

NORMALISATION DU VOCABULAIRE DU DROIT DE LA FAMILLE
DOSSIER DE SYNTHÈSE
par Patrick Forget

Groupe *absolute bar to divorce*

TERMES EN CAUSE

absolute bar to divorce
complete bar to divorce
discretionary bar to divorce

peremptory bar to divorce
provisional bar to divorce

MISE EN SITUATION

Nous avons écarté *peremptory bar* et *provisional bar* de la liste des expressions proposées. Une recherche à partir de l'expression *peremptory bar* dans Quicklaw donne sept réponses positives. Aucune ne concerne de près ou de loin le droit de la famille. Une recherche à partir de l'expression *provisional bar* ne donne aucun résultat positif (11 mai 2010).

ANALYSE NOTIONNELLE

absolute bar to divorce
complete bar to divorce
discretionary bar to divorce

Nous rappelons que le terme *bar to divorce* renvoie à un certain nombre de *bars* qui empêchent un époux ou les époux d'obtenir le divorce demandé : la *collusion*, la *connivance*, le *condonation*, l'*absence of reasonable arrangements for child support* et la *barrier to religious remarriage* (art. 11 et 21.1, *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), ci-après « *Loi sur le divorce* »).

Le mot *bar*, en lui-même, n'est pas un terme qui revêt un sens juridique d'une grande précision technique. Tout obstacle d'ordre substantif ou procédural, qui se dresse devant une partie au procès et l'empêche de faire ou d'omettre de faire quelque chose, ou encore de faire valoir ou d'omettre de faire valoir quelque chose, qui est favorable à sa cause, et, plus particulièrement, qui l'empêche d'obtenir satisfaction quant à sa demande, peut être considéré comme un *bar*.

Les *bars to divorce* deviennent des moyens de défense lorsqu'ils sont invoqués par l'époux défendeur à l'action. D'extension plus grande que la notion de moyen de défense, le *bar* peut admettre, comme c'est le cas en contexte de divorce, que le tribunal le soulève d'office. Sauf en ce qui concerne la *barrier to religious remarriage*, il appartient au tribunal qui exerce correctement sa juridiction de statuer sur l'existence d'un *bar* avant de prononcer la dissolution du mariage, que ce *bar* ait ou non été invoqué, le cas échéant, par l'époux défendeur.

Nous limiterons l'étude notionnelle des termes en cause aux contextes où ces derniers servent à désigner l'un ou l'autre des *bars to divorce* prévus aux articles 11 et 21.1 de la *Loi sur le divorce*. Il est nécessaire de mentionner que toutes les occurrences constatées dans Quicklaw, sauf une, sont des emplois elliptiques, qui sous-entendent le segment *to divorce* des expressions en cause. Une recherche à partir des expressions *absolute bar to divorce* et *complete bar to divorce* ne donnent aucune réponse positive dans Quicklaw. Une recherche à partir de *discretionary bar to divorce* donne une réponse positive (11 mai 2010).

En leur forme elliptique, les expressions en cause sont parfois employées pour désigner des *bars* autres que ceux qui font obstacle à l'obtention d'un divorce. Par exemple, on dit que le paragraphe 10(5) de la *Loi sur le divorce* est un *absolute bar* à la preuve des communications faites par l'un ou l'autre des époux à l'occasion d'une tentative de réconciliation (voir, p. ex., *L.M.B. v. I.J.B.*, [2005] A.J. No. 214, par. 23 (Alta. C.A.) (Q.L.)). Tel que mentionné précédemment, ce type d'emploi n'est pas considéré dans le présent dossier.

Parmi les *bars to divorce*, certains sont dits *absolute*, d'autres sont dits *discretionary*. Cette distinction nous provient du droit anglais :

Until the coming into force of the Divorce Reform Act 1969 (repealed and replaced by the Matrimonial Causes Act 1973), the bars to relief in suits for divorce and judicial separation were

of two kinds, **absolute and discretionary**. The distinction is no longer relevant, for the Act of 1969 removed most of them, and there are no longer any absolute bars. Joseph Jackson, dir., *Rayden's Law and Practice in Divorce and Family Matters*, London, Butterworths, 1983, p. 329 (réf. omises).

