

LA VALIDITÉ PLUS QUE DOUTEUSE DE LA « LOI PORTANT RÉFORME DU DROIT DE LA FAMILLE »

René Pepin

Volume 13, Number 1, 1982

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059395ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059395ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Pepin, R. (1982). LA VALIDITÉ PLUS QUE DOUTEUSE DE LA « LOI PORTANT RÉFORME DU DROIT DE LA FAMILLE ». *Revue générale de droit*, 13(1), 141–158.
<https://doi.org/10.7202/1059395ar>

Article abstract

La « Loi 89 », qui se veut un élément fondamental de la réforme du Code civil du Québec, risque de plonger cette province dans une querelle constitutionnelle dont elle sortira perdante. Elle empiète en effet carrément sur la compétence législative fédérale sur le mariage et le divorce. Cet empiètement est d'autant plus sérieux que certains juges de la Cour suprême du Canada interprètent étroitement les pouvoirs législatifs dits « incidents » ou « ancillaires » que peuvent posséder les provinces. Enfin ce n'est pas une délégation de pouvoirs fédérale-provinciale qui pourra donner satisfaction au Québec en matière de compétence législative sur le mariage et le divorce. Un amendement constitutionnel devra venir de Londres.

LA VALIDITÉ PLUS QUE DOUTEUSE DE LA «LOI PORTANT RÉFORME DU DROIT DE LA FAMILLE»

par René PEPIN*

RÉSUMÉ

La «Loi 89», qui se veut un élément fondamental de la réforme du Code civil du Québec, risque de plonger cette province dans une querelle constitutionnelle dont elle sortira perdante. Elle empiète en effet carrément sur la compétence législative fédérale sur le mariage et le divorce. Cet empiètement est d'autant plus sérieux que certains juges de la Cour suprême du Canada interprètent étroitement les pouvoirs législatifs dits «incidents» ou «ancillaires» que peuvent posséder les provinces. Enfin ce n'est pas une délégation de pouvoirs fédérale-provinciale qui pourra donner satisfaction au Québec en matière de compétence législative sur le mariage et le divorce. Un amendement constitutionnel devra venir de Londres.

SOMMAIRE

- I.- Les dispositions contestables de la *Loi 89*
- II.- L'exclusivité de la compétence fédérale sur le divorce
- III.- La solution illusoire: la délégation de pouvoirs

* Professeur, Faculté de Droit, Université de Sherbrooke.

INTRODUCTION

Le 19 décembre 1980, l'aile parlementaire du parti québécois fit adopter en troisième lecture par l'Assemblée nationale le «projet de Loi n° 89¹», intitulé *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*. De l'avis des responsables de l'élaboration de cette législation, il s'agit d'une pièce fondamentale du processus de révision globale du *Code civil*². Venant après la réforme du droit des régimes matrimoniaux de 1970, ce texte veut réviser et adapter tout le secteur du droit visé par l'expression «droit de la famille».

On ne peut alors qu'être très surpris de constater les nombreuses difficultés constitutionnelles que recèle cette pièce législative. Il suffit pour s'en convaincre de lire les titres de ses différentes parties. Les deux premières sur un total de cinq, s'intitulent «du mariage» et «du divorce». Il est pourtant clairement indiqué, au paragraphe 26 de l'article 91 de l'*A.A.N.B.* 1867 que la compétence législative fédérale porte, entre autres, sur toutes les matières entrant dans la catégorie de sujets suivante: «le mariage et le divorce». Le paragraphe introductif de ce même article 91 précise en outre que la compétence fédérale sur ce sujet est «exclusive». Ceci signifie, d'après une jurisprudence bien établie, que le Parlement central seul peut légiférer sur les sujets qui lui sont ainsi réservés, qu'il peut légiférer seul sur tous les aspects des questions qui sont de son ressort, et qu'une absence de législation fédérale ne suffirait jamais à permettre à un parlement provincial d'envahir un champ législatif fédéral inoccupé³.

Comment le gouvernement a-t-il pu convaincre le Parlement d'adopter une mesure dont la validité constitutionnelle est aussi douteuse? Un article de la loi répond en partie à cette question. Il s'agit de l'article 80, le dernier du texte, contenant deux dispositions importantes. La première constitue une concession faite par le gouvernement aux partis d'opposition: elle prévoit que la loi sera mise en vigueur par proclamation, mais après le premier avril 1981. La seconde nous importe davantage: elle est à l'effet qu'aucune proclamation ne mettra en vigueur une disposition relevant de la compétence législative fédérale, du moins pas avant que ne soient apportées à l'*A.A.N.B.* 1867 les modifications conférant au Québec la compétence législative sur ces dispositions. Ceci laisse entendre qu'un tel transfert est sûrement possible, et qu'il sera effectué sous peu. Il faudra se pencher

¹ L.Q. 1980, c. 39 ci-après appelée la *Loi 89*.

² Cf. les propos de M. Marc-André Bédard lors de la présentation en première lecture. Assemblée nationale, *Journal des débats*, 5 mars 1980 vol. 21 n° 89, p. 5022.

³ Voir, entre autres, les décisions *A.G. of Manitoba v. Manitoba Licence Holder Ass'n*, (1902) A.C. 73 et *Bank of Toronto v. Lambe*, (1877) 12 A.C. 575.

sérieusement sur les modalités de ce changement de compétence législative, car il n'est pas lui aussi sans présenter des difficultés d'ordre constitutionnel.

Notre bref examen de la *Loi 89* se fera en trois étapes. Dans une première nous identifierons les principaux articles dont la validité constitutionnelle peut être soulevée. Dans une seconde nous verrons plus avant ce que signifie la notion d'exclusivité de la compétence législative fédérale. Enfin nous montrerons que le parlement central n'est pas habilité constitutionnellement à donner juridiction aux provinces en matière de mariage et de divorce, à supposer qu'il veuille même le faire.

I.- LES DISPOSITIONS CONTESTABLES DE LA *LOI 89*.

