

Les Cahiers de droit



La « civilizatio » du droit canonique: une problématique du droit québécois

Ernest Caparros

Volume 18, numéro 4, 1977

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042191ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042191ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Caparros, E. (1977). La « civilizatio » du droit canonique: une problématique du droit québécois. *Les Cahiers de droit*, 18(4), 711–731.
<https://doi.org/10.7202/042191ar>

Résumé de l'article

Civilizatio means for the author the phenomenon of integration in the State Law of some rules of Canon Law, by opposition to the notion of *Canonizatio*, put out forward by V. del Giudice, illustrating the opposite operation, viz. the integration into Canon Law of rules of the State Law.

The author illustrated this phenomenon of *Civilizatio* in the Civil Law of Québec, and more specifically in relation to article 127 of the Québec Civil Code.

The *Despatie Case* is taken as the dividing point of the article. In the first part (The Apogee of *Civilizatio*) the author underlines the extensive interpretation of article 127 that allows the courts to accept the religious impediments of marriage. This *civilizatio*, until 1921 went further; the Québec courts limited themselves to ratifying the decisions of the ecclesiastical tribunals. However, this *civilizatio* of the jurisprudence found a few opponents among the judges.

The second part (The Decline of *civilizatio*) is dedicated to the study of the *Despatie Case* and its effect on Québec jurisprudence. This decision of the Privy Council has not been followed unanimously by the Québec courts. The author points out how some courts have followed the precedent reluctantly, while others have set the precedent aside explicitly or implicitly, for different reasons, one of those reasons being that the interpretation given by the Privy Council to article 127, reducing it to a mere matter of conscience, made it empty of any juridical sense. Nevertheless, in 1972 the Québec Court of Appeal laconically confirmed the decision of the Privy Council.

This article, at the same time, explicitly illustrates the phenomenon of *civilizatio*, and implicitly illustrates the practice of certain jurisdictions which empowers the courts not only to interpret a legal provision, but also to alter its meaning.

La « civilizatio » du droit canonique : une problématique du droit québécois.

Ernest CAPARROS*

Civilizatio means for the author the phenomenon of integration in the State Law of some rules of Canon Law, by opposition to the notion of Canonizatio, put out forward by V. del Giudice, illustrating the opposite operation, viz. the integration into Canon Law of rules of the State Law.

The author illustrated this phenomenon of Civilizatio in the Civil Law of Québec, and more specificaly in relation to article 127 of the Québec Civil Code.

The Despatie Case is taken as the dividing point of the article. In the first part (The Apogee of Civilizatio) the author underlines the extensive interpretation of article 127 that allows the courts to accept the religious impediments of marriage. This civilizatio, until 1921 went further; the Québec courts limited themselves to ratifying the decisions of the ecclesiastical tribunals. However, this civilizatio of the jurisprudence found a few opponents among the judges.

The second part (The Decline of civilizatio) is dedicated to the study of the Despatie Case and its effect on Québec jurisprudence. This decision of the Privy Council has not been followed unanimously by the Québec courts. The author points out how some courts have followed the precedent reluctantly, while others have set the precedent aside explicitly or implicitly, for different reasons, one of those reasons being that the interpretation given by the Privy Council to article 127, reducing it to a mere matter of conscience, made it empty of any juridical sense. Nevertheless, in 1972 the Québec Court of Appeal laconically confirmed the decision of the Privy Council.

This article, at the same time, explicitly illustrates the phenomenon of civilizatio, and implicitly illustrates the practice of certain jurisdictions

* Docteur en droit et en droit canonique.
Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval

which empowers the courts not only to interpret a legal provision, but also to alter its meaning.

	<i>Pages</i>
Introduction	712
I. — L'apogée de la <i>civilizatio</i>	715
A. — La <i>civilizatio</i> dans les articles du Code civil	716
B. — La <i>civilizatio</i> dans la jurisprudence avant 1921	718
1. — La <i>civilizatio</i> des sentences ecclésiastiques	719
2. — Le rejet de la <i>civilizatio</i> des sentences ecclésiastiques	721
II. — Le déclin de la <i>civilizatio</i>	722
A. — L'affaire <i>Despatie</i>	724
1. — Les décisions des Tribunaux québécois	724
2. — La décision du Conseil privé d'Angleterre	726
B. — Les suites de l'affaire <i>Despatie</i> dans la jurisprudence du Québec	728
1. — Le rejet du précédent	728
2. — La confirmation du précédent	730
Conclusion	731

INTRODUCTION

1. Il nous est apparu intéressant de présenter, en l'adaptant au lecteur québécois non canoniste, l'essentiel de notre communication au III^e Congrès international de droit canonique tenu à Pamplune, en Espagne, du 10 au 15 octobre 1976.

S'insérant dans le cadre du sujet de la quatrième journée sur « les relations entre la norme canonique et d'autres normes juridiques », cette communication visait à illustrer les relations qui existent dans certains secteurs du droit québécois entre le droit civil, la *Common law* et le droit canonique. De façon plus spécifique, l'exposé était consacré au phénomène de l'interrelation entre l'ordonnancement canonique et celui du droit québécois; phénomène que nous qualifions de *civilizatio*, employant ainsi, sans vouloir faire affront au grand maître Vincenzo del Giudice, une antinomie à sa désormais fameuse théorie de la *canonizatio* que le droit québécois n'est pas sans connaître dans son principe.

La *canonizatio* a essentiellement trait à l'effet et, plus précisément, à l'intégration de normes étatiques dans l'ordonnancement canonique. La

problématique du droit québécois que nous envisageons met en relief le phénomène inverse, soit celui de l'intégration dans l'ordonnancement québécois des normes canoniques. De là le terme *civilizatio*.

2. Avant d'aborder la question au fond, voyons toutefois brièvement dans quel contexte s'est produite cette *civilizatio*. La Nouvelle-France, ancêtre historique du Québec actuel, recevait ses lois de la mère patrie où, à cause du gallicanisme, le droit canonique acquérait force obligatoire dans l'ordonnancement civil ou étatique uniquement par la volonté de sa majesté très chrétienne. En effet, il fallait alors que le Roi intègre des dispositions du droit canonique dans ses ordonnances pour qu'elles puissent avoir force obligatoire dans son royaume de France et ses domaines d'outre-mer¹. C'est généralement de cette façon que le droit canonique s'applique à la population de la Nouvelle-France pendant les deux siècles du régime français². Au milieu du XVIII^e siècle, le pays change d'allégeance. Il passe d'une allégeance confessionnelle catholique (malgré les nuances du gallicanisme) à une allégeance confessionnelle protestante, plus précisément, anglicane. Dans un régime comme dans l'autre, le droit canonique prend cependant toujours sa force obligatoire du pouvoir royal.

3. Ce changement d'allégeance n'est pas sans conséquence du point de vue juridique. D'une part, le système juridique français, bien qu'encore en formation, est largement codifié³, alors que le système juridique anglais est celui de la *Common law*, dans lequel la législation a, en principe, un rôle de correction des décisions des tribunaux, qui eux font la loi⁴. D'autre part, lorsque dans le système parlementaire anglais une loi intègre, par renvoi, dans son texte des dispositions d'un autre ordonnancement juridique, elle renvoie aux dispositions qui étaient en vigueur au moment du renvoi et non à l'ordonnancement juridique « étranger ».

