

RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION AU CANADA (QUÉBEC) DU NOUVEAU DIVORCE FRANÇAIS SANS JUGE

Jeffrey Talpis*

Dans le présent texte, le professeur Talpis discute de la nouvelle loi française sur le divorce sans juge adoptée le 1^{er} janvier 2017, laquelle prévoit que lorsque les époux s'entendent sur le divorce et sur les effets collatéraux de celui-ci, il suffit que la convention de divorce soit ensuite déposée au rang des minutes d'un notaire pour que le mariage soit dissous.

Après un bref survol de la nouvelle loi, l'auteur se penche sur la notion de circulation transfrontalière du divorce sans juge au Canada, au Québec, de même que dans certaines juridictions étrangères. Selon le professeur Talpis, suivant l'approche juridictionnelle, le divorce français sans juge ne pourrait être reconnu ni au Canada ni au Québec. Cependant, dans certaines circonstances, le divorce pourrait être reconnu au Québec par application de l'approche conflictuelle.

L'auteur termine avec quelques recommandations de réforme de la loi actuelle, lesquelles permettraient de réduire l'incertitude et éviteraient ainsi les mariages et divorces boiteux dans un contexte international.

In this text, Professor Jeffrey Talpis discusses the new French law allowing divorce without a judge, adopted January 1st, 2017, which provides that where the parties have agreed to divorce and to all collateral matters, and where the agreement is filed with a French notary, the marriage is dissolved.

Following a brief overview of the new law, the author focuses on its cross-border application in various foreign jurisdictions, particularly in Canada, in the Province of Quebec. According to Professor Talpis, the French divorce sans judge would not be recognized under the jurisdictional approach in Canada or Quebec. Nonetheless, as the author explains, in certain circumstances it could be recognized in Quebec under the conflictual approach.

The author concludes by recommending that the current law be reformed in order to reduce uncertainty and prevent flawed marriages and divorces in an international context.

* Professeur titulaire, faculté de droit, Université de Montréal, docteur en droit.

Table des matières

Introduction	159
Chapitre 1. Caractéristiques de la nouvelle loi française sur le divorce sans juge	161
Chapitre 2. La circulation transfrontalière du divorce sans juge dans certains États étrangers	162
A) Au sein de l'Union européenne	162
B) Dans certains États du Maghreb	164
C) Dans certains États de <i>Common Law</i>	165
Chapitre 3. Reconnaissance du divorce français sans juge au Québec (Canada)	165
Section 1. En l'assimilant à une décision étrangère	165
1) Le divorce doit être prononcé par un tribunal ou une autre autorité compétente	168
2) Des liens spécifiques selon la loi du divorce doivent exister entre l'État du tribunal ou autre autorité d'origine et les époux ou l'un d'eux	171
Section 2. Reconnaissance du divorce français sans juge par l'approche conflictuelle	172
Section 3. Revisiter les exemples	174
Chapitre 4. Conclusion—Quelques réflexions de réforme	175
A) Droit interne	175
B) Droit international privé	175

Introduction

L'un des objectifs traditionnels de l'État est de préserver les mariages. Quelques États interdisent le divorce (État du Vatican, Philippines, Liban pour les chrétiens de rite maronite) et les lois de la quasi-totalité des États précisent que seulement certains types d'actes précis et prouvables constitueront des motifs de divorce, lequel doit être prononcé par un tribunal.

Aussi, l'État demeure l'arbitre final du divorce par son système judiciaire et aucune entente privée ou déclaration unilatérale prévoyant la fin automatique du mariage après une période de temps déterminée ou basée sur la simple volonté d'un ou des deux époux ne saurait être retenue par un tribunal comme motif du divorce¹.

¹ Voir Donna J Zenor, « Untying the Knot : the Course and Patterns of Divorce Reform » (1972) 57:4 Cornell L Rev 649.

C'est la situation au Canada où selon l'article 8 de la *Loi sur le divorce*², seul un tribunal peut prononcer un divorce au Canada. Les seuls motifs du divorce sont 1) l'échec du mariage, établi lorsque les époux ont vécu séparément pour plus d'un an et vivaient séparément au moment de l'introduction de l'instance, 2) l'adultère, et 3) lorsqu'un époux a traité l'autre avec une cruauté physique ou mentale.

Ainsi, selon la *Loi sur le divorce*, le consentement mutuel des époux n'est pas un motif de divorce.

Néanmoins, au Québec, les époux peuvent demander ensemble le divorce conjointement en réglant toutes les conséquences dans un projet d'accord qu'ils soumettent à l'approbation du tribunal³. Le motif du divorce doit être la séparation pour plus d'un an, laquelle doit être prouvée comme dans le cas d'une procédure contestée.

Dans ce cas, le juge a une double obligation : premièrement, celle de vérifier la véracité du motif du divorce et deuxièmement, de vérifier que le projet n'est préjudiciable ni au(x) conjoint(s) ni aux enfants. S'il parvenait à la conclusion que le projet d'accord est préjudiciable, le juge pourrait rejeter la demande du divorce ou ajourner sa décision jusqu'à la présentation d'un projet d'accord modifié⁴.

Toutefois, dans certains États dotés d'une politique de décharger les tribunaux et d'étendre la volonté des époux, il arrive que la loi autorise une autre autorité publique au service de l'État à prononcer le divorce, par exemple une autorité administrative, une autorité religieuse, un officier ministériel ou un notaire.