La *Loi 89* contient six sections réservées au mariage. La troisième s'intitule «de la célébration du mariage». C'est une reconnaissance implicite de la part du législateur québécois qu'il outrepassa sa compétence législative dans les autres puisque seule la question de la célébration du mariage lui est réservée par l'effet du paragraphe 12 de l'article 92 de l'*A.A.N.B.* 1867. À moins qu'on démontre que la loi est mal faite et que les autres dispositions traitent en réalité de la question de la célébration du mariage, ce qui est hautement impossible, il faut conclure à leur invalidité. Mais que vise au juste cette expression «célébration du mariage»?

Toute l'étude de ce sujet doit tenir compte de l'avis rendu en 1912 par le Comité judiciaire du Conseil privé⁴. Une question avait été posée à la Cour suprême du Canada concernant, entre autres, la validité d'une loi fédérale, et appel fut logé au Conseil privé. La décision des juges est simple mais elle contient des principes fondamentaux. Leurs Seigneuries ont expliqué que le nœud de la controverse était de savoir si les provinces avaient compétence législative sur toute question concernant la validité des contrats de mariage, ce qui inclut évidemment le pouvoir de décréter la nullité du mariage si certaines conditions ne sont pas respectées. En l'occurrence, le projet de loi fédérale prévoyait qu'un mariage célébré par un officier compétent et selon les prescriptions légales applicables était valide partout au Canada, peu importe la foi religieuse du célébrant ou celle des futurs époux.

Le Comité judiciaire rappelle que la seule façon d'appliquer correctement les articles 91(26) et 92(12) était de dire que la compétence sur la «célébration du mariage» devait être totalement soustraite de celle, fédérale, sur le mariage, mais que rien n'indiquait qu'elle devait être comprise

⁴ *Re Certain Questions Concerning Marriage*, (1912) A.C. 880, 1 O.L.M. 650.

comme une exception, c'est-à-dire interprétée restrictivement. Il déclara ensuite que la question de la validité d'un mariage ne peut ressortir à la compétence fédérale uniquement. Les provinces ont la possibilité de légiférer sur la célébration du mariage. Elles peuvent aussi prévoir que si certaines prescriptions ne sont pas respectées, ce n'est pas seulement le caractère public ou solennel de la cérémonie qui pourra être affecté, mais possiblement la validité même du mariage. Les questions de validité des contrats de mariage ressortissent donc à la compétence fédérale pour partie et à la compétence provinciale pour partie.

La décision n'est pas précise en ce qui concerne le sens des termes «célébration du mariage» mais les juges en donnent une indication lorsqu'ils font référence au pouvoir provincial de «determine by whom the marriage ceremony might be performed» et «regulation of the formalities by which the contract is to be authenticated⁵». On peut penser ici à la qualification du célébrant, à la publication de bans et à la confection de registres de l'état civil.

Les deux premiers chapitres de la *Loi 89* traitent des questions suivantes: le consentement libre des époux, l'âge minimal, le consentement des parents de l'enfant mineur, des empêchements au mariage (liens de parenté) et des oppositions au mariage. Peut-on prétendre que ces questions relèvent de celle de la célébration du mariage? La jurisprudence et la doctrine semblent bien répondre que non⁶. Le juge Rinfret de la Cour suprême du Canada a établi en 1934 dans *A.G. of Canada v. Underwood*⁷ la distinction fondamentale prévalant ici:

«The whole question depends upon the distinction to be made between the formalities of the ceremony of marriage and the status or capacity required to contract marriage⁸.»

Tout ce qui touche le statut ou la capacité des époux relèverait de la compétence fédérale. Ceci devrait couvrir normalement la question du consentement libre des époux, de l'âge minimal, des empêchements et oppositions au mariage. La compétence provinciale porterait sur les formalités à respecter pour rendre un mariage solennel et public. Il n'est

⁵ *Idem*, p. 886.

⁶ Pour la jurisprudence, cf. *infra*. Quant à la doctrine, cf. entre autre Leslie KATZ, «The scope of Federal Legislative Authority in Relation to Marriage», (1975) 7 *Ottawa L. Rev.* 384, J.H. BLUMENSTEIN, «Matrimonial Jurisdiction in Canada», (1928) 6 *Can. B. Rev.* 570, G.-A. BEAUDOIN, «De la répartition des compétences législatives en matière de mariage et de divorce», (1973) 4 *R. Gén. de Droit* 66, J. GOULET, «La constitutionnalité du bill 16: essai de détermination du droit substantif en matière de mariage», (1965) 6 *C. de D.* 3.

⁷ (1934) S.C.R. 635.

⁸ *Idem*, p. 639.

évidemment pas facile de circonscrire précisément ce pouvoir. La règle applicable est qu'il n'y a pas de limite absolue et pré-établie aux conditions dont les provinces peuvent exiger le respect pour que la célébration du mariage soit valide⁹. Il suffit, pour en assurer la validité, que ces conditions aient un lien logique avec le sujet «célébration du mariage», un «rational, functional connection¹⁰.»

La jurisprudence a admis la compétence fédérale sur les empêchements au mariage¹¹ et la capacité des personnes divorcées à contracter un nouveau mariage¹². Les questions de consentement parental et d'âge minimal sont pour leur part sujettes à controverse.

Dans *Kerr v. Kerr*¹³, la Cour suprême du Canada a reconnu, sur division, la compétence des provinces pour exiger le consentement des parents d'un enfant mineur désireux de contracter mariage, car ne touchant pas le sujet «capacité des parties». Selon le juge Duff:

«It is within the power of a province to say that a given requirement shall be absolute in marriages of one class of people, while it may be dispensed with in other marriages¹⁴.»

Il ajoute cependant dans la phrase suivante que cela ne peut aller au point où une province pourrait adopter une législation déguisée, i.e. qui, sous le couvert de porter sur la célébration du mariage, viserait en réalité la question du mariage et ses conditions de validité. Il laisse aussi entendre qu'il pourrait y avoir compétence fédérale sur le sujet «consentement des parents» en écrivant:

«I must not be understood as expressing the view that it would not be competent to the Dominion (....) to deprive minors (....) of the capacity to marry without the consent of their parents¹⁵.»

