
Chronique sectorielle

La validité de forme des mariages en droit international privé : une valse à deux temps qui sonne faux

Édith VÉZINA

Notaire et professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke

Le droit international privé a subi une transformation extrême lors de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994. Le *Code civil du Bas-Canada* ne comportait que quelques articles sur les conflits de lois et sur la compétence des autorités québécoises, et leur portée avait été modelée par la jurisprudence au fil des ans. Les dispositions entrées en vigueur en 1994 modifiaient ainsi de manière importante les règles du *Code civil du Bas-Canada* et marquaient une nouvelle ère pour le droit international privé québécois.

Lors de l'élaboration du livre X du *Code civil du Québec*, le principe de validité des relations juridiques constitue le fil conducteur du législateur. Il se retrouve notamment dans les dispositions portant sur la validité de forme des mariages et sur la validité des actes juridiques¹. Par-

tant du postulat que les gens ne se marient pas ou ne contractent pas dans le but que l'acte juridique en question soit annulé, la loi québécoise introduit à plusieurs endroits des facteurs de rattachements subsidiaires qui permettent de valider un mariage ou un acte qui, autrement, aurait été nul selon le facteur de rattachement principal ou celui qui était applicable en vertu du *Code civil du Bas-Canada*².

les actes juridiques en général et 3121 pour la convention d'arbitrage, par exemple, permettent de considérer une clause de droit désignée comme réputée non écrite si elle a pour résultat d'invalider l'acte qui la contient.

² Le droit international privé, comme plusieurs branches du droit, aime référer au latin. On parlera de *favor validitatis* dans ce cas. Voir : Sylvette GUILLEMARD, « Chronique : La modification de l'article 3088, al. 2 C.c.Q., quelle erreur ! », *Repères*, Éditions Yvon Blais, novembre 2016, EY2019REP2083, p. 5 ; Jeffrey A. TALPIS et Jean-Gabriel CASTEL, « Le Code civil du

¹ Les articles 3088, al. 2 et 3109 C.c.Q., tels qu'ils se lisent au 1^{er} janvier 1994, traitent de validité de forme alors que des articles comme 3107 pour la fiducie, 3112 pour

Si cette volonté de valider persiste dans le cas des obligations³, une modification surprise adoptée en juin 2016 est venue anéantir le principe de la validité de forme des mariages⁴ et, partant, ramener le droit international privé québécois à la situation qui existait sous le *Code civil du Bas-Canada*. Il est en outre probable que l'absence d'abrogation de l'article 167 de la *Loi d'application de la réforme du Code civil*⁵ ait eu pour conséquence de donner à la modification de 2016 un effet rétroactif.

Dans un premier temps, cet article expliquera la modification opérée par l'adoption de l'article 3088, al. 2 C.c.Q. en 1994, ses conséquences sur la reconnaissance de la validité de forme des mariages dans un contexte d'extranéité, ainsi que les impacts de la modification de juin 2016 en regard des objectifs qu'elle prétendait viser. Dans un second temps, il critiquera les effets réels de la modification dans le droit québécois à la lumière de la décision *Droit de la famille – 16244*⁶, rendue en février 2016.

Québec, interprétation des règles du droit international privé», dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil: priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*, vol. 3, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 801 à la p. 845 et note 56, à la p. 923.

³ Art. 3109 à 3131 C.c.Q. Voir d'autres exemples, préc., note 1.

⁴ L'auteur Guillemard parle même d'amputation, S. GUILLEMARD, préc., note 2, p. 2.

⁵ Art. 167 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992 (ci-après nommée: «L.A.R.C.C.»).

⁶ *Droit de la famille – 16244*, 2016 QCCS 410.

I. La validité de forme du mariage en droit international privé québécois

Cette section expliquera dans un premier temps les modifications apportées en 1994 aux règles de validité de forme des mariages en droit international privé québécois et les objectifs poursuivis par le législateur en apportant ces modifications (A), pour ensuite poser un regard critique sur la modification de juin 2016 et le contexte entourant son adoption afin de déterminer si les objectifs qu'elle prétendait viser ont été atteints (B).

A. L'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994: ouverture et validité

La règle de validité de forme des unions qui a prévalu au *Code civil du Bas-Canada* figurait à l'article 7.1 de ce dernier et se lisait comme suit:

7.1 Le mariage célébré hors Québec entre deux personnes sujettes à ses lois, ou dont l'une seulement y est soumise, est valable, s'il est célébré dans les formes usitées au lieu de la célébration, pourvu que les parties n'y soient pas allées dans le dessein de faire fraude à la loi.

Cette disposition prévoyait un seul facteur de rattachement afin de déterminer la validité formelle de l'union intéressant au moins un sujet du Bas-Canada: le lieu de célébration. Lorsque l'union de deux étrangers était célébrée au Québec, c'était plutôt l'article 6, al. 2 qui lui appliquait les règles de forme québécoises. À cette époque, aucune règle ne visait expressément l'union de deux étrangers, célébrée à

l'étranger. En 1866, la rareté des circonstances dans lesquelles nos lois et nos tribunaux devaient se prononcer sur une telle validité explique l'absence de règle spécifique pour ces étrangers.

La règle de conflit de l'article 7.1 a été appliquée en 1929 par le Conseil privé dans la décision *Berthiaume c. Dastous*⁷ concernant deux époux québécois qui s'étaient mariés lors d'une cérémonie religieuse en France. Lorsque, 13 ans plus tard, madame cherche à mettre fin à cette union, elle se fait répondre que son union n'existe pas puisqu'elle est non conforme aux règles françaises qui ne reconnaissent que la validité du mariage civil. Dans cette affaire, madame était de bonne foi, ne sachant pas que l'union à la mairie était une condition essentielle en France puisque ce n'en était pas une au Québec. Il ressort de la preuve que monsieur était pour sa part au courant et qu'il aurait maintenu madame dans l'ignorance. Le tribunal conclut donc à la nullité de l'union pour vice de forme sur la base de l'article 7.1, mais accepte d'y appliquer des effets putatifs en raison des circonstances particulières de la cause. Si la décision demeure isolée, la nécessité d'englober plus de situations se fait sentir avec l'ouverture des frontières et la circulation des personnes. La réforme du droit civil qui s'amorce un peu plus tard au Québec se présente comme une belle occasion d'adopter une règle de conflit plus souple.

C'est ce que fera l'article 3088, al. 2 C.c.Q. après avoir fait l'objet de variations importantes dans l'Avant-projet de loi de 1988⁸ qui propose les facteurs de

rattachement subsidiaires, puis dans le Projet de loi 125⁹ où ils disparaissent de nouveau au profit du facteur unique de la loi du lieu de célébration. Au 1^{er} janvier 1994, la version retenue qui entre en vigueur se lisait comme suit :

3088. Le mariage est régi, quant à ses conditions de fond, par la loi applicable à l'état de chacun des futurs époux.

Il est régi, quant à ses conditions de forme, par la loi du lieu de sa célébration ou par la loi de l'État du domicile ou de la nationalité de l'un des époux.

S'il avait été célébré en 1994 ou après, le mariage du couple Berthiaume-Dastous aurait donc été valide en vertu de 3088, al. 2 C.c.Q. puisque la cérémonie religieuse était une forme de célébration valide au Québec, loi de l'État du domicile des époux.

Pendant une brève période, un climat d'incertitude a laissé croire à certains que le nouvel article 3088 venait créer des facteurs de rattachement cumulatifs¹⁰. Pour d'autres, cet article créait des

de la preuve et de la prescription et du droit international privé, 2^e sess., 33^e légis. (Qc) (ci-après nommé «Avant-projet de loi de 1988») :

[...] Il est régi, quant à ses conditions de forme, par la loi du lieu de célébration.

Le mariage est en outre valable s'il est célébré à l'étranger conformément à la loi du domicile ou de la nationalité de l'un des époux.

⁹ Art. 3064 du *Code civil du Québec*, projet de loi n° 125, 1^{re} sess., 34^e légis. (Qc) (ci-après nommé «Projet de loi 125») : « [...] Il est régi, quant à ses conditions de forme, par la loi du lieu de célébration ».

¹⁰ Un mariage aurait donc dû satisfaire les conditions de forme de toutes ces lois.

⁷ *Berthiaume c. Dastous*, (1929) 47 B.R. 533 (C.P.), [1930] A.C. 79.

⁸ Art. 3452 de l'*Avant projet de loi portant réforme au Code civil du Québec, du droit*

facteurs de rattachement applicables tant à la validité qu'à la nullité des unions¹¹. Les commentaires du ministre¹² ne lais-

saient pourtant aucun doute sur le rôle validant des facteurs subsidiaires pour une union qui serait non conforme aux règles du lieu de célébration, facteur de rattachement principal. Ainsi, le droit du domicile ou de la nationalité d'un époux peut servir à valider un mariage qui ne serait pas conforme aux lois du lieu de célébration.

