonstances ont tellement changé que l'exécution de l'ordonnance première devient déraisonnable». Nous ne voulons pas que cette disposition empêche le tribunal d'exercer une discrétion générale lui permettant de dispenser du paiement des arrérages de soutien qui se sont accumulés depuis l'ordonnance du tribunal. En effet, nous suggérons que le tribunal ait expressément l'autorité d'ordonner que les arrérages soient annulés au moment où il le juge approprié. Qui plus est, nous recommandons qu'aucun pouvoir de changer ou d'annuler l'ordonnance de soutien ne soit accordé au tribunal quand il s'agit du paiement d'une somme globale. L'octroi d'une somme globale et toute ordonnance de disposition de titres de propriété devraient être définitives et ne devraient pas être sujettes à modification, sauf dans des circonstances où il y a eu abus du processus judiciaire, ou que l'ordonnance ait été rendue sans connaissance de faits qui auraient modifié de façon tangible la décision du tribunal.

Des dispositions légales devraient être adoptées pour que le soutien périodique d'un ex-époux s'éteigne avec la mort de l'une des parties, ou advenant le remariage de la partie bénéficiaire du soutien à moins que le tribunal n'en ait décidé autrement, ou encore qu'un accord volontaire et négocié ait été conclu par les parties, lequel prévoirait expressément le paiement d'une allocation après le décès ou le remariage.

Le soutien des enfants

Nous croyons que la loi doit aussi imposer des obligations aux deux parents afin de contribuer au soutien de leurs enfants. Le tribunal devrait pouvoir exiger de l'un ou des deux parents qu'ils assurent, selon leurs moyens respectifs, le soutien de leurs enfants. Nous recommandons donc qu'aucun changement des dispositions prévues par la *Loi sur le divorce* à cet égard ne soit apporté en autant qu'elles imposent une obligation aux deux parents d'assurer le bien-être financier de leurs enfants. Cependant, nous croyons qu'il serait préférable que la loi définisse les facteurs que le tribunal devrait prendre en considération lorsqu'il rend une décision relative au soutien des enfants. Nous recommandons qu'il soit imparti au tribunal de considérer les facteurs suivants:

- (i) les besoins éducatifs et financiers de l'enfant;
- (ii) l'état émotif et physique de l'enfant;
- (iii) l'éducation et le niveau de vie dont l'enfant aurait joui si le mariage n'avait pas été dissous;
- (iv) les revenus, la capacité à gagner, les biens et autres ressources financières de l'enfant; et
- (v) les ressources et besoins financiers de chacun des parents.

Compte tenu de ces facteurs, le tribunal devrait alors exercer ses pouvoirs pour remettre l'enfant, si possible, dans la même situation dont il aurait joui, s'il n'y avait pas eu divorce.

L'obligation de soutien d'un enfant, en l'absence d'une entente explicite entre les parents ou d'une ordonnance expresse du tribunal, devrait s'éteindre avec l'émancipation de l'enfant. Cependant, le décès d'un parent ne doit pas mettre fin à son obligation de soutien de l'enfant. Le tribunal devrait pouvoir, par une ordonnance appropriée, grever la succession du parent défunt au profit de l'enfant. Afin d'éviter les problèmes qui peuvent surgir de l'administration et du règlement des successions, il devrait y avoir un mécanisme permettant la présentation d'une requête par ou de la part de l'en-

fant, ou encore des représentants personnels du défunt pour vérifier les obligations de la succession. Le tribunal devrait pouvoir modifier l'ordonnance première et, lorsqu'il le juge approprié, changer le soutien périodique pour le versement d'une somme globale.

La disposition des biens

Le soutien entre époux et le soutien des enfants sont intimement liés à la répartition équitable des biens au moment du divorce. Nos lois régissant le partage des biens entre époux doivent être réformées, si l'on veut assurer une justice économique entre les époux advenant la dissolution de leur mariage.

Comme nous l'avons mentionné dans notre Document de travail sur *Les biens des époux*, chaque époux est en droit d'obtenir une juste part des biens appartenant à l'un ou à l'autre au moment du divorce ou de la rupture du mariage. Nous avons alors examiné diverses solutions pouvant faire l'objet d'une réforme du droit. Nous allons maintenant avancer certaines conclusions auxquelles nous sommes parvenus.

