

## DÉJUDICIARISATION ET DIVORCE CONSENSUEL : PERSPECTIVES SOCIO-JURIDIQUES

Le mariage est une institution vivante, et une institution vivante ne se défend pas de façon négative et apeurée, comme une citadelle assiégée. La création d'un divorce reconnaissant la responsabilité des époux, loin de dévaloriser l'institution, ne peut que contribuer à l'adapter aux valeurs de liberté et de responsabilité qui donnent désormais sa plénitude à l'engagement conjugal.

Irène Théry<sup>\*</sup>

Alain Roy<sup>\*\*</sup>

Au Canada, comme dans la majorité des pays occidentaux, le divorce fait l'objet d'un encadrement législatif et, en principe, d'un contrôle judiciaire très étroit. Aux termes de la *Loi sur le divorce*<sup>1</sup>, seul le tribunal peut prononcer la dissolution du lien matrimonial et, en dernier ressort, statuer sur la plupart des conséquences en résultant<sup>2</sup>.

Il est vrai qu'au cours des dernières décennies, les législateurs canadien et québécois ont réaménagé les conditions et la procédure du divorce afin d'en simplifier et d'en humaniser le déroulement. Ainsi, depuis une quinzaine d'années, les époux peuvent obtenir un divorce sans devoir nécessairement s'accuser d'une faute. Il ne s'agit donc plus, dans tous les cas, de rechercher un coupable et de lui faire supporter les conséquences de ses actes<sup>3</sup>.

Les récentes interventions législatives traduisent également la propension de l'État à reconnaître aux couples une plus grande autonomie dans la gestion de leur divorce. Après leur avoir accordé, au début des années 80, le droit de présenter conjointement leur demande en divorce et d'y joindre un projet d'accord réglant l'ensemble des conséquences

---

\* *Couples, filiation et parenté aujourd'hui – Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998, p. 130.

\*\* Docteur en droit, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et notaire.

1 *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2e suppl.), (ci-après citée « *Loi sur le divorce* »).

2 *Loi sur le divorce*, art. 3(1) et 4(1). Voir également C.c.Q., art. 2639. Au Québec, le tribunal compétent est la Cour supérieure : *Loi sur le divorce*, art. 2(1), al. 18(b). Voir également *Droit de la famille-1457*, [1991] R.D.F. 655 (C.S.).

3 *Loi sur le divorce*, art. 8(2)a) et 8(3).

en résultant<sup>4</sup>, le législateur provincial a formellement reconnu, en 1997, les avantages et mérites de la médiation familiale en instituant, dans le *Code de procédure civile*, une série de dispositions permettant d'en encadrer le déroulement<sup>5</sup>.

Mais au-delà de ces changements dont nul ne saurait par ailleurs nier l'importance, la transformation des fondements du mariage auquel on a pu assister au cours des dernières décennies et les bouleversements socio-économiques dont on peut maintenant saisir l'ampleur avec le recul nécessaire nous autorisent à franchir un pas de plus. Ce pas pourrait se traduire par une reconnaissance accrue du consensualisme en matière de divorce et, incidemment, par une plus grande déjudiciarisation du processus de la dissolution matrimoniale<sup>6</sup>.

À mon avis, l'encadrement législatif du divorce et le contrôle judiciaire dont il est toujours l'objet ne traduisent plus les conceptions dominantes du mariage et ne permettent pas aux mentalités et valeurs conjugales contemporaines de prendre leur pleine expression. De nouvelles règles et modalités susceptibles d'assurer la protection des personnes en cause, sans nécessairement les assujettir à la tutelle systématique des tribunaux, pourraient valablement être envisagées.

La déjudiciarisation du divorce peut être abordée en deux étapes distinctes et complémentaires. On peut d'abord s'intéresser au principe du divorce à proprement parler ou, en d'autres termes, au prononcé de la décision mettant un terme au mariage. On peut

---

4 C.p.c., art. 822 à 822.5. Pour une revue de l'évolution législative ayant bouleversé la «physionomie du divorce», voir Adrian POPOVICI, « Le divorce gracieux », (1996) 98 *R. du N.* 473, 489-492.

5 Voir C.p.c., art. 814.3 et suiv.

6 Je me réfère ici à la définition de «déjudiciarisation» apparaissant dans le Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit : «Terme qui fait référence à la division du travail entre les tribunaux de l'ordre judiciaire et d'autres institutions, en matière de règlement de conflits entre justiciables. La notion de déjudiciarisation est la base idéologique des propositions de faire traiter désormais certaines catégories d'affaires civiles ainsi que certains problèmes d'ordre pénal, par des institutions para-judiciaires ou privées, existantes ou à créer, plutôt que par les tribunaux de l'ordre judiciaire» : André Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 94. Pour d'autres définitions de concepts plus ou moins connexes s'inscrivant dans cette même idéologie, voir Pierre NOREAU, *Droit préventif : Le droit au-delà de la loi*, Montréal Thémis, 1993, p. 39 et suiv. et Yves-Marie MORISSETTE, «(Dé)judiciarisation, (dé)juridicisation et accès à la justice», (1991) 51 *R. du B.* 585.

ensuite s'attarder au règlement des conséquences accessoires en résultant. Le découpage du présent article suivra cette division. Dans une première section, je m'interrogerai sur la suffisance des motifs donnant ouverture au divorce et, parallèlement, sur la compétence exclusive du tribunal de prononcer la dissolution du lien matrimonial.

Dans la deuxième section, j'aborderai la question des conséquences accessoires du divorce, aussi bien personnelles que patrimoniales<sup>7</sup>. Je tenterai de démontrer qu'en certaines circonstances, l'arbitrage impératif du tribunal et la procédure d'homologation judiciaire des ententes conclues par les époux pourraient fort bien céder le pas à d'autres formes de contrôle susceptibles d'assurer aux parties concernées une protection tout aussi adéquate.

## **1. Le principe du divorce**

La *Loi sur le divorce* prévoit une seule cause de divorce : l'échec du mariage<sup>8</sup>. Malgré la généralité apparente des termes employés, seuls trois motifs peuvent fonder un tel échec. Suivant l'article 8(2) de la loi, l'échec du mariage n'est établi que si les époux ont vécu séparément pendant au moins une année ou si l'époux contre qui le divorce est demandé a commis l'adultère ou a fait preuve d'une cruauté physique ou mentale qui rende intolérable le maintien de la cohabitation.

Par opposition aux deux autres, le premier motif n'exige pas la démonstration d'une faute matrimoniale et n'implique généralement aucun débat contradictoire devant le tribunal. Le simple fait, pour les époux, d'avoir vécu séparément pendant au moins une année avant le prononcé du jugement suffit à fonder l'échec du mariage, pour autant qu'une telle séparation soit intentionnelle pour au moins l'un d'entre eux<sup>9</sup>. Le divorce est alors envisagé comme la solution à une situation matrimoniale devenue intenable. La séparation des époux en constitue simplement la manifestation.

---

<sup>7</sup> Par «conséquences accessoires», je réfère donc à l'ensemble des effets du divorce (hormis la dissolution du lien matrimonial en tant que tel), tels l'attribution de la garde des enfants, l'obligation alimentaire, le partage des biens, la prestation compensatoire, etc.

<sup>8</sup> *Loi sur le divorce*, art. 8(1).

Par ailleurs, contrairement à la situation qui prévalait sous l'empire de la première *Loi sur le divorce*<sup>10</sup>, le divorce pour faute est aujourd'hui dénué de toute connotation punitive. Ainsi, le tribunal n'a pas à tenir compte des fautes commises durant le mariage dans l'attribution de la garde d'un enfant ou d'une pension alimentaire au profit d'un des époux<sup>11</sup>. En somme, la loi actuelle ne sanctionne plus ouvertement l'époux responsable de l'adultère ou de la cruauté.

Dans une telle perspective, le premier motif représente pour plusieurs la voie privilégiée du divorce, indépendamment des fautes pouvant être attribuées à l'un ou l'autre des époux<sup>12</sup>. Bien qu'aucune donnée empirique ne permette de le certifier, on peut présumer que, dans une majorité de cas, l'époux désirant rompre le lien matrimonial à la suite d'un acte d'adultère ou de cruauté commis par l'autre préférera cesser la vie commune et attendre l'écoulement du délai prescrit pour obtenir le divorce. Il préservera ainsi la confidentialité des circonstances entourant l'échec de son mariage et se déchargera, du même coup, d'un fardeau de preuve parfois onéreux<sup>13</sup>. En ce sens, la professeure Monique Ouellette observe :

---

9 *Loi sur le divorce*, art. 8(2)a) et 8(3). Pour invoquer ce motif, les époux doivent également vivre séparément à la date d'introduction de l'instance en divorce.

10 *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-1968, c. 24, art. 11 et 12. Voir aussi C.c.B.C., art. 212.

11 Voir Albert MAYRAND, «L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde des enfants», (1982) 85 *R. du N.* 28, 29; Marie-Josée BLONDIN et autres, «Évolution jurisprudentielle (1950-1983) du critère de la conduite des conjoints dans l'attribution de la garde des enfants», (1986) *R. du B.* 105 et Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, p. 277.

12 Les professeurs Mireille D. Castelli et Dominique Goubau qualifient d'ailleurs le premier motif de «principale» cause du divorce : Mireille D. CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Précis de droit de la famille*, Sainte-Foy, P.U.L., 2000, p. 335. Selon une étude gouvernementale, 83% des divorces ont été, pour l'année 1988, prononcés sur la base de ce premier motif : Canada, Department of Justice, *Evaluation of the Divorce Act, Phase II : Monitoring and Evaluation* (May 1990), p. 136 (citée dans Julien D. PAYNE, *Payne on Divorce*, 4e éd., Toronto, Carswell, 1996, p. 4).

13 Rappelons que lorsque l'échec du mariage est fondé sur la cessation de vie commune, les deux époux ont la possibilité de présenter conjointement leur demande de divorce au tribunal et d'y joindre un projet d'accord dans lequel ils auront réglé l'ensemble des conséquences accessoires de leur rupture. Si, au contraire, le motif invoqué est l'adultère ou la cruauté, l'époux qui s'en prétend la victime devra procéder par voie de déclaration, selon les règles habituelles. Dans ce cas, le processus demeurera donc, en apparence, contradictoire puisqu'il supposera la présence d'un demandeur et d'un défendeur. Voir C.p.c., art. 813.3, 813.5 et 822 à 822.5. Voir

«On s'interroge sur la pertinence d'engager une preuve difficile et complexe lorsque la séparation d'un an produit le même résultat. La «faute» n'existe plus. Pourquoi alors revivre devant un tribunal les expériences désagréables qui ont rendu «intolérable le maintien de la cohabitation?»<sup>14</sup>

Hormis les cas d'adultère et de cruauté qui donnent accès au divorce sans autres délais que ceux attribuables à la procédure habituelle, il est légitime de s'interroger sur les fondements du délai de séparation prévu à l'article 8(2) de la *Loi sur le divorce*. Pourquoi le législateur impose-t-il aux époux l'obligation de vivre séparément pendant au moins une année avant de faire droit au divorce?

Sans doute, le délai de séparation s'avère-t-il parfaitement justifié lorsqu'*un seul* des époux est à l'origine de la demande en divorce. Bien qu'on puisse présumer qu'il s'agisse là d'une situation théorique ou à tout le moins marginale, le législateur ne saurait permettre qu'un époux soit mis devant le fait accompli du jour au lendemain. En imposant l'écoulement d'un délai de séparation d'une année entre l'introduction de la demande et le prononcé du divorce, le législateur se trouve en quelque sorte à forcer la réflexion<sup>15</sup> et, incidemment, à éviter le divorce-répudiation ou par résiliation unilatérale<sup>16</sup>.

Par contre, dans la mesure où le projet marital est véritablement compromis dans l'esprit non pas d'un seul, mais des deux époux, l'utilité ou la pertinence du délai de séparation imposé par la loi m'apparaît discutable.

Je doute fort de l'utilité d'imposer à deux époux qui manifestent clairement leur intention d'obtenir le divorce, l'obligation de vivre séparément pour une période d'une année et d'entreprendre, pendant ce délai, les réflexions qui s'imposent. Dans une telle hypothèse, il

---

cependant *Droit de la famille-3322*, [1999] R.J.Q. 1486 (C.S.) où le juge Jean-Pierre Senécal a admis la possibilité d'une requête conjointe basée sur l'adultère d'un époux.

14 Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3e éd., Montréal, Thémis, 1993, p. 346.

15 Par analogie, voir les observations du professeur Labbée dans Xavier LABBÉE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 1996, p. 95. Sur les fins du délai, voir également Elizabeth S. SCOTT et Robert E. SCOTT, «Marriage as Relational Contract», (1998) 84 *Virginia Law Review* 1225, 1282-1283.

semble raisonnable de présumer que les réflexions et les tentatives de réconciliation ont eu lieu bien avant que la décision commune ne soit arrêtée. Deux époux ne décident pas, d'un commun accord, de divorcer du jour au lendemain, sans d'abord avoir tenté de sauver leur mariage d'une façon ou d'une autre et sans avoir longuement réfléchi. Une telle décision n'est pas le commencement mais l'aboutissement d'un long cheminement. En soi, la décision commune des époux atteste de l'échec du mariage et devrait suffire à justifier le principe du divorce ou la dissolution du lien matrimonial, sans qu'il ne soit nécessaire de l'illustrer par quelque faits que ce soient, d'attendre l'écoulement de délais ou de satisfaire à d'autres conditions de fond.

On aura compris qu'une proposition semblable se traduirait formellement par l'introduction, dans notre droit, du divorce par consentement mutuel à l'état pur, où la rencontre des volontés conjugales suffirait à fonder l'échec du mariage; un simple *mutuus dissensus* en autoriserait le prononcé, du moins en principe<sup>17</sup>.

Plusieurs législations étrangères reconnaissent déjà le divorce par consentement mutuel<sup>18</sup>. Il faut toutefois se garder de faire des analogies trop rapidement et de voir dans ces législations autant de modèles conformes aux propositions ici avancées. La plupart d'entre elles refusent d'accorder au seul consentement des époux un effet déterminant. Elles l'assortissent plutôt de conditions plus ou moins contraignantes.

Ainsi, en sus du consentement mutuel, une durée minimale de mariage ou divers délais de réflexion et de séparation sont généralement imposés<sup>19</sup>. Plus fondamentalement, la

---

16 Selon certains, le divorce pour rupture de vie commune demeure tout de même un divorce-répudiation : Xavier LABBÉE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 1996, p. 93.