Afin d'atteindre l'objectif de validité des unions qui sous-tend la réforme de 1994, le législateur a également prévu à l'article 167 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*¹³ une disposition de droit transitoire qui rend l'article 3088, al. 2 C.c.Q. et les facteurs de rattachements subsidiaires de validité applicables aux unions célébrées avant l'entrée en vigueur de la Loi. Ainsi, peu importe la date à laquelle une union a été célébrée, si elle est valide selon la loi du lieu de célébration, la loi du domicile d'un des époux ou la loi de la nationalité d'un des époux, elle sera valide en vertu du droit québécois.

En combinant ces articles, le mariage du couple Berthiaume-Dastous aurait été valide après 1994, mais il aurait été également valide à sa date réelle, si le tribunal avait été saisi de la question après 1994. La validité de forme élargie comporte donc une certaine dimension rétroactive.

L'article 3088, al. 2 C.c.Q. ne provoque pas de remous importants. Il va sans dire que la majorité des unions sont conformes à la loi du lieu de leur célébration puisque tant le célébrant qui préside

Les professeurs Goldstein et Groffier soulèvent la question notamment en raison de la différence de formulation entre l'article 3088, al. 2 C.c.Q. et l'article 3452 de l'Avant-projet de loi de 1988. GÉRALD GOLDSTEIN et ETHEL GROFFIER, *Droit international privé*, t. 2, Règles spécifiques, Traité de droit civil, Cowansville, Yvon Blais, 2003, p. 71.

¹¹ Ainsi, s'il est valide selon la loi du lieu de célébration, il serait possible de l'invalider, par exemple, selon la loi de la nationalité. Voir notamment: H. Patrick GLENN, « Droit international privé », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil: priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*, vol. 3, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 669 à la p. 691.

¹² QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaire du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993, art. 3088:

[...] La seconde partie de l'article, relative aux conditions de forme (célébrant autorisé, présence de témoins, publication des bans, inscription dans les registres, etc.), reprend la règle de l'article 7.1 C.c.B.-C., selon laquelle ces conditions sont soumises à la loi du lieu de la célébration du mariage.

Afin de favoriser davantage la validité du mariage, l'article prévoit, en outre, que les conditions de forme pourront être régies par la loi de l'État du domicile ou de la nationalité de l'un des époux. En effet, certains droits étrangers permettent à leurs nationaux de se marier devant leurs consuls en poste à l'étranger. La validité de ces mariages est donc reconnue au Québec. [nos soulignements]

¹³ Art. 167 L.A.R.C.C. En matière de conflits de lois, la loi régissant les conditions de forme d'un mariage est déterminée en application des dispositions du second alinéa de l'article 3088 du Code civil, même si le mariage a été célébré avant le 1^{er} janvier 1994.

à la destinée des époux que les autorités qui délivrent les documents de mariage le font en respect des lois étatiques nationales. La décision *Berthiaume c. Dastous* continue cependant de hanter les auteurs de droit international privé qui la citent pour illustrer l'état du droit au *Code civil du Bas-Canada* et ses changements sous le *Code civil du Québec*¹⁴.

Du point de vue du droit international privé québécois, la célébration religieuse au Québec a bel et bien double vocation. Dans les discussions qui ont suivi le jugement *Droit de la famille – 16244*, nous avons d'ailleurs précisé que la position de la procureure générale s'inscrivait en rupture avec le principe de validité mis de l'avant par le Code civil¹⁵. Le droit international privé québécois considère que la célébration religieuse et

la célébration civile officieuses simultanément par un ministre du culte reconnu au sens de l'article 366 C.c.Q. n'est qu'une seule célébration pendant laquelle le célébrant agit à double titre¹⁶. C'est la seule explication logique permettant de valider une union religieuse française en lui appliquant les règles québécoises, comme cela aurait été le cas pour l'union *Berthiaume-Dastous*. Dans une vision dualiste des unions civiles et religieuses, ce mariage serait tout aussi nul en droit québécois qu'en droit français puisqu'il lui manquerait l'une de ses composantes, soit la composante civile. Nous y reviendrons en deuxième partie de ce texte¹⁷.

L'article 3088, al. 2 C.c.Q. est donc présent dans le paysage juridique québécois de 1994 à 2016 sans soulever de controverse. Il arrive que l'article soit invoqué pour tenter de valider une union qui aurait échappé à la vigilance des autorités ou dont la preuve n'est pas possible ou jugée insuffisante. Ainsi, en 1999, dans une affaire où l'union célébrée au Québec ne peut être valide quant à la forme puisque le célébrant ne satisfait pas aux exigences de l'article 366, al. 2 C.c.Q., la demanderesse, de nationalité sénégalaise, plaide au tribunal que l'union respecte cependant toutes les conditions de forme du Sénégal et doit donc être reconnue sous le facteur de rattachement subsidiaire de la nationalité

¹⁴ Voir notamment: Claude EMANUELLI, *Droit international privé québécois*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, p. 311; G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 10, p. 71-74; Harith AL-DABBAGH, «Mariage et effets du mariage», dans *JurisClasseur Québec*, coll. «Droit civil», *Droit international privé*, fasc. 14, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 7; H.P. GLENN, préc., note 11, p. 690; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, préc., note 2, p. 843.

¹⁵ Rupture d'autant plus marquée que l'ouverture faite par le Code civil était accompagnée, on se le rappelle, d'une disposition rétroactive dans la loi transitoire. Edith VÉZINA, «Cent ans de recul sur le mariage au Québec. Qu'en dira la Cour d'appel?», Université de Sherbrooke, *Blogue À qui de droit*, 2 mars 2016, en ligne: <<https://blogueaquidedroit.wordpress.com/2016/03/02/cent-ans-de-recul-sur-le-mariage-au-quebec-que-n-dir-a-la-cour-dappel/>> (page consultée le 7 décembre 2016).

¹⁶ Alain ROY et Michel MORIN, «La célébration du mariage doit respecter les prescriptions du *Code civil du Québec*, qu'elle revête ou non un caractère religieux», (2016) 46(1) *R.D.U.S.* 183, Le texte entier est la réaction des auteurs au jugement *Droit de la famille – 16244* et un plaidoyer pour le maintien de la célébration à double vocation civile et religieuse.

¹⁷ *Infra*, p. 517, après la note 60.

prévu à l'article 3088, al. 2 C.c.Q. Le tribunal accepte l'argument et invite les parties à compléter la preuve du droit étranger conformément à l'article 2809 C.c.Q. L'union ne sera finalement pas validée mais seulement parce que les parties n'ont pas pu démontrer au tribunal que les conditions sénégalaises avaient toutes été satisfaites¹⁸.

B. Le Projet de loi 59 portant sur les discours haineux et la Loi apportant diverses modifications législatives pour renforcer la protection des personnes de 2016

L'article 3088, al. 2 présenté en première partie de ce texte a fait l'objet d'une modification majeure passée sous silence dans le cadre du projet de loi sur les discours haineux dont la version finalement adoptée deviendra la *Loi apportant diverses modifications législatives pour renforcer la protection des personnes*¹⁹.

La modification touchant la validité de forme des mariages nous ramène au facteur de rattachement unique qui figurait à l'article 7.1 C.c.B.-C; un recul qui n'est assorti d'aucune explication. Ni le contenu du projet de loi initial, ni celui de la loi qui en a finalement résulté ne laissaient présager un bouleversement substantiel de l'état du droit en matière

de validité de forme des unions en droit international privé²⁰.

L'article 3088 se lit ainsi depuis le 8 juin 2016²¹:

3088. Le mariage est régi, quant à ses conditions de fond, par la loi applicable à l'état de chacun des futurs époux.

Il est régi, quant à ses conditions de forme, par la loi du lieu de sa célébration. Toutefois, lorsque l'un des époux est domicilié au Québec et est mineur au moment de la célébration du mariage, cette dernière doit être autorisée par le tribunal.

Si l'ajout de l'autorisation du tribunal en présence d'un mineur québécois peut s'expliquer par un désir d'étendre la nouvelle exigence introduite par la Loi

²⁰ La première réaction de droit international privé que nous avons recensée sur la modification va dans le même sens que la nôtre: surprise et incompréhension. Sylvette GUILLEMARD et Michelle CUMYNS, «Art. 3088 du Code civil», Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe Pigeon, 6 octobre 2016, en ligne: <<https://www.redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/art-3088-du-code-civil>> (page consultée le 7 décembre 2016). L'une des auteures a ensuite approfondi sa critique du législateur dans un autre texte quelques semaines plus tard: S. GUILLEMARD, préc., note 2, p. 6-7.

