

THE CANADIAN BAR REVIEW

LA REVUE DU BARREAU CANADIEN

Vol. 72

September 1993 septembre

No. 3

UNE NOUVELLE ÈRE POUR LA PENSION ALIMENTAIRE ENTRE EX-CONJOINTS AU CANADA

Dominique Goubau*
Ste-Foy, Québec

Cet article a pour but de démontrer qu'après une période de déclin, entamée dans le courant des années 60, la pension alimentaire entre conjoints divorcés est aujourd'hui à l'aube d'une nouvelle ère et devrait, dans les années à venir, redevenir un instrument plus efficace au profit d'un grand nombre de femmes, économiquement défavorisées par la séparation. Sous la pression d'un nombre sans cesse croissant d'auteurs et à la lumière des récentes études empiriques sur les réelles conséquences économiques et sociales du divorce, un certain courant jurisprudentiel, de plus en plus marqué depuis la fin des années 80, met l'accent sur le caractère indemnitaire ou compensatoire de la pension alimentaire dans le cadre du divorce et propose une lecture de la Loi sur le divorce de 1985 plus généreuse à l'égard des bénéficiaires d'aliments. Cette tendance jurisprudentielle a connu son apogée avec le récent arrêt Moge c. Moge de la Cour suprême du Canada. Le présent article analyse les principes majeurs de cette nouvelle conception de l'obligation alimentaire. L'auteur s'interroge également sur l'impact qu'aura l'affaire Moge sur les principes énoncés quelques années plus tôt par la Cour suprême dans la trilogie Pelech-Richardson-Caron, ainsi que sur la "théorie du lien causal".

The purpose of this article is to show how, after a period of decline starting in the 1960s, orders for support payments between divorced couples are at the beginning of a new area, and it should, in the years to come, again provide a more effective way of benefitting a large number of women, economically disadvantaged as a result of divorce. Spurred on by a continuing flow of academic writing and in the

*Dominique Goubau, avocat, professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval, Ste-Foy, Québec.

Le présent article constitue une version remaniée et plus détaillée d'une conférence prononcée le 10 février 1993 à Montréal à la section de droit de la famille de l'Association du Barreau canadien (Québec). L'auteur remercie le professeur Mireille Castelli de l'Université Laval, pour ses précieux commentaires sur une version antérieure, ainsi que Me Jean-Pierre Sénécal pour ses judicieux conseils. Le présent article n'exprime que la seule opinion de l'auteur.

light of recent empirical studies about the actual economic and social consequences of divorce, a trend in the case law, more and more marked since the end of the 1980s, emphasizes the indemnitory or compensatory nature of support payments, in the context of divorce. These cases provide a new interpretation of the Divorce Act of 1985, more generous with respect to those who are entitled to support. This trend culminated in the decision of the Supreme Court of Canada in *Moge v. Moge*. This article analyzes the major elements of this new view of the law related to support; and it also considers the impact which the decision will have on the principles set out in this area by the Supreme Court in the *Pelech-Richardson-Caron* trilogy, as well as the impact on "causal connection theory".

Introduction

Depuis quelques années, la question de la pension alimentaire au profit de l'ex-conjoint a fait couler beaucoup d'encre et a donné lieu à des débats parfois passionnés, aussi bien dans les milieux universitaires que dans les prétoires. Les divergences d'opinion et les contradictions de certaines décisions judiciaires ont mis le doigt sur l'urgence de revoir les fondements de l'obligation alimentaire. Cet exercice aboutit nécessairement à reconsidérer la philosophie qui sous-tend la législation du divorce, et, plus fondamentalement encore, à s'interroger sur la finalité de l'institution du mariage.

Les plus récents arrêts des cours d'appel à travers le Canada, ainsi que les écrits d'un nombre croissant d'auteurs, laissaient entrevoir la nécessité de formuler clairement les principes en la matière et d'instaurer une uniformité sur des questions d'une telle importance. Dans leurs commentaires de l'arrêt *Story c. Story*,¹ P. Proudfoot et K. Jewell,² s'interrogeant sur des concepts comme celui du lien de causalité en contexte de maladie du conjoint dépendant ou celui du *clean break*, terminent leur exposé en émettant un souhait: "Perhaps the Supreme Court of Canada will be given the opportunity to reconsider what can be seen as an extremely serious problem". Au lendemain de la trilogie *Pelech c. Pelech*,³ *Richardson c. Richardson*,⁴ *Caron c. Caron*,⁵ plusieurs auteurs souhaitaient une nouvelle intervention de la Cour suprême en la matière.⁶ Et ce souhait a effectivement été entendu par la Cour suprême le 17 décembre 1992 dans l'arrêt *Moge c. Moge et Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les*

¹ (1989), 23 R.F.L. (3d) 225 (C.A. C.-B.).

² Restricting Application of the Causal Connection Test (1990), 9 Can. J. Fam. L. 143, à la p. 151.

³ [1987] 1 R.C.S. 801.

⁴ [1987] 1 R.C.S. 857.

⁵ [1987] 1 R.C.S. 892.

⁶ En 1987, lors d'un dîner-causerie de la section droit de la famille de l'Association du Barreau canadien, Suzanne Pilon, La Trilogie de la Cour suprême du Canada sur l'obligation alimentaire entre conjoints et ex-conjoints, [1987] R.D.F. 533, aux pp. 558-559, terminait sa conférence portant sur l'impact de la trilogie *Pelech* en remarquant:

Le juge L'Heureux-Dubé siégeant maintenant à la Cour suprême du Canada, peut-être pourrions-nous assister, d'ici quelques années, dans une autre trilogie, à un assouplissement des règles des jugements *Richardson*, *Pelech* et *Caron*.

femmes,⁷ dans lequel on trouve de véritables pages d'anthologie sur les conséquences socio-économiques des divorces au Canada. Ceux qui pensaient que la pension alimentaire était une institution en voie de disparition et que l'aide financière aux ex-conjoints ne relève que de l'assurance sociale devront se raviser.

Si l'enjeu spécifique de la cause portait plus particulièrement sur le droit à la modification d'une ordonnance alimentaire, et donc sur l'article 17 de la *Loi sur le divorce* de 1985,⁸ ce sont bien les principes de base en matière alimentaire qui y sont abordés et questionnés. Cet arrêt, dont on peut affirmer aujourd'hui qu'il représente la plus importante décision judiciaire en matière alimentaire dans le cadre de la *Loi sur le divorce* de 1985, ne constitue pas une rupture avec le passé et ne propose pas des idées totalement nouvelles, ni des principes inconnus. Un des buts du présent article est de démontrer qu'au contraire, la position de la Cour suprême s'inscrit dans la ligne de pensée récente en matière d'obligation alimentaire, telle que développée par la doctrine dans plusieurs pays occidentaux, et plus particulièrement en Amérique du Nord, depuis maintenant six ou sept ans. Cette décision rejoint également la position exprimée par plusieurs cours d'appel, dont la Cour d'appel du Québec dans la très récente décision *Droit de la famille-1688*.⁹ L'arrêt *Moge* pourrait toutefois avoir un impact insoupçonné, notamment sur la question de la survie des principes énoncés dans la trilogie *Pelech-Richardson-Caron*.

On peut affirmer, comme nous le verrons plus loin, que la Cour suprême propose un salutaire retour aux sources, c'est-à-dire aux dispositions législatives elles-mêmes plutôt qu'à leurs interprétations jurisprudentielles, et que l'arrêt *Moge* vient donc élaguer l'obligation alimentaire d'un certain nombre de tendances que l'on pourrait qualifier de "dérapages" par rapport à la philosophie qui sous-tend la législation en matière de divorce. De toute évidence, le plus haut tribunal du pays a pu saisir ici l'occasion de faire le point dans ce domaine et de faire entendre (enfin!) sa voix dans le concert dissonant des interprétations jurisprudentielles et doctrinales qui ont suivi la trilogie *Pelech-Caron-Richardson* de 1987.

Même si les principes exprimés par la Cour suprême sont l'aboutissement et le fruit d'une réflexion entamée par la société depuis quelques années déjà, ils n'en constituent pas moins la base d'une nouvelle ère pour la pension alimentaire. Il y a deux raisons à cela. La première, comme nous le verrons plus loin en détail, c'est que la Cour suprême opère des choix fondamentaux de façon beaucoup plus claire que ne l'avaient fait les cours d'appel, sur un certain nombre de questions importantes. C'est le cas notamment pour la question du lien de causalité entre l'état de dépendance du créancier alimentaire et le mariage. C'est également le cas pour la question du caractère compensatoire de l'obligation alimentaire. La deuxième raison qui permet d'affirmer qu'en

⁷ [1992] 3 R.C.S. 813.

⁸ L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.).

⁹ J.E. 92-1753 (C.A.) (arrêt du 10 novembre 1992, les juges LeBel, Beauregard et Nichols).

matière alimentaire rien ne sera plus (ou du moins ne devrait plus être) comme avant, réside tout simplement dans l'autorité rattachée à la décision, par le fait qu'elle émane du plus haut tribunal du pays. En effet, si depuis quelques années nous avons eu l'occasion de connaître la position de plusieurs cours d'appel, c'est la première fois que la Cour suprême elle-même a véritablement l'occasion de se prononcer clairement sur les articles 17 et 15 de la *Loi sur le divorce* et, par la même occasion, sur une des finalités premières de cette loi.

Bien entendu, l'institution de la pension alimentaire a toujours eu pour mission de répondre aux difficultés financières engendrées par le divorce. Mais la méconnaissance des conséquences économiques à long terme des séparations a fait perdre à l'obligation alimentaire une grande part de son potentiel. Le présent article entend démontrer que la Cour suprême a sans doute donné un nouveau souffle à l'institution de l'obligation alimentaire au profit des ex-conjoints. Il convient donc de rappeler brièvement le contexte juridique et jurisprudentiel dans lequel s'inscrit l'arrêt *Moge*, pour ensuite analyser les questions principales qu'il soulève et évaluer l'impact futur des principes qu'il pose.

I. Le contexte

La décision de la Cour suprême s'inscrit dans la tendance de regain d'intérêt pour les questions touchant à la pension alimentaire au profit des femmes divorcées. Depuis le début des années 80, il faut bien dire que l'accent a été mis sur la question des aliments au profit des enfants, au détriment de la question de la pension pour les femmes. Cette dernière a subi, pendant cette même période, les assauts efficaces de la théorie du *clean break* selon laquelle la séparation physique et sentimentale doit, dans les meilleurs délais, s'accompagner d'une séparation monétaire afin de permettre à chacun des ex-conjoints, pour reprendre l'expression consacrée, "de refaire sa vie".

