

DE L'ALIENATION D'AFFECTION: ESSAI CRITIQUE ET COMPARATIF

ADRIAN POPOVICI*

Montréal

"Le ridicule déshonore plus que le déshonneur".

La Rochefoucauld, Maxime 326
(Edition de 1678, La Pléiade)

Introduction

L'action dite "en aliénation d'affection" est bien inscrite dans les moeurs juridiques québécoises: ainsi, par exemple, la Cour Supérieure accordait en 1957, \$1,000.00 de dommages-intérêts au mari trompé.¹ En 1925, dans l'Etat américain du Vermont, un jury prononçait un verdict de \$465,000.00 dans une action *in alienation of affections*.² Les montants accordés par les tribunaux québécois dans ce genre d'action sont moins astronomiques (est-ce parce que les épouses québécoises "valent moins" que les épouses américaines?); mais cette action en responsabilité civile (article 1053, Code civil), inconnue sous cette dénomination en droit français, emprunte sa terminologie et quelques-unes de ses caractéristiques au droit américain; nos tribunaux, probablement sans le savoir, ont élaboré, sous le couvert de la théorie civiliste de la responsabilité des règles bien particulières, mais d'inspiration américaine. Cette action en dommages-intérêts pour aliénation d'affection est-elle compatible avec l'esprit du droit civil?

Ce que cette action sanctionne, en faveur du mari, c'est non seulement l'infidélité physique de la femme, mais son infidélité morale: le mari n'a pas droit seulement à la réparation du préjudice que lui a causé l'adultère de sa femme, mais aussi à la réparation du "préjudice que lui a causé le détournement de l'affection de son épouse".³ Ce genre d'action se place donc non seulement aux confins du droit civil et du *common law*, mais aux confins du droit et de la morale, ce qui rend, d'ailleurs, son étude d'autant plus intéressante que délicate.

*Adrian Popovici, Avocat au Barreau de Montréal, Professeur adjoint à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal.

¹ M. v. G., [1957] R.L. 500 (C.S.). V. aussi, pour des affaires récentes, *Chaumont v. Gagnon*, rés., [1959] B.R. 630 et *Khazzam v. Garson*, [1969] B.R. 157; *Gohier v. McNicoll*, rés., [1962] B.R. 185.

² *Woodhouse v. Woodhouse* (1925), 99 Vt 91, 130 A. 758.

³ Nadeau, A., *Traité de droit civil du Québec* (1949), t. VIII, p. 177, n. 193.

Afin de dégager l'originalité du droit québécois en cette matière, nous examinerons d'abord le droit positif tel qu'il ressort de la jurisprudence. Il nous faudra confronter ces solutions avec celles du droit français, d'une part, et celles des pays de *common law* (Grande-Bretagne, Etats-Unis, Canada anglais) d'autre part.

Une telle comparaison nous conduira à un examen critique. Y-a-t-il lieu, en raison de nouvelles conditions sociologiques ou même juridiques de réagir contre la solution du droit positif québécois?

Première Partie: Droit civil

I. *Droit Québécois.*

Introduction

L'action dite "en aliénation d'affection"—on ne voit pas comment une action peut être "en" aliénation d'affection, même si l'expression est bien ancrée dans le vocabulaire juridique québécois, il s'agit plus proprement d'une action en dommages-intérêts pour aliénation d'affection—est basée sur le principe de la responsabilité civile de l'article 1053 du Code civil.⁴

Examinons d'abord en quoi consiste la faute reprochée au défendeur. Nous verrons ensuite la nature du préjudice réparable; puis nous examinerons le sort des différents moyens de défense.

La faute

La faute reprochée au défendeur—ou à la défenderesse, car l'action peut être exercée par le mari ou par la femme,⁵ est principalement l'adultère, mais pas nécessairement.

L'adultère

Le tort principal imputé au défendeur est évidemment l'adultère, qui consiste à avoir des relations sexuelles avec une personne mariée du sexe opposé. Les premières causes rapportées parlent clairement du "séducteur" de la femme mariée.⁶

Preuve de l'adultère

Le problème qui se pose est évidemment celui de la preuve de l'adultère. Il s'agit essentiellement de la preuve d'un fait juridique. Déjà les tribunaux ont à apprécier la preuve de l'adultère en vertu des articles 187 et 188 du Code civil dans le cadre de l'action en séparation de corps: retraçons brièvement l'évolution de l'attitude sage et parfois circonstanciée des tribunaux du Québec.

Le juge Routhier, dans l'affaire *Laperrière v. Ribardy*,⁷ affirme

⁴ Cf. Nadeau, A., *op. cit.*, *ibid.*, pp. 177-181, nos 193-195; Beullac, P., La responsabilité civile dans le droit de la Province de Québec (1948), p. 219; Goldenberg, H.C., *The Law of Delicts* (1935), pp. 55-56.

⁵ *Keator v. Welch* (1938), 41 R.P. 414 (C.S., juge Surveyer).

⁶ V., par ex., *Labelle v. Pelletier* (1891), 20 R.L. 336 (C. Rév.).

⁷ (1874), 5 R.L. 742 (C.S.).

“qu'en semblable matière, tous les auteurs s'accordent à dire que la preuve doit être très forte”.⁸

Dans l'espèce, le juge a estimé que la preuve faisait défaut, “malheureusement, ou plutôt heureusement pour le demandeur puisque la perte de son procès lui rend l'honneur qu'il croyait avoir perdu”.⁹ Réflexion fort pertinente dans le premier jugement rapporté sur l'action en dommages-intérêts pour adultère.

Le jugé de la Cour d'appel dans l'affaire *St-Laurent v. Hamel*,¹⁰ semble avoir exprimé la conduite que suivront dorénavant nos tribunaux en cette matière:¹¹

La preuve de l'adultère dans une action civile par le mari contre le complice de sa femme peut se faire par témoins, comme celle des délits et quasi-délits, et par des indices et présomptions. Il n'est pas nécessaire pour établir l'existence de ce délit que les coupables aient été surpris in *ipsa turpitudine*, mais la preuve peut résulter de présomptions violentes, précises et concordantes qui ne laissent dans l'esprit aucun doute raisonnable.

L'aliénation d'affection

Mais si nos premiers arrêts tenaient à la preuve, même par présomptions, de l'adultère, pour condamner le séducteur, ce que l'on reproche à ce dernier, ce n'est pas nécessairement le délit d'adultère. Ce dernier est d'ailleurs, sinon parfois difficile, souvent pénible à prouver. Déjà en 1894, ce dont on fait grief au défendeur c'est d'avoir aliéné l'affection d'une épouse pour son mari et d'avoir causé l'abandon du domicile conjugal.¹²

Il s'agit donc là d'une faute bien distincte de l'adultère et qui consiste dans le fait d'avoir détourné une épouse de ses devoirs. Ce n'est pas seulement l'infidélité physique, mais l'infidélité *morale*, qui est prise en considération. Nos tribunaux ont à plusieurs reprises réaffirmé cette règle.¹³ Ainsi par exemple, le juge Stein en 1924 statuait que¹⁴ “le mari outragé a un recours en dommages contre l'individu simplement reconnu coupable d'avoir entretenu avec son épouse des relations scandaleuses, bien que le délit d'adultère ne soit pas légalement établi”. En 1954, dans

⁸ *Ibid.*, à la p. 744.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ (1892), 1 B.R. 438. V. aussi *Brisebois v. Klapper* (1942), 48 R.L. n.s. 452 (B.R.) v. inf. (1941), 47 R.L. n.s. 36 (C.S., juge Forest).

¹¹ V. aussi *Lefavre v. Belle* (1882), 5 L.N. 106 (C.S.) qui se réfère à des autorités anglaises, alors que le juge Blanchet, dans *St-Laurent v. Hamel*, se réfère à des autorités françaises en prenant bien soin de distinguer entre la preuve civile et la preuve pénale. Pour une affaire récente, v. *Demeule v. Gauvreau*, [1956] R.L. 408 (C.S.).

¹² *Lebeau v. Plouffe* (1894), 5 C.S. 59 (juge Doherty).

¹³ *Hart v. Shorey* (1897), 12 C.S. 84 (juge Archibald); *Keator v. Welch*, *supra*, note 5; *G. v. L.* (1941), 46 R.P. 178 (B.R.); *Langlois v. Bélanger* (1942), 48 R. de J. 453 (C.S., juge Rhéaume); *D. v. N.*, [1948] C.S. 433 (juge Campbell).

¹⁴ *Clouthier v. Bolduc* (1924), 30 R.L. n.s. 354 (C.S.).

l'affaire *V. v. H.*,¹⁵ le juge Drouin signalait que pour réussir dans une action en aliénation d'affection, il n'est pas nécessaire d'établir l'adultère du défendeur: "il suffit qu'il découle des faits que la conduite du défendeur a eu pour résultat et conséquence de faire perdre à l'épouse le sens du devoir conjugal et de désorganiser le foyer."

Une distinction doit donc être tracée entre l'action en dommages-intérêts pour adultère et l'action en aliénation d'affection, qui peut être éventuellement englobée dans la première. Ce que l'on reproche dans l'aliénation d'affection c'est de causer l'infidélité morale de l'épouse, d'avoir "ravi l'affection"¹⁶ de cette dernière.

Base de la faute

Les juges québécois se réfèrent, pour justifier leurs décisions, à l'article 1053 du Code civil. Mais peu nombreux sont ceux qui développent un raisonnement juridique à partir de cet article: la majorité se contente de s'en remettre aux précédents pour justifier leurs conclusions.¹⁷

Dans l'affaire *M. v. G.*,¹⁸ le juge Henri Drouin, après avoir invoqué l'article 1053, explique la base de la faute du complice de cette façon:¹⁹

L'épouse du demandeur avait, à l'égard de son mari, une obligation sanctionnée par la loi civile, article 173. En contrevenant à son obligation de fidélité, elle commettait une faute civile dont son complice assumait la responsabilité.

Le tiers est donc responsable comme complice d'un manquement à une obligation légale:²⁰ il est même co-auteur du délit d'adultère. L'adultère est une affaire qui se fait à deux. C'est une explication ingénieuse qui ne vaudrait pas seulement pour l'adultère si la fidélité édictée à l'article 173 n'était considérée comme exclusivement physique. Malheureusement il est fort douteux que les Codificateurs aient eu l'idée d'inclure le concept de fidélité morale dans l'article 173 du Code civil. De plus, il ne semble pas être du domaine du droit d'imposer aux épouses l'obligation d'aimer leur mari. Les mariages sans affection sont, même s'il faut le regretter,

¹⁵ [1954] R.L. 480 (C.S., juge Drouin).

¹⁶ *Cormier v. Bousquet* (1907), 9 R.P. 25, 13 R.L. 502 (C.S., juge Mathieu); *Roberge v. Sylvestre* (1915), 47 C.S. 118 (C.S., juge Robidoux).

¹⁷ Notons que les deux premiers jugements qui parlent d'aliénation d'affection—aux notes 12 et 13—sont rendus en anglais par des juges anglophones. Il est vrai que peu de jugements se réfèrent directement au *common law*; cependant, comme nous le verrons, plusieurs solutions de la jurisprudence québécoise sont identiques à celles des pays anglo-saxons. V. cependant *Corber v. Gitterman*, [1952] R.L. 309 (C.S., juge Batshaw), où la défense tente, il semble sans succès, de se baser sur la jurisprudence des autres provinces canadiennes.

¹⁸ *Supra*, note 1.

¹⁹ *Ibid.*, à la p. 502.

²⁰ Cf. *Beauregard v. Charron* (1934), 72 C.S. 45 (juge Trahan) où l'art. 1106 est invoqué.

monnaie courante. L'explication du juge Drouin est satisfaisante pour les cas d'adultère; elle rend compte pleinement de la solidarité qui peut exister entre les deux coupables.²¹ Mais il est difficile de la faire coller aux actions en dommages-intérêts pour aliénation d'affection.

Il faut peut être essayer de rationaliser autrement le problème, même s'il ne nous en faut pas beaucoup pour nous convaincre que l'adultère est une faute. Le mariage engendre en faveur des époux un certain nombre de droits et d'obligations légaux et réciproques.²² Le mari a droit, *erga omnes*, à la cohabitation, à la fidélité, au secours et à l'assistance de sa femme. Ce droit, il est de l'obligation des tiers de le respecter:²³ quiconque y porte atteinte viole cette obligation et commet une faute.

Mais cette explication est aussi incomplète. Elle est valable dans les cas d'adultère ou lorsqu'un tiers cause l'abandon du domicile conjugal. Mais qu'en est-il de l'aliénation d'affection proprement dite? Si un Don Juan assidu ou un sigisbée fait la cour à une femme mariée sans qu'il s'en suive séparation de corps ou de fait ou adultère, où est la faute? Dans le détournement platonique des sentiments de la femme vers un tiers? Cela semble bien ténu, si l'on admet que le mari n'a pas de *droit* à l'affection de sa femme.

C'est pourquoi, en raison des solutions jurisprudentielles, il nous faut affirmer au Québec l'existence d'un droit au bonheur conjugal, ou plus précisément d'un droit à l'affection du conjoint—droit légalement sanctionné par les tribunaux de la Province, gardiens de la cohésion familiale.²⁴ Il s'agit donc d'une création jurisprudentielle originale en vertu de laquelle la morale sociale prend le pas sur la stricte règle juridique. Il n'en reste pas moins curieux que le mari puisse poursuivre le tiers qui a détourné à son profit l'affection de l'épouse (en présumant qu'elle existât) et ne puisse reprocher légalement à l'épouse son manque d'affection.

Le préjudice

C'est en raison du préjudice que lui a causé la faute du défendeur que ce dernier est poursuivi par le mari bafoué. En quoi consiste ce préjudice? Essayons d'analyser systématiquement la nature des dommages accordés par nos tribunaux au demandeur

²¹ Cf. *Hampson v. Ballou* (1914), 46 C.S. 173 (juge Panneton).

²² Nous laissons volontairement de côté la controverse sur l'alternative mariage-contrat, mariage-institution.

