DE LA RECONNAISSANCE OFFICIELLE À LA TOLÉRANCE DES RELIGIONS : L'ÉTAT CIVIL ET LES EMPÊCHEMENTS DE MARIAGE DE 1628 À NOS JOURS

Michel MORIN*

INTRODUCTION 55

I. DE LA RELIGION D'ÉTAT À LA RECONNAISSANCE DES RELIGIONS (1628-1866) 56
- A. Le Régime français 56
  - 1. Le gallicanisme 56
  - 2. L'interdiction du protestantisme 59
- B. L'émancipation de l'Église par la Conquête de 1760 60
  - 1. Le libre exercice de la religion catholique 60
  - 2. Les registres d'état civil et la célébration du mariage 65
  - 3. Les empêchements de mariage 69

II. DE L'ÉTAT CIVIL RELIGIEUX À L'ÉTAT CIVIL LAÏQUE (1867 À 1991) 73
- A. Le *Code civil du Bas Canada* à l'heure de l'ultramontanisme 73
  - 1. Le système d'état civil et l'affaire Guibord 73
  - 2. Les ultramontains et le mariage 76
  - 3. L'arrêt *Despatie* et ses suites 81
- B. L'apparition tardive des officiers étatiques 84
  - 1. Les difficultés liées au caractère religieux de l'état civil 84
  - 2. L'aspiration à la laïcité 88

CONCLUSION 90

* Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal. L'auteur tient à remercier son collègue Jean Leclair de ses précieux commentaires, ainsi que M. Arnaud Decroix, stagiaire post-doctoral, pour son excellente collaboration lors de la préparation de cette étude.

INTRODUCTION

Au Québec, antérieurement à la création d'un système laïque par le *Code civil du Québec*[1], les ministres de diverses religions ont reçu le pouvoir de tenir des registres constatant la naissance, le mariage et le décès des individus. Encore de nos jours, une cérémonie religieuse de mariage peut être reconnue par l'État, à condition que le célébrant soit autorisé à remplir la déclaration requise et qu'il la transmette au directeur de l'état civil[2]. À cet égard, il n'y a donc jamais eu de séparation totale de l'Église et de l'État, pas plus que dans le domaine scolaire, du moins jusqu'à la modification constitutionnelle de 1997[3]. Même sous le Régime français, nous verrons que les ordonnances royales contrôlent sévèrement l'Église catholique. Toutefois, après la Conquête de 1760 et les changements de régime constitutionnel qui s'ensuivent, la survie de cette partie du droit de la Nouvelle-France est compromise et un pluralisme religieux est mis en place (I). Après l'adoption du *Code civil du Bas Canada*[4], en 1865, la reconnaissance de pouvoirs et de règles particulières à l'Église catholique suscite des controverses importantes. Cela n'empêche pas le législateur de maintenir en vigueur le système des registres confessionnels, tout en créant des exceptions dont l'application sera souvent limitée aux non-catholiques. Il faudra attendre la Révolution tranquille pour que les avantages d'un système d'état civil laïque soient enfin reconnus (II).

---

1 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « *C.C.Q.* », art. 118-121. Rappelons que ce code est entré en vigueur le 1er janvier 1994, d'où l'appellation courante de « code de 1994 ».

2 *Id.,* art. 118-121.

3 *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*, TR/97-141, ajoutant l'article 93A à la *Loi constitutionnelle de 1867,* 1867, c. 3 (R.-U.).

4 *Acte concernant le Code civil du Bas Canada*, S.P.C 1865, sess. 2, 29 Vict., c. 41, ci-après « *C.C.B.-C.* ».

03-Morin Page 56 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

I. De la religion d'État à la reconnaissance des religions (1628-1866)

A. Le Régime français

1. Le gallicanisme

Au XVIIe siècle, pendant que les Français s'implantent graduellement dans ce qui allait devenir le Québec, la monarchie resserre son emprise sur l'Église de France. Déjà, en 1516, le concordat de Bologne permet au roi de désigner les archevêques, les évêques, les abbés et les prieurs, afin qu'ils reçoivent l'investiture spirituelle du pape, sans que cette formalité ne suscite de difficultés en pratique[5]. D'autre part, les règles canoniques décrétées par Rome ne peuvent s'appliquer sans l'accord du roi[6]. En 1682, une déclaration du clergé de France reprend les principes essentiels du gallicanisme, qui se sont imposés au cours des siècles précédents. Selon cette doctrine, la puissance de la papauté ne s'étend pas aux questions temporelles qui relèvent exclusivement du souverain ; elle est limitée par l'autorité des conciles universels (c'est-à-dire internationaux) ; l'Église de France possède en outre ses propres « règles, coutumes et constitutions » ; et le jugement du Pape « n'est irréformable que si le consentement de l'Église s'y ajoute », là encore par la voix d'un concile universel[7].

Pour ce qui concerne l'état civil, au XVIe siècle, le roi donne force de loi à certaines décisions du Concile de Trente (1545-1563). Ainsi, en 1579, l'Ordonnance de Blois impose aux curés l'obligation de tenir des registres des baptêmes, des mariages et des décès, puis d'en déposer un exemplaire au greffe de la juridiction royale du lieu ; la délivrance d'extraits est également prévue. Le contenu et la forme de ces registres

---

5 Le Concordat remplace la Pragmatique Sanction de Bourges de 1438, laquelle prévoyait l'élection des évêques par les chanoines de la cathédrale et celle des abbés ou des prieurs d'un bénéfice majeur par les religieux de la communauté concernée. Mais elle fut très peu appliquée en pratique ; voir par ex. Philippe STURMEL, « L'extraordinaire destin de la Pragmatique Sanction de Bourges », à paraître dans l'*Annuaire Droit et religion 2007-08* ; Philippe SUEUR, *Histoire du droit public français, XVe-XVIIIe siècle,* t. II, *Affirmation et crise de l'État sous l'Ancien Régime*, 3e ed., Thémis, Paris, PUF, 2001, p. 425-427.

6 *Id.*, p. 432.

7 *Id.*, p. 437-439. Un édit du roi de 1682 interdisait d'enseigner ou de publier une doctrine contraire. Louis XIV renonça à cette règle en 1693, mais les principes en question continuèrent d'être enseignés et furent confirmés en 1766.

03-Morin Page 57 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

sont ensuite réglementés par le titre XX de l'*Ordonnance sur la procédure civile* de 1667. Ils doivent notamment être tenus en double, aux frais de la fabrique, afin qu'un exemplaire soit remis au greffe chaque année[8]. L'ordonnance de Blois exige également que le mariage soit célébré par le curé de la paroisse où vit au moins l'un des époux. À défaut, il sera annulé par les tribunaux ecclésiastiques, au motif qu'il est clandestin. En effet, la royauté reconnaît la compétence des juges d'Église, tout en permettant aux parties de se pourvoir devant ses propres juridictions, soit les parlements ou les conseils souverains[9].

D'autre part, en 1556, un édit exige que les garçons âgés de 30 ans ou moins et les filles âgées de 25 ans ou moins obtiennent le consentement de leurs parents ou de leur tuteur pour pouvoir se marier, celui du père étant requis en cas de désaccord. La peine prévue pour ceux qui passent outre l'opposition parentale est l'exhérédation. Au–delà de l'âge fixé, les enfants doivent tout de même solliciter formellement l'avis de leurs parents par des sommations respectueuses. En outre, aux termes de l'ordonnance de Blois de 1579, le curé qui ne vérifie pas si un mineur de 25 ans est autorisé par ses parents à se marier doit être déclaré coupable du crime de rapt, lequel est passible de mort. Or, en droit canonique, l'âge de consentement est de 14 ans pour les garçons et de 12 ans pour les filles. Si chacun des époux satisfait à cette condition, l'Église considère le mariage comme valide, quand bien même les parents s'y seraient opposés. Néanmoins, elle réprouve fortement ce type d'union. Avec le temps, les tribunaux royaux annuleront un tel mariage, en considérant que le mineur a été victime d'un rapt dit « de séduction », par analogie avec la sanction imposée par le droit canoni-

---

8 En 1539, l'Ordonnance de Villers-Cotterêts avait imposé aux curés l'obligation de noter dans un registre tous les baptêmes ainsi que les décès de certains religieux (les bénéficiers) : *Ordonnance sur le fait de la Justice*, dans ISAMBERT, TAILLANDIER et DECRUSY, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. XII, Paris, Belin-Leprieur, 29 vol., 1822-29, p. 600, art. 50-51 ; voir aussi *Ordonnance rendue sur les plaintes et doléances des états-généraux assemblés à Blois en novembre 1576, relativement à la police générale du royaume*, *id.*, t. XIV, p. 380, art. 40 et 181. En 1629, par l'*Ordonnance sur les plaintes des états assemblés à Paris en 1614, et de l'assemblée des notables réunis à Rouen et à Paris, en 1617 et 1626*, le roi précise que les curés ne peuvent marier que leurs paroissiens (*id.*, t. 16, p. 223, art. 39) ; Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996, nº 57, p. 77. Par ailleurs, les dispositions de l'ordonnance de 1667 concernant la tenue des registres seront complétées en 1736 par une Déclaration du roi.

9 *Id.*, nº 124, p. 170. Ce recours s'intitule « appel comme d'abus » ; le tribunal de l'Église se nomme l'officialité.

03-Morin Page 58 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

que lorsqu'il y a eu « rapt de violence ». Les protestations du pape Urbain VIII n'y changeront rien[10].

Ces règles se sont appliquées en Nouvelle-France. Pour ce qui est des libertés gallicanes, en 1728, à la suite du décès de l'évêque de Québec, des religieux prétendent exercer les fonctions de vicaire général. On découvre toutefois des papiers désignant le successeur du défunt. Le Conseil souverain leur ordonne alors de cesser d'agir pour le compte de l'évêché, mais ils persistent à émettre un mandement. L'intendant exige alors qu'ils se désistent de cette prétention et ordonne qu'ils soient poursuivis devant la juridiction royale de Québec, en déclarant que « L'Église [est] dans l'État, et non l'État dans l'Église » et qu'elle fait « partie de l'État sans lequel elle ne peut subsister ». Afin de « convaincre tout le peuple de cette colonie inviolablement attaché au culte dû à Dieu et à l'obéissance due au roi par l'exprès commandement de Dieu » de la soumission des ecclésiastiques à la « justice du prince », il rappelle les termes de la déclaration adoptée en 1682 par les évêques de France[11]. La situation n'est pas différente pour les mariages. En 1741, une mère se pourvoit devant le Conseil supérieur de Québec afin de faire annuler la dispense de publication des bans accordée par le vicaire général du diocèse, ainsi que l'autorisation donnée à un prêtre de célébrer le mariage de son fils de 21 ans, sans que son consentement n'ait été obtenu. La Cour accueille le pourvoi et donne raison à la mère, conformément aux ordonnances royales[12]. En 1715, le Conseil

---

10 *Id.*, nº 125, p. 172. L'exhérédation devient même obligatoire en 1639 (*id.*, nº 135, p. 185 ; *Déclaration sur les formalités du mariage, les qualités requises, le crime de rapt, etc.,* dans ISAMBERT *et al,. op. cit.,* note 8, t. 16, p, 520).

11 « Ordonnance qui défend aux prétendus Vicaires-Généraux du Chapitre de Québec et à tous Curés de publier aucun Mandement et Manifeste qui émane des prétendus Vicaires-Généraux, sous peine de saisie de leur temporel ; du sixième janvier, mil sept cent vingt-huit » dans *Arrêts et réglements du Conseil supérieur de Québec et ordonnances et jugement des intendants du Canada,* (ci-après « *É.O. II* »), Québec, E.R. Fréchette, 1855, p. 328.

12 « Arrêt du Conseil Supérieur qui rend nul les mariages des mineurs faits sans le consentement de leurs parens, et qui enjoint aux curés d'observer les Ordonnances canoniques concernant la publication des bans, du 12e juin, 1741 », *id.,* p. 204. Cette célèbre affaire oppose Marie-Anne Baudouin, veuve du sieur Hertel de Rouville, à son fils René-Ovide et à Louise André, fille majeure du lieutenant de la prévôté de Québec, soit le juge de la juridiction royale. Le Conseil qualifie ce recours d'appel comme d'abus, mais le tribunal ecclésiastique n'a pas été saisi auparavant. Le mariage est annulé sans qu'il y ait eu de jugement de celui-ci. On consultera également l'« Ordonnance qui défend à tous Notaires et Ecclésiastiques de prêter leur ministère au mariage projeté d'entre le sieur Berthelot avec la Dlle. Roussel,

03-Morin Page 59 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

enjoint également aux curés de se conformer aux règles de l'Ordonnance sur la procédure civile de 1667 concernant la tenue des registres[13].