Dans d'autres États, sur la base des mêmes objectifs, lorsque les époux peuvent dissoudre leur mariage par consentement mutuel, les législateurs ont confié le divorce à une autorité publique ayant le rôle simplement de vérifier que le consentement mutuel des époux a été fait en conformité avec la loi. Dans l'affirmative, le divorce est validé et ensuite enregistré. Ces divorces sont connus comme des divorces administratifs, enregistrés ou privés. Les divorces de ce type existent, par exemple en Russie, en Ukraine, en Lituanie, en Estonie, à l'Équateur, en Espagne, au Portugal, au Pérou, au Mexique, en Italie, en Lituanie, en Roumanie, en Estonie, au Japon⁵ et maintenant en France où la loi a introduit le divorce sans

² LRC 1985, 2^e supp, c 3, art 8 [*Loi sur le divorce*].

³ *Code de procédure civile*, art 430.

⁴ *Ibid*, art 454.

⁵ Selon l'article 763 de la *Family Register Act* (FRA) du Japon, les époux peuvent se divorcer par consentement sans cause. Il n'y a ni célébrant ni cérémonie. Après la notification à l'autorité étatique, selon les articles 763 et 764 de la FRA, les époux sont

juge devant notaire, lequel est intitulé « divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire », codifié sous les articles 229-1 à 229-4 du Code civil applicable en France depuis le 1^{er} janvier 2017.

Bien que les législateurs de plusieurs pays ne soient pas prêts à dessaisir leurs propres tribunaux du pouvoir de prononcer des divorces, afin d'éviter des mariages et des divorces boiteux, il leur arrive de reconnaître parfois des divorces étrangers prononcés ou simplement validés par une autorité publique de l'État dûment autorisée selon la loi ayant une compétence internationale sous les mêmes conditions qu'une décision du tribunal⁶.

Ceci nous conduit à examiner si le nouveau divorce français sans juge pourrait être reconnu et exécuté au Canada (Québec). Toutefois, un bref aperçu de la loi s'impose.

Chapitre 1. Caractéristiques de la nouvelle loi française sur le divorce sans juge⁷

Le processus est simple. Lorsque les époux sont d'accord pour divorcer et sont d'accord sur tous les effets du divorce, ils établissent avec le concours de leurs avocats une convention prenant la forme d'un acte sous seing privé signé par les époux et contresigné par les deux avocats. Après un délai de 15 jours de réflexion, la convention est ensuite déposée au rang des minutes d'un notaire.

divorcés. Selon les statistiques de 2008, 87,8 % des époux sont ainsi divorcés. Voir Akihiko Mitsuda, *Current issues in Notarization: a collection of reports submitted (International Union of Notaries) and CAAs (Asian Affairs Commission) on the current state of notarial affairs from the perspective of a Japanese notary*, novembre 2018 aux pp 63–65.

⁶ Par exemple, aux Pays-Bas, selon l'article 57, al 1 du livre 10 du Code civil des Pays-Bas; son article 58 va encore plus loin en reconnaissant la dissolution par déclaration unilatérale d'un conjoint si la dissolution est conforme à la loi de la nationalité de l'époux qui a unilatéralement mis fin au mariage.

⁷ Il existe plusieurs écrits sur le sujet : je recommande le numéro spécial du mois de mars 2018 des Cahiers de CRIDON de Lyon; Hugues Fulchiron, « Le divorce par acte sous signature privée contresigné par avocat et enregistré par notaire—À propos de C. civ., art. 229-1 nouveau et s. » (2017) 126:5 *Deffrénois* 613; Claude Brenner, « Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II? » (2017) 8 *JCP* 262; Jérôme Casey, « Le nouveau divorce par consentement mutuel, une réforme en clair-obscur » (2017) 1 *AJ Famille* 14; Sylvie Ferré-André, « Nouveau regard sur le divorce après la loi du 18 novembre 2016. Le divorce sans juge, entre évolution et régression » (2017) *Deffrénois* 125; Christiane Sarto-Le Martret, « Divorce par consentement mutuel déjudiciarisé : 10 questions pratiques » (2017) 10-11 *Bulletin du CRIDON de Paris* 21.

Le mariage est dissous à la date du dépôt, lequel ne confère pas à la convention de divorce la qualité d'un acte authentique, ni d'un acte public, vu l'absence de pouvoir décisionnel du notaire, mais d'un acte quasi public.

Contrairement aux lois des États qui admettent les divorces par consentement mutuel, ce divorce sans juge est possible même en présence d'enfants mineurs dotés de discernement, à moins qu'ils veuillent être entendus par le juge. Si le mineur demande cette audition, le divorce se transforme nécessairement en divorce par consentement mutuel judiciaire.

Essentiellement, le divorce français sans juge avec consentement mutuel sur le divorce et sur toutes ses conséquences est un divorce purement administratif.

Soulignons deux aspects troublants de la loi, du moins en comparaison avec la procédure du divorce conjoint selon le *Code de procédure civile du Québec*, en particulier :

- (i) L'absence de contrôle et d'implication active par le tribunal afin de s'assurer que le consentement des époux était libre et éclairé, que la convention de divorce est juste et équitable, notamment en l'absence d'une obligation de fournir l'état de leur situation financière et de vérifier qu'il n'est pas préjudiciable à un époux ou à leurs enfants.
- (ii) La protection insuffisante de l'intérêt supérieur des enfants mineurs par le texte irréaliste de l'article 229-2 du Code civil français, confiant aux parents le rôle d'informer les mineurs capables de discernement de leur droit d'être entendus par un juge.