Mais il dit que cette question ne se pose pas en l'occurrence et qu'il n'a pas à la trancher. Ceci laisse tout de même prévoir qu'il pourrait s'agir d'une compétence mixte, et non exclusivement provinciale. Dans ce cas, en face

⁹ Ce raisonnement a été utilisé par le juge Pigeon dans *La Régie des services publics v. François Dionne*, (1978) R.C.S. 191. En traitant des entreprises telles celle de camionnage et de taxi qui doivent posséder un permis fédéral pour opérer un poste radio-émetteur, il écrit: «toutes ces communications sont indubitablement assujetties au pouvoir fédéral en matière de licences et il n'y a pas de limite pré-établie aux conditions qui peuvent y être attachées».

¹⁰ *Per Laskin in Papp v. Papp*, (1970) 1 O.R. 331, p. 335.

¹¹ Cf. *Teagle v. Teagle*, (1952) 3 D.L.R. 843 (B.C. Sup. Ct.), et *Re Schepull*, (1954) 2 D.L.R. 5 (High Ct.).

¹² *Hellens v. Densmore*, (1957) S.C.R. 768.

¹³ (1934) S.C.R. 72, 2 D.L.R. 369.

¹⁴ *Idem*, p. 75.

¹⁵ *Ibid.*

de législations contradictoires, la loi fédérale prévaudrait et la loi provinciale serait non pas invalide, mais inapplicable tant qu'elle serait en conflit avec la loi fédérale.

Quant à la question de l'âge minimal, il y a une décision reconnaissant une compétence provinciale¹⁶, mais elle est critiquée en doctrine¹⁷. Les juges y ont établi un parallèle avec la question du consentement des parents. Si la décision est correcte, on peut se demander s'il y a des limites aux conditions que peuvent poser les provinces avant qu'un permis de mariage soit émis ...

Les dernières sections de la *Loi 89* portant sur le mariage traitent des causes de nullité, des effets de la nullité, et des effets du mariage. Elles pourront être considérées valides dans la mesure où leur sujet véritable sera «la propriété» ou «les droits civils», et invalides si elles traitent directement de la question de la capacité des parties. À cet égard, la section «des causes de nullité» apparaît la plus vulnérable à une contestation judiciaire, car traitant du mariage des personnes déjà mariées, ou dont le consentement n'a pas été libre, ou impuissantes. Quelles questions peuvent se rapporter plus à la capacité des parties? À l'opposé, la section sur les effets du mariage semble constitutionnelle car traitant des droits et devoirs réciproques des époux, donc sûrement des «droits civils». La question des effets de la nullité d'un mariage est plus problématique. On peut prétendre que la compétence fédérale sur le mariage emporte aussi le pouvoir de déterminer les causes de nullité d'un mariage et les effets de cette nullité. D'un autre côté, cette partie de la loi semble porter sur les droits civils lorsqu'elle traite des relations parents-enfants¹⁸ et sur la propriété en précisant le sort des donations entre vifs et à cause de mort ...

Disons enfin, avant de passer à la question du divorce, que le chapitre huit de la *Loi 89*, sur la séparation de corps, est aussi d'une validité douteuse. Il n'y a pas de jurisprudence précise sur le sujet, mais la doctrine émet cette opinion en disant qu'il s'agit d'une question touchant l'affaiblissement du lien matrimonial et que seul le Parlement central, qui peut

¹⁶ *Ross v. MacQueen*, (1953) 2 D.L.R. 89 (B.C.).

¹⁷ Cf. par exemple L. Katz, *op. cit. supra*, note 6, p. 390.

¹⁸ Cependant dans *Re as to the Constitutionality of the Adoption Act*, (1938) S.C.R. 398, le juge Duff a parlé d'une «ancillary jurisdiction in respect of children which the Dominion may possess in virtue of the assignment to the Dominion Parliament by section 91 of the subject of Marriage and Divorce» (cf. p. 402). Une décision australienne a même reconnu la validité d'une loi fédérale portant sur la légitimation des enfants du fait du mariage de leurs parents et on y a dit que la compétence sur le mariage emporte celle sur les droits et obligations des personnes mariées, et de leurs enfants: *Att. Gen. of Victoria v. Australia*, (1962) 107 Comm. L.R. 529, p. 602 (High Ct.).

légiférer en matière de mariage, peut en traiter¹⁹. Il ne faudrait pas conclure hâtivement de ceci que les dispositions actuelles du *Code civil* sur la séparation de corps (arts 186 à 217) sont toutes invalides. Elles sont valides puisqu'elles existaient avant 1867²⁰ et restent en vigueur par l'effet de l'article 129 de l'*A.A.N.B.* 1867. Mais il se peut que le Parlement central soit seul compétent à les modifier.

Quant au divorce, plusieurs règles vues au niveau du partage des pouvoirs en matière de mariage sont également applicables. Il s'agit d'une compétence exclusive, et les provinces ne peuvent la toucher que très indirectement par le biais de l'exercice de leur pouvoir législatif sur la propriété et les droits civils. On peut affirmer d'emblée que les nouveaux articles 538 à 542 du *Code civil* portant sur les «causes du divorce» seraient déclarés par les tribunaux totalement invalides s'ils étaient en vigueur. Il s'agit là d'un empiètement fondamental sur la compétence fédérale, qui nie le principe même de l'exclusivité. On ne peut imaginer en effet une compétence sur le divorce qui ne comprendrait pas le pouvoir de déterminer les causes de divorce. Les articles 538 à 542 ne peuvent donc être valides que dans la mesure où les provinces auraient une compétence législative première sur la question du divorce.

C'est au niveau des pensions alimentaires et de la garde d'enfants que la question constitutionnelle se pose avec plus d'acuité. Elle surgit tant au niveau des mesures provisoires, i.e. pendant l'instance en divorce, que du jugement conditionnel de divorce. Le Québec prétend avoir une certaine compétence puisque les nouveaux articles 549 et 569 du *Code civil* prévoient que «Le tribunal peut ordonner à l'un des époux de verser à l'autre une pension alimentaire provisoire» et «au moment où il prononce le divorce ou postérieurement, le tribunal statue sur la garde, l'entretien et l'éducation des enfants...». La *Loi sur le divorce*²¹ traite aussi de ces matières, et de façon encore plus complète. L'article 10 prévoit qu'au niveau des mesures accessoires, le tribunal (au Québec, la Cour supérieure) peut ordonner le paiement d'une pension alimentaire et se prononcer sur la garde des enfants. L'article 11, sur le jugement conditionnel de divorce, contient des dispositions semblables. Il accorde au tribunal le pouvoir de rendre des ordonnances de façon à assurer à l'un des conjoints le paiement d'une

¹⁹ Cf. *Power on Divorce*, Toronto, Carswell, 1964, pp. 1-2, et J.H. BLUMENSTEIN, *op. cit. supra*, note 6, p. 586. Leur opinion s'appuie aussi sur le fait que la *Matrimonial Causes Act*, 1857, soit la première loi anglaise sur le divorce, traite aussi de la séparation de corps, et il n'y a pas de raison de croire qu'on n'a pas voulu donner aussi cette compétence législative au parlement central en 1867.

