Document généré le 25 avr. 2024 03:54

Revue générale de droit

DE LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES LÉGISLATIVES AU CANADA EN MATIÈRE DE MARIAGE ET DE DIVORCE

Gérald A. Beaudoin

Volume 4, numéro 1, 1973

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1059777ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1059777ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)
2292-2512 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Beaudoin, G. A. (1973). DE LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES LÉGISLATIVES AU CANADA EN MATIÈRE DE MARIAGE ET DE DIVORCE. *Revue générale de droit*, *4*(1), 66–72. https://doi.org/10.7202/1059777ar

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1973

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

DE LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES LÉGISLATIVES AU CANADA EN MATIÈRE DE MARIAGE ET DE DIVORCE *

par Gérald A. BEAUDOIN
doyen de la section de droit civil de la Faculté de Droit de l'Université d'Ottawa

Le Canada depuis 1867 est un pays à forme fédérative. Les compétences législatives sont réparties entre le Parlement central et les législatures provinciales. Ces autorités à l'intérieur de leur sphère respective sont souveraines. S'il s'élève un conflit de compétence ce sont les tribunaux, et, en dernière analyse depuis 1949, la Cour suprême du Canada qui tranchent les litiges. Les cours sont les gardiennes de la Constitution.

La répartition des pouvoirs législatifs est tracée par la Constitution. Les pouvoirs sont énumérés principalement dans les articles 91 à 95 de cette loi fondamentale [1].

Les provinces ont compétence en matière de propriété et de droits civils [2], d'éducation [3], d'administration de la justice [4], etc.

Il faut dire que le Québec, l'une des dix provinces canadiennes, a vécu sous un régime français jusqu'en 1760 et s'est vu habilité à continuer à vivre sous un régime de droit privé d'inspiration française par l'Acte de Québec de 1774, quelques années après le traité de Paris de 1763. En 1866, soit un an avant la Confédération, Québec adoptait un code civil qui s'inspirait du Code Napoléon.

Le code civil du Québec est actuellement soumis à une revision en profondeur. Il a déjà subi des changements importants en droit familial. Deux titres de ce code sont consacrés au mariage, au divorce et à la séparation de corps.

Se pose la question de savoir qui a compétence en matière de mariage et de divorce au Canada. Qui peut modifier ce titre du Code civil depuis l'avènement de la Confédération ?

---

* Texte d'une communication présentée au Congrès juridique international tenu à Port-au-Prince, en Haïti, du 26 au 29 mars 1973.

1 *Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867, 30-31 Victoria, chapitre 3.

2 Article 92, alinéa 13.

3 Article 93.

4 Article 92, alinéa 14.

L'article 91 de la Constitution de 1867 octroye à l'autorité centrale la compétence résiduelle ainsi que plusieurs pouvoirs énumérés. Parmi ces pouvoirs énumérés figurent le mariage et le divorce [5]. Cette compétence fut dévolue à l'autorité fédérale en 1867 pour plusieurs motifs dont le principal est probablement d'ordre religieux. Dans les provinces alors soumises à la Common Law les justiciables pouvaient obtenir un divorce en s'adressant aux tribunaux. Ce n'était pas le cas au Québec, province en grande majorité de religion catholique, où l'article 185 du code civil, antérieur à la Confédération, décrétait l'indissolubilité du mariage. On a voulu habiliter le législateur fédéral à se prononcer par voie législative en ce domaine. (Les québécois désirant obtenir un divorce après 1867 devaient aller devant les chambres fédérales et obtenir la dissolution du lien matrimonial par l'effet d'une loi. Tout cela est changé depuis 1968 alors que le législateur fédéral en se basant sur une compétence que lui reconnaît la constitution a enfin adopté une loi sur le divorce qui s'applique dans les dix provinces [6]. Il est maintenant possible pour les québécois d'obtenir un divorce par voie judiciaire.)

L'autorité centrale, c'est-à-dire le Parlement du Canada peut légiférer en matière de mariage. Cependant les législatures provinciales, dont le Québec, ont également une compétence en ce domaine.