Ce phénomène n'est d'ailleurs pas l'apanage du Canada, mais se constate dans la plupart des pays occidentaux. Mentionnons, à titre d'exemple, qu'en Suède et en Angleterre, le conjoint n'a en principe pas droit à des aliments.¹⁰ En France, pour l'année 1989, seulement 55% des divorces comportent des obligations financières et pour l'essentiel, les mesures prévues au jugement sont destinées aux enfants. Ceux-ci en sont les seuls bénéficiaires dans 79% des divorces comportant des obligations financières, et dans 88% si l'on ajoute les jugements où l'un des parents est conjointement bénéficiaire.¹¹

Cette tendance à promouvoir la rupture des liens financiers s'inscrit dans le contexte d'une augmentation de la participation des femmes au marché du travail, laissant entrevoir dans un avenir pas trop éloigné la possibilité effec-

¹⁰ M. Maclean, Background Facts from Country Reports, dans L. Weitzman et M. Maclean (éds.), *Economic Consequences of Divorce, The International Perspective* (1992), pp. 346 et seq. En Suède, l'article 14 de la *Loi sur le mariage* prévoit qu'"[a]près le divorce, chacun des époux veille lui-même à sa propre subsistance", cité par M.-Th. Meulders-Klein, La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale (1989), 41 Rev. int. d. comp. 7, à la p. 50.

¹¹ Chiffres de l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE), dans *Contours et caractères, les femmes* (1991), p. 28.

tive, pour la majorité des femmes, d'arriver à une rapide autonomie financière après la séparation. C'était là compter sans les chiffres et sans les résultats d'études empiriques menées dans la plupart des pays vers les années 1985-1987 et dont les conclusions aboutissent à une constatation commune: la pauvreté croissante des femmes et des enfants après divorce. On pourrait reprendre ici la remarque (annonciatrice?) que faisait récemment le juge McLachlin dans une allocution sur les responsabilités matrimoniales après divorce, lorsqu'elle disait que "dans certains domaines, nous sommes peut-être allés trop loin, dans le sens que le droit a surpassé la réalité de ce qui existe vraiment dans la vie des femmes de notre société".¹²

C'est aux États-Unis que, suite aux premières études empiriques, l'intérêt théorique pour la question de la pension alimentaire au profit des femmes est réapparue vers le milieu des années 80.¹³ Au Canada, les études empiriques et statistiques permettent de faire le même constat de paupérisation des femmes et des enfants après divorce.¹⁴ Si le nombre sans cesse croissant des divorces a, depuis les années 60, fait l'objet d'une grande préoccupation, jamais ne s'était-on intéressé sérieusement aux véritables conséquences économiques des divorces. Aujourd'hui, on constate que le véritable problème n'est pas tellement celui de l'augmentation des divorces, mais plutôt de la paupérisation d'une importante partie de la population comme conséquence de la façon dont sont réglées les questions économiques reliées aux divorces.

Dans l'affaire *Moge*, le juge de première instance en était arrivé à la conclusion qu'après seize ans de séparation, période pendant laquelle une pension alimentaire fut effectivement payée, l'ex-épouse aurait pu et dû atteindre une autonomie financière suffisante et qu'elle ne pouvait s'attendre à bénéficier d'une pension à perpétuité de la part de son ex-conjoint qui, lui, s'était remarié. Sans entrer dans les détails factuels du dossier, mentionnons pour l'essentiel que les parties avaient vécu pendant près de vingt ans dans une

¹² B. McLachlin, Après le mariage: responsabilités matrimoniales, allocution au dîner annuel de la Section québécoise de Droit de la famille de l'Association du Barreau canadien, Montréal, le 9 avril 1992.

¹³ Voir spécialement l'importante étude de L. Weitzman, *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America* (1985).

¹⁴ Voir notamment: Ministère de la Justice, Bureau de l'examen, Évaluation de la Loi sur le divorce. Étape II: contrôle et évaluation (1990), pp. 105-106, étude selon laquelle deux tiers des femmes et des enfants vivent sous le seuil de la pauvreté de 1988. Si l'on fait abstraction de la pension alimentaire (qui dans bien des cas n'est pas versée), la proportion passe des deux tiers aux trois quarts. Voir également le Rapport du Comité fédéral/provincial/territorial sur le droit de la famille, Les incidences économiques des règles de fixation des pensions alimentaires pour enfants (1992), et l'étude de R. Kerr, *Modèle économique pour évaluer la pension alimentaire pour le conjoint*, préparée pour le Ministère de la Justice et Condition féminine au Canada (1992).

Voir aussi l'étude de G. Stewart et L. McFayden, *Women and the Economic Consequences of Divorce in Manitoba: An Empirical Study* (1992), Man. L.J. 80, étude qui porte sur 253 dossiers dans le district de Winnipeg et qui démontre que seulement 10,7% des femmes obtiennent une pension alimentaire pour elles-mêmes, pour un montant médian de 266\$ par mois. Cette même étude rejoint les autres en constatant que les femmes sortent désavantagées du divorce en comparaison de leur mari.

relation matrimoniale “traditionnelle” qui s’inscrivait tout à fait dans la norme de l’époque. Marié dans les années 50, le couple avait eu trois enfants dont l’épouse avait toujours assumé le soin quotidien, en plus de s’occuper de la maisonnée pendant que l’époux gagnait le salaire de la famille. L’épouse, très peu scolarisée, complétait ces rentrées financières en faisant des ménages à l’extérieur du foyer.

La Cour d’appel du Manitoba, sur division, rétablit la pension alimentaire au motif que le premier juge avait commis une erreur en se fondant sur la prémisse que l’ex-épouse aurait dû atteindre une complète indépendance économique, sans tenir compte du fait que leur mariage, du type traditionnel, avait engendré une inégalité importante quant au potentiel salarial des conjoints. En Cour suprême, le débiteur plaida que son ex-conjointe avait l’obligation d’être autonome financièrement et que la situation de dépendance ne pouvait être imputée au mariage.

La question fondamentale, si souvent posée, était en fait de savoir si le but de la législation en matière de divorce est d’abord et avant tout de permettre aux ex-conjoints de devenir le plus rapidement “indépendants” économiquement, comme on le soutient régulièrement ou, au contraire, de compenser d’abord adéquatement le conjoint qui a été défavorisé par le mariage et par sa rupture, même si cette compensation doit entraîner le paiement d’une pension à (très) long terme. La décision de la Cour suprême, unanime dans ses conclusions,¹⁵ opte résolument pour le caractère indemnitaire de la pension alimentaire, lui donnant du même coup une vigueur nouvelle.

II. *L’émergence du principe du clean break et le déclin de la pension alimentaire*

Il faut remonter aux années 60 pour bien comprendre les tendances actuelles en matière d’obligation alimentaire. En effet, c’est à cette époque que l’on a abandonné le principe du droit automatique aux aliments au profit de l’épouse non fautive. Jusqu’alors, le droit de bénéficier d’un soutien financier à charge du mari faisait tout simplement partie des avantages reliés au statut de femme mariée et perdurait après la séparation. Pour reprendre les propos souvent cités du juge Moorhouse dans *Knoll v. Knoll*,¹⁶ “le certificat de mariage n’est pas une garantie de pension alimentaire”. La *Loi sur le divorce*¹⁷ de 1968 a instauré l’égalité entre les conjoints à ce chapitre. Sans mettre complètement de côté la notion de comportement fautif, le législateur a voulu que celui-ci ne soit plus un obstacle dirimant au droit à une pension alimentaire, dont aussi bien la femme que l’homme pouvait devenir bénéficiaire (même si ce dernier cas, il faut bien le dire, demeurerait assez théorique). Le test fondamental devenait alors celui des besoins et des moyens, indépendamment du sexe et peu importe qui assume la responsabilité de la rupture.

¹⁵ Deux juges ont rédigé une opinion. Il s’agit des juges L’Heureux-Dubé et McLachlin.

¹⁶ (1969), 6 D.L.R. (3d) 201, à la p. 205 (H.C. Ont.).

¹⁷ L.C. 1967-68, ch. 24.

C'est d'ailleurs ce concept d'égalité qui devait aboutir logiquement au principe de l'autonomie nécessaire, voire présumée, de chacune des parties. Une brèche importante est dès lors apparue dans l'institution de la pension alimentaire, qui devenait essentiellement un outil pour réaliser l'autonomie financière des parties chaque fois que cela était possible. Et on se mit à considérer que cela était possible dans la plupart des cas. Dans cette perspective aussi, la pension devait avoir une vocation essentiellement temporaire. C'est ce que constatait déjà en 1976 la Commission de Réforme du droit au Canada en soulignant que les changements dans le statut et la situation de la femme avaient amené les tribunaux à réserver la pension alimentaire permanente aux seules femmes plus âgées qui, après un mariage de longue durée, se retrouvent sans perspectives réelles d'emploi.¹⁸ La Commission réaffirmait son attachement au principe selon lequel le divorce devait être suivi d'une période de "transition financière" qui doit ultimement aboutir à l'indépendance. Le droit de bénéficier d'un tel soutien lors de la dissolution du mariage devait, selon la Commission, s'accompagner d'une obligation légale de se préparer à devenir autonome dans un délai raisonnable qui peut aller de plusieurs semaines à plusieurs années, selon les particularités de chaque cas et donc de l'ampleur des besoins financiers nés du mariage.¹⁹

Dans le célèbre arrêt *Messier c. Delage*²⁰ de la Cour suprême, le juge Lamer, dissident, exprimait clairement ce principe en écrivant que "la femme ne peut d'une part réclamer une égalité de statut sans d'autre part accepter la responsabilité de sa propre subsistance". Si cet arrêt était très partagé (quatre juges contre trois) et si la Cour refusa finalement de mettre un terme à la pension alimentaire, il faut tout de même rappeler que le juge Chouinard, au nom de la majorité, soulignait qu'en principe un ex-conjoint ne peut compter être indéfiniment à la remorque de l'autre et qu'il faut aussi tenir compte des nouvelles obligations de chacun, par exemple dans le cadre d'un remariage.²¹

Avec la trilogie *Pelech-Richardson-Caron* en 1987, la Cour suprême est venue renforcer cette idée d'autonomie financière après le divorce, en insistant sur "l'importance d'un règlement définitif des affaires financières des anciens conjoints"²² et sur la responsabilité individuelle de chacun des ex-conjoints, comme en témoigne cet éloquent passage de l'opinion du juge Wilson:²³

Tout en étant consciente du grand dénuement dans lequel se trouve actuellement Mme Pelech, il me semble qu'imposer à l'intimé le fardeau de prendre soin d'elle, quinze après la rupture de leur mariage, pour la seule raison qu'ils ont déjà été mariés revient à créer une fiction de responsabilité conjugale aux dépens de la responsabilité individuelle. Je crois que les tribunaux doivent reconnaître à l'individu

¹⁸ Commission de réforme du droit du Canada, *Études sur le divorce* (1976), p. 92.