1. Les dispositions des Décrets du Concile de Trente, concernant la célébration du mariage, furent intégrées dans l'ordonnancement juridique français par différentes ordonnances des rois de France. En exemple, l'*Ordonnance de Blois*, édictée par Henri III en 1579. Pour une étude de cette question dans un contexte de *civilizatio*, voir : *Laramée v. Evans*, (1881) 25 L.C.J. 261 (C.S. Mtl), J. Jetté aux pp. 267-269.
2. Jacques Cartier prend possession du territoire canadien en 1534, bien que plusieurs années s'écoulent avant que la colonie soit organisée. Les troupes françaises subissent une défaite décisive à Québec en 1759 qui marque le début du Régime anglais. Il se passera toutefois près de vingt ans avant que le pays ne commence à recevoir une organisation administrative et juridique.
3. *La Coutume de Paris* s'appliquait en Nouvelle France et a servi de base à la Codification québécoise.
4. Pour une synthèse des lignes de force de la *Common law*, voir : J. A. ESCUDERO, « L'historiographie générale du droit anglais », (1967-68) 9 *C. de D.* 117, *speciatim* pp. 123-132.

Ainsi, un tel renvoi peut maintenir en vigueur des dispositions que les organes législatifs de l'ordonnancement auquel on renvoie ont pu modifier ou même abroger. Nous verrons que cette technique a un impact considérable au Québec.

4. Signalons, enfin, que la religion d'Etat a fait place au Canada à la liberté des cultes pendant la fin du XVIII^e siècle et que depuis il s'agit d'un pays où prévaut le régime de la séparation entre l'Eglise (ou plutôt toutes les croyances religieuses) et l'Etat, sans que pour cela le phénomène de la *civilizatio*, que nous avons évoqué et que nous allons illustrer, soit totalement disparu.

5. Ceci étant dit, il importe à présent de préciser que notre étude du phénomène de la *civilizatio* se limitera, dans le cadre déjà circonscrit du droit québécois, à l'analyse de cas mettant en cause le droit canonique de l'Eglise catholique. Comme le sujet est fort vaste, nous devons en effet écarter les exemples illustrant l'intégration en droit québécois des dispositions juridiques d'autres croyances religieuses. Afin d'éviter des développements convenant mal à un exposé du présent genre, force nous est même de négliger pour cette fois l'état de la question en droit statutaire⁵. Notre appréciation sera donc restreinte aux exemples de *civilizatio* fournis par le *Code civil*.

6. Le *Code civil* du Québec contient d'ailleurs plusieurs articles dans lesquels il est possible de percevoir le phénomène de la *civilizatio*⁶. Le

5. A titre d'exemple, je réfère le lecteur aux ouvrages suivants : H. L. LANGEVIN, *Droit administratif ou Manuel des paroisses et fabriques*, Québec, Imprimerie du Canadien, 1878 où l'auteur reproduit en annexe quelques-unes des lois statutaires en vigueur à l'époque; P. B. MIGNAULT, *Le Droit paroissial*, Montréal, Beauchemin, 1893 où on peut trouver, en annexe, le titre IX *Du Culte religieux*, des Statuts Refondus de la province de Québec, 1888; J.-P. POULIOT, *Le Droit paroissial de la province de Québec*, Québec, L'Action Sociale, 1919, avec le titre *Du culte religieux*, des S.R.Q., 1909; J.-P. POULIOT, *Traité de Droit fabricien et paroissial*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1936, où l'auteur reproduit, en la commentant, la *Loi des paroisses et des fabriques*, S.R.Q. 1925, c. 197 (pp. 161-356) et autres lois statutaires connexes; G. DENIS, *Code des fabriques*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, où l'auteur fait une mise à jour de la *Loi des paroisses et des fabriques*, S.R.Q. 1941, c. 308 et d'autres lois connexes. La *Loi des paroisses et des fabriques* se trouvait toujours aux S.R.Q. 1964, c. 303; en 1965 elle a été abrogée par la *Loi des fabriques*, S.Q. 1965, c. 76, et cette dernière (avec les modifications introduites par S.Q. 1966-67, c. 79 et c. 82, S.Q. 1968, c. 78 et L.Q. 1973, c. 71) est toujours en vigueur et contient bon nombre d'éléments de *civilizatio*. Le simple fait des modifications nombreuses que cette loi a subies et qu'elle continue de subir, laisse voir qu'il s'agit d'un domaine législatif fort actif.

6. Ainsi, par exemple, dans la réglementation des actes de l'état civil, voir : art. 42, 43, 44 (où le Code s'en remet à la nomination des curés par le pouvoir ecclésiastique), 45, 47, 49, 54, 55, 66a (où on reconnaît à l'Ordinaire le droit de déterminer qui peut être

nombre de ceux qui ont donné lieu à des discussions tant en jurisprudence qu'en doctrine, est plutôt restreint cependant. Ils concernent la réglementation du mariage sous différents aspects⁷. Pour être en mesure de capter, dans sa véritable dimension, le dynamisme du phénomène de la *civilizatio* en droit civil québécois, il suffit, pensons-nous, de s'en tenir à ces dispositions.

L'organisation des tribunaux au Canada participe de la tradition britannique. Nos tribunaux ne sont pas pour autant liés, dans l'interprétation et l'application du *Code civil*, par la règle du *stare decisis*. Comme le précédent judiciaire a toutefois une force considérable dans ce domaine, comme dans bien d'autres, nous choisissons de diviser cet article en prenant comme charnière une décision du Conseil Privé d'Angleterre de 1921⁸. Dans un premier temps, nous étudierons « l'apogée de la *civilizatio* », dans le second, suite à la décision du Conseil Privé, nous mettrons en évidence « le déclin de la *civilizatio* ».

I. — L'APOGÉE DE LA CIVILIZATIO

7. Précisons dès le départ notre terminologie. Etant donné que les textes du Code n'ont pas subi de modification quant au renvoi ou à l'intégration du droit canonique, l'apogée ou le déclin ne se situe pas au plan législatif, mais plutôt au plan de l'interprétation et l'application des textes par les tribunaux. La terminologie pourrait donc porter à confusion chez ceux qui sont moins familiarisés avec les techniques et les mécanismes de la *Common law*. En revanche, dans un ordonnancement juridique où l'organisation des tribunaux est de *Common law* et où le *stare decisis* a, *de facto*, une force considérable, la terminologie est pleinement justifiée, puisque, comme nous le verrons, un article du Code civil qui avait permis aux tribunaux, pendant plus de cinquante ans, d'appliquer le droit canonique, à cause de la *civilizatio*, peut, suite à une décision d'un haut tribunal, se retrouver avec une portée fort restreinte, voire même vidé de son sens.

inhumé dans les cimetières catholiques), 68; dans la réglementation des corporations : art. 355, 369; dans celle du droit des biens : art. 471; la dîme est qualifiée comme une créance privilégiée : art. 1994, 1997 et imprescriptible : art. 2219; les choses sacrées sont aussi imprescriptibles : art. 2217.

7. Voy. art. 127, 129, 130, 134 et 156.

8. Voy. *Despatie v. Tremblay*, [1921] A.C. 702, 27 R.L. n.s. 209, (1929) 49 B.R. 305.

A. — *La civilizatio dans les articles du Code civil*

8. Il s'agit au premier chef de l'article 127 C.c. qui, depuis la codification québécoise de 1866, se lit de la façon suivante :

« Les autres empêchements⁹, admis d'après les différentes croyances religieuses, comme résultant de la parenté ou de l'affinité et d'autres causes restent soumis aux règles suivies jusqu'ici dans les diverses églises et sociétés religieuses.