²⁰ Rappelons-nous que le *Code civil* fut adopté en 1866.

²¹ S.R.C. 1970, c. D-8.

somme nécessaire pour son entretien et «une ordonnance pourvoyant à la garde, à l'administration et à l'éducation des enfants du mariage²²».

Qu'en est-il du pouvoir législatif? La question n'est pas facile. Il y a plusieurs façons de l'envisager. On peut raisonnablement avancer que tout ce qui touche la garde des enfants et la pension alimentaire fait partie de la façon incidente ou ancillaire de la compétence fédérale sur le divorce et lui revient donc en exclusivité. Mais il est aussi possible de prétendre qu'il s'agit de sujets relevant essentiellement des droits civils, donc de la compétence exclusive des provinces, de sorte qu'il leur serait possible de légiférer sur ces questions de façon incidente ou accessoire lorsqu'elles sont reliées au divorce.

En 1966, lors des débats du Comité spécial mixte sur le divorce, un juriste aussi éminent que M. Elmer A. Driedger, alors sous-ministre de la Justice, admit qu'il ne savait pas où la ligne de démarcation devait être placée:

«Alimony is one thing, but when you get on to support and maintenance of children, the further you go into the area of property and civil rights the further you perhaps get away from federal jurisdiction and there may be a twilight area here. I do not know where to draw the line²³.»

Dans une lettre subséquente au comité, il précisa sa pensée. À son avis, il est vrai qu'une province peut légiférer en général sur les relations entre époux et entre parents et enfants, puisqu'il s'agit très sûrement de droits civils. Mais dans le cadre de procédures relatives au divorce, ces questions ressortissent à la compétence fédérale car elles concernent sûrement des droits et obligations découlant de la rupture du lien matrimonial²⁴. M. Driedger semble donc pencher vers le premier membre de l'alternative mentionnée plus haut.

Deux décisions notables ont été rendues sur ce sujet. Une première vient de la plume du juge Laskin, alors qu'il était juge à la *Court of Appeal* d'Ontario²⁵. Il reconnut explicitement la validité de toutes les dispositions de la *Loi sur le divorce* concernant la garde des enfants²⁶. Il commença par rappeler que cette loi ne cherchait pas à traiter globalement de la question de la garde des enfants, mais seulement en tant que mesure accessoire au

²² *Idem*, art. 11(1)(c).

²³ Débats du Comité spécial mixte sur le divorce, 28-6-66, n° 1, p. 17-8. Propos rapportés par F.J.E. JORDAN, «The Federal Divorce Act (1968) and the Constitution», (1968) 14 *McGill L.J.* 209, p. 248.

²⁴ F.J.E. JORDAN, *op. cit.*, note 23, p. 248.

²⁵ *Papp v. Papp*, (1969) 8 D.L.R. (3d) 389.

²⁶ Soit les articles 10(b) et 11(1)(c).

divorce²⁷. C'est pour cette raison que ses articles pertinents sont valides: la théorie dite de l'empiétement, ou dite des pouvoirs incidents ou ancillaires permet au Parlement central d'empiéter jusqu'à un certain point sur la compétence provinciale sur les droits civils²⁸. Mais il y a plus: la raison principale pour laquelle les articles relatifs à la garde des enfants sont constitutionnels est que leur sujet véritable relève fondamentalement du divorce, et non de droits civils. Ils font partie intégrante d'une législation complète sur le sujet du divorce:

«(...) the legislation must be taken as a whole and evaluated from the standpoint of its coherency as an integrated federal scheme.

I can pose the issue shortly, if not more illuminatingly, by asking whether the custody provisions of the *Divorce Act* complement rather than supplement the admittedly valid divorce portions²⁹.»

Ainsi, la question correctement posée ne consiste pas à déterminer abstraitement jusqu'à quel point il est possible pour le parlement central d'empiéter sur le sujet «les droits civils» mais la mesure dans laquelle ce sujet fait partie de la compétence fédérale prééminente³⁰. Les dispositions sur la garde des enfants sont valides parce que liées de façon logique et fonctionnelle aux effets juridiques du mariage et de sa dissolution³¹.

L'opinion du juge Laskin a été reprise quelques années plus tard par la Cour suprême du Canada dans *Zacks v. Zacks*³². L'une des questions soulevées était de nature constitutionnelle et mettait en jeu la validité des dispositions de la *Loi sur le divorce* sur les pensions alimentaires³³. Le juge Martland la formula ainsi:

«... si ces sujets (pension alimentaire, entretien et garde d'enfants) qui, en eux-mêmes, peuvent être considérés comme des droits civils, peuvent faire l'objet de lois votées par le Parlement du Canada, lorsqu'il s'agit des conséquences d'un divorce, pour le motif qu'ils seraient inséparables de sa compétence à promulguer des lois régissant le changement de statut résultant de la dissolution d'un mariage³⁴.»

²⁷ Cf. *supra*, note 25, p. 393.

²⁸ Ceci par le jeu du tout dernier paragraphe de l'article 91 de l'*A.A.N.B.* 1867.

²⁹ Cf. *supra*, note 25, p. 394.

³⁰ *Idem*, p. 394. Cette prééminence vient non seulement du dernier paragraphe de l'article 91 mais de l'expression «nonobstant toute disposition du présent acte» contenue dans le premier paragraphe du même article.

³¹ Mentionnons cependant que le juge Laskin laisse entendre qu'en l'absence de législation fédérale sur le sujet, la question de la garde des enfants relèverait de la compétence provinciale: cf. *supra*, note 25, p. 393. Cette opinion n'est pas explicitée.