Cette distinction est encore opératoire en droit canadien. La présence de *collusion* emporte encore aujourd'hui le rejet de la demande sans possibilité d'exception (al. 11(1)a), *Loi sur le divorce*). Les expressions *absolute bar* ou *complete bar* sont employées dans la jurisprudence pour caractériser la *collusion* (al. 11(1)a), *Loi sur le divorce*).

Section 9(1)(b) [*Divorce Act*, R.S.C. 1970, ch. D-8] provides that collusion is an **absolute bar** to a petition brought under either s. 3 or 4. Section 9(1)(c) provides that condonation or connivance are bars to a divorce on any of the grounds mentioned in s. 3 of the statute unless, in the exercise of his judicial discretion, a trial judge concludes that, in his opinion, "the public interest would be better served by granting the decree". ... But under the express terms of subs.(b) and (c) a trial judge is not entitled to refuse a petition unless he makes an affirmative finding that either collusion, connivance or condonation has existed. (at p.250) *Schuett v. Schuett* [1970] O.J. No. 1523 (Ont. C.A.) (Q.L.).

It appears as plain as anything can be that this action is brought by arrangement with the defendant and chiefly for her benefit, she paying the costs.

It must be emphasized also that it is the wife not the husband who is putting up the money for the result to be obtained. If this constitutes collusion then it is a **complete bar** to the action. *Shaw v. Shaw*, [1944] A.J. No. 50, par. 20-21 (Alta S.C., App. Div.) (Q.L.).

De son côté, l'expression *discretionary bar* est employée pour caractériser la *connivance* ou le *condonation*. Il s'agit de *discretionary bars* puisque le juge peut, dans l'intérêt public, décider de prononcer le divorce en dépit de la présence de *connivance* ou du *condonation* (al. 11(1)c), *Loi sur le divorce*).

Professor Payne went on to say as follows:

"In determining whether the public interest would be better served by granting a decree notwithstanding condonation or connivance on the part of the petitioner, it is possible that the courts will have regard to the criteria established in *Blunt v. Blunt*, [1943] A.C. 525; [1943] 2 All E.R. 76, wherein the **discretionary bar** of the petitioner's adultery was in issue. In that case the House of Lords held that the following circumstances ought to be considered in determining whether the statutory discretion should be exercised 'in favour of the petitioner':

- (a) the position and interest of any children of the marriage;
 - (b) the interest of the party with whom the petitioner has been guilty of misconduct, with special regard to the prospect of their future marriage;
 - (c) the question whether, if the marriage is not dissolved, there is a prospect of reconciliation between husband and wife;
 - (d) the interest of the petitioner, and, in particular, the interest that the petitioner should be able to remarry and live respectably; and
 - (e) the interest of the community at large, to be judged by maintaining a true balance between respect for the binding sanctity of marriage and the social considerations which make it contrary to public policy to insist on the maintenance of a union which has utterly broken down."
- Miller v. Miller*, [1970] N.S.J. No. 6, par. 13 (N.S.S.C.) (Q.L.).

En ce qui concerne la *barrier to religious remarriage*, la possibilité pour l'époux qui refuse de supprimer cette *barrier* de justifier son refus en invoquant des « motifs sérieux fondés sur la religion et la conscience » (al. 21.1(4)a), *Loi sur le divorce*) et le large

pouvoir laissé au juge dans l'appréciation de ces motifs nous portent à penser qu'il s'agit d'un *discretionary bar to divorce*. La Cour suprême semble de cet avis :

[...] after consultation with the leaders of 50 religious groups in Canada and with the specific agreement of the Roman Catholic, Presbyterian and Anglican churches, in 1990 the then Minister of Justice, Doug Lewis, introduced amendments to the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), Bill C-61, giving a court **discretionary authority** to prevent a spouse from obtaining relief under the Act if that spouse refused to remove a **barrier to religious remarriage** (s. 21.1).
Bruker v. Markovitz, [2007] 3 S.C.R. 607, par. 7.

La jurisprudence ne semble pas avoir qualifié l'*absence of reasonable arrangements for child support* au regard de l'opposition *absolute bar / discretionary bar*. À notre avis, l'*absence of reasonable arrangements for child support* doit être considérée comme un *absolute bar*, quoique cette *absence* n'emporte pas le rejet de la demande mais plutôt sa suspension. Des tempéraments sont également admis notamment lorsqu'un des époux est introuvable. (Notons qu'à l'instar de l'*absence of reasonable arrangements for child support*, la *barrier to religious remarriage* peut n'avoir qu'un effet suspensif (*Tanny v. Tanny*, [2000] O.J. No 2472 (Ont. Sup. Ct.) (Q.L.)).