17 Alain BÉNABENT, *Droit civil - La famille*, 8e éd., Paris, Litec, 1997, no. 223, p. 188. Voir également Jacqueline BOUTON, «Le démariage», dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, p. 90, à la p. 102 et suiv. et Mireille DELMAS-MARTY et Catherine LABRUSSE-RIOU, *Le mariage et le divorce*, Paris, P.U.F., 1978, p. 59.

18 Pour une liste des différents pays européens qui admettent le divorce par consentement mutuel, voir Bernard DUTOIT, Raphaël ARN, Beatrice SFONDYLIA et Camilla TAMINELLI, *Le divorce en droit comparé - Volume 1: Europe*, Genève, Librairie Droz, 2000, p. 12.

19 Par exemple, le droit français n'autorise les époux à demander le divorce par consentement mutuel qu'après 6 mois de mariage et exige qu'un délai de 3 mois se soit écoulé entre le dépôt des procédures initiales et la

majorité des législations étrangères exigent que le consentement des époux porte non seulement sur le principe du divorce, mais également sur ses conséquences accessoires<sup>20</sup>.

---

demande finale : voir C. civ., art. 230 à 232. La Belgique connaît également le divorce par consentement mutuel, mais seuls les époux âgés d'au moins 20 ans (au moment du dépôt de la requête) et dont le mariage a duré plus de 2 ans (avant le dépôt de la requête) sont autorisés à s'en prévaloir : Voir C. civ., art. 275-276 et Code judiciaire, art. 1288bis. La Suisse autorise le tribunal à prononcer le divorce sur demande conjointe des époux, mais seulement à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de l'audition: C. civ., art. 111. Certains doutent de l'utilité réelle de certains délais : Daniel DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, Genève, Librairie Droz, 1980, pp. 281-285. Voir également Xavier LABBÉE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 1996, p. 95. En France, un rapport officiel du Président du Tribunal de Grande instance de Paris suggère d'ailleurs l'abolition du délai légal de trois mois: voir Jean-Marie COULON, *Réflexions et propositions sur la procédure civile - Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice*, Collection des rapports officiels, Paris, La documentation française, 1997, p. 69. Pour d'autres éléments de droit étranger en cette matière, voir Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, «La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale», (1989) 4 *R.I.D.C.* 7 et François BOULANGER, *Droit civil de la famille*, t. 2, Paris, Économica, 1994, no. 404, pp. 464-465. La Suède est l'un des rares pays à admettre le divorce par consentement mutuel, sans l'assortir de délais. Une seule exception est cependant prévue : un délai de réflexion de 6 mois est imposé lorsque l'un des époux a la garde d'un enfant n'ayant pas atteint l'âge de 16 ans (C. mariage, chap. 5, sections 1 et 3). Il semble qu'environ 33% des couples suédois qui demandent le divorce n'aient pas d'enfants de moins de 16 ans : Peter LODRØP, «Les expériences dans les pays nordiques, en particulier en Norvège», dans *Révision du droit du divorce – Expériences étrangères récentes*, Colloque de Lausanne du 12 octobre 1987, 1987, p. 59, à la page 62 et Bernard DUTOIT, Raphaël ARN, Beatrice SFONDYLIA et Camilla TAMINELLI, *Le divorce en droit comparé - Volume 1: Europe*, Genève, Librairie Droz, 2000, pp. 411-419.

<sup>20</sup> Voir François BOULANGER, *Droit civil de la famille*, t. 2, Paris, Économica, 1994, no 407, p. 468 et Daniel DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, Genève, Librairie Droz, 1980, p. 274. Tel est d'ailleurs le cas de la France, du moins en ce qui concerne la première forme de divorce par consentement mutuel consacrée par le droit français et connue sous le nom de «divorce sur demande conjointe des époux» (C. civ., art. 230 à 232). La demande conjointe doit être accompagnée d'une convention sur les mesures provisoires et d'un projet de convention définitive. Ainsi, l'accord des conjoints ne porte pas seulement sur le principe du divorce, mais également sur toutes ses conséquences, tant personnelles que pécuniaires. Il y a donc indivisibilité entre l'accord sur le principe et l'accord sur les conséquences accessoires du divorce. Il faut toutefois noter qu'une deuxième forme de divorce par consentement mutuel est connue sous le nom de «divorce demandé par un époux et accepté par l'autre» et est généralement perçue comme une forme édulcorée de divorce par consentement mutuel (C. civ., art. 233 à 236). Faisant suite à l'initiative unilatérale d'un des époux, ce divorce ne suppose aucun accord sur les conséquences accessoires de la rupture. Le seul élément consensuel consiste dans la reconnaissance, par le conjoint défendeur, des faits, qui, selon le demandeur, rendent le maintien de la vie commune intolérable (en pratique, les tribunaux acceptent que les époux déposent en même temps la demande et l'aveu). Conformément à la volonté exprimée, le juge prononce

Ainsi, les époux qui souhaitent utiliser cette voie d'accès au divorce doivent convenir d'arrangements sur les différentes conséquences personnelles et patrimoniales résultant de la dissolution du mariage<sup>21</sup>. En cas de mésentente sur l'une ou l'autre de ces conséquences, les époux n'ont d'autre choix que d'utiliser une autre procédure.

Au contraire, il m'apparaîtrait parfaitement légitime de dissocier le principe du divorce de ses conséquences accessoires ou, en d'autres termes, d'envisager la dissolution du lien matrimonial et les conséquences en résultant en deux étapes distinctes. Il me semble que l'incapacité des époux de parvenir à un règlement complet ou même partiel des conséquences accessoires du divorce ne devrait pas faire obstacle à la dissolution du lien matrimonial, si telle est leur volonté commune<sup>22</sup>. Pourquoi empêcherait-on deux époux de mettre fin à leur mariage et, par le fait même, de se remarier et de fonder une nouvelle famille, en raison d'une mésentente quelconque sur la pension alimentaire, le partage de leurs biens ou toute autre élément résultant de leur rupture? Que ces différentes questions soient soumises à l'arbitrage du tribunal, une fois le principe du divorce acquis, ne me semble nullement problématique.

---

donc le divorce, mais devra, dans une seconde phase, statuer sur ses conséquences selon des règles particulières. Voir Henri, Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS, *La famille*, 7e éd. par Laurent LEVENEUR, Paris, Montchrestien, 1995, p. 633. Voir également p. 667, no. 1424. Sur les conditions relatives au divorce par consentement mutuel dans le droit français actuel, voir notamment Jacqueline BOUTON, «Le démariage», dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, p. 90, à la page 102 et suiv. et Patrick COURBE, *Le divorce*, 2e éd., 1996, Paris, Dalloz, pp. 12-20.

21 Pour une opinion favorable à cette approche, voir Daniel DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, Genève, Librairie Droz, 1980, p. 287. Celui-ci écrit en effet : «Les époux ne peuvent donc désirer valablement le divorce que s'ils connaissent et acceptent les changements importants qu'il entraînera dans leur vie. L'accord sur les effets du divorce est donc le complément nécessaire de la volonté commune de mettre fin au mariage». L'auteur reconnaît toutefois qu'une mésentente partielle sur les conséquences du divorce ne devrait pas s'avérer fatale.

22 Il semble que les Pays-Bas abordent la question du divorce de cette façon. Voir l'article 155 du premier livre du Code civil Hollandais. Le droit suédois serait au même effet (C. mariage, chap. 5, sections 4 et 5), de même que le droit Russe, Ukrainien et Norvégien : Voir Daniel DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, Genève, Librairie Droz, 1980, p. 253 et Bernard DUTOIT, Raphaël ARN, Beatrice SFONDYLIA et Camilla TAMINELLI, *Le divorce en droit comparé - Volume 1: Europe*, Genève, Librairie Droz, 2000, pp. 13, 17-18, 24, 136 et 377. Sur la problématique, voir également les observations de Xavier LABBÉE dans *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion,



Un parallèle peut être fait avec la société en nom collectif. Le Code civil prévoit plusieurs causes de dissolution de la société, dont le consentement de tous les associés<sup>23</sup>. La dissolution met fin à l'existence juridique de la société et, incidemment, entraîne la perte de la qualité d'associé. Or, ce n'est qu'une fois la cause de dissolution acquise que l'on devra procéder à la liquidation de l'actif de la société et au paiement des dettes. Ainsi, dans la mesure où tous les associés consentent effectivement à la dissolution de la société, la société prendra fin, même si des différends subsistent entre les associés quant à la liquidation de l'actif et au paiement des dettes. La dissolution à proprement parler et les conséquences en résultant sont donc envisagées en deux étapes distinctes et non intrinsèquement liées. En ce sens, la professeure Nicole Lacasse écrit:

«Si la dissolution de la société mène inévitablement à sa liquidation [...], les deux notions doivent tout de même être distinguées. La dissolution met légalement fin à la société et la liquidation est le processus par lequel les biens de la société sont distribués»<sup>24</sup>.

Au-delà de telles considérations, on peut présumer qu'une proposition destinée à introduire le divorce par consentement mutuel soulèvera des oppositions de principe. Certains refuseront d'y adhérer en prétendant qu'il revient à l'État de préserver la stabilité du mariage et, partant, de rendre sa dissolution contraignante. Or, argueront-ils, en admettant qu'un divorce soit prononcé sur la base du seul consentement mutuel des époux, le législateur ouvrirait toute grande la porte de la rupture et manifesterait un désengagement irresponsable à l'égard du mariage. Ainsi, ils se porteront naturellement à la défense du délai de séparation d'un an imposé par la *Loi sur le divorce*, puisqu'ils y verront le signe d'une volonté législative implicite de restreindre un tant soit peu l'accès au divorce et, incidemment, de consolider les bases du mariage. En d'autres termes, le délai de séparation leur apparaîtra comme une contrainte minimale qui doit être maintenue en toute circonstance, y compris lorsque les deux époux souhaitent mutuellement obtenir le divorce.

---

1996, pp. 96 et 108 et de Monique Roland WEYL dans *Divorce : Libéralisme ou liberté?*, Paris, Éditions Sociales, 1975, pp. 111-114.

23 C.c.Q., art. 2230.

24 Nicole LACASSE, *Droit de l'entreprise*, Montréal, Narval, 1998, p. 69.

À mon avis, une telle perception témoigne d'une certaine naïveté. En réalité, l'introduction du divorce par consentement mutuel permettrait de faire directement ce que certains font déjà indirectement. Actuellement, les époux qui souhaitent communément obtenir le divorce sans délai peuvent, sans trop de difficultés, s'entendre pour créer de toutes pièces une preuve d'adultère ou de cruauté ou pour présenter une déclaration dans laquelle ils affirmeront être effectivement séparés de fait depuis un an, alors qu'il n'en est rien. Bien que la *Loi sur le divorce* prohibe clairement la collusion entre époux<sup>25</sup>, le tribunal ne dispose généralement d'aucun moyen pour déceler le stratagème. Commentant le droit français où le divorce par consentement mutuel n'a été admis qu'en 1975<sup>26</sup>, le doyen Savatier écrivait d'ailleurs en 1963 :

«[L]e divorce par consentement mutuel demeure proscrit en France officiellement. Mais cette proscription ne le gêne guère. Il est si facile, quand les époux sont d'accord, d'organiser une petite comédie, dont, au fond, les tribunaux ne seront pas dupes, mais qu'ils n'auront aucun moyen, ni d'ailleurs, parfois, aucun désir de dénoncer.»<sup>27</sup>

Évidemment, on ne saurait introduire dans notre législation le divorce par consentement mutuel dans l'unique but d'officialiser une pratique que l'on soupçonne, mais dont on ne cautionne pas les véritables fondements<sup>28</sup>. Toute réforme du divorce nécessite également

---

<sup>25</sup> *Loi sur le divorce*, art. 11.

<sup>26</sup> En fait, le divorce par consentement mutuel a d'abord été institué en 1791 (mais restreint dans ses conditions en 1804) pour disparaître sous la Restauration (8 mai 1816) et pour reprendre finalement vie suite à la réforme de 1975 (la réforme a été promulguée le 11 juillet 1975 et est entrée en vigueur le 1er janvier 1976). Voir généralement Mireille DELMAS-MARTY et Catherine LABRUSSE-RIOU, *Le mariage et le divorce*, Paris, P.U.F., 1978, pp. 61-62 et Claude LIENHARD, *Le rôle du juge aux affaires matrimoniales*, Paris, Economica, 1985, p. 3 et suiv. Pour un survol des conditions du divorce par consentement mutuel imposées par les codificateurs de 1804, voir précisément Denise ROUGHOL-VALDEYRON, « Le divorce par consentement mutuel », (1975) 74 *Rev. tr. dr. civ.* 482.

<sup>27</sup> René SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, L.G.D.J., 1963, p. 61. Dans le même sens, voir Guy CHESNÉ, «Le divorce par consentement mutuel», D.1963.chr.95, 103; Irène THÉRY, *Le démariage*, Paris, Odile Jacob, 1993, pp. 73-74 et Alain BÉNABENT, *Droit civil - La famille*, 8e éd., Paris, Litec, 1997, no 227, p. 193 et no 278, p. 234.

<sup>28</sup> « Il est assez fréquent d'entendre dire en effet que de toute façon, ce divorce [le divorce par consentement mutuel] existait déjà dans notre droit [le droit français] sous la forme du «divorce d'accord» qui, on le sait, était une manière d'utiliser le divorce pour faute comme un divorce par consentement mutuel en se créant artificiellement des preuves, la loi actuelle ayant ainsi chassé une certaine hyprocrisie de notre droit. Mais en réalité que la pratique soit fort courante n'implique pas qu'on doive la consacrer si elle est mauvaise »: Marie-

et par-dessus tout une profonde réflexion sur la conception que l'on entretient du mariage<sup>29</sup>. En fait, le divorce est le pendant du mariage. Les règles juridiques qui l'encadrent ne doivent pas être conçues comme un tout autonome ; elles sont tributaires des moeurs et des valeurs matrimoniales dominantes.

Or, considérer qu'il revient à l'État de restreindre l'accès au divorce dans le but avoué de consolider la stabilité du mariage suppose une certaine conception institutionnelle du mariage. Selon cette conception, le mariage apparaît comme l'embryon d'une future famille. Il est source d'alliances, de statuts et de rôles indispensables à la survie individuelle et collective. Il est à la base de l'édifice social et, en ce sens, dépasse les volontés individuelles<sup>30</sup>. Sa dissolution ne saurait donc être laissée à la libre volonté des époux<sup>31</sup>. En tant que bénéficiaire du mariage, l'État a tout au moins le devoir de l'encadrer strictement et de l'assortir de conditions plus ou moins contraignantes<sup>32</sup>.