Chapitre 2. La circulation transfrontalière du divorce sans juge dans certains États étrangers

A) Au sein de l'Union européenne

Il est généralement admis que le divorce français sans juge n'est pas une décision, du moins au sens de l'article 21 du *Règlement (CE) n° 2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale* (« Règlement Bruxelles II bis ») applicable depuis le 1^{er} mars 2005, qui régit les divorces

rendus par l'autorité d'un État membre⁸. Le divorce contractuel n'est donc ni une décision ni un acte authentique (et ne peut circuler conformément à l'article 46 dudit Règlement).

Cette position résulte en partie de l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 20 décembre 2017, dans l'affaire *Soha Sahyouni c Raja Mamisch*⁹ qui concernait la reconnaissance en Allemagne d'un divorce prononcé par déclaration unilatérale du mari devant un tribunal religieux syrien que la Cour a implicitement qualifié comme un divorce privé, étant donné que le rôle du tribunal religieux n'était pas constitutif du divorce et ne pouvait être reconnu comme relevant du Règlement (UE) n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, appelé Rome III, applicable depuis le 21 juin 2012, et du Règlement Bruxelles II bis. À la suite de cette décision, il semble que les divorces français sans juge devraient être traités de la même manière¹⁰.

Cependant, certains juristes croient que le divorce notarié français sans juge devrait être reconnu en vertu des Règlements européens. Ils orientent leur raisonnement sur le dépôt de la convention de divorce auprès du notaire, ce qui rend le divorce exécutoire. Il s'ensuit, selon leur raisonnement, que conformément à tous les Règlements UE, l'instrument

⁸ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, (2003) 338 JO L 1 [Bruxelles II bis]; voir ce que je considère être le meilleur article sur le sujet, P Hammje, « le divorce par consentement mutuel extra-judiciaire et le droit international privé—Les aléas d'un divorce sans for » (1997) RCDIP 143 [Hammje]; voir aussi Mariel Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, 9^e éd, coll « Expertise notariale », Défrénois à la p 167, art 17 et les autorités cités à la n 85 aux pp 161–62 [Revillard]. Voir C Nourissat, « Le divorce conventionnel à l'épreuve de l'ordre juridique de l'Union » (2017) JCP N 548; Georges Khairallah, « Le notaire face aux aspects européens et internationaux du nouveau divorce par consentement mutuel » (2017) 10-11 Bulletin du CRIDON de Paris à la n 7 à la p 15 et s [Khairallah]. Alain Devers, « Le divorce sans juge en droit international privé » (2017) Droit de la famille, dossier 5, no spécial 2; Alain Devers, « [Inapplicabilité du règlement Rome III aux divorces privés](#) », DALLOZ actualité, 25 janvier 2018, en ligne : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/inapplicabilite-du-reglement-rome-iii-aux-divorces-privés#>. XI0mnKBKjIU [Devers, « Inapplicabilité du règlement Rome III »]

⁹ Il y a plusieurs commentaires publiés concernant l'arrêt du 20 décembre 2017 : voir Elisa Viganotti, « Rome III et le divorce sans juge » (2018) 138:7 Gazette du Palais 27; Alexandre Boiché, « Divorce privé et droit européen de la famille—Cour de justice de l'Union européenne 20 décembre 2017 » (2018) AJ Famille 119; Devers, « Inapplicabilité du règlement Rome III », *supra* note 8; Marie-Laure Niboyet, « La CJUE remet en question le traitement du divorce déjudiciarisé en droit international privé de l'Union européenne » (2018) 14 Gazette du Palais 44.

¹⁰ Voir l'excellente analyse par Hammje, *supra* note 8 aux para 14–19.

authentique doit être traité comme une décision aux fins des Règlements UE, bien que les divorces privés n'aient jamais été discutés ou négociés et que le dépôt de l'accord avec le notaire ne constitue pas un acte authentique¹¹.

Pour assurer la reconnaissance internationale du divorce sans juge au sein de l'Union européenne, le professeur Georges Khairallah recommande que les notaires s'approprient la convention privée signée par les époux et leurs avocats et qu'ils la transforment en réel acte authentique. Les époux présents réaffirment leur consentement mutuel dans la convention qu'eux et leurs avocats ont signée et ils reconnaissent également leur signature. L'établissement du divorce par acte notarié serait déposé aux minutes du notaire.

Selon le professeur Khairallah, si cette transformation était valide, alors elle devrait permettre la circulation transfrontalière dans l'Union européenne étant donné que les « instruments authentiques » sont inclus dans le cadre de l'article 46 du Règlement Bruxelles II bis¹².

B) Dans certains États du Maghreb¹³

En Algérie, le tribunal de Sidi M'hamed, le 26 septembre 2017, a estimé contraire à l'ordre public algérien un divorce par consentement mutuel par acte sous seing privé en France aux motifs que l'article 49 du Code de la famille algérien exige que le divorce soit prononcé par jugement.

Cependant en Tunisie, le tribunal, le 14 novembre 2017, a reconnu l'acte de divorce sans juge établi en France en s'appuyant sur une convention Franco-tunisienne.

Enfin, une décision d'un tribunal marocain de première instance d'Oujda du 29 janvier 2018, a refusé de reconnaître un tel divorce français sans juge estimant qu'il était contraire à l'ordre public, parce que selon l'article 114 du Code de la famille marocain, en cas de divorce par consentement mutuel, le tribunal doit concilier les deux époux préalablement au prononcé du divorce.