Il ne faut pas toujours remettre à demain ce qu'il faut faire aujourd'hui. Si le régime de la séparation de biens est retenu, nous recommandons que le tribunal saisi d'un divorce ait la discrétion de diviser et de répartir les biens sans tenir compte du titre ou de celui qui les a payés, et ceci afin de promouvoir une justice économique entre les époux en instance de divorce. Selon nous, il serait désirable que la loi définisse certains critères pour contenir l'exercice de cette discrétion judiciaire. L'article 307 du *Uniform Marriage and Divorce Act* pose des critères auxquels nous souscrivons.

[TRADUCTION] 307. (a) Lors de procédures pour la dissolution d'un mariage, ... le tribunal, sans tenir compte de l'inconduite conjugale, devra ... répartir de façon équitable les biens et les actifs des époux appartenant soit à l'un soit à l'autre, peu importe la façon et quand ils ont été acquis et que le titre soit au nom du mari ou de la femme, ou des deux. En faisant la répartition, le tribunal considérera la durée du mariage, tout mariage préalable des parties, toute entente

des parties préalable au mariage, l'âge, la santé, la condition, le travail, le montant et les sources de revenus, la compétence professionnelle, la possibilité d'emploi, les biens immeubles, les responsabilités et besoins de chacune des parties, les arrangements pour la garde, si la répartition remplace ou s'ajoute au soutien, et la possibilité pour chaque époux d'acquérir des actifs et de gagner un revenu. Le tribunal considérera aussi la contribution ou non des parties à l'acquisition, la préservation, la dépréciation, ou la plus-value des biens constituant le patrimoine respectif des époux, et . . . la contribution des époux à la cellule familiale ou à l'entretien du foyer.

(b) Lors des procédures, le tribunal peut protéger et promouvoir les meilleurs intérêts des enfants en mettant de côté, soit dans un compte particulier ou en fiducie, une partie des biens séparés ou communs des époux pour assurer l'entretien, le soutien, l'éducation et le bien-être en général des enfants mineurs, à charge, ou incapables de se suffire à eux-mêmes.

Cette formule peut être sans attrait pour le Québec qui jouit d'un régime de biens fondé sur des droits codifiés plutôt que sur la discrétion judiciaire. Cela peut aussi être inacceptable pour d'autres provinces qui envisagent l'adoption d'un régime de partage différé ou de communauté de biens. Le problème de concilier les systèmes de droit civil et de droit commun à l'adoption d'une formule fixée par la loi réglant la disposition des biens au moment du divorce a été envisagé par *The National Conference of Commissioners of Uniform State Laws* des États-Unis. Cet organisme a trouvé la solution au problème en suggérant une autre formule pour les États dotés d'un régime de communauté de biens. Ainsi un autre projet d'article 307 du *Uniform Marriage and Divorce Act* se lit comme suit:

[TRADUCTION] 307. Lors de procédures pour la dissolution du mariage, . . . le tribunal devra attribuer les biens séparés selon leur dévolution. Il partagera équitablement les biens communs, sans tenir compte de l'inconduite conjugale, après avoir considéré tous les facteurs pertinents y compris:

- (1) la contribution de chaque époux à l'acquisition des biens du mariage, y compris leur contribution à l'entretien du foyer;
- (2) la valeur des biens attribués à chaque époux;

- (3) la durée du mariage; et
- (4) la situation financière de chaque époux lors de l'entrée en vigueur du partage des biens, y compris l'opportunité d'accorder la résidence familiale ou le droit d'y habiter pour une période raisonnable à l'époux ayant la garde des enfants.

Il serait possible d'adopter ou d'adapter ces propositions pour répondre aux besoins canadiens, que l'adoption des mesures législatives se fasse au niveau fédéral ou provincial. Si cela se faisait au niveau fédéral, différents critères pourraient être incorporés à la loi, laissant aux provinces et territoires le droit de choisir les critères désirés. Nous ne voyons cependant aucune objection à ce que les provinces règlent la disposition des biens au moment du divorce. Nous croyons qu'une fragmentation des compétences législatives, selon laquelle le droit relatif aux biens est réglé par les provinces et le droit au soutien par les lois fédérales, ne pose pas de problèmes insurmontables. Ce qui importe, c'est qu'il y ait législation, qu'elle soit fédérale, provinciale, ou les deux, afin de permettre au tribunal de rendre une décision équitable et globale relativement à toutes les questions financières soulevées lors du divorce.

Certains problèmes relatifs à la possession ou à l'occupation de la résidence familiale ainsi qu'à la jouissance des effets mobiliers viennent se greffer aux problèmes du soutien et de la propriété des biens. Les tribunaux peuvent déjà accorder le droit d'occupation de la résidence familiale à l'époux qui n'est pas le détenteur du titre, mais il s'agit là d'un domaine du droit parsemé d'incertitudes et de contradictions.

