

## Les Cahiers de droit



# Mariage et divorce: Compétence bipartite préjudiciable

Edith Guilbert

Volume 10, Number 1, 1969

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1004565ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1004565ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Guilbert, E. (1969). Mariage et divorce: Compétence bipartite préjudiciable. *Les Cahiers de droit*, 10(1), 43–60. <https://doi.org/10.7202/1004565ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1969

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

**Érudit**

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

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

# Mariage et divorce :

## Compétence bipartite préjudiciable \*

---

Edith GUILBERT †

Si ces deux termes mariage et divorce suscitent chez l'homme de la rue un concept d'antagonisme, ils évoquent en plus chez l'homme de loi un dualisme de compétences législatives.

Ainsi, depuis déjà 100 ans notre système juridique, en particulier celui du Québec à cause de ses ascendances napoléoniennes, est constamment déchiré entre deux compétences législatives, dû au partage juridictionnel établi par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. En effet, même si on a reconnu au Québec, lors de la conquête, un droit particulier essentiellement différent de la *common law* et même si on a confirmé par la suite cet état de chose, on ne semble pas comprendre que pour continuer à répondre à ses fins, ce droit doit être constamment modifié pour satisfaire aux besoins de ses sujets.

Or comme la valeur d'une nation repose sur l'intégrité et le développement sain de l'individu par le truchement du noyau familial, il est primordial de veiller à l'évolution normale de chacun des membres de ce noyau à l'aide de lois adéquates.

Au cours des ans, la vie juridique de la famille du Québec nous a été présentée à travers une structure autoritaire de type patriarcal.

---

\* Tiré du mémoire soumis par la Chambre des notaires de la province de Québec à la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada, en mars 1968. Publié avec l'autorisation de la Chambre des notaires de la province de Québec.

† Notaire, membre du comité spécial de la Chambre ayant présenté ce mémoire. Les autres membres étaient : M<sup>e</sup> Marcel GUY, notaire et professeur [actuellement doyen] de la faculté de Droit de l'université de Sherbrooke, président du comité, M<sup>e</sup> Christiane FLEURY, notaire à Pointe-Claire et M<sup>e</sup> Michel HÉRU, notaire à Sainte-Thérèse.

Ce caractère typique de la famille québécoise s'estompa peu à peu en accordant à la femme une capacité juridique de plus en plus grande.

Toutefois, une étude exhaustive de la situation actuelle de la femme mariée au Québec nous permettrait sans doute d'apercevoir encore des ombres au tableau de l'évolution de la condition juridique de la femme québécoise.

Mais la législature provinciale n'est pas libre de reviser en son entier les structures de la société familiale et les rapports juridiques qui existent entre chacun des membres de cette société ; le gouvernement fédéral a également compétence dans ce domaine.

Le risque de l'inconstitutionnalité d'une intervention de la législature provinciale en ce domaine est susceptible de garder en veilleuse des réformes qui pourtant s'imposent. Certains doutent déjà de la constitutionnalité de certains articles du Bill 16 (Québec 1964)<sup>1</sup>.

D'autre part la politique de non-intervention du Parlement fédéral pratiquée en ce domaine depuis cent ans témoigne du sérieux de ce problème.

Et pourtant la pratique légale est aux prises quotidiennement avec le règlement de problèmes complexes qui nécessiteraient une intervention législative pour le plus grand bien de chacun des époux et des enfants.

## SECTION I

### Inconvénients du partage juridictionnel

La présente section, axée plus particulièrement sur les aspects pratiques de l'étude du « mariage et divorce », cherchera à établir que la compétence actuelle du Parlement fédéral en ce domaine crée de nombreux problèmes dans notre droit civil québécois, d'abord, du fait de l'inaction du Parlement fédéral en matière de mariage, puis, du fait de l'incohérence législative et judiciaire qu'entraîne sa compétence exclusive sur le divorce, et enfin du fait que toute réforme profonde dans le droit du mariage et de la famille paraît compromise.

#### A) Inaction du Parlement fédéral en matière de mariage

Cette attitude du Parlement fédéral qui ne s'est démentie que très rarement, soit en 1932, par une modification à l'article 125 du Code

<sup>1</sup> Jean GOULET, « La constitutionnalité du Bill 16 ; un essai de détermination du droit substantif en matière de mariage ». (1965) VI, 2 *C. de D.*, p. 2.

civil ayant trait au mariage entre certaines personnes alliées<sup>2</sup> n'est pas de nature à faire progresser notre droit du mariage et de la famille.

En 1963, il intervint<sup>3</sup> pour simplifier les procédures d'annulation ou de dissolution du mariage ; ce fut là des modifications sans importance ou presque par rapport au sujet traité ici.

Avec la nouvelle loi sur le divorce<sup>4</sup> on abroge cette loi sur l'annulation ou la dissolution du mariage ; or le divorce vient dissoudre le mariage et non l'annuler, quid de l'annulation maintenant ?

Justifiée sans doute par la conscience qu'a le législateur fédéral de son impuissance à traduire les aspirations du Québec<sup>5</sup>, cette attitude négative du Parlement fédéral résulte aussi des difficultés de cerner le domaine de sa compétence : la propriété et les droits civils ainsi que les législations de nature locale et privée n'ont-ils pas été réservés à la compétence des provinces (AANB, art. 92, 13<sup>e</sup> et 16<sup>e</sup>), faisant par là du pouvoir fédéral sur le mariage et le divorce (AANB, art. 91, 26<sup>e</sup>) un pouvoir d'exception dont l'étendue est encore restreinte par le pouvoir des provinces en matière de célébration du mariage (AANB, art. 92, 12<sup>e</sup>) ? Déjà le rapport étroit existant entre mariage et célébration du mariage rend difficile toute intervention législative dont la constitutionnalité risque d'être soulevée<sup>6</sup>. Ainsi le consentement des parents au mariage de leur enfant mineur est-il une question relevant de la législation provinciale, puisqu'il s'agit de célébration du mariage, ou relève-t-il au contraire du Parlement fédéral puisqu'il s'agit aussi d'une condition de validité du mariage ? La modification apportée à l'article 121 C.c. en 1929, concernant le mariage de l'enfant naturel mineur est-elle en ce sens valable ?