¹⁹ Commission de réforme du droit du Canada, *Les divorcés et leur soutien*, document de travail no 12 (1975), p. 33.

²⁰ [1983] 2 R.C.S. 401, à la p. 421.

²¹ *Ibid.*, aux pp. 416-417.

²² *Richardson c. Richardson*, *supra*, note 4, à la p. 866.

²³ *Pelech c. Pelech*, *supra*, note 3, aux pp. 852-853.

le droit de mettre fin à une relation tout comme celui d'en commencer une et qu'ils ne devraient pas, lorsque tous les autres aspects de la relation ont depuis longtemps cessé d'exister, considérer que la responsabilité financière se prolonge indéfiniment dans l'avenir.

La *Loi sur le divorce*²⁴ de 1985 est, à certains égards, venue renforcer ce principe d'indépendance nécessaire des conjoints en prévoyant expressément la possibilité de rendre des ordonnances alimentaires pour une durée déterminée²⁵ et en indiquant sans équivoque qu'un des objectifs que doit viser l'ordonnance alimentaire est précisément de favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun des époux dans un délai raisonnable.²⁶ Le caractère non exceptionnel de la somme forfaitaire comme modalité de l'ordonnance alimentaire peut également être vu comme une incitation à envisager plus aisément la terminaison définitive de tous les liens financiers entre ex-conjoints.

Dans ce contexte législatif et jurisprudentiel, il n'est pas surprenant qu'ait émergé un courant de pensée de plus en plus fort qui vise à faire jouer au concept d'autonomie après divorce un rôle primordial dans l'attribution des aliments, et qui entend ériger sur ce concept un véritable modèle de pension alimentaire. On assiste alors au resserrement des conditions d'octroi des aliments et à l'imposition de plus en plus fréquente d'un terme pour mettre fin à l'obligation. L'obligation alimentaire au Canada suivait donc le même parcours que l'obligation alimentaire en Europe où l'émergence de la doctrine du *clean break* est un phénomène qui, à des degrés divers, a tendance à se généraliser dans les législations de divers pays.²⁷ C'est pour mettre fin à cette interprétation jurisprudentielle étroite de l'obligation alimentaire que la Cour suprême vient aujourd'hui insister sur la dimension indemnitaire ou compensatoire de la pension alimentaire.

III. *Le caractère indemnitaire de la pension alimentaire*

L'arrêt *Moge c. Moge* constitue une critique acerbe du courant jurisprudentiel basé sur le modèle de l'indépendance économique présumée qui, nous rappelle-

²⁴ *Supra*, note 8.

²⁵ *Ibid.*, article 15(4):

La durée de validité de l'ordonnance rendue par le tribunal conformément au présent article peut être déterminée ou indéterminée ou dépendre d'un événement précis; l'ordonnance peut être assujettie aux modalités ou restrictions que le tribunal estime justes et appropriées.

²⁶ *Ibid.*, article 15(7)(d).

²⁷ Meulders-Klein, *loc. cit.*, note 10, à la p. 50:

Il est difficile de prévoir si pareille solution se généralisera avec le temps dans tous les pays d'Europe. Néanmoins, dans la mesure où le divorce a pour principale raison d'être de dissoudre les liens morts pour pouvoir en créer de nouveaux, il est probable que la trajectoire ainsi dessinée se réalisera tôt ou tard en droit, comme c'est déjà très souvent le cas en fait.

Il n'empêche que tant du point de vue symbolique que matériel, la consécration légale de ce "*clean break*" exprime une inversion radicale de la conception même du mariage, jadis conclu pour le meilleur et pour le pire.

t-on, sans être l'unique cause de la paupérisation des femmes au Canada, en est tout de même un facteur important. Dans son opinion,²⁸ le juge L'Heureux-Dubé a des mots très sévères à l'égard de cette conception individualiste de l'obligation alimentaire lorsqu'elle souligne qu'il est évident que ce modèle a privé de leurs droits devant les tribunaux non seulement un grand nombre de femmes, mais aussi un nombre incalculable de femmes qui ont peut-être simplement renoncé à demander des aliments devant le peu d'espoir d'obtenir gain de cause.²⁹

À ce modèle d'indépendance économique que certains ont cru pouvoir déceler dans la trilogie *Pelech-Richardson-Caron* et dans la *Loi sur le divorce* de 1985, la Cour suprême, sous l'impulsion d'un courant doctrinal très fort,³⁰ oppose la dimension indemnitaire de la pension alimentaire. C'est tout simplement, soulignent les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin, appliquer les objectifs prévus par la loi. Les articles 15 et 17 prescrivent, faut-il le rappeler, que les ordonnances alimentaires initiales, tout comme les ordonnances modificatives, doivent viser quatre objectifs, comme il est dit au paragraphe (7) de l'article 15 et de l'article 17:

- a) à prendre en compte les avantages ou inconvénients économiques qui découlent pour les ex-époux du mariage ou de son échec;
- b) à répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin des enfants à charge, en sus de l'obligation financière dont il est question au paragraphe (8);
- c) à remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause;
- d) à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable.

Les objectifs a), b) et c) contiennent tous une idée d'indemnisation. Il s'agit, en effet, d'une compensation financière pour les conséquences économiques néfastes découlant soit du mariage, soit de sa rupture, soit de la prise en charge d'enfants. Seul le quatrième objectif n'a pas de dimension compensatoire.

Au Québec, la Cour d'appel a, depuis quelques années déjà, accepté l'idée du caractère compensatoire de la pension alimentaire. Dans un arrêt clé, rendu à peine un mois avant l'arrêt *Moge* de la Cour suprême, le juge LeBel a réitéré ce principe sans ambiguïté:³¹

La difficulté et la complexité des situations matrimoniales et la nécessité de comprendre correctement le concept d'autonomie économique du conjoint imposent graduellement une interprétation de la Loi sur le divorce, qui paraît l'orienter fondamentalement

²⁸ Avis auquel souscrivent les autres juges participant au jugement, à l'exception du juge McLachlin qui, quant à elle, tranche le dossier dans le même sens mais pour des motifs exprimés dans un avis personnel.

²⁹ *Moge c. Moge*, *supra*, note 7, à la p. 857.

³⁰ Le juge L'Heureux-Dubé s'appuie en effet abondamment sur les écrits d'auteurs canadiens, américains et européens pour illustrer cette tendance nouvelle à considérer la fonction réparatrice de l'obligation alimentaire.

³¹ *Supra*, note 9, à la p. 30. (Mots mis en italique par l'auteur). Dans le même sens, voir par exemple, *Brockie c. Brockie* (1987), 46 Man. R. (2d) 33 (B.R. Man.); *Bush c. Bush* (1989), 21 R.F.L. (3d) 298.

vers un modèle compensatoire. Il s'agit d'analyser concrètement à la fois le type de relation établie entre les conjoints, le degré d'indépendance qu'il a laissé à chacun pendant le mariage et les conséquences économiques de celui-ci et de sa rupture, à l'égard de chacun et, le cas échéant, des enfants.

Dans la perspective compensatoire, l'élément central à considérer est celui des rôles assumés par les conjoints pendant la vie commune. Les objectifs légaux de l'ordonnance alimentaire indiquent, au fond, que le mariage est une association d'individus égaux et solidaires et qu'il y a des conséquences économiques à mettre fin à ce partenariat. C'est, du même coup, reconnaître que le travail accompli au foyer par un conjoint, pour les besoins de la famille, constitue un service rendu à l'autre, pour lequel une compensation peut être due.

Le juge L'Heureux-Dubé rappelle à juste titre que cette idée de prise en compte de l'impact économique des rôles assumés par les conjoints n'est pas nouvelle puisque déjà la Commission de réforme du droit du Canada en avait articulé le principe au début des années 70. L'extrait suivant, partiellement cité par la Cour suprême dans *Moge c. Moge*,³² est révélateur de la clairvoyance de la Commission à cette époque:³³

La façon dont ont été répartis les rôles qui caractérisent le mariage, ainsi que les besoins financiers existant au moment du divorce, compte tenu du rôle respectif des conjoints pendant le mariage, devraient être les critères fondamentaux de l'obligation de soutien lors de la dissolution du mariage. L'examen des faits de chaque cas particulier permettrait de combler le vide laissé dans la loi sur le divorce lorsque le Parlement a abandonné la vieille hypothèse selon laquelle, devant la loi, la femme serait toujours la maîtresse de maison, l'éducateur privilégié et la personne à charge, alors que le mari serait toujours celui qui touche le salaire.

La répartition des rôles entre les conjoints, lorsque l'un travaille pour rémunération et l'autre reste à la maison, entraînera presque automatiquement une dépendance économique de l'un d'entre eux au cours du mariage. Le conjoint qui cesse de travailler pour élever les enfants et prendre soin du ménage a besoin normalement de l'aide financière de l'autre. *Au moment du divorce, le droit devrait estimer dans quelle mesure le fait de se retirer du monde du travail pendant le mariage (perte de compétences, d'ancienneté, d'expérience, d'habitude, etc.) a entamé la capacité de l'époux à charge de subvenir à ses propres besoins. Les besoins qui justifient le droit au soutien découlent donc des pertes subies par le conjoint entretenu en raison de sa participation à la communauté du mariage.*

Il convient donc de faire remarquer qu'une telle conception de l'obligation de soutien signifie nécessairement, aux yeux du droit, que chaque époux est également responsable des trois fonctions essentielles qui caractérisent la communauté du mariage: gains financiers, entretien de la maison et éducation des enfants ...

Cette conception de l'obligation de soutien implique que les responsabilités familiales relèvent de façon égale des deux conjoints. La *Loi sur le divorce* de 1985 va d'ailleurs dans le même sens lorsqu'elle invite à tenir compte de la durée de la cohabitation des époux ainsi que des fonctions qu'ils ont remplies au cours de celle-ci.³⁴ Il faut ajouter que le principe d'une certaine prise en considération

³² *Supra*, note 7 à la p.860. (Mots mis en italique par le juge L'Heureux-Dubé).