¹¹ Cahiers de CRIDON de Lyon, numéro spécial de mars 2018, notamment par l'équipe du département de droit international privé. Selon l'équipe, de manière générale, ils ne recommandent pas le divorce sans juge en présence d'enfants mineurs ou lorsque les époux sont ressortissants d'États étrangers.

¹² Khaiallah, *supra* note 8, recommandation reprise dans une proposition adoptée par le 113^e congrès des notaires de France à Lille en septembre 2017.

¹³ Discutés par Revillard, *supra* note 8 aux pp 12, 170; *Ibid.*

C) Dans certains États de *Common Law*¹⁴

La reconnaissance des divorces non judiciaires est incertaine.

S'il fallait spéculer, le divorce français sans juge serait reconnu en Angleterre soit en assimilant le divorce français sans juge à une décision de divorce validé par une autorité compétente, soit simplement par l'application de la loi française (approche conflictuelle), si l'un ou l'autre des époux était domicilié en France lors du début du processus. Toutefois, il y a la possibilité de nouveau litige quant à certains effets de la convention¹⁵.

Il y a très peu de décisions aux États-Unis concernant la reconnaissance de divorces non judiciaires¹⁶. Par conséquent, la reconnaissance du divorce français sans juge aux États-Unis est incertaine, compte tenu des règles générales sur la reconnaissance des divorces étrangers et la doctrine de la courtoisie.

Il est toutefois fort possible que les tribunaux reconnaissent un divorce administratif obtenu selon la loi du domicile de l'un des époux au début du processus (en l'assimilant à une décision ou selon la règle de conflit applicable). On peut penser que le divorce français sans juge obtenu lorsqu'aucun des époux n'avait son domicile en France ne serait pas reconnu aux États-Unis.

Comme c'est le cas en droit anglais, même si le divorce était reconnu, il y aura un risque d'une demande de révision des conséquences de la convention du divorce, à cause de la doctrine du « divorce divisible ».

Chapitre 3. Reconnaissance du divorce français sans juge au Québec (Canada)

Section 1. En l'assimilant à une décision étrangère

Une fois le divorce par consentement mutuel sans juge obtenu en France, quelles chances auront les époux de voir ce divorce reconnu au Québec, tant dans ses effets entre époux que vis-à-vis de leurs enfants ou encore à l'égard des tiers ?

¹⁴ Delphine Eskenazi, Carmel Brown, Irwin Mitchell et Jeremy D Morley, « [The New Divorce by Mutual Consent in France: Recognition and Risks of Post-Divorce Litigation in Common-Law Countries: The Examples of England and the United States](#) » (2017) Family Law Week, en ligne: www.familylawweek.co.uk

¹⁵ Voir Royaume-Uni, *Matrimonial and Family Proceedings Act 1984*, c 42, Part III.

¹⁶ Voir Peter Nash Swisher, « Foreign Migratory Divorces: A Reappraisal » (1982) 21 J Fam L 9.

Rappelons qu'il y n'a aucune limite aux situations qui vont se présenter étant donné qu'aucun lien n'est requis entre les époux ou l'un d'eux avec la France afin de procéder au nouveau divorce sans juge en France selon la loi française.

Par exemple, des époux français domiciliés au Québec, qui ont des biens au Québec et en France, divorcent en France selon le divorce français sans juge. Est-ce que leur divorce sera reconnu au Québec et dans le reste du Canada ? Ou encore un divorce français sans juge, auquel ont consenti des époux canadiens domiciliés en France, sera-t-il reconnu au Québec et dans le reste du Canada ?

Tout d'abord, mentionnons que l'acte de dépôt de la convention de divorce devant le notaire français, qui n'est ni un acte authentique, ni un acte public en l'absence du rôle décisionnel du notaire, mais bien un acte quasi public¹⁷, bénéficiera selon le droit québécois, comme tous les documents publics étrangers, de la présomption de force probante de son contenu en vertu de l'article 2822 CcQ, qui ne détermine pas si le divorce sera reconnu lorsqu'il est contesté.

Art 2822. L'acte qui émane apparemment d'un officier public étranger compétent fait preuve, à l'égard de tous, de son contenu, sans qu'il soit nécessaire de prouver la qualité ni la signature de cet officier.

De même, la copie d'un document dont l'officier public étranger est dépositaire fait preuve, à l'égard de tous, de sa conformité à l'original et supplée à ce dernier, si elle émane apparemment de cet officier.

Alors s'il est contesté :

D'un part, il n'y a pas d'instrument international en vigueur au Québec sur la reconnaissance des divorces étrangers et ses effets, ni en matière de régime matrimonial, d'aliments, de responsabilité parentale ou de la garde d'enfants (sauf la Convention de la Haye sur l'enlèvement international d'enfants)¹⁸.

Les textes de loi pertinents dans ce contexte sont l'article 22 de la *Loi sur le divorce* et l'article 3167 du Code civil.

¹⁷ Voir Hammje, *supra* note 8.

¹⁸ De plus, l'Entente France-Québec—en particulier le Titre VII consacré à la reconnaissance et à l'exécution des décisions relatives à l'état et à la capacité des personnes, à la garde des enfants et aux obligations alimentaires—ne traite pas des conditions spécifiques à la reconnaissance et à l'exécution du divorce. Quant au reste, il ne change pas beaucoup les règles dans le Code civil.

Le paragraphe 1 de l'article 22 de la *Loi sur le divorce* contient une disposition relative aux divorces prononcés hors du Canada et le paragraphe 3 de cet article précise que cette règle ne porte pas atteinte aux autres règles dont le prononcé de découle pas de la Loi.