En définitive, l'opposition *absolute bar / discretionary bar* se ramène à celle pouvant exister entre les épithètes *absolute* et *discretionary* dont voici des définitions :

absolute 1. Free from restriction, qualification, or condition <absolute ownership>.
Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8^e éd., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2004, s.v. «absolute».

absolute. 1. Unconditional. [...] **2.** Unqualified. [...] **3.** Complete. [...]
Daphne A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law*, 3rd ed., Scarborough, Thomson Carswell, 2004, s.v. «absolute» (références omises).

discretionary. (Of an act or duty) involving an exercise of judgment and choice, not an implementation of hard-and-fast rule.
Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8^e éd., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2004, s.v. «discretionary».

discretionary. At the discretion of someone; not available as of right.
Daphne A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law*, 3rd ed., Scarborough, Thomson Carswell, 2004, s.v. «discretionary».

Bien que l'état du droit ait changé depuis, l'extrait suivant montre bien la nature de l'opposition entre ces notions lorsqu'elles qualifient un *bar to divorce* :

There are certain **absolute bars** or defences (and the fact should not be lost sight of that they are defences) to the action even if the adultery is proved. They are:

- (1) Connivance;
- (2) Collusion;
- (3) Condonation, unless the condoned offence is revived by a later one.

There are also certain **discretionary bars** or defences upon proof of which the Court has a discretion to refuse to grant a decree or judgment of divorce. These are:

- (1) Adultery of the plaintiff;
- (2) Unreasonable delay in presenting or prosecuting the action;
- (3) Cruelty towards the other party;

(4) Desertion or wilful separation from the other party before the adultery complained of without reasonable excuse;

(5) Wilful neglect or misconduct as has conduced to the adultery.

McPherson v. McPherson, [1933] A.J. No. 16 (Alta. S.C.) (Q.L.), par. 6 et 7.

Rappelons que l'expression elliptique *complete bar* est également constatée pour désigner la notion d'*absolute bar to divorce* (voir ci-dessus l'extrait de la décision *Shaw v. Shaw*, [1944] A.J. No. 50, par. 20-21 (Alta S.C., App. Div.) (Q.L.) ainsi que les contextes d'emploi suivants).

Counsel for the plaintiff objected to the unfairness of raising the defence of condonation at this stage of the proceedings and was able to deal with it only briefly in his reply. As I, with respect, agree with my brother Wilson when in *Hrycenko v. Hrycenko*, *supra*, he stated (p. 696): "It is obviously unfair to the petitioner not to plead facts which may be a **complete bar**, and which are known to counsel before he comes into Court." I requested counsel for both parties to submit written argument upon the matter of condonation.

Plummer v. Plummer, [1962] B.C.J. No. 108, par. 28 (Q.L.).

The next question is whether the magistrates' order in England is a bar to **divorce** for desertion at the instance of the pursuer. In regard to that order two diametrically opposite views were put before me. Counsel for the defender argued that the order was a **complete bar** to the present action. Counsel for the pursuer, on the other hand, contended that it was of no significance in the case and that I should disregard it entirely. I have found this to be a question of some difficulty. There is no doubt that the Petty Sessional Court in England had jurisdiction to pronounce the order, including that part of it by which the Court ordered that the defender was no longer bound to cohabit with the pursuer. It was indeed conceded that the English Court had jurisdiction to pronounce the order. There is equally no doubt that, as the pursuer is and has all along been domiciled in Scotland, the Court of Session is the only Court which has jurisdiction over the parties in **divorce**.

Murray v. Murray, 1956 SC 376 (Outer House of the Court of Session)

Judge Carney, writing for the majority, overcame Judge Bejach's objection of lack of statutory support concluding that "in view of the broad language contained in ... cases discussed by the appellate courts of Tennessee we hold that the admitted adultery by the complainant was a **complete bar** to his right of a divorce on the alledged grounds of cruel and inhuman treatment." Among the cases heavily relied on by the *Canning* court in finding the existence of the traditional defense of recrimination outside that described purely by statute was *Brewies*.

James O. Parker, « Domestic Relations – Defenses of Divorce Confined to Those Prescribed by Statute », (1979) 9 Mem. St. U. L. Rev. 346, p. 350.