Ainsi par exemple l'article 92 qui énumère les compétences exclusives des législatures provinciales contient à l'alinéa 13 les vocables « propriété et droits civils ». L'article 92, alinéa 12 attribue la « célébration du mariage » aux provinces.

Alors que le divorce ne relève que du seul pouvoir central, nous avons au Canada dans le domaine du mariage une division des compétences.

Le pouvoir central peut légiférer en matière de dissolution du mariage, de rupture du lien matrimonial. Il peut également légiférer en matière de conditions de fonds du mariage, de formation du mariage, de capacité des parties et d'empêchements au mariage.

---

[5] Article 91, alinéa 26.

[6] La population de Terre-Neuve, bien que résidant dans une province de Common Law devait elle aussi s'adresser au Parlement d'Ottawa pour l'obtention d'un divorce, et ce, jusqu'en 1968. C'était la seule province de Common Law soumise à ce régime. Cette province s'est jointe à la Confédération en 1949.

La séparation judiciaire tomberait également sous la compétence fédérale, d'après certains juristes [7].

Le régime des biens cependant ressortit à la compétence des provinces en vertu de l'alinéa 13 de l'article 92. Il en est ainsi également des conventions matrimoniales. Les effets civils du mariage relatifs à la personne et aux biens des époux ressortissent en principe à la compétence des provinces [8]. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, l'autorité centrale en vertu de sa compétence dite « ancillaire » peut légiférer dans une certaine mesure en ce domaine.

Qu'en est-il maintenant de la célébration du mariage ? Dans un arrêt célèbre de 1912 [9] le comité judiciaire du Conseil privé [10] a déclaré que la compétence reconnue aux provinces par la Constitution en matière de célébration du mariage opérait par voie d'exception au pouvoir conféré au parlement central en matière de mariage et divorce. L'alinéa 12 de l'article 92 permet aux provinces de subordonner la validité du contrat de mariage à l'accomplissement de certaines conditions ou formalités de célébration. Il faut entendre par les mots « célébration du mariage » la cérémonie même du mariage, les conditions de forme du mariage, le consentement des parents au mariage d'un enfant mineur lors de la cérémonie du mariage, les préliminaires du mariage, la publication des bancs, etc.

A venir jusqu'en 1968 seuls les ministres du culte avaient le droit de célébrer le mariage au Québec. Cependant le Québec a légiféré sur le mariage civil en 1968 [11]. Il s'est basé sur sa compétence constitutionnelle en matière de célébration du mariage.

Au titre du partage des compétences en matière de mariage il existe peut-être certains points sur lesquels tous les juristes ne sont pas d'accord. C'est ce que nous sommes convenus d'appeler au Canada les zones grises de la Constitution.

Certains juristes, dont le premier ministre actuel du Canada alors qu'il était ministre de la Justice, ont pris l'attitude que la séparation judiciaire relève de l'autorité centrale alors que le par-

---

7 Le Très Honorable P. E. Trudeau et l'ancien sous-ministre de la Justice, le Dr E. A. Driedger, le croient comme nous le verrons plus loin.
8 Article 92, alinée 13.
9 1912 A.C. 880.
10 Qui fut jusqu'en 1949 notre dernier tribunal d'appel.
11 S.Q. 1967-68, ch. 82 (14 novembre 1968).

tage des biens relève des provinces [12]. Par contre la pension alimentaire, la garde et le soin des enfants en autant que ces problèmes se posent au moment de l'octroi du divorce relèveraient de l'autorité centrale [13]. La loi fédérale de 1968 d'ailleurs traite de ce dernier sujet [14]. Un ancien sous-ministre de la Justice Me Driedger en vient à la même conclusion [15]. Selon lui, la séparation tomberait sous la juridiction fédérale de même que la pension alimentaire qui est octroyée lors du divorce. Le pouvoir fédéral en vertu de sa compétence ancillaire (pouvoir qui a été reconnu par les tribunaux pour l'interprétation du partage des compétences et qui constitue une règle d'interprétation [16]) a juridiction sur la garde et le soin des enfants. D'ailleurs dans un arrêt de 1938, la Cour suprême du Canada avait ouvert la porte en disant qu'une intervention fédérale en ce domaine à l'occasion d'une législation sur le mariage et le divorce pourrait constituer un exercice valide de sa compétence ancillaire. Il s'agit cependant d'un obiter dictum [17].

