

Les Cahiers de droit



Valeur et efficacité des divorces en droit international privé québécois

Jeffrey A. Talpis

Volume 14, numéro 4, 1973

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/041783ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/041783ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Talpis, J. A. (1973). Valeur et efficacité des divorces en droit international privé québécois. *Les Cahiers de droit*, 14(4), 625–676. <https://doi.org/10.7202/041783ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1973

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

Valeur et efficacité des divorces en droit international privé québécois *

Jeffrey A. TALPIS **

INTRODUCTION	627
BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE	628
PARTIE I: Divorces obtenus au Canada	
A. Compétence juridictionnelle des tribunaux québécois avant 1968	629
1. Les normes appliquées généralement pour les actions d'état	629
2. La compétence juridictionnelle des tribunaux québécois en matière de divorce avant 1968	630
B. De la compétence juridictionnelle des tribunaux québécois en matière de divorce après 1968	632
1. La détermination du domicile canadien	633
2. La résidence	635
3. L'exception de litispendance	637
C. La détermination de la loi qui régit la dissolution du lien matrimonial. La règle de conflit pour les divorces rendus avant 1968	638
D. La détermination de la loi qui régit la dissolution du lien matrimonial sous la loi de divorce	641
E. Interprétation de la règle de conflit — Hypothèse de la <i>lex domicilii</i>	643
a) Le renvoi	643
b) Les conflits mobiles	644
c) Les conflits dans le temps	644
i) lorsque la règle de droit international privé du for subit une modification	644
ii) le conflit transitoire de droit étranger	645
F. La <i>Loi du divorce</i> : Statut interne localisé dans l'espace	645
PARTIE II: Divorces obtenus en dehors du Québec et du Canada	
A. Introduction	646
1. Nature juridique des divorces étrangers	646
2. Le notaire et la validité des divorces étrangers	646
3. Dans quels cas le tribunal québécois est-il appelé à se prononcer sur les divorces étrangers?	647

* Ce rapport a été présenté par M^e TALPIS lors du XII^e Congrès International du Notariat Latin, à Buenos Aires, en octobre 1973.

** (B.A.), B.C.L. (McGill), docteur en droit (Université de Montréal), professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

4. La validité d'un divorce étranger et le problème de la question préalable .	648
5. Principes de la reconnaissance des jugements étrangers	650
6. Procédures de reconnaissance d'un jugement étranger	650
B. Conditions de reconnaissance des divorces étrangers	651
1. Compétence juridictionnelle internationale du tribunal qui a prononcé le divorce	651
a) Les divorces rendus avant la loi de 1968 dans les provinces de <i>Common Law</i>	651
b) Reconnaissance des divorces étrangers rendus avant 1968 au Québec	653
c) Reconnaissance au Québec des divorces étrangers rendus après 1968	655
2. Compétence législative: la loi appliquée par le tribunal étranger	657
3. Finalité du jugement étranger	658
4. Le respect de l'ordre public	659
5. Fraude à la loi	660
C. Autorité d'un jugement étranger	660
1. Valeur probante du jugement étranger	661
2. La révision au fond	661
PARTIE III : Les effets du divorce	
A. Les effets des divorces canadiens	662
1. Les effets du divorce sur les rapports entre époux divorcés	663
a) La dissolution du lien matrimonial	663
i) Les rapports personnels des époux divorcés	663
ii) Les rapports pécuniaires	664
b) Les sanctions pécuniaires	665
c) La pension alimentaire	667
2. Les effets du divorce sur les relations entre parents et enfants	668
3. Les conventions entre personnes divorcées	669
B. Les effets d'un divorce prononcé par une Cour étrangère ayant juridiction ..	670
1. Interdiction de remariage	671
2. Reconnaissance d'une pension alimentaire contenue dans un jugement de divorce étranger	671
3. Reconnaissance d'un jugement portant sur la garde des enfants	673
4. Jugement étranger contenant un accord entre les parties	674
5. Jugement étranger et sanctions pécuniaires	674
6. Jugement étranger et partage des biens matrimoniaux	674
CONCLUSION	676

INTRODUCTION

Qu'il nous soit permis, avant d'aborder le sujet de cette étude, de signaler le particularisme du droit québécois au sein de la confédération canadienne. Le Canada est divisé en dix provinces dont une seule est assujettie à un droit codifié. Il s'agit de la province de Québec. Les neuf autres provinces sont régies par la Common Law. La Constitution de 1867 délimite les pouvoirs respectifs des provinces et du Parlement fédéral. Alors que les intérêts généraux des individus relèvent du Parlement fédéral, leurs intérêts particuliers ont été confiés aux assemblées législatives des différentes provinces. Au Canada cependant, la juridiction en mariage est exercée aux deux niveaux de gouvernement. Le Parlement fédéral a, en vertu du paragraphe 26 de l'article 91 de la Constitution, une compétence exclusive en matière de mariage et de divorce. En revanche, le paragraphe 12 de l'article 92 attribue aux législatures provinciales la juridiction sur la célébration des mariages dans la province, tandis que le paragraphe 13 de l'article 92 leur reconnaît une juridiction sur tout ce qui a trait à la propriété et aux droits civils.

Nonobstant la compétence fédérale sur le divorce, le fédéral n'a pas exercé sa juridiction, sauf de l'avis ou sur recommandation des provinces. Avant 1968, au Canada, il n'y avait pas une législation uniforme sur le divorce applicable dans toutes les provinces. Dans celles où le divorce était admis, la *Loi du divorce* était soit provinciale, soit fédérale selon qu'elle était adoptée antérieurement ou postérieurement à la Constitution de 1867 (art. 129 de l'*A.A.N.B.*). Avant 1968, Québec et Terre-Neuve étaient les seules provinces qui n'admettaient pas le divorce.

Au Québec, à défaut d'une législation fédérale ou provinciale, l'indissolubilité du mariage était la règle (ancien article 185 du *C.c.*).

La *Loi sur le divorce*¹ est entrée en vigueur, au Canada, le 1^{er} juillet 1968. Cette loi abroge toutes les lois relatives au divorce qui étaient en vigueur au Canada ou dans une province au moment de l'application de la nouvelle loi (art. 23 (1) de la *Loi sur le divorce*). Il s'agit d'une loi fédérale à caractère national s'appliquant indistinctement à toutes les provinces canadiennes. Le fédéral s'est ainsi décidé à exercer en cette matière la juridiction que la Constitution lui avait conférée.

Conformément à l'article 22 de cette loi, le lieutenant-gouverneur en conseil du Québec a adopté, le 29 mars 1968, l'arrêté-en-conseil numéro 795 déclarant la Cour supérieure du Québec compétente en

1. S.R.C. 1970, c. D-8. Voir annexe « A ».

matière de divorce. Depuis le 15 juillet 1968, il est devenu possible d'obtenir un divorce dans la province de Québec, l'article 185 du *Code civil* ayant été modifié pour faire du divorce une cause de dissolution du mariage.

Nous allons maintenant passer en revue les différents problèmes de droit international privé posés par les divorces obtenus au Canada et à l'étranger, avant et après 1968. Nous devons tenir compte de la situation antérieure à 1968 puisque nous devons, pour un certain nombre d'années encore, nous pencher sur l'étude des divorces accordés avant cette date. Nous verrons ensuite les incidences d'un décret ou jugement de divorce prononcé au Canada ou à l'étranger. Il s'agira en somme de déterminer le domaine d'application de la loi.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

Lors de la rédaction de ce rapport, je me suis référé aux ouvrages énumérés ci-après :

BLOUIN, Michel, *Le divorce dans le droit international privé québécois*, thèse, maîtrise, University of Toronto, 1969.

CASTEL, J.-G., *Conflict of Laws, Cases, Notes and Materials*, 2d ed., Toronto, Butterworths, 1968.

CRÉPEAU, P.-A., « La reconnaissance judiciaire des jugements de divorce étranger dans le droit international privé de la province de Québec », (1959) 19 *R. du B.* 310.

DA COSTA, Mendes, *Studies in Canadian Family Law*, 2 vol., Toronto, Butterworth & Co. Canada Ltd., 1972, en particulier *Divorce and the Conflict of Laws*, p. 899.

DELEURY, Édith, et RIVET, Michèle, *Droit des personnes et de la famille*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1973.

DICEY, A. V., et MORRIS, J. C., *Conflict of Laws*, 8th ed., Londres, Stevens, 1967.

GROFFIER, Éthel, *L'obligation alimentaire dans le droit international privé québécois*, thèse L.L.D., McGill, 1972.

GROFFIER, Éthel, *Le divorce dans le droit international canadien*, 1972 ; *Interlex*, t. 6, p. 7.

GROFFIER, Éthel, *L'exécution des jugements étrangers au Québec à la lumière de la jurisprudence récente*, 1972 ; *Interlex*, t. 7, p. 7.

PARTIE I

Divorces obtenus au Canada

A. Compétence juridictionnelle des tribunaux québécois avant 1968

1. Les normes appliquées généralement pour les actions d'état (exclusion faite des divorces)

Notre *Code civil* ne contient pas de disposition concernant la compétence internationale des tribunaux québécois en matière d'état et de capacité, si ce n'est l'article 6 qui fait de la juridiction des tribunaux une matière régie par la loi québécoise². C'est plutôt dans le *Code de procédure civile* que nous retrouvons nos règles de compétence (art. 68, 70, 71, 74 et 75). Jusqu'ici, ces règles ont servi aussi bien en droit interne qu'en droit international avec des interprétations légèrement différentes dans l'un et l'autre cas.

La règle de base en matière d'état et de capacité veut que seul le tribunal du domicile de la personne soit compétent pour statuer sur son état³. De plus, l'acceptation volontaire de la compétence du tribunal ne suffirait pas pour la lui reconnaître⁴. D'après Johnson, l'alinéa 4 de l'article 6 du *Code civil* décide de la juridiction en matière d'actions d'état en même temps qu'il énonce une règle de conflit de lois. Il en découlerait donc que les tribunaux de la province ne sont pas compétents quand il s'agit de décider de l'état et de la capacité des personnes domiciliées à l'étranger.

Cette affirmation est trop catégorique. D'une part, le principe du critère unique du domicile souffre une exception dans les actions en séparation ou en nullité du mariage (voir article 70 du *Code de procédure civile*). D'autre part, les tribunaux québécois ont dû, à maintes reprises, statuer sur l'état de personnes non domiciliées dans la province à l'occasion d'une demande principale. Le professeur Crépeau affirme :

« La règle fondamentale en la matière veut que seul le tribunal du domicile des personnes soit compétent pour statuer sur l'état des personnes. Ainsi, les tribunaux québécois se reconnaissent une compétence exclusive

2. Les articles 6, 7 et 8 du *Code civil* sont en principe les seuls qui disposent de tous les problèmes de conflits de lois en droit international privé québécois (voir annexe).

3. *Vézina v. Trajan*, [1947] B.R. 670; (1947) 3 D.L.R. 969 (C.P.); conf. [1946] B.R. 14, Juge ST-GERMAIN, p. 16.

4. W. S. JOHNSON, *Conflict of Laws*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Latleur, 1962, pp. 345 et 369. *Stephens v. Falchi*, [1938] R.C.S. 354.

lorsqu'il s'agit de régler l'état de personnes domiciliées dans la province de Québec; ils s'estiment par ailleurs absolument incompétents lorsque les personnes sont domiciliées à l'étranger.

« Cette règle, bien sûr, reçoit application lorsque les tribunaux sont appelés à statuer directement sur l'état des personnes; elle ne saurait cependant empêcher un tribunal québécois, régulièrement saisi d'une affaire, de statuer incidemment sur l'état des personnes domiciliées à l'étranger lorsqu'une telle décision est nécessaire à la solution de la demande principale. »⁵

2. La compétence juridictionnelle des tribunaux québécois en matière de divorce avant 1968

Pour des considérations d'ordre historique et religieux, avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, les tribunaux du Québec n'étaient pas habilités à prononcer des jugements de divorce. L'assemblée législative ne pouvant ni abolir ni modifier l'ancien article 185 du *Code civil*, et le Parlement fédéral qui avait ce pouvoir ne l'ayant pas exercé, nos tribunaux québécois n'avaient donc pas la compétence *ratione materiæ* pour prononcer le divorce.

Néanmoins, si les personnes domiciliées au Québec ne pouvaient obtenir un divorce des tribunaux de leur province, ils pouvaient toujours l'obtenir par le biais de ce qu'on appelait « le divorce parlementaire ». En effet, en tant que pouvoir législatif suprême, le Parlement du Canada a le droit d'exempter des personnes de l'application de certaines lois. La pratique s'était donc instaurée de soumettre au Parlement une demande de bill privé à l'effet d'obtenir un divorce.

Certains anciens auteurs québécois avaient mis en doute la constitutionnalité de ces « décrets » de divorce (Mignault, Loranger), mais la majorité des auteurs ainsi que les tribunaux québécois ont depuis longtemps consacré la validité des divorces accordés par le Parlement fédéral. Dès 1884, dans la cause *Stevens v. Fisk*⁶, la Cour d'appel et la Cour suprême reconnaissaient au Parlement le droit exclusif de dissoudre les mariages des personnes domiciliées au Québec. Monsieur le juge Cross de la Cour d'appel du Québec s'exprimait ainsi : « In the Province of Quebec the law recognizes no right of divorce, it can only be obtained through the legislative force of the dominion Parliament »⁷.

5. Rapport présenté par M. CRÉPEAU lors du VII^e Congrès international du droit comparé, Upsala, 1966.

6. 27 L.C.J. 228; 8 L.N. 42 et 53.

7. 27 L.C.J. 228.

Monsieur le juge Gwynne de la Cour suprême affirmait que :

« The subject of divorce and dissolution of marriage is a subject over which the Province of Quebec has no jurisdiction, that subject being, by the Constitution of the Dominion placed exclusively under the control of the Dominion Parliament. The only court existing in the Dominion competent to entertain a suit for divorce, and to dissolve the marriage of persons residing in the Province of Quebec is the Court of the Parliament of the Dominion of Canada having its seat at Ottawa in the Province of Ontario ».

La règle que nous venons d'énoncer pour les actions d'état i.e. que le tribunal du domicile est exclusivement compétent (sauf art. 70 du *Code de procédure civile*) avait, avant 1968, les implications suivantes : si le domicile des époux au moment de la requête en divorce se trouve hors du Québec, le tribunal compétent est celui du domicile, tandis que si les conjoints (ou l'un d'eux, s'ils sont séparés de corps) sont domiciliés au Québec, alors seul le fédéral est compétent pour dissoudre le mariage par divorce. Cette règle a été toujours suivie au Québec où nos tribunaux ont eu, à maintes reprises, à se prononcer sur des litiges découlant de divorces prononcés par le Parlement fédéral⁹. Il a été même décidé qu'un divorce législatif obtenu par des moyens frauduleux était valide, étant une loi privée du Parlement du Canada et la Cour supérieure du Québec s'est déclarée incompétente à en

8. 8 L.N. 42 et 53.

9. *Mendell v. Uditsky*, [1965] C.S. 360; *Dussault v. Enlae*, [1965] C.S. 448; *Bliziatis v. Salimandros*, [1963] C.S. 485; *Bilodeau v. Tremblay & Carrier*, [1962] C.S. 354; *Dame Waddington v. Singer & Royal Trust Co.*, [1961] C.S. 282; *Dame Wheeler v. Sheehan*, [1961] C.S. 480; *Beique v. Moquin & Ridrol*, [1960] C.S. 267; *Wilson v. Partridge*, [1959] C.S. 13; *Dame Gauthier v. Dragon*, [1957] C.S. 89; *Dame Binns v. Jekill*, [1957] C.S. 49; *Dame Kon v. Woodward*, [1956] C.S. 202; *Dame Goldenberg v. Triffon; Dunn & Vaughan*, [1955] C.S. 341; *Dame McDowell v. McDowell*, [1954] C.S. 319; *Dame Cox v. Jones*, [1951] C.S. 32; *Dame J. v. M.*, [1951] C.S. 275; *M. v. S. & H. Wood & Co. Ltd.*, [1951] C.S. 386; *Corber v. Margalock*, [1950] C.S. 369; *Somberg v. Zorakoff & Rothblatt*, [1949] C.S. 301; *G. v. M. & V.*, [1948] C.S. 267; *Beaulne v. Thesserault*, [1947] C.S. 24; *Johnson v. Perreault*, [1946] C.S. 365; *Maxwell v. McNamara*, [1946] C.S. 191; *Dame Robb v. Lewis*, [1945] C.S. 216; *Dame Miner v. Great West Pipe Ass. Co.*, [1941] C.S. 262; *Dame Dunbar v. Dame Murray & others*, [1940] C.S. 458; *Pauzé v. Grothe*, [1940] C.S. 519; *Desnoyers v. David*, [1923] C.S. 206; *Dawson v. Hislop*, [1922] C.S. 336; 23 R.P. 251; *Hampton v. Ballan*, [1914] C.S. 193; *Hart v. Tudor & Sun Life Ins. Co.*, 2 C.S. 534; *Dame Decker v. Coorsh*, [1956] R.P. 200; [1956] B.R. 78; *Macnab v. Robertson*, [1949] R.P. 181; *G.B. Holding Co. Ltd. v. Eva Hummel & Hans Riecker*, [1963] R.L. 61; *Dame Kathleen Maloney v. Charles Rassio*, [1961] R.L. 169; *B. v. S.*, [1960] R.L. 444; *Dame Ida Rishikoff v. Neidik*, [1959] R.L. 321; *P. v. Dame L. et Banque Canadienne Nationale*, [1953] B.R. 119; *Wilson & Thompson*, [1959] B.R. 522; *Mertens v. Hercovitch*, [1959] B.R. 263; *Dame Tollett Power Williams v. Power Williams*, 60 B.R. 800; *Migneault v. Spenard*, [1962] B.R. 10; *Bronfman v. Dame Moore*, [1965] B.R. 181; *Roméo Paradis v. Dame A. Lemieux*, [1955] R.C.S. 282.

prononcer la nullité¹⁰. Une telle loi ne pouvait être modifiée que par une autre loi du Parlement.