2. L'interdiction du protestantisme

Par ailleurs, à cette époque, seule la religion catholique est reconnue en France. En effet, l'édit de Nantes de 1598 a été révoqué en 1685, retirant ainsi aux protestants le droit de faire célébrer leur mariage ou de déclarer les naissances ou les décès devant des ministres de leur religion[14]. Dorénavant, seuls les prêtres catholiques pourront remplir cette fonction pour eux. À défaut, les enfants sont considérés comme illégitimes et, à ce titre, incapables de succéder à leurs parents. En outre, les prédicateurs protestants qui n'ont pas quitté volontairement le royaume seront envoyés aux galères s'ils sont découverts. Si de nombreux explorateurs et commerçants protestants sont venus en Nouvelle-France, à compter de 1628, il sera désormais défendu à ceux qui pratiquent cette religion de s'y établir[15]. Il faut d'ailleurs attendre jusqu'en

---

jusqu'à ce que le dit Berthelot (mineur), ait fait apparoir du consentement de ses parens ; du dixième février, mil sept cent vingt-sept », *id.,* p. 311. Pour une recension détaillée des arrêts mettant en cause l'officialité de Québec, voir A.A. BRUNEAU, *Questions de droit, Du Mariage*, Montréal, G. Ducharme, 1921, p. 238-263.

13 « Arrêt du Conseil supérieur de Québec au sujet des Registres de Baptêmes, Mariages, Sépultures, etc., et qui ordonne que les articles VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XV, XVI, et XVIII de l'Ordonnance de 1667, titre 20, « Des faits qui gisent en preuve vocale ou littérale » seront exécutés selon leur forme et teneur, du lundi, cinquième août, mil sept cent quinze », *É.O. II*, p. 167.

14 Aux termes de l'édit de Nantes, les mariages célébrés par des ministres protestants sont implicitement reconnus, sous réserve du respect des règles de l'Église catholique reçues dans le royaume concernant les empêchements de mariage fondés sur les degrés de consanguinité et d'affinité : *Édit de pacification (dit de Nantes), suivi des articles secrets*, art. 23, dans ISAMBERT *et al., op. cit.*, note 8, t. XV, p. 190. L'article 40 des articles secrets permet toutefois aux protestants de contracter mariage au troisième ou au quatrième degré de parenté et même, avec des provisions du roi, au second degré. Au surplus, l'article 41 attribue aux juges royaux la compétence sur les causes concernant la validité des mariages entre protestants ou dans lesquelles l'un d'eux est défendeur, le tribunal ecclésiastique demeurant compétent dans les autres cas (*Articles secrets de l'édit de Nantes*, *id.*, p. 200). L'*Édit portant révocation de l'édit de Nantes* abroge ces règles et oblige les protestants à faire baptiser leurs enfants par un curé catholique (art. 8, *id.*, t. XIX, p. 530).

15 « Acte pour l'établissement de la Compagnie des Cent Associés pour le commerce du Canada, contenant les articles accordés à la dite Compagnie par M. le Cardinal de Richelieu, le 29 avril 1627 », dans *Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts*

03-Morin Page 60 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

1787 pour que les protestants puissent bénéficier de registres distincts en France. Puis, en 1792, après le déclenchement de la Révolution française, les municipalités deviennent responsables de la tenue de l'état civil pour l'ensemble des Français. En 1802, il est même interdit aux prêtres de célébrer un mariage avant que l'officier de l'état civil (soit le maire) n'ait uni légalement les conjoints[16]. Cette règle sera reprise dans l'article 199 du *Code pénal* de 1810.

Sous l'Ancien Régime, les ordonnances royales encadrent donc étroitement l'autonomie de l'Église catholique. Elles lui imposent parfois l'obligation de respecter des règles contraires au droit canonique, telle l'obligation d'obtenir le consentement des parents avant de célébrer le mariage d'une personne mineure. En outre, de 1685 à 1787, la religion protestante est proscrite, ce qui témoigne de l'union étroite qui s'est établie à cette époque entre l'Église et l'État.

B. L'émancipation de l'Église par la Conquête de 1760

1. Le libre exercice de la religion catholique

En 1760, la conquête de la Nouvelle-France pose un défi à la Grande-Bretagne, car sa nouvelle possession est peuplée à 95 % de catholiques, alors que ses lois pénalisent sévèrement la prédication et la pratique de leur religion ; même la célébration de la messe est interdite[17]. Comme pour le droit civil, les premières mesures adoptées par la couronne britannique en matière religieuse révèlent une incroyable imprévoyance. Ainsi, le traité de Paris de 1763 reconnaît la liberté de pratiquer la religion catholique « autant que les lois d'Angleterre le permettent », ce

---

du Conseil du roi concernant le Canada, Québec, E.R. FRECHETTE, 1854, art. II. Cette charte fut révoquée en 1663. En 1676, le Conseil souverain interdit aux protestants de s'assembler à des fins cultuelles et d'hiverner sans permission ; s'ils obtiennent celle-ci, ils ne peuvent pratiquer leur religion publiquement et doivent vivre comme des catholiques « sans scandale » : « Réglemens généraux du Conseil supérieur de Québec, pour la police, du 11e mai 1676 », *É.O. II*, p. 65, art. 37. En pratique, ceux qui sont demeurés en Nouvelle-France ont dû se convertir pour se marier ou pour obtenir des terres : Robert LARIN, *Brève histoire des protestants en Nouvelle-France,* Saint-Alphonse de Granby, Éditions de la paix, 1998 ; Leslie CHOQUETTE, « Religious Diversity : Protestants, Jews and Catholics », (2006) 33-34 *Revue internationale d'études canadiennes* 199-221.

16 A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, note 8, nos 57-58, p. 78 et no 143, p. 195.

17 Voir notamment Michel MORIN, *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Éditions Thémis, Montréal, 2004, nos 520-521, p. 304-307.

03-Morin Page 61 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

qui constitue purement et simplement une contradiction dans les termes[18]. Comme l'écrira le Solliciteur Général en 1772 : « Cette restriction laisse au 4e article [du traité de paix] si peu de portée, étant donné la sévérité (bien que cette rigueur ait rarement été exercée) des lois anglaises à l'égard de l'exercice de la religion romaine, que le Canadien doit plutôt compter sur l'indulgence et la bonté du gouvernement de Votre Majesté que sur les stipulations du traité, pour obtenir la protection de ces droits religieux »[19]. Pour reprendre les termes employés par Siméon Pagnuelo, « L'État, de protecteur des saints canons et des prétendues libertés de l'Église gallicane ou des Évêques du pays contre les empiètements de la Cour de Rome, devient l'ennemi juré du Pape, des Évêques et de toute l'Église Catholique »[20]. Fort heureusement, les Britanniques ne tentèrent pas de faire respecter les lois répressives qui étaient en vigueur chez eux. En effet, en 1765, le procureur général et le solliciteur général britanniques estiment que, en l'absence d'une mention expresse à cet effet, les lois anglaises imposant une incapacité, une inhabileté ou une pénalité aux catholiques ne s'appliquent pas dans les colonies[21]. Mais depuis 1763, le gouverneur doit faire prêter aux lieutenant-gouverneurs de Montréal et de Trois-Rivières, aux membres de son Conseil et aux juges un serment qui oblige les catholiques à abjurer leur religion[22].

L'Acte de Québec de 1774 abroge ces règles. Par son article V, il accorde aux catholiques « le libre exercice de la religion de l'Église de Rome [...] en tant que le permet la suprématie du roi, tel que déclaré et établi par un acte voté dans la première année du règne de la Reine Élizabeth », soit en 1558. La disposition de 1774 rétablit également pour les Catholiques l'obligation de payer la dîme aux curés, c'est-à-dire un

---

18 Reproduit dans Adam SHORTT et Arthur DOUGHTY (éd.), *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, (ci-après « *D.C. I* »), 2e éd., Première partie, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1921, p. 216, art. IV.

19 « Rapport du Solliciteur Alex. Wedderburn », *D.C. I*, p. 402, à la p. 406.

20 Siméon PAGNUELO, *Études historiques et légales sur la liberté religieuse en Canada*, Montréal, Beauchemin et Valois, 1872, p. 4.

21 « Rapport du procureur général et du solliciteur général concernant les sujets catholiques romains », *D.C. I*, p. 206.

22 « Commission de Capitaine Général et Gouverneur en Chef de la Province de Québec », *D.C. I*, p. 146, aux pages 148 et 150 ; voir aussi Michel MORIN, « Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760 », (1997) 57 *R. du B.* 689-700.

03-Morin Page 62 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

vingt-sixième des grains[23]. L'article VI autorise le roi à pourvoir à l'entretien du clergé protestant à même le résidu des droits et des redevances versés au clergé catholique. L'article VII substitue au serment exigé par la loi de 1558 un texte permettant aux catholiques de jurer fidélité au roi sans renier leur religion. L'article XV prévoit qu'une ordonnance du Conseil législatif concernant la religion doit être approuvée par le roi pour être exécutoire ; en effet, les membres de cet organe sont nommés plutôt qu'élus. Enfin, l'article XVII réserve au roi le pouvoir de constituer des cours de justice civile, criminelle et ecclésiastique. Ces dernières dispositions semblent exclure une compétence exclusive de l'évêque catholique sur la validité des mariages, bien que les tribunaux puissent reconnaître ses décisions en l'absence de règles étatiques.

D'autre part, la loi de 1558, qui s'étend expressément aux territoires et aux pays situés à l'extérieur du royaume, prévoit qu'aucun prince, prélat ou potentat étranger ne peut détenir ou exercer une forme quelconque « de pouvoir, de compétence, de supériorité, d'autorité, de prééminence ou de privilège spirituels ou ecclésiastiques »[24]. Cette disposition nie donc expressément l'autorité spirituelle au pape, que l'article V de l'*Acte de Québec* semblait devoir reconnaître s'il n'avait pas rappelé l'existence de la loi de 1558[25]. Or, le serment imposé par cette dernière affirme la suprématie de la reine « aussi bien pour les choses ou pour les affaires spirituelles ou ecclésiastiques, que pour les temporelles »[26]. En autorisant les catholiques à prêter un serment qui ne contient aucune référence aux questions spirituelles, la loi britannique de 1774 a vraisemblablement entendu les laisser libres de se conformer aux règles de l'Église catholique qui sont de nature purement religieuses, quand bien même elles émaneraient du pape ou de Rome. Dans cette perspective,

---

23 *An Act for Making more Effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America*, 1774 (G.-B.), c. 83, art V à VII.

24 *An Act to restore to the Crown the ancient Jurisdiction over the Estate Ecclesiastical and Spiritual, and abolishing all foreign Powers repugnant to the same*, 1 Eliz., 1558 (Angl.), c. 1, art. 16 (notre traduction).

25 Charles LEMESURIER, « The Marriage Law of Quebec », dans BARREAU DE MONTRÉAL, *Le droit civil français, Livre-souvenir des Journées du droit civil français*, Paris/Montréal, Librairie du Recueil Sirey/Barreau de Montréal, 1936, p. 135, aux pages 140-148.

26 *An Act to restore to the Crown the ancient Jurisdiction over the Estate Ecclesiastical and Spiritual, and abolishing all foreign Powers repugnant to the same*, 1 Eliz., 1558 (Angl.), c. 1, art. 19 (notre traduction).

03-Morin Page 63 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

le rappel de la loi de 1558 est implicitement confiné aux questions temporelles[27].

Il est également possible de voir dans cette restriction une volonté de couper les liens entre la papauté et l'Église du Québec. Initialement, c'est ce qu'il était prévu de faire pour la nomination d'un évêque ayant le pouvoir d'ordonner des prêtres. Les instructions secrètes remises au gouverneur en 1775 interdisent à l'épiscopat toute communication « avec une juridiction ecclésiastique étrangère ». En outre, pour pouvoir exercer ses fonctions, l'évêque doit obtenir une licence et une permission revêtues du sceau de la province, qui sont révocables en tout temps. Les curés sont aussi tenus de se procurer une licence du gouverneur. Ils peuvent être destitués par le Conseil de celui-ci s'ils ont commis un acte criminel. Il est également prévu qu'ils seront libres de se marier[28]. Évidemment, ces dispositions sont demeurées lettre morte, mais elles n'en sont pas moins révélatrices de la portée limitée qu'aurait pu avoir la liberté d'exercer la religion catholique dans une colonie britannique.

En 1791, l'*Acte constitutionnel* permet à la couronne de réserver au clergé protestant un septième des terres qui seront concédées à l'avenir. Elle peut également constituer des cures ou rectorats « d'une manière conforme aux dispositions établissant l'Église d'Angleterre », les

---

27 Désiré GIROUARD, « Church and State », (1871) 1 *R. crit. de L. et de Jur.* 431-455 ; (1872) 2 *R. crit. de L. et de Jur.* 1-32, 113-146, aux pages 28-31 ; Joan CLARK, « De la sanction civile des empêchements religieux de mariage », (1951-52) 1 *Thémis* 141. En 1775, Monseigneur Briand est préoccupé par la suprématie du roi reconnue dans l'Acte de Québec (qu'il appelle le « bill »). Mais le gouverneur Carleton lui déclare : « qu'aves-vous à faire au bill ? le roi n'usera point de ce pouvoir et il consent bien et il prétend même que le pape soit votre supérieur dans la foi mais le bill n'auroit pas passé sans ce mot. On n'a point dessein de gesner votre religion. Et notre roi ne s'en meslera pas autant que le fait celui de france : on ne demande pas comme vous le voyés par le serment, que vous reconnoissiés cette supremacie : Laissés le dire et croyés ce que vous voudrés » (Guy FRÉGAULT et Marcel TRUDEL, *Histoire du Canada par les textes*, t. 1, Montréal et Paris, Fides, 1963, p. 150).