³² (1973) R.C.S. 891, 35 D.L.R. (3d) 420.

³³ Il s'agit des articles 10(a), 11(a) et 12.

³⁴ *Op. cit. supra*, note 32, p. 900.

Le juge y répondit affirmativement et on trouve les motifs dans la formulation même de la question. Il se basa sur l'opinion du juge Laskin vue plus haut et sur la phrase suivante, tirée de la décision *Jackson v. Jackson*:

«... le pouvoir de rendre une ordonnance visant l'entretien des enfants du mariage est nécessairement accessoire à la compétence en matière de divorce³⁵.»

Le juge Martland ajouta qu'un raisonnement analogue devait s'appliquer aux pensions alimentaires. Enfin, il rappela que dans la toute première loi anglaise sur le divorce, le *Matrimonial Causes Act*³⁶, des dispositions concernaient les questions relatives au paiement d'une pension alimentaire et à la garde des enfants. Il est logique que ces sujets soient inclus dans la compétence fédérale sur le divorce³⁷.

Enfin, dans *Lapointe v. Klint*³⁸, la Cour suprême, toujours par la plume du juge Martland, reconnut à un époux le droit de réclamer une pension alimentaire de son conjoint même après la décision du tribunal accordant un jugement conditionnel de divorce, et que ce jugement soit devenu irrévocable³⁹.

II.- L'EXCLUSIVITÉ DE LA COMPÉTENCE FÉDÉRALE SUR LE DIVORCE.

Il n'est pas dans notre intention de faire une étude complète et à caractère général du concept d'exclusivité du partage des compétences législatives en droit constitutionnel canadien. Nous voulons simplement attirer l'attention du lecteur sur le fait qu'il existe présentement une controverse à ce sujet au sein de la Cour suprême du Canada et que si l'opinion du juge Laskin devait prévaloir, la possibilité pour une province d'empiéter même indirectement et accessoirement sur un sujet de compétence fédérale sera grandement réduite, si ce n'est même éliminé.

³⁵ (1973) R.C.S. 205, p. 211.

³⁶ 1857 U.K. c. 85.

³⁷ *Op. cit. supra*, note 32, p. 902. Et cf. à ce sujet F.J.E. JORDAN, *op. cit. supra*, note 23, p. 250.

³⁸ (1974) 47 D.L.R. (3d) 474.

³⁹ La question que nous venons d'étudier, il faut bien l'admettre, n'est pas aussi simple que ce que notre texte laisse croire. Il y a effectivement eu des décisions reconnaissant une compétence provinciale sur les pensions alimentaires: *Rousseau v. Rousseau*, (1920) 3 W.W.R. 384; *Holmes v. Holmes*, (1923) 1 D.L.R. 294; de même sur la garde des enfants: *Lee v. Lee*, (1920) 54 D.L.R. 608. Il faut cependant noter que ces décisions traitaient du pouvoir des provinces de légiférer sur ces questions en général, et non spécifiquement dans le contexte du divorce, et qu'il n'y avait pas à ce moment la loi fédérale traitant de la pension alimentaire et de la garde des enfants.

Il nous semble que la pensée du juge en chef de la cour peut être exposée en deux temps. Il adopte tout d'abord une position stricte quant à l'interprétation à faire de l'étendue d'un pouvoir délégué. Lorsqu'un tel pouvoir est donné en termes suffisamment larges qu'il puisse servir éventuellement à empiéter sur une compétence fédérale, il doit être déclaré *ultra vires* de la législature provinciale.

On trouve un premier exemple de cette position dans la décision concernant la «guerre des œufs» au Manitoba: *Le Procureur général du Manitoba v. Manitoba Egg & Poultry Association*⁴⁰. La Cour suprême devait donner un avis consultatif sur la validité d'un plan provincial de commercialisation des œufs. Il couvrait la mise en marché de tous les œufs se trouvant au Manitoba et prévoyait que cette mise en marché devait se faire par l'entremise d'un office provincial. Le plan était valide dans la mesure où il ne permettait pas le contrôle direct du commerce inter-provincial des œufs, i.e. la possibilité d'importer des œufs dans la province et d'en exporter.

Ce qui nous importe ici est que le plan, de par la loi et le règlement en jeu, s'appliquait aux «producteurs». Ce terme était défini dans le règlement. De l'avis du juge Martland:

«Ce mot ne se limite pas spécialement, de par les termes utilisés, aux personnes qui, au Manitoba, étant propriétaires de poudeuses domestiques, mettent des œufs en marché⁴¹.»

Il était donc assez large pour viser des producteurs se trouvant en Saskatchewan ou en Ontario. On sait que les provinces ne peuvent adopter de législation à portée extraterritoriale⁴². En appliquant la règle dite du *reading down*, il en conclut que le plan ne pouvait être déclaré invalide pour ce seul motif. Il fallait plutôt l'interpréter comme visant uniquement les producteurs du Manitoba⁴³. P.W. Hogg explique cette règle d'interprétation ainsi:

«.... general language in a statute which is literally apt to extend beyond the power of the enacting Parliament or Legislature will be construed more narrowly so as to keep it within the permissible scope of power^{43a}.»

⁴⁰ (1971) R.C.S. 689, 19 D.L.R. (3d) 169. Nous utiliserons la traduction parue dans H. MARX, *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle au Canada*, Montréal, P.U.M., 1974, p. 348 ss.

⁴¹ H. MARX, *idem*, p. 349.

⁴² Cf. article 3 du Statut de Westminster, 1931, 22 Geo. V, c. 4, *a contrario*.

⁴³ H. Marx, *op. cit. supra*, note 40, p. 349.

^{43a} Cf. P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1977, p. 90.

Le juge Martland conclut tout de même à l'invalidité du texte législatif examiné car il s'agissait d'un plan s'appliquant à tous les œufs mis en marché au Manitoba, et destiné à restreindre les échanges commerciaux entre les provinces.

Le juge Laskin, il est vrai, ne traite pas directement de la question du sens à accorder au terme «producteur». Dans un sens, elle ne se pose pas vu la généralité des termes employés dans la loi:

«Bien que l'accent soit placé sur la réglementation des producteurs et distributeurs du Manitoba (...), le plan couvre tant les «personnes» que les producteurs, c'est-à-dire ceux qui, à l'extérieur de la province, sont des producteurs ou distributeurs qui cherchent à s'introduire sur le marché manitobain⁴⁴...»