On se trouvait ainsi devant une situation pour le moins curieuse puisque les tribunaux du Québec ne pouvaient prononcer de divorce, ne pouvaient méconnaître la validité de la décision du Sénat ou du bill privé voté par le Parlement, selon le cas, mais devaient quand même en régler les effets. Faute de dispositions législatives en ce sens, les tribunaux n'avaient d'autre alternative que d'assimiler le divorce à la séparation de corps ou encore de s'inspirer des dispositions de droit comparé. Il n'est pas surprenant qu'une certaine incohérence en ait résulté. Mais à partir du 2 mai 1969, date à laquelle la législature provinciale reprenant sur certains points les dispositions de la loi fédérale et la complétant sur d'autres, votait une *Loi organisant les effets du divorce*¹¹, la carence législative a fait place à une dualité législative. Cette dualité législative comme nous verrons en abordant l'étude de la procédure et des effets du divorce, a engendré des problèmes d'un ordre nouveau bien que, sur le plan pratique, ils puissent apparaître moins conséquents.

B. De la compétence juridictionnelle des tribunaux québécois en matière de divorce après 1968

La nouvelle *Loi sur le divorce* demeure fidèle au principe du lien entre la juridiction et le domicile déjà appliqué par les tribunaux de Common Law et ceux de Québec pour la reconnaissance d'un divorce étranger. Elle a cependant apporté deux innovations: la notion du domicile *canadien* et celle du domicile séparé de l'épouse.

La loi édicte des règles de compétence juridictionnelle en fonction du *domicile* et de la *résidence* des parties. L'article 5 (1) de la loi se lit comme suit :

« Un tribunal de n'importe quelle province a compétence pour entendre une requête en divorce et pour prononcer sur les conclusions des parties

- a) si la requête est présentée par une personne domiciliée au Canada et
- b) si le requérant ou l'intimé a ordinairement résidé dans cette province pendant une période d'au moins un an précédant immédiatement la présentation de la requête et a réellement résidé dans cette province pendant au moins dix mois au cours de cette période. »

Ces deux notions de domicile et de résidence nécessitent ici un court commentaire. En effet, à l'exception des dispositions qui

10. *Gauthier v. Dragon, op. cit.*

11. L.Q. 1969, 2 mai 1969.

permettent à la femme mariée d'acquérir un domicile propre pour les fins du divorce comme si elle n'était pas mariée et si la femme est mineure comme si elle avait atteint sa majorité (art. 6 al. 1)¹², le législateur n'a pas défini la notion de domicile. Il n'a pas précisé non plus ce qu'il entendait par résidence ordinaire.

1. La détermination du domicile canadien

a) Il s'agit d'une part d'un domicile particulier pour les seules fins du divorce, alors que pour toutes autres fins, les parties restent soumises à leur domicile provincial¹³. D'autre part, faute d'éléments prévus par la loi, on ne peut recourir qu'aux critères du domicile provincial¹⁴.

Le *Code civil* québécois a énoncé ces critères aux articles 80 et 81. Ainsi, l'article 80 stipule que « le changement de domicile s'opère par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y faire son principal établissement ». L'article 81 est à l'effet que « La preuve de l'intention résulte des déclarations de la personne et des circonstances ». Ces principes ont été d'ailleurs reconnus expressément et à plusieurs reprises par la Cour suprême du Canada, notamment dans *Trottier v. Rajotte*¹⁵.

b) Nous avons vu qu'en vertu de l'article 6, al. 1, le domicile de la femme mariée est déterminé comme si elle n'était pas mariée et si elle est mineure comme si elle avait atteint sa majorité. Ce n'est donc plus le domicile du mari ou encore celui de ses parents lorsqu'elle est mineure (art. 83 du *C.c.*), qui détermine la compétence du tribunal lorsque la requête est présentée par une femme mariée mais plutôt le lieu de sa résidence depuis au moins un an selon l'article 5 al. 1¹⁶.

12. Art. 6, al. 1, dispose que « Aux fins d'établir si un tribunal a compétence pour prononcer un jugement de divorce en vertu de la présente loi, le domicile d'une femme mariée doit être déterminé comme si elle n'était pas mariée et, si elle est mineure, comme si elle avait atteint sa majorité ».

13. La conception de domicile canadien n'est cependant pas nouvelle. On la retrouve en effet dans d'autres lois fédérales. Cf. *Les Lois sur l'immigration*, S.R.C. 1970, c. 1-2, notamment art. 4; et *La citoyenneté*, S.R.C. 1970, c. C-19, section 2.

14. Juge GILLIS dans *Khalifa v. Khalifa*, (1971) 19 D.L.R. (3d) 460 à 465 (Nova Scotia).

15. [1940] R.C.S. 203; voir aussi *McMullen v. Wadsworth*, (1889) 14 A.C. 63; *Ingelsberger v. Mohlo*, [1971] C.A. 699; *Geldart v. Geldart*, (1969) 3 D.L.R. (3d) 277 (N.S.S.C.); et *Armstrong v. Armstrong*, (1971) 3 O.R. 544; (1972) 5 R.F.L. 165.

16. Voir *Gagoni v. Gagoni*, (1970) 13 D.L.R. (3d) 763 (N.W.T.); *Geldart v. Geldart*, *op. cit.*; voir J. PINEAU, « Coup d'œil: Loi sur le divorce », (1969) 10 *C. de D.* 75; B. GAUDET, « Étude sur certains aspects du droit familial au Canada » in *Études préparées par la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada*, vol. I, Ottawa, 1971, pp. 109-110; M. ROBERT, « Quelques commentaires sur la nouvelle loi concernant le divorce », (1968) 28 *R. du B.* 519; voir aussi *Dimitrijevic v. Dimitrijevic*, 28 D.L.R. (3d) 177 (Ontario H.C.).

Cette rupture avec la règle de l'unité du domicile matrimonial, qui donne donc à la femme mariée un domicile propre pour les fins de divorce, s'avérerait nécessaire, l'application du concept traditionnel risquant de la pénaliser et même de la priver de tout accès aux tribunaux, advenant l'abandon ou la séparation de fait avec son mari et l'acquisition d'un domicile à l'étranger par lui¹⁷.

Cependant, la *Loi sur le divorce* ne fournit pas explicitement de solution au problème de la capacité d'acquérir un domicile dans d'autres contextes que celui de la femme mariée. Est-ce qu'un homme marié, s'il est mineur, peut acquérir un domicile élu pour les fins du divorce? Est-ce que l'absence de dispositions fédérales à cet égard laisse le champ libre aux législatures provinciales? À ce sujet, le professeur Da Costa est d'avis que les législatures provinciales ne sont pas constitutionnellement habilitées à déterminer les modes d'acquisition ou de structure d'une base juridictionnelle qui demeure de nature fédérale¹⁸. En vertu du droit québécois, le mari mineur est émancipé et peut par conséquent acquérir un domicile différent de celui de son père (art. 83 du C.c.). Nos tribunaux vont probablement appliquer cette règle pour les requêtes des maris mineurs domiciliés au Québec au moment de l'introduction de la requête, mais s'ils sont domiciliés dans une autre province, référeront-ils aux lois de cette province? On ne peut pas le prévoir.

c) De plus, il est important de noter que la loi admet le domicile du demandeur comme critère de compétence¹⁸.

d) En cas de contestation du domicile du requérant, ce dernier devrait, semble-t-il, le prouver¹⁹, bien que le contraire ait été affirmé par la Cour d'appel du Québec, mais dans une affaire où le domicile de la requérante était clairement établi²⁰.

e) Les changements dans la localisation du facteur de rattachement ne sont pas prévus par la loi. Il semble bien que si le domicile du requérant devait changer en cours d'instance, la règle *once compe-*

17. *La Loi sur la juridiction en matière de divorce* de 1930, 20-21 Geo. V, c. 15 avait déjà apporté un tempérament à la règle de l'unité du domicile matrimonial; voir *infra*.

18. Mendes Da COSTA, *Divorce and the Conflict of Laws*, dans *Studies in Canadian Family Law*, t. 1, Toronto, Butterworths & Co. (Canada) Ltd., 1972, pp. 899ss et 915-916.

18a. Pour une critique de cette règle, voir B. GREEN, *The Divorce Act of 1968*, (1969) 10 *U. of T. L.J.* 629; J.G. FRÉCHETTE, *Le divorce en droit international privé canadien et québécois*, (1972) 3 *R.D.U.S.* 102 à 106. Aussi S. MACKINNON, *Conflict of Laws*, *Ottawa L. J.* 146-147; J.D. PAYNE, Bill C-187 (1967-68) 18 *U.N.B. L. Journal* 93; J. PAYNE, *The Divorce Act (Canada) 1968-69* 7 *Alta L. Rev.* 21; M. C. KRONBY, *Divorce Practice Manuel*, Toronto, Butterworths, 1969, p. 17.

19. *Bienvenu v. Parent*, [1968] C.C.L. 1316 (C.S. Mt); *Makoon-Singh v. Makoon-Singh*, [1968] C.C.L. 70 (N.S. S.C.).

20. *Ingelsberger v. Mahlo*, *op. cit.*

tent always competent s'appliquerait²¹. D'après cette solution, le domicile s'apprécie au moment de la requête en divorce. C'est ainsi que la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a estimé qu'une épouse de nationalité française désireuse de retourner en France après l'obtention de son divorce avait néanmoins acquis un domicile canadien en suivant son mari au Canada sans avoir alors l'intention de divorcer²².

2. La résidence (art. 5 alinéa 1-b)

Il est étrange, après avoir lu l'article 5 al. 1-a, de découvrir que l'article 5 al. 1-b établit une exigence juridictionnelle additionnelle d'une année de résidence dans la province où la requête est présentée, dont dix mois de résidence réelle. Le but de cette exigence est d'éviter le « shopping » d'une province à l'autre pour obtenir un divorce²³. Ceci peut créer des problèmes dans des cas isolés, mais pas suffisamment pour justifier les inconvénients qui seraient causés, sans aucun doute, à un grand nombre de personnes obligées de se déplacer (pour raisons de travail ou autres) à travers le pays et qui, par conséquent, auraient une certaine difficulté à satisfaire aux exigences de l'article 5 al. 1-b.

a) Le sens des mots « résidence ordinaire » par opposition à « résidence réelle »

Telle qu'interprétée, l'expression résidence ordinaire indique « l'endroit où le requérant a son habitation réelle »²³ ou « l'endroit où il vit ordinairement, normalement et habituellement »²⁴. Ainsi une absence temporaire, un changement d'habitation imposé par les fonctions ou la position occupée par le requérant ne peuvent lui faire perdre sa résidence ordinaire au sens de la loi²⁵. Par contre, ils lui font perdre sa résidence réelle qui suppose sa présence physique dans le district judiciaire du tribunal saisi²⁶. Par conséquent, une personne qui a sa résidence ordinaire dans une province peut quitter cette province

21. Mendes Da COSTA, *op. cit.*, pp. 926-929; et voir *Khalifa v. Khalifa*, *op. cit.*

21a. *Weston v. Weston*, 5 R.F.L. 244; voir aussi *Fortin v. Gagné*, [1969] R.P. 378.

22. *Geldart v. Geldart*, *op. cit.*; voir aussi *Khalifa v. Khalifa*, *op. cit.*

22a. Voir *Jablonowski v. Jablonowski*, (1972) 3 O.R. 410 (Ont. H.C.J.).

23. *Hardy v. Hardy*, D.L.R. (3d) 307. Juge HOULDER (Ont. H.C.); *Graves v. Graves*, (1973) 11 R.F.L. 112 (N.S. S.C.).

24. *Ibid.*; voir également *Nowlan v. Nowlan*, (1971) 2 R.F.L. 67 (N.S. S.C.).

25. *Wood v. Wood*, (1969) 66 W.W.R. 702; 2 D.L.R. (3d) 527 (Man. Q.B.); et *Marsellus v. Marsellus*, (1970) 75 W.W.R. 746; 13 D.L.R. (3d) 383; 2 R.F.L. 53 (B.C. S.C.).

26. *Wood v. Wood*, *op. cit.*

et résider réellement ailleurs dans un but particulier, mais néanmoins continuer à être résident ordinaire dans cette province.

b) *Computation du délai de dix mois de résidence effective ou réelle*

Si la qualité de cette résidence effective ne suscite pas de problème d'interprétation, on est loin d'être unanime quant à la computation du délai de dix mois exigé par la loi. L'article 5 al. 1-b ne spécifie pas s'il s'agit de dix mois au cours de l'année qui précède immédiatement la présentation de la requête ou plutôt de dix mois par rapport à la période totale de résidence ordinaire dans la province.

Supposons, à titre d'exemple, que l'un des conjoints réside depuis dix ans dans un district et qu'il s'en absente pendant une courte période de trois mois dans l'année qui précède la présentation de la requête. Dans ce cas, pourrions-nous dire que cette personne satisfait aux conditions exigées par l'article 5 de la *Loi sur le divorce*?

Présentement, nous assistons à deux tendances jurisprudentielles. Certains jugements considèrent que si la période de dix mois ne doit pas être nécessairement successive, le tribunal ne peut avoir juridiction que si l'on peut totaliser dix mois de résidence effective dans la province au cours de l'année qui précède immédiatement la présentation de la requête²⁷. L'argument militant en faveur de cette opinion est qu'il devrait y avoir une solide relation entre le conjoint et la juridiction du tribunal. Cette relation est assurée par l'exigence de la période de dix mois au cours de l'année qui précède la requête²⁸.

La deuxième tendance considère la période totale de résidence si la personne a résidé dans la province pendant une période supérieure à un an. Le requérant n'aurait donc qu'à prouver qu'il a été physiquement présent pendant dix mois depuis qu'il a établi sa résidence dans la province. Si le législateur avait voulu que les dix mois de résidence effective se situent dans la période d'un an précédant immédiatement la présentation de la requête, il aurait pu dire: « et a réellement résidé dans cette province pendant au moins dix mois au cours de l'année qui a précédé immédiatement la présentation de la requête » et non pas « pendant au moins dix mois au cours de cette période ».

Il va sans dire que les personnes qui résident dans une province pendant un laps de temps assez long et qui sont appelées à l'extérieur pour des raisons professionnelles seraient lésées par l'exigence d'une

27. *Hardy v. Hardy*, *op. cit.*

28. *Cuzner v. Cuzner*, (1970) 15 D.L.R. (3d) 511; 2 R.F.L. 65 (N.S. S.C.); *Lutoski v. Lutoski*, (1970) 2 R.F.L. 67 (N.S. S.C.).

résidence de dix mois au cours de l'année précédant la présentation de la requête²⁹. Nous favorisons la deuxième tendance qui a été d'ailleurs admise par le juge Aikins dans *Marsellus v. Marsellus*³⁰.

c) Détermination du moment où il faut satisfaire aux exigences de la résidence

Serait-il suffisant qu'avant l'enquête, ou possiblement avant le jugement conditionnel, l'un des conjoints satisfasse aux exigences de la résidence? Il semblerait qu'en vertu de la terminologie de l'article 5 al. 1, les exigences du domicile et de la résidence doivent être respectées au moment de la présentation de la demande, ce moment étant celui du dépôt de la requête. Il est évident que cette interprétation pourrait causer des retards dans le dépôt de la requête³¹.

3. Le cas d'une requête en divorce pendante³² devant un tribunal non canadien (e.g. celui du domicile du mari) — la possibilité de l'exception de litispendance (art. 165 al. 1 du Code de procédure civile)

La jurisprudence québécoise déclare irrecevable l'exception de litispendance à l'égard d'une instance pendante devant un tribunal non canadien³³. Le refus de l'exception de litispendance serait le corollaire de la nécessité d'une action en exemplification pour donner effet, au Québec, à un jugement étranger. Ainsi selon le juge Fabre-Surveyer, il est équitable qu'un procès pendant à l'étranger ne puisse servir de base à une exception de litispendance puisqu'un jugement étranger n'a aucune valeur au Québec s'il est contesté en vertu de l'article 178 du *Code de procédure civile*. Si la décision étrangère ne peut avoir autorité de chose jugée, comment peut-on se contenter d'une simple procédure à l'étranger³⁴? L'attitude des tribunaux québécois reflète aussi une certaine suspicion à l'égard des procédures étrangères.

29. Voir exemple *Cullen v. Cullen*, (1969) 9 D.L.R. (3d) 616 (N.S. S.C.).

30. 2 R.F.L. 57-59. Dans le même sens, voir *Wood v. Wood*, et *Norton v. Norton*, (1971) 2 R.F.L. 59 (N.S. S.C.).

31. *Nixon v. Nixon*, (1969) 68 W.W.R. 95.

32. Pour le cas des requêtes concurrentes à l'intérieur du Canada, voir l'article 5(2) de la loi.

33. *Russel v. Field*, [1833] Stuart's Rep. 558; *Howard Guernsey Maint Co. v. King*, (1894) 5 C.S. 182; *Countney v. LaPlante*, (1932) 53 B.R. 552, *Toulon Conduct Inc. v. Rusco Industries Inc.*, (1973) R.P. 138.