²³ De la même façon que le droit de propriété, en quelque sorte. Certains de nos jugements considèrent d'ailleurs la femme comme la propriété de son mari: *Laperrière v. Ribardy*, *supra*, note 7, à la p. 743: "... Car la femme mariée ne s'appartient pas à elle-même, elle appartient à son mari... à la propriété duquel le tiers complice fait une injure atroce." Voir aussi *Beauregard v. Charron*, *supra*, note 20.

²⁴ Le concept de *common law* d'intérêts légalement protégés du mari—*consortium*—se rapproche de cette théorie. Cf. *infra*, note 41.

d'une action en dommages-intérêts pour adultère ou aliénation d'affection. On peut les classer en dommages moraux, dommages matériels et dommages exemplaires.

Le dommage moral

Le préjudice moral causé au demandeur peut être considéré sous deux angles différents: en tant qu'*homme* vivant en société, le demandeur aura droit à une compensation pour l'humiliation qu'il aura subie, pour l'outrage à son honneur.²⁵ En tant qu'*époux*, c'est surtout de la perte de l'affection et de la compagnie de sa femme dont il se plaindra. Il aura droit à une réparation pour le "désarroi et le désastre causés dans [ses] relations matrimoniales et familiales".²⁶

On peut se demander s'il y a une différence perceptible entre l'adultère et l'aliénation d'affection en ce qui concerne les dommages moraux: c'est surtout le préjudice subi en tant qu'*époux* que les tribunaux répareront en cas d'aliénation d'affection.

Le dommage matériel

Les arrêts rapportés s'étendent moins sur le préjudice matériel que sur le préjudice moral.²⁷ Citons cependant le jugement du juge Panneton, dans *Hampson v. Ballou*,²⁸ ce dernier accorde au mari, qui a obtenu du Parlement un *bill* de divorce en raison de l'adultère de sa femme, des dommages qui comprennent "the expense to which he has been put". Cependant, en vertu de l'article 1075 du Code civil, le juge Casgrain, dans l'affaire *Moshonas v. Banks*,²⁹ refusait "au mari qui poursuit pour aliénation d'affection . . . les dépenses faites à l'occasion de son engagement [lisez "fiançailles"] et de son mariage".³⁰

²⁵ Voir *Hampson v. Ballou*, *supra*, note 21.

²⁶ *Thompson v. Gardiner* (1925), 63 C.S. 542 (juge Mercier); v. *Brisebois v. Klapper*, *supra*, note 10.

²⁷ V. cependant *G. v. L.*, *supra*, note 13; *Perron v. Lachapelle*, [1960] C.S. 535 (juge Smith).

²⁸ *Supra*, note 21.

²⁹ [1945] R.P. 339 (C.S.).

³⁰ Nous donnons ci-dessus un extrait de la déclaration du demandeur dans l'affaire *Corber v. Gitterman*, *supra*, note 17, à la p. 317; "In the present case the Plaintiff has claimed a total of \$24,980 made up as follows:

Par. 34, legal expenses	\$2,500
Par. 35, services of a maid to look after home	1,440
Par. 36, loss of earnings	5,000
Par. 37, payments to his mother to look after children	1,040
Par. 38, general damages of . . . \$15,000 . . . detailed as follows:	
a) moral suffering	\$3,000
b) humiliation	2,000
c) blow to his honour	2,000
d) hurt to married life	3,000
e) breaking up of his home	5,000
	\$15,000"

Le demandeur eut droit par jugement à \$9,380.32.

Les dommages exemplaires

On connaît la nature des dommages "exemplaires", qui sont en principe étrangers au droit civil.³¹ Ces dommages sont accordés non pour dédommager la victime, mais pour punir le coupable; ils varient donc avec le degré de la faute. Les tribunaux québécois ont déjà accordé expressément des dommages "vindicatifs" à l'infortuné demandeur,³² mais c'est de façon détournée mais certaine qu'ils accordent des dommages exemplaires et s'érigent en gardiens de la moralité publique. Illustrons cette affirmation.

Dans l'affaire *Hart v. Shorey*,³³ le juge Archibald n'hésite pas à déclarer que "even where no precise amount of specific damages is proved, by the jurisprudence of this Province, the Court is justified in awarding substantial damages . . .". Dans l'affaire *Rochon v. Verret*,³⁴ la réconciliation des époux fut considérée comme une fin de non-recevoir,³⁵ à l'action du demandeur dont la conduite fut même qualifiée d'inqualifiable par le juge en chef Sir F. Lemieux; cependant, ce dernier, même s'il rejette l'action, estime qu'il serait néanmoins contraire à la morale que le défendeur échappât à toute condamnation et ordonne le partage des frais.³⁶ Citons enfin l'étonnant jugement dans la cause *Langlois v. Bélanger*,³⁷ où, après les considérants suivants,³⁸

Considérant . . . que le défendeur a succombé aux artifices de la femme du demandeur qui a plutôt rempli auprès du défendeur le rôle d'une marchande d'amour que celui d'une victime des charmes conquérants du défendeur.

Considérant . . . qu'il n'a pas été prouvé à la satisfaction de la Cour que le défendeur ait enlevé l'affection de la femme du demandeur ni qu'il ait porté atteinte à son bonheur conjugal. . . .

le tribunal condamne quand même le défendeur à \$100.00 de dommages!

Les moyens de défense

Le défendeur à une action en dommages-intérêts à plusieurs moyens de défense à sa disposition. Il nous faut distinguer entre les fins de non-recevoir et les moyens de défense qui ont pour effet de mitiger les dommages.

Réconciliation

La réconciliation entre époux fut déjà considérée comme une

³¹ V. Popovici, A.A., Ingérence du droit anglais dans le droit civil québécois en matière de rupture de promesse de mariage (1963), 46 *Thémis* 119.

³² *St-Laurent v. Hamel*, *supra*, note 10; *Vallerand v. Bureau* (1924), 30 R.L. n.s. 341 (C.S., juge Stein), à la p. 343.

³³ *Supra*, note 13.

³⁴ (1923), 61 C.S. 276.

³⁵ Voir *infra*.

³⁶ *Supra*, note 34, à la p. 277.

³⁷ *Supra*, note 13.

³⁸ *Ibid.*, à la p. 457.

fin de non-recevoir à l'action du mari; mais la tendance jurisprudentielle est très nettement à l'effet qu'une telle réconciliation n'est qu'un élément qui tend à réduire le montant des dommages.³⁹

A la fin du siècle dernier, la Cour de Révision⁴⁰ estime que l'action du mari qui a pardonné à son épouse infidèle aurait dû être renvoyée comme contraire à l'ordre public. Les juges Doherty, Taschereau et Loranger se réfèrent aux autorités françaises pour lesquelles la réconciliation des époux est clairement une fin de non-recevoir. Le tribunal blâme le mari de l'épouse infidèle qui lui aurait pardonné et "voudrait maintenant afficher le déshonneur de cette dernière pour se procurer de l'argent". Il doit être noté cependant que la Cour de Révision n'en confirme pas moins le dispositif du jugement du juge Mathieu pour lequel la réconciliation n'est pas une fin de non-recevoir mais un moyen de mitigation des dommages, pour le motif que seule la question du quantum des dommages (\$75.00) accordés par le juge de la Cour supérieure était porté en Révision. Deux jugements postérieurs des juges Robidoux⁴¹ et Sir F. Lemieux⁴² disposent clairement que le mari clément n'est plus recevable à se pourvoir en dommages-intérêts contre le tiers complice.

Mais telle n'est pas la solution de la majorité de la jurisprudence québécoise. Cette dernière est à l'effet que la réconciliation est un élément de mitigation des dommages ainsi qu'il apparaît dans le jugement unanime de la Cour de Révision⁴³ (juges Johnson, Gill et Loranger) à peine postérieur d'un an à l'affaire *Caron v. Guay*. Il s'agit donc d'un revirement de jurisprudence. Cette dernière est fixée à partir de 1924. Dans l'affaire *Vallerand v. Bureau*,⁴⁴ le juge Stein discute autorités françaises et québécoises et estime⁴⁵ que si l'on refuse l'action au mari en cas de réconciliation il serait à craindre "que certains maris ainsi outragés refusent de pardonner à leur femme plutôt que de voir le complice échapper à toute punition . . . car il est d'ordre public que les époux se réconcilient".⁴⁶ C'est faire peu cas de la charité chrétienne dans une société profondément catholique.

³⁹ Mayrand, A., Le pardon de l'adultère et la réconciliation des époux, *Mélanges Bernard Bissonnette* (1963), p. 369, à la p. 399.

⁴⁰ *Caron v. Guay* (1890), 18 R.L. 685, à la p. 687, contraire cependant au jugement du juge Mathieu sur ce point.

⁴¹ *Roberge v. Sylvestre*, *supra*, note 16, qui se réfère à de vieilles causes françaises.

⁴² *Rochon v. Verret*, *supra*, note 34, où cependant le juge estime néanmoins qu'il est contre la morale que le défendeur échappe à toute condamnation.

⁴³ *Labelle v. Pelletier*, *supra*, note 6.

⁴⁴ *Supra*, note 32. V. en particulier à la p. 350 les notes du juge sur le rôle des précédents en droit québécois.

⁴⁵ *Ibid.*, à la p. 349.

⁴⁶ Cf. *Cloutier v. Bolduc*, *supra*, note 14; *Thompson v. Gardiner*, *supra*, note 26; *Goulet v. Kennedy* (1932), 70 C.S. 56 (juge Ph. Demers); *D. v. N.*, *supra*, note 13; *Cloutier v. Gauthier*, [1949] R.P. 369 (C.S., juge

Autres moyens de défense

Les autres moyens de défense avancés dans les arrêts rapportés, tenant aux circonstances entourant la personne de l'épouse ou du demandeur, n'ont été pris en considération par les tribunaux que lors de leur estimation du montant des dommages. Ainsi prouver que la femme est une femme de mauvaise vie ou une femme légère,⁴⁷ tendra à diminuer sa valeur aux yeux du mari et par conséquent le montant des dommages.⁴⁸ Il en est de même si c'est la femme qui a fait les premiers pas et se révèle la séductrice.⁴⁹ La même solution s'impose aussi lorsque l'éloignement de la femme est due à la conduite indigne du mari.⁵⁰ Il est donc très difficile au défendeur d'échapper à toute condamnation.⁵¹

Le montant des dommages

Il faut noter, enfin, que les tribunaux québécois prennent en considération la position et les moyens des parties,⁵² ainsi que l'"appréciation que faisait le mari de la compagnie de son épouse avant les circonstances reprochées"⁵³ pour chiffrer le montant des dommages.⁵⁴

Mitchell); *Demeule v. Gauvreau*, *supra*, note 11. Voir surtout *M. v. G.*, *supra*, note 1, où le juge Henri Drouin fait une revue de la jurisprudence (aux pp. 504-506) pour conclure (à la p. 506): "Nous croyons aussi que la réconciliation n'est pas nécessairement un obstacle au recours du mari outragé mais comme l'ont exprimé plusieurs juges nous sommes d'avis que c'est un motif sérieux de mitigation des dommages. La réconciliation démontre certainement qu'il n'y a pas eu aliénation définitive d'affection". Est-ce si certain?

⁴⁷ *V. Rochon v. Verret*, *supra*, note 34 où la femme s'est offerte à un témoin.

⁴⁸ Cf. *Caron v. Guay*, *supra*, note 40, où la femme était connue dans le public comme de moeurs dépravées; *Vallerand v. Bureau*, *supra*, note 32; *Goulet v. Kennedy*, *supra*, note 46; *V. v. H.*, *supra*, note 15.

⁴⁹ Cf. *Lebeau v. Plouffe* (1894), 5 C.S. 59 (juge Doherty); *D. v. N.*, *supra*, note 13, où le juge invoque l'art. 1053 C. civ., "whether the defendant was the pursuer or the pursued." (à la p. 434); *Cloutier v. Gauthier*, *supra*, note 46; *M. v. G.*, *supra*, note 1; *Hampson v. Ballou*, *supra*, note 21.

⁵⁰ Cf. *Roussel v. Frappier* (1898), 4 R.L. n.s. 463, 1 R.P. 469 (C.S., juge Tait) où l'on permit au défendeur de plaider que l'une des raisons poussant la femme à abandonner le domicile conjugal était les maladies vénériennes du mari; *V. v. H.*, *supra*, note 15, à la p. 489; *Perron v. Lachapelle*, *supra*, note 27; *V.* aussi *Cormier v. Bousquet*, *supra*, note 16; *Dion v. Aubry* (1927), 31 R.P. 213 (C.S., juge Bruneau).

⁵¹ André Nadeau, *op. cit.*, note 3, p. 177, écrit pourtant que "pour retenir la responsabilité du complice, il faut la preuve qu'il a été la source de l'adultère et que dans ses manoeuvres déloyales, l'épouse serait restée fidèle; l'auteur cite le jugement non publié (note 194 a) du juge Perrier dans *Harbec v. Lebrun*, 4 mai 1948, doss. 242.849 C.S.M. Voir cependant l'affaire *Kinser v. Butarojac*, 7 juillet, 1950, doss. 250.480 C.S.M., citée par le juge Batshaw, *Corber v. Gitterman*, *supra*, note 17, à la p. 316 et l'opinion nettement contraire du juge Drouin, *M. v. G.*, *supra*, note 1, aux pp. 501-502.

⁵² *Labelle v. Pelletier*, *supra*, note 6; *Vallerand v. Bureau*, *supra*, note 32, à la p. 354; *Brisebois v. Klapper*, *supra*, note 10, à la p. 42. Et surtout *Corber v. Gitterman*, *supra*, note 17.

⁵³ *Demeule v. Gauvreau*, *supra*, note 11, à la p. 415.

⁵⁴ Le tableau suivant tente approximativement de rendre compte des

Afin de découvrir dans quelle mesure les solutions du droit québécois sont des solutions de droit civil, il convient d'examiner l'état du droit français sur la question.

II. *Droit Français.*

Introduction

Nous venons d'examiner en détails les positions du droit québécois. Avant d'en tenter une analyse critique et doctrinale, examinons les solutions du droit français. Un parallèle des deux droits ne pourra que mieux faire ressortir l'originalité du nôtre.