---

Thérèse CALAIS-AULOY, «Suggestions pour une réforme du divorce - Étude de politique juridique», (1980) 79 *Rev. tr. dr. civ.* 641, 652.

29 « [...] le divorce est, en effet, contenu en projet dans le mariage, et c'est plus les attitudes à l'égard du mariage, l'image du mariage, qu'il convient d'étudier, que les seules attitudes à l'égard du divorce, l'image du divorce » : Jacques COMMAILLE, *De la réforme de 1975 à la sociologie du divorce*, 2e éd., La Documentation française, Paris, 1980, p. 72. Voir également Marc ANCEL, *Le divorce à l'étranger*, Paris, La Documentation française, 1975, p. 78.

30 Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, «Le démariage consensuel», (1995) *Rev. tr. dr. civ.* 559, 562.

31 «Le législateur travaille donc à la destruction d'une société libre et démocratique lorsqu'il autorise et même facilite le divorce» : Jean RHÉAUME, *Droits et libertés de la personne et de la famille*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1990, p. 258. «Le divorce atteint les intérêts généraux de la famille cimentée par le mariage : il la brise et la prive, auparavant, de la stabilité sans laquelle elle ne peut remplir son rôle social» : Henri, Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS, *La famille*, 7e éd. par Laurent LEVENEUR, Paris, Montchrestien, 1995, p. 633. Voir également p. 662, no. 1422. Certains refusent d'accorder à la législation sur le divorce une telle vocation : «Although it had been commonly asserted that divorce legislation should seek to buttress the stability of marriage, it is a mistake to assume that divorce laws either encourage or discourage marriage breakdown. Legislative measures and governmental policies to promote the stability of marriage must be found in sources other than divorce legislation» : Julien D. PAYNE, *Payne on Divorce*, 4e éd., Toronto, Carswell, 1996, p. 2.

32 «*Stricto sensu*, si le mariage était une institution, il serait totalement indissoluble» : Xavier LABBÉE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses universitaires du Septentrion, 1996, p. 89. Voir également Mary Ann GLENDON, *The Transformation of Family Law*, Chicago, The University of Chicago Press, p. 291.

Selon les études réalisées au cours des dernières décennies, force est de constater que les moeurs matrimoniales dominantes ne soutiennent plus une telle conception du mariage. Aux yeux des nouvelles générations, le mariage symbolise toute autre chose qu'une institution affectée à la réalisation d'une fin sociale. Les époux recherchent, à travers le mariage, la satisfaction de leurs besoins affectifs et sexuels. Leur relation est aménagée en fonction de leurs attentes personnelles et non d'impératifs sociaux, moraux ou religieux. Cette nouvelle conception du mariage est connue sous le nom de mariage-compagnonnage<sup>33</sup>. Jacques Commaille en propose la description suivante :

«Le modèle du mariage-compagnonnage aurait pour fondement le sentiment. Alors que le mariage s'inscrivait auparavant dans une stratégie de l'alliance entre deux familles où prévalaient les impératifs de la reproduction biologique et de la reproduction sociale, de la gestion des patrimoines et de leur transmission, il semblerait que, de plus en plus, le choix du mariage soit d'abord un choix amoureux et que sa finalité soit la réussite au niveau affectif. [...]. Le caractère institutionnel du mariage s'effacerait ainsi de plus en plus pour laisser la place à son aspect «émotionnel-affectif», dans le cadre d'une évolution qui serait marquée par l'irrésistible ascension de l'«individualisme affectif [...]».<sup>34</sup>

---

33 Selon la typologie présentée dans Ernest Watson BURGESS, Harvey J. LOCKE, Mary Margaret THOMES, *The Family : From Institution to Companionship*, 3e éd., New York, American Book, 1960. Voir également Johanne BOISVERT, «Les familles à la recherche d'un nouvel équilibre... et le point de vue du mouvement familial», dans CONSEIL DE LA FAMILLE, *Recueil de réflexion sur la stabilité des couples-parents*, Québec, Publications du Québec, 1996, p. 85 ; Jocelyne VALOIS, *Sociologie de la famille au Québec*, Édition mise à jour, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1998, p. 50 et Mary Ann GLENDON, *The New Family and the New Property*, Toronto, Butterworths, p. 28 et suiv. et *The Transformation of Family Law*, Chicago, The University of Chicago Press, p. 292. L'émergence de ce nouveau modèle est appuyée par des données empiriques colligées dans Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK, «Mariage et cohabitation : quelques transformations de la vie conjugale», dans Roger TESSIER (dir.), *Vivre à deux aujourd'hui*, Montréal, Le jour, 1993, p. 25, à la page 34.

34 Jacques COMMAILLE, *De la réforme de 1975 à la sociologie du divorce*, 2e éd., La Documentation française, Paris, 1980, p. 85. Dans un texte récent, Jacques Commaille évoque la nécessité de préserver certaines des fonctions sociales de la famille (entendue dans un sens général). En dépit du mouvement vers l'individualisation, observe-t-il, la famille doit rester un lieu de médiation entre l'individu et la société : «Les enjeux sont tels que la transformation des comportements privés, même si elle doit être acceptée, ne saurait conduire à livrer ceux-ci [les individus] à eux-mêmes parce qu'ils concernent pour partie la société dans ce qui la fonde»: Jacques COMMAILLE, «Une sociologie politique du droit de la famille – Des référentiels en tension: Émancipation, institution, Protection», dans Jacqueline POUSSON-PETIT (dir.), *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein – Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 83, à la page 95.

Or, le divorce par consentement mutuel rejoint les principes à la base du mariage-compagnonnage<sup>35</sup>. Si deux époux ne retrouvent plus, à travers leur relation, les ingrédients nécessaires à leur épanouissement personnel, si le sentiment amoureux qu'ils partageaient s'est étioilé, le mariage sera vidé de tout sens<sup>36</sup>. Le fondement premier du mariage étant disparu, il apparaîtrait tout à fait légitime d'en permettre la dissolution sur la base du seul *mutuus dissensus*.

Ce n'est pas dire qu'on transformerait le mariage en affaire strictement privée. Dans la mesure où le mariage participe de la stabilité de la société et constitue le foyer généralement privilégié pour assurer le développement des générations futures, l'État y conservera toujours un intérêt certain<sup>37</sup>. Cependant, dans le contexte socio-culturel actuel, cet intérêt ne saurait à lui seul appuyer le maintien d'un mariage malgré la volonté contraire des principaux intéressés<sup>38</sup>. Ni les époux, ni leurs enfants, ni la société dans son ensemble n'y trouveraient avantage<sup>39</sup>.

---

35 «[Cette forme de divorce] implique naturellement une conception contractuelle et non institutionnelle du mariage et une philosophie individualiste, où le mariage est tourné plus vers l'épanouissement des époux que vers l'utilité sociale » : Alain BÉNABENT, *Droit civil - La famille*, 8e éd., Paris, Litec, 1997, no. 222, p. 188. Voir également Jacques COMMAILLE, *De la réforme de 1975 à la sociologie du divorce*, 2e éd., La Documentation française, Paris, 1980, p. 90.

36 François DE SINGLY, *Sociologie de la famille*, Paris, Nathan, 1993, p. 86. Voir également Roger NERSON, «Jurisprudence française en matière de droit civil - Personnes et droits de famille», (1980) 79 *Rev. tr. dr. civ.* 554, 556.

37 «Le mariage ne peut être qu'une affaire publique car il établit une relation nouvelle d'alliance; il est fondateur d'une nouvelle cellule sociale, créateur d'une famille, l'ensemble des familles constituant la société» : Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Bayard, 1999, p. 82.

38 Voir d'ailleurs Jean CARBONNIER, «Terre et ciel dans le droit du mariage», dans *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 325, à la page 335.

39 «Les conjoints n'ont pas intérêt à prolonger une situation sans issue. [...]. L'intérêt des enfants va dans le même sens. En effet, ils ne peuvent espérer bénéficier des conditions favorables à leur épanouissement lorsque leurs parents sont en conflit. Quant à la société, son intérêt est d'être composée d'individus satisfaits de leur situation familiale, ainsi que de couples et de familles heureuses, offrant aux enfants le meilleur climat.» : Daniel DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, Genève, Librairie Droz, 1980, p. 273.

En somme, on ne saurait maintenir en droit, sur la base d'une conception institutionnelle du mariage, ce qui est irrémédiablement compromis dans les faits. En cette matière plus qu'en toute autre, le droit doit suivre les mœurs:

«La libéralisation du divorce marque un désengagement de la loi civile, relativement aux autres barrières qui sont et qui restent -quand elles existent-, les seules ou les véritables barrières : celles des mœurs collectives ou de la morale individuelle. Quand ces barrières ne jouent pas ou s'abaissent, que la loi ne soit pas la seule à comprimer la liberté des époux. Si les mœurs ou la morale permettent le divorce, que la loi ne soit pas seule à brimer les époux»<sup>40</sup>.

Le pendant juridique du mariage-compagnonnage est le mariage-contrat, où l'on reconnaît à la volonté individuelle le pouvoir de défaire ce qu'elle a créé<sup>41</sup>. Certains juristes semblent s'offusquer d'une telle approche et n'hésitent pas à la dénoncer au nom d'un idéal matrimonial qui transcende toute volonté individuelle. Ainsi, Marie-Thérèse Meulders-Klein écrit-elle :

«[...] on ne saurait croire que le mariage puisse être un contrat dont deux personnes, corps et âmes, seraient l'objet, pour se trouver ensuite en situation de créancier et de débiteur et en finale être admises à résilier leur contrat à leur guise lorsque l'objet a cessé de plaire. Le mariage est beaucoup plus que cela. Acte de liberté engageant la liberté, acte d'une gravité quasi-religieuse, il est aussi un pacte doublement fondateur, même s'il ne dure pas toujours autant que la vie, et c'est ce qui fait sa spécificité et sa grandeur par rapport à toute autre forme d'union»<sup>42</sup>.

Reconnaître à la volonté individuelle un rôle prépondérant dans la dissolution du lien matrimonial ne revient pas à réduire le mariage au rang d'un simple contrat ordinaire. Une telle conclusion ne s'impose pas d'elle-même. En réalité, le consentement mutuel au divorce ne sera jamais la cause du divorce, il n'en sera toujours que le symptôme : «Le

---

40 Gérard CORNU, *La réforme du divorce*, DEA de droit privé 1976-77, p. 15 (cité dans Claude COLOMBET, Jacques FOYER, Danièle HUET-WEILLER et Catherine LABRUSSE-RIOU, *Dictionnaire juridique - Divorce*, Paris, Dalloz, 1984, p. 12).

41 Voir Guy CHESNÉ, «Le divorce par consentement mutuel», D.1963.chr.95. Voir également Alain BÉNABENT, *Droit civil - La famille*, 8e éd., Paris, Litec, 1997, p. 188, no. 222.

42 Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, «Le démariage consensuel», (1995) *Rev. tr. dr. civ.* 559, 571. Voir également, de la même auteure, «Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public», dans Jean BEAUCHARD et Pierre COUVROT (dir.), *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, P.U.F., 1994, p. 317.

mariage n'est pas dissous parce que les époux le veulent, mais parce que cette volonté concordante atteste que leur vie conjugale s'est soldée par un échec»<sup>43</sup>.

Cela dit, il importe encore de s'interroger sur la juridiction conférée au tribunal aux fins de prononcer la dissolution du lien matrimonial, tant en regard du droit actuel que des propositions ci-haut formulées. Indépendamment des conséquences accessoires résultant du divorce dont il sera question au point suivant, est-il vraiment légitime et nécessaire, dans tous les cas, de confier au tribunal le pouvoir exclusif de statuer sur le principe même du divorce?

À mon avis, la rupture du lien matrimonial ou, en d'autres termes, le prononcé du divorce à proprement parler, ne devrait nécessiter l'intervention du tribunal que si le motif qui fonde l'échec du mariage exige l'exercice d'une certaine appréciation. Dans l'état actuel du droit, quel que soit le motif invoqué, le tribunal peut être appelé à porter un jugement sur la preuve qui lui est présentée. Ainsi, l'adultère ou la cruauté dont un époux accuse l'autre implique l'appréciation de certains faits. Il en est de même de la cessation de la vie commune. Les conditions inhérentes à la séparation des époux doivent, en principe, faire l'objet d'une vérification étroite par le tribunal<sup>44</sup>. Si le juge décèle une collusion des époux, il peut refuser de prononcer le divorce<sup>45</sup>.

Toute autre serait la situation si l'on introduisait, dans notre droit, le divorce par consentement mutuel au sens ici entendu. Dans cette hypothèse, quel serait au juste l'objet de l'appréciation judiciaire<sup>46</sup>? En réalité, le tribunal n'aurait qu'à prendre acte d'une décision

---

43 Daniel DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, Genève, Librairie Droz, 1980, p. 275.

44 Voir d'ailleurs *Droit de la famille-1433*, [1991] R.D.F. 376 (C.S.) où le juge a refusé de prononcer le divorce sur la base de l'article 8(a) de la *Loi sur le divorce* parce que les époux ne vivaient pas séparés au jour de l'introduction de l'instance.

45 En pratique, rappelons que le tribunal peut difficilement déceler la collusion entre époux. *Supra*, p. 9 (note 24).

46 Voir d'ailleurs Marie-Thérèse CALAIS-AULOY, «Suggestions pour une réforme du divorce (Étude de politique juridique)», (1980) 79 *Rev. tr. dr. civ.* 641, 647.

commune des époux, sans pouvoir valablement la remettre en question<sup>47</sup>. S'agissant d'une fonction davantage administrative que judiciaire, n'y aurait-il pas lieu, alors, d'en déléguer la responsabilité à un fonctionnaire public dont l'unique tâche consisterait à vérifier l'identité des époux et recevoir leur signature dans une déclaration officielle<sup>48</sup>?

Certains s'inscriront en faux contre une telle proposition en prétendant qu'une vérification judiciaire des consentements s'avérerait tout au moins nécessaire. Que penser d'un tel argument? D'abord, il importe une fois de plus de rappeler qu'à ce stade-ci, le consentement ne porte que sur le principe du divorce et non sur les conséquences accessoires en résultant. Or, il m'apparaîtrait illégitime d'instituer un contrôle judiciaire aux seules fins d'obtenir l'assurance que les époux souhaitent véritablement rompre le lien matrimonial pour récupérer, aux yeux de la loi, leur statut de célibataires et demeurent conscients qu'une telle décision impliquera éventuellement le règlement de certaines questions, comme l'attribution de la garde des enfants, le partage des biens et le paiement de pensions alimentaires.