Toutefois les juristes s'accordent pour dire que le régime des biens relève de la compétence provinciale. C'est d'ailleurs en vertu de sa compétence en droit civil que le législateur québécois s'est prononcé sur la société d'acquêts [18].

Avant l'adoption par l'autorité centrale de la loi sur le divorce de 1968 [19], la compétence législative relative à la pension alimentaire relevait, d'après certaines décisions judiciaires, de la compétence des provinces. Il en est également ainsi de la compétence législative en matière de garde et d'entretien des enfants. Cependant toute cette législation provinciale existait en l'absence d'une législation fédérale en pareille matière. Selon certains juristes et certaines décisions judiciaires récentes la compétence ancillaire du

---

12 L'honorable P. E. TRUDEAU, *Débats de la Chambre des Communes*, 5 décembre 1967, pages 5087-88.

13 L'honorable P. E. TRUDEAU, *Débats de la Chambre des Communes*, 4 décembre 1967, page 5015.

14 Voir les articles 10 et 11 de la Loi sur le divorce.

15 Dr Elmer A. DRIEDGER, *Report of the Joint Committee of the Senate and House of Commons on Divorce*, June 1967, p. 32 et ss.

16 Voir inter alia l'arrêt *Cushing* c. *Dupuy*, 5 A.C. 409.

17 1938 R.C.S. 398, Juge Duff à la page 402.

18 L'Honorable P. E. Trudeau, Débats du 4 décembre 1967, p. 5014; DRIEDGER, *Report of the Joint Committee of the Senate and House of Commons on Divorce*, June 1967, p. 32 et ss. Voir la loi du Québec du 12 décembre 1969 (L.Q. 1969, ch. 77) concernant les régimes matrimoniaux: loi entrée en vigueur le 1er juillet 1970. Voir AZARD et BISSON, *Droit civil québécois*, tome I, p. 122.

19 *Loi sur le divorce*, 16 Elisabeth II, chapitre 24, sanctionnée le 1er février 1968.

Parlement fédéral en matière de mariage et divorce lui permettrait de légiférer en ce domaine et d'écarter pour autant la législation provinciale [20].

La loi de 1968 sur le divorce traite des ordonnances provisoires et des mesures accessoires en matière de pension alimentaire et de garde des enfants [21].

Un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu en 1970 déclare que les articles 10 et 11 de la loi canadienne sur le divorce permettant que la garde des enfants puisse être octroyée comme corollaire à un divorce sont constitutionnels en vertu du paragraphe 26 de l'article 91 de la Constitution de 1867 [22].

En l'absence d'une législation fédérale dans ce domaine qui contredirait la législation provinciale, la législation provinciale serait valide si elle portait sur la garde des enfants et sur les relations entre mari et femme, la question du divorce étant évidemment exclue [23].

Dans une autre affaire récente jugée par la Cour d'appel de la Colombie canadienne le point s'est soulevé mais la Cour ne s'est pas prononcée sur la question de constitutionnalité [24]. L'affaire est maintenant portée devant la Cour suprême du Canada, et ce tribunal de dernier ressort décidera peut-être si l'autorité centrale peut légiférer en matière d'octroi de pension alimentaire, en vertu du paragraphe 26 de l'article 91 de la Constitution de 1867 [25].

On peut donc dire en conclusion que le partage des pouvoirs est clair dans certains domaines et obscur dans d'autres.

---

20 LASKIN, *Canadian Constitutional Law*, troisième édition, p. 1028. Voir également un article de Me SHACTER, *La nouvelle loi du divorce*, 1968, *R. du B.* 495, à la page 503.