²¹ Pour ajouter à la surprise et à la confusion, les éditeurs juridiques en ligne ont mis plusieurs mois à réagir. Au 7 décembre 2016, le Code civil annoté en ligne de Lexum diffuse toujours l'ancienne version de l'article 3088 alors que le Code civil en ligne de l'éditeur juridique CAILLIE ne diffuse la nouvelle version que depuis le 9 novembre. L'éditeur officiel LégisQuébec a quant à lui modifié son site au mois d'octobre seulement.

¹⁸ *Droit de la famille* – 3394, C.S. Trois-Rivières, no 400-05-002383-991, 25 août 1999 (j. Godin), brièvement commenté par H. AL-DABBAGH, préc., note 14.

¹⁹ *Loi apportant diverses modifications législatives pour renforcer la protection des personnes*, L.Q. 2016, c. 12 (ci-après nommée: «Loi C-12»).

C-12 en droit interne aux mariages comportant un élément d'extranéité, cet ajout était possible sans retrancher les facteurs de rattachement subsidiaires qu'étaient la loi du domicile ou de la nationalité d'un des époux²². L'article 17 de la Loi C-12 est pourtant clair sur ce retrait :

17. L'article 3088 de ce code est modifié par le remplacement, à la fin du deuxième alinéa, de « ou par la loi de l'État du domicile ou de la nationalité de l'un des époux. » par « Toutefois, lorsque l'un des époux est domicilié au Québec et est mineur au moment de la célébration du mariage, cette dernière doit être autorisée par le tribunal. ».

Dès lors surgissent deux questions dont nous ne pouvons que suggérer la réponse. Comment une telle modification a-t-elle été possible sans susciter la moindre réaction? Et pourquoi avoir opté pour une modification aussi majeure alors qu'un simple ajout aurait assuré l'application de la nouvelle loi en présence d'un mineur québécois tout en conservant l'ouverture opérée par le Code civil en 1994?

Nous réserverons la seconde partie de ce texte à une suggestion de réponse à la seconde question, mais le contexte de l'adoption de la *Loi apportant diverses modifications législatives pour renforcer la protection des personnes* de 2016 permet, à notre avis, de répondre à la première question.

Cette loi comporte 50 articles qui modifient diverses lois et visent l'encadrement des mariages forcés et le contrôle

parental excessif. Elle constitue le vestige d'un projet de loi bien plus volumineux mort au feuilleton, le fameux projet de loi sur la *Loi concernant la prévention et la lutte contre les discours haineux et les discours incitant à la violence et apportant diverses modifications législatives pour renforcer la protection des personnes*. Pour quiconque a suivi le parcours hautement explosif de ce projet de loi initial, tant en commission des institutions que dans les médias, il est plus facile de comprendre que la modification d'un article isolé du Livre X du Code civil n'ait pas soulevé de vagues. L'adoption de la Loi est un bel exemple de compromis politique. Si le gouvernement acceptait d'abandonner la portion sur les discours haineux, les partis d'opposition s'engageaient à collaborer à l'adoption des volets sur le mariage forcé et le contrôle parental²³. Aurait-on discuté plus longuement de la modification de l'article 3088 C.c.Q. sans ce contexte particulier? Nous ne le saurons jamais, mais lors de la mise aux voix du rapport de la commission des institutions, la députée de Taschereau

²² L'auteure Guillemard partage notre opinion sur cette question. S. GUILLEMARD, préc., note 2, p. 6.

²³ Voir notamment sur cette position de compromis : Alexandre ROBITAILLE, « Projet de loi 59 : Stéphanie Vallée retirera les dispositions sur les discours haineux », *Le Devoir*, 25 mai 2016, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/politique/quebec/471722/stephanie-vallee-retirera-les-dispositions-sur-les-discours-haineux>> (page consultée le 7 décembre 2016); Nicolas VIGNAULT, « Québec retirera les dispositions sur les discours haineux du projet de loi 59 », *ICI Radio-Canada*, 25 mai 2016, en ligne : <<http://ici.radio-canada.ca/nouvelles/politique/2016/05/25/003-discours-haineux-quebec-retire-dispositions-projet-loi-59.shtml>> (page consultée le 7 décembre 2016).

Agnès Maltais a souligné qu'une fois la portion sur les discours haineux retirée du projet de loi, une douzaine d'heures ont suffi pour discuter et adopter la totalité des autres dispositions²⁴.

Lorsque la disposition modifiant l'article 3088 C.c.Q. a finalement été débattue en commission des institutions, la ministre de la Justice Stéphanie Vallée a démontré dans ses explications une grande méconnaissance du droit international privé et du droit en général. Cela a probablement contribué à conforter les parlementaires dans l'idée qu'il s'agissait d'une simple harmonisation avec la nouvelle règle en droit interne. La ministre Vallée apporte des précisions à sens unique, confondant sans cesse les règles de fond, de forme et les effets du mariage dans l'ensemble de ses explications²⁵, lesquelles sont systématiquement orien-

tées sur les cas de mariages forcés impliquant un ou des Québécois, qui semblent obnubiler les parlementaires. L'article 3088 s'applique pourtant à toutes les unions²⁶, comporte une règle bilatérale et a vocation à s'appliquer également aux unions célébrées à l'étranger. Il est bon de souligner certains de ces éléments afin d'illustrer notre propos.

Lorsque l'article est présenté à l'examen, la première question qui est posée est de savoir si un mariage forcé célébré à l'étranger entre des étrangers peut être couvert par l'article lorsque ces gens s'établissent par la suite au Québec²⁷. La célébration ne relève pas de la province alors ce ne sont pas les conditions québécoises qui auront régi ce mariage au départ. La députée Maltais demande alors si une épouse, qui réalise une fois établie au Québec que les lois québé-

²⁴ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Projet de loi n° 59 (prise en considération – 20 mai 2014), 1^{ère} sess., 41^e légis (Qc)*, en ligne: <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/41-1/journal-debats/20160607/173739.html#_Toc453167484> (page consultée le 7 décembre 2016); Dans les allocutions de la ministre Vallée et de la députée Agnès Maltais, la rapidité avec laquelle l'examen de la loi s'est déroulé en commission des institutions est soulignée comme un élément positif après la décision du 25 mai de retirer la portion sur les discours haineux du projet de loi. Le compromis politique y est également bien expliqué.

²⁵ Nous partageons avec la professeure Guillemard nos propos sur la méconnaissance du droit et la grande confusion sur les principes qui régissent nos lois de la ministre de la Justice Vallée. Cette dernière a multiplié les erreurs de fond, de forme et d'effets à chacune de ses inter-

ventions. Voir notamment: S. GUILLEMARD, *préc.*, note 2, p. 2.

²⁶ Par cet aveuglement sur le mariage forcé, toutes les unions non forcées qui se trouvent touchées par la modification ont été oubliées des parlementaires et se retrouvent sans protection. *Id.*, p. 6.

²⁷ L'étude de la modification de l'article 3088 C.c.Q. débute à compter de 12h30. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats. Commission des institutions, 1^{ère} sess., 41^e légis., 1^{er} juin 2016, «Étude détaillée du projet de loi n° 59, Loi édictant la Loi concernant la prévention et la lutte contre les discours haineux et les discours incitant à la violence et apportant diverses modifications législatives pour renforcer la protection des personnes*», en ligne: <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-41-1/journal-debats/CI-160601.html>> (page consultée le 7 décembre 2016) (ci-après désignée: «Commission des institutions»).

coises la protègent, peut se libérer de ses liens grâce à la modification.

La réponse qu'apporte le droit international privé varie selon la question. Si on cherche à déterminer la validité de l'union aux yeux du droit international privé, l'article 3088 C.c.Q. offrira les facteurs de rattachement offrant une réponse. Si on veut plutôt savoir si l'union peut produire des effets sur le territoire québécois, l'article 3089 C.c.Q. s'appliquera alors. La différence est importante et n'est pas nouvelle. Sur la validité, l'article 3088 C.c.Q. nous invite à regarder les facteurs de rattachement au jour du mariage tant pour le fond (al. 1) que pour la forme (al. 2). Au jour du mariage, la loi personnelle de chacun des époux régira les conditions de fond dont fait partie le consentement²⁸ et la loi du lieu de célébration régira la forme. Si ces lois sont respectées, le mariage est valide en fonction du droit québécois.

Cet examen peut donc conduire à reconnaître comme valide, tant sur le fond que sur la forme, un mariage forcé puisqu'il respectera, au jour de la célébration, l'ensemble des lois visées par l'article 3088 C.c.Q.