34. [1924] *R. du B.* 394 contre J. G. CASTEL, « Quelques questions de procédures en droit international privé québécois », (1971) 31 *R. du B.* 134, à la page 136.

**C. La détermination de la loi qui régit la dissolution
du lien matrimonial.**

La règle de conflit pour les divorces rendus avant 1968

La détermination de la règle de conflit en matière de divorce implique une qualification qui est toujours faite d'après le droit positif, i.e. *lege fori*³⁵. Le caractère d'indissolubilité du mariage, ou de dissolubilité, relève-t-il de l'état matrimonial soumis à la *loi du domicile conjugal* conformément au paragraphe 4 de l'article 6 du *Code civil* (c'est-à-dire à la *loi du domicile commun* des époux au moment de l'instance en divorce), ou doit-il être plutôt considéré comme une clause du contrat matrimonial régi, suivant l'article 8 du *Code civil*, par la loi choisie expressément par les parties, ou en l'absence d'un tel choix par la *loi du domicile matrimonial* (c'est-à-dire la loi du domicile du mari au moment du mariage)?

Avant 1968, cette question n'avait jamais été soulevée d'une façon directe devant les tribunaux québécois qui, nous l'avons vu plus haut, ne possédaient pas la compétence *ratione materiae* pour prononcer des jugements de divorce. Cependant, nonobstant l'ancien article 185 du *Code civil* stipulant que le mariage n'était dissous que par la mort naturelle de l'un des conjoints, les tribunaux québécois étaient appelés à se prononcer indirectement sur la validité des jugements étrangers de divorce i.e., à l'occasion de l'adjudication sur une demande principale (e.g. la garde des enfants).

Nous devons éliminer de la discussion les divorces parlementaires puisqu'ils ne sont pas des jugements, mais plutôt des lois fédérales à caractère privé qui font partie du droit statutaire canadien. La question de la loi appliquée n'est donc pas pertinente. Une loi constitutionnelle du Dominion lie le juge québécois.

Le professeur Crépeau, président de l'Office de Revision du Code civil et expert en droit international privé québécois, dans une étude fondamentale sur le sujet, prétend qu'un jugement étranger de divorce ne peut être reconnu au Québec que si la cour étrangère juridictionnellement compétente avait jugé selon la même loi interne qui aurait dû être désignée par le tribunal québécois s'il en était saisi³⁶. Si cette exigence de la reconnaissance appelée « compétence législative » est fondée, comme l'a mentionné d'ailleurs le juge Colas par un *obiter*

35. J. G. CASTEL, « Propos sur la structure des règles en droit international privé québécois », (1961) 21 *R. du B.* 1, voir aussi les remarques de J. Deschênes dans *Gauthier v. Bergeron*, [1973] C.A. 377 et critique Talpis, [1973] *R. du B. Can.* 690, et E. Groffier, [1973] *R. du B.* 362.

36. P. A. CRÉPEAU, « La reconnaissance judiciaire des jugements de divorce étranger dans le droit international privé de la province de Québec », (1959) 19 *R. du B.* 310.

dictum dans la cause *Karim v. Ali*³⁷, la question de qualification devient d'une importance cruciale.

Cependant, une telle exigence de reconnaissance des jugements étrangers n'est mentionnée ni par Johnson³⁸, ni par Castel³⁹, président du Comité de droit international privé de l'Office de Revision du Code civil et, quoique la jurisprudence ne soit pas très claire à ce sujet⁴⁰, les causes dans lesquelles des divorces étrangers furent soumis à des tribunaux québécois peuvent être justifiées soit par la simple exigence de la compétence juridictionnelle, soit par la double exigence de la compétence juridictionnelle et législative.

La qualification de la dissolubilité du mariage a subi en quelque sorte une évolution. La Cour suprême du Canada, dans son arrêt *Steven v. Fisk*⁴¹, avait d'abord adopté la qualification contractuelle. Il s'agissait, on le sait, de deux conjoints domiciliés, au moment de leur mariage, « en pays de divorce ». Par la suite, ils étaient venus établir domicile dans la province de Québec. C'est alors que l'épouse, malgré son domicile québécois, avait obtenu au lieu du domicile matrimonial un jugement de divorce dont elle soutenait la validité devant les tribunaux québécois. La Cour suprême lui donna raison. Le juge Gwynne y déclarait⁴² :

« The parties having been natural born citizens of the United States, and domiciled in the State of New York and married under the law of the State, the marriage must be held to have been a New York State marriage, and the parties must be held to have become upon the marriage subject to the law of the State of New York relating to divorce by which it was then — provided and enacted by statute that a divorce may be decreed and a marriage dissolved by the Supreme Court of the State whenever adultery has been committed by any husband or wife. »

Loranger⁴³ adopte la même qualification en déclarant qu'un mariage contracté dans la province de Québec reçoit « de nos lois, un caractère d'indissolubilité » et crée « en faveur des époux et des enfants des droits acquis et absolus ».

37. [1971] C.S. 439.

38. *Op. cit.* p. 759.

39. J. G. CASTEL, *Private International Law*, Toronto, Canada Law Book, 1960, pp. 266ss.

40. La compétence législative de la cour étrangère n'est pas au nombre des conditions énumérées dans *Stacey v. Beaudin*, (1886) 9 L.N. 363 et reprises dans *Monette v. Larivière*, (1926) 40 B.R. 351. Toutefois, dans un certain nombre d'arrêts, les juges ont affirmé que le statut personnel de personnes domiciliées au Québec ne pouvait être décidé que conformément à la loi de leur domicile : *Gauvin v. Rancourt*, [1953] R.L. R17 (B.R.) *Stephen v. Falchi*, *op. cit.*; *Main Wright*, [1945] B.R. 105.

41. *Op. cit.*

42. *Ibid.*, à la p. 45.

43. *Commentaires sur le Code civil du Bas-Canada*, t. 2, 1879, p. 545.

Cette qualification contractuelle a cependant été abandonnée par la jurisprudence québécoise. À la suite de lord Watson, dans l'arrêt *Lemesurier v. Lemesurier*⁴⁴, on a préféré la qualification « état et capacité », régie par la loi du domicile conjugal au moment de l'instance en divorce⁴⁵. C'est l'opinion qu'a récemment adoptée la Cour d'appel dans l'arrêt *Gauvin v. Rancourt*⁴⁶ où il s'agissait de la reconnaissance d'un jugement de divorce prononcé par une cour de l'État de Michigan. Les conjoints domiciliés, au moment de leur mariage, dans la province de Québec avaient acquis, au moment de l'instance en divorce, un domicile dans l'État de Michigan. La Cour déclara :

« Considering further, that in virtue of art. 6 of the *Civil Code*, upon a valid change of domicile by a married couple from this Province to another jurisdiction, the right to demand the dissolution of the marriage depends on the laws of such other jurisdiction »⁴⁷.

Il semble donc maintenant définitivement établi que le caractère d'indissolubilité du mariage québécois relève du statut personnel qui, aux termes de l'art. 6 par. 4 *Code civil*, est régi par la loi du domicile conjugal.

Il convient cependant de souligner que cette règle ne jouait que dans l'hypothèse de l'unité du domicile conjugal. Si une séparation de corps antérieure, permettant l'établissement d'un domicile séparé venait briser cette unité, un jugement de divorce étranger ne pouvait affecter les droits de la partie qui a conservé son domicile dans la province de Québec. Le juge Tellier déclarait à ce propos, dans l'affaire *Monette v. Larivière*⁴⁸ :

« Il est établi que la défenderesse a toujours eu son domicile dans la Province de Québec; que son mari y était domicilié à l'époque de leur mariage;... que la défenderesse a obtenu de la Cour supérieure siégeant à Montréal, un jugement prononçant la séparation de corps et la déliant de l'obligation de vivre avec son mari;... que la défenderesse... est restée à Montréal, où se trouvait son domicile.

44. [1895] A.C. 517.

45. Voir, entre autres, *Gregory v. Odell*, (1911) 39 C.S. 291; *Monette v. Larivière*, (1926) 40 B.R. 350; *Stephens v. Falchi*, *op. cit.*

46. *Op. cit.*; voir à ce sujet W.S. JOHNSON, « Recognition of foreign divorce of consorts domiciled in Quebec at marriage », (1954) 14 *R. du B.* 301.

47. Voir, à ce propos, les notes du juge McDougall, à la p. 583. Voir aussi, en ce sens, W. S. JOHNSON, « Aspects of the law of domicile in France and Quebec », dans *Livre-Souvenir des journées de droit civil français*, Montréal, 1936, pp. 103-108.

48. *Op. cit.*, à la p. 354; *Stephens v. Falchi*, *op. cit.* 354; *Tétreault v. Baby*, (1940) 78 C.S. 280; *Wilson v. Partridge*, *op. cit.*

« Dans ces circonstances, il est certain que la défenderesse n'a jamais cessé d'être régie par les lois de la Province de Québec (art. 6 du C.c.). De quel droit alors pourrait-on la contraindre à se soumettre à la loi d'un pays étranger et faire dépendre ses droits matrimoniaux d'une loi qui ne la concerne pas? »

Nous ne voyons pas la nécessité de déterminer si le professeur Crépeau avait raison quant à ses exigences de compétence législative pour déterminer la validité des divorces accordés avant 1968 car, aux yeux du juge québécois, seul le tribunal du domicile du mari avait juridiction. Et comme les tribunaux étrangers ont toujours appliqué la *lex fori*, celle-ci coïncidait avec la qualification québécoise de statut personnel (art. 6 al. 4 du *Code civil*).

Le besoin de formuler une règle quant au choix de la loi applicable devient apparent avec la création d'une juridiction extradomiciliaire. Ainsi par analogie, dans une cause anglaise, *Zanelli v. Zanelli*⁴⁹, le tribunal, exerçant sa juridiction conformément à la loi anglaise (étant la loi de l'épouse abandonnée), avait accordé le divorce à l'épouse nonobstant le fait que suivant la *lex domicilii* (la loi italienne), le divorce entre les parties était légalement impossible.

D. La détermination de la loi qui régit la dissolution du lien matrimonial sous la Loi du divorce

Notre nouvelle *Loi du divorce* est muette sur la question du conflit de lois bien qu'elle prévoit des critères de juridiction beaucoup plus larges. Lorsque le mari est le requérant, la *lex fori* et la *lex domicilii* coïncident. Par contre, lorsque la femme est requérante, il se peut que le mari soit parti à l'étranger et y ait acquis un domicile. Dans ce cas, si l'on considère que la disposition de l'alinéa 1 de l'article 6, prévoyant que le domicile d'une femme mariée vaut seulement aux fins d'établir la juridiction, la *lex fori* ne correspond plus à la *lex domicilii*. Il se peut que la loi du divorce comprenne certaines causes ou effets du divorce non reconnus comme tels par la *loi du domicile* ou, inversement qu'une femme domiciliée au Canada puisse demander un divorce devant un tribunal canadien en invoquant une cause de divorce admise par la *lex domicilii* étrangère de son mari, non prévue par la législation fédérale.

On peut imaginer la situation suivante. Un couple habitant en Ontario se sépare et le mari s'installe aux États-Unis où il acquiert un domicile. Quelque temps après, l'épouse vient s'établir au Québec où,

49. (1948) 64 R.L.R. 556 concernant *The Matrimonial Causes Act*, 1937, c. 57, 513. La loi n'impose pas une règle du choix de loi.

après un an de résidence, elle présente une requête en divorce. Elle remplit toutes les conditions exigées par la loi puisque son domicile devait être déterminé comme si elle n'était pas mariée, elle a un domicile canadien et a résidé pendant un an dans la province où elle présente sa requête. Néanmoins, le tribunal appelé à prononcer le divorce n'est ni celui du dernier domicile du couple, ni celui du domicile de la femme qui est nécessairement, suivant l'article 83 du *Code civil*, celui de son mari.

En particulier, l'application de la *lex fori* est en contradiction flagrante avec les dispositions du *Code civil* qui déclare que l'état d'une personne est régi par la loi de son domicile. (article 6 alinéa 4 du *Code civil*).

Il semble bien, pour reprendre les termes de Mendes da Costa que: « The need for the formulation of a discrete choice of law rule became apparent. »⁵⁰

Aucune solution ne semble avoir été proposée jusqu'à présent par la jurisprudence, mais les juristes de Common law (droit canadien) envisagent l'application de la *lex fori*⁵¹. Da Costa écrit d'ailleurs :

« How the choice of law process will be resolved cannot be stated with certainty. However, the residence requirements of section 5 (1) b) ensure some real degree of connection with the forum and... there is no reason to suggest that any law other than Canadian law will apply »⁵².

Si nous admettons que l'opinion du professeur Crépeau, à l'effet que le divorce n'est pas une question strictement juridictionnelle, est justifiée, il demeure possible que sous la loi québécoise, la loi du domicile reste la règle du choix de la loi, vu le silence de la *loi du divorce*⁵³.

50. *Op. cit.*, p. 956.

51. Da COSTA, *ibid.* ; J. G. Castel, « *Conflicts of Law* » Cases, Acts and Materials, (2d ed), Toronto, Butterworths, 1968, p. 447.

52. *Op. cit.* p. 957.

53. La position de CASTEL et Da COSTA n'est pas suivie par tous les juristes de Common Law. GRAVESON la critique vivement. Il déclare: « The traditional principle of domiciliary jurisdiction in divorce has practically excluded any questions of choice of law from arising, the law of the domicile being identical, with the *lex fori*. Where however, the statutory exceptions granting jurisdiction on the basis of residence apply, these two laws are no longer identical and the need arises for a shift of emphasis from jurisdiction to choice of law, so that the personal law of parties shall be applied even though jurisdiction is exercised by courts other than those of their domicile ». *The Conflict of Laws*, (6th ed), London, Sweet & Maxwell, 1969, p. 297. Cette idée se retrouve chez J. G. CASTEL en ce qui concerne le droit américain, *Private International Law*, *op. cit.* p. 120.

E. Interprétation de la règle de conflit — Hypothèse de la *lex domicilii*

Dans l'hypothèse où les divorces prononcés avant 1968 soulevaient, *inter alia*, la question du choix de la loi au Québec, d'où l'application de la *lex domicilii*, et aussi dans l'hypothèse que cette situation soit la même après la promulgation de la *Loi du divorce*, compte tenu que cette loi ne règle pas le problème du choix de la loi applicable, il devient nécessaire d'interpréter la règle à la lumière des théories générales du droit international privé québécois. Nous devons nous demander comment la règle doit s'appliquer face à des problèmes de *renvoi*, de *conflits mobiles* et de *conflits dans le temps*.

a) Le renvoi

Pour qu'il y ait problème, il faut évidemment que la règle de conflit du for désigne une loi étrangère applicable. Présupposant que l'hypothèse que nous avons mentionnée plus haut est fondée, nous devons nous demander si la référence à une loi étrangère, en tant que loi du domicile, est une référence à la loi interne ou plutôt à cette loi dans son ensemble, y compris les règles de conflit. Notre droit est particulièrement peu explicite en la matière. Une seule décision, déjà ancienne d'ailleurs, a posé le problème et la Cour d'appel, approuvée par la Cour suprême, a accepté le renvoi⁵⁴. Pour Johnson, la règle appliquée dans *Armitage v. The Attorney General*⁵⁵ qui a également été suivie dans *Wheeler v. Sheehan*⁵⁶ est une acceptation du renvoi⁵⁷. Suivant la décision d'*Armitage*, le divorce accordé par une juridiction étrangère, dans l'hypothèse où le mari était domicilié dans une autre juridiction, est reconnu lorsque la juridiction du domicile du mari le reconnaît. Ainsi la référence à la *lex domicilii* signifie tout divorce reconnu par le domicile. Il s'agit d'une interprétation isolée. La doctrine est fortement divisée au Québec, Lafleur⁵⁸, Johnson⁵⁹,

54. *Ross v. Ross*, [1894] R.C.S. 307; (1893) 2 B.R. 413; conf. (1892) 2 C.S. 8.

55. 1906, p. 135.

56. *Op. cit.*

57. *Op. cit.*, à la p. 97ss.

58. E. LAFLEUR, *The Conflict of Laws of the Province of Quebec*, Montréal, Théoret, 1898, à la p. 22.

59. *Op. cit.*, à la p. 10.

Trudel⁶⁰, et Deschênes⁶¹ se déclarent en faveur du renvoi tandis que Gérin-Lajoie⁶² et Castel⁶³ sont contre le renvoi.

b. Les conflits mobiles⁶⁴

Revenant encore à la susdite hypothèse, nous nous posons une autre question. La loi applicable, est-ce la loi du domicile des conjoints au moment où les procédures de divorce sont entamées ou au moment du jugement de divorce? En nous référant à cette acceptation de la théorie de statut personnel en matière de divorce, il nous paraît incontestable qu'advenant un conflit mobile, c'est la loi du domicile des conjoints au moment du dépôt de la requête qui doit s'appliquer.

c) Les conflits dans le temps

Le conflit dans le temps appelé aussi « conflit transitoire » peut se manifester de deux façons.

i) Lorsque la règle de droit international privé du for subit une modification

On peut se demander quelle est l'incidence de cette modification sur les situations juridiques créées antérieurement. Ce type de conflit de lois ne se serait présenté quē si le divorce constituait un problème du choix de la loi avant 1968 régi par la loi du domicile, comme le soutient Crépeau, et que la *Loi du divorce* de 1968 prévoit la *lex fori* comme règle applicable. Si tel est le cas, alors l'article 22 de la *Loi du divorce* résout le conflit. Par contre, si la loi de 1968 maintient la *lex domicilii* comme règle du choix de la loi, alors il n'y aurait pas de conflit.