³³ *Op. cit.*, note 18, p. 26. (Mots mis en italique par l'auteur de l'article).

³⁴ *Supra*, note 8, article 15(5)(a) et (b).

des rôles assumés pendant le mariage n'est pas totalement absent de l'approche qui met l'accent sur l'exigence d'autonomie. En effet, il a toujours été admis par à peu près tout le monde qu'il fallait réserver un sort particulier au mariage qualifié de "traditionnel", c'est-à-dire le mariage de longue durée avec un partage traditionnel des fonctions (monsieur travailleur-pourvoyeur et madame à la maison). Dans ce cas, l'ex-épouse, arrivée à un âge respectable, bénéficiait d'un droit alimentaire à peu près irréfutable. L'expression bien connue du juge Vallerand, de la Cour d'appel du Québec, est très révélatrice de cette approche lorsqu'il fait référence à la *grand-mother clause* implicite.³⁵

Or, un des mérites de l'arrêt *Moge* est précisément d'attirer l'attention sur les pièges de la distinction simpliste entre mariage traditionnel et mariage moderne. En effet, cette division ne tient pas compte du nombre considérable de mariages non catalogables, qui constituent sans doute la majorité des unions. Les études socio-économiques récentes citées plus haut, démontrent clairement l'impact considérable des choix familiaux et des rôles assumés pendant le mariage et après la rupture, même en présence d'un mariage de courte durée que l'on qualifie de "moderne", c'est-à-dire où les deux conjoints ont une activité professionnelle. Ces choix s'articulent essentiellement autour de deux réalités: (1) l'absence (ou l'interruption) de carrière professionnelle, et (2) la prise en charge des enfants. Chacun de ces choix peut impliquer un certain nombre de conséquences économiques, néfastes pour l'un et bénéfiques pour l'autre. En refusant la distinction entre mariage traditionnel et mariage moderne, l'arrêt *Moge* va donc beaucoup plus loin que ne le faisaient les tenants de la sympathique et incontestable *grand-mother clause*. Il devient donc essentiel de prendre en compte les rôles assumés et d'établir les conséquences économiques de ceux-ci, indépendamment de la qualification que l'on pourrait donner quant au type de mariage.

Le principe du caractère compensatoire a des conséquences énormes sur l'ampleur potentielle de l'obligation alimentaire. La Cour suprême nous donne ainsi quelques exemples d'inconvénients susceptibles d'indemnisation. Ainsi, elle confirme la nouvelle tendance, observée dans la jurisprudence de certains tribunaux de première instance, qui consacre la possibilité d'obtenir une compensation pour perte économique future causée par une interruption de carrière.³⁶ Sans vouloir être exhaustif, soulignons quelques exemples des conséquences économiques qui sont les plus fréquemment citées et qui peuvent entrer en ligne de compte dans un calcul "compensatoire": l'absence de formation professionnelle; l'interruption de l'activité professionnelle; perte d'ancienneté; la perte de chances d'avancement; l'absence d'avantages sociaux (pensions de retraite, assurance-invalidité, assurance-maladie, assurance dentaire, etc); la perte de valeur, partielle ou totale, de la formation acquise; la renonciation à une promotion; la renonciation à une mutation professionnelle; la contribution à l'entreprise du conjoint; la prise en charge des responsabilités domestiques

³⁵ *Droit de la famille-193*, [1985] C.A. 252, à la p. 259.

³⁶ Voir *Ormerod c. Ormerod* (1990), 27 R.F.L. (3d) 225; *Elliot c. Elliot*, Ontario U.F.C. Hamilton, n° V-178/91, 4 août 1992; voir également l'étude de Kerr, *op.cit.*, note 14.

pour permettre à un conjoint d'acquérir une formation professionnelle; l'impossibilité d'épargner.³⁷

La Cour suprême insiste également beaucoup sur les incidences économiques, parfois subtiles, reliées à la présence et la charge des enfants: la nécessité de demeurer près des écoles et des installations récréatives; l'impossibilité de travailler tard en soirée; l'obligation de rester auprès d'un enfant malade; la nécessité d'un logement qui réponde aux exigences de l'éducation; l'impossibilité de consacrer ses loisirs à l'avancement de sa carrière (en suivant des cours de perfectionnement, par exemple).

Toutes ces situations peuvent donc engendrer des inconvénients financiers qui, dans la nouvelle conception de l'obligation alimentaire, deviennent éventuellement susceptibles d'indemnisation. L'idée n'est pas nouvelle et se retrouve d'ailleurs en toutes lettres dans la loi elle-même. Ce qui est peut-être nouveau, c'est que ce principe est désormais incontournable. La pension alimentaire apparaît donc comme un instrument d'équité et comme un outil permettant la réalisation d'un équilibre que les autres instruments de partage (prestation compensatoire, liquidation du régime matrimonial, partage du patrimoine familial) n'ont pas permis d'atteindre. Est-ce à dire que la pension alimentaire a désormais pour nouvelle mission de permettre le jeu des vases communicants entre les portefeuilles des conjoints? La Cour suprême répond par la négative à cette question et refuse de voir dans le partage équitable des conséquences économiques du mariage ou de son échec, un mécanisme général de redistribution déclenché par le simple fait du mariage.³⁸

Cette position est conforme aux principes en matière de partage des avoirs de la famille. Mais elle apparaît d'emblée plutôt théorique car, comme le souligne elle-même le juge L'Heureux-Dubé, la plupart des mariages engendrent dans les faits des conséquences de déséquilibre économique entre les conjoints et il faudra donc tenir compte des rôles assumés dans chacun des cas pour, finalement, aboutir à une compensation. On peut donc dire qu'il y a désormais un rapprochement sensible entre la notion de partage et celle de soutien alimentaire.

Si la Cour suprême nous propose ici un véritable modèle de pension alimentaire compensatoire, elle semble toutefois consciente de l'importance d'éviter la confusion entre partage et soutien alimentaire, en rappelant que d'autres facteurs peuvent également jouer. Il est intéressant, à cet égard, de noter que le juge L'Heureux-Dubé fait expressément mention du cas du conjoint qui souffre de maladie ou d'incapacité et qui devrait bénéficier d'aliments dans la plupart des cas. La référence à d'autres facteurs peut sembler logique si l'on restreint le terme "compensatoire" aux seules conséquences économiques qui découlent du mariage. Elle devient par contre inutile si l'on accepte que le

³⁷ Sur cette question, que plusieurs auteurs ont abordée en détail, voir en particulier l'étude de Weitzman, *op. cit.*, note 13, ainsi que l'article de Miriam Grassby, *Les femmes dans la quarantaine et la pension alimentaire* (1992), 52 R. du B., aux pp. 3-52, et l'étude collective, Weitzman et Maclean, *op. cit.*, note 10.

³⁸ *Moge c. Moge*, *supra*, note 7, à la p. 864.

caractère compensatoire s'applique non seulement aux conséquences du mariage lui-même, mais également aux difficultés économiques que peut causer l'échec du mariage. Ce dernier cas permet d'englober, par exemple, la plupart des situations de maladie survenues après le divorce. C'est compris dans ce sens large que le caractère compensatoire devient le véritable fondement de l'obligation alimentaire dans le cadre du divorce au Canada.

Bien entendu, cela ne permet pas de mettre de côté les facteurs d'attribution prévus par la loi, c'est-à-dire essentiellement les besoins du créancier et les moyens du débiteur. La Cour suprême rappelle d'ailleurs que la capacité financière du débiteur demeure le grand dilemme.³⁹ Quant aux besoins réels, ils sont en grande partie tributaires d'une part des rôles assumés pendant la vie commune et d'autre part de l'impact de la rupture elle-même. En ce sens, on peut affirmer que le modèle basé sur la stricte application du test des besoins et des moyens, tel que l'avait introduit la loi de 1968, cède considérablement le pas à celui de la compensation. Mais cela ne veut évidemment pas dire, loin de là, que le législateur aurait consacré l'ancienne théorie de la dépendance financière présumée de l'épouse.

C'est également dans ce souci d'éviter la confusion entre compensation et partage que la Cour suprême indique que le but de la loi n'est pas la compensation mathématique de chaque petit inconvénient économique relié au mariage ou à la rupture. Aussi importante que soit l'évaluation de l'impact de la distribution des rôles pendant la vie commune et, donc, la mise en preuve de l'organisation familiale, cela ne signifie pas qu'il faille procéder à des comptes d'apothicaire qui n'auraient pour résultat que d'alourdir inutilement les procédures et les frais qu'ils engendrent. L'équité en la matière impliquerait plutôt l'élaboration de paramètres qui permettent d'évaluer les avantages et inconvénients respectifs pour chaque époux et qui constituent le "point de départ pour déterminer le niveau de soutien alimentaire à accorder".⁴⁰

IV. *La hiérarchie des objectifs de l'ordonnance alimentaire*

Au coeur du débat sur les fondements de la pension alimentaire, se trouve la question de l'autonomie financière et la place de celle-ci dans les objectifs que doit viser l'ordonnance alimentaire et qui sont prévus par la loi. C'est en effet la consécration législative d'objectifs précis qui permet de mettre en lumière la dimension compensatoire de la pension alimentaire. Il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'un des objectifs de l'ordonnance est de favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun des conjoints dans un délai raisonnable. Comme nous l'avons vu plus haut, c'est sur cet objectif que se basent les tenants du modèle d'indépendance économique, en préconisant que cet objectif doit primer sur toute autre considération.

³⁹ On pourrait ajouter à cette remarque que lorsque le débiteur alimentaire a les moyens nécessaires pour faire face à ses obligations, l'autre grand dilemme en matière alimentaire est celui de l'exécution et, donc, de l'application effective des ordonnances.

⁴⁰ *Moge c. Moge*, *supra*, note 7, à la p. 849.

La jurisprudence de la Cour d'appel du Québec a, depuis quelques années déjà, opté pour une hiérarchisation des objectifs qui respecterait l'ordre de présentation prévu aux articles 15(7) et 17(7), ce qui a pour résultat de reléguer l'objectif d'indépendance économique au dernier rang. C'est par exemple ce qu'exprimait sans équivoque le juge Bernier dans l'arrêt *Droit de la famille-623*⁴¹ en reprochant au premier juge de n'avoir considéré que le quatrième des objectifs du paragraphe 17(7) sans tenir compte de la double réserve qu'il comporte.