Que dire alors du titre V du Code civil (art. 115 à 185) concernant les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage (chap. I), des oppositions au mariage (chap. III), des demandes en nullité de mariage (chap. IV), des obligations qui naissent du mariage (chap. V), des droits et devoirs respectifs des époux (chap. VI) et de la dissolution du mariage (chap. VII), ainsi que le titre VI du même code traitant de la séparation de corps. Où commence et où s'arrête la compétence du Parlement fédéral dans ces domaines de droits civils ? Peut-on sur des questions aussi intimement liées délimiter le domaine précis de chaque compétence ? L'expérience de ce partage, vieux de 100 ans, nous permet d'en douter.

<sup>2</sup> S.R.C. 1952, chap. 176.

<sup>3</sup> S.C. 1963, chap. 10.

<sup>4</sup> S.C. 1967-68, chap. 24.

<sup>5</sup> André MOREL, « Mariage et divorce dans l'ordre constitutionnel canadien », *Le Devoir*, 30 juin 1967, p. 12.

<sup>6</sup> C. F. DORION, *L'État et le mariage*, École société populaire, Montréal, 1931.

Si ce partage imprécis des compétences justifie en partie l'inaction du législateur fédéral, il engendre par ailleurs l'intervention timide du législateur provincial, dont la constitutionnalité de ses lois en ce domaine n'est certes pas acquise. Le 16 décembre 1954, ce dernier autorisait la femme à demander la séparation de corps pour cause d'adultère de son mari (art. 188). Cette législation, qui a eu pour effet de placer la femme sur un pied d'égalité avec son mari, est un empiètement sur la compétence fédérale et est par là inconstitutionnelle<sup>7</sup>. En outre la volonté arrêtée du législateur québécois en 1964 d'abolir le devoir d'obéissance de la femme à son mari et d'inviter ainsi la femme à la table des négociations et des décisions de la vie familiale soulève de nouveau tout le problème de l'inconstitutionnalité de son intervention pourtant tant attendue<sup>8</sup>. Il serait malheureux que la femme du Québec, victime depuis trop longtemps d'une société à caractère patriarcal, soit aujourd'hui en plus victime d'un partage juridictionnel désuet.

Les dispositions du Code civil relatives à la pension alimentaire et à la garde des enfants, à la suite d'une séparation de corps, seraient-elles, comme les causes de la séparation de corps, de compétence fédérale ? Les formalités de la demande en séparation de corps prévues aux articles 194 à 200 C.c. pourraient-elles être déclarées ancillaires à la compétence fédérale acquise sur la séparation de corps ?<sup>9</sup> Autant de questions qui rendent l'intervention provinciale, déjà peu fréquente, fort douteuse.

Si l'inertie du Parlement fédéral en matière de mariage s'est justifiée en partie par son impuissance à traduire les aspirations de la société familiale québécoise, et en partie par les difficultés d'établir le domaine de sa compétence, il en est résulté pour le droit québécois une législation hésitante et douteuse, dans un domaine où la femme est pourtant au premier plan de toute réforme. C'est pourquoi nous croyons devoir dénoncer avec fermeté cet état de stagnation de notre droit familial qui résulte du partage des juridictions en ce domaine. Toute la société en souffre et davantage encore chacun des membres qui la composent, la femme en tête.

## B) Incohérence législative et judiciaire en matière de divorce

S'il est vrai, par ailleurs, que le Parlement fédéral est intervenu en matière de divorce, sa législation ne fut pourtant pas plus heureuse pour le droit civil québécois et la famille québécoise.

<sup>7</sup> Jean GOULET, *loc. cit. supra*, note 1, p. 19 ; cf. aussi J. H. BLUMENSTEIN, « Matrimonial Jurisdiction in Canada », [1928] *R. du B. Can.*, p. 582 et F. J. E. JORDAN, « The Federal Divorce Act (1968) and the constitution », (1968) 14 *McGill L. J.*, p. 209.

<sup>8</sup> Jean GOULET, *loc. cit. supra*, note 1, p. 19 ; André MOREL, *loc. cit. supra*, note 5.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

Relevons en premier lieu l'incompatibilité apparente entre la loi fédérale du divorce et l'article 185 du Code civil proclamant l'indissolubilité du mariage.

Si nous ne pouvons pas, au nom de l'indissolubilité du mariage, refuser la priorité de la loi fédérale du divorce, il en est autrement lorsqu'on analyse les conventions faites entre époux en prévision de leur divorce (partage anticipé de communauté, pension alimentaire, etc.). Ces conventions, antérieures au divorce, sont alors contraires au principe d'indissolubilité du mariage, lequel à cet égard est une règle d'ordre public interne québécois<sup>10</sup>. Nos tribunaux, par application de ce principe, devraient annuler de telles conventions qui, pourtant, n'existent que pour pallier l'absence de textes prévoyant les effets du divorce.

Or, quels sont précisément les effets du divorce au Québec, puisqu'aucun texte de loi, ni fédéral ni provincial, ne les prévoit ? Il appartient aux tribunaux d'en décider ; les résultats, comme nous le verrons, ne sont pas des plus heureux.