60. Tome 1, *op. cit.*, à la p. 30.

61. « La théorie du renvoi en droit québécois », dans *Études juridiques en hommage à Monsieur le Juge Bernard Bissonnette*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1963, p. 267.

62. « La théorie du renvoi », (1923) 1 *R. du D.* 1.

63. *Propos...*, *op. cit.*

64. Nous avons déjà touché la question du conflit mobile en ce qui concerne sa relation avec la juridiction et nous avons constaté que le moment où les critères du domicile et de la résidence doivent être respectés est celui du dépôt de la requête.

- ii) Lorsque la loi étrangère déclarée applicable par la règle de conflit du *for* a subi une modification après le jugement final, mais avant le jour où le tribunal québécois est appelé à l'apprécier

Ce type de conflit est souvent appelé « le conflit transitoire de droit étranger ». Il est difficile de prédire comment les tribunaux québécois vont résoudre ce conflit, quoique récemment dans *Zamkovetz v. Korneychuck*⁶⁵, la Cour supérieure du Québec a rejeté la législation étrangère rétroactive⁶⁶.

F. La Loi du divorce : Statut interne localisé dans l'espace

Les interprétations ci-dessus sont basées sur l'idée que la *Loi du Divorce* contient implicitement une règle de conflit : *lex domicilii* ou *lex fori*.

Mais il est possible de considérer la *Loi du divorce* comme un statut interne localisé dans l'espace ou, pour user de l'expression employée par les juristes français, une loi d'application immédiate.

Dans cette optique, la *Loi du divorce* est une loi conçue pour la situation domestique mais à laquelle le législateur a expressément assigné un champ d'application déterminé dans l'espace. Autrement dit, le législateur national a réglementé l'incidence internationale d'un texte édicté.

Au lieu de choisir entre diverses lois applicables, i.e. *lex fori* ou *lex domicilii*, le tribunal doit appliquer la loi canadienne si la situation et les personnes sont visées par la loi.

Même si le résultat est le même avec une règle de conflit implicite de « *lex fori* », le processus est différent.

65. [1972] C.S. 855, LESAGE; voir aussi l'article de l'auteur intitulé « Les lois étrangères rétroactives en matière de régimes matrimoniaux », (1973) 75 *R. du N.* 437.

66. De même, la Cour d'appel de la Colombie britannique dans *Ambrose v. Ambrose*, (1960) 32 W.W.R. 433 confirmant (1960) 30 W.W.R. 49; 21 D.L.R. (2d) 722, a rejeté la législation étrangère rétroactive. CASTEL a critiqué cet arrêt défendant les points de vue anglo-américains et européens qui veulent que la référence à la loi étrangère est une référence à cette loi telle qu'elle peut exister de temps à autre, i.e., les dispositions transitoires de la *lex causae*. Le problème dans *Ambrose* était compliqué à cause du conflit mobile présent. J. G. CASTEL, « Conflict of Laws in space and Time — Conflict mobile — Capacity to marry — Validity of a foreign divorce — Retrospective legislation », (1961) 39 *Can. Bar. Rev.* 604 à 624.

PARTIE II

Divorce obtenu en dehors du Québec et du Canada

A. Introduction

À l'époque où nous vivons et dans un pays d'immigration tel le Canada, les tribunaux, non seulement du Québec mais de toutes les provinces canadiennes, sont souvent appelés à régler des litiges impliquant des personnes divorcées à l'étranger. La première question qui se pose dans ces cas, est de savoir si le divorce obtenu à l'étranger peut être reconnu dans la juridiction saisie du litige.

Quelle est, en somme la valeur au Québec de ces lois, décrets ou jugements obtenus à l'étranger? Quelle considération reçoivent-ils de la part du juge québécois?

1. Nature juridique des divorces étrangers

Dans le contexte de cette étude, un jugement ou un décret de divorce étranger est un jugement ou un décret prononcé ou rendu par un tribunal étranger. Par tribunal étranger, il faut entendre une juridiction, un territoire appliquant des lois différentes. Le Canada étant constitué en fédération, chaque province est une entité distincte, une juridiction distincte. Avant 1968, les jugements de divorce rendus dans les provinces dotées de tribunaux ayant juridiction en cette matière, étaient considérés en droit international privé québécois comme des jugements étrangers.

Maintenant, depuis 1968, à l'exception des jugements de divorce rendus dans une autre province du Canada (Voir article 14 de la *Loi du divorce*), tout jugement rendu en dehors du Québec est considéré comme un jugement étranger.

2. Le notaire et la validité des divorces étrangers

Il est facile d'imaginer le genre de problèmes auxquels doit faire face le notaire québécois pour qui la question du statut personnel est cruciale: à titre d'exemples, dans l'examen des titres, il rencontre des déclarations à l'effet que le vendeur ou la vendeuse est détenteur d'un divorce étranger; dans le règlement d'une succession, il doit se demander si les parties en présence sont réellement le mari, ou l'épouse, et aussi, s'il devra procéder au partage des biens de la communauté ou de la société d'acquêts à partir d'un divorce étranger dont il ne peut apprécier la validité d'une façon définitive?

3. Dans quels cas le tribunal québécois est-il appelé à se prononcer sur les divorces étrangers ?

Antérieurement à l'article 453 du *Code de procédure civile* (requête pour jugement déclaratoire, discutée *infra*), c'était toujours de façon indirecte que le tribunal québécois était amené à se prononcer sur la valeur d'un divorce étranger au Québec. C'était surtout dans des actions en nullité de mariage que le divorce étranger était considéré comme élément étranger⁶⁶. Un époux divorcé à l'étranger contracte un deuxième mariage avec une personne qui en demande la nullité, alléguant que le divorce n'est pas valide. À l'occasion d'actions en séparation de corps, il fut à quelques reprises objecté que des époux valablement divorcés ne pouvaient se prévaloir d'un semblable recours devant les tribunaux québécois⁶⁶. Nous avons relevé deux requêtes d'*habeas corpus* où les tribunaux québécois ont été appelés à se prononcer sur des divorces étrangers⁶⁶. À plus d'une reprise, l'épouse divorcée à l'étranger ayant obtenu une pension alimentaire pour ses enfants a dû recourir aux tribunaux québécois pour l'exécution de cette pension, son ancien époux ayant changé de domicile⁶⁷. Les tribunaux québécois ont été aussi appelés à reconnaître des jugements ou décrets de divorces étrangers lors d'actions en réclamation de comptes⁶⁸, de requêtes en adoption⁶⁹, de saisies-conservatoires⁷⁰ ou d'actions en reddition de comptes⁷¹.

Avant l'adoption du nouveau *Code de procédure civile*, c'est-à-dire avant le 1^{er} septembre 1965, les tribunaux du Québec ne pouvaient rendre des jugements déclaratoires; ils ne pouvaient donc pas se prononcer sur le statut d'une personne sous prétexte de l'établir clairement ou de résoudre certains problèmes soulevés par un statut

66a. *Beique v. Moquin & Rideal*, [1960] C.S. 267; *Dame Wilson v. Partridge*, *op. cit.*; *Dame Kon v. Woodward*, *op. cit.*; *Dame Thibault v. Zanetin & Charlebois et un autre*, [1956] C.S. 341; *Dame Cox v. Jones*, *op. cit.*; *Dame L. v. M. et Attorney General*, [1951] C.S. 275; *Somberg v. Zarakoff & Rothblatt*, *op. cit.*; *Musselmon v. Novick & Stromberg*, [1949] C.S. 431; *Dame Barakett v. Eddy*, [1932] C.S. 125; *McNutt v. Cree & Ledain*, [1928] C.S. 332; *Dame Lillie v. Hendershott*, [1962] B.R. 148; *Courcy v. Dame Grisé*, [1955] B.R. 329; *Gauvin v. Rancourt*, *op. cit.*

66b. *Dame Wheeler v. Sheehan*, *op. cit.*; *Wilson v. Partridge*, *op. cit.*; *Dame Maxwell v. McNamara*, *op. cit.*; *Vézina v. Trahan*, *op. cit.*; *Karin v. Ali*, [1971] C.A. 194.

66c. *G. v. M. et V.*, *op. cit.*; *Porter v. MacDonald*, [1962] B.R. 862.

67. *Dame Waddington v. Singer*, *op. cit.*; *McDowell v. McDowell*, *op. cit.*; *Ellenberger v. Robins*, [1940] C.S. 1.

68. *Drummond v. Higgins*, [1944] B.R. 413; *Ethier v. Décari*, [1960] B.R. 907; *Stephens v. Falchi*, *op. cit.*

69. *X v. Y*, [1941] C.S. 387.

70. *Dame Ethier v. Dame Décarie*, *op. cit.*

71. *Stephens v. Falchi*, *op. cit.*

imprécis. Les parties devaient alors se contenter d'une reconnaissance extrajudiciaire ou d'une reconnaissance fondée sur les articles 7 et 1220 du *Code civil*.

Ainsi, à moins d'un litige sur un point précis, les justiciables ne pouvaient pas faire statuer sur leur état matrimonial. Un individu devait attendre que son ex-femme lui intente une action en nullité de mariage (parce qu'il s'était remarié) ou une action en séparation de corps ou une requête pour pension alimentaire afin de savoir si le Québec considère son divorce valide ou pas.

L'action déclaratoire est maintenant admise par le nouveau *Code de procédure civile* comme mesure de justice préventive. Les articles 453 à 456 permettent aux tribunaux de la province de se prononcer sur l'état d'une personne indépendamment d'un litige né. Prenons par exemple le cas d'une personne née et mariée dans l'État A et qui obtient un divorce dans l'État B. Par la suite, elle déménage et réside pendant quelques années dans l'État C. Cette personne arrive au Québec et y réside maintenant. Avant de contracter un nouveau mariage dans notre province, elle veut savoir si son divorce étranger rendu dans l'État B est valide au Québec. Elle évitera ainsi que son nouveau mariage soit plus tard déclaré nul si les tribunaux décidaient de ne pas reconnaître le divorce étranger. Grâce aux nouveaux amendements au *Code de procédure civile*, les tribunaux québécois peuvent être saisis de la question à savoir si le divorce étranger est valide ou non et décider ainsi du statut de la personne⁷².

Les nouveaux articles du *Code de procédure civile* instituent une justice préventive puisqu'ils permettent d'éviter pour l'avenir des situations fâcheuses. Les notaires du Québec ne pourront que profiter de la situation claire créée par ces dispositions.

4. La loi qui détermine la validité d'un divorce étranger et le problème de la question préalable

Supposons qu'un tribunal québécois est appelé à se pencher sur une question principale qui comporte des éléments étrangers faisant naître des questions subsidiaires qui comportent également des éléments étrangers. Par exemple, si une personne domiciliée au Québec décède *intestat*, laissant son épouse, la loi québécoise s'appliquera pour régler la dévolution de ses biens mobiliers (Art. 6 du *Code civil*) et son épouse héritera. Mais est-elle vraiment la femme du *de cujus*?

72. Voir l'excellente discussion sur la méthode, par Adrian POPOVICI, dans (1972) 32 *R. du B.* 247ss.

Ceci pourrait dépendre de la validité d'un précédent divorce étranger. Quand la question principale réfère à la loi québécoise, il n'y a aucun doute que ce sont les règles québécoises qui s'appliquent quant à la reconnaissance d'un divorce étranger. Supposons que la règle de conflit québécoise s'en remet, au sujet de la question principale, à la loi étrangère. Les questions subsidiaires devraient-elles être régies par la règle de conflit québécoise applicable à ces questions ou par la règle de conflit étrangère qui régit la question principale.

Dans notre exemple, si le *de cujus* décède alors qu'il est domicilié à New-York, et que la loi interne accorde à l'épouse une part dans ses biens meubles et si, avant d'épouser le défunt, elle avait déjà été mariée et avait obtenu un divorce au Nevada, la validité de ce divorce devrait-elle être jugée conformément aux lois québécoises (le *situs* des meubles) ou d'après le lois de New York? Il s'agit ici du *problème de la question préalable*.

La jurisprudence québécoise semble ne s'être jamais prononcée sur la question préalable. Par contre, un arrêt récent de la Cour suprême, *Schwebel v. Ungar* a paru trancher le problème⁷³.

Dans cette cause, le mari intente une action en nullité de mariage au motif que le premier mariage de son épouse n'avait pas été dissous. Celle-ci, alors qu'elle fuyait la Hongrie avec son premier mari, avait divorcé par un *guett* dans un champ de réfugiés en Italie. Ce divorce conforme à la loi juive était reconnu par la loi d'Israël où les deux ex-époux s'étaient établis, mais n'était pas reconnu d'après les règles de droit international privé du tribunal saisi (Ontario). La question principale était la capacité de la femme de se remarier (son domicile au moment du second mariage était en Israël); la question subsidiaire était donc la validité du divorce. Le droit ontarien aurait normalement dû refuser de reconnaître la validité d'un divorce obtenu dans ces conditions. Néanmoins, la Cour d'appel et la Cour suprême ont fait exception à cette règle et ont considéré le divorce comme valide.

Cet arrêt a été interprété comme soumettant la question préalable à la règle de conflit de la *lex causæ*⁷⁴. Mais le jugement est loin d'avoir résolu le problème parce qu'il se peut que les juges aient appliqué la règle de conflit du for en élargissant celle-ci de façon à couvrir le divorce en question, étant donné les circonstances des parties (voir *infra*).

Je suggère humblement que les tribunaux québécois ne devraient pas référer la question préalable à la *lex causæ*, car une telle question

73. [1965] R.C.S. 148, commenté par P. R. H. WEBB, (1966) 14 I.C.L.Q. 659 et Lysk, (1965) 43 *Rev. Bar Can.* 363 à 376ss.

74. CHESHIRE, *op. cit.*, à la page 74; LYSK, *ibid.*, à la page 375.

incidente peut se présenter indépendamment ou dans d'autres contextes (quand la référence est faite au droit québécois); la solution ne devrait pas varier uniquement selon la manière par laquelle la question est présentée.

5. Principes de la reconnaissance des jugements étrangers

Un jugement étranger n'est pas revêtu de l'autorité de la chose jugée, à moins que par voie de reconnaissance, il ne soit incorporé dans un jugement rendu par un tribunal québécois. Cette façon de faire provient directement de l'article 121 de l'ordonnance française de 1629 (*Code Michaud ou Marillac*)⁷⁵. C'est de là que les dispositions du *Code de procédure civile* du Québec puisent leurs origines.

6. Procédures de reconnaissance judiciaire d'un jugement étranger

Il existe deux techniques juridiques pour ce faire. En premier lieu, *l'exemplification*. Au Québec, il ne s'agit pas d'une procédure autonome. Elle survient généralement dans les causes où un divorce obtenu peut avoir quelque influence sur l'issue du débat. Produite et versée au dossier, suivant la règle de la meilleure preuve en vertu de l'article 1204 du *Code civil*, une copie certifiée conforme du jugement étranger satisfait les conditions de l'article 1220 du *Code civil*.

En second lieu, il y a le *jugement déclaratoire* (453 du *Code de procédure civile*). Une partie peut, en vertu du précédent établi par le juge Colas dans *Karim v. Ali*⁷⁶, faire établir son état (i.e. la validité aux yeux des juges québécois d'un jugement de divorce étranger). Cette preuve se fait selon les dispositions de l'article 453 du *Code de procédure civile* pour un jugement déclaratoire.

75. Cette ordonnance fut rendue applicable au Canada en vertu de l'*Édit de la Création du Conseil supérieur de Québec de 1663 sous Louis XIV*. Voir *Édits, Ordonnances Royaux, Déclarations et Arrêts du Conseil d'État du Roi concernant le Canada*, t. 1, Québec, 1854, p. 38.

76. *Op. cit.* Voir aussi décision en Cour d'appel; *D.V.G.*, [1969] B.R. 338. Il s'agit d'une autre illustration de l'opportunité d'employer l'article 453 du *C.p.c.* En effet, la Cour a renversé un jugement de la Cour supérieure en rejetant la requête priant le tribunal de déclarer la requérante libre de tout lien matrimonial et contraire à l'ordre public l'interdiction de se remarier pendant deux ans contenu dans le jugement de divorce mexicain produit à l'appui de la requête.

B. Conditions de reconnaissance des divorces étrangers

Inutile de dire que la reconnaissance d'un jugement étranger de divorce doit remplir une série de conditions établies par la jurisprudence. En bref, il doit avoir été rendu par une juridiction compétente, être final et définitif, ne pas être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, ne pas avoir été obtenu en fraude de la loi québécoise, finalement et de façon moins certaine avoir été rendu conformément aux règles de conflit des lois en vigueur au Québec.