Il convient d'abord d'établir l'existence de l'action en dommages-intérêts pour adultère en droit français. Nous verrons ensuite que cette action présente des particularités en raison, d'un côté, de la qualification pénale de l'adultère et, d'un autre côté, de la faculté qu'ont les tribunaux d'accorder des dommages-intérêts à la suite d'un divorce ou d'une séparation de corps (articles 301 et 311 du Code civil français). Ces préliminaires établis, nous examinerons l'état du droit français sur la question, suivant la méthode que nous avons adoptée pour l'exposé du droit québécois.

Existence de l'action

En France, au siècle dernier, la question de savoir si le mari cocu pouvait intenter une action en dommages-intérêts était controversée: une partie de la doctrine repoussait un tel système. La jurisprudence, cependant, appuyée par un grand nombre d'auteurs, l'acceptait; ce qui, d'ailleurs, n'était pas une innovation par rapport à l'Ancien droit.

montants accordés au mari bafoué par les tribunaux de la Province:

<i>Date</i>	<i>demande</i>	<i>jugement</i>
1890	\$ 995	\$ 75
1891	10,000	500
1892	750	500
1894	10,000	500
1897	50,000	5,000
1914	4,050	500
1924	3,000	100
1924	1,000	25
1925	?	1,000
1932	1,999	200
1941	2,000	200
1942	3,000	100
1948	15,371	500
1952	24,980	9,380.32
1954	4,999	500
1956	10,000	1,000
1957	4,999	1,000
1960	5,000	200

Ajouter les trois décisions inédites auxquelles se réfère le juge Batshaw, dans *Corber v. Gitterman*, *supra*, note 17; *Kinser v. Butarojac*, 1950, (\$500, les parties étant des ouvriers); *Aubuchon v. Mirault*, 1948 (\$10,000, verdict de jury confirmé); *Marcoux v. Bulman*, 1935, (\$23,000, verdict de jury confirmé).

Des auteurs refusent,⁵⁵ certains avec des nuances, toute action en dommages-intérêts pour adultère par le mari contre sa femme ou son complice. Les arguments avancés sont les suivants: le patrimoine de l'époux trompé n'ayant subi aucune diminution, il ne peut y avoir de réparation pécuniaire:⁵⁶ c'est la question maintenant dépassée de la réparation du préjudice moral;⁵⁷ d'un autre côté, argumente-t-on, il est fort difficile d'évaluer les dommages subis: ce n'est sûrement pas un argument décisif; enfin, ajoutez-on, une telle action est immorale et deviendrait un instrument de chantage.⁵⁸

Mais ces arguments n'ont pas eu droit de cité devant les tribunaux français. Des arrêts de toutes les juridictions ont sanctionné le droit du mari trompé de poursuivre sa femme ou son complice en dommages-intérêts pour adultère.⁵⁹ Les auteurs ont suivi,⁶⁰ et certains n'ont pas manqué d'invoquer l'Ancien droit pour justifier la position jurisprudentielle.⁶¹ Les anciens Parlements accordaient assez généreusement des dommages-intérêts au mari.⁶² Re-

⁵⁵ V. Caille, J., De l'action en dommages-intérêts pour adultère, th., Paris (1925), p. 33 et s. Caille mentionne Carnot, Commentaire du Code pénal, t. II, p. 182; Bedel, Nouveau Traité de l'adultère, p. 106; Loustau-neau, Etude sur l'adultère en droit romain et en droit français, p. 192; Baleston, De la protection de l'intérêt moral, pp. 54-55. Certains de ces auteurs sont plus nuancés et, reconnaissant l'existence de l'action en jurisprudence, la déplorent catégoriquement. V. aussi Thierry, A., Les sanctions civiles de l'adultère, th., Paris (1912), p. 55 et s.; Répertoire général, Journal du Palais, par Ledru-Rollin, Paris (1845), t. I, vo Adultère, p. 416; Répertoire général alphabétique du droit français, par Fuzier-Herman, Paris (1887), t. II, p. 632, n. 319 et s.; Répertoire Dalloz, Paris (1846), t. III, vo Adultère, p. 363, n. 125 qui se réfère à la "pratique journalière" de l'action en Angleterre.

⁵⁶ Cf. Chambéry, 4 mai 1872, D. 73. 2. 129.

⁵⁷ V., en gén., Givord, F., La réparation du préjudice moral (1938), en particulier nos 37-38, pp. 63-67.

⁵⁸ Cf. Thierry, *op. cit.*, note 55, p. 55; Caille, *op. cit.*, note 55, p. 36.

⁵⁹ V. Demolombe, Cours de Code Napoléon, t. XXXI (1882), n. 515, pp. 447-449 qui a éprouvé "tout d'abord, une sorte de répulsion instinctive" envers ces actions; V. la jurisprudence citée par Demogue, R., Traité des obligations en général (1924), t. IV, n. 420, pp. 63-64, notes: Cass. crim., 22 septembre 1837. S. 1838. 1. 331; Carpentier & Du Saint, Répertoire général alphabétique du droit français (1887), vol. I, vo Adultère, pp. 632-633.

⁶⁰ Dorville, A., De l'intérêt moral dans les obligations, th. Paris (1901), p. 128; Sourdat, M.A., Traité général de la responsabilité, Paris (5e éd., 1902), t. I, p. 29, n. 34. Les auteurs modernes traitent de cette action en parlant des sanctions du *devoir de fidélité*: v., par ex: De Page, H., Traité élémentaire de droit civil belge (3e éd., 1962), t. I, p. 837, n. 703; Marty & Raynaud, Droit civil, t. I, vol. 2 (2e éd., 1967), n. 191, p. 213. V. aussi Brousse, A., Essai sur l'adultère en droit romain et en droit français, th., Toulouse (1869), p. 267; Faure, J.A., L'adultère en droit romain et en droit pénal français, th., Paris (1893), p. 106.

⁶¹ Montseignat, dans son Rapport au Corps législatif, signalait "la nature presque privée de ce délit". Il ajoutait que "l'adultère est moins un délit contre la société que contre l'époux qu'il blesse dans son amour propre, sa propriété, son amour". Cf. Loce, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, t. XXX, Paris (1832), à la p. 522.

⁶² Cf. Mazeaud & Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité

marquons, cependant que le mari devait poursuivre non seulement le séducteur, mais aussi sa femme infidèle, à défaut de quoi son action était rejetée.⁶³

L'adultère délit pénal

L'Ancien droit connaissait des sanctions pénales au délit d'adultère; le Code pénal actuel en fait aussi un délit.⁶⁴ Il est bon de citer *in extenso* les articles pertinents:

Art. 336.—L'adultère de la femme ne pourra être dénoncé que par le mari, cette faculté même cessera s'il est dans le cas prévu par l'article 339.

Art. 337.—La femme convaincue d'adultère subira la peine d'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus.

Art. 338.—Le complice de la femme adultère sera puni d'emprisonnement pendant le même espace de temps et, en outre, d'une amende de 100 à 2000 francs.

Les seules preuves qui pourront être admises contre le prévenu de complicité, seront, outre le flagrant délit, celles résultant de lettres ou autres pièces écrites par le prévenu.

Art. 339.—Le mari qui aura retenu une concubine dans la maison conjugale et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme, sera puni d'une amende de 100 à 2000 francs.

Il est inutile de nous attarder à l'aspect pénal de l'adultère,⁶⁵ si ce n'est pour en faire ressortir les conséquences sur l'action civile.

Le mari trompé titulaire d'un moyen assez brutal pour laisser libre cours à sa vindicte⁶⁶ peut se porter partie civile et obtenir, dans le cadre du procès pénal, des dommages-intérêts. Du point de vue psychologique et même sociologique, il est certain que le mari qui peut se porter plaignant et obtenir la prison pour ceux qui l'ont offensé, n'aura en général, pas besoin de recourir à une demande en dommages-intérêts.⁶⁷

Cependant, si le mari se porte partie civile, la preuve de l'a-

civile délictuelle et contractuelle, t. I, (5e éd., 1957), p. 381, n. 299; Répertoire de Guyot, vo Adultère; et Répertoire de Merlin, vo Adultère; Fournel, Traité de l'adultère; Thierry, *op. cit.*, note 55, p. 59; Caille, *op. cit.*, note 55, p. 25.

⁶³ Arrêt de la Tournelle, 4 juin 1625, dans Ferrière, Dictionnaire de droit et de Pratique, vo Adultère, cité par Caille, *op. cit.*, *ibid.*, p. 26; cf. Nast, Y., La répression de l'adultère chez les peuples chrétiens, th., Paris (1908), p. 73; Sieye, V., De l'adultère chez les peuples de l'antiquité, à Rome et dans la législation française, th., Paris (1875), pp. 298 et 319.

⁶⁴ Cf. Raynaud, P., La notion civile d'adultère rapprochée de sa notion pénale, Mélanges Magnol (1948), p. 353.

⁶⁵ V. le Jurisclasseur de droit pénal, vol. II, art 336.

⁶⁶ Comme le dit le Jurisclasseur pénal, n. 11, "les dispositions originaires prévues en cette matière dans le Code pénal n'ont pas été modifiées, malgré l'évolution de la civilisation et des moeurs . . ." Ce qui ne veut pas dire que l'abolition des arts 336 et s. n'a jamais été prononcée, cf. la proposition du député Paul Meunier, le 13 juillet 1906 (Rev. Trim. dr. civ., 1906, p. 947).

⁶⁷ On a même permis à la femme du complice de l'adultère de se porter partie civile dans le cadre du procès intenté par le mari cocu: Bordeaux, 14 juin 1960, J.C.P. 61, II, 12010, note très critique de De Lestrang.

dultère qu'il doit fournir contre le complice sera pour lui beaucoup plus onéreuse: l'article 338 du Code pénal est assez strict à ce sujet. L'adultère de la femme peut, lui, être prouvé par tous les moyens légaux; mais faut-il rappeler que l'adultère est un jeu qui se joue à deux? D'un autre côté, si le mari se désiste de son action contre sa femme, un tel désistement implique le désistement quant au complice. De sorte qu'en France, le pardon de l'adultère ou, plus précisément, la réconciliation des époux, est une fin de non recevoir à l'encontre de l'action du mari.⁶⁸ C'est d'ailleurs une solution parfaitement justifiable et qui n'implique pas nécessairement que, ayant pardonné à sa femme, le mari a pardonné au complice.⁶⁹

Les articles 301 et 311 du Code civil français

Nous avons vu qu'en droit québécois, les jugements rapportés ne condamnent, pour la plupart, que le complice. En France, l'époux trompé a une arme qui lui est expressément fournie par le Code civil non seulement lorsqu'il obtient le divorce, mais même la séparation de corps.⁷⁰ Le texte même des articles 301 et 311 du Code civil français sous entend, d'ailleurs, la possibilité d'intenter en action en dommages-intérêts ou autre cause semblable: "Indépendamment de toutes autres réparations dues par l'époux contre lequel le divorce a été prononcé. . . ."

Etant donné que la réconciliation des époux est une fin de non recevoir à l'action en dommages-intérêts, il est certain que l'époux offensé aura intérêt à intenter soit le divorce, soit la séparation de corps et obtenir de ce chef des dommages-intérêts en vertu des articles 301 et 311.⁷¹ Cependant ces articles ne mettent point obstacle au principe général de l'article 1382 du Code civil français.⁷² La position du droit français relativement aux dommages-intérêts susceptibles d'être dus par l'époux coupable à l'époux offensé n'est pas très claire.⁷³ Mais il semble que le conjoint

⁶⁸ Cass. Req., 1er décembre 1873. S. 1874. 1. 61; Trib. Gde inst. Seine, 6 février 1963, Gaz. Pal. 1963. 2. 36, Rev. Trim. dr. civ., 1964, p. 114; Sourdat, *op. cit.*, note 60, p. 458. V. cependant les observations d'André Tunc à la Rev. Trim. dr. civ., 1964, p. 114.

⁶⁹ *Contra Goulet v. Kennedy, supra*, note 46.

⁷⁰ Art. 301, 2e alinéa: "Indépendamment de toutes autres réparations dues par l'époux contre lequel le divorce (art. 311: "la séparation de corps") a été prononcé, les juges pourront allouer au conjoint qui a obtenu le divorce des dommages-intérêts pour le préjudice matériel ou moral à lui causé par la dissolution du mariage." En droit québécois, cependant, des sanctions civiles de l'adultère de la femme sont prévues, cf. Baudouin, L., Le marchandage juridique de l'adultère de la femme au cours de la liquidation des intérêts pécuniaires des époux en cas de séparation de corps (1961-62), 64 R. du N. 229, 293.

⁷¹ V. pour ces articles, Marty & Raynaud, *op. cit.*, note 60, p. 378, n. 325.

⁷² V. Soubrier, D., L'interdépendance des obligations réciproques d'ordre personnel et d'ordre patrimonial issues du mariage (1958), p. 61, n. 74.

⁷³ V. les commentaires de Demogue, Rev. Trim. dr. civ., 1906, p. 402;

trompé peut obtenir de son conjoint infidèle et du partenaire de ce dernier des dommages *in solido*.⁷⁴

La faute

De même qu'en droit québécois la faute peut consister dans le délit d'adultère ou, dans certains cas dans les agissements du défendeur qui correspondent plus ou moins (plutôt moins que plus) à notre aliénation d'affection. Cette dernière expression ne fait cependant pas partie du vocabulaire juridique français. Si l'action en dommages-intérêts pour adultère n'est pas portée dans le cadre du procès pénal, les règles générales de la preuve civile s'appliquent au délit civil d'adultère; il sera bien plus facile au mari d'obtenir réparation du complice.⁷⁵

Les tribunaux français ont admis l'action en dommages du mari contre un tiers lorsque la conduite compromettante de ce dernier,⁷⁶ ses relations scandaleuses avec l'épouse⁷⁷ et même le détournement de la femme de ses devoirs conjugaux⁷⁸ (autres que celui de fidélité) ont causé un préjudice au mari. Ainsi, par exemple, la Cour d'Appel de Besançon, le 14 mars 1850,⁷⁹ arrêtait que, alors même que le délit d'adultère n'était pas légalement établi, l'individu simplement reconnu coupable d'avoir entretenu avec une femme mariée des relations scandaleuses qui ont gravement compromis la réputation de celle-ci, et par suite porté préjudice à son mari, peut être condamné à des dommages-intérêts envers le mari en vertu de l'article 1382. Nous devons, pour notre part, remarquer que nos tribunaux québécois, placés dans les mêmes circonstances, n'auraient pas manqué de conclure que la preuve de l'adultère était établie; les exigences relatives à la preuve des tribunaux français sont certainement plus strictes que celles de nos tribunaux. Nous devons, cependant, ajouter qu'en France, ce genre d'action est rare et que les arrêts rapportés peuvent très facilement se compter.