Art 22 (1) Un divorce prononcé à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, conformément à la loi d'un pays étranger ou d'une de ses subdivisions, par un tribunal ou une autre autorité compétente est reconnu aux fins de déterminer l'état matrimonial au Canada d'une personne donnée, à condition que l'un des ex-époux ait résidé habituellement dans ce pays ou cette subdivision pendant au moins l'année précédant l'introduction de l'instance.

(...)

(3) Le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte aux autres règles de droit relatives à la reconnaissance des divorces dont le prononcé ne découle pas de l'application de la présente loi.

À la lecture du paragraphe 1 de l'article 22 de la *Loi sur le divorce*, on peut constater qu'un divorce purement administratif, validé ou non validé par une autorité publique compétente, qui n'a pas prononcé le divorce n'est pas reconnu au Canada.

Cette exclusion de reconnaissance d'un divorce non judiciaire est reprise dans l'article 3167 du *Code civil du Québec* qui précise que la reconnaissance concerne une décision rendue par une autorité étrangère. Cet article prévoit :

Dans les actions en matière de divorce, la compétence des autorités étrangères est reconnue soit que l'un des époux avait son domicile dans l'État où la décision a été rendue, ou y résidait depuis au moins un an, avant l'introduction de l'action, soit que les époux ont la nationalité de cet État, soit que la décision serait reconnue dans l'un de ces États.

Il y a à ce propos deux conditions de reconnaissance dudit divorce français sans juge au Canada en vertu de l'article 22 de *Loi sur le divorce* :

- (i) Le divorce doit être prononcé par un tribunal ou autre autorité compétente, et
- (ii) Des liens spécifiques selon la loi doivent exister entre l'État du tribunal ou autre autorité d'origine et les époux ou l'un d'eux.

1) Le divorce doit être prononcé par un tribunal ou une autre autorité compétente

Bien que seul un tribunal puisse prononcer un divorce au Canada selon le paragraphe 22(1) de la *Loi sur le divorce*, un divorce étranger peut être reconnu au Canada lorsqu'il a été prononcé non seulement par un tribunal mais par une autre autorité compétente ayant la compétence internationale.

Ceci devrait inclure un divorce prononcé par un notaire des États du droit latin ou par une autorité religieuse, comme un talaq qui est une répudiation unilatérale prononcée par le mari, comme autorité compétente pour prononcer un divorce de son propre mariage selon la Charia¹⁹.

Lorsque le rôle de l'autorité administrative ou autre autorité étrangère est limité à la validation du divorce après vérification des exigences de la loi, cette validation de l'accord privé n'est pas une procédure constitutive du divorce et on ne devrait pas l'assimiler à une décision susceptible de reconnaissance au Canada et au Québec, étant donné le libellé de l'article 22 de la *Loi sur le divorce* et de l'article 3167 CcQ.

Ainsi, un des obstacles à la reconnaissance du divorce français sans juge au Canada, est que le divorce doit être **prononcé** par un tribunal ou autre autorité ayant compétence de le faire.

Toutefois, qualifier un divorce étranger comme un divorce prononcé par une autorité de l'État ou alternativement comme un divorce privé validé par une autorité administrative, quasi publique ou religieuse n'est pas toujours évident.

L'arrêt *Schwebel v Ungar* est un bon exemple de cette difficulté²⁰. Le problème concernait la reconnaissance d'un *guett* qui est une forme de consentement au divorce selon la loi juive. Le *guett* est un document écrit à la main par un scribe professionnel sous la supervision d'un betdin, une Cour rabbinique composée de trois rabbins qualifiés, signé par deux témoins. Dès qu'il est délivré par le mari à son épouse, le tribunal prononce le divorce, les époux sont divorcés, le *guett* est déposé dans les dossiers du betdin et une copie, remise aux deux parties.

¹⁹ La répudiation unilatérale a été qualifiée comme un divorce privé selon la décision de la Cour de Justice de l'Union européenne du 20 décembre 2017. Voir *supra* note 9.

²⁰ [1965] SCR 148 [*Schwebel*].

Dans *Schwebel*, un *guett* a été « prononcé » par le tribunal rabbinique conformément à la loi rabbinique en Italie, en violation de la loi d’Hongrie du domicile d’origine et actuel des époux Waktor (W) et Ungar (U). Ce document n’est pas reconnu comme mettant fin au mariage ni en Italie, ni en Hongrie, mais il a été reconnu en Israël, où les parties ont établi leur nouveau domicile.

Par la suite, Ungar (U), domiciliée en Israël, et Schwebel (S), domicilié en Ontario, se sont mariés. Lorsque S a introduit une action en nullité devant un tribunal de l’Ontario, la reconnaissance du *guett* était remise en question. Bien qu’en règle générale, selon la loi ontarienne, un divorce étranger ne soit pas reconnu à moins qu’il n’ait au préalable été reconnu en vertu de la loi du pays où le mari a élu domicile au moment de l’introduction de l’instance, la Cour suprême a maintenu la décision de la Cour d’appel en appliquant la loi d’Israël, qui reconnaissait le divorce par le *guett*, quel que soit le lieu où il a été prononcé.

Le tribunal n’a pas discuté de la question à savoir si le *guett* était reconnu comme un divorce prononcé par un tribunal rabbinique (ayant autorité à travers le monde selon la loi israélienne) ou selon la loi israélienne en tant que loi applicable à la question préalable (validité du divorce). Il semble que l’approche précédente ait été retenue, car la Cour suprême a étendu la reconnaissance des jugements de divorce étrangers aux divorces rendus conformément à la loi israélienne du nouveau domicile en vertu d’une nouvelle interprétation étant donné les faits particuliers de l’affaire en cause.