Nous croyons que le tribunal de divorce devrait avoir une grande discrétion pour rendre des ordonnances relatives à l'occupation de la résidence familiale. Il devrait pouvoir dépousséder le détenteur d'un titre ou accorder une injonction pour prévenir la vente unilatérale ou le transfert de la maison ou la résiliation d'un bail. Il devrait pouvoir accorder des droits d'occupation d'une partie des lieux qui ne sont pas utilisés seulement comme résidence, mais aussi comme bureau professionnel ou d'affaires. Il devrait pouvoir ordonner à

l'époux occupant la résidence de faire des paiements périodiques d'occupation à l'autre époux. Le tribunal devrait aussi avoir le pouvoir d'imposer à l'un ou à l'autre époux l'obligation de réparer ou d'entretenir le bien, ou d'en acquitter les dettes. Nous sommes d'avis que la cour devrait exercer sa discrétion et allouer les droits de possession de la résidence familiale à une partie qui n'est pas le détenteur du titre, seulement s'il n'y a aucune possibilité adéquate d'hébergement disponible sur le champ, ou que la dépossession représenterait pour cette personne des problèmes particuliers. Toutefois, nous ne voudrions pas entraver la discrétion du tribunal d'outrépasser temporairement les intérêts du détenteur.

Le tribunal de divorce devrait aussi avoir le pouvoir de rendre des ordonnances relatives à la propriété, à l'utilisation ou à la jouissance des effets ménagers. Ceci devrait comprendre un pouvoir d'injonction pour forcer la restitution des effets ménagers à la résidence familiale ou d'en interdire la vente ou le transfert, un pouvoir de transfert de propriété ainsi qu'un pouvoir de régler les obligations et les droits financiers touchant aux effets ménagers.

Si le tribunal était doté du pouvoir d'ordonner le transfert des immeubles et des biens propres, y compris la résidence familiale et son contenu, il devrait être en droit d'imposer les termes et les conditions du transfert. Par exemple, il devrait avoir pleins pouvoirs d'imputer le paiement de l'amortissement de l'hypothèque, du loyer ou des intérêts et le paiement des assurances, taxes, réparations ou autres frais aux biens propres ou immeubles appartenant ou possédés par l'un ou l'autre des époux. On devrait prévoir, selon nous, des dispositions relatives à la propriété des biens seulement au moment de l'obtention du divorce. Cependant, une ordonnance relative au droit de possession des biens devrait être possible par voie de requête pour mesures provisoires, aussi bien que par jugement de divorce. Aucune ordonnance accordant à un époux la possession définitive de biens immeubles appartenant à l'autre ne sera rendue si des dispositions adéquates assurant le soutien et l'entretien de l'époux à charge peuvent être prises de quelque autre façon.

Refus de divorce

L'article 9(1)(f) de la *Loi sur le divorce* impose une obligation au tribunal de rejeter toute requête de divorce fondée sur l'article 4(1)(e), si le fait de prononcer le jugement demandé serait trop dur ou injuste pour l'un des conjoints ou serait préjudiciable à la conclusion des accords nécessaires pour l'entretien de l'un des conjoints. Le but premier de l'article 9(1)(f) est de protéger la sécurité financière de la partie «innocente» et dépendante ou à charge financièrement.

Il serait nécessaire, si la rupture du mariage est adoptée au Canada comme seul critère de divorce, de retenir une disposition légale semblable à celle de l'article 9(1)(f). Nous préférons cependant que le tribunal puisse surseoir au jugement plutôt que de rejeter la demande. La Commission recommande donc l'adoption d'une disposition légale selon laquelle le tribunal devrait remettre à plus tard ou suspendre le jugement de divorce jusqu'à ce que des dispositions raisonnables soient prises pour le soutien de l'époux à charge. En plus de pouvoir suspendre ou de remettre à plus tard le jugement de divorce, le tribunal devrait pouvoir accorder le divorce et fixer les mesures qu'il croit appropriées quant aux obligations et droits financiers des époux.

Quoique l'on doive tout mettre en œuvre pour assurer le bien-être économique de l'époux à charge pendant l'instance de divorce, nos lois ne devraient pas permettre de discrimination entre le riche et le pauvre, en refusant à ce dernier le droit de divorcer. Nous croyons qu'on ne doit pas refuser le divorce lorsque la situation financière des parties empêche de prendre des dispositions adéquates pour le soutien de l'époux à charge. Refuser le divorce dans de telles circonstances ne favoriserait pas la réconciliation des époux et n'empêcherait pas la formation, ni la continuation d'unions de fait.