1. Compétence juridictionnelle internationale du tribunal qui a prononcé le divorce

Une longue suite de décisions⁷⁷, fondées sur une jurisprudence anglaise⁷⁸, a consacré la règle voulant qu'en matière de jugements étrangers de divorce, la compétence du tribunal étranger doit s'apprécier selon les règles de compétence juridictionnelle du tribunal saisi. Il faut cependant faire une distinction entre les Provinces de Common Law et le Québec.

a) Les divorces rendus avant la loi de 1968 dans les Provinces de Common Law

En principe selon la Common Law, le domicile conjugal au moment de l'introduction de l'action demeure le seul critère pour reconnaître les divorces étrangers au Canada. Cette règle vient de l'ancien arrêt anglais *Le Mesurier v. Le Mesurier*⁷⁹. Nous citons ici un passage du jugement rendu par Lord Watson, passage qui fut maintes fois repris :

« Their lordships have... come to the conclusion that according to international law, the domicile for the time being of the married pair affords the only true test of jurisdiction to dissolve their marriage. It is the strong inclination of my own opinion that the only fair and satisfactory

77. *Bauron v. Davies*, (1897) 6 B.R. 547; *Gregory v. O'Dell*, (1911) 39 C.S. 291; *Carter v. Lemoine et Gervais*, (1923) 26 R.P. 56; *Monette v. Larivière*, (1926) 40 B.R. 350; *McNutt v. Cree et Ledain*, [1928] C.S. 332; *Stern v. Stern*, (1935) 58 B.R. 391; *Stephens v. Falchi*, [1938] R.C.S. 354; *Tétreault v. Baby*, (1940) 78 C.S. 280; *X v. Y*, (1941) 79 C.S. 387; *Drummond v. Higgins*, [1947] B.R. 413; *Trahan v. Vézina*, (1947) 3 D.L.R. 769; *Nusselman v. Novik*, [1949] C.S. 431; *Cox v. Jones*, [1951] C.S. 32; *L v. M*, 1951 C.S. 275; *Gauvin v. Rancourt*, [1953] R.L. 517; *Goldenberg v. Triffon*, [1955] C.S. 341; *Thibault v. Zannettin et Charlebois*, [1956] C.S. 263; *Binns v. Jekill*, [1957] C.S. 49; *Wilson v. Partridge*, [1959] C.S. 17. Voir cependant *Ryan v. Pardo*, [1957] R.L. 321.

78. *Le Mesurier v. Le Mesurier*, [1895] A.C. 517; *Lord Advocate v. Jaffrey*, [1921] A.C. 146; *Attorney-General for Alberta v. Cook*, [1926] A.C. 444.

79. *Op. cit.*

rule to adopt on this matter of jurisdiction is to insist upon the parties in all cases referring their matrimonial differences to the Courts of the country in which they are domiciled. Different communities have different views and laws respecting matrimonial obligations, and a different estimate of the causes which should justify divorce. It is both just and reasonable, therefore, that the differences of married people should be adjusted in accordance with the laws of the community to which they belong and dealt with by the tribunals which alone can administer those laws. An honest adherence to this principle, moreover, will preclude the scandal which arises when a man and a woman are held to be man and wife in one country and strangers in another ».

Néanmoins, les tribunaux canadiens ont assoupli cette règle provenant des décisions anglaises. C'est dans cette perspective qu'il faut considérer *Armitage v. Attorney General*⁸⁰ et *Travers v. Holley*⁸¹. Suivant une première exception, le divorce prononcé par un tribunal étranger, dans l'hypothèse où le mari est domicilié dans une autre juridiction étrangère, sera reconnu lorsque la juridiction du domicile de celui-ci le reconnaît⁸². Selon une seconde exception, on reconnaîtra le divorce étranger lorsque, dans des circonstances semblables, la demande aurait pu être portée devant le tribunal du for et ce, même si les critères de juridiction ne sont pas exactement les mêmes⁸³. On peut donc résumer ainsi: jusqu'en 1968 dans les Provinces de Common Law, les tribunaux reconnaissaient les divorces étrangers: 1) là où les parties avaient leur domicile au début des procédures; 2) lorsque la validité a été reconnue au lieu où les parties avaient leur domicile au temps du divorce; 3) lors d'un divorce accordé à une femme dans des circonstances essentiellement semblables à celles dans lesquelles les tribunaux canadiens se sont déclarés compétents, par application de la section 2 de la *Loi sur la juridiction en matière de divorce*, 1930⁸⁴.

80. 1906, p. 135.

81. 1953, p. 246; (1953) 2 ALL E.R. 794.

82. Cette règle a été suivie dans un certain nombre de cas, dont les plus récents sont: *Yeager et Duder v. Registrar General of Vital Statistics*, (1958) 26 W.W.R. (Alta S.C.); *Plummer v. Plummer*, (1962) 31 D.L.R. (2d) 723 (B.C. S.C.). Elle a été d'ailleurs quelque peu élargie dans *Schwebel v. Ungar*, [1965] R.C.S. 148, conf. (1964) 42 D.L.R. (2d) 622 (Ont. C. of A.), à la condition que cette décision ne soit pas justifiée sur la question préalable (voir *supra*); le tribunal ontarien a reconnu un divorce qui était non valide d'après la loi du lieu où le jugement fut rendu (Italie) et d'après la loi du domicile du mari au moment du divorce (Hongrie) parce qu'il était valide par ailleurs d'après la loi du premier domicile choisi par les parties après le divorce (Israël).

83. *Re Allarie*, (1964) 41 D.L.R. (2d) 553 (Alta S.C.); *Januszkiewicz v. Januszkiewicz*, (1966) 55 D.L.R. (2d) 727 (Man. Q.B.); *Bednar et Bednar v. Deputy Registrar of Vital Statistics*, (1960) 24 D.L.R. (2d) 238 (Alta S.C.); *contra Lapierre v. Walter*, (1960) 31 W.W.R. 26; *Pledge v. Walter*, (1961-62) 36 W.W.R. 95.

84. *Op. cit.*

Le droit anglais a continué sa libéralisation de la reconnaissance de divorces étrangers. En 1967 et 1969, on décida qu'un divorce pouvait être reconnu s'il existait un lien réel et substantiel entre le demandeur et le tribunal qui s'est prononcé⁸⁵. Suivit ensuite le Royaume-Uni qui légiféra sur la matière en juin 1970⁸⁶.

Par cette loi, on reconnaît les divorces étrangers lorsqu'une des deux parties résidait habituellement ou avait son domicile dans le pays où le divorce avait été prononcé; de même, si la personne avait la nationalité de ce pays pour autant que la procédure ait été contradictoire et que les droits de la défense en général aient été respectés.

Il est à souhaiter qu'à brève échéance une telle évolution saura influencer le droit québécois.

b) Reconnaissance des divorces étrangers rendus avant 1968 au Québec

On peut noter des différences très profondes entre le Québec et les Provinces de Common Law pour la période antérieure à 1968. Tandis que ces dernières suivaient avec modération la jurisprudence anglaise, le Québec en restait à la règle stricte de *Le Mesurier v. Le Mesurier*⁸⁷. Ainsi, pour notre province, seul le tribunal du domicile⁸⁸ conjugal étranger au moment de l'introduction des procédures⁸⁹, avait juridiction pour entendre la cause. Il faut aussi se rappeler qu'à cette époque, le Québec n'admettait pas le divorce pour ses propres ressortissants!

Application de cette règle

La règle mentionnée ci-haut s'appliquait: 1) au divorce étranger pour des conjoints ayant un domicile commun au Québec: la

85. *Indyka v. Indyka*, (1969) 1 A.C. 33; conf. (1967) 2 All E.R. 689; (1967) 3 W.L.R. 510.

86. *Recognition of Divorces and Legal Separations Act*, 1971, c. 53.

87. *Op. cit.*

88. Il convient de souligner, de plus, que la soumission volontaire des parties à la juridiction d'un tribunal autre que celui du domicile ne peut avoir aucun effet au regard du droit québécois: *Stephens v. Falchi*, [1938] R.C.S. 354, à la page 361; *Main v. Wright*, [1945] B.R. 105. Voir cependant *Maxwell v. McNamara*, [1946] C.S. 191. L'arrêt *Stephens v. Falchi* rend également, à notre avis, inapplicables, en matière de reconnaissance des jugements de divorce étrangers, les règles de compétence énoncées par le juge RIVARD dans l'arrêt *Monette v. Larivière*, (1926) 40 B.R. 350, à la page 359.

89. Il y a lieu de noter que la détermination du domicile relève du tribunal saisi de la demande en reconnaissance de divorce étranger. C'est là un problème de qualification qui doit normalement être résolu par la *lex fori*. Voir *Stephens v. Falchi*, [1938] R.C.S. 354, à la page 363; *Drummond v. Higgins*, [1944] B.R. 413; *Trahan v. Vézina*, (1947) 3 D.L.R. 769; W. S. JOHNSON, *Conflict of Laws*, t. 2, p. 103.

jurisprudence⁹⁰ à ce sujet est unanime et conclut que ces divorces n'ont aucun effet et ne peuvent être reconnus dans la province de Québec. La seule façon d'obvier à cette règle étant le bill privé (divorce parlementaire). 2) Si l'un ou l'autre des époux, séparé judiciairement, allait élire domicile à l'étranger et y obtenait divorce. Cette décision était inopposable au conjoint demeuré au Québec. Le problème s'est posé en 1926 dans l'arrêt précité de *Monette v. Larivière*, où le juge Rivard disait : « Il faut conclure et nécessairement, que la Cour du Massachusetts n'était pas compétente à décréter le divorce, puisque le statut personnel de la femme s'y opposait et la soustrayait de la juridiction de ce tribunal »⁹¹. 3) Pour les divorces obtenus à l'étranger par des conjoints domiciliés à l'étranger, nos tribunaux québécois les reconnaissent lorsqu'ils provenaient du tribunal du domicile conjugal au moment de la présentation de l'action ou de la requête⁹². Il faut dire que la jurisprudence québécoise a timidement assoupli ces règles. C'est par le biais de l'arrêt *Wheeler v. Sheehan* que la Cour supérieure en 1961 appliqua la règle d'*Armitage v. Attorney General* voulant qu'un divorce, accordé dans un autre pays que celui du domicile mais reconnu par la *lex domicilii*, doit être reconnu par les tribunaux du for⁹³. Mais cet arrêt fut critiqué par la doctrine et ne semble pas avoir été suivi⁹⁴.

Il n'en demeure pas moins que nos tribunaux québécois devaient reconnaître les divorces prononcés dans les autres provinces canadiennes. En effet, la *Loi de divorce de 1930* prévoyait qu'un divorce accordé dans la province où la femme est abandonnée, était reconnu par tout le Canada. À cela, il faut ajouter que les cours assouplissaient parfois la notion de domicile tout en respectant les principes de *Le Mesurier*⁹⁵.

90. *G. B. Holding & Company Ltd. v. Hammond*, [1963] R.L. 61; *Carter v. Lemoine*, *op. cit.*; *Kon v. Woodward*, *op. cit.*; *Stern v. Stern*, *op. cit.*

91. (1926) 40 B.R. 350 à 361.

92. [1961] C.S. 480.

93. [1961] C.S. 480.

94. W. S. JOHNSON, *Conflict of Laws*, (2d ed), Montréal, Wilson & Lafleur, 1962, p. 400.

95. Voir *Goldenberg v. Triffon*, [1955] C.S. 341; un divorce commencé en Israël est terminé devant un rabbin à Montréal. Le divorce, suivant la loi d'Israël, ne devient final que lorsque le plaignant reçoit le décret. Cela eut lieu à Montréal, lieu du domicile. W. S. JOHNSON, *op. cit.*, à la page 410, critique fortement cet éloignement des règles salutaires de *Le Mesurier*. Néanmoins, on peut dire qu'il s'agit bien du domicile au moment de l'institution de l'action, c'est-à-dire, dans ce cas, en Israël. Il est probable que cette interprétation libérale du domicile sera de plus en plus suivie sous l'influence de la décision récente de la Cour suprême du Canada: *Schwebel v. Ungar*, [1965] R.C.S. 148; (1964) 48 D.L.R. (2d) 644; conf. (1964) 42 D.L.R. (2d) 622 (Ont. C. of A.).

c) *Reconnaissance au Québec des divorces étrangers rendus après 1968*

La loi fédérale de 1968 contient à l'article 6 al. 2 une disposition relative aux jugements étrangers en matière de divorce. En principe, il ne s'agit pas d'une dérogation au droit international privé québécois et canadien pertinent à la matière⁹⁶. On abolit, pour fins d'établissement de la juridiction des tribunaux, la règle du domicile légal de l'épouse non séparée de corps. La nouveauté de cette loi réside dans le fait que nos tribunaux peuvent reconnaître les divorces étrangers accordés uniquement sur la base du domicile de la femme. Par contre, les règles traditionnelles sont conservées et maintenues. Cette innovation de la loi fédérale ne peut se concrétiser sans quelques problèmes, plus particulièrement au Québec.

i) *Divorces étrangers prononcés sur la base du domicile du mari*

Le second paragraphe de l'article 6 de la loi fédérale change la règle de droit québécois voulant qu'un divorce obtenu par un époux domicilié hors de la province ne soit pas valide au Québec si l'autre époux y est domicilié. Il en est ainsi lorsque le conjoint qui obtient le divorce, est la femme.

Il faut connaître ce qui adviendrait si le mari, domicilié à l'étranger, obtenait le divorce lorsque son épouse, séparée de corps, a son domicile au Québec. La question se pose par elle-même, à savoir : la loi de 1968 changera-t-elle le raisonnement soutenu dans *Monette v. Larivière et Stephens v. Falchi*⁹⁷?

Notons qu'aujourd'hui le statut personnel de la femme séparée de corps et domiciliée au Québec ne s'oppose plus au divorce. En effet, depuis les décisions ci-haut citées, l'indissolubilité du mariage consacrée à l'article 185 du *Code civil* a été abrogée. Cependant, ce n'est que dans l'hypothèse où la femme a son domicile à l'étranger que les règles semblent avoir changé. Donc la règle de *Monette v. Larivière*, théoriquement tout au moins, devrait encore recevoir application. Cependant, donner une telle interprétation répugne au bon sens car elle établit une discrimination entre les époux. Nous pensons donc que les tribunaux québécois reconnaîtront un tel divorce étranger entraînant ainsi un nouveau courant jurisprudentiel.

96. *Débats de la Chambre des Communes*, 1967, p. 5, 606.

97. *Op. cit.* (1926) 40 B.R. 350 et [1939] R.C.S. 354.

ii) Interprétation de « Jugement de divorce »

Faut-il donner un sens strict au mot « jugement », ce qui aurait l'effet d'exclure des actes législatifs et décisions des autorités religieuses. Selon D. Mendes da Costa, il nous faut répondre a priori dans l'affirmative⁹⁸.

D'autre part, la loi nous disant : « Par un tribunal ou une autre autorité », est-ce que cela justifie et impose une interprétation plus libérale⁹⁹?

iii) Définition du domicile

La définition que donne la loi étrangère du domicile lie-t-elle les tribunaux canadiens? Par exemple, un jugement étranger pourrait bien déclarer que la femme avait son domicile dans la juridiction de la cour pour la période de six semaines exigée par cette juridiction.

À cette question, il paraît certain que le domicile doit répondre aux critères du droit du for¹⁰⁰. Si la femme n'est pas, aux yeux du for, domiciliée dans la juridiction du tribunal qui a prononcé le divorce, le jugement ne sera pas reconnu sur la base de l'article 6 paragraphe 2. Ce dernier article permet « sur la base du domicile de l'épouse dans ce pays », la reconnaissance des jugements étrangers. Est-ce que sera reconnu uniquement le jugement prononcé en faveur de la femme par une cour dont la loi lui permet d'acquérir un domicile séparé? Quelle serait la solution si, comme en droit anglais, la femme obtenait un divorce en vertu de sa résidence? « Sur la base du domicile de la femme » nous laisse penser qu'un tel divorce ne serait pas accordé. On peut s'appuyer pour baser cet argument, sur le paragraphe 1 de l'article 6 permettant à la femme d'acquérir un domicile pour fins de juridiction. Or, ce pouvoir d'acquérir un domicile propre réfère à la loi du statut personnel, donc celle du domicile et de la juridiction qui a accordé le divorce.

Selon Mendes da Costa, la reconnaissance d'un divorce étranger serait permise s'il est accordé dans des circonstances telles qu'un tribunal canadien aurait en juridiction, les faits ayant été *mutatis mutandis* les mêmes aux termes de la loi¹⁰¹.

98. « The Canadian Divorce Law of 1968 and its Provisions on Conflicts », (1969) 17 *Am. J. of Camp. L.* 214, à la page 230.

99. J. G. CASTEL, « Conflict of Laws », *op. cit.*, p. 454.

100. H. A. HABBARD, « Domestic Relations: The Divorce Act » (1968) 3 *Ottawa L. Rev.* 172, à la page 178.

101. *Op. cit.*, *Am. J. of Camp. L.* 231.

F.-J.-E. Jordan pour sa part, se basant sur les déclarations de M. P.-E. Trudeau, alors ministre de la Justice ¹⁰², soutient que si aux yeux de la loi canadienne, la femme est domiciliée dans la juridiction, le divorce sera reconnu ¹⁰³. Pour l'auteur, le fait que la femme ne puisse pas, suivant sa loi, acquérir un domicile séparé n'a aucune importance.

Ainsi l'important est de savoir si, au sens du droit canadien, le lieu d'habitation de la femme peut être considéré comme un domicile. Il en est de même si le divorce a été obtenu sur la base de la nationalité du requérant, lorsque dans les faits, il était domicilié dans la juridiction au moment de l'institution de l'action ¹⁰⁴.

iv) Compétence juridictionnelle internationale des Cours étrangères

L'article 6 al. 2 prévoit la reconnaissance du jugement de divorce étranger prononcé « ... par le tribunal ou une autre autorité qui avait la compétence de prononcer le jugement en vertu de sa loi... ». On peut se demander ce qui arriverait si, tout en étant compétent selon la loi étrangère, le tribunal étranger était incompétent du point de vue juridictionnel international en vertu de la loi canadienne. Comme Mendes da Costa, on peut conclure que la reconnaissance serait refusée, vu le maintien des règles existantes en première partie du second paragraphe de l'article 6 ¹⁰⁵.