Châlons-sur-Marne, 4 avril 1905, S. 1906. 2. 52; Angers, 25 janvier 1905, S. 1906.2. 49; Toulouse, 29 juin 1864, S.64.2.155. V. la note sous l'arrêt de Besançon au S. 67.2.5, cité par Dorville, *op. cit.*, note 60, p. 129: "Puisque (les époux) doivent se secourir et s'assister, à plus forte raison doivent-ils s'indemniser des préjudices qu'ils se causent."

⁷⁴ Cour de Paris, 25 mars 1955, D.S. 1955. J. 444, Rev. Trim. dr. civ., 1955, p. 659.

⁷⁵ V. la note. Cour d'Appel d'Amiens, 5 mai 1949, Gaz. Pal. 1949.2. 159.

⁷⁶ Cass. Req. 7 juin 1893, S. 1895.1.413 (ici le mari-père demandait ès-qualité la réparation du préjudice causé aux enfants). V. Trib. civ. de Châlons-sur-Marne, 31 juillet 1936, Gaz. Pal. 1936.2.701 où l'on parle d'"agissements dolosifs".

⁷⁷ Cf. note 79.

⁷⁸ V. la note sous Cass. Req. 7 juin 1893, *supra*, note 76; Aix, 7 juin 1882, S. 1883, 2. 218: le défendeur avait ici "déterminé la femme mariée à quitter avec lui le domicile conjugal"; comp. avec *Lafontaine v. Poulin* (1912), 42 C.S. 292 (juge Bruneau).

⁷⁹ S. 1851. 2. 171. L'avocat de la demande se nommait fort à propos Me Corne.

Le préjudice

De même qu'en droit québécois nous pouvons analyser le préjudice subi par le mari offensé en préjudice moral et matériel.⁸⁰

Le dommage moral subi par le mari consiste en premier lieu et surtout dans l'outrage fait à son honneur d'homme,⁸¹ on peut y ajouter l'humiliation et le chagrin.⁸² Mais les tribunaux français ne semblent pas accorder au mari d'indemnisation pour la perte de l'affection de sa femme.

D'autre part, à côté du préjudice moral, il peut exister un préjudice matériel: le mari, par exemple, a pu voir sa situation matérielle ruinée parce qu'il a dû vendre son fonds de commerce et s'engager comme employé chez autrui.⁸³ Rappelons que depuis les additions aux articles 301 et 311 du Code civil dont nous avons parlé plus haut, l'époux trompé n'a plus besoin de recourir à l'article 1382 du Code civil pour se faire indemniser du préjudice découlant *directement* du divorce ou de la séparation de corps.

Les dommages punitifs ou exemplaires sont, nous le savons, étrangers au droit civil français. Le tribunal d'Aix nous le rappelle d'ailleurs formellement dans le jugement de 7 juin 1882, en statuant que l'indemnité pécuniaire ne peut être la punition d'une faute commise, quelle qu'en soit la gravité.⁸⁴ Cependant la position sociale des parties sera prise en considération par les tribunaux. L'arrêt déjà cité de la Cour d'Appel de Besançon contient même l'attendu inattendu suivant: "Attendu que le montant des dommages-intérêts doit être fixé non pas seulement en raison du préjudice causé, mais aussi de la fortune des parties. . ."⁸⁵ Ajoutons enfin que les tribunaux français sont très modérés dans leur appréciation du montant des dommages.⁸⁶

Conclusions

S'il y a adultère, les ressemblances entre les deux droits ne doivent pas nous étonner. D'une façon ou d'une autre, dans tous les pays, l'adultère est sanctionné par le droit. Beaucoup de systèmes juridiques en font un délit pénal et acceptent donc a fortiori une action civile en dommages-intérêts.⁸⁷ D'autre part

⁸⁰ Cf. Châlons-sur-Marne, 31 juillet 1936, *supra*, note 76; Aix, 7 juin 1882, *supra*, note 78. Cf. Thierry, *op. cit.*, note 55, p. 69.

⁸¹ Trib. de Dinant (Belgique), 11 octobre 1934, S. 1936. 4.4.

⁸² Cour d'Appel d'Amiens 5 mai 1949, Gaz. Pal. 1949.2.159, reproduit dans Mazeaud & Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. II (2e éd., 1962), p. 355; Mazeaud reproche au tribunal d'avoir réparé le chagrin ressenti par le mari alors que celui-ci demandait la réparation de l'atteinte portée à son honneur. Notons, en passant la modération du tribunal dans son octroi des dommages.

⁸³ Trib. civ. de Châlons-sur-Marne, 31 juillet 1936, *supra*, note 76.

⁸⁴ Cf. note 78, *supra*.

⁸⁵ Cf. note 79.

⁸⁶ Cf. Marty & Raynaud, *op. cit.*, note 60, p. 214; Thierry, *op. cit.*, note 55, pp. 70-71, qui, voudrait, cependant, pour sa part, appliquer la théorie des "exemplary damages".

⁸⁷ Ainsi, si l'action en dommages-intérêts pour adultère ne semble pas

l'action civile est fort justifiable si le délit pénal n'existe pas.⁸⁸

Mais les différences entre les deux systèmes se décèlent dans la mise en oeuvre de l'action: notre droit québécois est, à cet égard, beaucoup plus proche *du common law* que du droit français (en particulier en ce qui concerne la preuve de l'adultère, le sort des défenses possibles et les chefs de dommages). En droit français, l'accent est mis sur l'injure à l'honneur de l'homme; en droit québécois, c'est plutôt le dommage causé à l'époux qui prime.

Une telle différence apparaît clairement dans l'action en dommages-intérêts pour des agissements "fautifs" qui ne constituent pas l'adultère. Les tribunaux québécois octroient des dommages pour le détournement de l'affection d'un époux, ce qui nous porte à suggérer que les conjoints ont un droit à l'affection, une sorte de droit au bonheur conjugal, sanctionné juridiquement. C'est le dommage moral causé par la perte de cette affection qui est réparé. Le droit français, qui reconnaît assez largement l'intérêt d'affection⁸⁹ n'a jamais abordé la question sous cet angle. C'est surtout le préjudice moral de l'injure à l'honneur dont il se préoccupe. Il faut avouer, d'autre part qu'en droit français, ce genre d'action est rarissime. En raison de la sanction pénale de l'adultère et de la possibilité de divorcer, certainement. De plus les moeurs semblent réprover ce genre d'action. Comme l'écrivait un auteur:⁹⁰

Sans doute cela tient-il pour partie à l'évolution de la morale et à l'influence des chroniqueurs judiciaires qui ridiculisent cruellement le plaignant—il s'agit en général du mari—à l'occasion de semblables affaires. Mais cela tient surtout à ce que le divorce est venu apporter aux fautes conjugales une sanction plus radicale, qui dépasse même parfois son but. La prononciation du divorce aux torts et griefs de l'époux coupable, telle est la réparation première, et la plus adéquate, qu'obtient l'époux outragé, accompagné, le cas échéant d'une pension alimentaire.

La jurisprudence française ne nous est donc que d'une utilité bien limitée; c'est vers le *common law* qu'il faudra nous tourner pour éclairer les solutions québécoises.

L'étude détaillée de ces dernières nous conduit à invoquer une idée qui revient sporadiquement sous la plume d'auteurs français

exister en Allemagne: Richard-Prassinos, M., *Le divorce et la séparation de corps en droit comparé et en droit international privé* (1928), pp. 55-56, elle est courante en Suisse: v. art. 28 C. civ. et art. 49 C. des obligations, et les observations de M. Oftinger sur des jugements du Tribunal fédéral à *Rev. Trim. dr. civ.*, 1954, p. 393 et 1959, p. 401. Cf. Code pénal italien, art. 559; Code pénal suisse, art. 214. V. en droits étrangers, Caille, *op. cit.*, note 55, p. 141 et s.

⁸⁸ L'action civile peut-elle, par ses effets, remplacer l'action pénale? La réprobation de l'adultère, depuis au-delà la loi des XII Tables exige-t-elle une sanction pénale?

⁸⁹ Cf. Mazeaud & Tunc, *op. cit.*, note 62, p. 397 et s., n. 320 et s. et les références.

⁹⁰ Givord, *op. cit.*, note 57, p. 64.

dans le cadre de la responsabilité civile: l'idée de peine privée.⁹¹

Dans l'action en dommages-intérêts du mari trompé, il faut qualifier la faute du défendeur de délit, par opposition à quasi-délit.⁹² L'intention coupable⁹³ du séducteur de la femme mariée est patente. L'ignorance non fautive de l'état de femme mariée de sa victime devrait fournir au séducteur une bonne défense;⁹⁴ un tel cas ne semble malheureusement pas s'être présenté devant nos tribunaux.

Il est vrai que la différence pratique entre le délit et le quasi-délit est minime; les législations modernes parlent uniformément d'acte illicite.⁹⁵ On peut relever la différence pour ce qui concerne l'effet des clauses de non-responsabilité. Mais ce qui semble acquis, c'est que, malgré le principe de la réparation intégrale du préjudice subi quel que soit le degré de la faute,⁹⁶ les tribunaux tiendront compte de facto de ce degré dans leur octroi des dommages.⁹⁷ Dans le cas qui nous occupe, on peut même se demander si le rôle des tribunaux québécois n'est pas plutôt répressif que compensateur. Cette tendance est d'autant plus nette que l'adultère, comme le rappelait récemment un juge de la Cour des sessions de la Paix,⁹⁸ n'est pas au Québec un délit pénal et que le divorce y était jusqu'à la très récente loi fédérale⁹⁹ très difficile à obtenir.

C'est bien leur appréciation de la gravité de la faute qui guide les tribunaux québécois dans leur appréciation du préjudice.¹⁰⁰ Leur octroi de dommages "exemplaires" sous le couvert de dommages moraux, leur attitude réprobatrice en témoignent éloquemment. Le sort des moyens de défense est un argument sup-

⁹¹ V. en général, Ripert, G., *La règle morale dans les obligations civiles* (4e éd., 1949), p. 336 et s., n. 177 et s.; Hugueney, L., *L'idée de peine privée en droit contemporain*, th., Dijon (1904), et *Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XXe siècle*, *Etudes Ripert* (1950), t. II, p. 249; surtout Starck, B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée* (1947); comp. Pound, R., *Individual Interests in the Domestic Relations* (1915-16), 14 *Mich. L. Rev.* 177. Ajoutons que le principe de la peine privée est rejeté par la grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence françaises.

⁹² V. cependant *Hampson v. Ballou*, *supra*, note 21, à la p. 174 et *M. v. G.*, *supra*, note 1, à la p. 502 qui parlent de "quasi-délit".

⁹³ Quelle qu'en soit la définition, cf. *Mazeaud & Tunc*, *op. cit.*, note 62, pp. 469, et s., n. 408 et s.

⁹⁴ Pas en *common law*, cependant, comme nous le verrons.

⁹⁵ Cf. Deliyannis, J., *La notion d'acte illicite* (1952).

⁹⁶ Cf. *Mazeaud & Tunc*, *op. cit.*, note 62, p. 506, n. 2373 et *passim*.

⁹⁷ Ripert, *op. cit.*, note 91, n. 179, p. 342; Starck, B., *op. cit.*, note 91, p. 398 et s. et p. 423.

⁹⁸ *La reine v. X.*, [1969] R.L. 65 (juge Jean-Paul Bérubé); v. cependant au Nouveau-Brunswick, *R. v. Foster* (1934), 62 C.C.C. 263; R.S.N.B., 1854, c. 145, s. 3.

⁹⁹ S.C., 1968, c. 24. L'art. 185 du C. civ. a été modifié par l'Assemblée Nationale du Québec.

¹⁰⁰ Certains jugements québécois tiennent expressément compte de la gravité de la faute: *Brisebois v. Klapper*, *supra*, note 10; *Demeule v. Gauvreau*, *supra*, note 11.

plémentaire. Ce n'est pas parce que le dommage est moindre que la réconciliation, la réputation de la femme ou son rôle de séduction mitigent les dommages, mais parce que le défendeur, moins blâmable, est coupable d'une faute plus légère.

Il nous semble donc qu'au Québec, c'est bien l'idée de peine privée qui préside à l'action en dommages-intérêts du mari bafoué. Le texte suivant de Starck y trouve sa pleine justification:¹⁰¹

La peine privée n'est pas une survivance, un fantôme du passé, mais l'une des forces vives de la responsabilité civile.

Est-ce vraiment souhaitable?

Deuxième Partie: Le common law

Introduction

Il convient maintenant d'étudier les solutions du *common law*, non seulement en raison de l'intérêt intrinsèque de toute étude de droit comparé, mais surtout en raison de la position certainement plus qu'hybride du droit québécois en la matière. Si un juriste français peut rester perplexe devant la terminologie "action en aliénation d'affection", un juriste américain se sentira, lui, en eaux connues. Dans quelle mesure le droit québécois a-t-il pu être influencé par le droit américain et de quelle manière? Une étude du *common law* tel qu'il existe en Grande Bretagne, au Canada et aux Etats-Unis s'avère plus qu'utile. Comme toujours, pour l'analyse de tout point particulier en *common law*, des préliminaires historiques s'imposent.¹⁰²

Préliminaires historiques

En *common law*,¹⁰³ la femme était considérée comme la propriété du mari qui avait sur elle les mêmes droits que sur un serviteur. Le mari pouvait poursuivre celui qui transgressait ses droits sur les "services" de son épouse ou de son serviteur. Le mari ayant droit particulièrement à la fidélité de son épouse, un *trespass* (originellement) était commis par le tiers adultère. Le *common law*, cependant n'accordait pas le même droit à la femme qui n'avait aucun recours pour être indemnisée de l'infidélité de son mari.