Procédures

Nous recommandons l'utilisation de services de conciliation, de consultation et d'enquête pour résoudre de fa-

gon pratique les questions touchant aux obligations et droits financiers des époux au moment du divorce. Ces services doivent être disponibles le plus rapidement possible après l'institution des procédures de divorce si l'on veut éviter des litiges coûteux et prolongés.

Conciliation et consultation

Le divorce est habituellement une expérience traumatisante pour l'un des époux, sinon pour les deux. Elle se manifeste par l'anxiété, la culpabilité, la dépression ou la colère. Aussi, un grand nombre d'époux ne sont pas en mesure de décider de leurs obligations et droits financiers actuels et futurs. Ainsi, un époux se sentant rejeté peut laisser libre cours à sa colère ou à sa vengeance, en exigeant des mesures de soutien excessives. Ou bien un époux dans un état dépressif peut ne pas exiger des droits légitimes de soutien raisonnable afin de voir le divorce réglé une fois pour toutes et, ce, le plus rapidement possible. Un époux peut aussi consentir à payer, pour expier sa faute, une somme trop élevée de soutien, ou encore, accepter une somme trop minime. Ces situations assez fréquentes font souvent surgir la rancune même après que l'accord a été négocié; le conflit renaît entre les époux et revêt souvent la forme de litiges postérieurs au jugement de divorce.

Nous proposons que les époux aient, afin de favoriser des aménagements rationnels et financièrement raisonnables lors du divorce, l'occasion de régler leurs différends par l'intermédiaire des services de consultation à la cour ou au sein de la communauté. Les accords conclus à l'amiable par les époux, dans un contexte non-accusatoire sont ordinairement plus réalistes financièrement et plus acceptables pour chacun d'eux. Nous recommandons que le tribunal ait le pouvoir de remettre à plus tard ou d'ajourner les procédures de divorce pour un temps déterminé afin de fournir aux époux l'occasion d'avoir recours aux services de conciliation et de consultation.

Enquête

Lorsque les époux en instance de divorce en sont arrivés à un accord quant à leur droits et obligations relativement à leurs biens et au soutien, nous proposons que cet accord soit évalué par un officier de la cour par voie d'une procédure préalable au procès. Si l'officier conclut que ledit accord est raisonnable, les parties devraient avoir le droit d'incorporer cet accord dans le jugement de divorce si elles le désirent; et si l'accord s'avère déraisonnable, les époux seraient alors tenus de renégocier les termes de leur accord, avec ou sans l'aide des services de conciliation et de consultation. De plus, si cette dernière solution répugne aux époux, la question devrait être débattue devant le tribunal; un rapport indépendant serait alors soumis au juge afin de l'aider à rendre une décision éclairée.

Lorsque le soutien ou le droit aux biens sont contestés durant les procédures de divorce, le juge ou l'officier de la cour devrait pouvoir remettre à plus tard ou ajourner les procédures afin de permettre aux époux d'avoir recours aux services de conciliation et de consultation. Le tribunal devrait aussi avoir la compétence d'ordonner une enquête indépendante suivie d'un rapport de la situation financière des parties avant que toute décision quant aux biens ou au soutien ne soit rendue. Ce pouvoir ne devrait pas être utilisé de manière discriminatoire et ne devrait constituer qu'un aspect du processus visant à faire ressortir les faits. La requête de divorce devrait contenir les renseignements financiers pertinents et pourrait aussi être étayée par la déclaration sous serment de chaque époux qu'il fournit un certificat écrit confirmant son salaire ou traitement. Il devrait aussi avoir l'autorité d'obliger la Commission de l'assurance-chômage ou tout bureau ou service gouvernemental à divulguer tout renseignement pertinent. Ces renseignements peuvent non seulement aider à évaluer la situation et les besoins financiers des époux, mais aussi à retracer l'époux qui a abandonné ceux qui sont à sa charge.