2. Compétence législative : la loi appliquée par le tribunal étranger

On peut se demander s'il faut en droit québécois, comme en droit français, que le tribunal étranger ait jugé le litige suivant les règles de conflit des lois en vigueur dans le pays d'exécution. La doctrine est pour le moins partagée ¹⁰⁶ et la jurisprudence n'était guère explicite jusqu'à tout récemment. Pour reprendre ce que nous avons dit dans la première partie, une telle exigence ne figure pas au nombre des conditions de la reconnaissance des jugements étrangers, énumérées dans *Stacey v. Beaudin* et reprises dans *Monette v. Larivière* ¹⁰⁷.

102. *House of Commons Debates*, 19 décembre 1967, p. 5609.

103. F.-J.-E. JORDAN, « Federal Divorce Act and the Constitution », (1968) 14 *McGill L. J.* 209, pp. 214ss.

104. J. WUESTER, *op. cit.*, p. 14.

105. *Am. J. of Comp. L.*, *op. cit.*, 231.

106. CRÉPEAU le prétend, *loc. cit.*, p. 321. Mais ni W. S. JOHNSON, (*op. cit.* 759), ni J. G. CASTEL, (*Private International Law*, *op. cit.* 266ss) n'en parlent.

107. *Op. cit.*

Toutefois dans un certain nombre d'arrêts, les juges ont affirmé que le statut personnel de personnes domiciliées au Québec ne pouvait être décidé que conformément à la loi de leur domicile¹⁰⁸. Ainsi dans l'affaire *Karim v. Ali*, la Cour supérieure explicite pour une première fois la condition d'application de la loi désignée par les règles de conflit québécoises¹⁰⁹.

Une telle exigence n'est pas sans causer des difficultés. Il suffit de penser qu'il existe deux grands systèmes de rattachement de la loi personnelle : suivant l'un, il s'agit de la loi nationale, en France et en Belgique par exemple ; suivant l'autre, c'est la loi du domicile ; c'est le cas au Québec, en Angleterre et aux États-Unis.

Notons que la *Loi sur le divorce* a supprimé toute difficulté pour la reconnaissance interprovinciale des divorces. En cette matière, le Canada ne forme qu'une seule juridiction et tout divorce canadien est exécutoire par tout le Canada (Loi de 1968, art. 14). Ainsi une femme qui prend action en Ontario, si elle satisfait aux exigences de l'article 5 al. 1, lors même que son époux est domicilié à l'étranger, verra tout probablement s'appliquer la loi canadienne (si le juge ontarien considère qu'il n'y a aucune règle de conflit dans la loi ou s'il y en a, qu'il s'agit de la *lex fori*). Un tel jugement doit être reconnu au Québec et ce, même si le juge ontarien applique la *lex domicilii* étrangère. Par conséquent, la question de la compétence législative débattue dans *Karim v. Ali* ne reçoit aucune application pour les divorces accordés au Canada.

3. Finalité du jugement étranger

La finalité n'est pas une caractéristique particulière aux jugements de divorce. Il s'agit d'un trait commun à tous les jugements. On entend par là que le jugement étranger de divorce doit avoir, entre les parties, un caractère de finalité. D'une part, cela signifie qu'il ne soit pas à caractère interlocutoire et d'autre part, qu'il ne soit pas susceptible de révision par le tribunal qui l'a rendu. Un jugement susceptible d'appel n'en est pas moins un jugement final et définitif¹¹⁰.

108. Vg. *Gauvin v. Rancourt*, *op. cit.*

109. *Op. cit.*

110. W. S. JOHNSON, *op. cit.*, à la page 758 ; *Stacey v. Beaudin*, (1886) 9 L.N. 363 ; *Bedell v. Hartmann*, [1956] B.R. 157 ; *Ellenberger v. Robins*, (1940) 78 C.S. 1. Voir aussi CRÉPEAU, *op. cit.*, p. 323, 326 et références citées.

4. Le respect de l'ordre public

Les différentes législations du monde admettent le divorce par des moyens très variés et pour des motifs très différents. Ces jugements sont-ils toujours reconnus au Québec? Malheureusement, il existe très peu de doctrine et de jurisprudence sur le sujet.

Lorsque le divorce est prononcé hors la connaissance du demandeur, il est considéré contraire à l'ordre public¹¹¹. Par contre, s'il est consenti pour des causes non prévues par le droit canadien, le divorce sera reconnu au Québec¹¹², que ces causes se rattachent au concept du « divorce sanction » ou du « divorce remède ». Compte tenu de l'importance accordée par le droit québécois à l'institution du mariage, il semble douteux qu'un divorce, prononcé pour un motif analogue à celui de la maladie mentale, soit reconnu au Québec.

Qu'en est-il de la reconnaissance des *divorces non judiciaires*? Peut-on affirmer que le divorce sera reconnu au Québec si le pays de domicile du mari (ou de la femme sous l'article 6 alinéa 2 de la *Loi du divorce*)¹¹³ admet ce moyen? Dans l'arrêt *Goldenberg v. Triffon*¹¹⁴, un divorce religieux accordé au Québec fut reconnu parce que le domicile au temps de l'action permettait l'emploi d'un tel moyen; dans *Somberg v. Zaracoff* au contraire, le divorce ne fut pas reconnu car le domicile, au temps de la requête en divorce, était au Québec¹¹⁵.

Le divorce par consentement mutuel pose un grand problème. En effet, la loi interne canadienne du divorce considère comme contraire à l'ordre public les conventions entre époux dans le but d'obtenir ou de faciliter l'obtention du jugement. Selon la loi, de telles conventions sont assimilées à la collusion (voir art. 9 al. 1 et 2-c). Il est donc difficile de prévoir jusqu'où nos tribunaux pousseront la notion d'ordre public interne pour repousser un tel divorce.

111. *Tétreault v. Baby*, [1940] C.S. 280. « The divorce decree obtained by defendant while one of the consorts was domiciled in the province is void and of no effect in this province as it was obtained by fraud and without service on the plaintiff ».

112. *Beique v. Moquin et Rideal*, *op. cit.* : « It does not matter that the divorce has been granted for a reason which would not have been a ground for divorce in the province where the foreign decree is sought to be enforced, so long as the divorce was rendered by a Court of competent jurisdiction according to the views of the forum ».

113. L'article ne semble pas laisser place à la réserve d'ordre public; J. G. CASTEL, *Conflict of Laws*, *op. cit.* ; il apparaît toutefois que la règle concernant l'ordre public et la fraude (voir *infra*) permettrait d'attaquer le divorce étranger nonobstant la rédaction impérative en anglais : « shall be given », Hubbard, *op. cit.*, p. 178.

114. [1953] C.S. 41. Voir JOHNSON qui est sceptique quant à la reconnaissance d'un tel jugement : *Conflict of Laws*, *op. cit.* pp. 64 à 67.

115. [1949] C.S. 301 : Juge TYNDALE.

Enfin, quant au *divorce par répudiation unilatérale du mari*, les lois qui admettent un tel mode de dissolution du mariage, l'accordent le plus fréquemment à la suite de l'intervention d'une autorité religieuse. Ce genre de divorce était implicitement reconnu dans *Karim v. Ali*, mais jamais discuté ouvertement. Il est bon de se demander si un tel mode serait reconnu expressément au Québec. Pour ma part, je pense que nos tribunaux considéreraient comme contraire à l'ordre public un jugement obtenu sans qu'il y ait eu débat ou contestation. D'ailleurs, ceci répugne au droit naturel et aux droits de l'homme. Plus spécifiquement au Québec, un tel moyen est la consécration de l'inégalité des époux, donc contraire à l'ordre public.

5. Fraude à la loi

On reconnaît que la maxime *fraus omnia corrumpit* s'applique en droit québécois malgré le silence du *Code civil*, sauf à l'article 135 du C.c., et l'usage assez rare qu'en font les juges¹¹⁶. Cette notion comporte trois éléments : 1) une modification effective du facteur de rattachement, 2) par des moyens licites et 3) avec l'intention d'éluder la loi normalement applicable. Avant la nouvelle loi du divorce et en raison de l'ancien article 185 du C.c., la cause la plus fréquente de la non-reconnaissance des divorces étrangers était l'obtention frauduleuse du jugement. Cependant, les tribunaux québécois n'avaient pas recours à la notion de fraude à la loi pour refuser la reconnaissance : on s'en défendaient en jugeant que le demandeur n'avait pas acquis un domicile réel à l'étranger et on concluait à la simulation. Cette dernière était facile à démontrer lorsque le mari se rendait dans un État étranger sans *l'animus manendi*, pour aussitôt retourner au Québec dès l'obtention du divorce.

Étant donné que le divorce est maintenant possible au Québec sous plusieurs chefs, il apparaît moins que probable que cette exception puisse être la *ratio* des juges québécois.

C. Autorité d'un jugement étranger

Dans le droit québécois actuel, le respect de toutes les conditions énumérées ci-dessus ne suffit pas, dans tous les cas, à rendre exécutoire le jugement étranger de divorce rendu en dehors du Québec. Celui-ci est, dans certains cas, susceptible de révision au fond.

116. J. G. CASTEL, « La fraude à la loi en droit international privé québécois », (1964) 24 R. du B. I.

1. Valeur probante du jugement étranger

L'article 1220 du C.c. qui, à l'origine, avait le seul but¹¹⁷ de constituer une présomption d'authenticité de la copie du jugement étranger versée au dossier, hérita d'une signification complètement différente de l'interprétation judiciaire¹¹⁸. La simple production du jugement étranger devant les tribunaux québécois crée maintenant une présomption qu'il a été rigoureusement acquis à l'étranger. Il appartient dès lors à la partie adverse de repousser cette présomption en démontrant, à la satisfaction de la cour, que le jugement étranger est erroné¹¹⁹. Tant pour la reconnaissance d'un divorce étranger sous la procédure d'exemplification que pour la reconnaissance obtenue par voie de jugement déclaratoire, nous pouvons constater l'application de la présomption de validité et les mêmes causes permettant ou non une révision au fond.

2. Défenses permises à l'encontre d'un jugement étranger. Droit de révision au fond

Ici, certaines distinctions s'imposent :

a) Jugements de divorce rendus hors du Canada avant et après 1968

On applique l'article 178 du *Code de procédure civile* qui permet, lorsqu'il s'agit d'un jugement non canadien, de soulever devant le tribunal d'*exequatur* tous les moyens de défense qui auraient pu être soulevés devant le tribunal d'origine. Il convient de noter cependant qu'un tel pouvoir ne paraît pas avoir été exercé par nos tribunaux québécois en matière de reconnaissance de jugement de divorce étranger¹²⁰. En dépit du texte, nous avons de sérieux doutes quant à la compétence *ratione materiæ* du tribunal québécois de se prononcer sur le fond du litige du divorce étranger. Cela permettrait ainsi

117. W. S. JOHNSON, « Foreign Judgments in Quebec », (1957) 35 *Can. Bar Rev.* 911.

118. Voir en effet, *Bauron v. Davies*, (1897) 6 B.R. 547, inf. (1896) 11 C.S. 123; *Carsley v. Humphrey*, (1910) 12 R.P. 133; *Haney v. Mahaffy*, (1921) 23 R.P. 225; *Monette v. Larivière*, (1926) 40 B.R. 350; *Courtney v. La Plante*, (1932) 70 C.S. 559; *Schatz v. McEntyre*, [1935] R.C.S. 238, inf. (1934) 56 B.R. 520; *McDowell v. McDowell*, [1954] C.S. 319; *Ryan v. Pardo*, [1957] R.L. 321.

119. P. A. CRÉPEAU, *op. cit.* p. 327.

120. *McDowell v. McDowell*, *op. cit.*; *Binns v. Jekill*, [1957] C.S. 49; *Ryan v. Pardo*, *op. cit.*; *Orsi v. Irving Samuel Inc.*, [1957] C.S. 209; W. S. JOHNSON, *op. cit.*, p. 786ss; J. G. CASTEL, « Reciprocal Enforcement of Judgments in the Province of Quebec », (1961) 22 *R. du B.* 128; et CRÉPEAU, *op. cit.*, 328-9.

d'assumer indirectement une compétence que le tribunal ne pourrait pas s'attribuer directement.

b) Jugements de divorce rendus avant 1968 dans une autre province du Canada

Le traitement préférentiel des jugements rendus dans une autre province canadienne est prévu aux articles 179 et 180 du *Code de procédure civile*. Parmi les conditions y mentionnées, (s'il y a une signification personnelle ou comparution du défendeur), les jugements de divorce émanant d'une autre province du Canada possèdent l'autorité de la chose jugée au Québec et ne sont pas sujets à une révision au fond.

c) Jugements de divorce rendus dans une autre province du Canada après 1968

En vertu de l'article 14 de la *Loi du divorce*, tout jugement de divorce rendu dans une province canadienne doit être considéré comme chose jugée pour tout le Canada sans qu'il soit besoin de le reconnaître spécialement. Il appert donc que, même si les conditions des articles 179 et 180 du *Code de procédure civile* ne sont pas remplies, il n'y a pas possibilité de révision au fond.

PARTIE III

Les effets du divorce

Dans les deux premières parties de ce rapport, nous avons tenté de présenter les règles québécoises relatives à la validité de la dissolution du lien matrimonial par le divorce en faisant la distinction entre un jugement de divorce rendu au Canada et un jugement de divorce rendu à l'étranger, avant et après l'adoption de la *Loi du divorce* en 1968. Nous n'avons pas discuté de la loi régissant les différents effets du divorce. Encore une fois, étant donné la structure constitutionnelle du Canada, nous avons dû faire la distinction entre les effets au Québec d'un divorce canadien et d'un divorce non canadien.

A. Les effets des divorces canadiens

Pour ceux d'entre vous qui ne sont pas familiers avec le système constitutionnel du Canada, imaginons la *Loi du divorce* comme une

convention internationale liant le juge québécois. Cette loi prévoit des règles de juridiction (articles 5 et 6), une règle implicite du choix de la loi (*lex fori* ou *lex domicilii*) et la qualification législative de certaines questions relatives à la *Loi régissant le divorce* (pension alimentaire et garde des enfants : art. 10, 11 et 12 ; droit de remariage : art. 13 et 16) ; quant aux autres effets du divorce, ils sont régis par le droit commun et le droit international privé du tribunal québécois qui en est saisi.

Certains de ces effets ou suites du divorce seront régis, conformément au droit international privé québécois, par la loi personnelle des divorcés (la *loi de leur domicile* : art. 6 al 4 du *Code civil*), par la loi du régime matrimonial (la loi expressément ou implicitement choisie par eux : article 8 du *Code civil*).

D'autres effets directs sont en réalité ancillaires et doivent, conformément aux règles de droit commun du droit international privé québécois, être régis par la *Loi du divorce* selon le droit québécois. Ces effets ancillaires du divorce n'ont pas été prévus dans la *Loi du divorce*, étant donné que le législateur fédéral n'est pas compétent à légiférer dans certaines matières incidemment rattachées à la dissolution du lien matrimonial.

La qualification de ces effets comme étant du statut personnel des conjoints au moment de la requête en divorce, exige que le tribunal québécois n'ait compétence que si le mari est domicilié dans la province ; le tribunal n'appliquera alors que le droit québécois¹²¹. Vous voyez donc comment certains problèmes peuvent être soulevés par cette dualité de compétence.

1. Les effets du divorce sur les rapports entre époux divorcés

Le divorce entraîne la disparition du lien matrimonial pour l'avenir. Le lien est dissous à la date du jugement définitif qui n'a pas d'effet rétroactif.

a) La dissolution du lien matrimonial

i) Les rapports personnels des époux divorcés

À compter du jugement définitif, les conjoints perdent donc leur qualité d'époux. La dissolution du lien matrimonial permet en outre à chacun de se remarier (art. 16 de la *Loi du divorce*, 118 et 185 du *Code civil*). Ni le *Code civil*, ni la *Loi du divorce* ne prévoient un délai de

121. À moins évidemment que la détermination de ces effets, quoique non prévus dans la *Loi du divorce*, soient de la compétence du juge saisi de la requête en divorce suivant les articles 5 et 6 de cette loi. Voir aussi *Klemka v. Klemka*, [1970] C.S. 438.

viduité. Il n'est donc pas nécessaire de rechercher une qualification puisque le droit de se remarier ainsi que les délais et les conditions du remariage sont déterminés par la même loi qui régit le divorce lui-même.

Le nom de la femme divorcée soulève cependant quelques problèmes. La jurisprudence ne s'étant pas prononcée, je suggérerais qu'en droit québécois, nous adoptions la règle suivante: La *Loi du divorce* est compétente pour décider si la femme peut conserver l'usage du nom de son ancien mari. Cette loi n'ayant rien prévu à ce propos, un tel effet du divorce sera soumis à la règle de conflit du droit commun, soit le domicile du mari au moment où les procédures de l'instance sont intentées. Mais la loi personnelle (art. 6 al. 4 du C.c.) est compétente pour décider si la femme autorisée à conserver le nom de son ancien mari, peut reprendre le sien. La référence au droit québécois aurait donc pour résultat que la femme reprend l'usage de son propre nom.

ii) Les rapports pécuniaires

Il appartient à la *Loi du divorce* de déterminer si, et à partir de quel moment, les époux sont divorcés; mais c'est la loi du régime matrimonial et celle de la succession¹²² qui déterminent l'incidence du divorce sur ces institutions.