Les tribunaux québécois ont été saisis plusieurs fois d’une demande de reconnaissance d’un divorce par le talaq selon la loi islamique. Les tribunaux ne se sont jamais prononcés sur l’autorité du mari de prononcer le divorce ni sur la question du divorce privé. Les décisions mettaient en cause l’exception de l’ordre public²¹.

Le prononcé du divorce par une autorité autre que le tribunal était certain dans *Wilson v Kovalev*²² où le tribunal de l’Ontario a reconnu un décret de divorce notarial prononcé par un notaire péruvien. Puisque le notaire était autorisé à prononcer le divorce sous la loi du Pérou, ce qu’il a fait, ce n’était pas considéré un divorce « privé ». Cet obstacle a donc été surmonté.

²¹ À cause de la discrimination entre les époux. Voir *Droit de la Famille-2054*, [1997] RJQ 1124 (CS), j Bénéard; *LP c FB*, [2003] RJQ 564, j Frappier, avec des nuances; *Droit de la famille—072464*, 2007 QCCS 4822, j Jean-Pierre Sénécal. Voir la discussion dans Jeffrey Talpis, *L’accommodement raisonnable en droit international privé québécois*, Thémis, 2008 aux pp 41–47.

²² *Wilson v Kovalev*, 2016 ONSC 163 [*Wilson v Kovalev*].

L'expression « prononcé » implique un rôle actif de l'autorité pour prononcer ou refuser de prononcer le divorce. Un contrôle limité par un officier administratif ou un notaire qui ne prononce pas le divorce mais qui le rend valide compte tenu des documents présentés, n'atteint pas le niveau de contrôle suffisant pour être constitutif de divorce. En fait, l'article 3167 CcQ est plus explicite et se réfère à la décision qui doit être rendue.

Ceci dit, le rôle du notaire dans le cadre du divorce par consentement mutuel sous l'article 229-1 de la loi française est nettement plus important que celui d'un cleric ou d'un greffier à l'égard des divorces purement privés et administratifs :

Le notaire exerce un contrôle important pour s'assurer que les conditions formelles prévues aux paragraphes 1 à 6 de l'article 229 ont été respectées.

Comme le démontre le professeur Christophe Blanchard²³, si le notaire constate la moindre irrégularité dans le respect des exigences formelles, notamment il doit aussi s'assurer du respect du délai de réflexion de quinze jours dont disposent les époux à compter de l'envoi de la convention et de s'assurer que le projet d'entente n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion.

En dépit des termes de l'article 229-1 du Code civil français, le rôle du notaire requiert une certaine vérification de la légalité du document²⁴, non seulement en vue de son effet de dissolution du mariage, mais sur le grand éventail de ses conséquences, incluant les obligations d'entretien, la liquidation du régime matrimonial, la responsabilité parentale et la légalité du document qui règle ces questions en vertu de la loi applicable.

Si le notaire constate un problème dans l'application de la loi ou d'un règlement qu'un tribunal pourrait mettre de côté sur la base de l'ordre public, son rôle est d'avertir les avocats et non de refuser le dépôt.

Cependant, le notaire français n'a pas l'autorité pour prononcer le divorce, malgré son rôle important—et on ne devrait pas reconnaître

²³ Agrégé des facultés de droit, Professeur à l'Université d'Angers : Christophe Blanchard, « Le contrôle par le notaire lors du dépôt de la convention de divorce » (2017) 10-11 Bulletin du CRIDON de Paris 3.

²⁴ Hammje, *supra* note 8 à la p 148 et références citées.

un tel divorce au Canada, *de lege lata*, même si les ex-époux exécuteront spontanément les obligations prévues dans la convention de divorce²⁵.

2) Des liens spécifiques selon la loi du divorce doivent exister entre l'État du tribunal ou autre autorité d'origine et les époux ou l'un d'eux

Dans l'hypothèse peu probable où un tribunal canadien estimerait que le notaire, par sa vérification des documents, a « prononcé » le divorce en vertu d'une interprétation fonctionnelle et libérale (ce dont je doute), subsiste la deuxième condition, celle de l'exigence des liens entre les époux ou l'un d'eux avec la France selon l'article 22 de la *Loi sur le divorce* du Canada et l'article 3167 CcQ. Cette condition constituera un réel obstacle dans beaucoup de situations, compte tenu en particulier qu'aucun lien avec la France n'est nécessaire pour déclencher le divorce sans juge en France, selon la loi française.

Par conséquent, dans l'hypothèse d'une interprétation fonctionnelle du rôle du notaire français, la résidence habituelle de l'un des époux en France avant le début du processus doit exister avec la possibilité de reconnaître d'autres liens en vertu du paragraphe 3 de l'article 22 de la *Loi sur le divorce*, ou encore possiblement selon l'article 3167 CcQ.

À cet égard, ayant retenu la nationalité commune des époux de l'État où le divorce a été prononcé conformément à l'article 3167 CcQ, le droit québécois est en contradiction avec la *Loi sur le divorce* du Canada et risque de rendre cet article inconstitutionnel. La question demeure controversée, mais sans que la décision ait été motivée sur cet aspect, notre Cour d'appel a déterminé qu'un divorce qui pourrait être prononcé en Belgique entre des époux belges résidant au Québec serait reconnu au Québec²⁶. L'affaire fait l'objet d'un appel devant la Cour suprême du Canada.