28 « Instructions au gouverneur Carleton », *D.C. I*, p. 578, n° 21, premièrement, deuxièmement, septièmement et huitièmement. En 1806, le Conseil privé de Londres considère que l'exercice de ses fonctions par l'évêque catholique ne saurait être assimilé à l'intervention d'une puissance étrangère, au motif qu'il est lui-même sujet britannique : Jean-Pierre WALLOT, *Un Québec qui bougeait, trame sociopolitique au tournant du XIXe siècle*, s.l., Boréal express, 1973, p. 188-189 ; plus généralement, voir M.H. OVILVIE, *Religious Institutions and the Law in Canada*, 2e éd., Toronto, Irwin Law, 2003, p. 35-50 ; Robert CHOQUETTE, *Canada's Religion : An Historical Introduction*, Ottawa, Ottawa University Press, 2004.

03-Morin Page 64 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

doter de terres et désigner le ministre ou le recteur appelé à recevoir l'investiture de l'évêque[29]. Les titulaires de ces bénéfices pourront en jouir « sous les mêmes conditions » et seront soumis aux mêmes obligations que s'ils exerçaient leurs fonctions en Angleterre[30]. Néanmoins, les conseillers juridiques de la couronne estiment que cela ne les autorise pas à réclamer une dîme de leurs paroissiens[31]. Plus généralement, bien que l'Église catholique et l'Église anglicane jouissent d'une reconnaissance officielle et bénéficient de revenus particuliers, elles ne sont pas réellement ou complètement établies, car leur doctrine n'est pas légalement sanctionnée par l'État[32]. Toutefois, un projet de loi concernant une question religieuse qui est adopté par les Chambres de la législature coloniale ne peut être sanctionné par le gouverneur de la colonie. Il doit plutôt être transmis à Londres pour être déposé devant la Chambre des communes et la Chambre des lords. Chacune d'elles peut alors empêcher que la sanction royale soit apposée en adoptant une résolution à cet effet à l'intérieur d'un délai de trente jours ; par la suite, le roi peut donner son accord[33].

La pratique va se charger de clarifier la situation de l'Église catholique. Rome n'entend aucunement accorder aux chanoines le droit d'élire leur évêque à la suite du décès de Monseigneur Pontbriand, en 1760. Chaque évêque est plutôt appelé à désigner, avec l'accord du gouverneur, un coadjuteur qui lui succédera en cas de décès ou de démission et qui est préalablement investi par le pape après sa désignation. En outre, le nouvel évêque devra prêter un serment d'allégeance devant le Conseil exécutif. Par ailleurs, il reçoit une pension du gouvernement. En 1818, Monseigneur Plessis est nommé au Conseil législatif avec son titre d'évêque, ce qui constitue une reconnaissance

---

29 *Constitutional Act, 1791*, 1791 (G.-B.), 31 Geo. III, c. 31, art. 36 (ci-après « *Acte constitutionnel* »); voir l'ouvrage classique d'Alan WILSON, *The Clergy Reserves of Upper Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1968.

30 *Id.*, art. 38 à 40.

31 « Opinion du procureur général Sewell à l'égard de l'autorité des recteurs, des marguillers et des conseils de fabrique de l'Église d'Angleterre », dans Arthur DOUGHTY et Duncan McARTHUR (éd.), *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1791-1818*, (ci-après « *D.C. II* »), Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1915, p. 192 ; « Opinion du procureur général Sewell sur le droit de percevoir les dîmes », *id.*, p. 194 ; « Opinion de sir John Nicholl au sujet des pouvoirs de l'évêque de Québec », *id.*, p. 343.

32 M.H. OGILVIE, « What is a Church by Law Established », (1990) 28 *Osgoode Hall L.J.* 179.

33 *Acte constitutionnel*, art. 42.

03-Morin Page 65 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

officielle de ses fonctions[34]. En ce qui concerne le clergé, une simple liste est présentée annuellement au gouverneur, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une licence[35]. Il faudra attendre jusqu'en 1849 pour qu'une loi reconnaisse l'entière autonomie de l'Église catholique ; en 1856, une mesure analogue est édictée pour l'Église anglicane[36]. En 1872, Pagnuelo conclut que « l'Église Catholique jouit pleinement et librement du self-government, c'est-à-dire qu'elle se régit et se gouverne d'après ses propres règles »[37].

2. Les registres d'état civil et la célébration du mariage

En ce qui concerne l'état civil, une loi de 1795 déclare que des registres doivent être tenus « dans chaque église paroissiale de la communion romaine, ainsi que dans chaque église ou congrégation protestante »[38]. Un exemplaire doit également être déposé auprès de la Cour la plus proche. La loi préserve également la possibilité de faire une preuve par témoins si les registres sont introuvables ou s'ils n'ont jamais été tenus[39]. A priori, l'expression « église ou congrégation protestante » au lieu de l'appellation « Église d'Angleterre » inclut les protestants dissidents. Dans une loi adoptée en 1804, on affirme d'ailleurs que depuis la Conquête, de nombreux mariages ont été célébrés « par des Ministres de l'Église d'Écosse, par des personnes réputées être Ministres de l'Église d'Écosse, par des Ministres Dissidents Protestants, par des personnes réputées être Ministres Dissidents Protestants, et par des Juges à Paix ». Ces mariages sont déclarés avoir été valides et légaux depuis le jour de leur célébration, mais la loi ne s'applique pas à ceux

---

34 Nive VOISINE (dir.), *Histoire du catholicisme québécois,* vol. 2, *Les XVIIIe et XIXe siècles*, t. 1, *Les années difficiles (1760-1839)*, par Lucien Lemieux, Montréal, Boréal, 1989, p. 18-49 et 86-100.

35 *Id.*, p. 27 ; voir aussi J.-P. WALLOT, *op. cit.*, note 28, chap. V et VI.

36 *Acte pour incorporer l'Archevêque et les Évêques Catholiques-Romains dans chaque Diocèse dans le Bas-Canada*, S.P.C. 1849, 12 Vict., c. 136 ; *Acte pour autoriser les membres de l'Église unie d'Angleterre et d'Irlande en Canada, à s'assembler en synode*, S.P.C. 1856, 19-20 Vict., c. 141 ; S. PAGNUELO, *op. cit.*, note 20, c. XXI et XXII.

37 S. PAGNUELO, *op. cit.*, note 20, p. 261.

38 *Acte qui établit la forme des registres de baptêmes, mariages et sépultures, qui confirme et rend valable en loi le registre de la congrégation protestante de* Christ Church*, à Montréal, et d'autres qui ont été tenus d'une manière informe, et qui fournit le moyen de remédier aux omissions faites dans les anciens registres*, S.P.B.C. 1795, 35 Geo. III, c. 4 (ci-après « Loi de 1795 »).

39 *Id.*, art. XIII.

03-Morin Page 66 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

qui pourraient être célébrés par ces ministres à l'avenir[40]. Par conséquent, les termes « église ou congrégation protestante » ont été interprétés comme visant uniquement l'Église anglicane, qui est établie par l'État en Angleterre[41]. Dans la province voisine du Haut-Canada (devenue par la suite l'Ontario), dès 1793, une loi autorise les juges de paix à exercer ce pouvoir jusqu'à ce qu'il se trouve au moins cinq ministres anglicans dans chaque district de la province. En 1797, ce privilège est accordé aux membres de l'Église d'Écosse, aux luthériens et aux calvinistes[42].

Pour en revenir au Bas-Canada, quelques lois reconnaîtront la validité de registres tenus par des confessions minoritaires, mais pour le passé seulement. Il faut attendre jusqu'en 1827 pour que les protestants dissidents commencent à obtenir le droit d'en tenir de manière permanente, en débutant par l'Église d'Écosse[43]. En 1861, lors de la refonte des lois du Bas-Canada, vingt-et-une dénominations détiennent ce pouvoir, notamment diverses communautés baptistes, méthodistes,

---

40 *Acte qui confirme certains mariages y mentionnés*, S.P.B.C. 1804, 44 Geo. III, c. 11.

41 *Spratt* c. *The King*, [1834] Stuart's R. 149 (C.A., 1821) ; les conseillers de la couronne croient que seules l'Église d'Angleterre et l'Église d'Écosse, qui bénéficient toutes deux d'importants privilèges conférés par diverses lois, sont incluses dans le terme protestant, à propos d'une autre question toutefois : « Opinion des légistes de la couronne sur les réserves du clergé, 1819 », dans Arthur DOUGHTY et Norah STORY (éd.), *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1818-1828*, (ci-après « *D.C. III* »), Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1935, p. 27.

42 *An Act to Confirm and make valid certain MARRIAGES heretofore contracted in the Country, now comprised within the Province of Upper-Canada, and to provide for the future SOLEMNIZATION of MARRIAGE within the same*, S.U.C. 1793, 33 Geo. III, c. 5 ; *An Act to extend the provisions of An Act passed in the Second Session of the First Provincial Parliament of Upper Canada, intituled, "An Act to Confirm and make valid CERTAIN MARRIAGE heretofore contracted in the Country, now comprised within the Province of Upper-Canada, and to provide for the future SOLEMNIZATION of MARRIAGE within the same"*, S.U.C. 1798, 38 Geo. III, c. 4 ; William Renwick RIDDELL, « The Law of Marriage in Upper Canada », (1921) 2 *C.H.R* 226, 228 et 231. Il faudra attendre jusqu'en 1859 pour que toutes les dénominations religieuses soient placées sur un pied d'égalité pour la célébration du mariage (*id.*, p. 240).

43 *Acte pour lever les doutes concernant l'interprétation d'une certaine partie de l'Acte de la trente-cinquième année du Règne de feu Sa Majesté, George Trois, Chap. 4, intitulé, Acte qui établit la forme des Régîtres de Baptêmes, Mariages et Sépultures, qui confirme et rend valable en loi le Régître de la Congrégation Protestante de Christ-Church, à Montréal, et autres qui ont été tenus d'une manière informe, et qui fournit les moyens de remédier aux omissions faites dans les anciens Régîtres, ainsi que pour lever les doutes quant à la validité de certains Mariages y mentionnés*, S.P.B.C. 1827, 7 Geo. IV, c. 2 ; S. PAGNUELO, *op. cit.*, note 20, c. 15. Sur les problèmes posés par un projet de loi antérieur, voir « Législation des colonies », *D.C. III*, p. 288.

03-Morin Page 67 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

presbytériennes, calvinistes, weysleyennes, chrétiennes unitaires, luthériennes, évangéliques allemandes, juives, Quakers, ainsi que « l'Église de la comtesse de Huntingdon »[44]. Il convient de souligner que, à deux exceptions près, le législateur n'exige à aucun moment que le célébrant du mariage soit de la même religion que l'un des conjoints[45].

En ce qui concerne la célébration du mariage, des changements importants surviennent après la Conquête de 1760. L'obligation canonique de se marier devant le curé de la paroisse de l'un des époux, imposée par le Concile de Trente par le biais du décret *Tametsi*, a toujours été subordonnée à une publication locale avant d'entrer en vigueur. Cela n'a pas été fait dans l'Ouest canadien, puis, au XIXe siècle, dans une bonne partie des États-Unis et de l'Ontario, ainsi que dans les parties du Québec où aucune paroisse n'a été créée officiellement. Dans ces régions, l'Église accepte que le mariage soit célébré devant un ministre protestant ou un magistrat, même lorsque les deux conjoints sont catholiques, si aucun prêtre n'est présent[46]. Il en va de même d'un mariage conforme à la coutume des Cris, comme cela s'est produit en 1803 dans la région d'Athabasca, située dans l'Ouest canadien ; il a été déclaré valide par la Cour d'appel du Québec en 1869[47].

Par ailleurs, en 1764, le pape Clément XIII déclare que l'Église considèrera comme valide un mariage contracté au Canada par un catholique et un protestant ou par deux protestants, même en l'absence d'une célébration devant le curé de la paroisse. Un mariage mixte est toutefois « illicite » s'il n'a pas été précédé d'une dispense, laquelle peut toutefois être accordée après le fait[48]. Au surplus, un prêtre ne peut jamais

---

44 *Acte concernant les registres des mariages et sépultures*, S.R.B.C. 1861, c. 20, art. 17 ; *Acte pour autoriser les ministres de la dénomination connue sous le nom de « The Church of the order of the countess of Huntingdon's connexion », dans le Bas Canada, à célébrer les mariages, et à tenir des registres de mariages, baptêmes et sépultures, et pour d'autres fins y mentionnées*, S.P.C. 1857, 20 Vict., c. 194. Il existerait encore 23 chapelles de cette dénomination d'obédience calviniste, principalement en Angleterre : http://www.cofhconnexion.org.uk (consulté le 15/09/2007).

45 Plusieurs juristes ont relevé cela ; par ex., *Despatie* c. *Tremblay*, [1921] 1 A.C. 702 (C.J.C.P.), 717.

46 Serge GAGNON, *Mariages et familles au temps de Papineau*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 152-165

47 *Connolly* c. *Woolrich*, (1869) 17 R.J.R.Q. 266 (B.R.) ; voir notamment Michel MORIN, *L'Usurpation de la souveraineté autochtone,* Montréal, Boréal, 1997, p. 197-200.

48 Ignace BOURGET, *Questions sur le mariage*, *Résumé des Conférences ecclésiastiques du diocèse de Montréal dans les années 1857 et 1858*, Montréal, Linguet et Laplante, 1859, p. 14-16.