Dans les autres provinces, la jurisprudence des cours d'appel affirme, au contraire, l'absence de hiérarchie dans les objectifs des articles 15(7) et 17(7).⁴² Et il faut bien admettre que la phraséologie de ces dispositions n'exprime aucune priorisation des objectifs énumérés. Cette absence de hiérarchisation serait, selon cette interprétation, justifiée par le fait que cela permet plus de souplesse au tribunal. Le juge pourra en effet tenir compte de toutes les caractéristiques particulières à chaque mariage et donc adapter l'ordonnance alimentaire en tenant compte de tous les objectifs exprimés. La situation particulière de chaque cas permettra alors au tribunal d'ajuster l'importance de chaque objectif à atteindre. L'application classique de ce principe se retrouve dans l'idée, souvent exprimée, selon laquelle l'objectif d'indépendance économique est de toute évidence plus contraignant lorsqu'il s'agit d'un mariage de très courte durée que quand il y va d'un mariage de trente années, par exemple.

Dans l'arrêt *Moge*,⁴³ le juge L'Heureux-Dubé emboîte le pas à cette interprétation et estime que le législateur, en ne donnant aucune priorité à un objectif en particulier, a voulu que l'ordonnance alimentaire puisse tenir compte justement de la diversité des mariages. Donner priorité au paragraphe (d) des articles 15(7) et 17(7) reviendrait, ni plus ni moins, à accepter donc un effet pervers de la *Loi sur le divorce*, soit la paupérisation d'une partie importante de la population. Dans son opinion, le juge McLachlin, aussi, souligne l'importance de tenir compte de tous les objectifs énoncés par la loi et, par conséquent, de ne pas s'en tenir à un modèle unique de pension alimentaire qui ne pourrait saisir l'esprit intégral de la loi.⁴⁴

On voit donc que la Cour suprême adopte une solution différente de celle retenue par la Cour d'appel du Québec. Cette contradiction des positions concernant l'existence ou l'inexistence d'une hiérarchie dans les objectifs prévus par la loi nous paraît pourtant plus apparente que réelle. Il faut d'abord souligner que dans les autres provinces le rejet de l'idée de priorité parmi les objectifs est essentiellement fondé sur le refus de donner priorité à l'objectif d'indépendance économique. La simple mention que cet objectif ne doit être

⁴¹ [1989] R.D.F. 196, à la p. 201 (C.A.). Voir également *Droit de la famille-1688*, *supra*, note 9, aux pp. 20-21.

⁴² *Mullin c. Mullin* (1991), 37 R.F.L. (3d) 142 (C.A.I.P.É.); *Linton c. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1 (C.A. Ont.).

⁴³ *Supra*, note 7, à la p. 853.

⁴⁴ *Ibid.*, à la p. 879.

pris en considération que “dans la mesure du possible”⁴⁵ suffit, en effet, à rejeter l’idée que l’obligation alimentaire doit répondre au modèle de l’indépendance économique. Il est important de remarquer que c’est pour rejeter cette “théorie” que ces tribunaux ont affirmé qu’il n’y a pas de hiérarchie dans les objectifs, et que c’est donc une erreur de droit que de mettre l’accent sur le quatrième, celui de l’autonomie.

À bien y penser, l’idée d’une hiérarchie est d’ailleurs difficilement applicable en ce qui concerne les objectifs (a), (b) et (c) des articles 15(7) et 17(7). Tous les trois évoquent l’idée d’une indemnisation reliée soit au mariage, soit à la charge d’enfants, soit à la rupture elle-même. Hiérarchiser n’a ici aucun sens. Les articles 15(7) et 17(7) expriment en somme non pas quatre, mais plutôt deux grands principes: d’une part, celui de la solidarité financière qui trouve son fondement dans le mariage; d’autre part, celui de l’objectif d’autonomie pour les cas où cela est possible.

L’affirmation d’une absence de hiérarchie dans les objectifs de la pension alimentaire n’est pourtant pas sans danger. Certains pourraient, en effet, y voir l’invitation à considérer qu’il n’est pas essentiel d’indemniser les inconvénients économiques qui découlent, pour un des conjoints, du mariage ou de l’échec du mariage. Or, ce n’est certainement là l’esprit ni de la loi ni de l’arrêt *Moge*. La Cour suprême rappelle, au contraire, que dans tous les cas il faut tenir compte des conséquences économiques actuelles et futures qui découlent notamment des rôles assumés par les conjoints pendant le mariage, peu importe que celui-ci soit qualifié de moderne, de traditionnel ou autrement. Cela est tellement vrai que le juge L’Heureux-Dubé va même jusqu’à écrire, de façon un peu sibylline, que le fait que l’objectif d’indépendance économique ait été atteint “n’est pas déterminant en soi”⁴⁶. Or, la consécration sans équivoque du caractère compensatoire de l’obligation alimentaire, ainsi que l’affirmation que l’ordonnance ne doit viser l’indépendance économique que dans les cas où cela est possible, revient *de facto* à mettre l’emphase sur les objectifs d’indemnisation et d’autonomie dans l’ordre d’énumération prévu par la loi.

Bien entendu, cela ne signifie pas que le tribunal n’a pas toute discrétion pour appliquer l’un ou l’autre des objectifs, compte tenu des faits particuliers de l’espèce. Cela ne veut pas dire non plus qu’il ne pourra pas décider que, dans tel cas, il n’y aura pas de pension alimentaire ou alors pour un temps seulement. Au contraire. Mais dans un cas comme celui-là, le tribunal devra nécessairement en arriver à la conclusion soit qu’il n’y a pas d’inconvénients ou de désavantages à compenser, soit que l’ordonnance assortie d’un terme compense adéquatement les inconvénients en question. Par conséquent, l’affirmation par la Cour suprême d’une absence de hiérarchie des objectifs des articles 15 et 17 apparaît avant tout comme le rejet du principe de la priorité donnée à l’objectif d’indépendance économique. On rejette donc fermement l’idée (et cela ressort aussi bien de l’opinion du juge L’Heureux-Dubé que de celle du juge McLachlin) que le conjoint défavorisé est tenu de devenir indépendant économiquement et

⁴⁵ *Loi sur le divorce*, *supra*, note 8, articles 15(7) et 17(7)(d).

⁴⁶ *Moge c. Moge*, *supra*, note 7, à la p. 852.

qu'il a un délai pour ce faire. Ceci, bien entendu, n'enlève rien au pouvoir des tribunaux de favoriser cet objectif "dans la mesure du possible", comme la loi les y invite.

Or, il faut rappeler ici une petite phrase qui est peut-être la plus importante des quatre-vingt-onze pages dactylographiées de l'arrêt *Moge*: "De tels cas semblent rares".⁴⁷ La Cour suprême nous rappelle que ce n'est qu'exceptionnellement qu'un mariage n'entraîne aucun sacrifice pour un des conjoints. Dans presque tous les cas, il y a lieu de tenir compte des rôles respectifs des conjoints aux fins d'une éventuelle ordonnance alimentaire.⁴⁸

Est-ce à dire que l'attribution d'une pension alimentaire devient, juridiquement, la règle? Certainement pas. Sur ce point, la Cour suprême ne s'écarte pas de sa jurisprudence antérieure en affirmant que le mariage ne donne pas droit automatiquement aux aliments.⁴⁹ Toutefois, s'autorisant de statistiques en la matière, le juge L'Heureux-Dubé constate qu'en réalité, un des effets du divorce est précisément l'appauvrissement pour la plupart des femmes, comme conséquence des rôles assumés pendant la vie commune. C'est en ce sens que l'on peut affirmer que, compte tenu de cette conjoncture sociale (qui peut changer, bien entendu), l'attribution d'une pension pourrait devenir *de facto* la règle et le refus (ou le terme) l'exception.

V. Le seuil de l'autonomie et le pouvoir discrétionnaire

En matière alimentaire, la vraie question demeure (outre bien entendu celle des ressources financières du débiteur) celle du seuil de l'autonomie. À partir de quand une personne est-elle indépendante économiquement, c'est-à-dire capable de se passer du soutien financier de l'autre? La façon classique de répondre (ou de ne pas répondre) à cette question consiste à dire que cela dépend des faits particuliers de chaque cause et que cela relève donc du pouvoir discrétionnaire du juge des faits. Les cours d'appel et la Cour suprême n'ont d'ailleurs jamais manqué l'occasion de rappeler que les tribunaux de première instance jouissent en matière alimentaire d'une très large discrétion et que ce pouvoir doit être respecté par les instances d'appel. La Cour suprême l'avait déjà souligné dans les affaires *Messier c. Delage*⁵⁰ et dans *Pelech c. Pelech*.⁵¹ L'arrêt *Moge* ne fait pas exception à cette habitude d'auto-censure quant aux pouvoirs d'examen en appel. La Cour suprême y cite, une fois de plus, les propos du juge Morden de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Harrington c. Harrington*:⁵²

En ce qui concerne la norme applicable à l'appel, je suis d'avis que nous ne devrions pas intervenir dans une décision du juge de première instance à moins d'être persuadés que ses motifs recèlent une erreur grave, ce qui inclurait une méprise sérieuse dans

⁴⁷ *Ibid.*, à la p. 865.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Messier c. Delage*, *supra*, note 20.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Supra*, note 3.

⁵² (1981), 33 O.R. (2d) 150, à la p. 154. (Traduction de l'auteur de l'article). À noter que les propos du juge Morden s'inscrivaient dans le cadre de la *Loi sur le divorce* de 1968,

l'appréciation de la preuve soumise, bien entendu, et, pour reprendre une expression bien connue, le cas où le juge de première instance a "commis une erreur de principe ou (si son) jugement définitif (est) par ailleurs manifestement erroné": *Attwood c. Attwood*, [1968] p. 591, à la page 596. En d'autres termes, en l'absence d'erreur grave, je ne pense que la cour jouisse d'un "pouvoir discrétionnaire indépendant" de se prononcer à nouveau sur la question de la pension alimentaire ...