Le divorce, étant une rupture complète du lien matrimonial, entraîne la rupture des effets civils reliés à ce lien, tels l'obligation alimentaire basée sur l'obligation de secours et assistance entre époux<sup>11</sup> (ce qui amène les époux prudents à faire des conventions en prévision du divorce dont nous parlions plus haut). Tels aussi les dispositions testamentaires et les produits de polices d'assurance-vie faites payables à l'épouse, en cette qualité. Ce qui se conçoit fort bien : la légataire ou bénéficiaire à-qualité perd le bénéfice du legs ou de l'assurance en perdant sa qualité d'épouse. De tels effets ne sont pas ceux de la séparation de corps puisqu'alors le lien matrimonial n'est pas rompu et que l'épouse ne perd pas sa qualité d'épouse.

Par ailleurs, certains des effets de la séparation de corps seront appliqués au divorce, notamment quant à la dissolution de la communauté de biens ayant existé entre les époux, rendant les époux divorcés copropriétaires indivis du patrimoine familial ; il en est de même quant à la garde des enfants au sujet de laquelle les tribunaux ont toujours appliqué les règles de la séparation de corps, la confiant au père ou à la mère ou encore à une tierce personne, selon que l'exige « le plus grand avantage de l'enfant » (art. 214 C.c.).

Certains autres effets appliqués au divorce, et dont nous allons maintenant parler feront voir cette incohérence législative et judiciaire, née du partage actuel des compétences et de la carence des textes relatifs aux effets du divorce.

<sup>10</sup> Louis BAUDOIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, Dalloz, 1967, pp. 402-403.

<sup>11</sup> N.D.L'É. : Cf. cependant, les art. 11 et 12 de la nouvelle loi sur le divorce.

Ainsi le Code civil, aux articles 208 et 209, prévoit que la femme adultère peut être déchue par le tribunal de son droit de demander le partage de la communauté et déchue aussi de son droit de se faire restituer sa dot et ses apports. Nos tribunaux<sup>12</sup> et nos auteurs<sup>13</sup> sont d'avis que ces sanctions imposées en matière de séparation de corps sont d'interprétation restrictive et ne sauraient par analogie ou autrement affecter les époux divorcés. L'exactitude de ce raisonnement n'est pas mise en doute ici, mais il révèle combien l'absence de textes indiquant les effets du divorce produit d'incohérence.

Pour avoir voulu éviter le divorce, le Code pousse directement la femme adultère à demander le divorce pour éviter d'être déchue de son droit au partage, déchéance non prévue pour le divorce, tandis que le mari bien avisé demandera la séparation de corps pour conserver tous les avantages que des textes d'un autre âge lui confèrent<sup>14</sup>.

La situation fautive dans laquelle se trouvent nos juges se vérifie encore lorsqu'il s'agit de décider du sort des donations et avantages consentis par contrat de mariage. L'article 211 du Code civil indique que l'époux contre lequel la séparation de corps est admise perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits. Cette sanction, comme celle des articles 208 et 209 ci-dessus mentionnés, ne saurait par extension s'appliquer aux époux divorcés. L'époux donateur devra donc, s'il veut bénéficier de cette sanction, obtenir un jugement en séparation de corps avant d'entreprendre des procédures en divorce. Car autrement les donations subsistent après le prononcé du divorce, même à l'égard du donataire coupable, à moins d'une condition résolutoire valablement stipulée ou la preuve de l'ingratitude du donataire selon les exigences de l'article 814 C.c. Le divorce n'entraîne pas davantage la déchéance du terme prévu à la donation faite à l'époux innocent<sup>15</sup>.

« Nos tribunaux, nous dit le juge A. Mayrand, doivent faire face à un dilemme ; ou bien pécher contre les règles normales d'interprétation en appliquant au divorce les règles propres à la séparation de corps, ou bien se résoudre à laisser subsister des donations ou des legs, contrairement aux règles de l'équité »<sup>16</sup>.

Cette situation imposée à nos juges n'en est que plus ridicule depuis la mise en vigueur de la nouvelle loi sur le divorce : désormais ce sera notre tribunal de droit commun qui aura juridiction pour entendre les causes de divorce.

<sup>12</sup> *Paradis v. Lemieux*, [1955] R.C.S. 282.

<sup>13</sup> Albert MAYRAND, « Effets du divorce sur les donations entre époux par contrat de mariage », (1961-1962) 64 *R. du N.* 85.

<sup>14</sup> Louis BAUDOUIN, *op. cit. supra*, note 10, p. 418.

<sup>15</sup> Albert MAYRAND, *loc. cit. supra*, note 13, p. 88.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

Ces anomalies ne plaident-elles pas fortement en faveur de l'intégration dans le droit civil québécois des règles concernant le divorce ?

### C) Réforme profonde du droit familial compromise

A l'heure où un Office provincial a été chargé d'étudier cette « crise de vieillissement » du Code civil, et de reviser toute la législation de ce code, il est un domaine du droit qui se ressent davantage de l'évolution de la société, non seulement au Québec mais dans toutes les législations du monde, et c'est le droit de la famille.

Des réformes apparaissent nécessaires dans notre droit familial. Ces réformes devront tenir compte de l'évolution de la pensée sur les problèmes de la sécularisation des actes de l'état civil, de la sécularisation du mariage, de la minorité et de ses mécanismes de protection, de la puissance paternelle, de l'âge de majorité, des séparations de fait de plus en plus nombreuses, de l'état de l'enfant naturel et de l'adopté, de l'insémination artificielle, de la mutabilité des conventions matrimoniales, de la liquidation et du partage du patrimoine familial, des successions *ab intestat*, de la création d'un tribunal familial, etc.<sup>17</sup>.

Ces réformes permettraient de revaloriser la famille alors que sa cohésion paraît douteuse, et donneraient aux membres qui la composent des cadres où leur évolution et leur épanouissement seraient facilités.

Toutes ces réformes débordent bien sûr le domaine strict du mariage et du divorce, mais à beaucoup d'égards y sont intimement liées. Bon nombre des projets de l'Office de revision du Code civil risquent de demeurer lettre morte aussi longtemps que le fédéral conservera sa compétence sur le mariage et le divorce.