Il en est de même quant au droit de dispenser de ces empêchements lequel appartiendra tel que ci-devant, à ceux qui en ont joui par le passé. »

Il y a aussi l'article 129, concernant la célébration du mariage, qui a été modifié en 1968 lorsque le mariage civil subsidiaire a été introduit dans la législation québécoise¹⁰ sans pour autant supprimer de cet article le renvoi au droit canonique qui s'y trouvait depuis la codification. Il se lit aujourd'hui comme suit :

« Sont compétents à célébrer les mariages, tous prêtres, curés et ministres autorisés par la loi à tenir et garder des registres de l'état civil¹¹ ainsi que, dans le district judiciaire pour lequel ils sont nommés, le protonotaire et chacun de ses adjoints qu'il désigne.

Cependant, aucune de ces personnes ainsi autorisées, autres que le protonotaire ou l'adjoint qu'il désigne, ne peut être contrainte à célébrer un mariage contre lequel il existe quelque empêchement, d'après les doctrines et croyances de sa religion, et la discipline de l'église à laquelle elle appartient. »

9. Ces deux articles illustrent bien le phénomène de la *civilizatio* en droit québécois. En effet, l'article 127 semble intégrer, par renvoi, dans l'ordonnancement juridique québécois les empêchements canoniques au mariage. Il reconnaît en même temps à l'autorité religieuse le droit d'en dispenser, dispense qui aura valeur civile. Par ailleurs, l'article 129 fait d'abord un renvoi implicite à l'article 44 qui, à son tour, s'en remet aux autorités religieuses. Lorsque celles-ci accordent à un prêtre pouvoir de juridiction, ce prêtre devient aussi *ipso facto* un fonctionnaire de l'état civil. Toutefois, cet article 129 reconnaît explicitement le caractère religieux de ce fonctionnaire civil en lui accordant le droit de refuser de

9. Les art. 124, 125 et 126 réglementent les empêchements en ligne directe et en ligne collatérale imposés par toutes les croyances et qui se limitent aux empêchements du *Lev.* XVIII, 6-13.

10. Voy. *Loi concernant le mariage civil*, S.Q. 1968, c. 82, a. 11.

11. L'article 44 du C.c. détermine qui sont ces prêtres, curés et ministres compétents dans ces mots : « Dans le cas d'une église ou d'une chapelle particulière ou mission de l'Eglise catholique romaine, [. . .], ils sont tenus par tout prêtre autorisé par le pouvoir ecclésiastique compétent à célébrer le mariage ou le baptême et à faire la sépulture, [. . .]. »

célébrer un mariage lorsque les doctrines, croyances ou disciplines de son église le lui empêchent.

10. Avant d'illustrer comment la jurisprudence a appliqué ces articles en accordant pleine force au droit canonique, il convient de signaler que la codification québécoise ressemble, quant à la méthode suivie, à celle du *Codex Iuris Canonici*. Effectivement, les codificateurs avaient pour tâche de codifier le droit en vigueur et non de faire œuvre de législation nouvelle. Il est vrai qu'ils avaient aussi mandat de proposer des modifications au droit en vigueur, mais les articles de droit nouveau sont, en fait, l'exception. Au plan de la forme, ils devaient par ailleurs s'inspirer du Code Napoléon. En cela, notre codification diffère de celle du *Codex*.

11. Les articles 127 et 129 reproduisent le droit en vigueur le 1^{er} août 1866, date d'entrée en vigueur du Code. A l'époque, le mariage n'était en effet célébré au Québec que par des prêtres ou ministres d'autres croyances religieuses. Aux prêtres catholiques, seuls habilités à célébrer les mariages en France et en Nouvelle-France avant la conquête, s'étaient d'abord unis les ministres anglicans, seuls habilités eux aussi à les célébrer dans la métropole anglaise au début du nouveau régime. Petit à petit, vinrent ensuite les ministres d'autres croyances religieuses autorisés par lois spéciales à agir au même titre¹².

Au moment de la codification la forme du mariage était donc toujours religieuse. Cette forme emportait tous les effets civils¹³. Dans cet état des choses, les prêtres appliquaient les empêchements canoniques et les autres ministres, ceux de leurs propres croyances. A l'article 127 C.c., les codificateurs semblent ainsi avoir voulu maintenir en vigueur en droit québécois tous les empêchements qui existaient alors. Au lieu de faire une énumération de ces empêchements religieux, ils se sont cependant limités à en faire la *civilizatio* par renvoi. Ainsi l'avaient compris des civilistes de la fin du siècle dernier, qui, pour expliciter cet article 127, faisaient une énumération des empêchements canoniques¹⁴.

12. Pour une étude de cette question, voir : P. B. MIGNAULT, dans *In re Marriage Laws*, (1912) 46 R.C.S. 132 aux pp. 214-244; C. E. DORION, « La loi du mariage dans la province de Québec », dans *Le droit civil français, Livre-souvenir des journées du droit civil français*, Paris-Montréal, 1936, pp. 111-132; *Durocher v. Degré*, (1901) 20 C.S. 456 (C. rev.) *speciatim* J. Lemieux aux pp. 473-487.

13. Cette situation juridique est demeurée au Québec jusqu'à l'introduction du mariage civil subsidiaire en 1968.

14. Voy., en exemple, P. B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. I, Montréal, Théoret, 1895, pp. 358-366.

Le juge en chef Casault, dans l'affaire *L'Heureux v. Budgess*¹⁵, illustre d'ailleurs fort adéquatement la notion de la *civilizatio* en droit québécois dans les termes suivants :

« Mais [le Code] reconnaît l'existence d'autres empêchements à l'art. 127; ce sont ceux admis par les différentes croyances religieuses comme résultant de la parenté, de l'affinité et d'autres causes. Quant à ceux-là, ils conservent les règles suivies jusqu'à sa date, dans les différentes églises et sociétés religieuses.

C'était là faire des règles suivies jusqu'alors dans les diverses églises quant aux autres empêchements, autant de règles spéciales du droit civil pour les membres de ces églises; c'était décréter que les empêchements reconnus dans ces églises avaient leur effet dans le droit civil. Le législateur n'a pas cru devoir les énumérer, ce qui eût pu être le sujet d'erreur; il s'est borné — et c'était la législation la plus sage — à faire aux citoyens une règle de droit civil de ce qui était pour eux, sous ce rapport, une règle de droit religieux. Ils sont par là même tous incorporés dans le Code civil aussi effectivement que s'ils y étaient tous reproduits, avec déclaration que tels et tels ne s'appliquent qu'aux membres d'une église, et tels et tels à ceux d'une autre. Dans les articles 124, 125 et 126, le Code fait des défenses à tous les citoyens, sans distinction de croyance ou de religion; dans l'art. 127 il donne la sanction de la loi à celles que les différentes religions font à leurs membres; mais pour ces dernières, il ne prononce pas de prohibitions comme pour les autres, il en autorise les dispenses que reconnaissent les différentes religions, et il conserve le droit de les accorder aux autorités qui jouissaient de ce privilège auparavant.

Le Code civil, en conservant leur effet aux empêchements admis à sa date, par les différentes croyances religieuses, sans les plus spécialement indiquer, oblige les tribunaux de les appliquer dans tous les cas où leur effet est invoqué devant eux et où ils sont, par une preuve légale, constatés exister. La loi ne les définissant pas et les empruntant, pour ainsi dire, aux différentes croyances, ce sont celles-ci qui en déterminent l'existence et les effets. »

Comment a-t-on toutefois interprété cette *civilizatio* dans la jurisprudence avant 1921 ?