Rien n'incitait donc à restreindre la portée des termes utilisés par le législateur. Quant au moyen utilisé par le Gouvernement pour demander l'avis de la cour, il nota la portée étendue du projet législatif, et dit regretter ne pas avoir eu en preuve des éléments montrant l'étendue du commerce des œufs dans les provinces concernées. Si par exemple les œufs en provenance d'une autre province représentaient une part insignifiante du marché manitobain, il serait logique d'interpréter le plan comme ne visant que les producteurs manitobains. Tout ceci semble en accord avec la façon de voir du juge Martland. Mais il ajoute:

«Si, par contre, ces œufs retiennent une part importante du marché manitobain, le plan législatif (...) pourrait à bon droit être considéré comme visant les œufs en provenance de l'extérieur de la province. À cet égard, ce serait la validité ou l'invalidité du plan qui serait en jeu et non la possibilité de l'interpréter comme ne s'appliquant qu'à la distribution et à la consommation dans les limites de la province des œufs produits dans la province^{44a}.»

Il nous semble qu'il répond ici à son collègue. Pour le juge Martland il suffit, pour rester dans la légalité constitutionnelle, qu'un organisme n'utilise pas les pouvoirs qui lui sont conférés de façon à empiéter sur la compétence législative de l'autre parlement. De l'avis du juge Laskin, le seul fait qu'un pouvoir empiète sur une compétence peut rendre invalide le texte législatif dont il découle.

Un raisonnement analogue est utilisé dans la décision *McNeil*⁴⁵. Il s'agissait de savoir si le «bureau de surveillance du cinéma» de Nouvelle-Écosse avait constitutionnellement le pouvoir d'interdire la projection du film «Le dernier tango à Paris» dans cette province.

⁴⁴ M. MARX, *op. cit. supra*, p. 360.

^{44a} *Idem*, p. 353.

⁴⁵ *The Nova Scotia Board of Censors et al. v. McNeil*, (1978) 2 R.C.S. 662.

L'argument principal du défendeur était que la loi provinciale en jeu et le règlement en découlant empiétaient sur la compétence fédérale sur le droit criminel en cherchant à réglementer des questions telles la moralité publique et l'obscénité⁴⁶. Au cours des arguments, il fut montré que l'organisme de réglementation n'avait pas fourni de motifs à sa décision de ne pas autoriser la projection du film, et que la loi contenait une délégation très générale de pouvoirs en ne précisant pas les critères pouvant guider le bureau de surveillance lors de la prise d'une décision.

Sur cette question, les juges majoritaires, représentés par le juge Ritchie, disent d'abord que tous les juges de la cour d'appel ont semblé convaincus que la décision d'interdire la projection du film était fondée sur des raisons morales, et «il me semble que c'est manifestement le cas⁴⁷». Ils ajoutent plus loin:

«Il est vrai que la loi n'impose aucune restriction au pouvoir de la Commission et qu'on pourrait en déduire que la censure *pourrait* toucher certains des droits énumérés par le juge d'appel MacDonald. Mais compte tenu de la présomption de validité constitutionnelle dont j'ai parlé, on ne peut en conclure que la Loi vise à porter atteinte à un ou à plusieurs de ces droits⁴⁸.»

Le juge Laskin ne l'entend pas du tout de cette façon. Il cite d'abord la décision *Saumur v. Soll. Gén. du Québec* où on trouve le passage suivant, traitant d'un règlement:

«La validité du règlement ne doit pas être jugée du point de vue des cas auxquels on pourrait limiter son application mais en fonction des termes très généraux de son texte⁴⁹.»

Appliquant cette règle au cas soumis, il constate que le bureau pourrait utiliser des critères moraux, mais aussi politiques, sociaux ou religieux⁵⁰. Il cherche en réalité à s'appropriier le droit d'empêcher le public de voir des films considérés par lui comme immoraux, «indécents et probablement obscènes». Or la définition de l'obscénité et de ce qui peut moralement être montré dans les films relève de la compétence fédérale exclusive sur le droit criminel⁵¹. On devine immédiatement le sens de sa décision...

Le second volet de la position du juge Laskin sur le pouvoir des provinces d'empiéter sur les compétences fédérales apparaît dans la décision *Kellogg*⁵². Cette compagnie contestait la validité d'une disposition d'un

⁴⁶ Cf. arts 159 et 163 C. Cr.

⁴⁷ Cf. *supra*, note 45, p. 690.

⁴⁸ *Idem*, p. 700.

⁴⁹ (1953) 2 S.C.R. 299, p. 339.

⁵⁰ Cf. *supra*, note 45, p. 680.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Le Solliciteur général du Québec v. Kellogg Co. of Canada Ltd.*, (1978) 19 N.R.

règlement adopté en vertu de la *Loi de la protection du consommateur*⁵³ interdisant toute publicité destinée aux enfants employant des dessins animés. Elle produisait en Ontario des messages publicitaires télévisés relayés jusqu'au Québec. L'un de ses arguments était que l'article incriminé empiétait sur la compétence sur la radiodiffusion reconnue exclusivement fédérale dans *Capital Cities Communications v. C.R.T.C.*⁵⁴. Remarquons que le règlement était édicté en termes généraux et visait toute forme de publicité, sans mentionner ou viser spécifiquement la publicité télévisée. Cela n'a pas empêché le juge Laskin d'écrire:

«Ce n'est pas parce que la législation et le règlement provinciaux en question sont en termes généraux qu'il est permis à la province d'étendre son interdiction en matière de publicité à un moyen qui ne relève pas de sa compétence législative⁵⁵.»

Cette position correspond à celle prise dans la décision *McNeil*. Mais il va ensuite beaucoup plus loin en affirmant qu'il n'y a aucun pouvoir d'empiètement, même indirect ou accessoire, reconnu par la constitution aux provinces. Il n'appartient qu'au parlement central:

«La thèse de l'appelant dans cette affaire revient à l'assertion par la province d'une sorte de pouvoir accessoire (...) cela n'a jamais fait partie de nos règles constitutionnelles (...). Dans la mesure où l'on peut dire que l'A.A.N.B. reconnaît un pouvoir accessoire ou pouvoir de décréter des dispositions nécessairement accessoires aux pouvoirs énumérés, ce pouvoir n'appartient qu'au Parlement du Canada⁵⁶.»