LES ÉQUIVALENTS

absolute bar to divorce

complete bar to divorce

discretionary bar to divorce

Les équivalents d'*absolute bar to divorce*, de *complete bar to divorce* et de *discretionary bar to divorce* sont tributaires de l'équivalent choisi pour rendre *bar to divorce*.

À titre provisoire, suivant les conclusions auxquelles nous sommes arrivé au sujet de *bar to divorce*, nous proposons de rendre *absolute bar to divorce* et *complete bar to divorce* par « **empêchement absolu au divorce** » et *discretionary bar to divorce* par « **empêchement discrétionnaire au divorce** ».

Ces expressions ne comptent aucune occurrence dans Quicklaw; l'expression « empêchement absolu » est constatée, mais dans d'autres contextes que le droit du divorce; elle n'est pas employée comme forme elliptique d'« empêchement absolu au divorce ». (Cela étant dit, on arrive aux mêmes conclusions en ce qui concerne les expressions « fin de non-recevoir absolue » et « fin de non-recevoir discrétionnaire ».) (31 mai 2010).

Nous avons constaté un emploi elliptique de l'expression « empêchement absolu au divorce » dans un ouvrage en français traitant du droit anglais. Le texte publié est le fruit d'une traduction au sujet de laquelle le directeur de la publication écrit dans sa préface : « Notre souci a été d'offrir une version qui corresponde au langage juridique français tout en restant fidèle à la pensée anglaise et en évitant d'alourdir le texte par des notes trop nombreuses ou trop longues. » (voir p. 7; référence complète ci-dessous). Il convient par ailleurs de remarquer que l'auteur et le traducteur semblent opposer les empêchements absolus aux empêchements discrétionnaires.

Enfin, bien que le législateur reculât devant l'idée d'étendre les causes de divorce, des modifications furent en fait introduites rendant la distinction « classique » de moins en moins nette (par exemple, en transformant la collusion qui, à l'origine conçue comme un **empêchement absolu**, devenait un empêchement susceptible d'être écarté en vertu du pouvoir discrétionnaire du tribunal).

S.M. Cretney, « L'évolution du droit anglais en matière de mariage et de divorce », dans H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, dir., *Mariage et famille en question. Angleterre*, Paris, Éditions du CNRS, 1979, 19, à la p. 27.

En français juridique, le sens des adjectifs « absolu » et « discrétionnaire » correspond à celui d'*absolute* et de *discretionary*.

absolu. 4. Sans exception ni dérogation.

Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, PUF, 2000, s.v. « absolu ».

discrétionnaire II. (pr.) • Se dit du pouvoir d'appréciation du juge dans les cas exceptionnels où celui-ci jouit de la faculté de prendre, en fonction des circonstances (qu'il apprécie librement), une décision qui non seulement échappe au contrôle de la Cour de cassation, comme toute appréciation *souveraine de fait, mais, plus spécifiquement, peut se référer, pour motif suffisant, au sentiment d'opportunité du juge (sous réserve, en appel, d'une appréciation différente de l'opportunité).

Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, PUF, 2000, s.v. « discrétionnaire ».

Dans Juriterm, les nombreux équivalents normalisés ou recommandés des termes composés commençant par *absolute* et *discretionary* sont tous, sauf un, rendu en français par « absolu » ou « discrétionnaire », selon le cas. La seule exception est la seconde acception d'*absolute liability*, qui est rendue par « responsabilité stricte ».

Au plan compositionnel, le fait de qualifier l'empêchement d'absolu ou de discrétionnaire avant de le déterminer en indiquant qu'il s'agit d'un empêchement au divorce facilite, comme c'est le cas en anglais, l'usage elliptique des dénominations proposées.

Notons enfin que nous avons écarté l'expression « empêchement relatif au divorce » pour rendre *discretionary bar to divorce*. Au plan notionnel, nous estimons qu'elle ne permet pas de rendre compte du pouvoir d'appréciation du juge dans l'application des *discretionary bars to divorce* comme la *connivance* et le *condonation*.

relatif. 4. Qui admet certaines dérogations.
Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, PUF, 2000, s.v. «relatif».

TABLEAU RÉCAPITULATIF

absolute bar to divorce; complete bar to divorce	empêchement absolu au divorce (n.m.)
discretionary bar to divorce	empêchement discrétionnaire au divorce (n.m.)