MM. Faribault et Fowler ont insisté sur le caractère privé du mariage et divorce et sur la nécessité de le rapatrier :

« Au surplus, le mariage et le divorce sont des questions d'ordre essentiellement privé et personnel reliées directement aux droits de propriété, d'héritage et de succession. Il est difficile d'imaginer un sujet qui soit plus clairement d'intérêt local et privé. Nous croyons donc que c'est la compétence provinciale qui doit s'appliquer »<sup>18</sup>.

Nous croyons que la réforme en profondeur du droit familial du Québec ne pourra être menée efficacement qu'à la condition que le Québec ait en mains toute la juridiction relative au mariage et au divorce.

D'ailleurs, les raisons déjà centaines qui avaient entraîné un tel partage ne sont-elles pas aujourd'hui désuètes ?

<sup>17</sup> Louis BAUDOIN, « La famille face à un code moderne », [1967] *R. du B.*, 221 et ss.

<sup>18</sup> M. FARIBAULT et FOWLER, *Dir pour Un*, Montréal, Presses de l'université de Montréal, 1965, p. 89.



## SECTION II

**Désuétude du partage juridictionnel**

Les Pères de la Confédération, dans le partage des compétences entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales, ont été guidés par l'idée d'assurer le bon fonctionnement des provinces et la survivance de la Confédération.

Mais la réalisation d'une telle union n'allait pas de soi. En effet les différentes provinces, en se groupant dans un cadre fédératif, apportaient avec elles la richesse de leurs cultures propres, de leurs lois particulières, etc. C'est pourquoi, pour réaliser une union durable, il ne fallait pas d'emblée rejeter ou bannir l'une ou l'autre de ces deux grandes cultures ni l'un ou l'autre des systèmes juridiques qui régissaient les rapports des citoyens entre eux.

C'est dans la poursuite de ces objectifs que les Pères de la Confédération en arrivèrent à un compromis historique, mais non sans avoir au préalable partagé des vues fort différentes quant à la répartition des pouvoirs entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales, et en particulier quant au partage juridictionnel dans le domaine du mariage et du divorce.

Certains, en vue de sauvegarder l'intégrité du droit civil provincial, réclamaient une juridiction provinciale totale dans ce domaine du mariage et du divorce ; d'autres en vue d'assurer le bon accord interprovincial et par là la survivance de la Confédération réclamaient ce champ particulier de juridiction pour le Parlement fédéral.

Enfin pour apaiser les inquiétudes soulevées des deux côtés on décida de partager la juridiction dans ce domaine entre les deux pouvoirs et l'on rédigea les articles suivants sur le mariage et le divorce :

A.A.B.N. Art. 91 (26) :

« Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à... »

« Le mariage et le divorce : »

A.A.B.N. Art 92 (12) :

« Dans chaque province, la législature a le droit exclusif de légiférer sur les matières qui rentrent dans les catégories de sujets ci-après énumérés :... »

« 12. La célébration des mariages dans la province ».

Une analyse historique plus poussée de cette dichotomie juridictionnelle fait voir que les Pères de la Confédération n'avaient peut-être

pas voulu de façon aussi certaine confier au Parlement fédéral une juridiction totale sur le mariage et le divorce. D'autre part la plus plausible du partage juridictionnel en ce domaine semble avoir été un problème de religion.

### A) Interprétation du partage juridictionnel

Au premier abord en confrontant les articles 91, (26) et 92, (12) les juridictions semblent assez bien délimitées ; la législature provinciale a juridiction sur la célébration du mariage ; le Parlement fédéral, sur le mariage et sur le divorce.

La délimitation n'est pas aussi nette lorsqu'on se réfère en même temps à l'art. 92, (13) qui accorde à la province pleine juridiction sur la propriété et sur les droits civils.

En effet le mariage comme tel est un acte qui, une fois posé par deux personnes, vient modifier tout l'aspect juridique de leur vie pour ce qui regarde tant le droit des personnes que celui des biens.

Ainsi le mariage et les droits civils étant attribués à des juridictions distinctes, comment alors délimiter de façon précise le champ des juridictions fédérale et provinciale en ces domaines ?

Deux courants de pensée se sont dégagés quant à l'interprétation à donner à cette dichotomie juridictionnelle :

Une première interprétation avance que le *fédéral a juridiction totale sur le mariage et le divorce*. Une telle interprétation semble faire une grave entaille à l'article 92 (13).

Aussi au cours des débats parlementaires précédant le vote de l'adresse à Sa Majesté, re : l'adoption de l'A.A.N.B., on a entrevu ce danger.

« Le projet attribue les lois civiles et la législation sur la propriété aux législatures locales ; or, le mariage, comme contrat civil, fait nécessairement partie de ces lois et j'oserais presque même dire qu'il atteint le Code civil tout entier, comprenant, dans sa signification la plus large, tous les actes du mariage [...] ».

« [...] en un mot, toutes les conséquences possibles qui peuvent résulter du mariage par rapport aux conjoints, aux enfants et aux successions ».

« Si telle avait été la pensée des délégués, il faudrait autant dire que les lois civiles ne seront pas un des attributs de notre législature locale, et que ces mots : "La propriété et les droits civils" ont été placés par ironie dans la 15<sup>e</sup> section de la 43<sup>e</sup> clause du projet »<sup>19</sup>.

« [...] Je dis donc que si cette adresse est votée, on n'aura pas le droit de se plaindre si le gouvernement impérial adopte des dispositions pour dire que la législature fédérale aura le droit de statuer sur tout ce qui se rapporte au mariage et au divorce »<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> *Débats parlementaires sur la question de la Confédération*, Québec, 1865, p. 584.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 782.