Tout rapport d'enquête préparé pour le juge ou tout autre officier de la cour devrait être fourni aux époux, ceux-ci

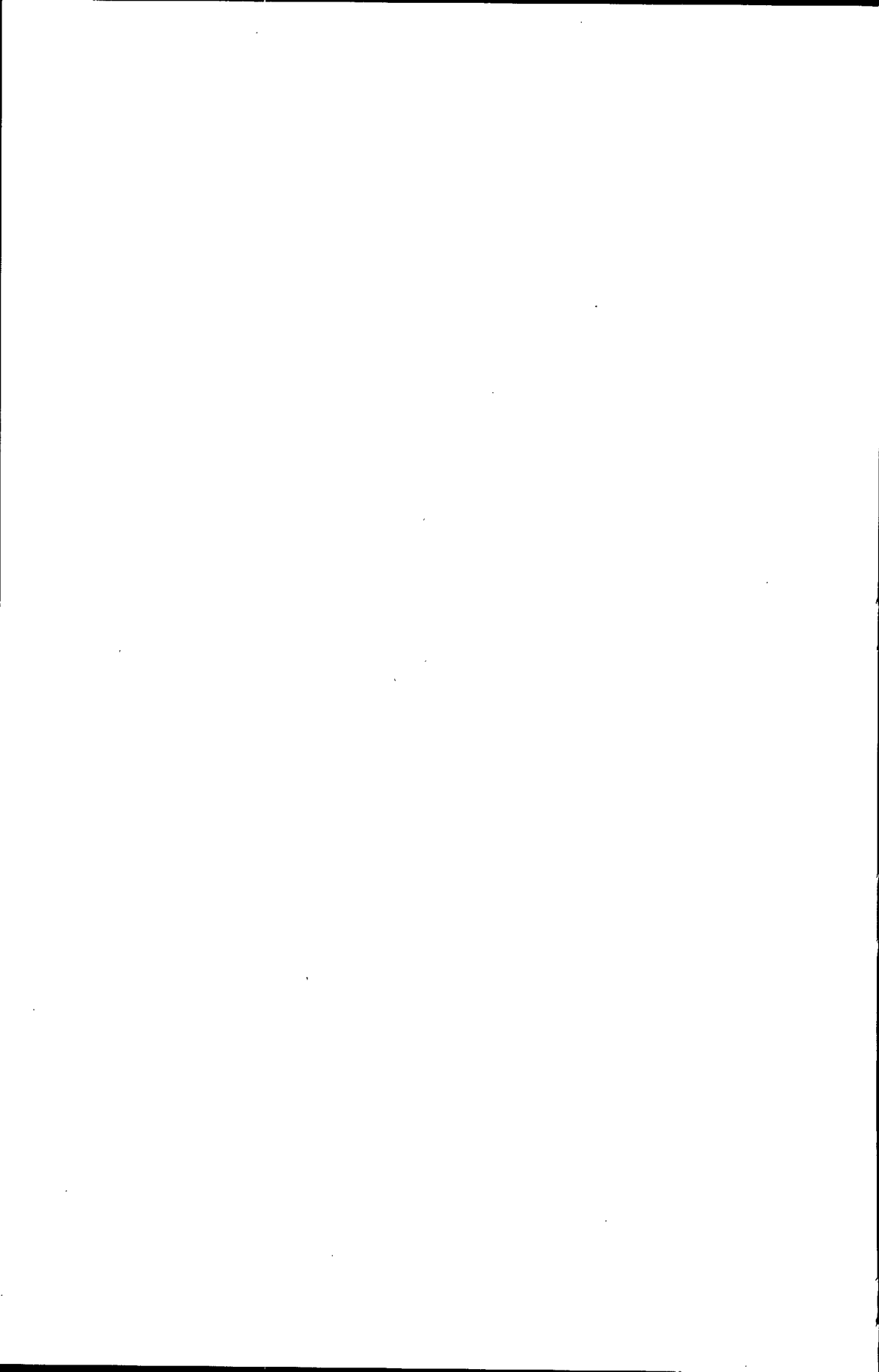
ayant le droit de contre-interroger toute personne responsable du contenu du rapport.

Les services de conciliation, de consultation et d'enquête devraient aussi être disponibles pour les litiges après divorce ayant trait à l'exécution ou à la révision des ordonnances.

Exécution

Un des problèmes les plus sérieux auquel l'époux divorcé fait face est l'incapacité de faire exécuter l'ordonnance de soutien par des procédures simples, rapides et peu coûteuses. Nous répétons la conclusion exprimée dans notre document de travail intitulé *Le tribunal de la famille*, à savoir qu'il est impératif d'établir des procédures et des services qui permettront au tribunal, par l'intermédiaire de ses officiers, de veiller à l'exécution de ses ordonnances. Les officiers de la cour devraient assumer la responsabilité de la réception et du versement des fonds, et devraient pouvoir instituer les procédures appropriées pour s'assurer que tout manquement à l'ordonnance du tribunal soit l'objet d'une justification et, le cas échéant, qu'il y soit remédié. Leurs responsabilités ne devraient pas être limitées seulement à l'exécution des ordonnances de soutien entre époux, mais aussi à l'exécution des ordonnances relatives au soutien, à la garde, à l'entretien et à l'éducation des enfants.