Et si un époux donnait son consentement au divorce en raison des pressions exercées par l'autre? Soit, une telle situation pourrait fort bien se produire. Mais en quoi l'intervention du tribunal changerait-elle la donne? Comment un juge pourrait-il concrètement déceler les pressions exercées par un époux dans le but d'arracher à l'autre son consentement? On ne peut croire que le juge chargé de prononcer le divorce par consentement mutuel procéderait à une véritable enquête, en exigeant la production d'une preuve relatant les circonstances dans lesquelles les époux en sont arrivés à une décision commune! Et même s'il parvenait à déceler les pressions indûment exercées, le divorce n'en serait pas moins accessible. Il

---

47 À propos du divorce par consentement mutuel, admis en France depuis 1975, Irène Théry écrit d'ailleurs : «[...] l'essentiel se passe dans le cabinet de l'avocat et l'audience devient une simple formalité.» : Irène THÉRY, *Le démantèlement*, Paris, Odile Jacob, 1993, p. 171.

48 Dans un proche avenir, des preuves probantes d'identité des personnes seront disponibles : Voir *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, Projet de loi 161, (adoption de principe le 30 novembre 2000), 1ère session, 36e législature (Québec). Sur la base de la déclaration signée par les deux époux et reçue par le fonctionnaire désignée à cette fin, le directeur de l'état civil pourrait ensuite dresser l'acte de divorce devant être inséré au registre de l'état civil. En somme, il s'agirait d'un processus similaire à celui qui existe en matière de mariage. On sait que le célébrant (prêtre ou greffier) achemine la déclaration de mariage au Directeur de l'État civil, déclaration sur la base de laquelle celui-ci dresse ensuite l'acte de mariage : voir C.c.Q., art. 108, 109, 118-121 et 375.



n'en serait que différé, la *Loi sur le divorce* permettant à tout époux, rappelons-le, de présenter une demande unilatérale lorsque la vie commune a cessé depuis au moins un an, quelles que soient les circonstances en cause<sup>49</sup>.

Par ailleurs, certains s'opposent à ce qu'on en vienne un jour à expulser le divorce de la sphère judiciaire, tellement cette perspective leur apparaîtra contre-nature. À ceux-là, on rappellera qu'il n'est pas de l'*essence* du divorce d'être judiciaire. Souvenons-nous qu'avant 1968, tant au Québec qu'à Terre-Neuve, le divorce ne pouvait résulter que d'une loi privée adoptée par le parlement fédéral<sup>50</sup>. En outre, on pourra référer au droit de certains États étrangers qui connaissent déjà le divorce par consentement mutuel de type administratif, où les époux n'ont qu'à déposer leur déclaration commune auprès de l'officier de l'état civil<sup>51</sup>.

---

49 Voir *supra*, p. 3 (note 9).

50 Voir généralement Christine DAVIES, *Family Law in Canada*, Toronto, Carswell, 1984, pp. 325-328. Voir également *Loi autorisant le Sénat à dissoudre ou annuler le mariage*, S.C. 1963, c. 10, art. 2(1), abrogée par la *Loi concernant le divorce*, S.R.C. 1970, c. D-8, art. 26(1).

51 Le droit japonais reconnaît, depuis 1898, le divorce par consentement mutuel sur simple déclaration des époux à l'officier d'état civil : Voir Tadaki MATSUKAWA, *La famille et le droit au Japon*, Paris, Économica, 1991, pp. 63-74. Dans l'ancienne U.R.S.S., la possibilité d'obtenir un divorce dit «administratif» sur consentement mutuel des époux a d'abord été introduite par le Code de la famille de 1918, abolie en 1944, pour être réadmise en 1968, à la condition, toutefois, qu'aucun enfant mineur ne soit en cause. Le droit russe actuellement en vigueur semble, pour l'essentiel, similaire : «Marriage considered terminated upon filling notice and registration of marriage termination with Bureau for Registration of Acts Affecting Civil Status. Bureau entitled to register termination upon mutual consent of spouses, if no minor children, or presentation of court decree establishing presumption of death, insanity or criminal sentence of not less than three years : MARTINDALE-HUBBELL INTERNATIONAL LAW DIGEST, Lexis Publishing, New Providence, 2000, RF-14. En République populaire de Chine et dans les pays scandinaves, il existe également une tradition de compétence administrative en matière de divorce: Ralph H. FOLSOM et John H. MINAN, *Law in the People's Republic of China*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 377 et 383; Marc ANCEL, *Le divorce à l'étranger*, Paris, La Documentation française, 1975, pp. 31-34, p. 47 et suiv et p. 171 et suiv. ; Peter LODRØP, «Les expériences dans les pays nordiques, en particulier en Norvège», dans *Révision du droit du divorce – Expériences étrangères récentes*, Colloque de Lausanne du 12 octobre 1987, 1987, p. 59, à la page 64 et Bernard DUTOIT, Raphaël ARN, Beatrice SFONDYLIA et Camilla TAMINELLI, *Le divorce en droit comparé - Volume 1: Europe*, Genève, Librairie Droz, 2000, pp. 13 et 23-24. Pour d'autres éléments de droit comparé, voir François BOULANGER, *Droit civil de la famille*, t. 2, Paris, Économica, 1994, no. 343 et suiv., p. 385 et suiv. et no 404 et suiv., p. 464 et suiv. et Jacqueline POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé*, Bruxelles, Maison F. Larcier, 1981, pp. 172-174. Par ailleurs, les tribunaux canadiens reconnaissent, en principe, les jugements étrangers de divorce qui, en raison des règles juridiques ou procédurales qui les encadrent, ne peuvent être qualifiés de purement judiciaires

Certains acteurs d'ici semblent d'ailleurs partager l'opinion selon laquelle le divorce, dans un avenir plus ou moins rapproché, ne sera plus l'affaire exclusive des tribunaux. Ainsi, selon un récent rapport de la Fondation du Barreau du Québec, l'instauration de divorces sur demande et délivrés sur simple constat constituerait la suite logique des réformes des dernières décennies :

«Il est incontestable qu'au cours des trente dernières années l'évolution du droit matrimonial a facilité et simplifié les conditions d'obtention d'un divorce. Si cette évolution devait se poursuivre dans le même sens, ce qui ne paraît guère faire de doute à l'heure actuelle, il est plausible et peut-être même probable que l'on verra un jour au Canada des divorces non seulement accordés sur demande, mais dont l'unique formalité sera un constat dressé par un fonctionnaire de justice»<sup>52</sup>.

---

: *Schwebl c. Ungar* (1964), 42 D.L.R. (2nd) (Ont. C.A.) confirmé par la Cour suprême dans [1965] S.C.R. 148 et *Goldenberg c. Triffon*, [1955] C.S. 341.

52 Fondation du Barreau du Québec, *Possible et actuelle : une plus grande humanisation du droit de la famille?*, Juillet 1997, p. 46. Une réflexion similaire semble prendre forme en France (notons au passage que le droit révolutionnaire français admettait le divorce administratif – décret des 4-9 floréal an II-). En effet, la ministre de la Justice et garde des Sceaux, Madame Élisabeth Guigou, a annoncé, le 10 novembre 1997, son intention «d'engager une large concertation sur une réforme de la procédure du divorce par consentement mutuel. L'idée avancée par la garde des Sceaux serait de créer un "véritable divorce civil" qui ne serait plus prononcé, en cas de séparation à l'amiable, par un juge, mais par un officier d'état civil». Voir *Le Monde*, 3 décembre 1997, p. 1. En outre, dans un rapport officiel récemment présenté à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux et ministre de la Justice, la sociologue Irène Théry recommande l'établissement d'un «divorce sur déclaration commune» non judiciaire, accessible aux époux qui souhaiteraient mutuellement se soustraire à la procédure judiciaire et qui s'entendraient pour organiser librement les effets de leur rupture : *Couples, filiation et parenté aujourd'hui – Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998, pp. 122-127. Déjà, en 1993, Irène Théry avait soulevé la pertinence d'un débat sur la question : «[a]ller au tribunal s'impose-t-il dans tous les cas, même quand la séparation n'implique aucun conflit de droit, aucune règle d'ordre public? La question a été soulevée dans d'autres pays à propos des divorces d'accord sans enfants, pour lesquels on voit mal quel est l'enjeu judiciaire. Ne pourrait-il pas être administratif, comme l'est le mariage? Et les autres divorces d'accord? Le débat mérite d'être lancé.» : Irène THÉRY, *Le dé mariage*, Paris, Odile Jacob, 1993, p. 389. Dans la même veine, le professeur Xavier Labbée écrivait en 1996: « [...] nous ne serions pas étonnés, vingt ans après la réforme (et à moins qu'un retour à un nouvel ordre moral, toujours possible, ne survienne) qu'un nouveau texte intervienne, qui parachève la contractualisation. Ce texte pourrait s'inspirer de l'idée suivante : on laisse aux époux, seuls, la question du principe du divorce, qui se règle devant l'officier de l'état civil. » : Xavier LABBÉE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses

En somme, il semble aujourd'hui légitime d'envisager, en toute objectivité, l'éventualité d'introduire dans la *Loi sur le divorce* un quatrième motif permettant d'attester de l'échec du mariage, soit le consentement mutuel des époux au divorce. Il apparaîtrait non moins légitime de confier à d'autres que le tribunal le soin de prendre acte d'un tel consentement et d'en assurer la publicité à toutes fins que de droit.

---

Universitaires du Septentrion, 1996, p. 108. Pour d'autres opinions favorables au divorce de type administratif, voir Bertrand LEMENNICIER, *Le marché du mariage et de la famille*, Paris, P.U.F., 1988, p. 101. Aux États-Unis également, certains ont soulevé l'opportunité d'un divorce non judiciaire. En 1978, le président de l'Association du Barreau américain, section droit de la famille, déclarait «[the time was coming when] a couple without collateral legal problems may terminate their marriage at a clerk's counter, never setting foot inside a courtroom or even a lawyer's office» : *Lawscope - The Family*, «Will Divorce Move Out the Courtroom?», (1978) 64 *A.B.A.J.* 815 (cité dans Mary-Ann GLENDON, *The New Family and the New Property*, Toronto, Butterworths, 1981, p. 34). Voir également Eric RASMUSEN et Jeffrey EVANS STAKE, «Lifting the Veil of Ignorance : Personalizing the Marriage Contract», (1998) 73 *Indiana Law Journal* 453, 474-475. Il faut toutefois noter l'opposition manifestée par certains auteurs face à l'idée d'introduire un divorce de type administratif. Les professeurs Guy Raymond, Alain Bénabent et Jacqueline Rubellin Devichi dénoncent une telle hypothèse pour des motifs qui tiennent du caractère institutionnel du mariage. Le divorce n'est jamais qu'une «simple formalité dont la société doit prendre acte» : Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Bayard, 1999, p. 143 et pp. 153-157. Par nature destructeur, le divorce «met en jeu des intérêts que le juge a pour mission de protéger» : Alain BÉNABENT, *Droit civil - La famille*, 8e éd., Paris, Litec, 1997, no. 229, p. 195 et no. 234, p. 204. Le divorce administratif consacrerait la «démission de l'État» face au mariage : Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, «Les grandes réformes en cours dans le droit de la famille en France», dans Jacqueline POUSSON-PETIT (dir.), *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein – Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 661, à la page 677. Bien qu'il valorise grandement la volonté individuelle des époux en matière de divorce, le doyen Cornu exprime lui aussi d'importantes réserves face à l'idée d'exclure toute forme de contrôle juridictionnel ou d'encadrement judiciaire du divorce par consentement mutuel: Gérard CORNU, *La réforme du divorce*, DEA de droit privé 1976-77, p. 15 (cité dans Claude COLOMBET, Jacques FOYER, Danièle HUET-WEILLER et Catherine LABRUSSE-RIOU, *Dictionnaire juridique - Divorce*, Paris, Dalloz, 1984, p. 12) et Gérard CORNU, «Consentement au mariage et consentement au divorce en trompe-l'œil», dans Jacqueline POUSSON-PETIT (dir.), *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein – Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 103. D'autres encore prétendent qu'une telle réforme constituerait une violation flagrante du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires: Jean THIERRY, «Le maire, juge du divorce: C'est Montesquieu qu'on assassine», D.1998.chr.15. Pour des raisons qu'elle n'explicite et ne nuance aucunement, Jacqueline Bouton exprime elle aussi un désaccord avec la proposition: Jacqueline BOUTON, «Le démariage», dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, p. 90, aux pages 96 et 108.

## 2. Les conséquences du divorce

Une fois le principe du divorce acquis, se pose inévitablement la question des conséquences accessoires en résultant. Au-delà de la dissolution du lien matrimonial, le divorce engendre certains effets personnels et patrimoniaux. On pense essentiellement à la garde des enfants<sup>53</sup>, au partage des biens appartenant aux époux<sup>54</sup>, à la prestation compensatoire<sup>55</sup>, aux donations contenues au contrat de mariage<sup>56</sup> de même qu'à la pension alimentaire entre époux<sup>57</sup> et au bénéfice des enfants<sup>58</sup>.

En principe, c'est aux tribunaux que le législateur confie le soin de statuer, en dernier ressort, sur la plupart des conséquences accessoires du divorce. Il s'agit là d'une juridiction d'ordre public à laquelle nul ne peut se soustraire<sup>59</sup>. Évidemment, les époux peuvent toujours convenir de certains arrangements à l'amiable, que ce soit avec ou sans l'aide d'un médiateur. Règle générale, leurs ententes devront toutefois être homologuées par le tribunal pour produire des effets<sup>60</sup>. En d'autres termes, leur validité sera subordonnée à l'homologation judiciaire.

---

53 *Loi sur le divorce*, art. 16(1) et suiv. et C.c.Q., art. 514 et 521.

54 C.c.Q., art. 414 et suiv. et 518.

55 C.c.Q., art. 427 et suiv.

56 C.c.Q., art. 519 et 520.

57 *Loi sur le divorce*, art. 15.2(1) et suiv.

58 *Loi sur le divorce*, art. 15.1(1) et suiv. et C.c.Q., art. 514 et 521.