L'importance du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance en matière alimentaire se trouve donc formellement confirmée. Pourtant, force est de constater que nous assistons dans ce domaine à un encadrement plus serré de l'exercice de ce pouvoir. En effet, l'arrêt *Moge* nous rappelle que cette discrétion doit s'exercer dans la stricte observance des facteurs et objectifs de la loi. Plus ces objectifs sont précis, plus le champ où s'exerce la discrétion judiciaire se rétrécit. L'affirmation de l'importance du caractère compensatoire de la pension alimentaire apporte des balises à la discrétion judiciaire. Il s'agit de compenser des inconvénients, des désavantages. Tout comme en matière de responsabilité civile, le "dommage" n'est évidemment pas toujours facile à évaluer, mais du moins fait-on référence à une "perte" et donc à quelque chose de concret, de chiffrable. C'est en ce sens que le pouvoir discrétionnaire est plus circonscrit: le tribunal doit nécessairement tenir compte des inconvénients et désavantages que la pension devra, du moins en partie, compenser. En d'autres mots, l'exercice du pouvoir discrétionnaire ne doit pas faire perdre de vue que le législateur a fait des choix.

L'affirmation d'un pouvoir discrétionnaire très étendu n'est d'ailleurs pas sans danger. Les contradictions profondes dans les interprétations et les applications judiciaires de la trilogie *Pelech* ne sont pas totalement étrangères à l'exercice débridé du pouvoir discrétionnaire. À vouloir trop souligner ce pouvoir, on risque de préparer un terrain fertile pour de nouvelles contradictions. N'est-ce pas précisément l'exercice de cette large discrétion qui nous amène aujourd'hui à constater qu'un grand nombre de femmes ont été injustement privées de leur droit aux aliments?⁵³

C'est dans le souci de pallier à la disparité des décisions en matière alimentaire que certains préconisent l'établissement de règles de calculs automatiques.⁵⁴ Le principe du caractère indemnitaire, quant à lui, n'implique pas, nous l'avons vu, un calcul mathématique et rigoureux de ce qui doit être compensé, mais constitue tout de même une intéressante garantie d'équité dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

La question du seuil de l'autonomie relève également de ce pouvoir. Ceux qui auraient souhaité des indications précises sur ce qui constitue un seuil d'autonomie acceptable seront peut-être déçus. Il était néanmoins important de garder toute sa souplesse à une telle notion. En effet, il ne s'agit pas de permettre la réalisation d'une "certaine autonomie" qui serait définie abstraitement au

supra, note 17, mais que la Cour suprême adopte la même attitude dans le cadre de la nouvelle loi, compte tenu des différences minimales entre les anciennes et les nouvelles dispositions concernant l'intervention de la Cour d'appel en matière de divorce.

⁵³ *Moge c. Moge*, *supra*, note 7, à la p. 857.

⁵⁴ Voir par exemple Kerr, *op. cit.*, note 14.

moyen d'un chiffre magique qui représenterait la frontière entre l'autonomie et la dépendance. Au contraire, le critère d'autonomie doit dépendre de l'application d'un test subjectif qui prend en considération toutes les facettes de chaque cas particulier.

La Cour suprême pose néanmoins quelques balises intéressantes. Ainsi, le juge L'Heureux-Dubé dénonce la "parcimonie sans pareil" d'un tribunal qui avait estimé qu'un revenu brut annuel de \$20 000 correspond au niveau d'indépendance économique visé par la *Loi sur le divorce* de 1985.⁵⁵ Il s'agit là d'un appel à une interprétation plus réaliste, et donc plus généreuse, de ce que constitue le seuil d'indépendance économique.

Certains auteurs ont suggéré que l'autonomie devrait être considérée comme atteinte lorsque le créancier arrive au même niveau de vie que le débiteur.⁵⁶ D'autres suggèrent que, puisque le mariage est une entreprise commune, le critère devrait être celui du niveau de vie atteint par le couple pendant la vie commune.⁵⁷ Et la Cour suprême indique que cette norme est effectivement loin d'être sans intérêt en matière de droit aux aliments, spécialement lorsqu'il s'agit d'un mariage de longue durée.⁵⁸

Dans la mesure où le permettent les circonstances économiques, la Loi vise à rétablir le plus possible, pour ce qu'il reste de la famille, la situation qui existait avant la rupture du mariage.

Même si les principes régissant l'obligation alimentaire axés sur un partage équitable ne garantissent pas à chacune des parties le niveau de vie qu'elle avait durant le mariage, cette norme est loin d'être sans intérêt en matière de droit aux aliments (voir *Mullin c. Mullin*..., et *Linton c. Linton*..., [supra, note 42]). En outre, les importantes disparités de niveau de vie que connaîtraient les époux privés de pension alimentaire sont souvent un indice révélateur des inconvénients économiques inhérents au rôle assumés par l'un d'eux.

Quoi qu'il en soit, nous suggérons qu'il ne peut y avoir d'autonomie au sens de la loi, sans qu'il n'y ait eu, au moins en partie, juste compensation pour les inconvénients économiques qui découlent du mariage et de son échec. Or, certains de ces inconvénients, nous le savons, peuvent s'étaler sur une longue période. Si l'on ajoute à cela que dans une certaine mesure la notion de besoins peut inclure la nécessité de préparer sa retraite, comme l'affirme l'arrêt *Moge* qui, sur ce point, rejoint la jurisprudence récente de la Cour d'appel du Québec,⁵⁹ il faut alors conclure que dans de nombreux cas la pension alimentaire devra désormais être envisagée comme une *mesure à long terme*.

Les faits de l'arrêt *Moge* nous en donnent un exemple concret puisque dans ce cas le tribunal refuse de mettre fin aux paiements que le débiteur assumait

⁵⁵ Il s'agit en l'occurrence de *Cymbalisty c. Cymbalisty* (1989), 56 Man. R. (2d) 28 (B.R. Man.), cité dans *Moge c. Moge*, supra, note 7, à la p. 847.

⁵⁶ R.S. Abella, *Economic Adjustment on Marriage Breakdown: Support* (1981), 4 Fam. L. Rev. 1.

⁵⁷ C. Rogerson, *Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the Divorce Act, 1985 (Part I)* (1991), 7 C.F.L.Q. 155, aux pp. 174-175.

⁵⁸ *Moge c. Moge*, supra, note 7, aux pp. 864, 870.

⁵⁹ Voir en particulier *Droit de la famille-901*, [1990] R.J.Q. 2771, à la p. 2772 (C.A.).

depuis seize années déjà. Le juge Twaddle, de la Cour d'appel du Manitoba, exprimait bien cette idée de long terme dans les conséquences du mariage et de sa rupture:⁶⁰

Selon la durée du mariage, l'instruction de l'épouse et son expérience de travail, l'indépendance économique peut signifier pour l'épouse une situation de désavantage permanent qu'elle ne pourra pas surmonter. L'épouse qui pendant des années a concentré ses efforts sur son foyer, son époux et ses enfants pourrait bien avoir perdu des chances d'apprendre, de s'instruire et de se développer. *Ces chances pourraient bien être perdues à tout jamais.*

Il ne faut évidemment pas perdre de vue que lorsqu'on parle d'autonomie en matière alimentaire, ce n'est pas la réalisation effective de l'autonomie qui importe, mais bien la capacité réelle à atteindre cette indépendance économique. Ceci dit, un des aspects intéressants de l'arrêt *Moge* est précisément son insistance sur le principe qu'il ne faut pas hésiter à voir dans la pension alimentaire une mesure possiblement de longue durée, voire une mesure "pour la vie". Et c'est sans doute ce qui rend cette décision fondamentalement différente de la trilogie *Pelech-Richardson-Caron*, dans laquelle la Cour suprême appuyait, avec insistance, sur la notion d'autonomie de chaque époux. Mais l'écart qui sépare les arrêts *Moge* et *Pelech* est peut-être moins grand qu'il n'y paraît à première vue. Il convient donc de s'interroger sur l'impact qu'aura la récente décision de la Cour suprême sur les principes issus de la trilogie de 1987.

VI. L'avenir de la trilogie et de la théorie du lien causal

L'arrêt *Moge* s'inscrit dans la ligne du courant jurisprudentiel de certaines cours d'appel qui ont clairement indiqué que les principes énoncés dans la trilogie *Pelech-Richardson-Caron* doivent faire l'objet d'une interprétation restreinte. Ce courant établit également que la "théorie du lien causal (*causal connection*)" ne doit s'appliquer que dans les seuls cas où les parties ont elles-mêmes limité et réglé définitivement la question du droit aux aliments. Il s'agit essentiellement des arrêts *Story c. Story*,⁶¹ *Lynk c. Lynk*,⁶² *Doncaster c. Doncaster*,⁶³ *Linton c. Linton*,⁶⁴ *Droit de la famille-623*⁶⁵ et *Droit de la famille-1688*.⁶⁶ Comme nous l'avons déjà souligné plus haut, c'est la première fois que la Cour suprême a eu l'occasion de se pencher à nouveau sur les fondements de l'obligation alimentaire depuis sa trilogie de 1987. Dans l'arrêt *Moge*, la Cour suprême ne veut toutefois pas se prononcer sur la question délicate du lien de

⁶⁰ (1990), 64 Man. R. (2d) 172, aux pp. 176-177, cité par le juge McLachlin dans *Moge c. Moge*, *supra*, note 7, à la p. 880. (Mots mis en italique par l'auteur de l'article).

⁶¹ *Supra*, note 1.

⁶² (1989), 21 R.F.L. (3d) 337 (C.A. N.-É.).

⁶³ (1989), 21 R.F.L. 357 (C.A. Sask.).

⁶⁴ *Supra*, note 42.

⁶⁵ *Supra*, note 41.

⁶⁶ *Supra*, note 9.

causalité dans le cadre de la *Loi sur le divorce* de 1985, parce que l'espèce ne vise pas une convention définitive portant sur la pension alimentaire.⁶⁷

Afin d'éviter toute confusion future, il convient donc de bien situer l'arrêt *Moge* par rapport à la trilogie et, par la même occasion, de s'interroger sur cette fameuse (fumeuse?) théorie du lien causal.

On peut dire que c'est suite à la trilogie que l'on a commencé à parler d'une véritable théorie du lien de causalité. Rappelons que ces trois arrêts de la Cour suprême, rendus en 1987 mais sous l'empire de la *Loi sur le divorce* de 1968, portaient essentiellement sur le problème des conventions signées entre conjoints ou ex-conjoints concernant le règlement définitif de la question des aliments au profit de l'un d'entre eux. À cette occasion, la Cour suprême a conclu que les tribunaux ne pouvaient écarter ces ententes alimentaires sans la preuve (1) d'un *changement radical* de la situation financière de l'une des parties et (2) d'un *changement tirant directement son origine du mariage*.⁶⁸ C'est là l'essence même de la trilogie qu'exprime bien le passage suivant de l'opinion du juge Wilson dans l'arrêt *Pelech c. Pelech*:⁶⁹

En l'absence d'un lien de causalité entre le changement de circonstances et le mariage, il me semble que les parties qui déclarent mettre fin à leurs rapports devraient être prises au mot. Elles ont décidé de se marier, puis de dissoudre leur mariage. Leurs décisions devraient être respectées. Elles devraient par la suite être libres de refaire leur vie sans avoir à assumer une responsabilité contingente permanente pour les éventuelles infortunes de l'autre. Ce n'est, à mon avis, que lorsque cette éventuelle infortune tire son origine du mariage lui-même que le tribunal devrait pouvoir passer outre au règlement de leurs affaires, auquel elles sont elles-mêmes arrivées.