Si par une qualification appropriée, c'est la loi du Québec qui s'applique, on utilisera l'article 208 du *Code civil* qui dispose que le divorce emporte la dissolution du régime. Il faudra donc procéder à la *liquidation et au partage de la communauté ou de la société d'acquêts*; le régime étant dissous par le jugement de divorce (articles 1266r et 1310 du *Code civil*), l'acte de liquidation ne peut donc être consenti qu'après le prononcé du jugement irrévocable¹²³. Un partage pendant l'instance constituerait d'ailleurs une acceptation tacite et donc nulle, parce que prématurée, de la communauté ou du partage des acquêts (articles 1338 et 1266s du *Code civil*). Toutefois les époux peuvent entre-temps, et même pendant l'instance (article 2-c de la loi), préparer un projet de liquidation qu'ils pourront réaliser, une fois le jugement devenu irrévocable¹²⁴.

Par ailleurs, si le droit québécois s'applique pour régir, en tout ou en partie, la *dévolution successorale ab intestat ou testamentaire* en

122. *Stephens v. Falchi*, op. cit.

123. *Dame May v. Mayer*, [1970] R.P. (C.S.) 301. Voir aussi *Mertens v. Hevscovitch*, [1959] B.R. 263; *Dawson v. Hislop*, (1920) 57 C.S. 264; (1922) 60 C.S. 336.

124. *Jacob v. Dame Goldberg et The Canadian Bank of Commerce*, [1971] C.S. 800; *Shaffran v. Shaffran*, [1970] R.P. (C.S.) 101.

vertu de l'article 6 du *Code civil*, c'est alors notre loi qui déterminera les effets du divorce sur la vocation successorale de l'époux survivant : le divorce fait disparaître cette vocation entre les époux (art. 624a à 624d du *C.c.*) ; il fait aussi disparaître le droit d'usufruit normalement accordé au survivant sur les acquêts ou sur les biens de la communauté revenant aux enfants du chef du conjoint prédécédé (art. 1426 du *C.c.*). De même, à supposer que pendant le mariage l'un des époux ait fait un testament par lequel il lègue une partie ou tous ses biens à son « conjoint », et que le testateur décède sans avoir révoqué la libéralité, l'ex-conjoint ne pourra pas se prévaloir du testament pour succéder à moins d'y avoir été nommément désigné comme légataire¹²⁵. Il en est ainsi en matière d'assurances où, à moins d'avoir été désigné spécifiquement et nommément à titre de bénéficiaire, l'ex-conjoint ne possède plus la qualité de recevoir les indemnités¹²⁶.

On peut également se demander quelle loi doit régir les effets du divorce quant aux *donations entre époux* consenties pendant le mariage, celles-ci n'étant pas soumises aux dispositions de l'article 208 du *C.c.* Nous croyons que la loi applicable n'est pas celle qui régit le divorce mais plutôt celle qui régit les contrats¹²⁷.

b) Les sanctions pécuniaires

La *Loi du divorce* ne prévoit pas de dispositions autorisant un juge à modifier les *marriage settlements*, c'est-à-dire les *donations faites par contrat de mariage*. Par contre, le *Code civil* (art. 208 du *C.c.*) permet au juge québécois, soit de différer le paiement des dons entre vifs devenus exigibles, soit de les réduire ou même de les déclarer forfaits ; il en va de même pour les donations entre vifs non encore exigibles ou celles faites à cause de mort. La discrétion du juge est entière ; il jugera selon les circonstances, compte tenu des critères et des normes énoncés à l'article 208 du *C.c.*

Nonobstant le silence de la *Loi du divorce*, certains de nos juges ne sont pas convaincus que, siégeant en matière de divorce, ils n'ont pas juridiction pour décider des effets pécuniaires¹²⁸. La majorité

125. *Dame Dunbar v. Murray*, [1940] C.S. 458.

126. *Dame Lerner v. Blackburn*, [1971] C.S. 385 ; *Hart v. Tudor*, 2 C.S. 534 ; *Dame Winer v. Great West Life Assurance Co.*, [1941] C.S. 262.

127. Pour la position en droit interne québécois, voir R. COMTOIS, *Essai sur les donations par contrat de mariage*, Montréal, 1968.

128. *Klemka v. Klemka*, [1971] C.S. 438 ; Juge LESAGE dans *Lantin v. Lantin*, [1972] C.S. 430 ; *Corbeil v. Dame Daoust*, [1972] C.A. 375 (*obiter dictum*) ; *Dame Biron v. Paul-Émile Biron et Paul Biron*, [1971] C.S. 792 ; Juge BARBEAU ; par analogie, *Guay v. Lefebvre*. (C.s., division des divorces, n° 1091-D, 17 mars 1970, Juge DUFOUR) ; *Desmeules v. Bolduc*, [1972] C.S. 151 ; Juge FOURNIER.

d'entre eux estime que le juge, siégeant en matière de divorce, ne peut pas exercer en même temps une compétence de droit civil. Selon cette optique, la Cour supérieure constituerait un tribunal distinct au même titre que la Cour de faillite (qui est aussi de compétence fédérale) et sa juridiction serait strictement limitée à l'application de la *Loi du divorce* qui ne contient aucune disposition à ce sujet¹²⁹.

La qualification de l'article 208 du C.c., sous l'aspect des sanctions pécuniaires, n'a jamais été abordée par un juge siégeant en matière de divorce ou par une cour civile. Deux possibilités se présentent : soit qu'il relève du régime matrimonial ou de la *Loi sur le divorce*. Chacune de ces deux qualifications peut être appuyée d'arguments valables.

On pourrait croire que la qualification du régime matrimonial s'impose, étant donné que ces sanctions pécuniaires n'impliquent que les donations faites par contrat de mariage, qu'elles ne s'appliquent pas uniquement en cas de divorce mais également en cas de séparation de corps, et que, si elles n'étaient qu'incidentes au divorce, on les aurait prévues dans la *Loi du divorce* en même temps que la garde des enfants et la pension alimentaire. Cette qualification aurait eu les conséquences suivantes : si le juge du divorce avait réellement juridiction (voir note 131), il pourrait appliquer l'article 208 du C.c. quand le domicile conjugal est au Québec. Par contre, s'il n'avait pas juridiction (voir note 132) en vertu de cette loi, il l'aurait néanmoins obtenue en vertu du droit commun, conformément à l'article 68 du *Code de procédure civile*.

Cependant à notre avis, cette question est rattachée à la *loi qui régit les causes du divorce*. Les droits à la pension alimentaire et au forfait des donations sont souvent établis en relation avec les causes du divorce. Le seul fait que certains juges, siégeant en matière de divorce, réagissent contre l'incompétence à appliquer ces sanctions pécuniaires est une indication de la qualification.

Néanmoins, et ceci pourrait paraître illogique, la même loi pourrait ne pas s'appliquer sous la même qualification, tant que ne seront pas solutionnés le problème constitutionnel de compétence juridictionnelle et le problème de la règle de conflit de loi applicable. Si le juge, siégeant en matière de divorce, est compétent, alors par

129. Voir, par exemple, *Hachey v. Ratelle*, [1970] C.S. 174 ; *Charest v. Denis*, [1971] C.S. 307 ; *Shaffran v. Shaffran*, *op. cit.* ; *Blanchette v. Grand Maître*, [1971] R.P. (C.S.) 113 ; également *McLeod v. McLeod*, (1969) 67 W.W.R. 111 (B.C. S.C.) ; Albert MAYRAND, *Quelques effets du nouvel article 208 du Code civil (Bill 8, art. 12) sur les rapports pécuniaires entre époux*, 1970, Cours de perfectionnement à la Chambre des Notaires de la Province de Québec, Montréal, avril 1970, pp. 137, 159 ; Gérard BEAUPRÉ, *Le Bill 8 de 1969 v. La Loi sur le divorce*, vol. 2, Barreau 1970, n° 7, p. 7.

implication, c'est la *Loi sur le divorce* qui régira toute la question. Ce sera probablement la *lex fori* mais possiblement aussi la *lex domicilii*. Ainsi, dans une requête en divorce présentée par l'épouse au Québec alors que le mari est domicilié en Ontario, l'article 208 ne s'applique que si la règle de conflit de loi est la *lex fori*. Dans ce cas, la division de divorce étant vraisemblablement incompétente et compte tenu de la qualification, la compétence juridictionnelle et législative est restituée, en vertu du droit commun, au domicile du mari au moment de la présentation de la requête en divorce.

Une dernière remarque au sujet des sanctions pécuniaires. Un tribunal étranger pourrait considérer le forfait d'un droit comme étant de caractère pénal et contraire à l'ordre public du pays où le jugement est produit.

c) La pension alimentaire

En vertu des articles 11 et 12 de la *Loi du divorce*¹³⁰, « en prononçant un jugement conditionnel de divorce, le tribunal peut s'il l'estime juste et approprié », ordonner à l'un des époux d'assurer l'obtention ou de verser la somme globale ou les sommes échelonnées que le tribunal estime raisonnables pour l'entretien de l'autre, compte tenu des critères y mentionnés¹³¹. La loi qui régit le divorce, règle également la pension alimentaire (i.e. la *lex fori* ou la *lex domicilii*). Cette loi déterminera aussi si elle peut être transmissible, cessible et saisissable et si les parties peuvent y renoncer.

130. Bien qu'on se soit interrogé sur la validité des articles 10, 11 et 12 de la *Loi du divorce* face à la juridiction des provinces en matière de propriété et de droits civils, ces dispositions n'en sont pas moins *intra vires* des pouvoirs du Parlement fédéral. Ainsi que le souligne le Juge PUDDICOMBE dans l'affaire *A v. B.*, [1970] C.S. 642, confirmé par [1972] C.A. 375 *sub nomine Corbeil v. Dame Daoust*, le divorce modifie l'état et la capacité des parties. Or, si le législateur fédéral ne pouvait légiférer que pour prononcer ce changement d'état sans pouvoir discuter à quelles conditions ce changement peut être obtenu et sur les conséquences que ce changement d'état entraîne, les pouvoirs qui lui sont réservés par l'article 91 (26) seraient incomplets. La connexité de ces questions avec la rupture du lien conjugal justifie donc l'empiètement du pouvoir législatif fédéral sur le champ législatif provincial. (Vid. également *Papp v. Papp*, (1970) 8 D.L.R. (3d) 389) et *Reference Re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 98. Ceci n'empêche d'ailleurs pas les provinces de légiférer parallèlement en la matière; du moment que leurs législations particulières ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la loi fédérale (Cf. les articles 200 et 212 du C.c. qui reproduisent en substance les articles 10, 11 et 12 de la loi, encore que la constitutionnalité de ces articles puisse être mise en doute: cf. G. BEAUPRÉ, *Le Bill 8 de 1969 v. La Loi sur le divorce*, vol. 2, Barreau 1970, n° 7, p. 7).

131. Notons que l'article 14 prévoit que l'ordonnance, rendue en vertu des articles 10 et 11, est exécutoire partout au Canada. Elle peut être enregistrée à toute autre Cour supérieure au Canada et peut être exécutée de la même manière qu'un jugement local (art. 15). Les articles 1220 du C.c. et les articles 178, 179 et 180 du *Code de procédure* ne s'appliquent pas.

Advenant le cas où l'équation n'est plus vérifiée, elle peut également être révisée. C'est le régime de la *pension alimentaire après le divorce* (art. 11 paragraphe 2 de la loi et article 213 du C.c.)¹³².

On peut soulever le problème de la juridiction des tribunaux québécois quant à la *modification de la pension* accordée lors d'un divorce obtenu en Ontario. Une interprétation strictement de la *Loi du divorce* signifierait que la modification ne pourra se faire que par le même tribunal qui a rendu l'ordonnance. Cette situation pourrait présenter de sérieux inconvénients pour les personnes qui auraient changé de résidence après l'ordonnance de divorce.

Quoiqu'il n'y ait pas de jurisprudence sur ce point précis, nous pensons que les tribunaux québécois n'accepteraient pas cette interprétation restrictive, et se considéreraient compétents, en fondant leur juridiction sur les articles 5 et 6 de la loi.

2. Les effets du divorce sur les relations entre parents et enfants

D'une façon générale, les droits des enfants, en tant qu'enfants légitimes issus du mariage, les droits de leurs parents sur eux et leurs obligations d'entretien et d'éducation envers eux sont régis par la loi du domicile du mari à l'époque du mariage¹³³. Alors que la *Loi sur le divorce* accorde la garde des enfants à l'un ou l'autre des conjoints (art. 11) et modifie ainsi l'autorité établie en vertu de la loi qui régit la filiation (e.g. puissance paternelle s'il s'agit du Québec)¹³⁴, ce dernier demeure intact quant il s'agit des autres droits et obligations qui en découlent. Au Québec, l'époux privé de la garde de ses enfants conserve un droit de surveillance sur la manière dont ils sont élevés et éduqués par leur gardien (art. 215 du C.c.); il conserve aussi le droit de correspondre, de voir et de recevoir les enfants (droit de visite) et le droit de consentir au mariage de son enfant mineur ainsi qu'à son adoption.

132. L'économie de la loi et la nature de l'institution obligent également à considérer que si le tribunal ne s'est pas prononcé sur les droits des parties ou a rejeté la requête présentée par l'un des conjoints relativement au paiement d'une pension alimentaire, le juge n'a plus à intervenir dans les rapports des anciens époux une fois que le divorce a été prononcé. Une certaine controverse a été soulevée à savoir si le tribunal peut rendre une ordonnance de pension alimentaire entre le prononcé du jugement conditionnel et le jugement irrévocable. Voir René JOYAL-POUPART, « La demande de pension alimentaire postérieure au jugement de divorce », [1971] *R.J.T.* 349; et Tremblay v. Tremblay, [1971] C.S. 458.

133. *Jack v. Jack*, (1927) 65 C.S. 10; voir aussi JOHNSON, *Conflict of Laws*, op. cit. pp. 225-229; E. LAFLEUR, op. cit. p. 79.

134. Notons qu'en vertu des articles 14 et 15, le tribunal d'une province peut rendre une ordonnance relative à la garde d'enfants résidant dans une autre province sans se soucier de la possibilité d'exécution de l'ordonnance.

Encore une fois, comme dans le cas de la pension alimentaire, à cause de l'article 11 al. 2, il pourrait y avoir un problème de juridiction des tribunaux québécois quant à la *modification d'une ordonnance de garde* rendue dans une autre province. Nonobstant la clarté de la terminologie employée dans l'article, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a décidé qu'elle avait juridiction pour modifier une ordonnance de garde rendue en Ontario dans une procédure de divorce¹³⁵ et nous pensons qu'un juge québécois adopterait une position semblable¹³⁶.

3. Les conventions entre personnes divorcées

Il existe différentes sortes d'accords qu'on appelle communément des conventions de séparation. Ce sont :

- 1) *Les conventions préparatoires ou introductives de divorce*. Ces conventions sont conclues dans le but d'obtenir un divorce. Elles ont souvent pour objet un engagement de ne pas témoigner, de ne pas fournir une défense, le choix de l'avocat, le paiement des frais, etc...
- 2) *Les conventions de séparation proprement dites*.
- 3) *Les conventions accessoires au divorce*, relatives à la liquidation du régime matrimonial, au paiement d'une pension alimentaire après le divorce ou à la garde des enfants^{136a}.

La validité et l'interprétation de la plupart de ces conventions ne sont pas déterminées par la loi des contrats (art. 8 du *C.c.*) mais par la loi régissant le divorce. Cette qualification est implicite dans la *Loi du divorce*. La première sorte de conventions est souvent d'une nature collusive et sujette à vérification par le tribunal (art. 9 al. 1-b, 2-c). La deuxième catégorie de conventions est considérée comme nulle en vertu de l'article 9 al. 1-a qui rejette le consentement mutuel comme cause de divorce; la troisième sorte de conventions en autant qu'elle

135. *O'Neill v. O'Neill*, (1971) 19 D.L.R. (3d) 731 (N.S. S.C.): DUBINSLU, J. On peut même se demander si la juridiction du tribunal sera limitée par les articles 5 et 6 de la loi, ou compte tenu de l'intérêt de l'enfant, le juge québécois aura juridiction si l'enfant est présent dans la province (68 du *Code de procédure civile*). M. le juge BEAUDOIN dans l'affaire *Guindon v. Lemay*, [1973] R.P. 147 disait, à la page 149: « En se basant sur le principe que le bien-être et l'intérêt des enfants sont les principaux critères qui doivent guider le tribunal pour en confier la garde à l'un ou l'autre des conjoints, la jurisprudence est à l'effet que seul, le tribunal où résident les enfants, a juridiction pour entendre une requête concernant leur garde et rendre une audience à ce sujet et le pouvoir de modifier ou de révoquer celle-ci et il s'ensuit que le tribunal d'une autre province que celle dans laquelle résidaient les enfants n'a pas ce pouvoir.

136. D'après *Guindon v. Lemay*, [1973] R.P. 147, nonobstant art. 11.2 de la *Loi du divorce*, le juge de divorce ne peut juger sur la garde des enfants que si l'enfant réside ou est présent dans la juridiction du tribunal de divorce.