C'est d'ailleurs en vertu de cet examen au jour de l'union que le droit québécois reconnaît la validité des unions

polygames²⁹. La situation matrimoniale antérieure des époux est une condition de fond bilatérale³⁰, elle est donc régie par le premier alinéa de l'article 3088 C.c.Q.. Si les époux sont domiciliés dans des États permettant ces unions au jour du mariage, l'union sera valide selon le droit international privé québécois. La situation change lorsqu'on se demande si l'on doit faire produire des effets à ces unions. On peut effectivement conclure que le mariage polygame est valide (puisque les facteurs de l'article 3088 C.c.Q. sont respectés), mais qu'il ne produit aucun effet parce que la loi identifiée pour régir les effets de l'union ne reconnaît pas la polygamie. Ce serait le cas si la famille polygamique venait s'établir au Québec, où cela est interdit³¹. En examinant la loi applicable aux effets de l'union³², c'est la loi du domicile actuel qui est retenue, donc la loi québécoise.

²⁸ En effet, le mariage forcé suppose un consentement lacunaire. Le consentement relevant des conditions de fond, pourquoi avoir modifié les facteurs de rattachements liés à la forme? La confusion qui caractérise les explications de la ministre semble avoir également caractérisé la rédaction du projet de loi. La professeure Guillemard soulève aussi que le consentement, peu importe l'acte juridique, relève du fond. S. GUILLEMARD, préc., note 2, p. 2-3.

²⁹ H. AL-DABBAGH, préc., note 14, n° 12; Jeffrey A TALPIS, *L'accommodement raisonnable en droit international privé québécois*, Conférence Roger Comtois, Montréal, Thémis, 2009, p. 25.

³⁰ Pour des précisions sur les conditions bilatérales et une discussion sur la validité des unions polygames, voir: G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 10, p. 74-77.

³¹ Notamment parce que la polygamie est contraire à l'ordre public interne. Il faut le distinguer de l'ordre public tel qu'entendu dans les relations internationales prévu à l'article 3081 C.c.Q. Ce dernier est un ordre public atténué faisant plutôt référence à de grands consensus internationaux. La polygamie étant permise dans plusieurs États, elle n'est pas contraire à cet ordre public international, même si elle est contraire à l'ordre public interne québécois.

³² Art. 3089 C.c.Q.

Une seule des unions, la première, produira donc des effets, même si elles sont toutes valides aux yeux du droit international privé. Si, cependant, monsieur est venu s'établir seul au Québec, laissant ses épouses dans l'État étranger permettant la polygamie, les effets seront ceux de la dernière résidence commune et toutes les unions produiront donc des effets en droit international privé québécois puisque les autorités québécoises appliqueront la loi étrangère. Un tribunal québécois devrait ainsi pouvoir rendre, reconnaître ou exécuter un jugement accordant des aliments à la troisième épouse, permettant ainsi de saisir des biens ou revenus de monsieur.

Or, cette gymnastique qui est le quotidien des spécialistes du droit international privé semble totalement échapper à la ministre de la Justice qui répond à la question de l'opposition en précisant que l'union célébrée à l'étranger entre deux Québécois ou entre un Québécois et un étranger devra satisfaire les conditions de fond de l'article 3088, al. 1 C.c.Q. qui impliquent, en droit québécois, la présence d'un consentement libre et éclairé. La référence à ce consentement libre et éclairé venait tout juste d'être discutée dans le cadre de la modification qui a été apportée à l'article 380 du Code civil. Le deuxième alinéa de cet article précise que le mariage peut être frappé de nullité dans les trois ans sauf si l'ordre public est en cause, *notamment lorsque le consentement de l'un des époux n'était pas libre et éclairé*, auquel cas il n'y a pas de délai et la nullité peut être soulevée après 3 ans. Ainsi, nul besoin d'invoquer la modification visée par l'article 3088, al. 2 C.c.Q. puisque l'union sera invalide en raison d'une violation au fond. Alors qu'elle est invitée à

répondre à la question dans le cas de figure où les époux sont tous deux étrangers, la ministre devient plus hésitante en annonçant qu'«on a des pistes qui permettent à la personne de s'en sortir. [...] toutes les conditions de fond, c'est-à-dire le consentement libre et éclairé, ne sont pas respectées.» Et dans cette même intervention, elle ajoute :

La polygamie aussi c'est une condition de fond, c'est quelqu'un qui contracte un mariage alors qu'il est déjà uni par d'autres liens du mariage, bien le mariage contracté est nul là, et c'est une condition sine qua non. Donc il n'a pas d'effet. Donc, c'est certain qu'on peut se sortir de ces liens-là³³ (nos soulèvements).

Le consentement relève en effet des règles de fond et non de forme³⁴. Il est donc exact de dire qu'ils relèvent du premier alinéa de l'article 3088 C.c.Q. et non de son deuxième alinéa. Ainsi, quand la ministre Vallée affirme que les mariages forcés célébrés à l'étranger entre des non-Québécois ne sont pas visés par la modification du deuxième alinéa de l'article 3088 C.c.Q., elle n'a pas tort. Mais l'explication donnée révèle une méconnaissance profonde des notions de droit international privé puisque la

³³ COMMISSION DES INSTITUTIONS, préc., note 27, à 12h30. Sur ce point, la ministre n'aurait pas tort. Une femme pourrait se sortir d'une telle union au motif qu'il y a absence de consentement valable et nos tribunaux ont vu des précédents, mais là où la ministre se trompe et trompe ses interlocuteurs, c'est en laissant croire que cette femme se sortirait de sa fâcheuse situation grâce à la loi qu'ils sont en train d'adopter.

³⁴ Voir les commentaires sous la note 28, *supra*.

ministre affirme que ces unions sont attaques sur la base du consentement. Elles seront en fait attaques sous l'article 3088 C.c.Q. si les consentements donnés ne respectent pas la loi applicable au fond et non si les consentements donnés ne respectent pas notre règle québécoise. Si c'était là la volonté du législateur, c'est le premier alinéa de l'article 3088 C.c.Q. qu'il fallait modifier en faisant des consentements libres et éclairés de la loi québécoise une règle d'application nécessaire³⁵.

Est-ce donc alors ce que prétendait faire la modification apportée à l'article 380 C.c.Q.? Deux arguments nous font hésiter à accepter que cet article ait fait du consentement une règle d'application québécoise nécessaire. Le premier vient du fait que l'article 380 C.c.Q. est un article de droit interne³⁶ et qu'on a justement modifié dans le même projet de loi le second alinéa de l'article 3088 C.c.Q. en matière d'extranéité. Si la volonté du législateur était de créer une règle d'application nécessaire, pourquoi ne pas profiter de l'occasion pour le faire sans ambiguïté? Le second argument provient du libellé même de l'article 380 C.c.Q., qui réfère à l'ordre public lorsqu'il est question de consentement. Or, la notion

d'ordre public qui est applicable en droit international privé n'est pas l'ordre public interne, mais celui qui est entendu dans les relations internationales alors que les mots de l'article 380 C.c.Q. réfèrent clairement à l'ordre public québécois³⁷. Il sera intéressant de voir comment les tribunaux interpréteront cette règle dans un avenir rapproché.

La validité de fond requise par l'article 3088, al. 1 C.c.Q. est celle de la loi personnelle des époux au jour du mariage. Si la loi personnelle ne prévoit pas de consentement de la femme, mais un consentement du père par exemple, les règles de fond seront en tout point respectées et le droit international privé québécois ne pourra pas invalider ce mariage sur cette base. Une fois les époux domiciliés au Québec, cette union peut ne produire aucun effet, en raison de l'ordre public interne québécois, puisque la loi du domicile au moment où se pose la question régit ces effets³⁸.

La même erreur de qualification se retrouve dans l'argument de la ministre sur la polygamie. Le fait de devoir être libre d'une union antérieure (ou pas) relève effectivement des conditions de fond et donc, du premier alinéa de l'article 3088 C.c.Q. Or, la ministre explique l'impossibilité pour ces unions d'exister par des mots comme « nul » et « condition sine qua non », mais sans dire en vertu de quoi. Son explication sera vraie uniquement lorsque l'un des époux a son domicile dans un État qui interdit la polygamie au moment du mariage, puisqu'il s'agit d'une condition bilatérale mais, comme nous l'avons vu plus tôt, si l'État du domicile de chacun le permet, le

³⁵ Une règle qui est jugée vitale et qui doit donc s'appliquer aux situations internes et internationales avant toute règle de conflit de lois. On l'appelle aussi « loi de police ». C. EMANUELLI, préc., note 14, p. 226-234.