C'est pourquoi lors de l'adoption de l'A.A.N.B., on ajouta une restriction au paragraphe 92, (12) accordant ainsi au pouvoir provincial la célébration du mariage. Mais le problème fondamental d'affrontement des art. 91 (26) et 92 (13) n'en demeure pas moins sans solution et dans le cas de l'exercice par le Parlement fédéral de sa juridiction sur le mariage et le divorce, on peut s'interroger sur la portée des pouvoirs ancillaires qui lui ont été reconnus. Ainsi, si le Parlement fédéral exerce sa juridiction sur le divorce, peut-il par voie de conséquence légiférer aussi sur la garde des enfants, la pension alimentaire ? En écartant ce point de vue dans une instance la Cour suprême semble admettre à *contrario* qu'il peut exister un tel pouvoir ancillaire pour le fédéral dans certains cas :

« The Starting point for the consideration of the statutes referred to us is this : in point of substantive law it is not disputed that the matters which are the subjects of this legislation are entirely within the control of the legislatures of the provinces. We are not concerned with any 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 Marriage and Divorce. Whatever may be the extent of that jurisdiction, we are not concerned with it here and I mention it only to put it aside [...] »<sup>21</sup>.

Pourrait-on rattacher à ce courant de pensée l'intervention du Parlement fédéral permettant le mariage entre certains alliés ?<sup>22</sup>

Mais un autre courant de pensée s'est aussi formé dès les débats parlementaires de 1865 et ce dernier était à l'effet que le *mariage et le divorce reviennent en définitive aux provinces par l'application de l'art. 92, (13)*.

Les partisans de cette école de pensée s'appuyaient sur un texte dont il nous a été impossible de vérifier la source mais qui, quand même semble avoir été déposé officiellement<sup>23</sup> et c'est l'hon. sol.-gén. Langevin qui expliquait :

« [...] en consentant à mettre le mot "mariage" après le mot "divorce", les confédératoires n'ont pas entendu ôter d'une main à la législature locale de ce qu'ils lui avaient donné de l'autre » [...] « Le mot mariage a été placé dans la rédaction du projet pour attribuer à la législature fédérale le droit de déclarer quels étaient les mariages qui seraient considérés comme valides dans toute l'étendue de la Confédération » [...] « Elle [la résolution déposée par le gouvernement] signifie qu'un mariage contracté dans n'importe quelle partie de la Confédération sera valide dans le Bas-Canada si les

<sup>21</sup> Reference re. *Authority to Perform Functions Vested by the Adoption Act, The Children Protection Act, The Children of Unmarried Parents Act, The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act of Ontario*, [1938] R.C.S. 398, à la p. 402.

<sup>22</sup> S.R.C. 1952, chap. 176.

<sup>23</sup> *Débats parlementaires, op. cit. supra*, note 19, p. 585.

contractants suivent les lois du pays où il aura lieu ; mais aussi qu'un mariage contracté dans une province contrairement à ses lois, quoique conforme aux lois d'une autre province, ne sera pas considéré comme valide »<sup>24</sup>.

et il ajoutait :

« L'interprétation donnée par moi en cette occasion est exactement celle qui lui a été donnée à la conférence de Québec. Il va sans dire que les résolutions soumises à cette hon. chambre ne renferment que les principes sur lesquels le bill ou la mesure de Confédération sera basée ; mais je puis assurer à l'hon. député que les explications que j'ai données l'autre soir, relativement à la question du mariage, sont parfaitement exactes, et que l'article de l'acte impérial qui y aura trait sera rédigé d'après l'interprétation que je lui ai donnée »<sup>25</sup>.

Ainsi dans l'esprit de certains des Pères de la Confédération le mariage et le divorce ne relevaient du fédéral qu'au point de vue droit international privé.

Et c'est peut-être pour cette raison que lors de l'adoption on supprima de l'art. 43 (15) des Résolutions de Québec les mots « excepté ce qui en est attribué au Parlement fédéral » pour en faire l'article 92 de l'A.A.N.B.

Certains auteurs dont Laskin optent pour cette façon d'envisager le partage en tentant de restreindre le pouvoir fédéral sur cette matière à un seul pouvoir résiduaire et ce en se basant sur les termes « pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada » énoncés à l'article 91 :

« Few, if any, laws could be made by Parliament for the peace, order, and good government of Canada which did not in some incidental way affect property and civil rights ; and it could not have been intended, when assuring to the provinces exclusive legislative authority on the subjects of property and civil rights, to exclude the Parliament from the exercise of this general power whenever any such incidental interference would result from it »<sup>26</sup>.

« The Federal powers are wholly residuary for the simple reason that the provincial powers are exclusive ; and the twenty-nine "enumerations" in section 91 cannot add to the residue ; they cannot take away from it. They are there, as I have pointed out, to satisfy the London Resolutions (N<sup>o</sup> 28). They have no meaning except as examples of the residuary power ; which must be as exclusive as is the grant of legislative powers to the provinces. The enumerated examples of the residuary power cannot occupy any special place ; they cannot be exalted at the expense of the residuary power, for that would "restrict the generality" of that power »<sup>27</sup>.

C'est probablement là l'interprétation qui se rapproche le plus des explications données par l'hon. sol.-gén. Langevin, et qui justifierait

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 395.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 584.

<sup>26</sup> Bora LASKIN, *Canadian Constitutional Law*, Carswell, 1951, p. 113.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 30.

la position de Sir John A. Macdonald qui croyait avoir évité dans cette répartition de pouvoirs tout conflit de juridiction.

D'ailleurs il est intéressant de noter que le Parlement fédéral a légiféré dans ce sens dans sa « Loi sur la juridiction dans les procédures de divorce »<sup>28</sup> permettant alors à l'épouse abandonnée et vivant séparée de son mari d'intenter des procédures en divorce dans la province où était domicilié son mari avant l'abandon et ce, pour les motifs donnant droit à ce divorce d'après la loi de cette province.