Il n'explicite pas son opinion mais on peut penser qu'elle repose sur le dernier paragraphe de l'article 91 prévoyant effectivement la possibilité d'un empiètement sur les compétences provinciales, alors qu'aucune disposition analogue ne se retrouve dans l'article 92.

Quoi qu'il en soit, l'opposition semble irréductible entre le juge Laskin et certains de ses collègues. On peut le montrer en rapportant deux citations. Dans l'affaire *Le Procureur général du Canada et al. v. Claire Dupont et al.*⁵⁷, la défenderesse contesta la validité du règlement anti-manifestation de la ville de Montréal au motif qu'il empiétait sur la compétence fédérale sur le droit criminel. Le juge Beetz, au cours de l'exposé de son opinion, a écrit:

«Dans l'exercice de leur propre compétence, les provinces peuvent constitutionnellement compléter la législation fédérale⁵⁸.»

⁵³ L.R.Q., c. P-40.

⁵⁴ (1978) 18 N.R. 181. Voir aussi *La Régie des services publics v. François Dionne*, (1978) 18 N.R. 271.

⁵⁵ *Op. cit. supra*, note 52, parag. 13.

⁵⁶ *Idem*, parag. 14 et 15.

⁵⁷ (1978) 2 R.C.S. 770.

⁵⁸ *Idem*, p. 794.

Le juge Laskin avait pourtant dit dans la décision *McNeil*:

«Au mieux, la législation contestée a pour but de compléter le droit criminel édicté par le Parlement, ce qui est interdit⁵⁹.»

Il ne nous appartient pas de tenter de trancher ce conflit. Nous avons voulu seulement en montrer l'existence, et faire réaliser que si l'opinion du juge Laskin finit par prévaloir⁶⁰, l'étendue des compétences législatives provinciales sera davantage restreinte. On en devine les conséquences au niveau de la loi que nous étudions. C'est qu'il y aura encore des dispositions, en plus de celles que nous avons identifiées, dont la légalité pourra être contestée parce qu'elles peuvent avoir un impact indirect sur la compétence fédérale. On peut penser en l'occurrence aux dispositions sur les effets de la nullité du mariage (arts 431 à 439 tels que proposés), sur les effets du mariage entre les époux (arts 440 à 462), sur la séparation de corps (arts 525 à 535), sur tous les effets du divorce (arts 555 à 571), sur l'autorité parentale (arts 645 à 659) ... La seule planche de salut des provinces serait alors que les tribunaux déterminent qu'il s'agit là de domaines législatifs conjoints, où donc les provinces peuvent légiférer, du moins tant que le parlement central n'aura pas décidé d'envahir ce champ.

III.- LA SOLUTION ILLUSOIRE: LA DÉLÉGATION DE POUVOIRS.

Le dernier article de la «Loi 89» peut laisser croire que les obstacles à la mise en œuvre de ces dispositions essentielles vont être écartés à court terme. Il y aurait eu entente fédérale-provinciale sur le bien-fondé d'un transfert de pouvoirs législatifs et il ne resterait plus au gouvernement fédéral qu'à déposer devant le Parlement un projet de loi approprié. Pourtant telle n'est pas la situation. Il est exact de dire qu'en matière de droit de la famille, les pourparlers constitutionnels ont abouti à des ententes de principe, mais elles ne sont pas toutes finalisées. Ainsi à la fin de l'été 80, alors que toutes les discussions portaient sur le projet de résolution du Sénat et de la Chambre des communes destiné à «rapatrier» la constitution canadienne, deux provinces, dont le Manitoba, remettaient en cause les accords antérieurs et désiraient voir le parlement fédéral conserver entière juridiction sur le mariage et le divorce⁶¹. L'entente survenue entre Ottawa et les provinces ne porte d'ailleurs pas sur la totalité du droit de la famille: les propositions fédérales prévoient un changement de compétence législative en matière de mariage, mais seulement une prépondérance législative quant

⁵⁹ Cf. *supra*, note 45, p. 682.

⁶⁰ Dans les décisions vues dans la section 2, le juge Laskin était toujours dissident.

⁶¹ Cf. Le Devoir, 9-7-80, p. 1 et 10-9-80, p. 2.

au divorce⁶². On ne doit donc pas s'attendre à voir sous peu se réaliser les conditions permettant la mise en vigueur de l'ensemble des dispositions de la *Loi 89*.

Mais il y a plus. Il y a lieu de s'interroger sur les modalités de ce transfert de compétence législative, lorsqu'il y aura eu accord total de principe. Édith Guilbert, dans son article intitulé «Mariage et divorce: compétence bipartite préjudiciable» laisse entendre que trois voies pourraient être utilisées: une délégation de pouvoirs du parlement central aux provinces, l'adoption d'une législation identique au niveau fédéral et provincial, et une modification par le Parlement de Westminster à l'*A.A.N.B.* 1867⁶³. Nous soumettons que seul le dernier moyen avancé serait valide constitutionnellement.

À notre avis, il est totalement impossible pour le parlement central, même s'il le voulait, de déléguer globalement sa compétence législative sur le mariage et le divorce. Une situation analogue s'est présentée en Cour suprême en 1950 et le tribunal y a répondu par un non catégorique⁶⁴. Il s'agissait d'une entente, intervenue au lendemain de la seconde guerre mondiale, entre Ottawa et certaines provinces à l'effet de créer une compétence fédérale accrue en matière de relations ouvrières. En contrepartie, les provinces parties à l'accord se verraient déléguer des pouvoirs de taxer indirectement, ce qu'elles ne peuvent faire à l'heure actuelle⁶⁵.

Pas moins de six motifs ont été fournis par la Cour suprême pour expliciter son refus⁶⁶. L'un des plus importants est le principe de la suprématie de la constitution. Le juge Rinfret écrit à ce sujet:

«The Constitution of Canada does not belong either to Parliament or to the Legislatures; it belongs to the country (....) The country is entitled to insist that legislation adopted under section 91 should be passed exclusively by the Parliament of Canada⁶⁷....»