59 *Loi sur le divorce*, art. 3(1) et 4(1). Voir également C.c.Q., art. 2639 et *Droit de la famille-3536*, [2000] R.D.F. 340 (C.S.). Commentant le droit français, similaire au droit québécois sur ce point, le professeur Alain Bénabent écrit : « Les conjoints n'ont ni individuellement ni même ensemble le pouvoir de rompre le lien matrimonial, non plus que celui de le vider de son contenu. » : Alain BÉNABENT, «La liberté individuelle et le mariage», (1973) 71 *Rev. trim. dr. civ.* 440, 486-487. Voir cependant *Droit de la famille-3551*, [2000] R.J.Q. 893 (C.S.) où la juge Anne-Marie Trahan aborde une convention sur mesures accessoires du divorce sous l'angle de la transaction.

60 Voir C.p.c., art. 822 (dans le cas d'une requête conjointe : *supra*, note 14). Voir également *Loi sur le divorce*, art. 15.2(4)c) (en ce qui concerne l'obligation alimentaire entre ex-conjoints) ; *Loi sur le divorce*, art. 11(1)b) et 15(5)a) et C.c.Q., art. 587.3 (en ce qui concerne l'obligation alimentaire à l'égard des enfants). Voir également *Droit de la famille-3536*, [2000] R.D.F. 340 (C.S.). Pour un exposé complet sur la portée exacte des différentes dispositions contenues à la convention des époux et sur le pouvoir qu'est à même d'exercer le tribunal sur chacune d'elles, voir particulièrement Jean-Pierre SENÉCAL, «La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *C.P. du N.* 131 et Ginette PICHÉ, «Le juge et le notaire peuvent-ils s'entendre avec le nouveau Code civil», dans Pierre CIOTOLA (textes réunis par), *Le notariat de l'an 2000* :

Saisi de l'entente, le tribunal devra vérifier la validité des consentements exprimés<sup>61</sup>. À cet égard, il devra, conformément aux critères dégagés par la Cour suprême dans la trilogie *Pelech, Richardson, Caron*, s'assurer que les époux ont pu bénéficier des services de conseillers juridiques indépendants<sup>62</sup>. Il reviendra également au tribunal de s'assurer que l'entente des époux préserve suffisamment leur intérêt respectif et celui de leurs enfants<sup>63</sup>, ou, en référence aux critères dégagés dans la trilogie, qu'elle n'est pas lésionnaire au sens du droit positif<sup>64</sup>. Dans la mesure où ces conditions ne sont pas rencontrées, le tribunal refusera d'homologuer l'entente. Ainsi, le tribunal n'est pas lié par les conventions qui lui sont soumises ; il lui incombe d'exercer un certain contrôle sur leur contenu, du moins en principe<sup>65</sup>.

---

*défis et perspectives*, Les Journées Maximilien Caron, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 162, aux pages 164-165.

61 C.c.Q., art. 1398 et suiv. Voir également C.p.c., art. 822 et suiv. (en matière de requête conjointe : *supra*, note 13).

62 *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, 850 ; *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892 ; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857). Dans son plus récent jugement sur le sujet, la Cour d'appel du Québec a reconnu l'application d'une telle condition en droit civil québécois : *Droit de la famille-1532*, [1993] R.J.Q. 2712 (C.A.) Pour un avis discordant, voir cependant *Droit de la famille-1520*, [1992] R.D.F. 36 (C.A.) ; *Droit de la famille-2204*, [1995] R.D.F. 333, 337 (C.S.) ; *Droit de la famille-2164*, [1995] R.D.F. 240, 240, 243 (C.S.) et *Droit de la famille-562*, J.E. 2000-1054 (C.S.). Sur le sujet, voir également Georges MASSOL, «Mise de côté des conventions matrimoniales», dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial (1996)*, Cowansville, Yvon Blais, 1996, p. 85, aux pages 92 et 93.

63 Voir C.p.c., art. 822 et suiv. (dans le cas d'une requête conjointe : *supra*, note 13). Voir également *Loi sur le divorce*, art. 15.2(4)c) (en ce qui concerne l'obligation alimentaire entre ex-conjoints) ; *Loi sur le divorce*, art. 11(1)b) et 15(5)a) et C.c.Q., art. 587.3 (en ce qui concerne l'obligation alimentaire à l'égard des enfants).

64 *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, 850 ; *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892 ; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857). Pour un exposé sommaire sur la portée de cette condition, voir Jean-Pierre SENÉCAL, «La validité des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *C.P. du N.* 131, 159-166 et Ginette PICHÉ, «Le juge et le notaire peuvent-ils s'entendre avec le nouveau Code civil», dans Pierre CIOTOLA (textes réunis par), *Le notariat de l'an 2000 : défis et perspectives*, Les Journées Maximilien Caron, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 162, à la page 167. Voir cependant *Droit de la famille-562*, J.E. 2000-1054 (C.S.) où le juge Pierre J. Dalphond refuse d'appliquer le concept de «lésion» importé de la common law pour juger de la validité des conventions de divorce lorsque la cause émane de la province de Québec.

65 On verra qu'en pratique, les tribunaux exercent leur discrétion avec parcimonie. Voir *Infra*, pp. 34-35.

Le rôle du tribunal diffère donc selon les circonstances. Le tribunal a pour fonction tantôt d'arbitrer les différends opposant les époux, tantôt d'homologuer leurs ententes, si celles-ci répondent aux critères précédemment mentionnés.

On peut légitimement s'interroger sur l'opportunité ou la pertinence de maintenir la juridiction obligatoire du tribunal quant au règlement des conséquences accessoires du divorce, quelle qu'en soit la nature. N'y aurait-il pas moyen d'assurer la protection des différentes personnes en cause, sans systématiquement les assujettir à la tutelle des tribunaux?

On ne saurait valablement répondre à cette question sans faire toutes les nuances appropriées. À mon avis, deux facteurs doivent être pris en considération. Le premier est la présence d'enfants mineurs et, le second, l'existence d'un litige opposant les époux sur l'une ou l'autre des conséquences accessoires du divorce.

En toute circonstance, l'intervention judiciaire m'apparaît justifiée lorsqu'un ou plusieurs enfants mineurs sont en cause. Ceux-ci demeurent des tiers à la rupture conjugale et il est légitime qu'on leur assure une protection judiciaire, quel que soit le niveau d'entente des époux<sup>66</sup>. La seule présence d'enfants est de nature à fausser la négociation entre les époux. En effet, le désir de l'un d'en obtenir la garde pourrait l'amener à faire des concessions d'ordre économique et à transformer l'enfant en monnaie d'échange, ce qui ne peut se justifier d'aucune façon<sup>67</sup>. On ne saurait prôner une plus grande déjudiciarisation du divorce en négligeant la protection suprême des intérêts de l'enfant qu'est à même d'assurer le tribunal<sup>68</sup>.

---

66 Voir d'ailleurs *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, 869 et *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670. Voir également Jean-Pierre SENÉCAL, «La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *C.P. du N.* 131, 169.

67 Voir d'ailleurs Marcia NEAVE, «Resolving the Dilemma of Difference : A Critique of "The Role of Private Ordering in Family Law"», (1994) 44 *University of Toronto Law Journal* 97, 126.

68 Les commentaires formulés par le doyen Cornu à propos du droit belge résument bien cet argument: «Il entre donc dans la mission du juge non seulement d'apprécier l'intérêt des enfants mais, pour finir, de le faire triompher. [...] Voilà donc le juge, dans son arbitrage, investi de la mission sans doute la plus délicate, humainement et psychologiquement, de son office, celle de peser les sentiments que lui confient des enfants sur les contrecoups qui les concernent dans le divorce de leurs parents » : Gérard CORNU, «Consentement au mariage et consentement au divorce en trompe-l'œil», dans Jacqueline POUSSON-PETIT (dir.), *Liber Amicorum*

Dans la mesure où le divorce ne met en cause aucun enfant mineur<sup>69</sup>, il faut encore distinguer selon qu'un litige subsiste entre les époux sur l'une ou l'autre des conséquences résultant du divorce ou selon qu'ils soient parvenus à une entente.

Dans la première hypothèse, l'intervention d'un tiers adjudicateur apparaîtra nécessaire. Toutefois, rien ne semble justifier qu'il faille absolument recourir à l'adjudication judiciaire, comme l'impose la loi actuelle. À mon avis, les époux sans enfant mineur devraient pouvoir soumettre leurs différends à l'arbitrage conventionnel, si telle est leur volonté commune<sup>70</sup>. Ainsi, le tribunal n'interviendrait, comme en toute autre matière, qu'à titre supplétif<sup>71</sup>.

---

*Marie-Thérèse Meulders-Klein – Droit comparé des personnes et de la famille, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 103, à la page 112.*

69 Au Canada, les couples mariés sans enfant représentaient, lors du rescensement de 1996, 29% de toutes les familles. En 1901, ils ne représentaient que 17%. Voir Institut Vanier de la famille, *Profil des familles canadiennes II*, Nepean (Ontario), 2000, pp. 30 et 32. Au Québec, 38% des couples mariés n'avaient pas d'enfants mineurs. En France, on estime la proportion des divorces qui n'impliquent aucun enfant mineur à 36%: Voir Catherine RIBAY DE VILLENEUVE, *Le guide de votre divorce*, Paris, Paris-Dauphin, 1999, p. 218 et Irène THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui – Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998, p. 105 et pp. 396 et suiv.

70 Selon l'article 2639 C.c.Q., les différends portant sur les matières familiales ne peuvent être soumis à l'arbitrage. Certains semblent néanmoins interpréter cette disposition de façon très restrictive, refusant d'y voir une barrière absolue contre l'arbitrage en matière de divorce. Ainsi, le professeur John E.C. Brierley écrit : «L'arbitrage devrait être possible dans la mesure où ces mêmes questions [lire aliments, liquidation d'un régime matrimonial, liquidation du patrimoine familial, fixation d'une prestation compensatoire] sont susceptibles de conventions valables. L'interdiction qui est faite à l'un ou l'autre des époux de renoncer à l'avance aux droits afférents à ces divers moyens de protection ne nous semble pas exclure la possibilité d'un arbitrage dans les cas où les droits en question se réalisent.» : John E.C. BRIERLEY, «De la convention d'arbitrage», dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 1067, à la page 1075.

71 Pour une opinion favorable à l'arbitrage conventionnel en matière de divorce, voir Julien D. PAYNE, *Payne on Divorce*, 4e éd., Toronto, Carswell, 1996, p. 81. Voir également les avantages et les désavantages qu'attribue l'auteur à ce processus de résolution des différends à la page 79. Par ailleurs, il est intéressant de souligner que les lois de la province de la Nouvelle-Écosse prévoient expressément la possibilité pour des époux de stipuler, dans leur contrat de mariage ou dans une convention de séparation, une clause d'arbitrage. Voir *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275, section 30.

Dans la seconde hypothèse, soit lorsque les époux sans enfant mineur sont parvenus à s'entendre sur les différentes conséquences accessoires du divorce, l'intervention du tribunal aux fins d'homologuer les ententes auxquelles ils seront parvenus m'apparaît injustifiée. Il me semble que les époux devraient avoir la possibilité de régler conventionnellement toutes les conséquences de leur rupture, sans avoir à soumettre leur entente à l'approbation du tribunal.

Dans une telle perspective, la convention de divorce produirait ses effets à compter de sa signature ou du prononcé du jugement de divorce si elle le précède, et, dès lors, lierait juridiquement les époux, comme toute autre convention. Elle s'imposerait à eux, sans possibilité pour le tribunal d'en réviser éventuellement le contenu. En somme, toutes les ententes intervenues entre les époux auraient valeur de transaction, qu'il s'agisse d'arrangements relatifs à la pension alimentaire, au partage des biens, à la prestation compensatoire ou de toute autre nature<sup>72</sup>.

---

72 Le droit belge peut, à cet égard, servir d'exemple. Le divorce par consentement mutuel y est admis, dans la mesure où les époux s'entendent sur l'ensemble des conséquences de leur rupture aux termes d'une convention dite préalable. Or, ces conventions n'ont pas à être homologuées par le tribunal. Elles ont valeur de transactions et s'imposent aux époux comme au juge qui, en principe, ne fait qu'en contrôler la conformité à l'ordre public aux fins de prononcer le jugement de divorce à proprement parler. Depuis 1994, le juge a cependant le pouvoir de contrôler les clauses relatives aux enfants pour s'assurer qu'elles desservent adéquatement leurs intérêts. Si les conventions sont faites sous la forme notariée, elles auront force exécutoire. Sinon, un jugement du tribunal sera nécessaire pour en obtenir l'exécution forcée. Voir Code judiciaire, art. 1287, 1288, 1290, 1293 et 1298. Sur la portée des conventions préalables en droit belge, voir généralement Henri DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, 4e éd. (par Jean-Pol MASSON), Bruxelles, Bruylant, 1990, nos 833 et suiv., p. 840 et suiv. ; François RIGAUX (avec la collaboration de Thérèse MEULDERS-KLEIN), *Les personnes*, t. 1, 1978, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier, no 236 et suiv., p. 129 et suiv. ; Alain DUELZ, *Le droit du divorce*, 2e éd., Bruxelles, De Boeck Université, 1996, no. 366 et suiv., p. 270 et suiv. ; Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, «La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale», (1989) 4 *R.I.D.C.* 7, 39-40. Voir également Adrian POPOVICI, «Le divorce par consentement mutuel en Belgique», (1997) 99 *R. du N.* 255 et Jean PINEAU, «L'ordre public dans les relations de famille», (1999) 40 *C. de D.* 323, 338. Pour une opinion défavorable au système belge, voir Thérèse MEULDERS-KLEIN, «Les effets du divorce par consentement mutuel et le principe de la convention-loi. Étendue et limites», (1979) 33 *R.C.J.B.* 468. Par ailleurs, il semble que le droit de plusieurs états américains limite la formalité de l'homologation judiciaire aux seules dispositions relatives aux enfants: «[...] under the Uniform Marriage and Divorce Act, the model for many states statutes, the parties agreement is binding on the court, except for those provisions dealing with custody and child support» : Elizabeth S. SCOTT et Robert E. SCOTT, «Marriage as Relational Contract», (1998) 84 *Virginia Law Review* 1225, 1234-1235. Notons enfin qu'au Luxembourg, en vertu du Code civil, les conjoints peuvent valablement transiger sur la pension



Certains refuseront d'adhérer à ces propositions en prétendant que le contexte hautement émotif dans lequel se déroule le divorce justifie l'intervention du tribunal, lui seul ayant le degré d'objectivité et d'impartialité requis pour arbitrer les différends opposant les époux et, le cas échéant, pour évaluer les ententes qu'ils auront conclues<sup>73</sup>. À cela, je soumets deux arguments.