En effet, la femme était considérée comme une inférieure, presque une chose; si le mari avait un droit de propriété sur les "services" de sa femme, cette dernière n'avait aucun droit de propriété sur les services de son mari; de plus, pour que la femme puisse intenter une action, selon le *common law* traditionnel, il fallait

¹⁰¹ *Op. cit.*, note 1, p. 359.

¹⁰² V. L'étude détaillée de Brett, P., Consortium and Servitium—A History and Some Proposals (1955-56), 29 Aust. L.J. 321, 389, 428.

¹⁰³ Cf. Pollock's, Law of Torts (15e éd., 1951), p. 167; Gerard, A., Les "Torts" ou délits civils en droit anglais, Laval (France) (1910), p. 68; American and English Encyclopaedia of Law (2e éd., 1898), vo *Criminal Conversation*, p. 261, vol. VIII.

que le mari consentît et fût partie à la demande; enfin, en admettant que la femme mariée pût obtenir des dommages, ceux-ci devenaient automatiquement la propriété du mari.

Le *common law* relatif au statut de la femme mariée a évidemment évolué. Mais les torts contre le mari ont survécu soit dans leur forme originale, soit transformés par la législation. Le *common law* accordait au mari l'action *in criminal conversation* contre le complice de l'adultère de sa femme, l'action *in harbouring* contre celui qui hébergeait une femme mariée contre la volonté du mari, l'action *in enticement* contre celui qui détournait une femme mariée de son devoir de cohabitation. Qu'en est-il de ces actions de nos jours?

Notons tout de suite que l'action en *criminal conversation* a été législativement abolie en Grande-Bretagne¹⁰⁴ et remplacée par une action en dommages intentée devant la Cour de Divorce; mais les modalités de cette action sont sensiblement les mêmes que celles de l'action en *criminal conversation*.

D'un autre côté, doctrine et jurisprudence ont tenté de cerner et de retoucher la notion de *consortium* que nous pouvons provisoirement définir comme l'agrégat d'intérêts maritaux ou conjugaux légalement protégés.¹⁰⁵ La perte de la totalité ou d'une partie (ou plutôt même d'un élément) du *consortium* justifie l'action en dommages. Les tribunaux américains ont créé une nouvelle action dite *in alienation of affections* qui vient sanctionner la violation par un tiers du droit qu'un époux détient à l'affection de son conjoint.

L'étude de l'action en aliénation d'affection¹⁰⁶ sera précédée de celles des actions en *criminal conversation* et *enticement*.

I. *Criminal Conversation.*

Action en dommages pour adultère

Criminal conversation veut dire adultère. Mais ces mots ne sont employés que dans un contexte "délictuel": l'adultère en tant que *tort* est qualifié du doux nom de *criminal conversation*.¹⁰⁷ Le mari trompé a une action en dommages contre le tiers complice,¹⁰⁸ du chef même de l'adultère, qu'il doit prouver selon les

¹⁰⁴ Matrimonial Causes Act, 1857, 20-21 Vict., c. 85, ss 59 & 33.

¹⁰⁵ Nous retrouvons en français dans l'expression "prince consort" la même origine étymologique que le mot *consortium*.

¹⁰⁶ Le mot "affection" est au pluriel en langue anglaise. De toutes façons nous préférons en français l'expression "détournement d'affection".

¹⁰⁷ Cf. *Kungl v. Schiefer* (1960), 25 D.L.R. (2d) 344 (Ont. C.A.), à la p. 345 (Schroeder J.A.): "Criminal conversation in its broad comprehensive sense is synonymous with the term 'adultery', but in actions of this character it signifies adultery in the aspect of a tort, and the right violated by the tortfeasor is the husband's prerogative to exclusive sexual intercourse with his wife which the law grants as a necessary consequence of the marriage relation."

¹⁰⁸ En anglais *co-respondent* ou, beaucoup plus poétiquement, *paramour*.

règles civiles de la prépondérance de la preuve.¹⁰⁹ Quelles sont les modalités d'une telle action? Et, tout d'abord, qui en est le titulaire?

Titulaire du droit d'action

En Grande-Bretagne, il semble clair qu'un tel droit d'action est nié à la femme. Il en était ainsi en vertu du *common law* d'avant 1857;¹¹⁰ il en est ainsi même maintenant en vertu du droit statutaire.¹¹¹ Le droit d'action est cependant accordé également à la femme en Australie,¹¹² ainsi que dans la plupart des Etats américains (dans lesquels le droit d'action n'a pas été aboli).¹¹³ Les provinces canadiennes anglaises sont, elles, fidèles à la solution de leur mère patrie, soit parce que c'est le *common law* qui régit les conditions de l'action, comme en Ontario,¹¹⁴ Nouveau-Brunswick,

¹⁰⁹ La preuve par présomptions suffit. Cf. *Corpus Juris Secundum*, vol. 42 (vo *Husband and Wife*), par. 701, p. 358; Power, W.K., *The Law and Practice Relating to Divorce and other Matrimonial Causes in Canada*, Calgary (2e éd., par Payne, J.D., 1964), p. 321.

¹¹⁰ Cf. *Butterworth v. Butterworth*, [1920] P. 126, à la p. 132.

¹¹¹ *Matrimonial Causes Act*, 1965, c. 72, s. 41: "(1) A husband may, on a petition for divorce or for judicial separation or for damages only, claim damages from any person on the ground of adultery with the wife of the petitioner. (2) A claim for damages on the ground of adultery shall, subject to the provisions of any enactment relating to trial by jury in the court, be tried on the same principles and in the same manner as actions for criminal conversation were tried immediately before the commencement of the *Matrimonial Causes Act*, 1857, and the provisions of this Act with reference to the bearing and decision of petitions shall so far as may be necessary apply to the bearing and decision of petitions on which damages are claimed. (3) The court may direct in what manner the damages recovered on any such petition are to be paid or applied, and may direct the whole or any part of the damages to be settled for the benefit of the children, if any, of the marriage, or as provision for the maintenance of the wife."

¹¹² Cf. Fleming, J.G., *The Law of Torts* (3e éd., 1965), p. 619; Australian *Divorce Law and Practice* par Toose, P., Watson, R., Benjafield, D., (1968), n. 526 et s., pp. 353 et s.; *Matrimonial Causes Act 1959-1966*, s. 44. Même solution en Nouvelle-Zélande où la femme a le droit d'actions en vertu du *Matrimonial Proceedings Act*, 1963, s. 36; cf. Sim's, *Divorce Law and Practice in New Zealand* (7e éd., 1965), pp. 124 et s.

¹¹³ Ce droit existe soit en vertu de lois spéciales, soit en vertu d'une interprétation libérale des *Married Women's Acts*: cf. Prosser, W.L., *Handbook on the Law of Torts* (2e éd., 1955), p. 691; 42 C.J.S., p. 352, par. 698; Lippman, J., *The Breakdown of Consortium* (1930), 30 Col. L. Rev. 651, à la p. 669; Holbrook, E., *The Change in the Meaning of Consortium* (1923-24), 22 Mich. L. Rev. 1.

¹¹⁴ Cf. les jugements du juge Lennox dans *Séguin v. Laperrière* (1924), 25 O.W.N. 607 et du juge en chef McRuer dans *Franyton v. Whiteman*, [1954] 1 D.L.R. 337 à la p. 347: "If in 1792 the law of England was that, a husband and wife being one person, a wife was unable to consent to adultery with her paramour while the consent of the husband to his adultery was a bar to her action, it must still be the law of Ontario. Notwithstanding all that has been said in American jurisprudence, I do not think modern progress can alter the physical difference between a husband and a wife. . . . The cause of action for criminal conversation has in its history and in its elements those things that are so different in an action brought by a wife that no amount of judicial reasoning can reconcile them." *V. Criminal Conversation* (1942), 12 *Fortnightly L.J.* 71.

Nouvelle-Ecosse ou même Ile du Prince-Edouard, soit parce que les lois statutaires des autres provinces, comme la Colombie britannique,¹¹⁵ l'Alberta,¹¹⁶ le Manitoba¹¹⁷ et la Saskatchewan¹¹⁸ n'ont fait que copier le statut anglais.¹¹⁹ Le poids de la tradition du *common law* semble ici bien lourd.

Preuve

Pour réussir une action *in criminal conversation* la preuve de l'adultère est nécessaire et, en admettant bien entendu que le mariage soit prouvé, suffisante.¹²⁰ Strictement parlant, le tiers complice sera considéré comme responsable, même s'il ignorait l'état de sa partenaire.¹²¹

Si la preuve de l'adultère seul est suffisante au point de dispenser de toute preuve de dommages spécifiques,¹²² la perte de la compagnie des services et de l'affection de l'épouse peut être établie pour augmenter le montant des dommages.¹²³

Les dommages

Les tribunaux anglo-saxons s'inspirent d'un certain nombre de règles relativement à l'octroi des dommages, qu'il convient maintenant d'examiner.¹²⁴ Une différence essentielle sépare les tri-

¹¹⁵ Divorce and Matrimonial Causes Act, R.S. B.C., 1960, c. 118, s. 18.

¹¹⁶ Domestic Relations Act, R.S.A., 1955, c. 89, s. 14.

¹¹⁷ Queen's Bench Act, R.S.M., 1954, c. 52, s. 52.

¹¹⁸ Queen's Bench Act, R.S.S., 1965, c. 73, s. 40.

¹¹⁹ Pour le droit canadien, voir Power, *op. cit.*, note 109, p. 318.

¹²⁰ Cartwright, H.L., *The Law and Practice of Divorce in Canada* (3e éd., 1962), p. 113.

¹²¹ C'est encore une réminiscence historique, cf. le jugement du juge McCardie dans *Butterworth v. Butterworth*, *supra*, note 110, à la p. 150. Cependant une telle circonstance influera, sur le montant des dommages, cf. Rayden, *On Divorce* (10e éd., 1967), p. 690, n. 19; Mayne & McGregor, *On Damages* (12e éd., 1961), p. 769, n. 918. En ces conditions, le plus petit montant possible de dommages sera accordé, étant donné qu'une femme mariée qui se fait passer pour célibataire pour les fins d'adultère peut être considérée comme "sans valeur": *Butterworth v. Butterworth*, *ibid.*, p. 153. V. Fetzer, E.C., *Is it Proper to Join a Claim for Damages for Criminal Conversation in an Action for Divorce; And if it is, What Are the Principles Applicable* (1935), 7 *Can. Bar Rev.* 463, à la p. 468. Un civiliste espiegle verrait peut-être dans cette anomalie (où est la faute?) une application particulière de la théorie du risque; cf. Prosser, *op. cit.*, note 113, p. 687: "adultery . . . cannot be law-ful and harmless in itself, so that the defendant must take the risk that the woman is married."

¹²² Cf. *Fediuk v. Lastiwka*, [1959] S.C.R. 268 (action provenant de l'Alberta); v. aussi *Thibideau v. Longmire*, [1960] 20 D.L.R. (2d) 763 (N.E.), où l'action était prise, cependant en aliénation d'affection et *harbouring*. Mayne & McGregor, *op. cit.*, note 121, disent que la Cour peut refuser d'accorder des dommages si aucune perte n'est prouvée (n. 909, p. 764), mais l'adultère est lui-même un dommage: le droit fondamental d'avoir des relations sexuelles exclusives est violé; cf. 42 C.J.S. p. 352, par. 697.

¹²³ Cf. *Kungl v. Schiefer*, [1962] S.C.R. 443, mod. l'arrêt de la Cour d'appel, *supra*, note 107, à la p. 453.

¹²⁴ Pour le droit américain, v. particulièrement McCormick, *Handbook on the Law of Damages* (1935), p. 407 et s., par 112; Harper & James, *The Law of Torts* (1956), vol. 1, pp. 613-614.

bunaux de la Grande-Bretagne et du Canada des tribunaux américains: les dommages sont essentiellement compensateurs pour les premiers;¹²⁵ ils peuvent être punitifs (*exemplary*) pour les seconds.¹²⁶ Cependant il est certain que sous le couvert d'une indemnité compensatrice, les tribunaux peuvent accorder et accordent les dommages punitifs: cela transparait assez clairement de l'importance qu'ils accordent aux circonstances entourant l'acte d'une part et des montants accordés d'autre part.

La décision anglaise *Butterworth v. Butterworth*¹²⁷ fait autorité en la matière. Le juge McCardie y décrit en ces termes les deux principaux chefs d'octroi des dommages:¹²⁸

They are these: first, the actual value of the wife to the husband; secondly, the proper compensation to the husband for the injury to his feelings, the blow to this marital honour and the serious hurt to his matrimonial and family life.

Donc, d'un côté, le préjudice, matériel ou moral, de la perte de l'épouse;¹²⁹ d'un autre côté le préjudice moral du mari trompé: outrage, injure, humiliation. Le premier chef découle du fait que la femme a quitté son mari; c'est plutôt le second qui est la conséquence de l'acte d'adultère lui-même.¹³⁰ Cependant, en vertu du

¹²⁵ Depuis 1834, il semble: *Butterworth v. Butterworth*, *supra*, note 110, à la p. 139; *Scott v. Scott*, [1957] P. 1, en particulier à la p. 5; *Pritchard v. Pritchard*, [1967] P. 195; Rayden, *op. cit.*, note 121, p. 691, n. 20; Mayne & McGregor, *op. cit.*, note 121, n. 922, p. 774 trouvant assez anormal que les dommages ne soient que compensatoires, "since adultery, with its coutumelious disregard of the plaintiff's rights, presents the features which usually attract exemplary damages." V. aussi Power, *op. cit.*, note 109, p. 323; *Mowder v. Roy*, [1946] 2 D.L.R. 427 (Ont. C.A.).

¹²⁶ En 1898, on pouvait lire dans l'*American and English Encyclopaedia of Law*, *op. cit.*, note 103, p. 266: "The commission of an act of adultery is to be considered as an invasion of conjugal rather than property rights and the damages which may be recovered for the injury are exemplary rather than compensatory." Cf. O.K.M., Comment on Recent cases (1918), 6 Cal. L. Rev. 379, à la p. 381; Brown, R.C., The Action for Alienation of Affections (1933-34), 82 U. of Pa L. Rev. 472, à la p. 501; Milner, A., Injuries to Consortium in Modern Anglo-American Law (1958), 7. Int. & Comp. L.Q. 417, à la p. 427; 42 C.J.S., p. 364, par. 706 ("malice is presumed"). Une telle solution n'existe évidemment que dans les Etats où sont admis les dommages exemplaires à la suite d'un tort. Dans le cas d'adultère, il y a une présomption de malice. En sorte que la fortune du défendeur pourra être prise en considération dans l'évaluation des dommages. Il faut une somme d'argent d'autant plus grande qu'un homme est riche, pour le punir. Il ne faut pas oublier que c'est très souvent un jury, aux Etats-Unis, qui évalue le montant des dommages.