03-Morin Page 68 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

bénir un tel mariage ; tout au plus peut-il constater l'échange de consentement, mais à l'extérieur de l'église. Or, jusque dans les années 1830, l'évêque de Québec refuse d'accorder les dispenses requises[49]. Une situation semblable s'applique pour les empêchements dus à la parenté qui s'étendent en droit canonique jusqu'au quatrième degré canonique (le huitième degré civil), soit entre les petits-enfants de cousins germains. Évidemment, ceux-ci peuvent facilement ignorer l'existence de ce problème. L'Église demeure hostile à ce type d'union et laisse traîner les choses lorsque le mariage n'a pas encore été célébré, en retardant l'octroi d'une dispense, qu'elle accorde toutefois rétroactivement si le problème est découvert après coup[50].

À compter de 1782, la majorité est fixée à 21 ans au Québec, y compris pour contracter mariage[51]. Ceux qui n'ont pas atteint cet âge ont l'obligation d'obtenir le consentement de leurs parents ; en pratique, comme sous le Régime français, l'Église respecte sans difficulté cette partie de la loi civile, en dépit du conflit avec le droit canonique[52]. En 1858, une mère qui n'a pas consenti au mariage de sa fille poursuit le prêtre qui a officié ; celui-ci est condamné à lui verser des dommages intérêts. Il prétend que l'évêque a autorisé ce mariage, mais ne produit pas le document en question ; il est probable qu'il s'agit d'une simple dispense de publication des bans[53].

---

49 S. GAGNON, *op. cit.*, note 46, p. 131-137.

50 *Id.*, p. 48-60.

51 Sous le Régime français, l'âge de la majorité était de vingt-cinq ans. En 1764, une ordonnance l'abaisse à vingt-et-un ans (*Ordonnance pour tranquiliser les Esprits du Peuple à l'Egard de la Possession de leurs Biens, et pour fixer l'Age de la Majorité*, dans Arthur G. DOUGHTY (éd.), *Rapport sur les Travaux relatifs aux Archives publiques pour l'année 1913*, Appendice E, Ottawa, J. de L. Taché - Imprimeur du roi, 1915, p. 56). L'Acte de Québec de 1774, qui entre en vigueur le 1er mai 1775, abroge toutefois les ordonnances édictées sous le régime de la Proclamation royale (art. IV) et rétablit le droit privé de la Nouvelle-France (art. VIII), ce qui inclut la règle fixant la majorité à vingt-cinq ans. Une ordonnance de 1782 ramène ensuite celui-ci à vingt-et-un ans (*Ordonnance qui change, fixe et établit l'âge de la majorité*, dans Arthur G. DOUGHTY (éd.), *Rapport concernant les Travaux des Archives publiques pour les années 1914 et 1915*, Appendice C, Ottawa, J. de L. Taché, Imprimeur du roi, 1917, p. 134.

52 S. GAGNON, *op. cit.*, note 46, p. 91- 105.

53 *Laroque* c. *Michon*, (1858) 2 L.C.J. 267 (B.R.).

03-Morin Page 69 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

3. Les empêchements de mariage

À cette époque, aucun texte de loi ne précise quels sont les empêchements de mariage ou les modalités d'annulation de celui-ci[54]. Toutefois, le clergé anglican et le clergé catholique sont tous deux reconnus officiellement par l'*Acte de Québec*, même si le premier ne peut percevoir de dîmes ou exercer les pouvoirs détenus par l'Église d'Angleterre dans son pays[55]. En 1791, l'*Acte constitutionnel* permettra à la couronne de réserver au clergé protestant certaines terres destinées à la colonisation, mais sans lui octroyer d'autres privilèges[56]. Il s'ensuit nécessairement que les prêtres de ces deux religions peuvent célébrer des mariages[57], tout comme les dénominations qui seront autorisées par la suite à tenir des registres. Or, en Angleterre, aux termes d'une loi édictée en 1753, les mariages doivent être célébrés par le clergé anglican, dans la paroisse d'au moins un des futurs époux, quelle que soit la religion des conjoints, sauf si les époux adhèrent tous les deux à la religion juive, à celle des Quakers, ou si la cérémonie a lieu outre-mer[58]. En pratique, les protestants acceptent généralement d'être mariés par un célébrant d'une autre religion, contrairement aux catholiques. La loi de 1753 exige en outre qu'il y ait publication de bans ou, à défaut, qu'une licence ait été obtenue de l'archevêque de Canterbury, d'un délégué du tribunal ecclésiastique anglican ou d'une autre personne spécialement autorisée à en émettre[59]. Dans les colonies britanniques, les licences sont émises par le gouverneur, au nom du souverain[60]. Notons également qu'en 1760, le Connecticut, le Delaware, la Caroline du Nord, la Georgie, le Maryland, le Massachussets, le New Hampshire, et

---

54 James ARMSTRONG, *A Treatise of the Law relating to Marriages*, Montréal, Lovell, 1857, p. 12-14.

55 Voir *supra*, note 31.

56 *Constitutional Act, 1791*, 1791 (G.-B.), 31 Geo. III, c. 31, art. 36.

57 Les instructions données au gouverneur prévoient que le clergé catholique ne pourra marier, baptiser ou inhumer des protestants si un ministre de ce culte « se trouve sur les lieux », mais pour les questions religieuses, elles demeurent lettre morte : « Instructions au gouverneur Carleton », *D.C. I*, p. 578, nº 21.

58 *An Act for the better preventing of clandestine Marriages*, 26 Geo. II, 1753 (Angl.), c. 33, art. XVIII ; sur cette loi, voir notamment Hazel D. LORD, « Husband and Wife : English Marriage Law from 1750 : A Bibliograpic Essay », (2001) 11 *S. Cal. Rev. L. & Women's Stud.* 1, partie II A..

59 *An Act for the better preventing of clandestine Marriages,* précité note 58, art. VIII.

60 Au Québec, voir « Instructions à Carleton », *D.C. I*, p. 578, nº 26 ; « Loi de 1795 », précitée, note 38, art. 4.

la Virginie ont adopté une loi semblable à celle de 1753, tandis que la Pennsylvanie, le Rhode Island, la Caroline du Sud, le New Jersey et la colonie de New York n'exigent pas de formalités précises[61].

Par ailleurs, une loi anglaise de 1540, qui s'applique aux territoires du roi situés à l'extérieur du royaume, limite les empêchements de mariage à ceux prévus par le livre du Lévitique. De manière générale, il s'agit là des ascendants et des descendants, de leurs conjoints et, en ligne collatérale, des parents jusqu'au deuxième degré (oncles et tantes, neveux et nièces)[62]. Après avoir été abrogée, cette disposition est remise en vigueur sous le règne d'Élizabeth I ; celle qui prévoit l'application de la loi de 1540 à l'extérieur du royaume n'est pas reprise expressément[63]. Si elle est demeurée en vigueur, elle a sans doute été abrogée implicitement par l'*Acte de Québec*, sans quoi elle aurait fait disparaître plusieurs empêchements reconnus par la religion catholique. En tous les cas, elle n'a jamais été invoquée devant les tribunaux du Québec[64].

Dans ces conditions, la tentation est grande pour certains catholiques de se marier devant des ministres protestants, car ceux-ci ne sont pas liés par les empêchements du droit canonique ; dans le cas des mineurs, les futurs époux doivent toutefois se rendre à l'extérieur de la Province, où le consentement des parents n'est généralement pas requis[65]. Dès 1791 et tout au long du XIXe siècle, les évêques sont bien

---

61 Stuart J. STEIN, « Common-Law Marriage : Its History and Certain Contemporary Problems », (1969-70) 9 *J. Fam. L.* 271, 276-280 ; voir aussi Cynthia GRANT BOWMAN, « A Feminist Proposal to Bring Back Common Law Marriage », (1996) 75 *Or. L. Rev.* 709, texte correspondant aux notes 40 à 50.

62 *For Marriages to stand notwithstanding Pre-contracts*, 1540 (Angl.), 32 Hen. VIII, c. 38, art. 8 ; Thomas J.J. LORANGER, *Commentaire sur le Code civil du Bas-Canada,* t. 2, *Livre premier - Titre cinquième, Du mariage,* Montréal, Eusèbe Sénécal, 1879, n° 196, p. 201.

63 *An Act to restore to the Crown the ancient Jurisdiction over the Estate Ecclesiastical and Spiritual, and abolishing all foreign Powers repugnant to the same*, précité, note 26, art. XI à XIII.

64 Voir C. LEMESURIER, *loc. cit.*, note 25, pour qui cette disposition a conservé son caractère de loi impériale et ne pouvait être modifiée par la législature coloniale.

65 En 1823, une loi britannique reconnaît implicitement la validité du mariage d'une personne mineure célébré sans le consentement des parents ou du tuteur lorsque l'une des parties a fait une fausse affirmation sous serment ; aupravant, la loi de Lord Hardwicke de 1753 exigeait l'accord des parents pour que le mariage soit valide (*An Act for the better preventing of clandestine Marriages,* précité note 58). La Cour de chancellerie peut alors priver l'un des conjoints ou même les deux des avantages prévus par le contrat de mariage ou encore de certains biens (*An Act for*

03-Morin Page 71 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

conscients de leur impuissance face à ce phénomène, même lorsque les deux conjoints sont catholiques, ce qui les incite souvent à accorder des dispenses, mais à leur corps défendant[66]. En 1858, la Cour d'appel reconnaît la validité d'un mariage conclu aux Etats-Unis alors que l'épouse était mineure, car le tuteur de celle-ci a approuvé l'union par la suite, tout en laissant entendre qu'il aurait pu la faire annuler s'il en avait fait la demande, ce qui n'était pas le cas[67]. Une majorité de juges refuse d'appliquer les dispositions de l'ordonnance de Blois de 1579, lesquelles exigeaient que le mariage soit célébré par le curé de la paroisse d'un des époux. En effet, chaque individu est libre de se convertir à une autre religion et les ministres des différentes religions ne sont pas obligés de marier uniquement leurs coreligionnaires[68].

Par ailleurs, les tribunaux ecclésiastiques catholiques continuent de se prononcer sur les demandes en nullité de mariage qui leur sont soumises, parfois à la demande des tribunaux de droit commun. En 1844, un mariage est annulé par la Cour du Banc du roi sans le concours des autorités religieuses, en raison de l'impuissance du mari, qui a fait défaut de se présenter à l'examen médical ordonné par la Cour d'appel[69]. Mais en 1848, un mari allègue l'impuissance de sa femme, qui n'a pas comparu. Il demande que la cause soit envoyée devant le tribunal ecclésiastique, afin que le mariage religieux soit annulé. La Cour du Banc du roi considère que « le demandeur ne peut obtenir les conclusions de sa demande sans avoir préalablement fait dissoudre son mariage par l'autorité ecclésiastique », en se fondant sur la compétence reconnue à celle-ci en Nouvelle-France. Elle ordonne alors au mari de se pourvoir de cette autorité avant qu'elle ne rende son juge-

---

amending the Laws respecting the Solemnization of Marriages in England, 1823 (Angl.), 4 Geo. IV, c. 76, art. 23).

66 S. GAGNON, *op. cit.*, note 46, p. 60 ; N. VOISINE, *op. cit.*, note 34, p. 272-275 ; J.-P. WALLOT, *op. cit.*, note 28, p. 204.

67 *Languedoc* c. *Laviolette*, (1858) 8 D.T.B.C. 257 (B.R.).

68 *Id.*, p. 264 (j. en chef LaFontaine) et p. 265 (j. Caron), avec l'accord du juge Duval ; le juge Aylwin est dissident (voir p. 262). Dans cette affaire, le tuteur, poursuivi en reddition de compte par l'épouse, était créancier du mari. Il avait intérêt à soutenir la validité du mariage célébré aux Etats-Unis, car celui-ci établissait le régime de la communauté de biens, ce qui lui permettait d'alléguer la compensation avec les dettes du mari à son égard. L'épouse invoquait un second mariage, célébré peu après au Québec, qui avait été précédé d'un contrat notarié prévoyant la séparation de biens, ce qui empêchait la compensation d'avoir lieu. La Cour décide que celle-ci ne peut attaquer le mariage auquel elle a consenti, tout comme son tuteur.

69 *Dorion* c. *Laurent*, (1866) 17 L.C.J. 324.

03-Morin Page 72 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

ment. Par la suite, l'évêque de Montréal rend son décret et la Cour annule le mariage[70]. Puis, en 1866, la Cour supérieure annule un mariage célébré par un pasteur protestant, en se fondant sur le défaut de consentement du père, sur le faux nom attribué à l'épouse, sur l'absence de publication des bans et sur l'empêchement dirimant de disparité de culte, selon la preuve faire par un chanoine[71]. Une dernière affaire est rendue avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Bas Canada*, en 1866. Elle met en cause un veuf qui marie la sœur de sa défunte épouse sans avoir obtenu de son évêque la dispense requise, dans une paroisse où ne demeurent pas les conjoints. Là encore, la Cour supérieure ordonne au demandeur de s'adresser à l'autorité ecclésiastique, après quoi elle accepte de se prononcer uniquement sur les effets civils de la dissolution, en mentionnant les deux empêchements dirimants retenus par l'évêque[72].