D'une part, de plus en plus de concubins établissent, en cours de relation, des ententes de toute sorte. Ainsi, certains conviennent d'une obligation alimentaire mutuelle selon des critères bien définis ou élaborent les règles devant gouverner le partage de leurs biens respectifs en cas de séparation. Or, les arrangements dont conviennent les concubins au jour de la rupture, en application de telles ententes, ne sont aucunement subordonnés à l'approbation du tribunal<sup>74</sup>. Seules les décisions relatives aux enfants devront éventuellement être soumises au contrôle judiciaire pour produire des effets<sup>75</sup>. Pourtant, la

---

alimentaire due à l'un d'eux. Voir Bernard DUTOIT, Raphaël ARN, Beatrice SFONDYLIA et Camilla TAMINELLI, *Le divorce en droit comparé - Volume 1: Europe*, Genève, Librairie Droz, 2000, pp. 277-278.

73 Les propos du doyen Cornu soutiennent cette impression : «Beaucoup d'actes juridiques sont [...] conçus sous l'empire d'un sentiment qui en trouble la formation, au point d'en compromettre la validité.» : Gérard CORNU, «Du sentiment en droit civil», (1963) 8 *Annales de la Faculté de droit de Liège* 189, 195. Dans une étude portant sur les contrats de famille, Guillaume Creff écrit dans le même sens : «[...] l'existence du lien de famille conduit à redouter que les sentiments n'altèrent le jugement, et nuisent à la pratique contractuelle.» : Guillaume CREFF, «Les contrats de la famille», dans Loïc CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Économica, 1987, p. 245, aux pages 245-246. Voir également Ginette PICHÉ, «Le juge et le notaire peuvent-ils s'entendre avec le nouveau Code civil», dans Pierre CIOTOLA (textes réunis par), *Le notariat de l'an 2000 : défis et perspectives*, Les Journées Maximilien Caron, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 162, à la page 165. D'autres sont plus nuancés dans leur jugement. Ainsi, le juge Orville Frenette, appelé à se prononcer sur la validité d'une convention de séparation, observe : «Que les deux parties aient été perturbées par la séparation, la preuve l'indique, mais cela n'entraîne pas *ipso facto* la conclusion qu'elles ne savaient pas ce qu'elles faisaient en signant l'entente» : *Droit de la famille-2164*, [1995] R.D.F. 240, 242 (C.S.).

74 Voir d'ailleurs *Droit de la famille-2760*, [1997] R.D.F. 720 (C.S.), où le tribunal a reconnu le caractère exécutoire d'une convention de rupture intervenue entre conjoints de fait. Voir également *Dion c. Bédard*, J.E. 2000-494 (C.S.) et *Boisvert c. Duguay*, B.E. 2000BE-597 (C.S.).

75 «Que ce soit en matière de garde ou en ce qui concerne les droits d'accès, si la convention n'est pas entérinée par un jugement de la Cour supérieure, elle n'aura pas de force exécutoire en cas de contravention par l'une des parties» : Suzanne GUILLET, «Les conventions de rupture du lien matrimonial et la garde des enfants», (1992) 2 *C.P. du N.* 193, 230. Bien que cette affirmation soit faite dans un texte portant sur le divorce,

rupture de l'union de fait implique autant d'émotivité que le divorce<sup>76</sup>. S'il était socialement inacceptable de laisser les concubins disposer seuls de leurs droits, le législateur ne serait-il pas déjà intervenu pour leur imposer une procédure d'homologation? Par ailleurs, à défaut d'arrangements, rien dans les lois ne semble interdire aux concubins de soumettre les différends qui les opposent à l'arbitrage<sup>77</sup>.

D'autre part, exiger l'homologation judiciaire d'une convention de divorce laisse supposer qu'on considère les époux fondamentalement incapables de prendre des décisions libres et éclairées relativement aux conséquences de leur rupture.

Il est vrai qu'un soutien judiciaire peut s'avérer nécessaire lorsqu'une partie à un contrat est en position d'inégalité formelle par rapport à l'autre ou lorsqu'il s'agit de disposer des droits de personnes présumément inaptes. Mais tel n'est pas le cas des époux. Depuis le début des années 80, l'égalité juridique des époux est expressément consacrée dans le Code civil et dans la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>78</sup>. Et au-delà du cadre matrimonial, l'égalité de la femme a désormais valeur de norme et de principe fondamental. Tous ont droit

---

elle s'applique tout autant en matière de rupture d'union de fait, tous les enfants devant être considérés de la même façon, quelles que soient les circonstances de leur naissance : C.c.Q., art. 522.

76 Au sujet de la différence de traitement entre conjoints de fait et conjoints mariés au moment de la rupture, Irène Théry écrit : «[...] on ne voit pas pourquoi les mariés seraient crédités d'une moindre maturité ou d'une moindre aptitude à régler leurs difficultés que les concubins, qui eux se séparent librement et ne sont amenés à saisir le juge qu'en cas de litige». Plus loin, l'auteure ajoute: «Cette disparité de traitement judiciaire commence à être vécue comme une pénalisation pour les couples mariés. Une chose est d'avoir le droit à la protection judiciaire en cas de séparation, que seul confère l'engagement dans l'institution matrimoniale, une autre de se sentir tutélarisé inutilement quand on ne ressent pas le besoin de cette protection» : Irène THÉRY, *Couples, filiation et parenté aujourd'hui – Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998, p. 123 et p. 130.

77 Rappelons que l'article 2639 du *Code civil* interdit de soumettre à l'arbitrage les matières familiales. À notre avis, les rapports entre concubins ne peuvent être qualifiés de «matières familiales» au sens de cet article. Seule la famille basée sur le mariage fait l'objet d'une reconnaissance par le législateur. Ce dernier s'est abstenu d'organiser l'union de fait et de lui reconnaître des effets similaires au mariage. Pourquoi en serait-il autrement en matière d'arbitrage? Refuser d'assimiler les concubins aux conjoints mariés tout en reconnaissant des effets à leur relation au plan des dispositions législatives portant sur l'arbitrage nous apparaîtrait incohérent. En ce sens, voir Roderick A. MACDONALD, «Images du notariat et imagination du notaire», (1994) 1 *C.P. du N.* 1, 62.

78 Voir *Charte québécoise des droits et libertés*, L.R.Q., c. C-12, art. 47 et C.c.Q., art. 392.

à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur le sexe<sup>79</sup>.

Or, si l'on postule l'égalité et l'aptitude des époux, il faut, à mon avis, en reconnaître pleinement les conséquences. On ne peut, d'un côté, élever la capacité juridique et l'égalité des époux au rang de valeur et de norme juridiques fondamentales, et de l'autre, maintenir un environnement juridique qui, à sa face même, laisse présumer du contraire. Un tel principe ne peut, à mon avis, souffrir d'une exception aussi importante sans perdre sa légitimité.

Évidemment, l'égalité formelle ne garantit en rien l'égalité réelle. Je suis fort conscient que le divorce est encore source de déséquilibre économique entre les époux. Trop souvent, la femme en sort nettement désavantagée<sup>80</sup>. Au-delà des énoncés théoriques et des modèles, des inégalités de fait perdurent donc entre mari et femme et, plus souvent qu'autrement, se cristallisent au jour du divorce. Mais, comme j'ai déjà eu l'occasion de le développer dans un article précédent, c'est sur une base normative et non pas factuelle que le législateur se doit d'élaborer sa politique législative<sup>81</sup>. En d'autres termes, c'est l'égalité en tant que norme et valeur et non en tant que fait qui doit orienter le législateur.

Ce n'est pas dire qu'il faille ignorer ou banaliser les inégalités de fait qui se manifestent lors de la dissolution du mariage et les perpétuer en cautionnant des ententes frauduleuses ou déraisonnables. En soit, la rationalité contractuelle n'est pas synonyme d'injustice.

D'une part, le fait d'éliminer le processus d'homologation judiciaire des conventions de rupture ne priverait nullement les époux du droit d'invoquer une cause de nullité des

---

<sup>79</sup> Voir *Charte québécoise des droits et libertés*, L.R.Q., c. C-12, art. 10.

<sup>80</sup> Voir particulièrement l'étude de l'américaine Lenore J. Weitzman, *The Divorce Revolution: The unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*, New-York, Free Press, 1985. Pour des analyses semblables dans le contexte canadien, voir Margrit EICHLER, «The Limits of Family Law Reform or, The Privatization of Female and Child Poverty», (1990) 7 *C.F.L.Q.* 59 et Julien D. PAYNE, *Payne on Divorce*, 4e éd., Toronto, Carswell, 1996, p. 223. Voir également les propos de la Juge Claire L'Heureux-Dubé dans les arrêts *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813 et *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, ainsi que les nombreuses références citées par le tribunal.

<sup>81</sup> Voir Alain ROY, «L'encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s'impose pour les nouveaux ménages», (2000) 41 *C. de D.* 657, 666-667.

contrats. Dans la mesure où l'un d'eux prétendrait avoir été trompé par l'autre ou avoir donné un consentement sous pression, il pourrait, comme tout contractant en d'autres matières, s'adresser au tribunal pour demander l'annulation de la convention sur la base de l'erreur, du dol ou de la crainte<sup>82</sup>.

D'autre part, afin d'élargir la protection mutuelle des époux, le législateur pourrait ajouter la lésion à ces causes ordinaires de nullité. Ainsi, dans l'hypothèse où les prestations contenues à la convention seraient manifestement disproportionnées, l'époux lésé pourrait en obtenir l'annulation<sup>83</sup>. Pensons, par exemple, à l'épouse demeurée au foyer pendant la vie commune qui, malgré les moyens financiers dont dispose son mari, renoncerait à toute pension alimentaire ou accepterait une pension dérisoire, indépendamment de son incapacité de subvenir à ses besoins, à court et long termes.

Une disposition législative appuie, d'une certaine façon, la légitimité d'une telle approche. Suivant l'article 423 al. 2 du Code civil, un époux peut, dans l'année qui suit le prononcé du jugement de divorce, renoncer par acte notarié à la créance à laquelle il a droit en raison du partage du patrimoine familial.

Ainsi, dès le lendemain du jugement de divorce, l'époux qui a droit à la créance pourrait fort bien y renoncer, sans plus attendre. Dans ce cas, sa renonciation serait effective dès la signature de l'acte notarié, sans qu'il soit besoin d'en obtenir une quelconque homologation judiciaire. Cela dit, sa renonciation pourrait par la suite être annulée par le tribunal pour toute cause de nullité des contrats ou pour cause de lésion<sup>84</sup>.

---

82 C.c.Q., art. 1399, 1400 à 1402. Notons qu'en Belgique, bien qu'elle n'ait pas à être soumise au juge pour homologation, la convention des parties ne peut, en principe, être écartée pour dol, erreur, violence ou lésion. Voir les références citées à la note 71.

83 Rappelons que la lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties. En principe, la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés. Voir C.c.Q., art. 1399, 1405 et 1406. Voir également *Ruiz c. Bénito*, [1999] R.D.F. 68 (C.S.).

84 C.c.Q., art. 424. Une disposition équivalente existe en matière de société d'acquêts. Suivant l'article 472 C.c.Q., la renonciation aux acquêts peut être annulée pour cause de lésion ou pour toute autre cause de nullité des contrats.

Or, le règlement de l'ensemble des conséquences accessoires du divorce pourrait être envisagé à partir d'un tel modèle. Une fois le principe du divorce acquis, peu importe le motif invoqué au soutien de l'échec du mariage, les conjoints sans enfant mineur seraient libres de convenir du règlement des conséquences en résultant, quelle qu'en soit la nature. Tout comme la renonciation à la créance résultant du partage du patrimoine familial, leur entente n'aurait pas à être homologuée pour produire des effets, mais chacun d'eux pourrait par la suite en demander l'annulation pour toute cause de nullité des contrats, y compris la lésion. Les conjoints jouiraient donc d'une protection judiciaire, mais sans que l'on puisse y voir une contradiction avec les valeurs et normes juridiques sous l'angle desquelles on se doit d'aborder les rapports conjugaux.

Certains dénonceront ce modèle en raison du transfert de charge qu'il opère. Si, dans le système actuel, les deux époux assument ensemble les coûts financiers et émotionnels de l'homologation, le fardeau repose uniquement sur les épaules du conjoint soit-disant lésé dans le système proposé. C'est en effet à l'époux qui prétend que son consentement a été vicié de saisir le tribunal après coup pour obtenir l'annulation de la convention. Or, selon certains, ce déplacement de fardeau pourrait fort bien desservir la cause des femmes. Les propos de Penelope Eileen Bryan traduisent bien l'objection :

«When a judge fails to intercept an unfair agreement at the time of the divorce, a wife may return to court later with a petition to set aside or vacate the agreement. Many wives lack the financial and emotional resources to challenge unfair settlement agreements»<sup>85</sup>.

À mon avis, une telle affirmation déplace l'enjeu de son véritable cadre d'analyse. Le droit de la famille et du divorce ne doit pas se transformer, si ce n'est de façon purement accessoire, en politiques sociales<sup>86</sup>. Si, pour des raisons qui relèvent non pas du statut

---

85 Penelope EILEEN BRYAN, «Women's Freedom to Contract at Divorce : A Mask for Contextual Coercion», (1999) 47 *Buffalo Law Review* 1153, 1171, 1239.

86 Il faut mentionner qu'une telle perception va à l'encontre des dernières orientations dégagées par la Cour suprême en matière d'obligation alimentaire entre ex-conjoints. En effet, la Cour suprême semble envisager l'obligation alimentaire entre ex-époux comme un moyen plus ou moins direct de pallier les difficultés socio-économiques que vivent les femmes en tant que groupe social et, incidemment, de soulager l'État du fardeau d'en assumer la charge économique. Ainsi, dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, la juge Claire L'Heureux-Dubé a reconnu le fondement compensatoire de la pension alimentaire entre époux et a affirmé qu'un tel fondement pouvait contribuer à atténuer le phénomène de la féminisation de la pauvreté au Canada, en partie

juridique, mais du contexte socio-économique, les femmes sortent financièrement désavantagées du divorce, l'État doit les soutenir par le biais de véritables politiques sociales<sup>87</sup>. L'objet du divorce est de rompre le lien matrimonial et d'établir, à la lumière des valeurs juridiques fondamentales, certaines balises susceptibles d'encadrer le règlement des conséquences accessoires résultant de la rupture et non d'instituer plus ou moins directement des mesures sociales. Ainsi, il m'apparaît illégitime de maintenir l'actuel système d'homologation pour des considérations d'ordre socio-économique. Le législateur ne peut valablement aborder les époux comme des personnes pleinement capables et égales en droit, tout en les assujettissant à la tutelle du tribunal pour des motifs d'une telle nature, aussi importants soient-ils.