³⁶ Art. 380 C.c.Q. On y traite du mariage qui n'est pas célébré suivant « les prescriptions du présent titre » (ce qui n'est pas le cas des unions célébrées à l'étranger) « et suivant les conditions nécessaires à sa formation » (art. 3088 C.c.Q., dans le cas d'une union à l'étranger).

³⁷ Voir la note 31.

³⁸ Art. 3089, al. 1 C.c.Q.

droit international privé québécois doit reconnaître la validité de cette union. Une fois cette union reconnue valide, Va-t-elle toutefois nécessairement produire des effets? Pas automatiquement. Cela dépendra d'une autre règle de conflit, celle des effets prévus à l'article 3089 C.c.Q. Ainsi, quand la ministre ajoute à « nul » et « condition sine qua non » la précision que l'union sera sans effets, il faut encore une fois conclure que Madame Vallée confond validité de fond, validité de forme et effets du mariage, sans nuances. Ceci est plutôt inquiétant de la part d'une personne qui cumule les fonctions de ministre de la Justice, de procureure générale et de notaire générale du Québec.

De l'examen des premiers échanges sur cette modification, deux constats se dégagent et sont peu reluisants : 1) la pertinence de la modification au deuxième alinéa de l'article 3088 C.c.Q. n'apparaît aucunement puisque les cas problématiques qu'on veut encadrer relèvent du consentement, donc des conditions de fond, qui ne sont pas modifiées dans le projet de loi; et 2) les parlementaires n'ont pas bénéficié d'une information juste de la part de la ministre de la Justice afin de statuer sur la pertinence et l'impact de la modification avant de procéder à son adoption en commission des institutions. Pour un projet de loi ayant pourtant à cœur la validité des consentements, nous pourrions dire que celui des parlementaires a été vicié par des informations trompeuses et erronées.

Un dernier point mérite d'être soulevé sur les débats en commission des institutions. Il s'agit du rôle qu'occupe, toujours selon la ministre de la Justice, le directeur de l'état civil en ce qui concerne la validité des unions célébrées à l'étran-

ger qu'il inscrit au registre de l'état civil québécois³⁹. Présentement, les personnes qui se sont mariées à l'étranger doivent présenter leurs documents de mariage au directeur de l'état civil afin que celui-ci inscrive l'union au registre⁴⁰. Les actes de l'état civil étranger sont des actes semi-authentiques au sens de la loi. L'article 2822 C.c.Q. apporte une présomption de validité de ces actes. Le directeur de l'état civil peut néanmoins refuser d'inscrire un document s'il a un doute sur sa validité. Dans ce cas, c'est le tribunal qui doit trancher et qui peut obliger le directeur de l'état civil à inscrire l'acte qu'il aura validé⁴¹. Or, il appert clairement à la lecture de l'article 138 C.c.Q. que ce que le directeur de l'état civil vérifie est la validité du document lui-même. C'est donc sur le document produit par un couple marié à l'étranger que le directeur exerce son pouvoir et, si ce document lui paraît douteux, il peut le refuser. Le directeur de l'état civil ne peut et n'a pas à se prononcer sur la validité de l'union étrangère elle-même. Les parlementaires sont encore une fois rassurés grâce à des informations erronées et ne peuvent donc voter de manière libre et éclairée.

Comment alors différencier les unions étrangères forcées de celles qui sont « valides » parce qu'elles respectent des consentements libres et éclairés? La ministre dépose ce fardeau sur les épaules du directeur de l'état civil qui, selon elle, se livre à cet exercice lorsqu'il inscrit l'acte de mariage dans les registres de l'état civil québécois. Toujours selon la

³⁹ COMMISSION DES INSTITUTIONS, préc., note 27, après 12h40. S. GUILLEMARD, préc., note 2, p. 6.

⁴⁰ Art. 137 à 140 C.c.Q.

⁴¹ Cette prérogative est prévue à l'article 138 C.c.Q.

ministre, l'inscription aux registres confirme que l'union est valide quant au fond et à la forme. Pourtant, il est complètement faux d'affirmer que les vérifications requises sous l'article 2822 C.c.Q. sont les mêmes que celles requises sous l'article 3088 C.c.Q. Le directeur de l'état civil ne dispose pas des pouvoirs, ni du devoir de valider le fond et la forme de l'union qu'il s'apprête à inscrire au registre québécois. La ministre reprend également la confusion antérieure entre validité de fond, de forme et effets en donnant l'exemple d'un homme qui arriverait avec ses trois épouses et qui demanderait au directeur de l'état civil de « reconnaître » les trois mariages, affirmant alors que certains de ces actes ne seront pas reconnus. Or, rappelons que les règles permettant de déterminer la validité de fond, la validité de forme et les règles concernant les effets ne sont pas les mêmes. Les trois unions peuvent être valides en fonction du droit international privé, mais une seule produira des effets au Québec et pourra être inscrite au registre de l'état civil en raison notamment de l'ordre public interne. La validité s'évaluant au jour du mariage, elle n'est pas modifiée par les déménagements du ménage, contrairement aux effets, dont les facteurs de rattachements sont mobiles.

De plus, en vertu du partage des compétences constitutionnelles, la *Loi sur le mariage civil*⁴² fédérale, dans sa modification de 2013⁴³, a adopté certaines dispositions de droit international privé lorsque des non-résidents se marient au Canada. Le droit fédéral occupe donc

maintenant un champ autrefois laissé vacant et régi par défaut par le droit provincial. L'article 5 de la *Loi sur le mariage civil* prévoit désormais que la validité des unions célébrées au Canada entre des non-résidents est régie par les lois du Canada (fond) et de la province de célébration (forme). L'article 3088 C.c.Q. ne peut donc s'appliquer qu'aux unions célébrées hors du Canada par des non-résidents depuis que le fédéral occupe pleinement son champ de compétence en matière de fond. Ceci limite encore plus la portée des explications fournies concernant le mariage d'un Québécois et d'un étranger, qui sera régi par les règles de fond fédérales et non par l'article 3088 C.c.Q. chaque fois que l'union sera célébrée sur le territoire canadien (règles qui prévoient par ailleurs le consentement libre et éclairé à l'article 2.1).

Il ressort des vingt minutes de discussions en commission des institutions que les explications fournies par la ministre Vallée n'ont pas permis aux parlementaires, qui ne sont pas tous juristes, d'exercer leur esprit critique sur la portée et la pertinence de la modification proposée dans l'encadrement des mariages forcés et, surtout, n'a jamais exposé à ces derniers l'impact de la modification sur toutes les unions non forcées (et non visées par le projet de loi à l'étude) qui seront touchées par cette modification. De plus, le projet de loi s'attaque à la problématique des mariages forcés par l'entremise d'une modification de forme, alors que le consentement, élément critique des unions forcées, est un élément de fond. Les explications de la ministre en réponse aux questions de l'opposition et des groupes de femmes qui ont fait des représentations semblent

⁴² *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, ch. 33.

⁴³ *Loi sur le mariage civil des non-résidents*, L.C. 2013, ch. 30.

indiquer que la loi existante (régissant les règles de fond) encadre déjà ces problèmes. Pourquoi alors proposer la modification qui figure à l'article 17 de la Loi? Celle-ci a peu ou pas d'impact sur les unions forcées, mais elle peut avoir un impact majeur sur des unions dont les conditions de fond sont entièrement respectées. En effet, si celles-ci comportent un vice de forme mineur, il ne pourra plus être corrigé. Le contexte de compromis politique dans lequel cette démarche s'est inscrite a donc permis à cette modification d'entrer en vigueur à la surprise de tous, sans atteindre son but avoué.

II. La portée et les effets réels de la modification de juin 2016

Après avoir exposé dans la première partie l'état du droit sur la validité de forme des mariages en droit international privé au Québec avant le 18 juin 2016 et l'inadéquation de la modification par rapport aux buts recherchés, cette seconde partie s'attardera à exposer les effets réels de la modification de l'article 3088, al. 2 C.c.Q. et à discuter des mariages sur lesquels elle est susceptible de produire un impact (A), pour ensuite examiner ces effets à la lumière de la décision *Droit de la famille – 16244* et de la position de la procureure générale et ministre de la Justice dans cette cause (B). Si la modification de l'article 3088, al. 2 manque aussi clairement son but, ce dernier s'inscrit-il plutôt dans un autre agenda où il prendrait un sens surprenant?