À cette époque, compte tenu du fait que les règles suivies en Nouvelle-France sont demeurées en vigueur, les tribunaux reconnaissent la compétence de l'évêque quant à l'annulation d'un mariage célébré par un prêtre catholique. Toutefois, les motifs de nullité invoqués (l'impuissance, le défaut de consentement du père, l'affinité entre un beau-frère et une belle-sœur) sont reconnus tant par le droit de l'Ancien Régime français que par le droit anglais. En revanche, la Cour d'appel déclare valide le mariage de deux catholiques célébré par un ministre protestant, en soulignant que le défaut de consentement des parents demeure un motif de nullité lorsque l'un des deux époux est mineur, quelles que soient les règles de l'Église catholique dans ce domaine.

La Conquête de 1760 a donc fait disparaître les règles du droit français concernant la nomination des évêques et la promulgation des règles édictées par Rome. Elle a été suivie par l'octroi à diverses dénominations du pouvoir de tenir des registres d'état civil. En ce qui concerne la célébration des mariages et leur annulation, la situation est plutôt confuse. Les ministres protestants peuvent célébrer le mariage des époux appartenant à une autre dénomination que la leur. Les empêchements admis tant par les catholiques que par les protestants sont reconnus par les tribunaux civils. Ceux-ci admettent parfois que le tribunal ecclésiastique doit se prononcer avant eux, mais ils n'hési-

70 *Lussier* c. *Archambault*, (1866) 11 L.C.J. 53, 55-56.

71 *Mignault* c. *Haupman*, (1866) 10 L.C.J. 137.

72 *Vaillancourt* c. *Lafontaine*, (1867) 11 L.C.J. 305.

03-Morin Page 73 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

tent pas non plus à faire prévaloir les règles de l'ancien droit français qui contredisent le droit canonique. Dans ces conditions, celui-ci n'a pas cessé d'être subordonné aux règles du droit étatique.

II. De l'état civil religieux à l'état civil laïque (1867 à 1991)

Au moment où entre en vigueur le code civil de 1865, l'Église catholique est en train d'imposer son hégémonie dans les institutions d'enseignement francophones, les hôpitaux et les autres services sociaux. Un grand nombre de juristes subissent cette influence et défendent donc ses prérogatives face à l'État dans le domaine du mariage (A). Les interventions législatives concernant l'état civil ne remettent donc pas en cause le principe de la confessionnalité de celui-ci, du moins jusqu'à l'adoption du *Code civil du Québec* (B).

A. Le *Code civil du Bas Canada* à l'heure de l'ultramontanisme

1. Le système d'état civil et l'affaire Guibord

Le *Code civil du Bas Canada* reconduit le système en vigueur depuis l'*Acte de Québec*. Le Titre deuxième, qui est consacré aux actes de l'état civil, prévoit que les registres doivent être tenus par « les curés, vicaires, prêtres ou ministres » (art. 44) desservant une « église paroissiale catholique » ou encore une « église protestante, congrégation ou autre société religieuse, légalement autorisée à tenir de tels registres » (art. 42). Un fonctionnaire peut également être habilité à remplir cette fonction. Le code prescrit les règles concernant le paraphe, la numérotation et le dépôt au greffe, chaque année, d'un des deux exemplaires des registres, qui doivent être fournis par les communautés concernées, ainsi que la délivrance d'extraits (art. 43-53). Il traite ensuite des actes de naissance, de mariage, de décès et de profession religieuse (art. 54-74).

Les tensions qui résultent de cette imbrication du droit et de la religion sont bien connus. Ainsi, la célèbre affaire Guibord confronte les tribunaux à l'absence de règles dans le cas où le défunt est entré en conflit avec les autorités religieuses. En effet, le curé de la paroisse de Montréal refuse d'inhumer la dépouille de Joseph Guibord dans la partie du cimetière où sont enterrés les catholiques ayant reçu une sépulture ecclésiastique. Il propose plutôt de l'enterrer avec les enfants morts sans avoir été baptisés, les hérétiques, les criminels et les « pécheurs

03-Morin Page 74 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

publics », ce qui dénote selon le Comité judiciaire du Conseil privé « une dégradation, pour ne pas dire une infamie »[73].

Pour Monseigneur Bourget, l'évêque de Montréal, en demeurant membre d'un Institut qui possédait des livres mis à l'Index par l'Église, le défunt s'est lui-même excommunié. Cela donne lieu à un échange suave entre le juge Mondelet, qui entend les parties en première instance, et l'un des avocats de la fabrique :

> « LE JUGE : Je voudrais vous faire une question, M. Cassidy. Est-on excommunié du moment qu'on lit un livre à l'Index ?
>
> M. CASSSIDY : On l'est, ou bien l'on pèche seulement, suivant la nature du livre.
>
> LE JUGE : Prétendez-vous dire que si aujourd'hui, j'ai besoin, moi, pour étudier une cause, d'ouvrir Montesquieu par exemple, je suis excommunié par le fait même ?
>
> M. CASSIDY : Ma réponse est facile votre honneur. Les lois de l'Index existent ou elles n'existent pas ; si elles existent, elles lient tous les catholiques. Lorsqu'on a des doutes, il est facile de s'adresser à son aviseur spirituel. L'évêque peut accorder des dispenses. »[74]

Après une victoire devant la Cour supérieure, la demanderesse est déboutée par la Cour de révision et par la Cour d'appel. Mais en 1874, le Comité judiciaire du Conseil privé accueille son pourvoi, au motif que l'évêque n'a pas prononcé une sentence formelle d'excommunication ou de condamnation. Il admet cependant, comme les avocats de la veuve, que si celui-ci avait excommunié Guibord avant son décès, il aurait pu refuser de l'inhumer avec les fidèles demeurés dans les bonnes grâces de l'Église. Pour le Comité judiciaire, le baptême, le mariage et la sépulture constituent des questions mixtes ; par conséquent, les tribunaux peuvent vérifier si les décisions prises à cet égard sont conformes aux règles religieuses. Au lieu de ressusciter les libertés gallicanes et la procédure d'appel de la décision du tribunal ecclésiastique, comme l'avait fait le juge Mondelet en première instance, le Conseil privé s'en tient aux règles de la Nouvelle-France concernant les sépultures, qui sont demeurées en vigueur en raison de l'Acte de Québec de

---

73 *Brown* c. *Cure et marguillers de la paroisse de Montréal,* (1874) L.R. 6 P.C. Ap. 159, (1871-75) C.R. 7 A.C. 295 (cité ci-après dans les C.R.A.C.), 316 (notre traduction).

74 Robert HÉBERT, *Le procès Guibord ou l'interprétation des restes*, Montréal, Tryptique, 1992, p. 123.

03-Morin Page 75 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

1774. Il précise que l'Index publié par l'Inquisition n'avait pas d'autorité en France ou dans ses colonies. Il ordonne donc que la dépouille de Guibord soit inhumée avec celle des catholiques bénéficiant d'une sépulture ecclésiastique.

La première tentative d'enterrer Guibord échoue en raison de l'opposition de centaines de fanatiques. La deuxième réussit grâce à la présence de l'armée ; mais le prêtre se contente d'assister à l'inhumation à titre d'officier de l'état civil, sans pratiquer les rites catholiques. Monseigneur Bourget déclare alors, dans une lettre pastorale, que l'endroit où reposera la dépouille « sera de fait et demeurera, *ipso facto*, interdit et séparé du reste du cimetière »[75]. En effet, chaque tombe doit être consacrée individuellement au moment de l'inhumation. Dans ces conditions, il n'était pas nécessaire de dé-consacrer celle de Guibord, même si cette question semble avoir beaucoup retenu l'attention de la presse[76].

En définitive, l'Église a donc été obligée d'enterrer un des ses fidèles dans la partie du cimetière destinée à ceux qui sont morts en bons termes avec elle, sans sépulture ecclésiastique, plutôt qu'avec ceux qui avaient été rejetés hors de son sein. À l'époque, certains membres de l'Institut canadien, qui défendait la liberté de conscience et d'expression, ont remporté une victoire spectaculaire contre le tout puissant et très réactionnaire évêque de Montréal. Celui-ci se faisait l'apôtre d'un ultramontanisme intransigeant, par lequel les fidèles devaient se soumettre inconditionnellement aux commandements de l'Église, aussi bien en matière spirituelle que temporelle[77]. Mais l'Institut avait dû fermer ses portes en 1870, compte tenu de la diminution du nombre de ses adhérents. Pour sa part, le Comité judiciaire souligne que rien dans la preuve ne permet de conclure que les fidèles catholiques ont consenti, même tacitement, à ce que leur évêque puisse modifier uni-

---

75 Adrien THÉRIO, *Joseph Guibord, Victime expiatoire de l'évêque Bourget*, Montréal, XYZ éditeur, 2000, p. 175.

76 *Brown* c. *Cure et marguillers de la paroisse de Montréal*, précité, note 73, p. 296 ; déposition du curé Rousselot, citée par A. THÉRIO, *op. cit.*, note 75, p. 123

77 A. THÉRIO, *op. cit.*, note 75, p. 123 ; R. CHOQUETTE, *op. cit.*, note 28, p. 173-175 et 241-251 ; Nive VOISINE (dir.), *Histoire du catholicisme québécois,* vol. 2, *Les XVIIIe et XIXe siècles*, t. 2, *Réveil et consolidation (1840-1898)*, par Philippe Sylvain et Nive Voisine, Montréal, Boréal, 1991, notamment p. 112-121, 140-142 ; pour une appréciation plus nuancée, voir Roberto PERIN, *Ignace de Montréal, Artisan d'une identité nationale*, Montréal, Boréal, 2008.

03-Morin Page 76 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

latéralement le rituel suivi en Nouvelle-France, ce qui n'a pas davantage été fait par la loi[78].

L'enterrement de Guibord a lieu le 17 novembre 1875. Dès le 24 décembre, une loi est sanctionnée[79]. Son préambule déclare qu'il est « expédient de prévenir tout conflit entre l'autorité ecclésiastique et l'autorité civile ». L'article 1 poursuit :

> « Il appartient à l'autorité ecclésiastique catholique romaine seule de désigner dans le cimetière la place où chaque individu de cette croyance, après son décès, sera inhumée ; et si la personne décédée ne peut être inhumée d'après les règles et lois canoniques, selon le jugement de l'Ordinaire, dans la terre consacrée par les prières liturgiques de cette religion, elle recevra la sépulture civile dans un terrain réservé à cet effet et attenant au cimetière. »

En somme, le pouvoir de l'Église est sorti renforcé de cette longue saga judiciaire.

2. Les ultramontains et le mariage

Pour ce qui concerne le mariage, le *Code civil du Bas Canada* maintient la capacité de se marier à quatorze ans pour l'homme et à douze ans pour la femme (art. 115). Le consentement des parents ou à tout le moins du père est requis dans le cas d'un mineur de vingt-et-un ans (art. 119)[80]. Le mariage est prohibé entre les ascendants et les descendants, les frères et les sœurs ainsi que leurs alliés, l'oncle et la nièce ou la tante et le neveu (art. 124-126)[81]. L'article 127 ajoute : « Les autres

---

78 *Brown* c. *Cure et marguillers de la paroisse de Montréal*, précité, note 73, p. 323-324.

79 *Acte concernant l'inhumation dans les cimetières des catholiques romains*, S.Q. 1875, 39 Vict., c. 19, devenu l'art. 66a C.c.B.C. (S.R.Q. 1888, art. 5786).

80 En cas de décès ou d'impossibilité d'agir d'un des parents, le consentement de l'autre suffit (art. 121 C.c.B.C.). Pour sa part, l'enfant naturel mineur doit être autorisé à se marier par un tuteur *ad hoc* (art. 122 C.c.B.C.). L'enfant sans père ni mère ou dont les parents sont dans l'impossibilité d'agir doit être autorisé à se marier par un tuteur ou, s'il est émancipé, par un curateur ; ceux-ci doivent consulter le conseil de famille avant de prendre une décision (art. 123 C.c.B.C.).

81 Le Parlement fédéral a légiféré par la suite pour permettre les mariages entre un conjoint survivant et un beau-frère ou une belle-sœur, puis d'un oncle ou d'une tante avec un neveu ou une nièce : *Acte concernant le mariage avec la sœur de la femme défunte*, S.C. 1882, 45 Vic., c. 42 ; *Loi modifiant la Loi du mariage et du divorce*, S.C. 1932, 22-23 Geo. V, c. 10 ; Robert LECKEY, « Profane Matrimony », (2006) 21 (1) *R.C.D.S.* 1-23, 8-13.

03-Morin Page 77 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

empêchements, admis d'après les différentes croyances religieuses, comme résultat de la parenté ou de l'affinité et d'autres causes, restent soumis aux règles suivies jusqu'ici dans les diverses églises et sociétés religieuses » ; dans cette hypothèse, le statu quo est également préservé pour ce qui concerne l'octroi de dispenses ou de licences de mariage (art. 127). Par ailleurs, les prêtres, ministres ou fonctionnaires habilités à tenir les registres d'état civil peuvent célébrer un mariage ; toutefois, ils ne peuvent être contraints de le faire s'« il existe quelqu'empêchement, d'après les doctrines et croyances de [leur] religion » (art. 129). Enfin, le mariage ne peut être dissous que par la mort d'une des parties (art. 185).