---

attribuable à l'interprétation restrictive des objectifs et des facteurs d'attribution de la pension alimentaire jusqu'alors privilégiée par la jurisprudence. La juge a cependant reconnu que le droit de la famille ne pouvait jouer qu'un rôle limité pour pallier les conséquences économiques du divorce. Dans le même sens, dans l'arrêt *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, la juge L'Heureux-Dubé a affirmé l'importance d'interpréter les dispositions de la *Loi sur le divorce* de telle sorte qu'elles ne contribuent pas aux inégalités systémiques et structurelles qui s'ajoutent aux difficultés économiques des conjoints suite au divorce, tout en reconnaissant que l'interprétation des dispositions relatives aux aliments ne pouvait, à elle seule, redresser ces inégalités. Enfin, dans l'arrêt *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, la Cour suprême a formellement reconnu un fondement social à l'obligation alimentaire entre ex-époux, considérant qu'en certaines circonstances, il revient à l'ex-époux et non au gouvernement de subvenir principalement aux besoins de son ex-conjoint, bien qu'à première vue, ces besoins ne résultent pas d'un état de dépendance économique engendré par le mariage. Sur le rôle limité que peut remplir le droit de la famille pour contrer la pauvreté des femmes et des enfants, voir Margrit EICHLER, «The Limits of Family Law Reform or, The Privatization of Female and Child Poverty», (1990) 7 *C.F.L.Q.* 59, 82.

87 À ceux qui prétendent que l'État n'a plus les moyens de mettre en place de telles mesures, Marie-Thérèse Meulders-Klein répond : «[...] encore que la question du manque de moyens, généralement invoquée comme excuse pour ne pas agir, ne paraisse pas la plus essentielle, car lorsque la volonté politique est forte, on trouve généralement les moyens, et par ailleurs la créativité et l'imagination, ainsi qu'un calcul objectif en termes de coût et d'économie, permettraient sans doute de trouver des formules «rentables» et efficaces [sic] » : Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, «Famille, état et sécurité économique d'existence dans la tourmente», dans Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN et J. EEKELAAR, *Famille, état et sécurité économique d'existence*, vol. II, Bruxelles, Story-Scientia, 1998, p. 1077, à la page 1087. Qui plus est, devant l'annonce d'un surplus budgétaire anticipé du gouvernement fédéral canadien de l'ordre de 120 milliards de dollars pour les cinq prochaines années, il devient de plus en plus difficile, pour l'État, de justifier l'absence de politiques sociales uniquement en raison d'un manque de ressources financières. Voir La Presse, Montréal, 12 octobre 2000, p. A-14. Pour une réflexion générale sur la problématique des risques sociaux engendrés par une approche axée sur l'égalité et l'autonomie, voir Jacques COMMAILLE, «Une sociologie politique du droit de la famille – Des référentiels en

Cela dit, il serait toutefois souhaitable d'instituer une certaine forme d'assistance professionnelle en amont du recours judiciaire, de manière à ce que les conventions de divorce puissent, dans la mesure du possible, être purgées des vices susceptibles d'en affecter la validité<sup>88</sup> et, partant, acquérir une stabilité minimale<sup>89</sup>.

À cette fin, le législateur pourrait s'inspirer des critères de reconnaissance des conventions de rupture développés par la Cour suprême du Canada dans la trilogie *Pelech, Richardson et Caron*<sup>90</sup> pour établir, comme condition formelle de validité desdites conventions, l'assistance d'un conseiller juridique indépendant<sup>91</sup>. Il s'assurerait ainsi de l'intervention d'un

---

tension: Émancipation, institution, Protection», dans Jacqueline POUSSON-PETIT (dir.), *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein – Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 83.

88 Selon notre proposition, rappelons que la lésion constituerait un vice de consentement.

89 Par analogie, voir Michael J. TREBILCOCK et Rosemin KESHVANI, «The Role of Private Ordering in Family Law : A Law and Economics Perspective», (1991) 41 *University of Toronto Law Journal* 533, 560.

90 *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, 850 ; *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892 ; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857). Voir *supra*, pp. 20-21.

91 Notons qu'en France, dans le cadre des divorces par consentement mutuel, le recours à l'avocat pour préparer les procédures, la convention temporaire sur conséquences accessoires et le projet de convention définitive, est obligatoire. Les époux ont le privilège de mandater leur propre avocat ou de recourir aux services d'un avocat commun: art. 230 al. 2 du Code civil français et art. 1090 du nouveau Code de procédure civile. À ce sujet, le professeur Alain Bénabent écrit : « [Les vices de consentements] seront extrêmement rares car l'intervention d'un avocat, dont le rôle est d'éclairer chacune des parties sur les conséquences d'un divorce tel qu'il est organisé, exclura presque nécessairement tout dol ou toute erreur » : Alain BÉNABENT, *Droit civil - La famille*, 8e éd., 1997, Paris, Litec, no. 283, p. 237. Certains estiment que la présence d'un avocat commun n'est pas à même d'assurer la protection de la partie soi-disant faible : «Il est évident que c'est là faire la partie belle à l'époux qui désire «flouer» son conjoint» : Marie-Thérèse CALAIS-AULOY, «Suggestions pour une réforme du divorce (Étude de politique juridique), (1980) 79 *Rev. tr. dr. civ.* 641, 649. Voir également la note 33 à la page 651. Un rapport récent préparé par le Président du Tribunal de grande instance de Paris recommande l'assistance obligatoire de *chacun* des époux par un avocat: voir Jean-Marie COULON, *Réflexions et propositions sur la procédure civile - Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice*, Collection des rapports officiels, Paris, La documentation française, 1997, p. 69. D'autres considèrent que l'assistance d'un ou de conseiller(s) juridique(s) ne constitue pas un moyen efficace pour protéger les intérêts des femmes lors de la rupture. Ainsi, Penelope Eileen Bryan écrit : «Lawyers themselves are steeped in the masculine ideologies of law and the market. They may even exhibit overt gender bias. Representation by counsel may contribute to, rather than intercept, women's disadvantages» : Penelope EILEEN BRYAN, «Women's Freedom to Contract at Divorce : A Mask for Contextual Coercion», (1999) 47 *Buffalo Law Review* 1153, 1171, 1235. Sur la question, voir

avocat ou d'un notaire dont le rôle serait d'informer et de conseiller chacune des parties sur la portée et les conséquences de leurs décisions respectives<sup>92</sup>. Les consentements seraient donc exprimés à la lumière d'un éclairage adéquat.

Dans le même ordre d'idées et indépendamment de toute considération corporatiste, le législateur pourrait également imposer la forme notariée aux conventions de divorce. N'est-ce pas d'ailleurs ce qu'il prévoit lorsqu'un acte juridique met en relation des parties qui, en raison de la nature particulière de leurs rapports ou de l'importance des enjeux poursuivis, requièrent une certaine forme d'encadrement, sans qu'il ne soit pour autant question de leur nier le droit de s'engager librement<sup>93</sup>? Abolir le processus d'homologation d'un acte pour s'en remettre aux garanties procurées par l'intervention du notaire officier public ne constituerait pas, d'ailleurs, un précédent en droit québécois. Deux exemples méritent d'être relevés.

D'abord, rappelons qu'avant la réforme du droit de la famille de 1980, le législateur imposait l'homologation des contrats de mariage faits par les époux durant le mariage pour modifier leur régime matrimonial et, le cas échéant, toute autre stipulation du contrat de mariage signé avant la célébration du mariage<sup>94</sup>. Ces contrats notariés ne produisaient donc aucun

---

également Daniel DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, Genève, Librairie Droz, 1980, p. 294.

92 Pour un exposé plus complet sur le rôle que doit remplir le conseiller juridique indépendant, voir Jean-Pierre SENÉCAL, «La validité des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *C.P. du N.* 131, 157-159.

93 Pensons simplement à la convention hypothécaire en matière immobilière (C.c.Q., art. 2693), à l'acte de donation immobilière (C.c.Q., art. 1824) et à la convention de non assujettissement aux dispositions du patrimoine familial, signée avant le 1er janvier 1991 par des conjoints mariés avant le 1er juillet 1989, en vertu de l'article 42 de la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55. On peut également se référer, une fois de plus, à l'acte de renonciation à la créance résultant du partage du patrimoine familial (C.c.Q., art. 423) et à celle résultant du partage de la société d'acquêts (C.c.Q., art. 469).

94 C.c.B.C., art. 1266 (abrogé aux termes de l'article 45 de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39). En matière de donations, il faut souligner que seules les modifications conventionnelles restrictives des droits du donataire nécessitaient l'homologation du tribunal : Jacques AUGER, «La mutabilité contrôlée du régime matrimonial et la révocation des donations par contrat de mariage», (1978-79) 81 *R. du N.* 41, 45. Voir aussi Jean-Guy BERGERON, «Le praticien et certains aspects du changement conventionnel ou judiciaire d'un régime matrimonial pendant le mariage», (1976) 79 *R. du N.* 177, 179 et suiv. D'autres, plus libéraux, considéraient que toutes les modifications des donations entre vifs portées



effet avant d'avoir été entérinés par le tribunal. Le tribunal devait s'assurer que les changements envisagés n'étaient pas de nature à porter atteinte aux intérêts de la famille<sup>95</sup>, ni aux droits des créanciers<sup>96</sup>. Or, depuis 1980, les contrats de mariage faits durant le mariage n'ont plus à être homologués<sup>97</sup>. La seule exigence maintenue par le législateur est la forme notariée<sup>98</sup>.

---

au contrat de mariage, quelle qu'en soit la nature, étaient soustraites au contrôle judiciaire : Jean-Marie TÉTREAULT, «Les changements de régimes matrimoniaux», (1975) *C.P. du N.* 208 ; André COSSETTE, «La loi concernant les régimes matrimoniaux et l'irrévocabilité de l'institution contractuelle», (1971-72) *74 R. du N.* 28, 30 ; François AQUIN, «Les conventions entre époux à l'occasion des séparations de fait, des séparations de corps et des divorces», (1976) *1 C.P. du N.* 191, 207.

95 À propos de la notion d'«intérêt de la famille», voir Jean-Marie TÉTREAULT, «Les changements de régimes matrimoniaux», (1975) *1 C.P. du N.* 205, 211 et suiv. Voir également Michèle RIVET, «La popularité des différents régimes matrimoniaux depuis la réforme de 1970», (1974) *15 C. de D.* 613, 644-645.

96 La demande au tribunal devait être signifiée aux créanciers de chacun des époux, ainsi qu'aux personnes, encore vivantes, qui étaient parties au contrat de mariage initial. De plus, avis de la requête, de la date et du lieu de sa présentation devait être publié par la voie des journaux. En outre, à la suite d'une modification à l'article 1266 C.c.B.C. intervenue en 1972, la requête devait obligatoirement être accompagnée d'une liste des créanciers respectifs des époux ainsi que des créanciers de la communauté de biens ou de la société d'acquêts, le cas échéant. De même, un bilan indiquant l'actif et le passif de chaque époux et de la communauté de biens ou de la société d'acquêts devait être annexé à la requête. À ce sujet, voir spécialement Michel LÉGARÉ, «Le changement de régime matrimonial : aspects légaux et aspects pratiques», (1978) *80 R. du N.* 253, 259. Un auteur suggérerait par ailleurs de joindre à la requête un projet de partage de la communauté de biens ou de la société d'acquêts et de le soumettre aux créanciers en même temps que la requête, lorsque les époux souhaitaient établir pour l'avenir le régime de la séparation de biens : voir Jean-Marie TÉTREAULT, «Les changements de régimes matrimoniaux», (1975) *1 C.P. du N.* 208, 215 et suiv.

97 Signalons au passage qu'un contrat de mariage opérant changement de régime matrimonial et pouvant incidemment entraîner la liquidation de la société d'acquêts ou de la communauté de biens peut avoir lieu la veille du jugement de divorce, dans un contexte présumément émotif : Voir Jean-Pierre SENÉCAL, «La validité des conventions matrimoniales de rupture», (1992) *2 C.P. du N.* 131, 177.

98 C.c.Q., art. 438 à 440. Voir également Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, 6e sess., 31e lég.; Commission permanente de la justice, Études du projet de loi no 89, du 10 au 18 décembre 1980, pp. B-340 et B-341. Voir également Michèle RIVET, «La popularité des différents régimes matrimoniaux depuis la réforme de 1970», (1974) *15 C. de D.* 613, 644. L'abolition de la procédure d'homologation a entraîné une augmentation spectaculaire du nombre de contrats intervenus durant le mariage. Quelques statistiques permettent de saisir l'ampleur du phénomène. Entre 1970 et 1981, seulement 2 009 couples se sont prévalus du droit de faire un tel contrat, soit une moyenne d'environ 200 par année. Entre 1981 et 1990, ce nombre est passé à 15 599, portant la moyenne à environ 1 600 couples par année. Il s'agit là d'une augmentation qui frise les 1 250%.

Plus récemment, soit en 1997, le législateur a confié au notaire le pouvoir de procéder à l'homologation des testaments olographes et devant témoins, prérogatives jusqu'alors réservées exclusivement aux juge et greffier de la Cour supérieure<sup>99</sup>. Encore une fois, l'intervention du notaire est apparue suffisante pour assurer la protection des personnes en cause.

Par ailleurs, certains pourraient vouloir justifier l'intervention du tribunal au stade des conséquences accessoires du divorce en invoquant, une fois de plus, le caractère institutionnel du mariage et, incidemment, du divorce<sup>100</sup>. Si, en effet, le mariage est une affaire d'État, il peut sembler légitime que l'on interpose l'État dans le processus de dissolution et, plus particulièrement, que l'on confie aux tribunaux le rôle de statuer en dernier ressort sur les conséquences en résultant, quel que soit le niveau d'entente des principaux intéressés.