Suite à ces arrêts, on a assisté à une confusion importante dans l'interprétation prétorienne et doctrinale de ces exigences quant au lien de causalité et au caractère final des liens alimentaires. Certains auteurs et certaines décisions judiciaires n'hésitèrent pas à étendre les principes énoncés par la trilogie aux situations non consensuelles, ainsi qu'aux législations provinciales et à la nouvelle *Loi sur le divorce* de 1985. Il en résulta ce que le professeur Payne qualifie de chaos judiciaire.⁷⁰ Mais cette confusion vient essentiellement de ce que l'on a voulu faire de la fin des relations financières entre conjoints, et donc de la nécessaire indépendance financière des conjoints, la pierre angulaire en matière d'obligation alimentaire, même en dehors des situations limitées des arrêts de la trilogie.

Dans l'arrêt *Moge*, la Cour suprême rend trois choses très claires par rapport à *Pelech*: (1) la trilogie exprime le respect des tribunaux à l'égard des conventions librement consenties sous le régime de la *Loi sur le divorce* de 1968; (2) la trilogie n'a jamais visé les situations non consensuelles; (3) la trilogie n'a pas eu pour effet de proposer un modèle de pension alimentaire basé sur la notion

⁶⁷ *Moge c. Moge*, *supra*, note 7, à la p. 839.

⁶⁸ Voir les commentaires de Pilon, *loc. cit.*, note 6, aux pp. 533-559.

⁶⁹ *Supra*, note 3, à la p. 851.

⁷⁰ J. Payne, *Further Reflections on Spousal and Child Support after Pelech*, Caron and Richardson (1989), 20 R.G.D.477; voir également C. Rogerson, *The Causal Connection Test in Spousal Support Law* (1989), 8 Can. J. of Fam. L. 95.

d'indépendance économique et applicable même en dehors du contexte d'un règlement consensuel définitif.

Deux autres questions, auxquelles la Cour suprême ne donne par contre pas de réponse, méritent pourtant l'attention. La première n'est pas nouvelle et consiste à se demander si la trilogie trouve vraiment application dans les situations consensuelles, mais sous le régime de la *Loi sur le divorce* de 1985 cette fois. La deuxième question est relative à l'impact de l'arrêt *Moge* sur la fameuse théorie du lien causal.

A. La trilogie et la *Loi sur le divorce* de 1985

Première question donc: la trilogie s'applique-t-elle aux situations consensuelles sous l'empire de la nouvelle loi? Jusqu'à présent les tribunaux ont généralement répondu par l'affirmative. L'arrêt *Moge*, quant à lui, est plutôt ambigu sur cette question. D'une part, il insiste sur le fait que la trilogie a été rendue sous l'empire de l'ancienne loi mais, d'autre part, il cite avec approbation des arrêts de cours d'appel qui cantonnent les principes de la trilogie aux situations consensuelles, même sous la nouvelle loi. Dans la mesure où l'arrêt *Pelech* fait expressément référence à des objectifs que devrait atteindre l'ordonnance alimentaire, dans des termes à peu près identiques à ceux que l'on retrouve dans la nouvelle loi sur le divorce, on peut effectivement soutenir que les principes de la trilogie doivent s'appliquer sous cette loi. D'ailleurs, lorsque la Cour suprême indique dans la trilogie que les contrats entre conjoints ne devraient pas être modifiés à la légère,⁷¹ ce principe est de toute évidence pertinent sous l'empire de la nouvelle loi puisque son article 15(5)(c) prévoit expressément que le tribunal doit tenir compte d'une entente ou autre arrangement alimentaire, qui devient donc un facteur légal à considérer. On pourrait, à la rigueur, trouver dans l'énonciation de cette disposition un argument *a fortiori* en faveur de la "survie" de la trilogie *Pelech*: dans la mesure où la Cour suprême a établi les principes de la trilogie sous l'empire de l'ancienne loi, qui ne prévoyait pas expressément les ententes comme facteurs à considérer, à plus forte raison ces principes sont-ils pertinents dans le cadre de la nouvelle loi qui, elle, mentionne précisément les conventions. La convention entre conjoints est donc un facteur à considérer.

Mais est-ce pour autant le principal, voire l'unique facteur? À la lumière de l'arrêt *Moge* on peut en douter sérieusement. En effet, la Cour suprême souligne que c'est le texte de la loi qui prévaut. Or la loi prévoit en matière alimentaire une série de facteurs et d'objectifs que l'ordonnance doit respecter et viser à atteindre. En insistant sur le pouvoir discrétionnaire des tribunaux de première instance dans l'évaluation de la situation globale des parties, la Cour suprême établit clairement que la loi ne prévoit pas de hiérarchie dans les objectifs de l'ordonnance alimentaire, et qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'en créer. Pourquoi en irait-il autrement en ce qui concerne les facteurs à considérer? Il faut bien constater que, pas plus qu'elle ne le fait pour les

⁷¹ G.M. Quijano et N.A. Trott, *How Broadly Is the Causal Connection Test to Be Applied?* (1989), 5 C.F.L.Q. 247, à la p. 248, cité avec approbation par le juge L'Heureux-Dubé dans *Moge c. Moge*, *supra*, footnote 7, à la p. 837.

objectifs, la loi n'exprime de priorité dans les facteurs à considérer. Au contraire, elle se contente de fournir une liste exemplative d'éléments pertinents. Les ententes ne sont donc, légalement, qu'un facteur parmi bien d'autres.

Il faut ajouter à cela que le poids accordé par la trilogie *Pelech-Richardson-Caron* aux ententes conjugales est fondé sur le principe de l'importance du règlement définitif des affaires financières des anciens conjoints,⁷² ce qui n'est plus le cas avec l'arrêt *Moge*. Ajoutons à cela que l'importance du caractère compensatoire de la pension alimentaire est soulignée par le fait que cet objectif de compensation ne se retrouve pas seulement au stade de l'ordonnance initiale mais également au stade de l'ordonnance modificative, que le jugement sur mesures accessoires ait ou non entériné une convention entre ex-conjoints. Il n'est donc pas déraisonnable de soutenir, à la lumière de l'arrêt *Moge*, que les principes de la trilogie *Pelech* ne s'appliquent pas sous la *Loi du divorce* de 1985 ou, à tout le moins, que la rigidité avec laquelle la trilogie prend en considération les ententes entre conjoints ou ex-conjoints devrait s'atténuer considérablement.

B. La théorie du lien causal

Considérons néanmoins que les principes de la trilogie demeurent pertinents aux situations consensuelles sous l'empire de la nouvelle loi. Posons-nous alors la deuxième question, celle de l'impact de l'arrêt *Moge* sur la théorie du lien causal. Tout en insistant sur le fait que la trilogie a été rendue sous l'ancienne loi, la Cour suprême n'aborde pas cette question parce que l'affaire ne vise pas une convention définitive par laquelle les parties auraient réglé les conséquences économiques de leur divorce.⁷³

Pourtant, la question de la causalité, au sens large, n'est pas absente de l'arrêt *Moge*. Elle est, au contraire, au centre même de l'approche préconisée par la Cour suprême. En effet, l'affirmation du caractère compensatoire de la pension alimentaire inclut nécessairement la dimension de causalité. Il s'agit de compenser et donc de relier l'obligation alimentaire à une situation antérieure qui a engendré l'état de dépendance. Si la philosophie de la théorie du lien causal est à l'effet que la pension alimentaire doit redresser les injustices économiques découlant du mariage et des relations qui se sont développées pendant celui-ci, il est alors évident que cette théorie demeure d'actualité. La nécessaire référence aux rôles assumés par les conjoints illustre sans équivoque le lien qui existe entre l'obligation alimentaire et le style de vie adopté par les parties. Comment dire plus clairement qu'il doit y avoir un lien de causalité? Comprise dans ce sens large, la notion de causalité dégagée par l'arrêt *Moge* n'est pas fondamentalement différente de celle établie par la trilogie. Rappelons que dans *Pelech*, le juge Wilson, qui s'appuyait notamment sur les travaux de la Commission de Réforme du droit du Canada, avait d'ailleurs souligné l'importance de tenir compte des rôles assumés par les conjoints pendant le mariage.⁷⁴

⁷² *Richardson c. Richardson*, *supra*, note 4, à la p. 866.

⁷³ *Moge c. Moge*, *supra*, note 7, à la p. 839.

⁷⁴ *Pelech c. Pelech*, *supra*, note 3, aux pp. 829-830, 851.

Les tribunaux sont obligés d'analyser le type d'interdépendance financière qui s'établit dans chaque ménage en particulier et de concevoir une ordonnance alimentaire qui minimise autant que possible les conséquences économiques de la rupture du ménage. En ce sens, chaque cas est sui generis comme cette Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Messier*.

Chaque relation conjugale crée son propre régime économique dont découle l'autosuffisance ou l'état de dépendance des partenaires. L'évaluation de l'étendue des répercussions post-conjugales de ce régime est essentiellement l'affaire du juge de première instance.

L'approche compensatoire de l'arrêt *Moge* rejoint donc le principe de lien causal au sens large. Dans chaque cas, il faut se demander si une telle situation de besoin est une conséquence du mariage ou de sa rupture. La différence fondamentale entre les deux arrêts réside, non pas tellement sur le principe même de la causalité, mais plutôt sur la compréhension pratique du principe et donc dans l'évaluation des conséquences économiques réelles du mariage et de sa rupture. C'est ainsi que, pour le juge Wilson, les cas où l'on peut démontrer l'existence du lien causal font partie d'une "catégorie de cas limitée".⁷⁵ Aujourd'hui, on a une meilleure connaissance de l'impact économique du partage des rôles. D'où l'importance de tenir compte des statistiques et des études empiriques en la matière⁷⁶ et de fournir aux tribunaux des preuves complètes sur les répercussions financières du mariage et du divorce. Ceci amène la Cour suprême à considérer que, loin de constituer une catégorie marginale, les cas de dépendance financière tirant leur origine du mariage ou de son échec représentent, au contraire, la majorité des cas.