Avant la célébration, des bans doivent être publiés par le prêtre ou le ministre de l'église de chacune des parties (art. 130), sauf si une dispense ou une licence a été obtenue de l'autorité compétente (art. 58, 59 et 134). Le mariage est normalement célébré au domicile de l'un des époux, mais s'il est contracté ailleurs, le « fonctionnaire qui en est chargé est tenu de vérifier et constater l'identité des parties » (art. 63). Dès 1871, une loi précise que le Secrétaire provincial constitue l'autorité compétente pour émettre des licences de mariage aux « ministres de l'Évangile protestant », « sous le seing et sceau du Lieutenant-Gouverneur ». Les parties doivent fournir un cautionnement qui deviendra nul s'il n'existe aucun empêchement à leur union. Par la suite, le célébrant ne peut être poursuivi en dommages si un tel obstacle est découvert, à moins qu'il n'en ait eu connaissance au moment de la cérémonie[82]. Cette loi apporte donc des précisions utiles, en reconnaissant la pratique bien établie consistant à remplacer par une licence la publication des bans ou une dispense ecclésiastique.

Les dispositions du code de 1865 entrent en conflit avec plusieurs règles du droit canonique. Contrairement à ces dernières, elles exigent l'accord des parents, interdisent le mariage de l'oncle et de la nièce ou de la tante et du neveu (tandis que des catholiques peuvent obtenir une dispense dans une telle hypothèse) et permettent une célébration ailleurs que dans la paroisse d'un des époux[83]. Elles ont d'ailleurs été critiquées pour cette raison au moment de leur adoption, jusqu'à ce que Rome indique qu'il s'agissait d'un code acceptable dans un pays

---

82 *Acte concernant les Licences de Mariage, S*.Q. 1871, 35 Vict., c. 3 ; art. 59a C.c.B.-C., ajouté par S.R.Q. 1888, art. 5785.

83 T.J.J. LORANGER, *op. cit.*, note 62, n°s 92, p. 94 et n°s 152-156, p. 164-167.

comme le Canada[84]. Pourtant, un débat fait bientôt rage à propos des « empêchements » de mariage admis par les différentes croyances religieuses aux termes de l'article 127 du Code civil. Il ne porte toutefois pas sur les mariages mixtes, dont la validité est admise depuis 1764 par Rome, ni sur les mariages contractés par des conjoints qui se sont convertis à une nouvelle religion, ce que l'Église ne peut empêcher.

Cela étant, de nombreux juristes soutiennent que, dans l'hypothèse où les futurs conjoints sont tous deux catholiques, ils sont liés par les règles de leur Église. A leur avis, si celles-ci font d'un empêchement une cause de nullité, le mariage doit également être annulé par les tribunaux civils, à moins qu'une dispense n'ait été obtenue de l'autorité ecclésiastique compétente. Il en ira ainsi si le célébrant est protestant, puisqu'il ne s'agit pas du propre curé des parties, comme l'exige le droit canonique. La même conclusion s'impose pour les degrés d'affinité prohibés au-delà de ceux qui sont expressément prévus par le code. L'obligation de faire célébrer le mariage par un prêtre catholique signifie qu'en l'absence de dispense, un veuf ne peut jamais épouser la sœur de sa défunte femme, en dépit du fait qu'une loi fédérale l'y autorise. De même, les catholiques divorcés par une loi fédérale d'intérêt privé ne peuvent jamais épouser une personne catholique, puisqu'ils ne peuvent s'adresser à un ministre d'une autre religion.

Cette thèse, qui a d'abord été défendue par Désiré Girouard[85], sera reprise par de nombreux juristes francophones[86]. Ces ultramontains s'inspirent largement des ouvrages publiés par les ecclésiastiques québécois de l'époque. Certains écrivent sans sourciller qu'en cas de conflit avec les règles du droit canonique, l'annulation prononcée par les tribunaux ne peut valoir que pour les effets civils, tels la dissolution du

---

84 André MOREL, « La codification devant l'opinion publique de l'époque », dans Jaques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Livre du centenaire du Code civil*, vol. 1, Montréal, Presses de lUniversité de Montréal, 1970, p. 27–45.

85 « La Loi du mariage », (1875) 3 *R. crit. de L. et de J.* 241

86 Par ex. S. PAGNUELO, *op. cit.*, note 20, p. 289-299 ; T.J.J. LORANGER, *op. cit.*, note 62 ; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, C. Théorêt, 1895, p. 332-333, 342, 376, 475 et 559 ; François LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 1, Montréal, Wilson et Lafleur, 1905, p. 250, 258-259 (mais cet auteur reconnaît que les règles du Code sur les nullités remplacent celles du droit canonique) ; Gérard TRUDEL (dir.), *Traité de droit civil du Québec*, t. 1, par G.TRUDEL, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, p. 197 et 380-386 ; voir également Jean-Louis BAUDOUIN, « L'influence religieuse sur le droit civil du Québec », (1984) 15 *R.G.D.* 563 ; Gérald-A. BEAUDOIN. « Considérations sur l'influence de la religion en droit public au Canada », (1984) 15 *R.G.D.* 589.

03-Morin Page 79 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

régime matrimonial et le versement d'une pension. Le jugement n'aurait pas pour effet de permettre aux parties de se remarier, car le sacrement demeure valide aux yeux de l'Église. Ce raisonnement tient pour acquis qu'en garantissant aux habitants de la Nouvelle-France la liberté de pratiquer la religion catholique, le traité de Paris de 1763 et l'*Acte de Québec* ont reconnu les règles de cette confession concernant le mariage. Quant au pouvoir qui sera accordé par la suite à diverses dénominations de tenir des registres et de célébrer des mariages, il ne viserait que les adeptes de la religion en question, ainsi que leur conjoint. Dans cette perspective, pour les catholiques, le seul fonctionnaire compétent (art. 128) demeure le curé du domicile de chaque partie, car l'article 127 leur rend opposable les règles du Concile de Trente, reprises par l'Ordonnance de Blois de 1579. De la même manière, les empêchements religieux qui ne sont pas expressément prévus par le code constituent des motifs de nullité devant les tribunaux civils.

Nous croyons avoir démontré qu'historiquement, cette thèse est une vue de l'esprit. En effet, le pouvoir des ministres protestants de marier deux conjoints catholiques a été reconnu dès le XVIIIe siècle, tout comme la primauté des règles de l'ancien droit français sur celles du droit canonique. Cela n'a pas empêché les juristes les plus renommés d'y souscrire, même s'il est vrai qu'à cette époque, de nombreux documents d'archives demeuraient encore inédits. Ainsi, Loranger croit pouvoir affirmer que « par le changement de souveraineté, l'Église du Canada fut délivrée de sa dépendance de l'État, et la doctrine de la compétence du pouvoir civil sur le mariage disparut avec plusieurs autres maximes »[87]. Dans sa thèse de doctorat, Eusèbe Belleau affirme qu'en dépit de sa compétence sur le mariage et le divorce, « le parlement fédéral n'a pas de juridiction sur le lien du mariage dans la Province de Québec », car le parlement britannique ne peut porter atteinte au traité de Paris de 1763[88] ! Plus rigoureux, Joseph Frémont conclut que seul un amendement constitutionnel pourrait prévenir l'adoption de lois fédérales sur le divorce applicables au Québec[89]. On sait que l'attri-

---

87 T.J.J. LORANGER, *op. cit.*, note 62, n° 32, p. 35.

88 *Des empêchements dirimants de mariage*, Lévis, Mercier et cie, 1889, p. 39 ; voir également B.A.T. DE MONTIGNY, « Du mariage et du divorce », (1879) 1 *La Thémis* 289, 321 et 353.

89 Joseph FRÉMONT, *Le divorce et la séparation de corps*, thèse, Québec, Imprimerie Générale A. Côté et cie, 1886, n° 67, p. 70. Il faut attendre jusqu'en 1968 pour qu'une loi fédérale autorise les jugements de divorce au Québec et mette fin à l'adoption de lois d'intérêt privé (*Loi sur le divorce*, S.C. 1967-1968, c. 24).

03-Morin Page 80 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

bution de cette compétence au Parlement canadien visait à éviter que les catholiques du Québec refusent de reconnaître ce concept ou qu'ils empêchent le remariage d'une personne dont le divorce avait été prononcé dans une autre province ou à l'étranger[90].

De nombreuses décisions reconnaissent l'existence d'empêchements propres à la religion catholique, même si dans certains cas, elles se fondent également sur une disposition expresse du code pour annuler le mariage[91]. Si les parties catholiques ne se sont pas d'abord adressées à l'évêque, elles sont renvoyées devant lui. La Cour de révision précise toutefois que les parties doivent faire la preuve des liens de parenté et des empêchements religieux, dont elle ne peut prendre connaissance d'office[92]. Mais elle confirme l'existence d'empêchements propres à la religion catholique, en se trahissant parfois : « Le législateur, pour donner une sanction certaine à la loi, a voulu ou a dû vouloir que les mariages ne soient célébrés que par le curé ou ministre des parties »[93].

Seuls les juges Torrance, Archibald et Charbonneau osent affirmer, dans trois décisions distinctes, qu'un ministre protestant peut marier deux catholiques, s'il a reçu une licence à cette fin[94]. Selon le juge Archibald, pour accepter la position de l'archevêque de Montréal, il faudrait mettre de côté la jurisprudence unanime de la France, faire fi des lois de l'Angleterre, oublier l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* ainsi que la compétence fédérale sur le mariage et le divorce, puis abolir le code de la province, qui contient des dispositions couvrant l'ensemble de la matière dont l'application relève des tribunaux de droit commun[95]. Dans une lettre pastorale, Monseigneur Bruchési proclame

---

90 François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 656.

91 *Langevin* c. *Barette*, (1872) 4 R.L. 160 (C.S.) ; *Laramée* c. *Evans*, (1880) 24 L.C.J. 235 (C.S.) (irrecevabilité) ; (1881) 25 L.C.J. 235 (C.S.) (jugement au fond) ; *Globensky* c. *Wilson*, (1886) 2 M.L.R.C.S. 174 ; *Tremblay* c. *Terrill*, (1900) 4 R. de J. 143 (C.S.) ; *Vallée* c. *Rousseau*, (1906) 13 R.L.n.s. 60 (C.S.) ; *Lorange* c. *Lauzon*, (1912) 12 R. de J. 407 (C.S.).

92 *De Grandmont* c. *Société des artisans canadiens français de la Cité de Montréal*, (1899) 16 C.S. 532 ; *Tremblay* c. *Despatie*, (1911) 40 C.S. 429, 430-431.

93 *Durocher* c. *Degré*, (1901) 20 C.S. 456, 490 (j. Lemieux) ; *Tremblay* c. *Despatie*, (1912) 43 C.S. 59, infirmé au Conseil privé.

94 *Burn* c. *Fontaine*, (1872) 4 R.L. 163 (C.S.) ; *Delpit* c. *Côté*, (1901) 20 C.S. 338 ; *Hébert* c. *Clouatre*, (1912) 41 C.S. 249, inf. sur un autre point, (1914) 45 C.S. 239 (C. de R.).

95 *Delpit* c. *Côté*, précité, note 94, p. 388 (notre traduction ; « To sustain the position of the Archbishop you must set aside the unanimous jurisprudence of France, you

03-Morin Page 81 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

alors que ce jugement, bien-fondé ou non, « ne peut en rien amoindrir ou modifier les obligations des catholiques », pour qui « le mariage clandestin est toujours nul et invalide »[96].

En 1912, la Cour suprême est saisie de la question par le biais d'un renvoi ; elle adopte alors l'interprétation minoritaire[97]. Finalement le Conseil privé est appelé à trancher la controverse dans l'affaire *Despatie* c. *Tremblay* [98]. Or, en première instance, celle-ci avait été entendue par le juge Bruneau qui est saisi au même moment d'une cause où l'on invoque un empêchement de mariage propre à la religion juive. À la demande des avocats des parties, il profite de l'occasion pour rassembler le fruit de ses laborieuses recherches. Le résultat est un ouvrage de 290 pages, qui reprend les arguments de la jurisprudence québécoise jusqu'à cette date, en citant un nombre impressionnant de documents de l'ancien droit français ou du Conseil supérieur de Québec[99]. De manière très cohérente, le juge Bruneau conclut à la nullité d'un mariage contraire aux règles prescrites par la religion des conjoints, qu'ils soient juifs ou catholiques.

3. L'arrêt *Despatie* et ses suites

En 1921, le Comité judiciaire rend sa décision. Il refuse d'admettre que les empêchements religieux qui ne sont pas expressément mentionnés par le code puissent constituer des motifs de nullité devant les tribunaux civils. À son avis, l'article 127 visait à préserver la compétence des autorités ecclésiastiques, mais uniquement à des fins religieuses[100]. Les juristes intégristes de l'époque furent profondément

---

must ignore the laws of England, you must forget the British North America Act, which assigns marriage and divorce to the Federal Parliament, and you must abolish the code of our own province, which makes provision covering the whole ground and assigns the administration of them to the courts »).

96 « Extrait d'une Lettre Pastorale de Sa Grandeur Mgr. Bruchési, Archevêque de Montréal, où il est question des devoirs des catholiques en ce qui regarde les mariages clandestins », dans Élie-J. AUCLAIR, *Le mariage clandestin des catholiques devant la loi du pays*, Montréal, Arbour & Laperle, 1901, p. 91.