B. — *La civilizatio dans la jurisprudence avant 1921*

12. Les tribunaux civils du Québec ont eu à se prononcer sur la validité ou la nullité du mariage de catholiques. Outre les empêchements d'impuissance¹⁶ et d'affinité¹⁷, reconnus à la fois par le *Code civil* du Québec et par le droit canonique d'alors, il y a eu aussi des demandes basées sur des empêchements sanctionnés uniquement par le droit

15. Ce jugement n'avait pas été publié; cependant, le juge Lemieux reproduit des extraits des notes du juge en chef dans *Durocher v. Degré*, (1901) C.S. 456 (C. rev.) aux pp. 505-506. La citation qui suit se trouve à la p. 506.

16. Voy. *Langevin dite Bergevin v. Barrette*, (1872) 4 R.L. 160 (C.S. Mtl) et *Lussier v. Archambault*, (1884) 11 L.C.J. 53 (B.R. 1848).

17. Voy. *Vaillancourt v. Lafontaine*, (1866) 11 L.C.J. 305 (C.S. Trois-Rivières).

canonique, mais invoquées devant les tribunaux civils en vertu de l'article 127 du *Code civil*. Parmi ceux-ci, le chef de nullité le plus souvent invoqué a été celui qu'à l'époque on appelait *empêchement de clandestinité*¹⁸ et que depuis la promulgation du *Codex* on qualifie de défaut de forme. Il a eu aussi de nombreuses demandes basées sur des empêchements dirimants de parenté¹⁹.

Il sied, sans prétendre faire une analyse exhaustive de la jurisprudence — nous n'avons retenu que des exemples assez significatifs — d'esquisser les lignes de force de la démarche des tribunaux civils face au phénomène de la *civilizatio*.

1. — *La civilizatio des sentences ecclésiastiques*

13. Avant 1921, les tribunaux civils manifestent une forte tendance à donner effets civils aux sentences des tribunaux ecclésiastiques²⁰, allant même jusqu'à surseoir leur décision quant au fond du litige, référant la cause à l'Evêque ou encore ordonnant aux parties de se retirer devant l'autorité ecclésiastique compétente afin qu'elle se prononce sur la validité de leur mariage au point de vue canonique²¹.

14. Il convient d'illustrer cette tendance, presque unanime des tribunaux québécois, tout d'abord par un exemple tiré d'un arrêt de la Cour du banc du roi rendu avant la promulgation du *Code civil*. Il importe en effet de connaître l'état du droit avant cette promulgation. Il s'agissait d'une demande de nullité, formulée par le mari directement devant les tribunaux civils, pour cause d'impuissance naturelle, apparente et antérieure au mariage du côté de la femme. Le juge en chef Rolland, rendant le jugement de la Cour, affirme : « L'obstacle aux conclusions de la demande, vient de ce que, chez les catholiques, le mariage étant un

18. Voy. *Vaillancourt v. Lafontaine*, (1866) 11 L.C.J. 305 (C.S. Trois-Rivières); *Laramée v. Evans*, (1880) 24 L.C.J. 235 (C.S. Mtl) et (1881) 25 L.C.J. 261 (C.S. Mtl); *Valade v. Cousineau*, (1892) 2 C.S. 523; *Durocher v. Degré*, (1901) 20 C.S. 456 (C. rev.), toutes ces causes ayant été décidées dans le sens du droit canonique en vigueur. Voir, cependant, *Delpit v. Côté*, (1901) 20 C.S. 338 et *Hébert v. Clouâtre*, (1912) 41 C.S. 249 qui ont été décidés dans le sens contraire. Par ailleurs, la Cour suprême du Canada dans une référence (*In re Marriage Laws*, (1912) 46 R.C.S. 132) avait répondu majoritairement en faveur de l'interprétation qui allait à l'encontre du droit canonique.

19. Voy. *Tremblay v. Despatie*, (1911) 40 C.S. 429, conf. par (1912) 43 C.S. 59 (C. rev.), toutes les deux infirmées par *Despatie v. Tremblay*, [1921] A.C. 702, 27 R.L. n.s. 209; *Lorange v. Lauzon*, (1912) 18 R. de J. 407 (C.S. Beauharnois).

20. Voy. *Langevin dite Bergevin v. Barrette*, cit. *supra*, note 16; *Valade v. Cousineau*, cit. *supra*, note 19; *Lorange v. Lauzon*, cit. *supra*, note 19.

21. Voy. *Vaillancourt v. Lafontaine*, cit. *supra*, note 17; *Laramée v. Evans*, cit. *supra*, note 18; *Lussier v. Archambault*, cit. *supra*, note 16.

sacrement, l'autorité civile n'en peut prononcer la dissolution, et ne fait que donner l'effet civil après que la sentence a été prononcée par le tribunal compétent »²². Et, rendant le dispositif du jugement interlocutoire : « La Cour considérant que le demandeur ne peut obtenir les conclusions de sa demande sans avoir préalablement fait dissoudre son mariage par l'autorité ecclésiastique, ordonne, avant faire droit, que ledit demandeur se pourvoiera devant cette autorité [. . .] »²³. Une fois la nullité décrétée par l'Evêque de Montréal et le décret produit devant la Cour, elle rendit son jugement final déclarant ledit mariage nul quant à ses effets civils.

Il ne s'agit donc pas seulement de la *civilizatio* faite par la loi, mais davantage; le tribunal civil reconnaît la compétence du tribunal ecclésiastique, sursoit à son jugement avant d'avoir celui du tribunal ecclésiastique et, une fois celui-ci rendu, procède à la *civilizatio* de la sentence ecclésiastique²⁴.

La promulgation du Code a-t-elle changé quelque chose à l'interprétation des tribunaux ?

15. Il ne semble pas. En effet, dans un autre jugement de première instance rendu seulement six ans après l'entrée en vigueur du Code, dont l'une des causes de nullité était l'empêchement d'affinité au premier degré (empêchement à la fois canonique et civil) et dont le demandeur s'était adressé au tribunal civil, la Cour « considérant que le mariage contracté par les parties dont le demandeur poursuit la nullité pour cause d'empêchement diriment, résultant de ce que la défenderesse était la sœur germaine de sa première épouse décédée, a été célébré en face de l'Eglise catholique romaine par un prêtre de cette église, et que *cette cour n'est compétente que pour prononcer sur les effets civils, s'il est déclaré nul par l'autorité ecclésiastique*. Ordonne, avant de faire droit, que les parties se retirent devant l'autorité ecclésiastique compétente pour y faire prononcer sur la validité de leur mariage »²⁵. Une fois la sentence de nullité de l'Evêque de Trois-Rivières produite devant la Cour civile, celle-ci déclare ledit mariage nul²⁶.

22. Lussier v. Archambault, *cit. supra*, note 16, pp. 54-55.

23. *Ibid.*, p. 55.

24. Voy. aussi Langevin dite Bergevin v. Barrette, *cit. supra*, note 16, où le juge, dans un autre cas d'impuissance dont la cause était antérieure au *Code civil*, fait la *civilizatio* de la sentence ecclésiastique.