21 Articles 10 et 11.

22 L'arrêt *Papp* c. *Papp et al.*, 1970, O.R. 331.

23 Arrêt *Papp*, à la page 335, Juge Laskin.

24 L'affaire *Zacks*, 1972, 5 W.W.R. 589.

25 Depuis que ces lignes ont été écrites, la Cour suprême du Canada, le 7 mai 1973 rendait jugement dans l'affaire Zacks. M. le juge Martland qui écrivit les motifs du jugement fait remarquer que les mots « alimony », « maintenance » et « custody of children » n'apparaissent pas aux articles 91 et 92 de la Constitution. En eux-mêmes ces domaines relèvent des « droits civils » (article 92, 13°). Cependant la loi du divorce traite de ces sujets de façon incidente à la dissolution du mariage. Le Parlement a la compétence pour en traiter de façon ancillaire quand il légifère en matière de mariage et de divorce (art. 91, 26°). M. le juge Martland cite à l'appui l'arrêt *Jackson*, (1972) 6 W.W.R. 419, à la page 421, l'arrêt *Whyte*, (1969) 69 W.W.R. 536, l'arrêt *Papp*, (1970) 1 O.R. 331, et l'arrêt *Heikel*, (1970) 73 W.W.R. 84.

Il est clair que l'autorité fédérale a compétence en matière de divorce et de conditions de fonds du mariage. Il est clair que les provinces ont compétence en matière de conventions matrimoniales, de célébration du mariage et de conditions de forme de mariage.

La jurisprudence et la doctrine permettent à l'autorité centrale en vertu de sa compétence ancillaire de légiférer en matière de pension alimentaire et de garde des enfants comme nous l'avons vu. Enfin certains auteurs reconnaissent que la séparation judiciaire relèverait de l'autorité centrale.

Cependant il existe des zones grises.

Le code civil du Québec qui est plus que centenaire reflète la mentalité du Québec. Mais un code doit être modifié et mis à jour. Le titre du mariage par le jeu de l'article 129 de la Constitution ne peut être modifié par le Québec seul. Le pouvoir central a compétence dans plus d'un domaine de ce titre du code civil.

Si l'on excepte les lois particulières et nombreuses qui ont dissous des mariages, le législateur fédéral s'est montré fort timide de 1867 à 1968 en ce domaine.

Se pose alors la question de savoir si le domaine du mariage et du divorce ne devrait pas être remis aux provinces, permettant ainsi au Québec d'avoir un contrôle plus absolu sur son droit familial qui constitue un domaine fort important de son droit privé. Comme Québec est la seule province à jouir d'un droit privé d'inspiration française et comme cette spécificité juridique est l'une des causes de l'union fédérative, il serait souhaitable que par voie d'amendement constitutionnel le domaine entier du mariage et du divorce revienne aux provinces. Toute ambiguïté constitutionnelle alors cesserait.

Les juristes et les auteurs du Québec qui ont écrit sur la question ne sont pas les seuls à le souhaiter [26]. Le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes sur la Constitution du Canada formé de juristes tant de droit civil que de la Common Law se prononçait en ce sens récemment [27].

Il suffirait de prévoir dans la Constitution que le divorce prononcé dans une province serait reconnu dans les autres. Les pro-

---

[26] Me Claire L'HEUREUX-DUBÉ, *La nouvelle loi du divorce*, 1968, *R. du B.* 505, à la page 509.

[27] Rapport présenté en 1972 (Rapport Molgat-MacGuigan), recommandation n° 87.

vinces pourraient également s'entendre sur une définition commune du domicile [28].

Maintenant que le Québec est devenu pluraliste et accepte le principe du divorce par voie judiciaire, nous ne voyons que des avantages à un tel transfert constitutionnel, qui donnerait au Québec la possibilité d'avoir un système de droit familial entièrement de son choix et fidèle à son génie.

---

[28] Chapitre 28 du Rapport Molgat-MacGuigan, recommandation n° 87.