A. L'impact effectif de la modification de l'article 3088, al. 2 C.c.Q.

Le retrait des facteurs subsidiaires de validité de l'article 3088 C.c.Q. est totalement passé sous silence dans les débats en commission des institutions où les échanges ont uniquement eu lieu sous l'angle des mariages forcés (et ce, maladroitement, comme nous l'avons souligné en première partie). Les mariages qui se trouveront affectés par la modification seront donc tous les mariages non forcés, valides sur le fond mais qui présenteraient un vice de forme mineur, quoique bien réel. Ces mariages seront privés de la possibilité d'être validés par une loi de proximité subsidiaire. Les gens qui seront atteints directement par la modification ne seront donc pas ceux que le projet de loi du gouvernement visait à protéger. De plus, ces derniers ne sont pas mieux protégés par la modification impliquant le retrait des facteurs subsidiaires de validité de forme puisque les dispositions applicables au fond ne subissent aucune modification ou précision.

Les futurs couples Berthiaume-Dastous subiront ainsi le même sort qu'en 1929, puisqu'on a retiré les possibilités de valider l'union par une loi subsidiaire, alors que des mariages forcés, des mariages polygames, des mariages de mineurs non québécois, continueront d'être célébrés sans qu'on puisse, selon le cas, les invalider sur des règles de fond, puisqu'ils seront en parfaite concordance avec les deux alinéas de l'article 3088 C.c.Q. Dans le cas du mariage forcé, la possibilité de considérer l'article 380 C.c.Q. comme une règle d'application nécessaire afin d'atteindre la cible ratée demeure, mais pour ce qui est des unions

de mineurs étrangers et des unions polygames, si un vrai consentement est donné, et c'est parfois le cas, la disposition est inutile, même en lui donnant la portée d'une règle d'application nécessaire.

Les facteurs subsidiaires de validité de forme étaient inspirés par un esprit de validité et constituaient surtout un rempart à des situations tristes comme celle de 1929. Les retirer ne fait que priver certains couples de la possibilité de valider sur la forme une union qui aurait été frappée d'un vice au lieu de célébration, vice qui n'existe pas dans la loi de leur domicile ou de leur nationalité, sans avoir le moindre impact sur un mariage forcé.

Si l'ajout de l'intervention du tribunal peut sembler pertinent en présence d'un mineur, le retrait des facteurs subsidiaires ne s'explique absolument pas. Concernant l'intervention du tribunal, nous sommes par ailleurs dans une zone grise, car il semble s'agir en fait d'une condition de fond⁴⁴ que le législateur lie intrinsèquement au consentement libre et éclairé. Si elle se retrouve dans les règles de célébration du mariage du Code civil, c'est surtout en raison du partage des compétences constitutionnelles qui laissent aux provinces le pouvoir de régir les conditions de forme⁴⁵. C'est par une certaine gymnastique totalement valide sur le plan constitutionnel que le Code civil québécois impose certaines règles qu'on pourrait qualifier « de fond » sous un libellé différent en faisant plutôt peser sur le célébrant l'obligation de vérifier et de constater cette autorisation. La vérifi-

cation des conditions requises relève de la forme et cette façon de procéder respecte le partage des compétences constitutionnelles⁴⁶.

Il ressort de cette analyse que la modification apportée aux facteurs subsidiaires du deuxième alinéa de l'article 3088 C.c.Q. ne s'explique absolument pas tant dans le contexte du Projet de loi 59 qu'autrement. Il nous est difficile de comprendre en quoi le retrait des facteurs subsidiaires s'avère pertinent si cela ne permet pas de mieux encadrer les mariages forcés, mais nous constatons néanmoins qu'il privera de ces facteurs un couple dont l'union serait frappée d'un vice de forme par ailleurs surmontable.

⁴⁶ L'article 373 C.c.Q. prévoit en effet que le célébrant s'assure que le tribunal a autorisé le mariage avant de le célébrer. Le Code justifie ainsi son intervention par son champ de compétence exclusif, celui de la célébration. Lors de l'entrée en vigueur du Code de 1994, cette gymnastique constitutionnelle consistant à dire que la loi provinciale n'interdit pas le mariage, mais interdit au célébrant d'y procéder avait été qualifiée de peu convaincante, mais comme les règles de fond indirectes imposées par le Code civil ne sont pas déraisonnables, le bon sens allait l'emporter sur les problèmes constitutionnels. Cette pratique fut reconnue dans *Droit de la famille – 2063*, [1994] R.J.Q. 2631; Monique OUELLETTE, « Livre deuxième: De la famille », dans *La réforme du Code civil, Tome I*, Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, P.U.L., 1993, p. 155; S. GUILLE-MARD, préc., note 2, p. 3-4. BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil: personnes, succession, biens*, vol. 1, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 151 à la p. 155.

⁴⁴ Voir notamment H. AL-DABBAGH, préc., note 14, n° 14.

⁴⁵ Art. 92(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

En ce qui concerne les mariages forcés visés par le projet de loi, notre première partie a laissé voir qu'il y avait possibilité de le reconnaître comme valide parce qu'il aura respecté les exigences de fond et de forme prévues à l'article 3088 C.c.Q. L'opposition se questionnait sur la possibilité pour les gens ainsi mariés de bénéficier de la loi québécoise, une fois au Québec, pour se sortir de cette union. Si les consentements sont viciés ou si le contexte de l'union est en contradiction avec l'ordre public interne, l'union restera valide sous l'article 3088 C.c.Q., mais ne produira pas d'effets en raison de l'article 3089 C.c.Q. Valide sur le plan international, elle sera sans effets en droit interne. De la même manière que les unions polygames peuvent être valides sans produire d'effets sur le territoire québécois – et même conduire à des sanctions – en fonction du droit interne.

Or, c'est là tout le problème. Si l'union ne produit pas d'effets au Québec, comment sa dissolution ou sa nullité pourraient-elles le faire? A-t-on manqué la cible à ce point? La question se pose déjà également dans le contexte des unions polygames célébrées valide-ment à l'étranger. Une fois au Québec, seule la première union produira des effets. Quelle protection la loi québécoise accorde-t-elle alors à la seconde épouse? Ne produisant pas d'effets, le patrimoine familial ne s'applique pas et l'obligation alimentaire n'existe pas envers cette seconde épouse (elle existera tout de même envers ses enfants puisque l'obligation est liée à la filiation et non au mariage). Confronté à une telle question, un tribunal québécois verra l'injustice créée et serait tenté d'appliquer des effets – putatifs ou réels – à cette union dans

le but de protéger l'épouse lésée. On contournera peut-être éventuellement la règle de l'article 3089 C.c.Q. tout en faisant produire des effets à une union contraire à l'ordre public en invoquant la clause échappatoire⁴⁷. C'est probablement ce qui arrivera également dans le contexte du mariage forcé dont on demandera l'annulation après un établissement au Québec. Plutôt que de conclure que l'union ne produit pas d'effets et qu'il est donc impossible de protéger l'épouse lésée, on appliquera des effets, réels ou putatifs, à cette union. Il est curieux que dans le contexte du Projet de loi 59, les questions de mariage putatif n'aient pas été abordées alors que les conditions d'application de ces règles, du moins en droit international privé, demeurent floues⁴⁸.

Nous avons donc une modification qui n'atteint pas son but protectionniste en regard des mariages forcés, puisque l'article 3088, al. 2 C.c.Q. ajoute l'autorisation du tribunal et le retrait des facteurs subsidiaires sans explication. Le tout sans se positionner clairement sur la portée souhaitée du nouvel article 380 C.c.Q. et sans se prononcer sur le traitement que doivent réserver nos tribunaux aux unions qu'ils jugeront annulables ou sans effets sur la base des nouvelles dispositions.

La modification de l'article 3088, al. 2 C.c.Q. est donc malheureuse et elle modifie l'état du droit d'une manière qui n'était

⁴⁷ Art. 3082 C.c.Q.

⁴⁸ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 10, p. 83-97; H. AL-DABBAGH, préc., note 14, n° 18; Gérald GOLDSTEIN, « Entre l'être et le néant: la loi applicable aux effets putatifs du mariage en droit international privé québécois », (1998) 58 *R. du B.* 3.

absolument pas envisagée par le Projet de loi 59. Et si cette modification, plutôt que de s'attaquer à l'encadrement des mariages forcés, s'inscrivait dans la poursuite d'un autre agenda de la ministre?

B. L'article 3088, al. 2 C.c.Q. à la lumière de la cause *Droit de la famille – 16244*

En février 2016, un jugement de la Cour supérieure rendu sous la plume de la juge Christiane Alary a plongé le milieu juridique, et principalement le domaine du droit de la famille, dans un tourbillon que le professeur Alain Roy, président du Comité consultatif sur le droit de la famille, n'a pas hésité à qualifier de révolution⁴⁹.