25. Vaillancourt v. Lafontaine, *cit. supra*, note 17, p. 307, c'est nous qui soulignons.

26. Voy. *Id.*, p. 310.

16. Ce même procédé est suivi dans d'autres décisions de justice civile²⁷. Dans l'une d'elles²⁸, le juge Jetté se penche sur cette question de la compétence des tribunaux civils et des tribunaux ecclésiastiques quant aux demandes en nullité de mariage²⁹, pour conclure : « En conséquence, avant de prononcer sur la validité du mariage, je réfère la présente cause à l'ordinaire du Diocèse pour qu'il prononce préalablement la nullité de ce mariage et sa dissolution s'il y a lieu, sauf à adjuger ensuite par cette cour, quant aux effets civils de ce mariage »³⁰. Si jamais décision il y eut, elle ne fut pas rapportée dans les annales de jurisprudence. On peut néanmoins présumer que, si l'autorité ecclésiastique avait décrété la nullité du mariage, le tribunal civil aurait « homologué » la sentence. En effet, dans une autre instance du litige entre les mêmes parties le juge Papineau avait affirmé : « D'après la jurisprudence du pays, la sentence de l'évêque régulièrement prononcée et décidant de la validité ou de la nullité du lien spirituel et religieux de mariage entre catholiques, *peut et doit être reconnue par cette Cour.* »³¹

2. — *Le rejet de la civilizatio des sentences ecclésiastiques*

17. Cette affirmation du juge Papineau est confirmée de façon presque'unanime par la jurisprudence antérieure et postérieure³², à deux exceptions près³⁶.

Dans les deux cas, il s'agissait du mariage de deux catholiques célébré devant un ministre protestant, avec dispense de publication de bans, accordée par l'autorité civile, et subséquemment annulée par les autorités ecclésiastiques. La demande devant le tribunal civil avait pour but la déclaration de la nullité civile du mariage. Les deux jugements, fort motivés, rejettent la demande et maintiennent la validité du mariage.

27. Voy. *Laramée v. Evans*, cit. *supra*, note 18.

28. L'affaire *Laramée v. Evans* de 1881.

29. Voy. *id.*, pp. 278-280.

30. *Id.*, p. 280.

31. *Laramée v. Evans* de 1880, p. 242-243, c'est nous qui soulignons.

32. Voy. outre les décisions citées *supra*, notes 22-32, *Valade v. Cousineau*, *Durocher v. Degré*, cit. *supra*, note 18; *Tremblay v. Despatie* et *Lorange v. Lauzon*, cit. *supra*, note 19.

33. Voy. *Delpit v. Côté* et *Hébert v. Clouâtre*, cit. *supra*, note 18. La référence à la Cour suprême (*In re Marriage Laws*, cit. *supra*, note 18) n'est pas *de iure* un précédent dans le contexte du *stare decisis*, bien que, *de facto*, les tribunaux ont toujours accordé à ces avis des hauts tribunaux la même force liante que s'ils avaient tranché un litige entre deux parties. Il faut bien souligner, cependant, que la Cour suprême, dans cet avis, ne s'était pas prononcée directement sur cette question de la valeur du jugement ecclésiastique devant les tribunaux civils.

18. Le courant majoritaire de la jurisprudence pendant cette période s'était appuyé sur l'article 127 C.c. pour conclure, dans ces cas, à la nullité du mariage, pour cause d'empêchement de clandestinité. Dans l'affaire *Delpit*, l'argumentation est principalement fondée sur les articles 128 et 129 C.c. concernant la célébration du mariage. Le juge Archibald s'exprime ainsi dans l'affaire *Delpit* : « Considering that articles 128 et 129 of the Civil Code require that marriage be solemnized publicly and before a competent officer, and that all persons authorized to keep registers of civil status are competent officers, and that the literal interpretation of these articles would exclude any limitation; considering that there is no ground to limit the general application of the articles in question, except such as would be based upon the supposition that the law intended to confer upon the particular religious bodies an obligatory jurisdiction over their members, which is absolutely contrary to the complete freedom of religious profession prevailing in this country »³⁴.

Il conclut aussi à la nullité absolue et à l'absence totale d'effet civil de la sentence de l'autorité ecclésiastique décrétant la nullité du mariage³⁵.

19. En revanche, dans l'affaire *Hébert*, le juge Charbonneau suit une logique principalement fondée sur l'interprétation de l'article 127 C.c. Au lieu de reconnaître une portée civile aux dispositions de cet article, il restreint toutefois son effet à la conscience des catholiques et ne reconnaît aucun effet civil à la sentence de l'ordinaire³⁶.

Ces deux jugements sont le prélude de la décision du Conseil Privé d'Angleterre dans l'affaire *Despatie*, qui marque le point de départ du déclin de la *civilizatio*.

II. — LE DÉCLIN DE LA CIVILIZATIO

20. Depuis la fin du siècle dernier les tribunaux civils avaient eu, à quelques reprises, à se prononcer sur des questions qui, selon le droit canonique, étaient de la compétence exclusive des juridictions ecclésiastiques. Ainsi, dans l'affaire *Guibord*³⁷, le Conseil privé avait, en dernière instance, ordonné au curé de la paroisse de Notre-Dame de Montréal d'inhumer dans la terre consacrée de leur cimetière les restes

34. *Delpit v. Côté*, *ut supra*, note 18, pp. 393-394.

35. *Voy. id.*, p. 394.

36. *Voy. Hébert v. Clouâtre*, *ut supra*, note 18, pp. 287-288.

37. *Voy. Brown v. Le Curé et les marguilliers de l'Oeuvre et de la Fabrique de Notre-Dame de Montréal* (1871) 3 R.L. 129 (C.S. Montréal, 1870), *inf. par* (1870) 2 R.L. 257 (C. rev.) *conf. par* (1871) 3 R.L. 179 ou 17 L.C.J. 89 (C.A.), *inf. par* (1874) 6 R.L. 378 ou 20 L.C.J. 228 (C.P.).

d'une personne excommuniée pour appartenance à une société visée par la censure ecclésiastique, mais dont l'excommunication n'avait pas été décrétée *nominatim*. Cette décision du Conseil privé fut cependant écartée par la suite suivant le procédé habituel en *Common law*, soit l'intervention législative³⁸, qui, dans ce domaine, procédait encore et aussi par voie de *civilizatio*.

Il convient de plus de signaler la poursuite en diffamation et dommages-intérêts intentée contre l'évêque de Montréal pour avoir interdit, sous peine d'excommunication, la lecture, distribution et conservation d'une revue. En l'espèce, les tribunaux du Québec reconnaissent toutefois pleinement la compétence et l'autorité de l'évêque de ce faire. L'action fut donc rejetée³⁹.

Ces litiges étaient surtout la manifestation extérieure de luttes opposant les ultramontains aux libéraux, luttes qui, teintées d'anticléricalisme, concernaient la force obligatoire de l'*Index* au Canada.

Quant à la question de la *civilizatio* en rapport avec les articles du *Code civil* ayant trait aux empêchements canoniques et à la célébration du mariage, la jurisprudence avait été presque unanime. Aussi, les deux exceptions mentionnées reflètent-elles moins, à notre avis, un changement véritable dans le courant jurisprudentiel établi, que l'attitude un tant soit peu anticléricale de deux juges en particulier⁴⁰. La décision du Conseil privé d'Angleterre dans l'affaire *Despatie* introduit par ailleurs un changement important dans la jurisprudence. Avant de mesurer les conséquences de cet arrêt, il nous faut donc, dans un premier temps, en faire l'analyse.

38. Voy. P. B. MIGNAULT, *op. cit.*, *supra*, note 5, pp. 536-543 où l'auteur indique comment par une loi de 1875 (39 Vict. c. 19) le législateur avait reconnu la juridiction exclusive des autorités ecclésiastiques pour désigner la place de l'inhumation, écartant ainsi la décision du Conseil privé. L'auteur résume aussi tous les avatars de cette cause.