Par exemple, dans *Wilson v Kovalev*, cette condition a été respectée puisque le tribunal de l'Ontario a reconnu que, même si aucun des époux n'avait sa résidence au Pérou au moment où le processus de divorce notarial y a été enclenché, la compétence de l'autorité étrangère était reconnue en vertu du paragraphe 3 de l'article 22 de la *Loi sur le divorce*. Ce paragraphe justifie la reconnaissance de la compétence du tribunal dès qu'il existe un lien réel et substantiel entre le demandeur et le tribunal

²⁵ Voir David Boulanger, « Divorce extrajudiciaire et extraterritorialité : faut-il s'inquiéter? » (2017) 8 *La semaine juridique notariale et immobilière* 263, qui suggère que dans ce cas, le divorce français devrait être reconnu à l'étranger.

²⁶ *Droit de la famille - 172244*, 2017 QCCA 1470.

qui a rendu le jugement, notamment dans le cas particulier où les époux étaient tous les deux des citoyens péruviens.

En outre, même si le divorce est reconnu par une assimilation à une décision prononcée, il existe la possibilité de litige à l'étranger à propos de l'effet de la convention globale sur les lois applicables à la liquidation du régime matrimonial des époux, à la responsabilité parentale, à l'obligation alimentaire, etc.²⁷

De toute façon, à mon avis, le droit canadien et québécois ne reconnaîtrait pas le divorce français par consentement mutuel sans juge en l'assimilant à une décision étrangère.

Section 2. Reconnaissance du divorce français sans juge par l'approche conflictuelle

Tel que discuté ci-dessus, il ne peut y avoir de reconnaissance du divorce français sans juge au Québec en l'assimilant à une décision étrangère.

Ceci soulève la question de savoir si on peut reconnaître le divorce français sans juge selon une approche conflictuelle, c'est-à-dire selon la règle de conflit provinciale applicable.

À mon avis, il faut répondre par l'affirmative et voici pourquoi :

Le divorce est de compétence fédérale. Conformément au paragraphe 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁸ du Canada, le gouvernement fédéral est l'autorité législative compétente en ce qui concerne « le mariage et le divorce ». En vertu de la théorie générale du partage des compétences, le fait que le parlement du Canada s'abstienne de légiférer dans la totalité de ses pouvoirs ne saurait avoir pour effet de transférer à une législature provinciale la compétence législative attribuée au gouvernement fédéral.

Néanmoins, les lois adoptées par les législatures provinciales peuvent compléter les textes fédéraux silencieux sur un aspect qui relèverait des conditions de divorce et qui s'avérerait essentiel à leur application. Il s'agit de la doctrine du champ non complètement occupé²⁹.

²⁷ Pour une excellente discussion de cette question, voir Hammje, *supra* note 8; Revillard, *supra* note 8.

²⁸ (R-U), 30 & 31 Vict, c 3.

²⁹ Voir André Tremblay, *Droit constitutionnel—Principes*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2000 à la p 340, n 1170 [Tremblay, *Droit constitutionnel*].

L'article 22 de la *Loi sur le divorce*³⁰ ne détermine que les conditions de la reconnaissance des divorces étrangers prononcés par un tribunal ou une autre autorité compétente.

La *Loi sur le divorce* ne prévoit pas de règle pour la reconnaissance des divorces qui ne sont que « validés » à l'étranger, tel un divorcé privé.

Enfin, la *Loi sur le divorce* ne prévoit pas de règle de conflit sur la loi applicable au divorce.

Par conséquent, selon la doctrine constitutionnelle du champ non complètement occupé, le droit privé en vigueur dans une province s'applique à titre supplétif³¹.

Cette doctrine a été tacitement reconnue par le gouvernement fédéral lorsqu'il a décidé d'ajouter une règle de conflit de lois à la *Loi sur le mariage civil de non-résidents* du 26 juin 2013³², pour répondre à la nullité des mariages célébrés au Canada lorsque l'un des époux était domicilié dans un État prohibant le mariage entre les personnes de même sexe à cause de l'application de ladite doctrine constitutionnelle³³.

Alors, étant donné l'absence de règle de conflit régissant le divorce selon la *Loi sur le divorce*, et en vertu de la doctrine du champ non complètement occupé d'une matière relevant de la compétence fédérale (le divorce), on appliquera la règle de conflit la plus proche selon le droit provincial pour déterminer la loi applicable aux conditions du divorce.

En droit québécois, à mon avis, on devrait mettre l'accent sur la validité du divorce plutôt que l'acte de divorce et ses diverses questions réglées dans l'accord. Par conséquent, il faudrait appliquer et adapter la loi régissant l'état des personnes—celle de leur domicile au moment du début du processus de divorce (art 3083 CcQ).

Par ailleurs, selon cette approche conflictuelle, la validité constitutionnelle de l'article 3167 CcQ n'est plus un problème.

³⁰ *Supra* note 2.

³¹ Voir Tremblay, *Droit constitutionnel*, *supra* note 29 à la p 340.

³² *Loi modifiant la Loi sur le mariage civil*, LC 2013, c 30 [*Loi sur le mariage civil de non-résidents*].

³³ Voir Jeffrey Talpis, « Le mariage civil des non-résidents célébré au Canada » (2014) 103 Rev Crit DIP 291; voir aussi *M(V) c W(L)*, 17 juin 2011, Doc-FS 11-367893 (ONSC); voir Jean Gabriel Castel et Mathew E Castel, « The Marriage and Divorce in Canada of Non-Domiciled and Non-Resident Persons » (2012) 31:3 CFLQ 297.