97 *In the matter of the Authority of the Parliament of Canada to enact a proposed measure amending "The Marriage Act"*, (1912) 46 R.C.S. 132, conf. sans discuter ce point, [1912] A.C. 880.

98 *Despatie* c. *Tremblay*, [1921] 1 A.C. 702 ; (1921) 58 D.L.R. 29

99 A.A. BRUNEAU, *op. cit.*, note 12, p. 29 (affaire *Kaplan* c. *Goldstein*, voir p. 11).

100 *Despatie* c. *Tremblay*, précité, note 98.

choqués par cet arrêt[101]. Dans une conférence prononcée en 1934, le juge C.E. Dorion ne craint pas d'affirmer[102] :

> « Ainsi donc le code, qu'aucune jurisprudence ne saurait changer, reste intact. Le texte est là qui proteste contre toute interprétation erronée, contre toute « *judge made law* ».
>
> Le mariage reste un mariage religieux, soumis aux articles du Code civil et, en vertu de ces mêmes articles, soumis à la discipline de chaque église.
>
> La loi du mariage n'est donc pas territoriale, elle est personnelle. Elle ordonne que chacun se marie devant son église et selon les lois de son église. »

D'un autre côté, la décision du Conseil privé trouve évidemment des défenseurs[103].

La réaction de la magistrature a été éloquemment résumée par le juge Isidore Belleau[104] :

> « Était-ce le rêve ou l'illusion généreuse d'esprits tellement imprégnés des idées de l'ancien régime et confiants dans la générosité du nouveau, qu'ils voyaient dans la loi plutôt ce qui aurait dû s'y trouver, que ce qu'il y avait en réalité ?
>
> [...]
>
> Nous vivions dans cette atmosphère réconfortant [sic], lorsque est survenu, éclatant comme la foudre dans un ciel serein, le juge-

---

101 Alain-François BISSON, « Chronique de droit familial 2. Empêchement religieux au mariage. Cinquantenaire d'un chiffon de papier », (1971) 2 *R.G.D.* 31 ; Sylvio NORMAND, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : La sauvegarde de l'intégrité du droit civil » (1987) 32 *R.D. McGill* 559, 587-588 ; Jean-Guy BELLEY, « Une croisade intégriste chez les avocats du Québec : La Revue de droit (1922-1939) » (1993) 34. C. de D. 183.

102 C.E. DIRION, « La loi du mariage dans la province de Québec », dans BARREAU DE MONTRÉAL, *op. cit.*, note 25, p. 111, à p. 132.

103 Lovell C. CARROLL, *Marriage Law in Quebec, the Conditions of Validity,* Montréal, Harry S. Oakes, 1936, ne prend pas véritablement position ; Charles STEIN, « La célébration du mariage », (1937) 40 *R. du N.* 49-64 et 115-122, qui accepte l'interprétation du Conseil privé mais suggère de modifier la loi pour revenir à la situation antérieure ; Louis BAUDOUIN, « Case and Comment », (1951) 29 *R. du B. Can.* 437-445 ; Robert LESAGE, « Le *Code civil* dans la province de Québec tient-il compte du caractère religieux du mariage ? », (1955) 2 *C. de D.* 36.

104 *Plante* c. *Zannis*, (1925) 63 C.S. 155, 159-160 et 168-169.

03-Morin Page 83 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

> ment désormais fameux du Conseil privé, dans la cause *Dépatie* [sic] c. *Tremblay.*
>
> Il y eut un grand émoi dans les cercles judicaires. C'était un cruel réveil. On prononça le mot « chiffon de papier ».
>
> [...]
>
> Voici, d'un autre côté, un juge catholique, placé dans ce dilemme : – forcer la demanderesse à vivre en révolte avec l'église et avec sa propre conscience, ou forfaire au serment qu'il a prêté d'administrer la justice conformément à la loi, au meilleur de sa conscience et de son jugement. Se peut-il que des problèmes de cette importance et de cette gravité se posent dans notre religieuse province de Québec ?
>
> [...]
>
> Mais devant un texte de loi aussi clair et aussi formel, et le jugement d'un tribunal dont l'autorité s'impose, il me reste la seule alternative de remplir mon devoir de magistrat chargé d'interpréter la loi et de l'appliquer, laissant à d'autres toute la responsabilité. »

Certains juges adoptent cette attitude[105], mais d'autres refusent de se rallier[106]. Toutefois, dans ce dernier cas, certains jugements n'admettent pas un nouveau motif de nullité. En effet, depuis 1908, le décret *Ne Temere* interdit aux catholiques d'épouser un protestant devant un ministre non catholique. L'exception accordée en 1764 par le pape dans le cas du Québec a donc été abrogée par l'Église. Or, pour les empêchements qui ne sont pas mentionnés par le code, l'article 127 C.C.B.-C. fait uniquement référence aux « règles suivies *jusqu'ici* dans les diverses églises et sociétés religieuses », ce qui exclut celles qui sont postérieures à 1866. C'est pourquoi la Cour d'appel déclare que la modification de 1908 ne peut être reconnue par les tribunaux civils. Après avoir cité l'arrêt *Despatie* c. *Tremblay,* le juge Létourneau précise toutefois : « Je désire cependant faire ici, avec le plus grand respect, toutes mes réserves quant aux conclusions auxquelles en est arrivé ce

---

105 *Beauvais* c. *McComber,* (1929) 35 R. de J. 464 (C.S.) ; *Cormichael* c. *Kent,* (1935) 42 R.L.n.s. 138 (C.S.)

106 *Rochefort* c. *Rose*, (1925) 63 C.S. 44 (C.S.) ; *Coates* c. *Romanelli*, [1936] 1 D.L.R. 244 (C.S.) ; *McKenzie* c. *Lunney*, (1938) 45 R.L.n.s. 116 (C.S.) ; *Collins* c. *McNally*, (1940) 6 R. de J. 44 (C.S.). Les trois derniers jugements ont été rendus par le juge Forest.

03-Morin Page 84 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

haut tribunal touchant la portée dudit article au point de vue civil, indépendamment de l'interprétation du mot « jusqu'ici »[107].

Par la suite, les juges du Québec refuseront généralement de donner effet aux empêchements purement religieux[108], sauf dans deux décisions isolées[109]. Il en ira ainsi pour les changements résultant du Code de droit canonique de 1917, qui fixe un nouvel âge de consentement au mariage (seize ans pour les garçons, quatorze pour les filles) et qui élimine un degré dans les relations d'affinité prohibées (l'empêchement s'arrête alors aux descendants directs de cousins germains)[110]. Par ailleurs, dans une telle atmosphère, on ne doit pas s'étonner qu'en 1913, une jeune fille de dix-huit ans et son père aient cru qu'il suffisait de procéder à une cérémonie religieuse en France pour que les époux y soient légalement mariés, ce qui n'était évidemment pas le cas en l'absence d'une célébration à la mairie[111].

B. L'apparition tardive des officiers étatiques

1. Les difficultés liées au caractère religieux de l'état civil

Après l'adoption du *Code civil du Bas Canada*, le caractère confessionnel des registres d'état civil a été accepté comme allant de soi, du moins jusqu'au début des années soixante. Pourtant, les règles auxquelles les prêtres catholiques devaient se conformer ne concordaient pas toutes avec celles du droit canonique, même s'il était possible de

---

107 *Howard* c. *Bergeron*, (1941) 71 B.R. 154, 176. Dans *Yorksie* c. *Chalpin*, [1946] B.R. 51, la Cour considère que le demandeur n'a pas fait la preuve de son appartenance à la religion grecque orthodoxe.

108 *J.* c. *B.*, [1947] C.S. 121 ; *Desjardins* c. *Serchuk*, [1951] C.S. 325 ; *Jodoin* c. *Mower*, [1953] C.S. 253 ; *Rodrigue* c. *Francoeur*, [1963] C.S. 702 ; *Bessette* c. *Meunier*, [1959] C.S. 283 ; *Dube* c. *Ouellet*, [1966] C.S. 16 (qui ne prend pas clairement position) ; *Bergeron* c. *Proulx*, [1967] C.S. 579 ; *Mathys* c. *Demers*, [1968] C.S. 172 ; *X.* c. *G.*, [1972] C.S. 72 ; *Ouellette* c. *Gingras*, [1972] C.A. 247, 248.

109 *Sturton* c. *Dawes*, [1952] C.S. 229 ; *Burelle* c. *Grandmont*, [1964] C.S. 314 (mais le mariage est déclaré valide parce que le demandeur s'était converti au protestantisme avant la célébration).

110 J.-Lucien BEAUDOIN, *La dissolution du lien matrimonial en droit canonique et en droit civil canadien*, Ottawa, Universitas Catholicas Ottaviensis, 1949, p. 238-240 et 246-247.

111 *Berthiaume* c. *Dastous*, [1930] A.C. 79, (1929) 47 B.R. 533 (C.J.C.P.)

03-Morin Page 85 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

respecter les unes et les autres[112]. Ainsi en 1872, les prêtres desservant les chapelles particulières ou les missions ont été autorisés à tenir des registres d'état civil, au même titre que les curés de paroisse[113]. En 1870, dans la partie du district de Saguenay située à l'est de la rivière Portneuf, où il n'existe pas de paroisse, une loi exempte les curés, missionnaires ou ministres qui tiennent volontairement des registres de certaines formalités prévues par le Code civil[114]. Il faudra toutefois attendre jusqu'en 1966 pour que le Code civil tienne compte de cette situation particulière[115]. À compter de 1928, une distinction est faite entre l'Église d'Angleterre et l'Église-Unie du Canada, à la suite de la séparation de ces deux dénominations[116]. Aussi tard qu'en 1969, les prêtres, les curés et les ministres sont autorisés à accorder des dispenses afin d'éviter le recours à l'évêque, sauf si les règles de leur religion leur refusent ce pouvoir (art. 134)[117]. À compter de 1979, même les diacres peuvent exercer celui-ci s'ils y sont autorisés par le pouvoir ecclésiastique (art. 44)[118] ; ils sont également habilités à célébrer des mariages (art. 129)[119].

Dans le cas des naissances et des sépultures, une certaine forme de laïcité a toutefois fait son apparition. En 1875, une loi met en place une procédure spéciale pour un parent qui n'a pas fait baptiser son enfant ou qui, n'étant pas de croyance catholique, n'a pas fait enregistrer la naissance de celui-ci par une personne autorisée à tenir des registres. Il doit alors, dans les quatre mois qui suivent celle-ci, la faire enregistrer par la municipalité de son domicile ou par le juge de paix le plus proche[120]. Un tel système est indispensable, car selon la Cour

---

112 Roméo LEMELIN, *Les registres paroissiaux*, Québec, s.é., 1954, par ex. p. 84-87.

113 *Acte concernant les registres de l'état civil,* S.Q. 1872, 36 Vict., c. 16, art. 1 ; modification intégrée à l'article 41 C.C.B.C. (S.R.Q. 1888, art. 5777).

114 *Acte concernant les registres de l'état civil dans une certaine partie du district du Saguenay et l'érection civil de certaines paroisses*, S.Q. 1870, 34 Vict., c. 8.

115 *Loi modifiant le code civil*, S.Q. 1966, c. 20.

116 *Loi modifiant l'article 44 du Code civil*, S.Q. 1928, 18 Geo. V, c. 82 ; voir également, à propos de l'Église presbytérienne, Donald McKENZIE ROWAT, « Some observations on the registration of Births, Marriages and Death in the Province of Quebec », (1934-35) 37 *R. du N.* 49 ou (1942) 45 *R. du N.* 176 (2e publication du même article).

117 *Loi concernant le mariage civil*, S.Q. 1968, c. 82, art. 13.

118 *Loi modifiant le code civil*, L.Q. 1979, c. 29, art. 3.

119 *Id.*, art. 8.

120 *Acte concernant la compilation des statistiques des naissances, mariages et causes de décès dans la province,* S.Q. 1875, 39 Vict., c. 20, devenu l'art. 53a C.c.B.C., S.R.Q.

03-Morin Page 86 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

supérieure, en cas de refus d'agir du ministre du culte, le seul recours consiste à se pourvoir devant l'autorité ecclésiastique, sauf à réclamer des dommages en cas de faute civile[121]. La Cour ne peut davantage suppléer à l'absence de baptême ou d'enregistrement[122]. Par ailleurs, des problèmes d'accessibilité expliquent que dans le Grand Nord (soit les « territoires d'Abitibi, de Mistassini, d'Ashuanipi ou du Nouveau-Québec »), à compter de 1929, les naissances doivent obligatoirement être enregistrées par les municipalités[123]. En 1979, les communautés cries, inuit et naskapies sont même autorisées à tenir leur propres registres, à la suite de la conclusion de la Convention de la Baie James[124]. Enfin, depuis 1922, le gouvernement tient un registre de la population à des fins statistiques, mais celui-ci n'a pas de valeur officielle[125].