39. Voy. *Le Canada Revue v. Mgr Fabre*, (1894) 6 C.S. 436, conf. par (1895) 8 C.S. 195 (C. rev.).

40. Plus particulièrement dans le cas du juge Archibald qui rendit le jugement dans l'affaire *Delpit*. Il avait été dissident en Cour de revision dans l'affaire *Canada Revue* et, plus tard, aussi en Cour de revision, dans l'affaire *Tremblay v. Despatie*. Dans son jugement et dans ses dissidences il avait toujours interprété la loi en enlevant tout effet civil au droit canonique, le limitant à une affaire de conscience personnelle. La lecture de ses jugements, comme celui de J. Charbonneau dans l'affaire *Hébert*, laisse entrevoir un certain anticléricalisme.

A. — *L'affaire Despatie*

21. En 1904, deux catholiques se marient devant leur curé en remplissant toutes les formalités requises. Ils font vie commune pendant six ans pour découvrir un jour qu'ils sont cousins au quatrième degré. Dans l'ignorance de ce fait, ils n'avaient pas demandé dispense de l'empêchement à l'Ordinaire. Le mari introduit une demande en nullité de mariage devant l'Ordinaire, qui décrète l'annulation. Ce jugement est « homologué » en Cour supérieure. La Cour de revision l'infirmé toutefois avec instructions de faire devant le tribunal civil la preuve des faits et des règles de l'Eglise catholique à ce sujet. Sur respect de telles instructions, la Cour supérieure rendit ensuite une décision identique à sa première⁴¹. Confirmé en Cour de revision⁴², l'arrêt fut éventuellement cassé par le Conseil privé qui, par grâce, avait accordé voie de droit à l'appel⁴³.

22. Les points en litige étaient les suivants : l'empêchement dirimant de l'Eglise catholique prohibant le mariage entre deux catholiques au quatrième degré de consanguinité, sans avoir obtenu une dispense, est-il reconnu civilement par l'article 127 du *Code civil* ? et, nos tribunaux civils doivent-ils donner effet au décret de l'Ordinaire déclarant ce mariage nul ?

1. — *Les décisions des tribunaux québécois*

23. En Cour supérieure, le juge Bonneau s'exprime ainsi : « Virtuellement, l'article 127 subordonne le mariage, comme contrat civil, à l'autorité du pouvoir ecclésiastique, puisque le pouvoir séculier ne reconnaît de mariage validement contracté, que celui qui l'a été d'après les règles admises par les autorités religieuses, de quelques dénominations qu'elles soient »⁴⁴. Et, plus loin, il affirme : « En outre des empêchements au mariage décrétés par les articles 124, 125, 126, la loi civile reconnaît de plus, tous ceux admis par toutes les églises, par toutes les congrégations religieuses, comme faisant partie de leurs dogmes ou de leurs croyances »⁴⁵. Ayant pris connaissance du droit canonique et de l'existence de l'empêchement invoqué, la cour décrète la

41. Voy. *Tremblay v. Despatie*, (1911) 40 C.S. 429.

42. Voy. *Tremblay v. Despatie*, (1912) 43 C.S. 59 (C. rev.).

43. Voy. *Despatie v. Tremblay*, [1921] A.C. 702, 27 R.L.n.s. 209, 47 B.R. 305.

44. *Tremblay v. Despatie*, cit. *supra*, note 41, p. 437.

45. *Id.*, p. 440.

nullité du mariage. Les extraits du jugement que nous avons reproduit mettent en relief, d'une façon évidente, le phénomène de la *civilizatio*.

24. En Cour de revision, le jugement est confirmé sur la base de motifs fort semblables. L'arrêt n'est, sans doute à cause de la longueur des exposés des juges, que reproduit en partie dans les recueils de jurisprudence. Il contient cependant plusieurs expressions évidentes de *civilizatio*. Ainsi le juge Delorimier affirme : « En effet, nous croyons que les auteurs de notre Code ont, au contraire, voulu pleinement reconnaître le droit de l'Eglise catholique, en matière d'empêchement de mariage; que tels empêchements soient dirimants de droit divin ou simplement de droit ecclésiastique »⁴⁶. Et, plus loin, il affirme : « Mais ces articles [125 et 126] ne comprenaient pas tous les autres empêchements, en ligne collatérale, reconnus comme dirimants, jusqu'au quatrième degré, par le droit ecclésiastique catholique, quant aux catholiques, non plus que les autres empêchements, pouvant résulter d'autres causes que la parenté ou l'affinité. Les codificateurs qui voulaient également reconnaître comme valables, civilement les autres empêchements dirimants du droit ecclésiastique, comme aussi ceux des autres croyances religieuses, se trouvèrent, dans ces circonstances, dans la nécessité de formuler un autre article principe et déclaratoire, pour reconnaître les autres empêchements de mariage, qui n'avaient pas été reconnus civilement par les dispositions contenues aux articles sous-cités [125 et 126] »⁴⁷. Il conclut sur ce point, après avoir cité des extraits du rapport des codificateurs, que l'article 127 C.c., en leur donnant effet en droit civil, reconnaît formellement la valeur et les conséquences des empêchements de droit ecclésiastique⁴⁸.

25. Un aspect important de cette *civilizatio* dans le système parlementaire britannique est que, selon cette interprétation de l'article 127 C.c., le droit canonique maintenu en vigueur est celui qui l'était avant le 1^{er} août 1866, puisque le renvoi se fait au droit canonique en vigueur au moment de la promulgation du *Code civil* québécois et non au dynamisme de l'ordonnancement canonique. Les tribunaux sentent donc le besoin de faire l'étude historique de cette question afin de déterminer le droit canonique objet de la *civilizatio*⁴⁹.

46. Tremblay v. Despatie, cit. supra, note 42, p. 68.

47. Id., p. 73.

48. Voy. id., p. 75.

49. Il est impossible, l'espace étant limité, de reprendre ici cette étude historique. Rappelons que, en dépit des libertés gallicanes, les décrets du Concile de Trente en rapport avec les empêchements et la célébration du mariage étaient, de façon générale, en vigueur au Québec. Voy. supra, note 1. La majorité des décisions de jurisprudence que nous avons citées font des études historiques sur cette question.

L'empêchement de parenté au quatrième degré collatéral ayant été considéré comme existant à l'époque de la codification et pouvant dès lors être aussi cause de nullité de mariage en droit civil, les tribunaux du Québec ont donc déclaré nul le mariage entre Tremblay et Despatie.

2. — *La décision du Conseil privé d'Angleterre*

26. Tel que déjà mentionné, il y eut, selon la possibilité offerte à l'époque, appel de ces décisions devant le Conseil privé d'Angleterre.

Après une première argumentation soumise en 1915, les membres du Conseil privé demandèrent aux parties d'en présenter une nouvelle sur la question de savoir si l'article 127 C.c. avait ou non pour but de changer la loi en ce domaine et, partant, s'il fallait ou non trancher conformément au droit existant avant la promulgation du *Code civil*. Le Conseil privé demandait donc aux parties de présenter le droit d'avant 1866⁵⁰; ce qui fut fait en 1921 et qui permit audit Conseil de rendre sa décision.