136a Albert MAYRAND, « Conventions de séparation entre époux », (1971) 73 *R. du N.* 411.

règle la question de la garde des enfants et de la pension alimentaire, doit également être régie par la *Loi du divorce*.

On peut admettre certaines *exceptions à la compétence exclusive* de cette loi. D'une part, quand le montant de la pension convenue est supérieur au montant auquel le conjoint aurait eu droit, on peut considérer la différence comme une libéralité, sujette, quant à sa validité, aux règles de conflit québécoises relatives aux donations.

D'autre part, les accords portant sur le partage de la propriété conjugale ne devraient pas être régis par la *Loi du divorce*. Les effets d'une convention pour le partage des biens matrimoniaux antérieure ou postérieure au divorce relève de la loi du régime matrimonial.

B. Les effets d'un divorce prononcé par une Cour étrangère ayant juridiction

En général, les tribunaux étrangers se prononcent non seulement sur la dissolution du lien matrimonial, mais aussi sur les questions connexes, telles le remariage des conjoints, les dommages à être versés à l'autre par la partie fautive, la garde des enfants (même si les enfants ne sont pas sous la juridiction du tribunal), la pension alimentaire, les ententes entre époux, même si la propriété qui fait l'objet de l'entente n'est pas sous la juridiction du tribunal et même si la loi du divorce n'est pas la loi du régime. Parfois, le jugement étranger homologue et incorpore un accord entre les parties.

Nous aimerions à ce stade faire deux remarques. Premièrement, nous sommes d'avis (compte tenu de nos remarques subséquentes) que nos tribunaux ne reconnaîtront que les questions vraiment incidentes, quand le tribunal étranger est celui du domicile du mari. Par contre, si le tribunal qui a rendu le jugement est celui du domicile de l'épouse (art. 6 paragraphe 2), il est probable que le jugement étranger de divorce sera reconnu au Québec à l'exception des incidents¹³⁷.

Deuxièmement, est-ce que les tribunaux du Québec devraient reconnaître le jugement étranger sur les questions incidentes quelle que soit la loi appliquée par le tribunal étranger ayant la compétence juridictionnelle sur la question principale (soit la dissolution du mariage par le divorce)¹³⁸? Il s'agit ici du problème déjà discuté de la nécessité d'une compétence législative comme condition de reconnaissance du jugement étranger au Québec. Il est probable que nos

137. J. WUESTER, *Some comments on the divorce Act*, 1968, *op. cit.*; *Lister v. McNulty*, [1954] R.C.S. 317; *Wood v. Wood*, 1957, p. 257; (1957) 2 E.R. 14; (1957) 2 W.L.R. 826.

138. Par exemple, le jugement de divorce étranger régle les droits quant à la propriété conjugale conformément à sa loi quoique le régime soit régi par la *Loi du Québec*.

tribunaux ne tiendront pas compte de la condition suggérée par le professeur Crépeau ¹³⁹.

Examinons brièvement la position de nos tribunaux face aux questions incidentes du jugement étranger de divorce.

1. Interdiction de remariage

Certains législateurs étrangers prévoient une période de viduité pendant laquelle les époux divorcés ne peuvent pas se remarier. Cette interdiction fait partie intégrante du jugement de divorce et devrait être prise en considération par nos officiers de l'état civil ¹⁴⁰. Si cette prohibition de remariage a un caractère pénal plutôt que simplement conservatoire de la relation matrimoniale, ou est imposée pour la détection d'une collusion, elle pourrait être écartée comme étant contraire à l'ordre public ¹⁴¹.

2. Reconnaissance d'une pension alimentaire contenue dans un jugement de divorce étranger

Le jugement en question, est-il final? Quel est le critère qui fait qu'un jugement relatif à une pension alimentaire est ou n'est pas reconnu au Québec?

Comme nous l'avons vu plus haut, un jugement « final et définitif » signifie qu'il n'est pas à caractère interlocutoire, ni susceptible de révision par le tribunal qui l'a rendu. Un jugement susceptible d'appel n'en demeure pas moins un jugement final et définitif ¹⁴². Si dans le domaine commercial, cette exigence est bien normale, elle soulève les plus grandes difficultés en ce qui concerne l'exécution au Québec des pensions alimentaires étrangères, incidentes à un jugement de divorce. En effet, un jugement condamnant au paiement d'une pension à intervalles réguliers, pour l'avenir, n'est traditionnellement pas considéré comme final en droit québécois, parce que la pension peut être révisée. Par conséquent, seul le jugement qui condamne au paiement des arrérages d'une pension a la possibilité de pouvoir être exécuté au Québec ¹⁴³. Cette règle, qui n'a d'ailleurs pas toujours été suivie

139. *Supra*; et juge COLAS dans *Karim v. Ali*, *op. cit.*

140. JOHNSON, *op. cit.* pp. 15 à 23.

141. Voir *D. v. G.*, [1969] B.R. 240: seule l'épouse était liée par la prohibition de remariage immédiat en vertu du divorce mexicain. Le délai de deux ans était-il contraire à l'ordre public au Québec? La Cour d'appel renversant le jugement de la cour inférieure a décidé que cette question pouvait faire l'objet d'un jugement déclaratoire.

142. *Stacey v. Beaudin*, *op. cit.*; *Bedell v. Hartmann*, [1956] B.R. 157.

143. *Bedell v. Hartmann*, *ibid.*

strictement¹⁴⁴, semble avoir été remise en question par un arrêt malheureusement non publié de la Cour d'appel en 1970¹⁴⁵. Celle-ci répond en ces termes à la prétention du défendeur à l'effet qu'un jugement israélien qui l'avait condamné à verser une pension à son épouse, n'était pas définitif :

« Cette disposition n'est pas différente de notre droit où un jugement final en séparation de corps n'est jamais définitif en autant qu'est concernée la pension alimentaire, celle-ci pouvant être révisée suivant que varient l'état, les facultés et les autres circonstances des parties. Tant qu'ils subsistent au moment de la prononciation du jugement, celui-ci est final et exécutoire ».

Bien qu'il n'apparaisse pas clairement si cette déclaration s'applique à la pension pour l'avenir ou seulement aux arrérages, il faut noter qu'elle ne contient aucune restriction et qu'elle ressemble singulièrement à la position française en la matière. En France, en effet, un jugement condamnant à verser des aliments, est définitif tant qu'il n'a pas été modifié.

Malheureusement, l'opinion de la Cour d'appel semble avoir été interprétée strictement ou avoir été ignorée par la Cour supérieure qui, en 1971, dans l'affaire *Chapat v. Delrue*¹⁴⁶, déclare : « Nous sommes d'avis que le jugement accordant le divorce est final et définitif, tandis que cette partie fixant une pension alimentaire ne l'est pas et ne saurait être exécutoire ici. »

Si le jugement étranger accordant une pension alimentaire est sujet à révision et donc non définitif, l'épouse créancière pourrait-elle poursuivre le mari défendeur au Québec en vue de faire modifier la pension alimentaire ? Avant la *Loi du divorce*, il n'était pas question pour la femme divorcée de réclamer une pension alimentaire devant les tribunaux québécois.

Maintenant que la loi québécoise admet la pension alimentaire en cas de divorce, il reste à savoir si les tribunaux québécois suivront la tendance jurisprudentielle française récente et soumettront la question au tribunal qui aura accordé le divorce, ou si, par contre, ils considéreront l'action entre les divorcés comme une action indépendante et appliqueront l'article 68 du *Code de procédure civile* pour leur compétence juridictionnelle et l'article 6 al. 3 du *C.c.* pour la loi applicable¹⁴⁷. Humblement, je pense que la position française est plus juste pour les parties.

144. *Archambault v. Riopelle*, (1934) 72 C.S. 176; *McDowell v. McDowell*, *op. cit.*

145. *Lupovitz v. Lupovitz*, C.S. Montréal (n° 9533), 22 juillet 1970.

147. Telle est la position de Ethel TROTTIER, voir *L'obligation alimentaire en droit international privé québécois et comparé*, thèse de doctorat, McGill, 1972.

3. Reconnaissance d'un jugement portant sur la garde des enfants

Il est évident que le tribunal du domicile — compétent pour déclarer un divorce ou une séparation — est compétent pour juger de la garde des enfants, car il possède toute la preuve devant lui.

Le problème se pose quand il y a déjà eu divorce ou séparation et que l'un des parents intente ultérieurement une action pour réclamer la garde d'un ou de plusieurs enfants. La question a été soulevée quelquefois devant nos tribunaux alors que des conjoints avaient obtenu un divorce à l'étranger et que le jugement étranger avait réglé aussi la garde des enfants; l'un des parents réclamait devant les tribunaux québécois la garde d'un ou de plusieurs enfants. Les tribunaux du Québec se sont montrés très souples dans ces circonstances, fondant leur juridiction sur la seule résidence de l'un des parents, ou même sur la seule présence de l'enfant.

Dans *Wheeler v. Sheehan*¹⁴⁸, un jugement de divorce, obtenu au Nevada, avait réglé la garde des enfants. L'un des conjoints, revenu au Québec pour y résider, intente une action en séparation de corps et demande au tribunal la garde de l'enfant. Le tribunal s'est déclaré compétent pour juger de la garde, à cause de la résidence comme facteur de rattachement.

D'autres arrêts québécois confirment cette tendance, en particulier lorsque la partie qui réclame l'enfant se sert de *l'habeas corpus*. Cette procédure, maintenant prévue aux articles 851 à 861 du *Code de procédure civile*, est fondée justement sur une *présence forcée* d'une personne au Québec. Ses tribunaux ne peuvent donc pas se déclarer incompétents par absence de domicile.

Dans *Lorenz v. Lorenz*¹⁴⁹, un jugement de divorce, obtenu à New York, avait accordé la garde des enfants au père. Puis, les parents s'étaient mis d'accord pour que le fils habite avec son père, la fille avec sa mère. La mère vint s'établir à Montréal où elle vivait avec sa fille et un concubin. Le père prit un bref d'*habeas corpus* et des procédures d'extradition. Le tribunal québécois se reconnut compétent :

« The fact that these people are foreigners and not domiciled here does not put them beyond the jurisdiction of our tribunals. »

De même dans *Porter v. MacDonald*¹⁵⁰, un jugement de divorce, obtenu en Californie, avait accordé la garde de l'enfant à la mère et le droit de visite au père. Le père se remarie, vient vivre au Canada et

148. [1961] C.S. 480.

149. (1906) 7 R.P. 186; 11 R.L. 493 (C.S.).

150. [1962] B.R. 862.

refuse de remettre l'enfant à sa mère. Le tribunal se reconnaît compétent pour entendre la requête en *habeas corpus* et dans l'intérêt de l'enfant, ordonne qu'il soit remis à sa mère.

Citons aussi l'arrêt ontarien *McKee v. McKee*¹⁵¹ où des parents, domiciliés aux États-Unis, y ont obtenu un divorce. La garde de l'enfant fut confiée à la mère. Pour échapper à ce jugement, le père vint s'établir en Ontario. Le Conseil privé ordonna finalement aux tribunaux ontariens d'assumer leur compétence pour juger de la garde de l'enfant.

La raison de cette souplesse est l'intérêt de l'enfant, dont le soin et la garde ne peuvent souffrir de délais.

4. Jugement étranger contenant un accord entre les parties

La pension alimentaire fixée par accord entre les parties, éventuellement incorporée dans un jugement, pose également un problème. Il a été décidé que ces accords peuvent lier les parties s'ils sont valides dans le pays où ils sont conclus. Dans *Waddington v. Singer*¹⁵², les parties étaient validement divorcées en France et avaient conclu un accord en pension alimentaire après le divorce, ce qui n'était donc pas contraire à l'ordre public français. Il a été considéré comme liant les parties. En effet, cette convention était valide non seulement parce qu'elle était permise par la loi du pays où elle avait été passée, mais encore parce qu'elle était permise par la *Loi régissant le divorce*.

5. Jugement étranger et sanctions pécuniaires

Quand le jugement de divorce étranger pénalise un conjoint au point de le priver de tous les droits matrimoniaux, et ce, sans aucune faute de sa part, ce n'est pas impossible que nos tribunaux considèrent cet incident comme contraire à l'ordre public à cause de son caractère pénal¹⁵³.

6. Jugement étranger et partage des biens matrimoniaux

Deux sortes de situations peuvent se présenter relatives au divorce étranger :

151. (1951) 2 D.L.R. 657 (P.C.); (1950) 3 D.L.R. 577 (R.C.S.); 4 D.L.R. 379 (Ont.). Bien que le contexte fut différent, la décision dans *Guindon v. Lemay*, *op. cit.* vient à l'appui de cette interprétation. Voir aussi J. G. CASTEL, «Custody Orders — Jurisdiction and Recognition», (1973) 11 *Alta L. Rev.* 15.

152. [1961] C.S. 282.

153. Voir *Adams v. Worden*, (1856) 6 L.C.R. 237 (Que. C.A.).

- a) Le tribunal du divorce n'a pas juridiction pour ordonner le partage des biens ou, simplement, le juge ne veut pas se prononcer sur le partage

L'épouse divorcée réclame un intérêt dans les acquisitions de son mari devant un tribunal autre que celui du divorce parce que le tribunal du divorce n'a pas juridiction pour se prononcer. Sa demande relève de la loi du régime. C'est celle-ci qui doit déterminer si elle a droit à un partage des biens matrimoniaux. Et si la loi du régime ne permet aucune participation, suite à un divorce, l'épouse divorcée ne recevra rien.

e.g. Domicile matrimonial et actuel en Ontario. Divorce en Ontario. Le jugement ne se prononce pas sur le droit au partage des biens; la loi du régime le régit. Comme c'est la séparation de biens, la femme n'a aucun droit.

C'est la loi du régime qui régit le droit au partage. C'est cette même loi qui déterminerait la validité des conventions relatives à la liquidation du régime matrimonial, et leurs effets entre les parties: le statut réel intervient pour régir les effets du partage vis-à-vis les biens au moment du divorce.

Quant à la technique du partage, nomination du praticien, formation des lots, homologation, elle relève du statut de la procédure et est régie par la loi du for où se trouvent les biens à être partagés.

- b) Le tribunal de divorce a juridiction d'ordonner le partage ou division des biens matrimoniaux

Dans plusieurs États des États-Unis le tribunal de divorce a juridiction pour partager les biens matrimoniaux en parts égales, inégales, ou ce qui est équitable, compte tenu des circonstances. Quand la loi du régime n'est pas la *Loi du divorce*, quelle loi s'applique à ce partage des biens?

e.g. Le domicile matrimonial est au Québec. Le mariage a été célébré au Québec en 1960 et les époux ont adopté le régime de la séparation des biens. Le mari a acheté des immeubles au Québec entre 1960 et 1970. Ils quittent le Québec pour s'établir au Vermont. En 1974, la femme obtient le divorce au Vermont et le tribunal ordonne au mari de payer une somme globale à son ex-épouse, et déclare l'ex-épouse propriétaire de la moitié de ses biens immeubles. Que vaut ce jugement au Québec?

La demande de division des biens de l'épouse relève-t-elle de la loi du régime ou de la loi du divorce. Aux États-Unis, une telle question est considérée comme une question relevant de la *loi du divorce*. À mon avis, je ferais les distinctions suivantes:

Si la division des biens est une sanction pécuniaire du divorce, je considère que ces sanctions pécuniaires se rattachent naturellement aux effets du divorce, sous

réserve de l'ordre public. De telles sanctions sont liées à la cause des divorces : elles supposent que le divorce soit lui-même conçu comme sanction de la faute commise par un conjoint. Si la division des biens est faite pour d'autres motifs (à part d'une attribution comme pension alimentaire), je considère qu'elle relève plutôt de la loi du régime et qu'on ne doit pas donner effet à ce jugement étranger en ce qui concerne la condamnation personnelle (*in personam*) ou l'attribution *in rem*.

CONCLUSION

Nous avons tenté de présenter un tour d'horizon exact et objectif des règles québécoises sur « la valeur et l'efficacité des déclarations de divorce en droit international privé québécois et canadien ». Malheureusement, comme nous l'avons démontré, les solutions de certains problèmes essentiels n'ont pas été clairement établies par les législatures ou les tribunaux : 1) Quelle est la règle de conflit qui doit régir les causes et les effets ancillaires du divorce sous la *Loi du divorce*? Est-ce la *lex fori* ou la *lex domicilii* du mari au moment de la requête en divorce? 2) Les tribunaux québécois sont-ils réellement limités à la règle de *Le Mesurier* relativement à la reconnaissance des divorces étrangers (légèrement modifiée en vertu de l'article 6 paragraphe (1) et (2) de la *Loi du divorce*)? Sont-ils autorisés à élargir les causes de reconnaissance comme leurs confrères des provinces de Common Law l'ont fait? 3) Est-il nécessaire que le tribunal étranger, juridictionnellement compétent à prononcer un jugement de divorce, ait appliqué la même loi qu'aurait appliqué un tribunal québécois? 4) Le juge québécois a-t-il un droit de révision au fond d'un jugement de divorce étranger non canadien?

Ces problèmes font en ce moment l'objet d'études par la Commission fédérale pour la Réforme du Droit et par l'Office de Révision du Code civil. Ces deux organismes étudiant la possibilité d'adhérer ou d'adopter une législation conforme à la *Convention de la Haye*¹⁵⁴ sur la reconnaissance des divorces et des séparations légales (1970).

154. Le Canada en est membre. Voir CASTEL, « Canada and the Hague Conference on Private International Law », 1893-1967, (1967) 45 *Can. Bar. Rev.*