J'ai déjà discuté du caractère institutionnel du mariage dans la section précédente. Mon analyse m'a amené à conclure qu'une conception institutionnelle du mariage ne se justifiait plus sur le plan socio-culturel. Mais au-delà de ces considérations, on peut voir dans la place de plus en plus importante qu'accordent le législateur et les tribunaux aux conventions de rupture un argument supplémentaire pour soutenir une conception «désinstitutionnalisée» du mariage et du divorce.

En effet, les législateurs, tant canadien que québécois, favorisent expressément la négociation des conséquences du divorce par les époux. Aux termes de la *Loi sur le divorce*, l'avocat qui accepte de représenter un époux a l'obligation de discuter avec lui de l'opportunité de négocier les éléments qui peuvent faire l'objet d'une ordonnance alimentaire ou d'une ordonnance de garde et de le renseigner sur les services de médiation qu'il connaît et qui peuvent contribuer à l'atteinte d'un tel objectif<sup>101</sup>.

---

99 Voir C.p.c., art. 887 à 891 et 863.11, tel qu'introduits ou modifiés par la *Loi modifiant le Code de procédure civile en matière notariale et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1998, c. 54.

100 Guy RAYMOND, *Ombres et lumières sur la famille*, Paris, Bayard, 1999, pp. 153-154.

101 *Loi sur le divorce*, art. 9(2). Voir également art. 11(1)b), 11(4), 15.1(8) et 15.2(4)c).

En outre, le *Code de procédure civile* met désormais à la disposition des époux et du tribunal de nouveaux outils susceptibles d'appuyer la conclusion d'ententes. Lorsqu'un ou plusieurs enfants sont en cause et que subsiste entre les époux un différend quant à la garde des enfants, aux aliments dûs à l'un d'eux ou aux enfants, au patrimoine familial ou aux autres droits patrimoniaux résultant du mariage, les époux ont l'obligation de participer à une séance d'information sur la médiation familiale<sup>102</sup>. Par ailleurs, à tout moment de l'instruction d'une demande contestée, le tribunal a le pouvoir de référer d'office les époux au Service de médiation familiale, ou à leur demande, à un médiateur de leur choix<sup>103</sup>.

Et lorsque qu'une convention de divorce est effectivement soumise au tribunal pour homologation, l'intervention judiciaire est réduite à sa plus simple expression. Comme susdit, la loi impose au tribunal le devoir de vérifier la validité des consentements exprimés. À cet égard, il doit notamment s'assurer que les époux ont pu bénéficier des services de conseillers juridiques indépendants<sup>104</sup>. Dans la majorité des cas, il semble que les vérifications ne soit faites que sur dossier, puisque qu'aucune audition ne précède l'homologation. Le juge procède donc sans la présence des parties ou de leurs avocats, sur la foi d'affidavits circonstanciés<sup>105</sup>.

Le tribunal doit également s'assurer du fait que les ententes protègent suffisamment l'intérêt des époux et celui de leurs enfants ou, en référence aux critères dégagés dans la trilogie de la Cour suprême, qu'elles ne sont pas lésionnaires au sens du droit positif<sup>106</sup>. En principe, le tribunal n'est donc aucunement lié par la convention que lui soumettent les époux.

---

102 C.p.c., art. 814.3 et suiv. Les époux sans enfant n'ont donc pas à se soumettre à cette séance d'information: *Hamel c. Ménard*, C.S. Chicoutimi, no. 500-12-002143-806, 19 décembre 1997, j. Bergeron.

103 C.p.c., art. 815.2.1 et suiv.

104 Voir *supra*, pp. 20-21.

105 Voir C.p.c., art. 404 al. 1 et 2, tel que modifié par la *Loi modifiant le Code de procédure civile en matière de témoignage hors cours et de saisie* (L.Q. 1988, c. 17). Dans le district judiciaire de Montréal, un tel procédé est d'ailleurs devenu la norme depuis le 19 mars 2001. Voir l'avis du juge en chef adjoint de la Cour supérieure: *Journal du Barreau*, vol. 33, no. 5, 15 mars 2001, p. 26. On peut évidemment s'interroger sur l'efficacité de la vérification des consentements par un juge qui ne rencontre ni les parties, ni leur procureur. En ce sens, le juge Gomery écrivait dans une affaire récente : «[...] mais comment le tribunal peut-il exercer une telle vigilance lorsque la preuve est faite par affidavit et le juge saisi de la matière ne voit même pas les parties et leurs procureurs.» : *Droit de la famille-3181*, [1999] R.D.F. 20 (C.S.).

106 Voir *supra*, pp. 20-21.

Cependant, il appert qu'en pratique, les tribunaux exercent leur rôle avec beaucoup de réserve et n'interviennent qu'en cas d'abus manifestes. Ils ne révisent pas systématiquement les ententes à la lumière de leur propre appréciation des faits, mais reconnaissent aux époux une marge de manœuvre relativement importante. Comme l'écrivait le juge Jean-Pierre Sénécal, alors auteur :

«Les conventions matrimoniales de rupture se voient de fait accorder beaucoup de considération de la part des tribunaux et c'est avec beaucoup d'hésitation et de prudence que ceux-ci les remettent en question»<sup>107</sup>.

En outre, après avoir été homologuées par le tribunal, les conventions de rupture acquièrent une valeur et une stabilité très importantes. Dans l'arrêt *Pelech c. Pelech*, premier des trois arrêts formant la trilogie, Madame la juge Wilson affirmait qu'une convention de rupture, conforme aux exigences précédemment mentionnées, ne pouvait être réouverte sans preuve d'un changement radical de la situation financière de l'une des parties et d'un changement tirant directement son origine du mariage :

«Il me semble que lorsque les parties ont d'elles-mêmes, librement et après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants, négocié une convention sur la façon de régler leurs affaires financières au moment de la rupture de leur mariage, et que cette convention n'est pas lésionnaire au sens du droit positif, elle devrait être respectée. Les gens doivent être encouragés à assumer la responsabilité de leur propre vie et de leurs propres décisions ; ce devrait être le souci d'ordre public prédominant.»<sup>108</sup>

Bien que cette affirmation ait été faite sous l'égide de la *Loi sur le divorce* de 1968<sup>109</sup> et qu'une minorité de juges de la Cour Suprême aient subséquemment déclaré, en *obiter dictum*, qu'elle ne trouvait plus écho dans la *Loi sur le divorce* de 1985<sup>110</sup>, la Cour d'appel du Québec a depuis réitéré son attachement aux principes de la trilogie. Ainsi, dans une affaire de 1996, le juge Louis Lebel, aujourd'hui juge à la Cour suprême, dénonçait fortement le peu d'égard manifesté par le juge de première instance à l'endroit d'une

---

107 Voir Jean-Pierre SENÉCAL, «La validité des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *C.P. du N.* 131, 147. Voir également les propos du juge Orville Frenette dans *Droit de la famille-2164*, [1995] R.D.F. 240, 242-243 (C.S.) et ceux de la juge Johanne Trudel dans *Droit de la famille-2204*, [1995] R.D.F. 333, 336 (C.S.).

108 *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, 850.

109 S.C. 1967-1968, c. 24.

110 *L.G. c. G.B.*, [1995] 2 R.C.S. 270. Il s'agissait des juges L'Heureux-Dubé, Laforest et Gonthier.

convention de divorce antérieurement intervenue entre des époux et, incidemment, reconfirmait le cadre à l'intérieur duquel la révision de telles conventions peut être accordée:

«La position prise par le premier juge rompt avec [cette politique] judiciaire. Elle n'attache aucune importance spéciale aux conventions sur les mesures accessoires. Si cette approche se généralisait, elle dissuaderait les parties de tenter de régler elles-mêmes, en tout ou en partie, les conséquences de leur divorce. Leurs accords se trouveraient à être assujettis à un pouvoir de réévaluation étendu du juge de divorce. Ni avant ni depuis 1985, la législation sur le divorce, telle qu'interprétée par la Cour suprême du Canada, n'a entendu, jusqu'à présentement, accorder un tel pouvoir de révision *a posteriori* des ententes de divorce. Celui-ci demeure toujours circonscrit dans les limites posées par la trilogie de 1987»<sup>111</sup>.

D'affaire d'État qu'il était il y a quelques décennies, le divorce semble donc devenu, aux yeux du législateur et des juges, une affaire qui concerne d'abord et avant tout le couple. L'orientation des règles législatives qui se sont greffées au cours des dernières années au cadre général du divorce et la réserve dont font preuve les tribunaux à l'égard des conventions de rupture qui leur sont soumises permettent de soutenir une conception «désinstitutionnalisée» du divorce<sup>112</sup>. Or, si le cadre juridique formel du divorce ne reflète

---

111 *Droit de la famille-2537*, [1996] R.D.F. 735 (C.A.). Dans le même sens, voir également *Droit de la famille-2249*, [1995] R.J.Q. 2066 (C.A.) (j. Tourigny dissidente) ; *Droit de la famille-2480*, J.E. 97-103 (C.A.) et *Droit de la famille-2452*, [1996] R.D.F. 466 (C.A.). Voir aussi *Droit de la famille-2836*, [1999] R.D.F. 218 (C.A.). Quant à la Cour supérieure, elle est pour le moins ambivalente sur la question. Voir notamment *Droit de la famille-2327*, [1996] R.D.F. 59 (C.S.) ; *Droit de la famille-2401*, [1996] R.D.F. 339 (C.S.) ; *Droit de la famille-3535*, [2000] R.D.F. 337 (C.S.) ; *Droit de la famille-3066*, [1998] R.D.F. 546 (C.S.) et *Droit de la famille-3607*, [2000] R.J.Q. 1482 (CS). Pour une analyse sommaire de la trilogie et des arrêts qui l'ont suivie, voir Ginette PICHÉ, «Le juge et le notaire peuvent-ils s'entendre avec le nouveau Code civil», dans Pierre CIOTOLA (Textes réunis par), *Le notariat de l'an 2000 : défis et perspectives*, Les Journées Maximilien Caron, Montréal, Éditions Thémis, p. 162, aux pages 164-176. Voir également Jean-Pierre SENÉCAL, «La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *C.P. du N.* 131.

112 En 1984, Bernard Maingain écrivait d'ailleurs : «La caractéristique majeure de l'évolution du droit familial québécois est sa lente dérive de son port d'attache traditionnel -un droit pénétré d'ordre public- vers un droit de maîtrise par les personnes elles-mêmes : l'irrésistible montée du consensualisme en matière familiale» : Bernard MAINGAIN, «Le rôle de la conciliation et des accords dans le règlement des conflits familiaux : la montée de l'autonomie de la volonté en matière familiale et le caractère accusatoire du procès», dans *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial - approche comparative-*, Xles journées Jean Dabin (Louvain), Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 807, à la page 819. À propos du droit français, Jacqueline

plus véritablement les conceptions dominantes véhiculées par les principaux acteurs, on peut, à bon droit, s'interroger sur la pertinence de le maintenir dans son état actuel<sup>113</sup>.

## Conclusion

Le mariage et, incidemment, le divorce ne peuvent plus être abordés sous le même angle et avec les mêmes repères que par le passé. Le mariage semble avoir perdu l'essentiel de sa vocation institutionnelle. Désormais fondé sur le sentiment amoureux, le mariage s'est graduellement «privatisé». Manifestement, les fins sociales qu'on attribuait jadis au mariage ont été évacuées du cadre conjugal. Le mariage demeure l'affaire des époux et aucun motif extérieur à leur volonté ne saurait désormais justifier le maintien d'une relation à travers laquelle ils ne réalisent plus la plénitude de leurs attentes.

Or, le divorce par consentement mutuel constitue la réponse juridique à cette évolution. La décision commune des époux d'obtenir le divorce, en raison d'une disparition du sentiment amoureux, atteste en soi de l'échec du mariage et devrait suffire à justifier la dissolution du

---

Rubellin-Devichi observe dans le même sens : «[i]l faut reconnaître que la promotion irréversible de la liberté individuelle dans la formation - et dans la dissolution - du mariage conduit à délaisser quelque peu la composante institutionnelle de celui-ci pour s'attacher de nouveau, comme le faisaient Pothier, les canonistes et encore Josserand, à l'accord de volonté qui en forme la base.» : Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, «La diminution de l'importance du mariage», dans Roger NERSON (dir.), *Mariage et famille en question*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1979, p. 75, à la page 88. Xavier Labbé écrit quant à lui : «L'étude du droit du divorce est éclairante, car elle nous démontre qu'effectivement, le mariage s'est contractualisé» : Xavier LABBÉE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 1996, p. 108. Voir également, dans le même sens, Michael J. TREBILCOCK et Rosemin KESHVANI, «The Role of Private Ordering in Family Law : A Law and Economics Perspective», (1991) 41 *University of Toronto Law Journal* 533, 563.

113 Se rapportant aux propos de l'avocat Jean-Luc Chemerber rapportés dans *Libération* au sujet de la pratique quasi systématique du divorce à l'amiable en droit français, la sociologue Irène Théry écrit dans le même sens : «[...] c'est un avocat qui souligne que le divorce ne fait pas des citoyens des incapables majeurs. La plupart des avocats et des magistrats leur reconnaissent d'ailleurs cette capacité. Les traitant comme des adultes responsables, ils se bornent à enregistrer leurs accords, conscients qu'il [sic] n'ont ni la légitimité d'imposer leurs propres conceptions éducatives à des personnes pleinement cotitulaires de l'autorité parentale, ne le pouvoir de contrôler la vie privée de leurs concitoyens. Mais alors, quel est le sens de la procédure?». *Couples, filiation et parenté aujourd'hui – Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de

lien matrimonial, sans qu'il ne soit nécessaire d'attendre l'écoulement de délais ou de satisfaire à d'autres conditions plus ou moins accessoires. Dans une telle perspective, le divorce s'apparenterait à un acte de nature administrative et, partant, pourrait vraisemblablement être soustrait à la juridiction des tribunaux judiciaires.

Au-delà du principe du divorce, les conséquences accessoires qui en résultent pourraient également, à certaines conditions, être l'objet d'une certaine déjudiciarisation. Dans la mesure où le divorce ne met en cause aucun enfant mineur, il apparaîtrait légitime d'accorder aux époux le pouvoir de convenir des arrangements qui leur agréent, sans subordonner systématiquement leur volonté à une quelconque procédure d'homologation judiciaire.

En somme, l'encadrement législatif et judiciaire dont le divorce est l'objet pourrait avantageusement être réorganisé de manière à accorder à la volonté individuelle des époux une portée susceptible de traduire les valeurs sociales et juridiques actuelles.

---

l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998, pp. 123-124