Laquelle de ces deux interprétations doit prévaloir ? Une étude plus approfondie encore serait nécessaire pour trancher le débat. Mais la tentation est grande de retenir cette dernière interprétation pour expliquer la politique de non-intervention pratiquée par le Parlement fédéral depuis cent ans au moins dans le domaine du mariage ; la même tentation devient plus forte en ce qui a trait au divorce, avec la nouvelle loi sur le divorce : en effet, on accorde à la Cour supérieure le pouvoir d'entendre ces causes, or si on conjugue l'art. 92 (13) et (14) A.A.N.B., avec les dispositions générales des règles de pratique établies en vertu de l'art. 19 de la nouvelle loi, il semble ressortir qu'au cas de carence de la loi fédérale, on puisera dans notre droit civil provincial.

Au-delà de ces interprétations toutes plus savantes les unes que les autres, dont l'imbroglio montre bien la désuétude de la règle, ne serait-il pas temps de reviser ce partage juridictionnel et, dans un fédéralisme nouveau, attribuer aux provinces cette juridiction particulière sur le mariage et le divorce qui fait un avec celle des droits civils dont elles sont déjà les gardiens ?

## **B) Problème de religion**

A l'époque de la Confédération, le divorce était impensable pour un catholique. Mais comme on était tenu d'en admettre l'existence au moins dans les autres provinces, le problème juridictionnel était posé.

L'hon. sol.-gén. Langevin s'en explique en ces termes sur cette question :

« Comme membre de la conférence, sans admettre ou créer un droit nouveau, et tout en déclarant comme je le fais en ce moment que, comme catholiques, nous ne reconnaissons pas le divorce, nous avons dû déterminer le corps législatif auquel serait laissé ce pouvoir que nous trouvions dans nos constitutions. Après mûre délibération nous résolûmes de le laisser à la législature centrale, croyant par là rendre moins facile une procédure qu'il est si aisé aujourd'hui d'exécuter.

<sup>28</sup> S.R.C. 1952, chap. 84.

[...] Nous l'avons trouvé, ce pouvoir, dans la constitution des différentes provinces, et ne pouvant le supprimer nous avons décidé qu'il serait relégué aussi loin de nous que possible »<sup>29</sup>.

Ainsi on pensa éloigner cette procédure le plus possible de notre province et la rendre moins accessible : ce qui fut une illusion, car le divorce relevant du fédéral, tout Québécois pouvait l'obtenir en suivant les procédures fédérales requises alors qu'en gardant ce domaine sous la juridiction provinciale il aurait été beaucoup plus facile de limiter l'exercice de ce droit.

D'autre part, la minorité non catholique vivant au Québec désirait se protéger contre la majorité d'un Québec monolithique sur le plan religieux. C'est par souci de conserver le privilège du divorce aux minorités non catholiques que M. Scoble explique pourquoi le divorce a été attribué au Parlement fédéral :

« Je respecte les convictions religieuses de ces messieurs, et comme protestant, je leur demande de respecter aussi les miennes. L'on doit se tolérer mutuellement les uns les autres ». [...] « Mais quant à l'État ou au gouvernement civil du pays, les protestants en général ne considèrent le mariage que comme un contrat dissoluble en certains cas ». [...] « Cette opinion ne doit blesser ni le jugement ni la conscience de nos amis les catholiques, car elle n'affectera ni ne changera en rien la forme ou la continuité de leurs liens matrimoniaux ; et à nous, protestants de cette province, ils accorderont sûrement cette liberté de conscience dont ils jouissent eux-mêmes à l'égard de l'institution du mariage »<sup>30</sup>.

Un député est même allé jusqu'à dire que l'une des raisons :

« pour lesquelles le gouvernement actuel a permis et accordé à la législature fédérale de décréter le divorce, c'est que les protestants du Bas-Canada n'auraient jamais, sans cela, donné leur appui à la mesure de Confédération proposée par nos ministres »<sup>31</sup>.

Il faisait même de cette concession de la part des catholiques un des piliers de la Confédération : et par le fait même un tremplin politique.

La force de cet argument de religion n'a plus la même signification probante après un siècle d'histoire canadienne.

Le Québec est de plus en plus une société pluraliste sur le plan religieux, bien que la majorité de sa population soit encore catholique.

Le catholicisme est vécu avec une nouvelle ouverture sur le monde. Les minorités non confessionnelles ou appartenant à d'autres confessions religieuses sont traitées avec le plus grand respect de leur liberté.

C'est d'ailleurs dans cet esprit que le législateur québécois, sur la recommandation de l'Office de révision du Code civil, s'apprête à modifier

<sup>29</sup> *Débats parlementaires*, op. cit. supra, note 19, p. 396.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 912.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 851, (l'hon. M. Laframboise).

sa loi relative à la célébration du mariage pour permettre à ceux qui le désirent de recourir valablement à la célébration civile de leur mariage <sup>32</sup>.

Présentement le Québec est cité en exemple au reste du Canada pour le respect accordé aux droits linguistiques et culturels de sa principale minorité d'expression anglophone. La préoccupation actuelle de notre gouvernement provincial aux fins de soumettre un projet de loi sur les droits linguistiques vient cristalliser une fois de plus cette renommée du Québec.

Cette attitude du Québec n'offre-t-elle pas aujourd'hui des garanties suffisantes de protection des droits de sa minorité qu'il faille encore s'inquiéter de l'usage qu'il ferait d'une juridiction exclusive en matière de mariage et de divorce ?

## CONCLUSION

### Rapatriement et modalités

Ayant constaté, dans les sections précédentes, les inconvénients et la désuétude du partage des pouvoirs en matière de divorce et de mariage, nous en arrivons à la conclusion que le Québec, principalement à cause du particularisme de son droit civil, devrait pouvoir légiférer en toute liberté en matière de mariage et de divorce.