27. Le Conseil privé est confirmé dans son intuition que l'intention et l'effet de l'article 127 C.c. est de laisser inchangé le droit concernant les empêchements religieux. L'article n'enlève ni n'ajoute d'effet à ces empêchements. « Everything is left in the same condition as it was before the codification »⁵¹. Cette interprétation du maintien, par l'article 127 C.c., de la réglementation des empêchements comme elle existait avant la codification, est considérablement développée dans le jugement de Lord Moulton⁵², qui les qualifie de « rules of faith and conscience »⁵³. Il exclut l'article 127 C.c. comme règle de droit pouvant résoudre le litige⁵⁴. Il fait l'interprétation des capitulations et des traités de paix entre l'Angleterre et la France⁵⁵, pour conclure que les catholiques jouissent au Québec d'un privilège leur permettant de pratiquer leur religion, mais que, point pertinent, « this is a privilege granted to the individual »⁵⁶. Sur cette question, il conclut dès lors que les décisions des tribunaux ecclésiastiques ne lient le citoyen catholique qu'en conscience : « The Legislature gave to their decrees no civil effect nor bound any of its subjects to obey them »⁵⁷. « The Law — ajoute et affirme-t-il — did not

50. Voy. *Despatie v. Tremblay*, (1929) 47 B.R. 305 (C.P., 1921) aux pp. 308-309.

51. *Id.*, p. 309.

52. Voy. *id.*, pp. 310-312.

53. *Id.*, p. 312.

54. Voy. *id.*, pp. 312-313.

55. Voy. *id.*, pp. 314-315.

56. *Id.*, p. 315.

57. *Id.*, pp. 315-316.

interfere in any way with the jurisdiction of any ecclesiastical courts of the Roman Catholic religion over the members of that communion so far as questions of conscience were concerned. But it gave to them no civil operation »⁵⁸.

28. L'étude des lois accordant à de nombreuses sociétés religieuses le droit de tenir des registres de l'état civil et, par conséquence, de célébrer des mariages⁵⁹, permit aussi à Lord Moulton d'arriver à la conclusion que : « The position of the law as to marriage at the time of the formation of the Civil Code in Quebec was, therefore, as follows : [. . .] There was no restriction as to religious faith of those whose marriage they [les prêtres et les ministres protestants] were competent to solemnize »⁶⁰. Les prêtres ou les ministres peuvent refuser de célébrer un mariage, s'il existe, entre les parties, un empêchement qui interdit un tel mariage, mais, en rapport avec les personnes voulant se marier, les seuls empêchements sont ceux du Lévitique⁶¹. « Article 127 [. . .] has therefore no bearing on any inherent incapacity of the parties to contract a valid marriage [. . .], but only preserves the right of each religious communion to recognize the impediments which exist according to its faith, and justifies the refusal of a minister of that communion to solemnize any marriage which offended against its rules »⁶². Faisant ensuite appel à d'autres arguments de texte complémentaires et non moins pertinents à notre propos, le Conseil privé en arriva en définitive à valider le mariage célébré⁶³.

29. Réduisant le renvoi de l'article 127 C.c. à une simple affaire de conscience individuelle, le Conseil privé exclut donc toute possibilité de *civilizatio*. Il ne sied peut-être pas ici de faire une étude critique de cette décision qui suscita un grand émoi au Québec⁶⁴. Il convient néanmoins de

58. *Id.*, p. 316. Signalons, cependant, que le Conseil privé, dans l'affaire *Guibord*, *cit. supra*, note 37, était intervenu pour exercer un espèce de control judiciaire sur une décision ecclésiastique et que, par ailleurs, avant et après le *Code civil*, les tribunaux du Québec avaient accordé plein effet civil aux sentences ecclésiastiques, voy. *supra* nn. 13-16.

59. Voy. *id.*, pp. 316-321.

60. *Id.*, p. 321.

61. Voy. *id.*, pp. 321-322.

62. *Id.*, p. 322.

63. Voy. *id.*, p. 327.

64. Voy., à titre d'exemple : A. A. BRUNEAU, *Du mariage*, Montréal, 1921, pp. 282-286; C. E. DORION, « La loi du mariage dans la province de Québec », dans *Le droit civil français, Livre-souvenir des journées du droit civil français*. Paris-Montréal, 1936, pp. 111-134; L. PELLAND, « Nos lois sur le mariage », (1924-25) 3 *R. du D.* 289-302. Plus récemment : A. F. BISSON et F. HELEINE, « Chronique de droit familial », (1971) 2 *R.G.D.* 31-34, et ses références.

signaler qu'une telle interprétation de l'article 127 C.c. le vide de son sens, le transforme en simple doublet du second alinéa de l'article 129 C.c. Ce fait est d'autant plus grave que, selon les règles d'interprétation de la *Common law*, le législateur n'est jamais sensé parler inutilement. Quoi qu'il en soit sur ce, voyons les suites de cette décision dans la jurisprudence du Québec.

B. — *Les suites de l'affaire Despatie dans la jurisprudence du Québec*

30. Les tribunaux du Québec ont, pendant les cinquante-cinq années qui suivirent l'arrêt *Despatie*, été saisis à de nombreuses reprises d'affaires mettant en cause l'interprétation des articles 127 et 129 du *Code civil*.

Dans un contexte strict de *stare decisis*, le précédent de *Despatie* aurait dû, si l'on excepte l'hypothèse du « distinguishing », provoquer une jurisprudence uniforme. Or, les tribunaux du Québec ont manqué de constance en la matière. En première instance, la majorité des arrêts semblent avoir été rendus dans le respect du précédent *Despatie*⁶⁵. Les décisions qui, directement⁶⁶ ou indirectement⁶⁷, rejettent le précédent, ne méritent pas pour autant l'oubli. En appel par ailleurs, le précédent *Despatie*, partiellement suivi pendant longtemps⁶⁸, fut laconiquement mais clairement confirmé en 1972⁶⁹. Pour avoir meilleure intelligence de la question, et situation, analysons donc les principaux arguments invoqués de part et d'autre.

1. — *Le rejet du précédent*

31. Le premier argument favorable au rejet du précédent *Despatie* nous est servi par le juge Forest dans un jugement qui, bien que fort élaboré, contient des erreurs d'importance⁷⁰. Le savant juge prétend que les Lords

65. Voy. en exemple : *Plante v. Zannis*, (1925) 63 C.S. 155; *Lebrasseur v. Archambault*, [1951] C.S. 1; *Lamoureux v. St-Onge*, [1951] C.S. 4; *Besette v. Meunier*, [1959] C.S. 283; *Rodrigue v. Francœur*, [1963] C.S. 702; *X v. G.*, [1972] C.S. 72.

66. Voy., en exemple : *Bergeron v. Kirklow*, (1939) 45 R.L.n.s. 370 (C.S. Mtl), infirmée, sans suivre pour autant *Despatie*, par *Howard v. Bergeron*, (1941) 71 B.R. 154; *Dubé v. Ouellet*, [1966] C.S. 16, où le juge fait une longue énumération des décisions postérieures à *Despatie* qui n'ont pas suivi le précédent.

67. Voy., en exemple : *Burelle v. Grandmont*, [1964] C.S. 314; *Mathys v. Demers*, [1968] C.S. 172.

68. Voy. *Howard v. Bergeron*, (1941) 71 B.R. 154 et *Yorksie v. Chalpin*, [1946] B.R. 51.

69. Voy. *Ouellette v. Gingras*, [1972] C.A. 247 et voir le commentaire à ce propos de A.-F. BISSON, « L'art. 127 C. civ. : l'estocade », (1972) 32 R. du B. 266-267.

70. Voy. *Bergeron v. Kirklow*, cit. supra, note 66.

du Conseil privé « ont interprété *proprio motu* l'art. 127 du Code civil en se prononçant par *obiter dictum* sur la question qui ne leur avait pas été soumise spécialement et ne peut en conséquence faire l'objet du *stare decisis*, ni lier les tribunaux de juridiction inférieure »⁷¹. L'objection serait de taille, si l'opinion du Conseil privé pouvait effectivement être qualifiée d'*obiter dictum*; ce n'est toutefois pas le cas.