Ce principe semble si fondamental qu'il primerait celui de la souveraineté du parlement. C'est la constitution qui est vraiment suprême, et quand elle prévoit que des sujets de législation sont réservés «exclusive-ment» au parlement central ou aux provinces, il n'y a pas possibilité de passer outre à cette directive. Aucun parlement ne peut s'y soustraire, et le

⁶² Cf. *Le Devoir*, 21-8-80.

⁶³ (1969) 10 *C. de D.* 43, pp. 56-60.

⁶⁴ *A.G. of Nova Scotia v. A.G. of Canada et al.*, (1951) *R.C.S.* 31.

⁶⁵ Cf. *A.A.N.B.* 1867, art. 92(2) limitant les provinces à la taxation directe.

⁶⁶ Pour une excellente analyse de l'arrêt, voir P. BLACHE, «Délégation et fédéralisme canadien», (1976) 6 *R.D.U.S.* 235, pp. 239-256.

⁶⁷ Cf. *supra*, note 64, p. 34.

refus d'exercer une compétence en ne légiférant pas sur un sujet ne donne certes pas l'autorisation à l'autre parlement d'envahir ce champ législatif inoccupé.

Les seuls propos du tribunal pouvant apporter quelque'appui aux provinces concernent la nature législative des pouvoirs transférés. Les juges ne s'expriment pas de façon très nette ici et ne partagent pas tous le même avis, mais ils laissent voir que ce qui est reprochable surtout dans le projet de loi examiné est la tentative d'abdiquer tout pouvoir législatif sur un sujet. Une délégation moins globale serait mieux considérée, où le parlement central, par exemple, encadrerait législativement les pouvoirs délégués à un organisme provincial. Le juge Rand écrit:

«In the generality of actual delegation of its own agencies, Parliament (...) lays down the broad scheme and indicates the principles, purposes and scope of the subsidiary details to be supplied by the delegate: under the mode of enactment now being considered, the real and substantial analysis and weighing of the political considerations which would decide the actual provisions adopted, would be given by persons chosen to present local interests⁶⁸.»

Cet argument repose peut-être sur l'expression «l'autorité législative exclusive» trouvée au premier paragraphe de l'article 91 de l'A.A.N.B. 1867. Ce qui est réservé exclusivement au parlement central, c'est le pouvoir de légiférer, et rien d'autre. Tout autre transfert de pouvoirs n'est pas interdit. L'adjectif «législative» doit, à notre avis, être interprété restrictivement, de façon à donner son plein sens au principe de souveraineté du parlement. Les pouvoirs du parlement ne doivent être restreints que par des limitations contenues explicitement dans la constitution. Dans cette optique, il serait permis au parlement central de déléguer un pouvoir de faire des règlements. On sait aussi que la délégation oblique, i.e. celle faite non pas entre parlements, mais entre un parlement et un organisme créé par un autre parlement, est valide aux yeux des tribunaux⁶⁹.

Le second volet de la solution proposée par E. Guilbert consiste en l'adoption conjointe d'un projet de loi au niveau fédéral et provincial⁷⁰. On voit mal ce que cela pourrait apporter. Une loi fédérale sera valide tant que son sujet véritable portera sur le mariage ou le divorce. Une loi provinciale sur ces questions sera toujours invalide, du moins tant que l'A.A.N.B. ne sera pas modifié. Il est donc impossible, même en face de deux textes législatifs identiques, d'éviter un conflit de juridiction. La personne se trouvant face à une requête en divorce fondée sur la loi provinciale pourra

⁶⁸ *Idem*, p. 49.

⁶⁹ *P.E.I. Potato Marketing Board v. Willis*, (1952) 2 R.C.S. 392.

⁷⁰ Cf. *supra*, note 63, p. 58.

toujours soulever avec succès la question de son invalidité, même si les motifs de divorce sont absolument les mêmes au niveau de la loi fédérale.

Il semble bien que seul un amendement législatif venant de Londres puisse apporter les modifications souhaitées par plusieurs. Cela est compréhensible: c'est le parlement britannique qui a adopté l'*A.A.N.B.* 1867 et, sauf dérogation expresse contenue dans ce texte, il lui revient d'y apporter des modifications. Une autre difficulté peut cependant surgir à ce niveau. On connaît les problèmes rencontrés à l'heure actuelle par le gouvernement fédéral dans sa tentative de «rapatrier» la constitution, i.e. de trancher le lien législatif qui nous unit encore au Royaume-Uni en créant une formule domestique d'amendement. La question juridique qui se pose concerne l'interprétation à donner à l'article 4 du Statut de Westminster, 1931, à l'effet que toute législation britannique postérieure à cette date ne pourra être adoptée «à moins qu'il n'y soit formellement déclaré qu'elle a été édictée à la demande et avec l'assentiment dudit Dominion». Faut-il en comprendre qu'il suffit que les autorités fédérales canadiennes présentent une demande, ou doivent-elles au préalable avoir obtenu le consentement unanime ou au moins majoritaire des provinces? Les représentants des provinces canadiennes sont actuellement à plaider devant les tribunaux et les ministres britanniques que leur consentement est requis avant qu'une demande puisse être présentée au parlement britannique. S'ils devaient obtenir gain de cause complet, i.e. s'il apparaissait que le consentement unanime des provinces était exigé, un double désavantage s'ensuivrait. D'abord la formule domestique d'amendement prévue dans le projet de résolution du Sénat et de la Chambre des communes n'aura pas force de loi et il faudra continuer de s'adresser à Londres pour faire modifier l'*A.A.N.B.*⁷¹. D'autre part la règle de l'unanimité du consentement des provinces ferait qu'en pratique, il deviendrait presque impossible d'obtenir les modifications désirées au partage des pouvoirs législatifs en matière de mariage ou de divorce*.

⁷¹ Le gouvernement fédéral n'ayant pas obtenu le consentement des provinces avant d'élaborer le projet de résolution conjointe des deux chambres. Il ne serait donc plus possible d'effectuer un transfert de compétence législative en se servant des dispositions du projet de résolution, qui n'exigent pas le consentement unanime des provinces.

* La rédaction de ce texte a été complétée en juillet 1981.