Une telle solution, même si la prise de conscience du problème n'est pas généralisée dans le public, est souhaitée par plusieurs juristes, journalistes et hommes politiques, non seulement pour le Québec mais aussi pour toutes les provinces.

« Il faudrait tout d'abord le rapatrier dans l'État du Québec à titre de loi, ce qui doit être faisable étant donné que le mariage est un contrat et aussi une institution de droit privé » <sup>33</sup>.

« A cause de son régime particulier de droit privé, le Québec a des motifs plus impérieux qu'aucune autre province pour ne pas vouloir s'accommoder plus longtemps de la situation présente » <sup>34</sup>.

« Au surplus, le mariage et le divorce sont des questions d'ordre essentiellement privé et personnel reliées directement aux droits de propriété, d'héritage et de succession. Il est difficile d'imaginer un sujet qui soit plus clairement d'intérêt local et privé. Nous croyons donc que c'est la compétence provinciale qui doit s'appliquer » <sup>35</sup>.

<sup>32</sup> *N.D.L'É.* : Cette loi a déjà été sanctionnée. Cf. *Loi concernant le mariage civil*, S.Q. 1968, 3<sup>e</sup> sess., 28<sup>e</sup> lég., Bill 77. Voir des observations à propos de cette loi, *infra*, p. 209.

<sup>33</sup> Louis BAUDOIN, *loc. cit. supra*, note 17, p. 226.

<sup>34</sup> André MOREL, *loc. cit. supra*, note 5.

<sup>35</sup> FARIBAUT et FOWLER, *op. cit. supra*, note 18, p. 89.

« It is thus suggested that the Federal power over marriage and divorce be transferred to the Provincial Parliament. This suggestion is not novel, see : i) Senator J. F. Pouliot — Debates of the Senate, 3<sup>rd</sup> Session, 24<sup>th</sup> Parliament, vol. 108 N<sup>o</sup> 70 p. 1020 ; ii) Peace, Order and Good Government (A new constitution for Canada), O'Hearn p. 82, MacMillan 1964 ; iii) Ten to One — The Confederation Wager, Marcel Faribault and M. Fowler, 1965, The Canadian Publishers »<sup>36</sup>.

« L'autonomie provinciale a servi à peu près à toutes les sauces, mais jamais à rapatrier le divorce »<sup>37</sup>.

Si le pouvoir de légiférer en matière de divorce et de mariage est souhaitable pour les provinces, voire même nécessaire pour le Québec, il faut pouvoir le rapatrier. Comment ce transfert de compétence peut-il s'effectuer ? Deux modes généraux de rapatriement s'offrent à notre réflexion : un rapatriement relatif et un rapatriement radical.

#### A) Rapatriement relatif

Le rapatriement relatif présente les avantages d'une participation réelle des provinces à l'élaboration des législations relatives au divorce et au mariage ; mais il offre aussi l'inconvénient d'un contrôle absolu par le Parlement fédéral.

Ce rapatriement relatif peut s'effectuer selon l'une ou l'autre des deux modalités suivantes :

##### 1. Délégation de pouvoirs

Le Parlement fédéral pourrait déléguer ses pouvoirs aux provinces et en particulier à la province de Québec. Le Québec serait ainsi libre de modifier et de mettre à jour ses lois sur le mariage et de réglementer le divorce selon les besoins de sa population.

Cette idée est exprimée dans un article de G. R. Whitehead en ces termes :

« The Federal Parliament may delegate its powers (*Hodge v. The Queen*, 9 A.C. 117) and allow the Provincial Legislatures to determine not only the jurisdiction of the courts but also the substantive laws to be applied in deciding actions before such courts involving the subjects of marriage and divorce »<sup>38</sup>.

Une ligue de citoyens de la Colombie-Britannique suggère une procédure semblable :

« The other suggestion has been made by the Honorary First Vice-President of our league M<sup>r</sup>. G. V. Pelton, Q.C. This would require Ottawa to enact an enabling statute after the manner in which the old-age pension legislation was handled. It would then be the

<sup>36</sup> Glen ST-JOHN, *Jurisdiction over « Marriage and Divorce » under the Canadian Constitution*, (1966) McGill University.

<sup>37</sup> Maurice ROY, *Le Petit Journal*, 10 décembre 1967, p. 3.

<sup>38</sup> « Divorce Reform in Canada », (1966) 14 *Chitty's Law Journal*, p. 577.



function of every province to adopt legislation as permitted by that federal enabling act or leave things as they are [...] is was substantially the method advocated in the 1952 brief presented by the B.C. section of the Canadian Bar Association »<sup>39</sup>.

La question qui se pose dès lors est la suivante : cette délégation de pouvoirs est-elle permise ?

Selon Dawson, si le Parlement fédéral ou les législatures provinciales pouvaient déléguer leur pouvoir cela équivaldrait à pouvoir amender la Constitution.

« There is, however, one important implied constitutional limitation on the delegation of legislative powers which arises from the nature of the constitution itself, namely, that in all likelihood neither Dominion nor province can delegate its powers to the others. Such a change, if permitted, with in effect be an amendment to the British North America Act. This is by no means a purely theoretical point. Both Dominion and provinces have time and again run into difficulties because the jurisdiction of the one alone was not complete enough to enable it to regulate adequately an entire operation »<sup>40</sup>.

Il semble bien que la délégation de pouvoirs est un moyen bien faible pour satisfaire les exigences de garantie des provinces en ce domaine parce qu'elle n'est peut-être pas permise, et si elle l'était, elle n'accorderait aux provinces qu'un pouvoir de légiférer bien instable, le Parlement fédéral conservant, en définitive, ses prérogatives constitutionnelles.

## 2. Adoption conjointe d'un projet de loi provinciale

Sans recourir à l'amendement constitutionnel, le gouvernement provincial pourrait prendre l'initiative de préparer un projet de loi complet sur le mariage et le divorce et le présenter pour adoption à chacun des deux pouvoirs législatifs, provincial et fédéral.