¹²⁷ *Supra*, note 110.

¹²⁸ *Ibid.*, à la p. 142.

¹²⁹ *Affaire Butterworth*, *ibid.*, à la p. 142: "The value of the wife . . . has two aspects—namely, the pecuniary aspect, and the consortium aspect. The pecuniary aspect (which is generally the least important) depends on the wife's fortune . . . her assistance in the husband's business . . . her capacity as a housekeeper and her ability generally in the home. . . . The consortium aspect is broader and depends on the wife's purity, moral character and affection, and her general qualities as a wife and mother"; *Haynes v. Haynes*, [1926] 4 D.L.R. 473.

¹³⁰ Cf. Mayne & McGregor, *op. cit.*, note 121, p. 766, n. 914.

droit anglais, au moins, le mari ne peut agir en justice pour dommages que si sa femme l'a quitté; si il n'y a pas cette séparation de fait et donc encore cohabitation, il y a présomption de réconciliation (*condonation*); la réconciliation est un obstacle à l'action du mari.¹³¹

Telle n'est pas la solution du droit américain,¹³² ni du droit canadien (sauf la province d'Alberta)¹³³ où la réconciliation des époux n'est pas une fin de non recevoir (*a bar to the action*). Mais c'est un élément qui rentrera en ligne de compte pour mitiger les dommages.

Moyens de défense et de mitigation des dommages

La plupart des défenses possibles du séducteur sont d'ailleurs rejetées en tant que défenses, mais n'en seront pas moins prises en considération comme éléments de fait par le juge ou le jury pour établir le montant des dommages. C'est une appréciation du préjudice *in concreto*, poussée à l'extrême.

Ainsi, si le défendeur prouve que les époux étaient déjà séparés¹³⁴ et qu'il n'existait plus entre eux aucune affection¹³⁵ (en raison des mauvais traitements du mari, par exemple), le montant des dommages sera diminué en conséquence. Il en sera de même si le défendeur prouve que sa complice était une femme de mauvaise vie,¹³⁶ qui a même fait les premiers pas. On peut dire que la conduite générale des trois parties au triangle sera prise en considération.¹³⁷ Le but est pour le défendeur de faire diminuer le

¹³¹ C'est une des seules différences dans les caractéristiques de l'action en *criminal conversation* que la modification statutaire de 1857 a créée; v. *Bernstein v. Bernstein*, [1892] P. 375; Rayden, *op. cit.*, note 121, p. 694, n. 25.

¹³² Cf. Prosser, *op. cit.*, note 113, p. 688; Harper & James, *op. cit.*, note 124, p. 614; v. aussi Brown, *op. cit.*, note 126, à la p. 474.

¹³³ Cf. Power, *op. cit.*, note 109, pp. 319-320; *Kungl v. Schiefer*, *supra* note 107, à la p. 350. *Winfrey v. Cluie* (1921), 57 D.L.R. 706. La s. 15 du Domestic Relations Act de l'Alberta se lit comme suit (italiques notres): "(1) The Court shall dismiss any such action if it finds that (a) the plaintiff during the marriage has been accessory to or has connived at the adultery of his wife, (b) the plaintiff has condoned the adultery complained of, or (c) the action has been presented or prosecuted in collusion with the wife. (2) The Court may dismiss any such action if it finds that the plaintiff has been guilty of (a) adultery during marriage, (b) unreasonable delay in presenting or prosecuting the action, (c) cruelty towards his wife, (d) desertion or wilful separation from his wife before the adultery complained of and without reasonable excuse, or (e) wilful neglect or misconduct that has conduced to the adultery." *Supra*, note 116.

¹³⁴ Cf. *Thibideau v. Longmire*, *supra*, note 122; *Mowder v. Roy*, *supra*, note 125, à la p. 440; *Evans v. Evans*, [1899] P. 195 (C.A.).

¹³⁵ C'est d'ailleurs la conséquence de la règle selon laquelle l'aliénation d'affection est susceptible d'augmenter le montant des dommages.

¹³⁶ Cf. Rayden, *op. cit.*, note 121, p. 693, n. 23; Harper & James, *op. cit.*, note 124; McCormick, *op. cit.*, note 124.

¹³⁷ Cf. les affaires *Butterworth v. Butterworth* et *Mowder v. Roy* déjà citées, notes 110 et 125. Cf. Mayne & McGregor, *op. cit.*, note 121, pp. 766 et s., n. 915 et s.; *Scott v. Scott*, *supra*, note 125; Evans, R.R., *The*

montant des dommages en attaquant soit la "valeur" de l'épouse, soit la réalité de l'outrage subi par le mari.

En Grande Bretagne,¹³⁸ et au Canada,¹³⁹ les dommages sont compensateurs. Il en résulte que la preuve de la position financière du tiers complice ne doit, en principe pas être acceptée par les tribunaux.¹⁴⁰ Le même argument s'applique-t-il à la position sociale?¹⁴¹

Aux Etats-Unis, cependant, dans les juridictions où les dommages exemplaires sont admis, une telle preuve est possible. La "malice", l'intention délictuelle, est présumée. Ainsi la fortune du défendeur peut être prise en considération dans l'estimation du montant des dommages—pour punir un séducteur il faut le condamner à un montant d'autant plus élevé qu'il est riche.¹⁴²

Notons enfin que les montants de dommages accordés dans ces juridictions de *common law* sont assez élevés atteignant souvent quatre chiffres et parfois, aux Etats-Unis surtout, cinq ou même six.¹⁴³

II. *Enticement.*

Action en dommage pour détournement

L'*enticement* peut être décrit comme le détournement d'une femme mariée (ou même d'un homme marié, comme nous le verrons) de ses devoirs conjugaux, en particulier celui de cohabitation. Comme l'écrit Street,¹⁴⁴ celui qui persuade une femme mariée de se séparer de son mari, ou même de ne pas revenir à ce dernier après s'en être séparée, est responsable à l'égard du mari des dommages que ce dernier aura subi en conséquence.

L'origine de cette règle se trouve dans l'affaire *Winsmore v.*

Law and Practice Relating to Divorce and Other Matrimonial Causes (1923), pp. 191 et 182.

¹³⁸ V. particulièrement, outre l'affaire *Butterworth*, *supra*, note 110, *Pritchard v. Pritchard*, *supra*, note 125; Cf. Rayden, *op. cit.*, note 121, p. 691, n. 20.

¹³⁹ Cf. Power, *op. cit.*, note 109, p. 323.

¹⁴⁰ Sauf pour déterminer dans quelle mesure la fortune du défendeur a contribué à la séduction de la femme: *Butterworth v. Butterworth*, *supra*, note 110, à la p. 147. S'il faut une fortune pour séduire une femme, on en conclura que la séduction a été difficile et que la valeur de la femme est plus grande.

¹⁴¹ Cf. *Scott v. Scott*, *supra*, note 125; *Pritchard v. Pritchard*, *supra*, note 125, per Diplock L.J.; "I find it impossible to accept that, in these egalitarian and materialistic days, the feelings and pride of a reasonable man are more affronted if his wife commits adultery with an opulent baronet rather than with an impoverished dustman, with a young Adonis rather than an elderly Caliban. The lower the material and physical attractions of his supplanter, the more wounding the comparison, and the greater the blow to his own self-esteem."

¹⁴² Cf. 42 C.J.S., p. 364, par. 706.

¹⁴³ Cf. McCormick, *op. cit.*, note 124, pp. 407 et s., par. 112.

¹⁴⁴ The Law of Torts (1955), p. 409. Cf. Salmond, On the Law of Torts (11e ed., 1953), p. 417.

Greenback:¹⁴⁵ il fut accordé L 3,000 au mari pour la perte totale du secours et de la compagnie de sa femme, sans qu'aucune preuve d'adultère ne soit nécessaire. Un tel tort fut en quelque sorte mis en veilleuse jusqu'au XXe siècle.¹⁴⁶ Le délit consiste à persuader délibérément la femme mariée à quitter son époux.¹⁴⁷ La preuve de l'adultère seul est donc insuffisante: il faut qu'il y ait cessation de cohabitation *causée* par le défendeur.¹⁴⁸

Titulaire du droit d'action

A la différence de l'action en *criminal conversation*, il est reconnu à la femme le même droit d'action que pour son époux.¹⁴⁹ C'est même un moyen indirect pour la femme d'obtenir des dommages pour l'adultère de son mari (l'adultère est un élément qui augmentera le montant des dommages octroyés pour *enticement*). Ce droit de la femme ne s'est dégagé que péniblement à partir de certains *obiter dicta* pour être définitivement consacré au XXe siècle en Grande Bretagne,¹⁵⁰ alors que les Etats américains l'ont reconnu beaucoup plus facilement. Cependant il semble qu'en Australie,¹⁵¹ ainsi qu'en Alberta¹⁵² et peut-être en Ontario,¹⁵³ le

¹⁴⁵ (1745) Willes 577. Cf. Windfield *On Tort* (7e éd., 1963), p. 648.

¹⁴⁶ Cf. Mayne & McGregor, *op. cit.*, note 121, p. 775, n. 924: il semble que l'action est réapparue en 1904, avec *Smith v. Kaye* (1904), 20 T.L.R. 261, en Grande-Bretagne.

¹⁴⁷ L'intention délictueuse du défendeur est un élément important. De plus, il faut que ce soit bien le défendeur qui ait détourné la femme de son devoir de cohabitation (causalité). Cf. *Guilbault v. St-Onge*, [1946] 2 W.W.R. 607 (B.C.), juge McFarlane. Nous laissons de côté l'action en *harbouring* qui consiste à héberger une femme mariée sans le consentement du mari ou sans justification légale; cf. *Philip v. Squire* (1791) Peake 114; l'action semble assez désuète en droit anglais, cf. *Winchester v. Fleming*, [1958] 1 Q.B. 259. V. à ce sujet Milner, *op. cit.*, note 126, aux pp. 417-420. V. aussi la s. 33 du Domestic Relations Act d'Alberta: "A husband also has a right of action against a person who, without lawful excuse, knowingly receives, harbours and detains his wife against the will of the husband." *Supra*, note 116.

¹⁴⁸ Cf. *Menon v. Menon*, [1936] P. 200; *Place v. Searle*, [1932] 2 K.B. 497; *Mitchell v. Jolly* (1960), 25 D.L.R. (2d) 18 (Ont. C.A.), per Laidlaw J.A., à la p. 20): "However, it is important and necessary to make plain that in an action of enticement the plaintiff cannot succeed unless it is proved that the defendant induced one spouse to cease from cohabiting and consorting with the other . . . I may add that the act of enticement, procuring or persuasion must be of a positive character. Mere acquiescence or approval of the defendant to a cessation of cohabitation and consortium of a wife or husband is not sufficient proof to support a case of enticement." Cf. Cartwright, *op. cit.*, note 120, pp. 113-114. V. aussi *Bannister v. Thompson* (1915), 20 D.L.R. 512 (Ont.).

¹⁴⁹ *Gray v. Gee* (1923), 39 T.L.R. 429; cf. Windfield, *op. cit.*, note 145, p. 650; Lush, M., *The Law of Husband and Wife* (3e éd., 1910), p. 14.

¹⁵⁰ Cf. Clerk & Lindsell, *On Torts* (12e éd., 1961), p. 357, n. 684; Mayne & McGregor, *op. cit.*, note 121, p. 775, n. 924.

¹⁵¹ Cf. Fleming, J.G., *op. cit.*, note 112, pp. 617-618. V. aussi Cohen, Z., *Domestic Relations—Actions for Loss of Consortium* (1951), 25 Aust. L.J. 390 et (1952), 26 Aust. L.J. 358.

¹⁵² S. 32. du Domestic Relations Act: "A person who, without lawful excuse, knowingly and wilfully persuades or procures a woman to leave her

¹⁵³ V. page suivante.

titulaire du droit d'action en dommages pour *enticement* reste le mari.

Dommages

Le dommage consiste en la perte du *consortium*. Quand la femme quitte son mari, ce dernier est privé de l'amour, de l'affection, de l'assistance, du secours, de l'aide que son épouse lui procurait ou *aurait pu lui procurer*. Le calcul du montant des dommages se fait selon les mêmes critères que pour l'action *in criminal conversation*.¹⁵⁴

Notion de tiers responsable

Le séducteur est-il le seul défendeur possible dans une telle action? Si l'on en croit le jugement de Lord Denning dans la fameuse affaire *Gottlieb v. Gleiser*,¹⁵⁵ le mari abandonné ne pourrait poursuivre ses beaux parents pour l'*enticement* de son épouse. Le Lord Justice estime que:¹⁵⁶

The rights and wrongs of these matters are outside the realm of law altogether. They come under the realm of the domestic relations of the family, which they must work out themselves.

De toutes façons le savant juge estime que ce genre d'action est certainement désuet et qu'il s'agit d'une survivance des temps où l'épouse était considérée comme la propriété du mari.¹⁵⁷ Il constate, d'autre part l'existence d'actions "in alienation of affections" aux Etats-Unis et estime que "we know no such action in this country, nor is it to be desired".¹⁵⁸

Les tribunaux américains ont, en effet, élaboré et qualifié le concept d'action en aliénation d'affection, depuis environ un siècle de façon autonome. Il est faux d'écrire ainsi que l'a fait un éminent juriste anglais que l'aliénation d'affection est l'"American term for enticement".¹⁵⁹ Il n'y a plus aux Etats-Unis d'action en husband against the will of her husband, whereby the husband is deprived of the society and comfort of his wife, is liable to an action for damages by the husband." *Supra*, note 116.

¹⁵³ *Supra*, note 116. Can a Wife Sue for Alienation of Affections? (1939), 8 Fortnightly L.J. 182. V. cependant l'affaire *Applebaum v. Gilchrist*, [1946] 4 D.L.R. 383 et *Franipton v. Whiteman*, [1954] 1 D.L.R. 337 qui permettent à la femme d'agir en justice pour *enticement*.