La juge écrit, reprenant à son compte l'argumentaire présenté par la procureure générale du Québec et ministre de la Justice, Stéphanie Vallée, que la célébration religieuse d'un mariage n'a pas à produire des effets civils et qu'il peut très bien s'agir d'une simple union spirituelle sans impact juridique sur les «époux». À cet égard, il suffit que le

couple demande au célébrant religieux de ne pas transmettre les documents à l'état civil, une telle transmission ne constituant pas un devoir du célébrant⁵⁰.

Dans un billet écrit peu après, nous avançons que, du point de vue du droit international privé, la position de la procureure générale revenait à vider d'une grande partie de son sens l'article 3088, al. 2 C.c.Q. puisqu'elle a pour effet de séparer les célébrations civiles et religieuses, comme en France par exemple, en ne donnant des effets juridiques qu'à la célébration civile. Une telle position représentait un retour avec effet rétroactif au *Code civil du Bas-Canada* en raison de la règle transitoire qui lui est attachée⁵¹. Notre conclusion était à l'effet que si l'intention du législateur était de séparer formellement les célébrations, comme cela existe dans plusieurs États, cela devait passer par une modification législative claire et légitime et non par un *obiter* dans une décision d'un tribunal de première instance assorti d'une modification d'un article de droit international privé passée sous silence⁵².

La décision est présentement en appel et la communauté juridique suit avec attention ce que le plus haut tribunal québécois en dira. Malgré une volte-face de la procureure générale du Québec quant aux effets civils engendrés par une union religieuse⁵³, la question a soulevé

⁴⁹ Louise LEDUC, «Remise en cause des conséquences civiles des mariages religieux», *La Presse*, 4 février 2016, en ligne: <<http://www.lapresse.ca/actualites/201602/03/01-4947044-remise-en-cause-des-consequences-civiles-des-mariages-religieux.php>> (page consultée le 7 décembre 2016); Guillaume BOURGUAULT-COTÉ, «Québec permet le mariage sans les obligations», *Le Devoir*, 29 février 2016, en ligne: <<http://www.ledevoir.com/politique/canada/464210/la-valeur-des-mariages-religieux-remise-en-cause-par-quebec>> (page consultée le 7 décembre 2016).

⁵⁰ *Droit de la famille – 16244*, préc., note 6, n° 66.

⁵¹ Art. 167 L.A.R.C.C.

⁵² E. VÉZINA, préc., note 15.

⁵³ Guillaume BOURGUAULT-COTÉ, «Québec fait volte-face sur les mariages religieux», *Le Devoir*, 14 avril 2017, en ligne: <<http://www.ledevoir.com/societe/justice/496403/quebec-fait-volte-face-sur-les-mariages-religieux>> (page consultée le

suffisamment d'interventions pour que le tribunal aborde le sujet, à tout le moins sous l'angle des droits et libertés.

Dans la cause en première instance, le juge Alary rejette l'argument de monsieur avançant qu'il se retrouve avec des effets civils non désirés en raison de ses croyances religieuses qui l'obligeaient à se marier alors que le ministre du culte n'a pas l'obligation de transmettre la déclaration de mariage à l'état civil et d'en faire un mariage civil en plus d'un mariage religieux. Cependant, elle accepte la position présentée par la procureure générale du Québec à l'effet qu'un couple puisse se marier religieusement au Québec tout en restant conjoints de fait aux yeux de la loi⁵⁴.

Le débat est lancé. Pour Alain Roy et Michel Morin, la double célébration civile et religieuse ne fait aucun doute et la réforme du droit de la famille opérée lors de l'entrée en vigueur du Code civil en 1994 n'a pas changé l'état du droit sur la question. En faisant du directeur de l'état civil le gardien des registres, il n'y a pas eu de modification au rôle du célébrant qui est ministre du culte sinon que de transmettre la déclaration de mariage plutôt que de la consigner dans les registres paroissiaux. La transmission de cette déclaration de mariage au directeur de l'état civil n'est pas un choix laissé

au célébrant, mais une obligation de la loi⁵⁵.

La professeure Anne-Marie Savard est plus nuancée et avance que la réforme de 1994 a justement séparé la célébration civile de la célébration religieuse. Ainsi, seule la célébration civile produit des effets juridiques, comme c'est le cas en France, alors que la célébration religieuse produit des effets religieux⁵⁶. Selon la professeure Savard, la seule différence restante avec la situation française réside dans le fait que le ministre du culte est toujours autorisé à officier la portion civile au Québec dans une seule célébration, concomitante à la célébration religieuse. Cette permission accordée aux ministres du culte par le ministre de la Justice sous l'article 366, al. 2 C.c.Q. n'est justement que cela, une permission de célébrer des mariages civils. Le professeur Al-Dabbagh signait également un texte favorable à la séparation du civil et du religieux⁵⁷ en droit interne tout en par-

24 avril 2017); Simon BOIVIN, « Mariage religieux: Québec vire à 180 degrés », *Le Soleil*, 13 avril 2017, en ligne: <<http://www.lapresse.ca/le-soleil/actualites/politique/201704/13/01-5088441-mariage-religieux-quebec-vire-a-180-degrees.php>> (page consultée le 24 avril 2017).

⁵⁴ *Droit de la famille – 16244*, préc., note 6, n°55 et 66-67.

⁵⁵ A. ROY et M. MORIN, préc., note 16.

⁵⁶ Anne-Marie SAVARD: « À quand une véritable séparation de l'Église et de l'État en matière de mariage? », Université de Sherbrooke, *Blogue À qui de droit*, 14 mars 2016, en ligne: <<https://blogueaquidedroit.wordpress.com/2016/03/14/a-quand-une-veritable-separation-deleglise-et-de-letat-en-matiere-de-mariage/>> (page consultée le 7 décembre 2016); Anne-Marie SAVARD « À quand une vraie séparation de l'Église et de l'État », *La Presse*, 21 mars 2016, Section débats, en ligne: <http://plus.lapresse.ca/screens/80d2695c-a039-453c-84de-f23d1d6037d0%7C_0.html> (page consultée le 7 décembre 2016).

⁵⁷ Harith AL-DABBAGH, « Terre et ciel dans le droit québécois du mariage – Commentaires sur le jugement *Droit de la famille – 16244* », (2016) 75 *R.du B.* 65.

tageant lors d'une conférence notre analyse de l'article 3088 al. 2 C.c.Q. tel que modifié.

Ces deux théories suivant rapidement la décision *Droit de la famille – 16244* apportent toutes les deux des arguments pertinents et, dans cette optique, le jugement que rendra la Cour d'appel sera extrêmement intéressant puisqu'il est probable que la Cour se penchera sur ces derniers au cours d'une analyse détaillée malgré la décision de la procureure générale du Québec de ne pas soutenir en appel la position controversée présentée en première instance. L'essentiel du débat s'orientera probablement néanmoins sur la charte des droits et libertés⁵⁸.

Cependant, devant les réactions assez virulentes de l'opinion publique et de la classe politique à la suite du jugement, le premier ministre a désavoué publiquement la position de la procureure générale du Québec et ministre de la Justice en tranchant que le mariage religieux comporte une contrepartie civile, point à la ligne⁵⁹. La ministre

invoque alors son devoir de réserve, affirmant avoir la même position que son chef, mais refusant de dire si le concept d'union spirituelle sera défendu par Québec en Cour d'appel⁶⁰. La réponse à cette question n'est venue qu'en avril 2017, lorsque le mémoire déposé devant la Cour d'appel a été rendu public⁶¹.

En considérant le mariage civil québécois comme le seul à produire des effets civils et en le séparant du mariage religieux, un mariage uniquement religieux célébré à l'étranger entre deux Québécois, en violation des conditions de forme de ce lieu ne pourrait plus être validé selon la loi du domicile, puisque l'exigence du mariage civil deviendrait aussi une condition de forme québécoise. C'est pourquoi notre première prise de position était à l'effet que l'interprétation avancée par la procureure générale nous ramenait aux conséquences de 1929 décrites par le droit international privé dans l'affaire *Berthiaume c. Dastous*. Ce couple de Québécois ne pourrait alors pas valider l'union grâce au facteur de rattachement subsidiaire du domicile puisque la loi du domicile exigerait dès lors elle aussi la célébration civile expresse. La volte-face de la ministre, probablement liée à la pression de l'opinion publique, empêchait cette conséquence fâcheuse.

⁵⁸ Voir la note 53 et le texte correspondant, *supra*; le professeur Alain Roy, souligne que ce revirement place Québec dans une position qui n'est pas des plus confortables puisque le gouvernement doit justifier l'absence de libertés de choisir les effets du mariage pour les conjoints mariés alors que l'argument de l'absence de discrimination entre le mariage et l'union de fait était la prémisse plaidée dans la célèbre cause *Eric c. Lola* (2010 QCCA 1998).