Cette procédure aurait l'avantage d'éliminer les risques d'inconstitutionnalité que nous avons déjà soulevés.

L'Ontario a déjà recouru à un semblable procédé pour l'adoption de sa loi de divorce (1930)<sup>41</sup>. Mais le fédéral vient de l'abolir de lui-même.

## B) Rapatriement radical

### Transfert de juridiction

La seule solution vraiment acceptable, à notre avis, est celle du rapatriement complet et définitif des pouvoirs sur le mariage et le divorce.

<sup>39</sup> Bernard REYNOLDS, *Canada's need for divorce reform*, Vancouver, 1953, pp. 9 et 10.

<sup>40</sup> R. M. DAWSON, *The Government of Canada*, Toronto, The University of Toronto Press, 1957, p. 92.

<sup>41</sup> S.O. 1933, chap. 29.

L'article 91, (26e) (mariage et divorce) de notre Constitution deviendrait 92, (12e) où on n'y parlerait plus de la célébration du mariage. Un nouvel article devrait aussi être ajouté à la Constitution. Il stipulerait que les mariages et les divorces déjà valides dans chacune des provinces seraient reconnus à travers le Canada : une des principales raisons à l'attribution du mariage et du divorce au Parlement étant justement cette garantie.

Dans leur projet de constitution messieurs Faribault et Fowler<sup>42</sup> incluent dans la liste des pouvoirs des provinces le mariage et le divorce (art. 68, 10e). Leur article 58 (c) protège la validité des divorces d'une province à l'autre.

Article 58. « Les États provinciaux conviennent les uns avec les autres :

« ...

« c) de reconnaître les divorces accordés par les tribunaux d'une province à tels citoyens canadiens qui auront été domiciliés à l'intérieur de ladite province pendant plus d'un an avant l'inscription de l'action ».

Le Québec n'est d'ailleurs pas le seul à vouloir rapatrier le mariage et le divorce. Comme exemple on peut voir dans une étude publiée par la ligue des citoyens de la Colombie-Britannique dont on a fait mention plus haut une revendication semblable à la nôtre.

« Our league seeks an amendment in the opposite direction, to transfer from the Parliament of Canada to the provinces the power to legislate on marriage and divorce. Provinces would then be free either to retain peculiarities which they have inherited or to rescind archaic Laws and formulate a satisfactory modern code »<sup>43</sup>.

Quant à l'amendement lui-même il n'entraînerait pas de graves difficultés. En effet, comme exemple, en 1951, on a ajouté aisément à la Constitution l'article 94A concernant les pensions de vieillesse.

Certes il n'y a pas dans notre Constitution de clause prévoyant la façon de l'amender. En cela l'Acte de l'Amérique du Nord britannique n'est pas une Constitution flexible, car elle ne peut pas être amendée par une loi ordinaire du corps législatif<sup>44</sup>. Qui alors peut changer la Constitution ? C'est le Parlement britannique agissant à la demande du Parlement du Canada. La demande du Parlement canadien se fait au moyen d'une résolution des Chambres législatives.

Quant à la consultation des provinces au sujet de la demande du Parlement canadien, il n'y a rien de déterminé à ce sujet. On peut dire

<sup>42</sup> *Op. cit. supra*, note 18.

<sup>43</sup> Bernard REYNOLDS, *op. cit. supra*, note 38, pp. 12 et 13.

<sup>44</sup> DAWSON, *op. cit. supra*, note 39, p. 80.

qu'en théorie le Parlement n'a pas besoin de l'assentiment unanime de toutes les provinces, mais en pratique il est souhaitable de l'obtenir.

Cette solution de l'amendement est non seulement la meilleure mais la seule valable. La province de Québec a besoin, et surtout dans le contexte d'une révision de son Code civil, de réformer certaines dispositions touchant le mariage et ses modes de dissolution. Toute forme de rapatriement relatif qui lui permettrait de légiférer ne serait certes pas négligeable. Mais le mariage et le divorce étant d'intérêt local, il faut même que le gouvernement provincial dispose d'un pouvoir complet afin de pouvoir tenir la législation à date, c'est-à-dire l'abroger, l'amender et la remplacer au besoin.

#### APPENDICE

Ce sont là, à quelques modifications près, les conclusions auxquelles en sont venus les membres de la commission formée par la Chambre des notaires pour l'élaboration d'un Mémoire soumis à la Commission Royale d'Enquête sur la Situation de la Femme au Canada.

Avec un recul léger de quelques mois il semble que la marche des événements acquiesce du moins en partie aux aspirations et constatations formulées dans ce mémoire. En effet, en déléguant à notre tribunal de droit commun la compétence juridique d'entendre des causes relevant d'une loi fédérale, le gouvernement fédéral n'est pas sans penser qu'en cas de silence de la part du législateur fédéral, nos juges appliqueront des règles de droit civil ; d'où un besoin plus pressant d'unification législative en voie de réalisation. Peut-on considérer ce geste du fédéral comme une prédisposition de ce dernier à reviser notre Constitution sur ce partage juridictionnel ? . . .

D'autre part, le Québec à la lumière des derniers événements (soumission à brève échéance d'un projet de loi sur les droits linguistiques) semble vouloir dissiper dans l'esprit du gouvernement fédéral toute crainte que ce dernier pourrait éprouver quant à l'usage qu'il pourrait faire de cette nouvelle juridiction en ce qui concerne les minorités.

Mais l'évolution actuelle étant ce qu'elle est, il faudrait se pencher le plus tôt possible sur ce problème au lieu d'attendre la révision totale de notre Constitution, si l'on veut former des Canadiens et Canadiennes riches et forts au sein d'une famille bien protégée par des lois adéquates.