32. Considéré avec cette quiétude que nous procure l'écoulement naturel des ans, l'argument du juge Hamel⁷² a en revanche beaucoup plus de poids. Il met en lumière les hésitations de la jurisprudence depuis l'affaire *Despatie*⁷³, souligne la distinction faite par la Cour d'appel pour éviter de confirmer l'interprétation restrictive donnée par le Conseil privé à l'article 127⁷⁴ et, se servant de la règle d'interprétation selon laquelle un texte susceptible de deux sens doit être entendu de manière à lui donner effet et non de l'en priver⁷⁵, conclut enfin que l'interprétation restrictive suivie par le Conseil privé vide l'article 127 C.c. de son sens. Il refuse donc la forme d'interprétation empruntée par ledit Conseil et refuse son précédent.

La logique du juge Hamel nous semble irréprochable. Le Conseil privé a effectivement procédé à l'interprétation d'un article du Code civil de façon contraire aux règles d'interprétation prévalant en *Common law*. Le point de droit soulevé par le juge Hamel n'est hélas ! pas employé fréquemment par la jurisprudence du Québec.

33. La Cour d'appel avait, il est vrai et dès 1941, évité de confirmer le précédent *Despatie* en procédant par voie de distinction. Effectivement, le juge Létourneau, après avoir référé à l'affaire *Despatie*, écrivait alors : « Je désire cependant faire ici, avec le plus grand respect, toutes mes réserves quant aux conclusions auxquelles en est arrivé ce haut tribunal touchant la portée dudit article au point de vue civil, indépendamment de l'interprétation du mot « jusqu'ici ». Toutefois et quelle que soit l'opinion que l'on entretienne quant à certains des aspects ou passages de cette décision particulière, il serait extraordinaire qu'on ne voulut pas tenir compte du sens qu'elle donne au mot « jusqu'ici » du texte sous examen, surtout lorsque cette conclusion particulière est plutôt d'accord avec ce qu'ici même il en avait déjà été dit »⁷⁶.

71. *Id.*, p. 397.

72. *Voy. Dubé v. Ouellet, cit. supra*, note 66.

73. *Voy. id.*, pp. 21-24.

74. *Voy. id.*, pp. 18-21.

75. *Voy. id.*, p. 20, citant MIGNAULT, *op. cit. supra*, note 14, p. 110.

76. *Howard v. Bergeron, cit. supra*, note 69, p. 176.

La Cour d'appel confirme donc l'interprétation du Conseil privé en rapport avec le mot *jusqu'ici*, mais elle emploie cette interprétation pour déterminer les conditions de forme requises pour un mariage mixte selon les normes du droit canonique en vigueur au Canada en 1866. La Cour reconnaît ainsi que l'article 127 C.c. procède à la *civilizatio* de ce droit, rejetant par voie de conséquence l'interprétation restrictive du Conseil privé. Si elle déclare valide « le mariage d'une protestante et d'un catholique célébré devant un prêtre anglican ou un ministre protestant »⁷⁷, c'est uniquement parce qu'il était en preuve que les mariages du genre étaient, lors de la promulgation du Code, régis par la *Déclaration Bénédicte*⁷⁸ qui les considérait illicites, mais valides.

34. Quelques années plus tard, la Cour d'appel dû trancher un autre litige mettant en cause l'interprétation de l'article 127 C.c.. Elle le fit dans le sens de l'affaire *Howard*, sans même citer ou référer à l'affaire *Despatie*⁷⁹. Enfin, dans d'autres décisions, parfois quelque peu confuses, des tribunaux de première instance continuèrent à affirmer que l'article 127 C.c. reconnaissait des empêchements religieux⁸⁰.

2. — La confirmation du précédent

35. Le point final au déclin de la *civilizatio* a été mis par la Cour d'appel en 1972⁸¹. Il s'agissait du mariage de deux catholiques annulé par le tribunal ecclésiastique à cause d'un empêchement, non pas civil, mais canonique de consanguinité. En Cour supérieure, le jugement⁸², fort bien étoffé, déclare le mariage valide sur la base de l'interprétation restrictive de l'article 127 C.c. donnée par l'affaire *Despatie*. Le juge sent toutefois le besoin d'ajouter qu'il adhère aux motifs de la décision du Conseil privé « en toute déférence pour ceux de ses collègues qui pensent autrement »⁸³, ce qui laisse entrevoir qu'encore en 1972, avant la confirmation de cette décision de première instance par la Cour d'appel, les opinions demeuraient partagées. L'arrêt de la Cour d'appel est, quant à lui, rendu de façon péremptoire et sans ajouter à l'argumentation suivie en première instance. En effet, le juge Lajoie affirme : « L'article 127 C.c. n'a pas pour effet de sanctionner civilement les empêchements religieux »⁸⁴.

77. *Id.*, p. 216.

78. Pour une étude sur cette Déclaration, voy. S. ACUÑA, « La forma del matrimonio hasta el Decreto *Ne Tenere* », (1973) XIII *Ivs Canonikum* 137, aux pp. 189-190.

79. Voy. *Yorksie v. Chalpin*, *cit supra*, note 69.

80. Voy. *supra*, note 67.

81. Voy. *supra*, note 69.

82. Voy. *X v. G.*, *cit. supra*, note 65.

83. *Id.*, p. 76.

84. *Ouellette v. Gingras*, *cit. supra*, note 69, p. 248.

36. Au terme de cette étude sur le déclin de la *civilizatio*, il convient de souligner que les tribunaux du Québec ont, après un long cheminement commencé en 1921, fini par faire dire à l'article 127 du *Code civil* ce qu'il ne dit pas. Par ailleurs, il est peut-être significatif de constater que la première décision rendue selon l'interprétation de l'affaire *Despatie* contient un appel vibrant au législateur d'introduire une réforme dans le Code afin de corriger la décision du Conseil privé⁸⁵, alors que l'arrêt décisif, de 1972, se limite à une affirmation laconique. Cette dernière affirmation est peut-être le prélude de l'abrogation de l'article 127 C.c., comme il est proposé par l'Office de revision du Code civil⁸⁶.

CONCLUSION

37. Nous souhaitons que cette étude ait pu illustrer comment, dans un ordonnancement juridique de *Common law* (et le droit civil québécois se trouve enchâssé dans un tel ordonnancement), le texte de la loi peut céder le pas à l'interprétation de la jurisprudence. Le résultat, dans la question que nous avons étudiée, est assez évident et il manifeste une évolution sociale très marquée au Québec. En effet, l'apogée de la *civilizatio* correspond à l'époque pendant laquelle, malgré la séparation juridique entre l'Eglise et l'Etat, l'Eglise catholique jouissait au Québec d'une situation *de facto* de religion d'état. Alors que depuis presque deux décennies, avec cependant des manifestations antérieures, on met davantage l'accent sur le pluralisme et sur certaines formes de laïcisme, ce qui correspond aux manifestations du déclin de la *civilizatio*.

Il est néanmoins permis de se demander si la meilleure façon de changer la loi est de permettre aux juges de l'adapter aux changements sociaux comme ils les perçoivent.

85. Voy. *Plante v. Zannis*, cit. *supra*, note 65.

86. Voy. O.R.C.C., Comité du droit des personnes et de la famille, *Rapport sur la famille*, Première partie, XXVI, Montréal, polycopié, 1974, p. 90.