Nous recommandons que le tribunal ait le pouvoir, afin de mieux protéger financièrement les personnes à charge, d'ordonner le transfert automatique des salaires ou gages ou de maintenir la saisie-arrêt pour garantir le paiement de l'argent selon les termes de l'ordonnance rendue par le tribunal. Les exigences de la procédure actuelle qui font que l'on doit procéder à une saisie-arrêt chaque fois qu'il y a défaut de paiement doivent être éliminées. De plus, les fonctionnaires ne doivent pas être exemptés de ce genre de saisie. On ne doit plus négliger les droits des personnes à charge au nom de certaines lois archaïques régissant la situation juridique de la Couronne et de ses fonctionnaires.



Conclusion

Lorsqu'il y a rupture d'un mariage, tous les membres de la famille éprouvent de grands problèmes émotifs et font face à un avenir incertain. Il est peu probable que la rupture du mariage et que le divorce se fassent jamais sans heurts, mais il n'y a aucune raison pour que les lois et les procédures exacerbent ces problèmes. Le régime actuel de divorce au Canada repose sur la notion de faute. On peut le constater par les motifs de divorce et les procédures contradictoires utilisées pour régler les conflits des époux en instance de divorce. Si les problèmes de la rupture du mariage doivent être résolus de façon constructive, la réponse ne réside pas dans l'imposition de lois restrictives sur le divorce, mais plutôt dans une meilleure utilisation des services de conciliation et de consultation pour encourager la compatibilité des époux, et dans les mesures de bien-être social pour diminuer le traumatisme financier constituant une menace à la stabilité du mariage. Cependant, il faut repenser le régime et le processus de divorce afin de promouvoir une plus grande justice et de diminuer l'angoisse engendrée par la dissolution du mariage. Le tribunal saisi d'une requête en divorce ne doit plus servir de champ de bataille éventuel pour les époux et nous devons nous départir d'un régime fondé sur la notion de faute et qui provoque un échange d'accusations et de contre-accusations récriminatoires. D'abord et avant tout,

nous devons prendre les mesures nécessaires pour assurer le bien-être des enfants de parents en instance de divorce ainsi qu'un réaménagement financier juste et équitable entre les époux. Par conséquent, il faut réviser les principes juridiques touchant aux droits des parents et des enfants ainsi qu'aux droits et obligations économiques des époux. Plus important encore, des procédures innovatrices doivent être imaginées afin de favoriser le règlement constructif des questions soulevées lors d'un divorce. La mise en œuvre des recommandations contenues dans ce document de travail devrait, idéalement, être entreprise dans le cadre d'un tribunal de la famille à juridiction intégrale.

Dissentiment d'opinion de Claire Barrette-Joncas, c.r., commissaire à temps partiel

Je suis d'accord avec mes collègues quant au sort des enfants et aux ajustements économiques lors du divorce mais je ne puis les suivre sur le terrain des conditions d'obtention du divorce et de leurs recommandations.

On ne peut mettre fin au mariage de la même façon que l'on termine un autre contrat. Le mariage est la base même de la société. Et celle-ci a un intérêt tout particulier à ce que cette institution se perpétue et se renforcisse.

Si un conjoint peut obtenir un divorce sur simple requête, simplement parce qu'il ne veut plus être marié, le mariage perd toute sa signification. Les gens n'entreront plus dans le mariage en se disant que c'est pour la vie et que c'est la meilleure façon d'atteindre leur propre épanouissement et celui des enfants à naître. Ce ne sera qu'une étape. Une société qui veut survivre et qui veut des enfants émotivement sains ne peut se permettre que les citoyens aient une pauvre idée du mariage.

De plus, et les statistiques semblent le prouver, tout élargissement des lois du divorce équivaut à une augmentation considérable du nombre des divorces. Les états américains avec des lois plus libérales en matière de divorce ont une proportion de personnes divorcées et séparées de beaucoup supérieure aux états ayant des lois plus sévères.

Pour ces motifs, je ne puis souscrire en ce moment à l'élargissement des lois du divorce et, en particulier, à l'obtention unilatérale du divorce sur simple requête.