Quant à la validité de l'accord sur les questions accessoires et incidentes, la validité et l'effet de chaque question devraient en principe être régis séparément par la loi applicable. Toutefois, étant donné que l'entente de divorce constituera une transaction ou du moins un règlement global, la loi régissant la transaction ou le règlement déterminera ce qui peut être l'objet de l'accord.

À moins qu'une autre loi ne soit choisie, lorsque la loi régissant le divorce est la loi française, il est fort probable que la loi française régisse l'accord.

Cependant, en mettant l'accent sur le fait qu'il s'agit d'un divorce privé avec un règlement global sur tous les incidents d'une dissolution, on pourrait appliquer la loi régissant le contrat de divorce à la dissolution du mariage. À défaut de désignation de la loi applicable (art 3111 CcQ), la loi de l'État ayant les liens les plus étroits s'appliquera (art 3112 CcQ), qui pourrait être celle de la dernière résidence habituelle des époux avant la conclusion de l'entente.

L'obligation des avocats de contresigner la convention de divorce devrait écarter l'exception de l'ordre public.

Toutefois, la meilleure solution serait que le législateur fédéral modifie l'article 22 de la *Loi sur le divorce (infra)*.

Section 3. Revisiter les exemples

Le divorce par consentement mutuel sans juge obtenu en France par des époux français domiciliés au Québec, ayant des biens au Québec et en France, ne sera pas reconnu au Québec, ni par son assimilation à une décision (approche procédurale) ni par le recours aux règles de conflit de lois parce que ce type de divorce n'existe pas au Québec.

Quant à la reconnaissance d'un tel divorce en France par deux époux canadiens, domiciliés en France, il ne serait pas reconnu au Québec comme décision, mais pourrait l'être selon la méthode de conflits de lois.

Compte tenu du refus très probable de reconnaissance au Québec du nouveau divorce français sans juge (par l'assimilation à une décision) et l'incertitude du résultat par la méthode conflictuelle, à quoi peut-on s'attendre ?

- Des divorces boiteux : les époux seront divorcés en France mais non au Québec;

- Des litiges en de fors multiples, notamment sur les effets de la convention. Par exemple, l'un des ex-époux, résidant au Québec, veut contester certains effets de l'entente post-divorce, aucune demande de litispendance ne sera accordée vu qu'aucune procédure devant un tribunal français n'a abord été introduite.

Si les notaires français s'appropriaient la convention de divorce en un véritable acte authentique, est-ce que ce divorce serait reconnu au Québec ?

Comme je l'ai déjà mentionné, l'idée est novatrice. En l'absence d'une modification législative, il est un peu difficile d'accepter que les parties elles-mêmes soient capables de modifier les principes de la loi française de leur propre initiative, même si ceci est constaté par le notaire.

Toutefois, quant à sa reconnaissance au Québec, il n'y a pas d'obligation à ce que le notaire prononce le divorce. Bien que les instruments étrangers authentiques bénéficient d'une présomption de véracité du contenu et des signatures, la reconnaissance de l'acte authentique « sous les mêmes conditions » comme étant une décision n'est pas reconnue au Québec.

Chapitre 4. Conclusion—Quelques réflexions de réforme

A) Droit interne

Bien que ceci ne fasse pas l'objet de la présente discussion, la solution de la loi française favorisant le désengagement des tribunaux constitue-t-elle une amélioration à la loi québécoise actuelle ?

Nonobstant qu'il y ait déjà un précédent pour la dissolution de l'union civile qui peut se faire par une déclaration notariale conjointe au lieu d'un jugement du tribunal, lorsque vient le temps de dissoudre un mariage, il me semble que l'on ne devrait pas supprimer le rôle du juge.

Je suis donc en désaccord avec la suppression de l'homologation devant un juge sous la loi française et je suis en accord avec la procédure actuelle au Québec qui maintient le rôle du tribunal dans le cas du divorce par consentement mutuel, ceci représentant un dernier rempart de protection contre les conventions préjudiciables à l'un des conjoints ou aux enfants.

B) Droit international privé

L'absence d'une règle de conflit en vertu de la *Loi sur le divorce* pour régir les motifs de divorce et les matières accessoires est rarement soulevée. Une

fois que la compétence existe, la *lex fori* s'applique aux causes et à toutes mesures accessoires, incluant la validité des ententes sur les mesures accessoires.

Cependant, le Projet de loi sur le divorce C-78 aurait pu adopter :

- (i) une règle de conflit de lois pour régir le divorce. Par exemple, le divorce pourrait être régi par la loi de la résidence commune habituelle des époux au moment des procédures, ou s'il n'y en a pas, la loi de la dernière résidence habituelle commune ou la loi de la cour saisie de l'affaire.
- (ii) Un ajout à l'article 22 du Projet de Loi C-78 prévoyant la reconnaissance des divorces prononcés ou simplement validés par un tribunal ou autre autorité dans les mêmes conditions qu'un divorce prononcé par un tribunal étranger. Ceci permettra la reconnaissance de la plupart des divorces administratifs, religieux et notariaux étrangers y compris le nouveau divorce sans juge—du moins si on accepte que le notaire français ait validé le divorce.

On éviterait ainsi les mariages et divorces boiteux, la question de la validité des accords accessoires et de la nécessité d'envisager l'approche conflictuelle.