L'intégration des congrégations juives dans le système d'état civil a toutefois posé certaines difficultés. Une loi de 1829 prévoit que les personnes de cette confession pourront élire leurs syndics à Québec, Montréal et Trois-Rivières. Ceux-ci peuvent alors désigner un « ministre » qui pourra être autorisé par le gouvernement à tenir des registres[126]. Mais une fois que cela a été fait, aucune autre congrégation ne peut être créée dans un district[127]. Il n'y en a pas eu de créée dans la ville de Québec, même si des rabbins y présidaient les cérémonies de mariage sans les inscrire dans des registres officiels. Selon Mignault, c'est la raison pour laquelle une disposition particulière est ajoutée au code en 1894, soit l'article 53b[128]. Elle vise le cas d'une « personne compétente à célébrer un mariage ou à présider une inhumation, qui n'est

---

1888, art. 5784. La distinction entre l'absence de baptême ou d'enregistrement dans le cas des non catholiques sera éliminée en 1977. La nouvelle formulation vise simplement les cas où il n'y pas eu enregistrement auprès d'une personne autorisée à tenir de registres (*Loi modifiant le code civil*, L.Q. 1977, c. 72, art. 3).

121 *Davignon* c. *Lesage*, (1893) 16 L.N. 188 (C.S.).

122 *In re Robinson*, (1918) 25 R. de J. 64 (C.S.). En revanche, il est possible de rectifier une erreur ou de suppléer à l'omission d'un acte ayant réellement existé (art. 75-78 C.c.B.C.)

123 *Loi modifiant l'article 53a du Code civil*, S.Q. 1929, c. 75, art. 1.

124 *Loi modifiant le code civil*, L.Q. 1979, c. 29, art. 1.

125 *Loi de l'hygiène publique de Québec*, S.C. 1922, c. 29.

126 *Acte pour étendre certains privilèges y mentionnés aux personnes professant le Judaïsme, et pour obvier à certains inconvénients auxquels pourraient être exposés d'autres Sujets de Sa Majesté,* S.B.C. 1829, 9-10 Geo. IV, c. 75.

127 *Ex parte Aronson*, (1889) 18 R.L. 55 (C.S.).

128 P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 86, p. 176 ; *Loi modifiant la loi relative aux registres de l'état civil*, S.Q. 1894, 57 Vict., c. 44.

03-Morin Page 87 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

pas autorisée à tenir registre des actes de l'état civil ». Celle-ci peut dresser un acte des mariages ou des inhumations auxquelles elle a présidé puis les transmettre, accompagnés d'une attestation solennelle de leur véracité, au protonotaire du district judiciaire du lieu. En outre, elle peut faire de même pour les mariages et sépultures célébrés depuis 1860, à condition de transmettre les actes requis dans les trente jours qui suivront l'entrée en vigueur de la loi.

Cette disposition est mal formulée, car elle vise une personne qui est compétente pour célébrer des mariages sans être autorisée à tenir des registres. Or, aux termes de l'article 129, cette autorisation constitue l'unique condition à remplir pour détenir cette compétence. Certains auteurs en ont conclu qu'aucune personne ne pouvait se trouver dans une telle situation et que l'article 53b ne pouvait recevoir application en cas de mariage[129]. Mais la version anglaise de cette disposition parle d'une personne autorisée à célébrer des mariages plutôt que d'une personne « compétente ». Il semble donc que cette autorisation ne soit pas liée à la tenue de registres et qu'elle pourrait être d'origine religieuse ou encore provenir d'une loi particulière. Autrement, la disposition aurait été inutile dans ce cas de figure.

D'autres difficultés vont survenir en jurisprudence. En 1922, le juge Bruneau entend une requête pour inscrire un acte de naissance dans les registres d'une congrégation juive, plusieurs années après le fait. Selon lui, de telles omissions « ne sont jamais commises et ne peuvent l'être [...] par des Canadiens protestants ou catholiques », alors que de « semblables requêtes nous viennent toujours, aujourd'hui, de la part des émigrés de Russie et, notamment, de la part des émigrés juifs, quel que soit leur pays d'origine ». Cela aurait été particulièrement le cas lors de la conscription de 1917, alors que l'âge était un motif d'exemption. Il reproche alors cette négligence à ces « gens qui [...] appartiennent à une race d'hommes d'affaires »[130]. Ces commentaires, qui attribuent la responsabilité de certains comportements négligents à l'ensemble d'une communauté, nous paraissent antisémites, quelle que soit l'ampleur réelle des problèmes auxquels le juge fait allusion.

---

129 P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 86, p. 178 ; F. LANGELIER, *op. cit.*, note 86, p. 160 ; G. TRUDEL, *op. cit.*, note 86, p. 180-181 ; Hervé ROCH, *Actes et registres de l'état civil et rectification*, Montréal, s.é., 1949, p. 151.

130 *Ex parte Bard*, (1922) 60 C.S. 350, 351-352. La requête est rejetée parce que la mère n'a pas été mise en cause et que la preuve de filiation est insuffisante.

03-Morin Page 88 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

Une autre difficulté concerne les ministres du culte qui ne sont pas des sujets britanniques. Initialement, la Cour supérieure annule les mariages qu'ils ont célébrés, au motif qu'un fonctionnaire ne peut être un étranger[131]. En plus de ce problème, des rabbins n'ont pas obtenu le permis exigé par la loi pour être autorisés à tenir des registres. Et le juge Bruneau d'affirmer : « [...] les juifs et leurs prêtres méconnaissent, avec une insouciance quasi criminelle, j'oserais dire, les dispositions de nos lois relatives à la tenue des registres d'état civil ». Il ajoute qu'il existerait « des centaines, sinon des milliers de mariages célébrés illégalement chez les Juifs de cette province »[132].

Pourtant, comme le fera remarquer le juge Duclos en 1926, personne ne soutient qu'un prêtre catholique ou qu'un ministre protestant de nationalité étrangère ne peut célébrer de mariage ni tenir des registres. En effet, cette exigence n'apparaît nulle part dans le code. Au surplus, il ne s'agit pas ici véritablement d'un fonctionnaire, mais d'un ministre du culte remplissant un devoir imposé par la loi. Il signale en outre que, aux termes d'une loi de 1846, le rabbin désigné par les administrateurs de la congrégation Shaar Hashomayin est exempté de l'obligation de se procurer un permis du gouvernement[133]. En 1930, dans une affaire mettant en cause un prêtre de nationalité belge, la Cour d'appel conclut elle aussi que les prêtres et ministres du culte ne sont pas obligés d'être des sujets britanniques[134].

2. L'aspiration à la laïcité

En 1959, Léon Roy note les défauts du système d'état civil, principalement la dispersion des registres et l'absence de mention des actes subséquents, tels le décès[135]. Signalons également l'impossibilité d'ob-

---

131 *Boucher* c. *Lamer*, (1924) 62 C.S. 38 (archimandrite de l'Église grecque orthodoxe).

132 *Feigleson* c. *Fleisig*, (1924) 30 R.L.n.s. 113, 123 ; le juge Bruneau tient des propos presque identiques dans une cause très semblable : *Klasmer* c. *Lefschetz*, (1925) 63 C.S. 117, 123. Sur l'antisémitisme à cette époque, voir notamment Sylvio NORMAND, « L'affaire Plamondon : Un cas d'antisémitisme à Québec au début du XXe siècle », (2007) 48 *C. de D.* 477-504.

133 *Kahn* c. *Gordon*, (1926) 64 C.S. 442, 444-445 ; *Acte pour amender l'Acte du Bas-Canada y mentionné, qui accorde certains privilèges aux personnes professant le Judaïsme* S.P.C. 1846, 9 Vict., c. 96, art. 2.

134 *Ryan* c. *Cunningham*, (1930) 48 B.R. 489.

135 Léon ROY, *De la tenue des registres de l'état civil dans la Province de Québec*, Québec, s.é., 1959, p 15-19 ; voir également p. 115, sur la tentative de constituer un index général dans le district de Québec.

03-Morin Page 89 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

tenir un changement de nom autrement que par le biais d'une loi d'intérêt privé, ou encore de se procurer un acte de décès lorsqu'il ne peut y avoir de sépulture, en raison du fait que le cadavre n'a pu être découvert ou récupéré. Cela n'empêche pas cet auteur d'affirmer que ce système est « merveilleusement adapté aux moeurs de l'immense majorité de notre population et assez souple pour pourvoir aux besoins des minorités »[136]. Toutefois, en 1962, Me Claude-Armand Sheppard prononce une conférence où il réclame la création d'un système laïque et centralisé, afin de mettre fin aux nombreux problèmes créés par la multiplication des personnes autorisées à tenir des registres[137]. Cette proposition reçoit l'appui d'un universitaire mais suscite également des réticences[138]. Pourtant, vers 1981, on dénombre 5 680 officiers d'état civil et des milliers de registres, ainsi que plus de 5 000 requêtes en correction chaque année ; en outre, 15 % des naissances ne sont pas enregistrées à l'état civil[139].

Dès 1966, un comité de l'Office de révision du Code civil propose d'autoriser les maires à célébrer des mariages civils[140]. En 1968, le législateur confie plutôt cette fonction au greffier de la Cour supérieure (alors appelé « protonotaire ») ou à l'adjoint qu'il désigne ; ces personnes ne peuvent invoquer leurs croyances religieuses pour refuser d'agir (art. 129)[141]. C'est l'apparition du mariage civil, qui a été reconnu dès 1837 en Angleterre et dès 1792 en France[142]. À la suite d'autres recommandations de l'Office de révision du Code civil, le *Code civil du Québec* met en place un système d'état civil centralisé géré par le gou-

136 *Id.*, p. 17.

137 Michel ST-AUBIN, « La laïcisation des actes de l'état civil dans une perspective exclusivement juridique », (1962) 12 *Thémis* 272 ; Claude-Armand SHEPPARD, « Lettre ouverte », (1963) 13 *Thémis* 77.

138 Michel POURCELET, « L'aspect confessionnel des actes de l'état civil – ses inconvénients – à la recherche d'une solution », (1963) 13 *Thémis* 124 ; Ulrich-G. LAURENCELLE, « Propos de mariage, propos de divorce », (1963) 23 *R. du B.* 433.

139 Anne-Marie BILODEAU, « Quelques aspects de l'influence religieuse sur le droit de la personne et de la famille au Québec », (1984) 15 *R.G.D.* 573, 580-581 ; Jean PINEAU, « De certains éléments relatifs à l'état des personnes, du registre et des actes de l'état civil », (1988) 1 *C.P. du N.* 91, nº 12, p. 103.

140 OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport préliminaire du Comité de l'état civil et de la célébration du mariage*, Montréal, 1966.

141 *Loi concernant le mariage civil,* S.Q. 1967-68, c. 82, art. 11 ; voir Pierre-Gabriel JOBIN, « Loi concernant le mariage civil », (1969) 10 *C. de D.* 211.

142 *An Act for Marriages in England*, 1836 (Angl.), 6 & 7 William IV, c. 85.

03-Morin Page 90 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

vernement (art. 103-152)[143]. Les greffiers ou les greffiers-adjoints désignés par le ministre de la justice continuent d'être habilités à célébrer des mariages, tout comme les ministres du culte, à condition qu'ils appartiennent à une société religieuse, qu'ils résident au Québec et qu'ils y exercent leur ministère, que les rites et cérémonies de leur confession aient un caractère permanent, qu'ils officient dans des lieux conformes à ceux-ci ou aux règles prescrites par le ministre de la justice et qu'ils soient autorisés à agir ainsi par le ministère responsable de l'état civil (art. 366).

Depuis 1999, le ministre de la Justice et une communauté mohawk peuvent aussi habiliter une personne à agir comme célébrant, aux termes d'un accord conclu entre celle-ci et le gouvernement (art. 266 4e al.). Enfin, depuis 2002, les notaires sont habilités à célébrer des mariages ; il en va de même des maires, des conseillers ou fonctionnaires municipaux et de toute autre personne désignée à cette fin par le ministre de la justice, dans le territoire indiqué par celui-ci (art. 366 1er al.).

CONCLUSION

La Conquête de 1760 a eu des conséquences paradoxales pour l'Église catholique. Celle-ci a été placée sous l'autorité d'un royaume dont la législation était anti-catholique mais qui, en pratique, n'a exercé pratiquement aucun contrôle sur elle, l'affranchissant ainsi de la domination exercée auparavant par les rois de France. Pour ce qui concerne l'état civil, un pluralisme religieux a été soigneusement organisé par le législateur. Les juristes catholiques en ont déduit que les empêchements religieux devaient être reconnus par les tribunaux civils. Pour ce faire, ils ont donné à la reconnaissance de leur religion une portée que celle-ci n'avait jamais eue dans les faits et qui était contredite par la lettre du code civil. Cette interprétation était pourtant considérée comme une conséquence inéluctable du traité de Paris de 1763 et de l'*Acte de Québec ;* toute tentative de s'y soustraire était assimilée à une atteinte aux droits les plus sacrés des francophones et se transformait rapidement en grief politique. Il faut donc attendre la Révolution tranquille pour que des mesures laïques soient mises en place, mais l'ancien système religieux demeure. Sous le nouveau Code, l'état civil relève du gouvernement, mais les ministres du culte peuvent toujours être autorisés par le ministre de la justice à célébrer un mariage ou une union

143 Voir Germain BRIÈRE, « Le futur système d'état civil », (1986) 17 *R.G.D.* 371.

03-Morin Page 91 Mardi, 16. juin 2009 10:21 10

civile, tout comme d'autres personnes jugées aptes à exercer ce pouvoir. Le Québec n'a donc jamais connu de séparation entre l'Église et l'État, mais bien une dissociation graduelle, qui n'est pas encore complètement terminée.