⁵⁹ Patrice BERGERON, «Mariage: Philippe Couillard désavoue la position de Stéphanie Vallée», *Le Soleil*, 3 mars 2016, en ligne: <<http://www.lapresse.ca/le-soleil/justice-et-faits-divers/201603/01-4956963-mariage-philippe-couillard-de-savoue-la-position-de-stephania-vallee.php>> (page consultée le 7 décembre 2016).

savoue-la-position-de-stephania-vallee.php> (page consultée le 7 décembre 2016).

⁶⁰ PRESSE CANADIENNE, «Mariage: La ministre Vallée invoque le devoir de réserve», ICI Radio-Canada, 8 mars 2016, en ligne: <<http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/769436/mariage-ministre-stephania-vallee-devoir-reserve>> (page consultée le 7 décembre 2016).

⁶¹ Voir la note 53, *supra*.

Or, c'est exactement le but qui est atteint – discrètement – par la modification de l'article 3088, al. 2 C.c.Q. dans le cadre du Projet de loi 59, en retirant les facteurs subsidiaires de validité. À défaut d'aller de l'avant avec l'exigence de la célébration civile, on obtient le même résultat, du moins en présence d'extranéité, en supprimant les facteurs subsidiaires de validité. Un retour à la décision du Conseil privé et à l'état du droit existant dès 1867, avec l'article 7.1 C.c.B.-C.

Notre position initiale était qu'un tel changement ne pouvait se faire par un *obiter*, mais devait se faire dans le cadre d'un processus de modification législative légitime. Ce processus législatif a commencé, mais procède-t-on avec toute la transparence et la légitimité souhaitée? La Loi du 8 juin 2016 a été dument adoptée par l'Assemblée nationale après avoir suivi les étapes nécessaires à son adoption, la modification est donc légale. Mais si le retrait des facteurs subsidiaires de validité de l'article 3088, al. 2 C.c.Q. ne visait nullement un meilleur encadrement des mariages forcés comme nous l'avons illustré, quels étaient donc les effets recherchés par ce retrait? Ce sont des questions sérieuses qu'il est pénible de poser, mais la modification de l'article 3088, al. 2 C.c.Q. prend tout son sens quand on la place dans un contexte de reconnaissance des unions spirituelles au Québec et de la séparation définitive des célébrations civiles et religieuses.

Un autre indice milite pour cette interprétation. Lors de l'étude du projet de loi, l'opposition a proposé un amendement à l'article 391 du *Code civil du Québec* afin d'ajouter la phrase suivante à

la fin de l'article: «tout mariage a des conséquences civiles»⁶².

L'amendement est présenté par la députée de Montarville comme étant en lien direct avec la décision *Droit de la famille –16244* et vise à clarifier la situation du mariage au Québec, sans devoir attendre l'appel sur la question. La réponse de la ministre est surprenante; elle affirme alors que l'amendement est inutile puisque le Code civil, à cet égard, est clair. On se rappellera pourtant que c'est elle qui a soumis – à titre de procureure générale du Québec – la position contraire quelques mois plus tôt. Elle précise en rappelant que la modification de l'article 375 C.c.Q. a donné un délai au célébrant pour transmettre la déclaration et qu'une déclaration transmise produit les effets de l'article 391 C.c.Q. Après réflexion, la députée de Taschereau⁶³ se range à la position de la ministre en craignant que la précision ne vienne faire le contraire de ce qu'elle vise, c'est-à-dire semer un doute sur la clarté du Code puisqu'on ressent le besoin de la préciser. Il n'y a donc pas besoin «de la ceinture et des bretelles». L'amendement a été rejeté aux voix.

Or, nous ne sommes pas convaincus que la portée de la modification de l'article 375 C.c.Q. confère cet absolu qu'y voit la ministre en matière de mariage. Le nouvel article 375 C.c.Q. remplace, concernant la transmission de la déclaration de mariage, les mots «sans délai» par «dans les 30 jours suivant la célébra-

⁶² Art. 13.1 du Projet de loi 59, amendement débattu immédiatement après la modification de l'article 3088. COMMISSION DES INSTITUTIONS, préc., note 27, après 12h50.

⁶³ *Id.* à 13h.

tion)⁶⁴ et s'accompagne des articles 376.1 et 376.2 C.c.Q. obligeant les célébrants autorisés par le ministre à respecter les règles prescrites « dans la mesure déterminée par celui-ci » et les conséquences du non-respect seront « déterminées par règlement du ministre de la Justice ». Si la ministre de la Justice avait l'intention d'aller de l'avant avec la position avancée dans *Droit de la famille – 16244*, elle aurait pu dès lors dispenser les ministres du culte qui souhaitent célébrer une union spirituelle de la transmission de la déclaration en conformité avec le nouvel article 376.1 C.c.Q. ou de n'assortir ce « non-respect » d'aucune sanction sous le règlement prévu par 376.2 C.c.Q. dans le cadre d'une union spirituelle.

*
* *

Nous savons maintenant quelle position sera celle du gouvernement en appel de la décision *Droit de la famille – 16244*, une volte-face complète par rapport à la position présentée en première instance, mais nous croyons que si la procureure générale du Québec avait voulu aller de l'avant avec cette position, certaines modifications législatives apportées en douceur depuis ce jugement auraient facilité la mise en place de la reconnaissance de ces unions spiritu-

elles⁶⁵. Les facteurs subsidiaires de validité de droit international privé qui permettaient de faire produire des effets civils à une union étrangère uniquement religieuse sont disparus et les nouveaux articles 376.1 et 376.2 C.c.Q., sous le couvert de renforcer le respect des règles de célébration du Code, permettent plutôt d'y déroger.

Ces modifications se sont inscrites dans le cadre d'une loi différente dont l'objet semblait à des années-lumière des ramifications de la décision *Droit de la famille – 16244*. Les modifications apportées dans le Projet de loi 59 sur les facteurs subsidiaires de validité de l'article 3088 al. 2 C.c.Q. ne visent pas du tout les mariages forcés alors que d'autres dispositions de cette loi encadrent ces unions tout en atteignant d'autres buts par la même occasion.

Si le jugement *Droit de la famille – 16244* a été rendu le 2 février 2016, la cause a cheminé un moment devant le tribunal. Au troisième paragraphe du jugement, on apprend que le 15 février 2015, un premier jugement décide de l'examen du volet constitutionnel des arguments pour trancher par la suite la demande de divorce, le cas échéant. Le Projet de loi 59 dans sa version initiale a été déposé en juin 2015. Ainsi, il n'est pas impossible que certaines dispositions du projet de loi soient en lien direct avec la position prise par le gouvernement dans

⁶⁴ Au moment d'écrire ces lignes, l'article 375 C.c.Q. contient toujours la mention « sans délai », puisque l'entrée en vigueur du nouveau délai de 30 jours est reportée à une date future. Les articles 376.1 et 376.2 sont entrés en vigueur le 8 juin 2016 et s'appliquent donc depuis ce jour.

⁶⁵ Des modifications de forme plus substantielles devront suivre à courte échéance au *Code civil du Québec* car, sinon, tous les États étrangers disposant d'une règle de droit international privé similaire à la nôtre en ce moment concluraient, sur leur territoire, que la nouvelle « union spirituelle » québécoise est un réel mariage.

une cause pendante devant la Cour supérieure au même moment.

Nous ne saurons pas si la volte-face apparente effectuée en mars 2016 par la ministre Vallée était une réponse ponctuelle à une tempête médiatique et politique, mais la position présentée en appel en avril 2017 nous démontre que la procureure générale du Québec a réellement modifié sa perception sur la possibilité de l'union religieuse sans effets civils. La question n'a pas fini de mobiliser la communauté juridique.

Du point de vue du droit international privé, la situation demeure triste malgré tout puisqu'une modification présentée pratiquement comme une harmonisation esthétique est venue modifier profondément la lettre et l'esprit des conditions de validité de forme des unions. Si, en mars 2016, nous nous insurgions contre une telle modification introduite par *obiter* et réclamions une action législative afin de légitimer un tel changement de paradigme, nous ne sommes pas satisfaits par l'introduction de ce changement en cachette dans le cadre d'une loi qui ne visait pas la question et qui a surpris, une fois adoptée, les spécialistes du droit international privé et les a placés devant le fait accompli.

Si au contraire, la ministre Vallée – comme la majorité de ses interventions en commission des institutions le laisse présager – n'a pas compris l'ampleur de la modification qu'elle proposait, il est du devoir de la doctrine de souligner les erreurs des législateurs et les impacts réels des changements qu'ils apportent afin de leur offrir l'opportunité de corriger la situation et de remettre le train sur les rails.