¹⁵⁴ Cf. *supra*, note 28. V. Mayne & McGregor, *op. cit.*, note 121; Power, *op. cit.*, note 109, p. 329; *Jakeman v. Jakeman*, [1964] P. 420; *Fediuk v. Lastiwka*, *supra*, note 122.

¹⁵⁵ [1957] 3 All E.R. 715 (Q.B.D.). Aux Etats-Unis, cependant, de nombreux jugements condamnent les beaux parents pour *enticement*: le cas *Woodhouse v. Woodhouse* cité dans notre note 2 en est un. V. Harper & James, *op. cit.*, note 124, par. 8. 4, p. 617. Les droits anglais et américains sont donc très nettement divergents sur ce point. Comp. avec *Lafontaine v. Poulin* (1912), 42 C.S. 292.

¹⁵⁶ *Ibid.*, à la p. 717.

¹⁵⁷ *Ibid.*, à la p. 716.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ Williams, G., *Some Reforms in the Law of Torts* (1961), 24 Mod. L. Rev. 101, à la p. 110. Notons que cet auteur (ainsi que le Law Reform Committee, cf. Windfield, *op. cit.*, note 145, p. 648, n. 1) semble prôner l'abolition de ce genre d'action, v. p. 107 et s.

dommages pour *enticement* qui ne soit doublé d'action en aliénation d'affection. Ce dernier concept est même venu couvrir et absorber la notion d'*enticement* et même de *criminal conversation*.¹⁶⁰ Comme l'écrivit Prosser.¹⁶¹

There is now a decided tendency to confuse the three, or to lump them together, usually under the general name of "alienation of affections", without any attempt to distinguish the possible elements of the tort.

Il nous reste donc à étudier, de façon séparée l'action *in alienation of affections*.

III. Alienation of Affections.

Existence et nature de l'action

L'action en aliénation d'affection est née sur le territoire américain et même plus précisément dans le territoire de l'Etat de New York il y a plus d'un siècle.¹⁶¹

Son champ d'action est beaucoup plus large que celui de la *criminal conversation* ou de l'*enticement*. Elle tend à sanctionner toute immixtion délibérée dans les relations conjugales des époux de la part d'un tiers,^{161A} sans qu'il y ait nécessairement adultère¹⁶² ou cessation de cohabitation.¹⁶³ Plus précisément, il s'agit de réparer les dommages causés des détournements de l'affection que peut avoir un époux pour l'autre, cette affection étant considérée comme un des éléments essentiels du *consortium*.¹⁶⁴

Il faut qu'il y ait une intervention *active* de la part du défendeur, en d'autres termes, et cela est évident, il faut que le défendeur soit la cause du délit.¹⁶⁵ D'un autre côté, l'intention délictueuse, la "malice" doit être prouvée: le défendeur doit avoir agi volontairement et délibérément (ce qui implique qu'il doit connaître l'existence du mariage).

Le résultat du délit est la perte du *consortium* ou d'un de ses éléments (affection, compagnie, secours et assistance de l'autre époux). Un auteur trouve d'ailleurs l'appellation *alienation of*

¹⁶⁰ Cf. Milner, *op. cit.*, note 126, à la p. 420 qui parle de "all embracing action for alienation of affections".

¹⁶¹ *Op. cit.*, note 113, p. 686.

^{161A} Prosser, *op. cit.*, *ibid.*, p. 685, note 51; *Heermance v. James* (1866), 47 Barb., N.Y., 120.

¹⁶² Prosser, *op. cit.*, *ibid.*, p. 685 et p. 686: "The gist of the Tort is thus an interference with the wife's mental attitude toward the husband"; 42 C.J.S. p. 320, par. 668: "A physical debauchement of plaintiff spouse generally is not a necessary element. . . ."

¹⁶³ Cf. 42 C.J.S. p. 320, par. 667; Prosser, *op. cit.*, *ibid.*, p. 686. Pour le droit américain en général, v. le Restatement of the Law of Torts (1938), vol. III, sections 683-692, p. 467 et s.

¹⁶⁴ Le *consortium* peut être décrit comme "a bundle of legal rights to the alliterative trio of the services, society and sexual intercourse of the wife", Prosser, *op. cit.*, *ibid.*, p. 683.

¹⁶⁵ Milner, *op. cit.*, note 126, à la p. 423: ". . . not only the interference must be active, it must also be malicious, in the sense of wilfully and deliberately doing the wrongful act." La simple négligence ne suffit pas; cf. Prosser, *op. cit.*, *ibid.*, p. 687.

affections impropre et préférerait la qualifier de *deliberate interference with consortium*.¹⁶⁶

Exercice de l'action

Ce droit d'action est généralement reconnu autant à la femme qu'au mari.¹⁶⁷ De plus, l'action peut être intentée à l'encontre de toute personne: l'affection n'a pas d'implication sexuelle et, outre l'amant ou le sigisbée, les beaux-parents ou autres parents, ou même des étrangers sont susceptibles d'être tenus pour responsables, s'il est prouvé qu'ils ont agi avec "malice", avec des motifs répréhensibles.¹⁶⁸ Le critère reste celui de l'intention délictueuse qui sera cependant fort difficile à prouver chez des parents; aussi les tribunaux jugeront avec beaucoup de circonspection les actions intentées contre ces derniers.¹⁶⁹

Moyens de défense

Divers moyens de défense sont possibles, les uns radicaux, les autres tendant seulement à la réduction du montant des dommages. Le premier moyen de défense qui vient à l'esprit est d'invoquer le manque d'affection entre les époux. Les tribunaux, considérant que l'affection entre époux est présumée, n'ont pas accepté partout ce moyen de défense. Les tribunaux des différents Etats sont loin d'être unanimes sur l'efficacité de ce moyen de défense, mais il n'en reste pas moins que c'est parfois une bonne défense d'invoquer cette carence d'affection (dont le défendeur ne serait évidemment pas la cause) entre les époux.¹⁷⁰

Même un divorce ultérieur du demandeur¹⁷¹ n'est pas une fin de non recevoir à son action, pas plus que le pardon ou la réconciliation des époux.¹⁷² Il est évident cependant qu'un défendeur qui serait complètement étranger à l'aliénation d'affection (causée par la mauvaise conduite du demandeur, par exemple) aurait une bonne défense, mais ce n'est là qu'une application logique du principe que nous avons exposé et de toute responsabilité civile.

¹⁶⁶ Milner, *op. cit.*, *ibid.*, à la p. 421.

¹⁶⁷ 42 C.J.S. p. 316, par. 661.

¹⁶⁸ Cf. 42 C.J.S., par. 680 (Persons Liable) et par. 681 (Persons Advising Spouse in Good Faith), pp. 324-325.

¹⁶⁹ Milner, *op. cit.*, note 126, à la p. 428. Il est reconnu aux parents un privilège spécial en raison de leur intérêt particulier dans le bien-être de leur enfant. La bonne foi est en quelque sorte présumée. V. le Restatement of the Law of Torts, *supra*, note 163, par. 686, p. 479.

¹⁷⁰ V. Milner, *op. cit.*, *ibid.*, aux pp. 421-422; Prosser, *op. cit.*, note 113, p. 688.

¹⁷¹ Divorce même suivi de remariage: *Mohn v. Tingley* (1923), 217 P. 733 (Californie), verdict de \$100.00 maintenu. V. général, 42 C.J.S. p. 323, par. 675.

¹⁷² La règle est ainsi exprimée par le Restatement of the Law of Torts, *supra*, note 163, par. 688: "The condonation or forgiveness by the husband of conduct of his wife which constitutes cause for divorce does not bar his recovery for invasions by another of any of his legally protected marital interests."

Enfin, ajoutons que la mauvaise réputation de la femme n'est pas une bonne défense, mais influera évidemment sur le montant des dommages.¹⁷³

Ces règles sont assez raisonnables si l'on se rappelle que le délit d'aliénation d'affection est intentionnel et délibéré; le défendeur a agi en connaissance de cause du mariage.

Dommmages

Ce qui a été dit pour la *criminal conversation* s'applique *mutatis mutandis* à l'action en aliénation d'affection, quant à la question des dommages. Outre l'injure aux sentiments du mari, c'est surtout la perte de *consortium* et simplement d'un des éléments du *consortium*, comme l'affection¹⁷⁴ qu'il s'agit de réparer. Les dommages punitifs sont en général assez courants aux Etats-Unis pour ce genre d'action.¹⁷⁵

Louisiane

Cet aspect pénal et répressif¹⁷⁶ de l'action en aliénation d'affection, qui se traduit par l'octroi de dommages exemplaires, est un des motifs principaux qui ont conduit la Cour Suprême de Louisiane à rejeter ce genre d'action dans l'affaire *Moulin v. Monteleone*¹⁷⁷ en 1927. Particulièrement intéressant pour nous est le droit de la Louisiane,¹⁷⁸ cet Etat civiliste noyé dans l'océan du *common law*.¹⁷⁹

Abstraction faite des arguments historiques assez douteux,¹⁸⁰ le tribunal louisianais, par l'entremise du juge en chef O'Niell base sa décision sur les motifs suivants: la carence du droit positif de Louisiane sur le sujet, l'absence de droit d'action *ex delicto* contre une personne qui convainc une des parties à un contrat (le mariage étant considéré comme un contrat civil) à violer ce contrat, l'inopportunité sociale d'accueillir une telle action. C'est peut-être ce dernier argument qui en a plus de poids.

¹⁷³ Cf. 42 C.J.S., p. 349, par. 694.

¹⁷⁴ Milner, *op. cit.*, note 126, à la p. 427: "The law requires there be some objective signs that the interference has had some effect. . . ."

¹⁷⁵ Cf. McCormick, *op. cit.*, note 124, par. 112, p. 407; 42 C.J.S., p. 350, par. 695.

¹⁷⁶ Cf. Lippman, J., *op. cit.*, note 113, à la p. 657.

¹⁷⁷ (1927), 115 So 447.

¹⁷⁸ La base du droit civil de Louisiane reste le Code. La divergence entre ce droit et celui du Québec en ce qui concerne l'aliénation d'affection est donc assez frappante.

¹⁷⁹ Pour le droit écossais, v. Walton, R.P., *A Handbook of Husband and Wife According to the Law of Scotland* (3e éd., 1951), p. 282 et Walker, D. M., *The Law of Damages in Scotland* (1955), p.568 et s. Pour le droit d'Afrique du Sud, v. Hahlo, H.R., *The South African Law of Husband and Wife* (1953), p. 318 et s.; McKerron, R.G., *The Law of Delict* (5e éd., 1959), p. 147 et s.; *Brumer v. Joubert*, [1966] 3 S.A.L.R. 334. Ces droits ne semblent pas connaître l'action en aliénation d'affection.

¹⁸⁰ Cf. O'Neal, F.H., *Alienation of Affections* (1938-39), 1 Louisiana L. Rev. 204, qui commente en détails l'affaire *Moulin v. Monteleone*, *supra*, note 177.

Le juge ajoute à la fin:¹⁸¹

The best way to suppress such conduct as is described in the plaintiff's action would be by means of a penal statute condemning both of the *particeps criminis*. A law that would allow compensation in money for such a wrong would be revolting to a majority of men and might tend more to encourage blackmail than to protect the home.

Tendance à la suppression de l'action

C'est ce genre de considération qui a incité les législateurs de certains Etats Américains à supprimer purement et simplement le droit d'action dans les cas d'aliénation d'affection.¹⁸²

Canada

La proximité géographique explique l'infiltration de l'action en aliénation d'affection au Canada. Plusieurs jugements la consacraient dans les provinces canadiennes anglaises.¹⁸³

Mais une décision claire et définitive de la Cour Suprême, *Kungl v. Schiefer*,¹⁸⁴ est venue mettre un frein à cette tendance. Il n'y a donc pas d'action en aliénation d'affection autonome, l'aliénation d'affection étant cependant un élément important de dommage dans une action en *criminal conversation* ou en *enticement*. Sans avoir besoin de recourir à des arguments d'ordre social ou moral, le juge Cartwright s'exprime en ces termes:¹⁸⁵

Under s. 1 of The Property and Civil Rights Act, now R.S.O. 1960 c. 310, it is provided that in all matters of controversy relative to property and civil rights resort shall be had to the laws of England as they stood on the 15th day of October 1792 except so far as they have been altered by legislation having the force of law in Ontario. It is not suggested that there is any legislation in force in Ontario bearing upon the matter.

In 1792, the action for damages for criminal conversation and the action for damages for enticement were well known and both were introduced into Ontario as part of the common law of England. In my opinion, there was in 1792 no case in the books and no case has since

¹⁸¹ *Supra*, note 177, à la p. 456. V. O'Neal, *op. cit.*, *ibid.*, p. 210.

¹⁸² Cette tendance législative semble avoir été initiée par un membre féminin de la législature de l'Etat d'Indiana: v. Feinsinger, N.P., Legislative Attack on "Heart Balm" (1934-35), 33 Mich. L. Rev. 979. Une quinzaine d'Etats (dont ceux de New York, Californie et Floride) ont ainsi légiféré par des lois abolissant les trois genres d'actions que nous avons traités, ainsi même que l'action en dommages pour rupture de promesse de mariage; cf. Milner, *op. cit.*, note 126 à la p. 436; Prosser, *op. cit.*, note 113, p. 697: "... it is notorious that [such actions] have afforded a fertile field for blackmail and extortion by means of manufactured suits in which the threat of publicity is used to force a settlement"; certains Etats ont même édicté des pénalités contre ceux qui essaient d'intenter de telles actions, mais l'inconstitutionnalité de certaines de ces lois a été parfois mise en cause: 42 C.J.S., p. 315, par. 660. V. aussi Bohlen, F.H., Fifty Years of Torts (1936-37), 50 Harv. L. Rev. 725, 1225, particulièrement aux pp. 1246-1247.

¹⁸³ *Mowder v. Roy*, *supra*, note 125; *Mitchell v. Jolly*, *supra*, note 148; *Ballard v. Money* (1920), 52 D.L.R. 371.

¹⁸⁴ *Supra*, note 129; cf. Fetzer, *op. cit.*, p. 467.