Dans ce sens étendu, la théorie du lien causal demeure donc plus que jamais d'actualité. Appliquée de cette façon aux faits de l'arrêt *Richardson c. Richardson*,⁷⁷ il est probable que l'opinion dissidente du juge La Forest obtiendrait aujourd'hui l'adhésion de la Cour lorsqu'il estime qu'il faut tenir compte de la perte des capacités à travailler, de la perte d'ancienneté, de la difficulté à retrouver du travail, ainsi que des contraintes reliées à l'éducation des enfants, plutôt que de réduire les causes de la dépendance financière de Madame Richardson à la seule conjoncture économique. Par contre, il est désormais clair qu'il faut rejeter l'interprétation étroite de l'exigence du lien de causalité. On peut se référer à cet égard à la critique convaincante de Rogerson

⁷⁵ *Ibid.*, à la p. 851.

⁷⁶ À ce sujet, il est intéressant de noter que le juge L'Heureux-Dubé propose d'étendre le domaine de la connaissance d'office en recourant notamment aux statistiques publiques, afin de permettre aux tribunaux de mieux cerner le contexte social. Cette proposition illustre l'évolution récente vers une plus grande implication des juges dans l'administration de la preuve. On peut noter, à cet égard, que le nouveau *Code civil du Québec* va dans ce sens en édictant que "[l]e tribunal doit prendre connaissance d'office de tout fait dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable" (art. 2808). Déjà, en 1985, le juge L'Heureux-Dubé, dans une cause matrimoniale, prenait connaissance d'office de statistiques établies par le gouvernement canadien, pour définir le seuil de pauvreté d'une famille avec quatre enfants, tout en ayant soin de préciser que "ces données générales qu'on doit avoir à l'esprit sont subordonnées à la preuve et aux circonstances de l'espèce" (*Droit de la famille-182*, [1985] C.A. 92, à la p. 95).

⁷⁷ *Supra*, note 4.

qui dénonce l'application souvent erronée du test du lien causal qui, plutôt que de remédier aux conséquences économiques du mariage, en vient à les ignorer tout simplement.⁷⁸

C'est exactement ce qu'exprime le juge LeBel dans le récent arrêt *Droit de la famille-1688*,⁷⁹ arrêt qui risque d'être un peu éclipsé par l'arrêt *Moge*, mais qui n'en mérite pas moins toute notre attention:

Ces arrêts [la trilogie *Pelech-Richardson-Caron*] ont souvent infléchi les positions des plaideurs et, parfois, celles même des tribunaux, vers une application mécanique d'un lien de causalité et vers la recherche d'une preuve stricte de ce lien, comme condition nécessaire de l'existence même du droit au soutien alimentaire.

Cette application, et non les arrêts beaucoup plus nuancés et complexes de la Cour suprême, souvent interprétés hors de leur contexte, sans égard à l'ensemble des dispositions de la Loi sur le divorce et, encore moins, de la réalité sociale et économique des mariages modernes, ne permettait pas de régler adéquatement les problèmes d'application de la Loi sur le divorce et, surtout, de détermination du droit à des aliments.

Et c'est bien parce que le test du lien causal a été mal compris et interprété de façon mécanique, que l'on a assisté par la suite à un courant jurisprudentiel où tout tournait autour de la question de savoir s'il fallait ou non appliquer ce test dans des situations autres que celles prévues dans la trilogie. La question primordiale est donc celle du lien entre, d'une part l'état de dépendance et, d'autre part, les choix effectués par les conjoints pendant le mariage et qui ont des répercussions à la rupture. Pour illustrer cela, on peut prendre l'exemple de l'ex-conjointe atteinte d'une maladie grave après le divorce. Sauf exception, la maladie elle-même n'a évidemment pas de lien avec le mariage. Dans l'application restrictive du test de causalité, il est important de se demander si la maladie existait déjà pendant le mariage, si les effets s'en sont déclarés plus tard, si la maladie n'a commencé qu'après le divorce, s'il y a un lien entre la maladie et le mariage lui-même, *etc.* Il ne peut alors être question de pension alimentaire dans la plupart des cas. Si l'on considère, au contraire, que n'eût été le partage des rôles et donc le fait que l'ex-conjointe n'a, par exemple, jamais été sur le marché du travail, celle-ci aurait peut-être pu faire face aux difficultés financières (assurance-invalidité, *etc.*) qui se présentent. Dans ce cas, la maladie entraîne une incapacité physique à travailler et donc à générer des revenus, mais l'état de dépendance, lui, trouve sa source plus haut; soit dans le mariage ou dans la rupture du mariage.

Dans cette conception du lien causal, peu importe de savoir si la maladie trouve son origine à l'époque du mariage ou non. Le lien de causalité doit exister par rapport à l'état de dépendance et non pas par rapport à un événement en soi. La maladie, l'accident ou tout autre événement fortuit, même sans lien avec le mariage ou avec la rupture, peut donc réduire un individu à un état de dépendance qui n'aurait pas existé s'il n'y avait pas eu, d'abord, le mariage avec son organisation particulière. Cette démonstration n'est pas toujours facile à

⁷⁸ *Loc. cit.*, note 70, à la p. 105.

⁷⁹ *Supra*, note 9, aux pp. 14-15. (Mots mis en italique par l'auteur de l'article).

faire. D'où l'intérêt de certains "indices" mentionnés par le juge McLachlin, comme par exemple l'âge de l'épouse ou le temps écoulé entre la rupture et la situation de dépendance, indices qui, selon les cas, peuvent permettre une inférence de causalité.⁸⁰

L'arrêt *Moge* a finalement le mérite de mettre en lumière les erreurs de l'interprétation mécanique et étroite qui a été faite de la trilogie. Cette interprétation a confondu le *ratio decidendi* avec ce qui n'était qu'*obiter*, en faisant du principe de l'indépendance économique des ex-conjoints la pierre angulaire de l'obligation alimentaire. On ne pourra plus, à l'avenir, se contenter d'affirmer que si l'ex-épouse ne trouve pas d'emploi, c'est à cause de la conjoncture économique. Il faudra, dans chaque cas, s'interroger sérieusement et minutieusement sur les causes réelles de cet état de fragilité du conjoint dépendant.

Conclusion

La doctrine du *clean break* qui semblait, il n'y a pas si longtemps, vouée à un brillant avenir comme c'est le cas dans la plupart des pays européens, est désormais abandonnée comme fondement de l'obligation alimentaire au Canada. Ce changement de cap, au profit de la reconnaissance du rôle compensatoire des aliments, aura de toute évidence un impact important sur l'attribution des pensions alimentaires et l'on devrait logiquement assister à une augmentation très considérable de jugements accordant des aliments, même s'il est à prévoir que de fortes réticences voient le jour.⁸¹ Comme nous l'avons souligné plus haut, on devrait également assister à l'acceptation du principe selon lequel il n'est pas nécessairement exceptionnel qu'une pension alimentaire soit accordée pour une longue période. Comme le mentionnait un tribunal d'appel californien à propos du fait qu'il n'était pas impossible que la pension alimentaire devienne une mesure à long terme.⁸²

The husband simply has to face up to the fact that his support responsibilities are going to be of extended duration - perhaps for life. This has nothing to do with feminism, sexism, male chauvinism or any other trendy social ideology. It is ordinary common sense, basic decency, and simple justice.

Cette nouvelle ère de la pension alimentaire aura également un impact sur la pratique judiciaire en matière familiale. Ainsi, plus que jamais, est-il nécessaire de faire la preuve des fonctions assumées par les conjoints pendant la vie commune et de recourir à des éléments de preuve économique et comptable pour mettre en lumière les conséquences matérielles présentes et

⁸⁰ *Moge c. Moge*, *supra*, note 7, aux pp. 881-882.

⁸¹ Mentionnons, à titre d'illustration, l'énoncé de P.-A. Champagne, La durée de la pension alimentaire: faut-il un terme? Quand et pourquoi?, dans *Nouveaux développements en droit familial* (1990), pp. 31-32, qui écrit que "les sous-paragraphes (a) et (c) du sous-paragraph (7) [de l'article 17] ne représentent qu'un écran de fumée afin de limiter l'application du sous-paragraph (d)".

⁸² *In re Marriage of Brantner* (1977), 67 Cal. App. (3d) 416, aux pp. 419-420, cité par Weitzman and Maclean, *op. cit.*, note 10.

futures du divorce.⁸³ Aussi n'est-ce qu'avec extrême prudence que les plaideurs devraient désormais renoncer aux aliments ou accepter de limiter ceux-ci en prévoyant un terme dans une convention. Et dans la mesure où la pension apparaît également comme mécanisme régulateur ou d'équité, dans le partage des biens familiaux, la question des aliments devra désormais être réglée en dernier ressort, c'est-à-dire après le règlement des questions relatives au partage du patrimoine familial, à la prestation compensatoire ou, encore, à la liquidation du régime matrimonial. Il reste à souhaiter que l'arrêt *Moge* ne subisse pas le même sort que la trilogie dont le but était tout de même d'uniformiser la jurisprudence en la matière.

En affirmant que le mariage est une aventure commune dont les acteurs doivent assumer les conséquences, même au-delà de la rupture, un nouvel essor est donné à la pension alimentaire. On réaffirme du même coup l'importance de la solidarité familiale. Cela ne doit toutefois pas nous faire perdre de vue que la famille, comme lieu privilégié d'éducation et d'épanouissement, n'est pas qu'une affaire privée mais qu'elle est aussi une institution d'intérêt public. Le divorce a dès lors des conséquences sociales qui relèvent aussi de la responsabilité et de la solidarité collectives.

⁸³ À cet égard, la remarque que faisait Pilon, *loc. cit.*, note 6, à la p. 537, à propos des conséquences de la trilogie *Pelech*, n'a rien perdu de sa pertinence:

La trilogie nous invite maintenant à faire le procès de la "relation conjugale" de façon à établir le régime économique durant le mariage. Et cette étape est très importante puisqu'elle fixe les droits alimentaires des partenaires. D'autre part, un juge peut avoir une perception différente du régime, dépendant de l'appréciation qu'il a faite du mode de vie des conjoints durant le mariage. Il est donc très important de fournir au juge tous les éléments de preuve lui permettant une image juste de la situation.