¹⁸⁵ *Ibid.*, aux pp. 448 et 453.

that date been decided in England holding that a husband is entitled to damages on proof of the fact that he has lost the affection of his wife by reason of the conduct of the defendant unless that conduct was such as would support an action for criminal conversation or an action for enticement or was itself tortious as, for example, if the defendant's conduct which resulted in the plaintiff's loss of his wife's affection was the publication of a libel concerning the plaintiff.

I have reached the conclusion that in the case at bar on the findings of the jury the plaintiff has established his cause of action for damages for criminal conversation, that he has not a separate cause of action for alienation of his wife's affections but that such alienation in so far as it has been established is the result of the criminal conversation and is one of the matters to be taken into consideration in assessing the damages.

Que dirait la Cour Suprême sur appel d'une action en aliénation d'affection venant du Québec?

Conclusion

Le *common law* américain a évolué d'une façon beaucoup plus audacieuse et spectaculaire que celui de sa mère partie.¹⁸⁶ Il peut même être caractérisé par une tendance générale à l'excès. A côté des actions traditionnelles en *criminal conversation* et en *enticement*, a été élaborée cette action en *alienation of affections* qui est venue les englober.¹⁸⁷ C'est évidemment la première manifestation et la plus éclatante de cette tendance à l'excès.¹⁸⁸

Les conditions d'exercice de ces actions débordent du cadre tracé par le *common law* anglais. Excessifs aussi les chiffres des dommages accordés par les tribunaux américains à titre de compensation ou de dommages exemplaires. Enfin, et c'est une autre manifestation de cette tendance à l'excès, la réaction a été aussi audacieuse que brutale: non seulement certaines législations ont supprimé purement et simplement ce genre d'action, mais d'aucunes ont même qualifié de délit pénal l'exercice de ces actions.

¹⁸⁶ Sur le point particulier que nous étudions, on peut en dire autant du droit civil québécois par rapport au droit français.

¹⁸⁷ On a essayé d'expliquer cette "évolution" du droit américain, par l'importance humaine et économique de la femme aux Etats-Unis. V. à ce sujet Milner, *op. cit.*, note 126, p. 434.

¹⁸⁸ Certains tribunaux américains ont même émis des injonctions ordonnant au défendeur de cesser la fréquentation de l'épouse du demandeur. Cf. Bennett, D.E., *Injunctive Protection of Personal Interest—A Factual Approach* (1938-39), 1 Louisiana L. Rev. 665, aux pp. 669-673; Prosser, *op. cit.*, note 113, p. 690; comp. *Lafontaine v. Poulin*, *supra*, note 155, dont nous donnons le jugé: "Le recours d'une action est ouvert, en faveur du mari contre les père et mère de sa femme, qui la recueillent et l'hébergent chez eux, l'encourageant à manquer au devoir de cohabitation, pour recouvrer les dommages-intérêts qu'il en souffre. Le tribunal prononçant sur cette demande, peut enjoindre aux défendeurs de renvoyer leur fille à son mari, sous un délai qu'il fixe, et ajourner, jusqu'après son expiration, l'adjudication des dommages." Le jugement du juge Bruneau mérite lecture. Comp. aussi avec Trib. civ. Castelsarrasin, 8 avril 1864, D. 1864, 3. 46 et Toulouse, 29 juin 1864, D. 1864. 2. 174, S. 1864. 2. 155 (astreintes) cités par Marty & Raynaud, *op. cit.*, note 60, p. 214.

Si les juridictions américaines ne se sont pas senties très liées par le poids de la tradition et des précédents, il n'en est pas ainsi de la part des tribunaux anglais. On peut se demander cependant si leur respect pour les précédents n'est pas une preuve voulue de sagesse, plutôt qu'une attitude respectueuse envers l'autorité du passé: il nous semble que cet égard envers la tradition n'est qu'un prétexte pour limiter le droit d'action du conjoint. Certains jugements laissent d'ailleurs assez clairement transparaître cette attitude.¹⁸⁹ La Cour Suprême du Canada est, de son côté, retournée ostensiblement aux sources pour mettre fin à l'action en aliénation d'affection.¹⁹⁰ C'est bien subtil.

Une survivance anachronique prenant racine dans l'ancien *common law* ne suffit probablement pas pour justifier les recours que possède le conjoint injurié en *common law*. Une construction jurisprudentielle intéressante est venue cimenter l'autorité du précédent: il s'agit du concept de *consortium* qui est venu remplacer celui de propriété. La notion de *consortium* en droit anglo-américain est à la fois assez précisée et assez floue. Très étendue en droit américain pour englober affection, amour, fidélité, réconfort, secours, aide, assistance, compagnie, cohabitation, relations sexuelles exclusives,¹⁹¹ elle est beaucoup plus restrictive et, si l'on peut dire, moins élastique en droit anglais, pour lequel une atteinte à un élément seulement du *consortium* comme l'affection ne mérite pas d'être légalement protégée.¹⁹² Quoi qu'il en soit nous ne pouvons qu'admirer la cohérence d'une telle construction juridique.

Les ressemblances entre le droit québécois et le *common law* anglo-américain sont apparues au cours de cette étude. C'est donc à la lumière de cette étude que nous émettons quelques observa-

¹⁸⁹ V. par exemple, *Gottlieb v. Gleiser*, *supra*, note 155; *Winchester v. Fleming*, *supra*, note 147; *Best v. Samuel Fox & Co. Ltd.*, [1952] A.C. 716, *cf.*, [1951] 2 K.B. 639; Le jugement de la Chambre des Lords est aussi rapporté à [1952] 2 All. E.R. 394.

¹⁹⁰ *Kungl v. Schiefer*, *supra*, note 122.

¹⁹¹ Roscoe Pound, *Jurisprudence* (1959), vol. III, p. 85 et s., parle de "Marital interests". Le Restatement of the Law of Torts, *op. cit.*, note 163, parle de "legally protected marital interests"; une note spéciale mentionne que l'on a évité à dessein le mot *consortium* en raison de son ambiguïté (p. 469).

¹⁹² *Cf.* *Best v. Samuel Fox Co. Ltd.*, *supra*, note 189. V. Fridman, G.H.L., *Consortium as an "Interest" in the Law of Torts* (1954), 32 Can. Bar. Rev. 1065. Dans l'affaire *Best*, une femme poursuivait en dommages la défenderesse dont la négligence avait causé l'impuissance de son mari; son action fut rejetée. La Cour d'appel, dont le jugement fut confirmé par la Chambre des Lords a même décidé qu'il n'y avait pas d'action pour perte partielle de *consortium*. Les motifs et réflexions des juges dans cette affaire sont d'un extrême intérêt; nous regrettons de ne point pouvoir les exposer ici, ainsi que les discussions doctrinales auxquelles l'affaire *Best* a donné lieu. V. récemment, Guthrie, A.D., *Principles of Assessment of Personal Injury Claims* (1967), 27 R. du B. 157, aux pp. 176-177, et les références.

tions critiques. Faut-il approuver cette "tendance à l'excès" de notre droit à la suite des solutions américaines? Faut-il espérer un retour à la sagesse et à la prudence comme en droit anglais? La solution radicale de certains Etats américains est-elle souhaitable?

Conclusion Générale

Cette étude de droit comparé a permis, nous l'espérons, de mettre en relief l'ambiguïté du droit québécois quant à l'action en dommages-intérêts du mari bafoué. L'évolution des juridictions anglo-saxonnes sur la question nous incite à faire le point sur l'opportunité d'entériner les solutions québécoises, en 1970, telles qu'elles nous sont apparues. Il nous faudra, bien entendu, peser le pour et le contre, en distinguant cependant justification doctrinale et utilité pratique de cette action.

Une distinction primordiale s'impose, inspirée du droit anglais, qui devrait avoir sa raison d'être. L'aliénation d'affection est devenue, autant au Québec qu'aux Etats-Unis, un terme générique qui englobe des délits qu'il conviendrait de bien distinguer: l'adultère d'un côté, le manquement au devoir de cohabitation d'un autre côté et enfin l'aliénation d'affection proprement dite.

Les dommages-intérêts accordés au mari cocu—quelle qu'en soit leur utilité sociale,¹⁹⁸ sont parfaitement justifiables selon notre droit; il serait bien malaisé de soutenir le contraire: tant l'ancien droit que le droit français actuel le corroborent amplement. Certaines anomalies ou exagérations qui nous sont apparues dans la mise en oeuvre par nos tribunaux de cette action parlent par elles-mêmes, ou, disons contre elles-mêmes. Signalons en particulier qu'à notre avis, la réconciliation des époux devrait être soit une fin de non recevoir, absolue ou relative (*discretionary bar*); à l'action de l'époux trompé et indulgent.

L'incitation par un tiers à la violation du devoir de cohabitation (article 175 du Code civil) édicté clairement dans le Code comme le devoir de fidélité, devrait-il en rendre l'auteur responsable en dommages-intérêts envers l'époux délaissé? A priori on pourrait répondre par l'affirmative. Mais la faute n'est-elle pas uniquement celle de la femme qui est, selon notre droit, libre? En admettant que la femme ait une volonté distincte, autonome, le choix de quitter le domicile conjugal n'est-il pas le sien, quelle que soit l'influence que peuvent avoir ses parents? Si c'est un tiers qui convainc l'épouse de délaisser son mari pour le suivre, ne s'agit-il pas simplement d'adultère? La sanction du devoir de secours et d'assistance se résoud au paiement d'une somme d'argent

¹⁹⁸ V. par ex. Brown, *op. cit.*, note 126, aux pp. 505-506 qui estime, pour sa part, que l'action en *alienation of affections*, si dépassés qu'en soient son aspect punitif et ses justifications historiques, remplit une fonction sociale utile, qui serait, en définitive la préservation du foyer. Nous en doutons fort, pour notre part.

par l'autre conjoint; on peut donc fort bien concevoir qu'un époux soit civilement responsable envers l'autre pour la violation du devoir légal de cohabitation. Mais il est fort difficile de concevoir une cause d'action distincte contre le tiers complice uniquement coupable d'avoir conseillé une personne juridiquement pleinement responsable.

Enfin dans l'action en aliénation d'affection proprement dite, le ridicule prend le pas sur le juridique. Il n'y a, croyons-nous, pas de droit à l'affection; l'affection est une chose qui se donne librement. Les sentiments doivent rester en dehors du droit. Le *chagrin* du mari qui perd, par la faute d'un autre, l'affection de sa femme est certainement déplorable mais ne devrait entrer en ligne de compte que pour le calcul du préjudice causé par l'*adultère*. Il répugne, de plus à évaluer la valeur de l'affection d'une femme—ou même à évaluer carrément la valeur d'une femme aux yeux de son mari. De plus, il est certain que ce genre d'action est, comme l'ont pertinemment remarqué juristes et tribunaux américains, une source facile et déshonorante de chantages possibles. Enfin ajoutons qu'en droit québécois l'action en aliénation d'affection est le fruit d'une imperceptible, mais certaine, influence étrangère qui dénature notre droit civil.

La première suggestion que nous voudrions faire est un souhait, celui d'une évolution jurisprudentielle moins émotive et plus rationnelle. Le problème ne serait-il pas résolu en proposant l'abolition complète de l'action à l'instar de certains Etats américains? Ce n'est probablement pas la meilleure technique, d'autant plus que, si l'aliénation d'affection est une expression qu'il faudrait supprimer de notre vocabulaire juridique comme n'ayant pas sa raison d'être, l'action en dommages-intérêts pour adultère est parfaitement justifiable.

Il conviendrait donc, de préférence, d'encadrer législativement cette dernière action. Non pas dans un statut pénal à l'aspect punitif, mais dans le cadre de la législation accessoire à la loi du divorce. A ce propos, le législateur aurait intérêt à s'inspirer de la législation de Grande Bretagne ou des autres provinces canadiennes. La sanction d'un adultère non pardonné ne devrait-elle pas être le divorce, et *accessoirement*, une action en dommages-

intérêts contre l'époux coupable et son complice?¹⁹⁴

¹⁹⁴ Pendant que cet article était sous presse, a été publiée une décision fort intéressante de la Cour d'Appel en matière d'aliénation d'affection. Il s'agit de *N. v. H.*, [1969] B.R. 348. Le juge de la Cour Supérieure avait accordé \$5,000. au demandeur qui en demandait \$9,500. La Cour d'appel a réduit le montant à \$500. (Juges Casey, Owen et Rinfret dissident). Le juge Casey estime que (à la p. 350): "We should do no more than vindicate the position taken by plaintiff and to this end award a nominal sum."

Les réflexions suivantes du juge Rinfret méritent d'être mentionnées: aux pp. 350-351: "Je suis d'accord avec la proposition qu'on doit rejeter l'attitude moyenâgeuse qui faisait de la femme mariée un vil objet mobilier ou un vulgaire bétail propre seulement à satisfaire les désirs charnels de l'homme. La femme d'aujourd'hui est beaucoup plus évoluée, sûrement plus libre et sa destinée est infiniment plus grande et plus noble; elle est la compagne, l'associée de son mari et, avec lui, forme une équipe. Cependant, si, partant de la prémisse posée par le défendeur, on doit conclure à la disparition de toute morale, que la femme mariée ne doit plus être réservée à son époux, que l'adultère doit être accepté comme monnaie courante et qu'il est normal pour un individu de briser impunément un ménage uni, de détruire un foyer jusque-là heureux et de s'en tirer indemne, si l'on est rendu à ce point, il est plus que temps pour cette cour de réagir et d'affirmer que le mariage n'est pas devenu un simple accouplement d'animaux sans âme ni conscience. L'acceptation sans réplique de cette théorie par trop avant-gardiste équivaudrait à une capitulation et constituerait un encouragement à de telles pratiques."

A la p. 358: "Sur la question du montant, la crainte d'un chantage possible dans d'autres cas ne doit pas nous influencer pour priver le présent demandeur, en l'absence de toute trace de chantage, d'une juste indemnité pour le dommage irréparable et irréparable qu'il a subi. La possibilité de chantage, a, par ailleurs, sa contrepartie, à savoir l'encouragement à l'aliénation d'affection d'une épouse fidèle, si la condamnation qui s'ensuit est des plus minimes."