

Réflexions critiques sur l'avènement de l'union civile boiteuse en droit international privé québécois*

Gérald Goldstein** et Jeffrey Talpis***

Introduction	245
1. Une nouvelle catégorie embarrassante et superflue?	246
1.1 Les éléments caractéristiques de la catégorie «union civile»	248
1.2 Application des critères proposés à certaines institutions étrangères	255
2. Des facteurs de rattachement discutables	259
2.1 La loi applicable à la validité de l'union civile	259
2.2 La loi applicable aux effets de l'union civile	264
2.3 La loi applicable à la dissolution de l'union civile	266
3. Réception de l'union civile à l'étranger.	268
Conclusion	270

* Ce texte est publié ici grâce à l'aimable autorisation de la Revue du Barreau canadien.

** Docteur en droit (McGill), professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

*** Notaire, Docteur en droit (Montréal), professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Introduction

Selon l'évolution récente du droit de la famille, l'union libre, la cohabitation et le mariage homosexuel représentent des faits de société dont les conséquences sont réglementées dans un nombre grandissant d'États. Ainsi, depuis peu, selon le droit québécois, les couples peuvent maintenant accéder au statut d'union civile¹, qui, jusqu'à une version très récente, ne couvrait pas les conjoints hétérosexuels, mais était limitée aux couples homosexuels. Les nouvelles règles ont pour effet d'appliquer aux couples homosexuels ou hétérosexuels des règles internes analogues à celles du mariage, tout en leur permettant dans certains cas de se dégager facilement de ce nouveau lien, ainsi qu'à celles relatives aux effets patrimoniaux (régime matrimonial, prestation compensatoire, patrimoine familial, obligation alimentaire, etc.) et personnels du mariage (obligation de cohabitation, de fidélité, d'aide, de soutien, etc.)². Contrairement à certaines législations, comme celle adoptée par la France relative au Pacte de solidarité (Pacs), mais à l'instar d'autres systèmes juridiques comme le droit hollandais, le droit québécois prévoit des règles de conflit relatives à la formation, aux effets et à la dissolution de l'union civile. On peut s'attendre à ce sujet, à la survenance de nombreux problèmes auxquels les praticiens et les tribunaux seront bientôt confrontés.

Par exemple, quelle est la loi applicable en vertu de ces règles à la formation, aux effets et à la dissolution de l'union civile? Ces règles assurent-elles l'application de la loi ayant objectivement les liens les plus étroits avec les questions posées, de manière à assurer la stabilité du statut des personnes concernées? Ainsi, l'union civile du droit québécois s'applique-t-elle à des ressortissants de nationalité étrangère ou aux partenaires résidents ou domiciliés en dehors du Québec? Quels seront les effets internationaux de l'union civile hors du Québec? Quels autres arrangements, par exemple, le Pacs du droit

-
1. Projet de loi n° 84, *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, Assemblée nationale, 2^e session, 36^e Législature, Éditeur officiel du Québec, 2002, devenu maintenant: L.Q. 2002, c. 6.
 2. Voir sur le sujet: A. ROY, «Partenariat civil et couples de même sexe: la réponse du Québec», (2001) 35 *R.J.T.* 663.

français, la cohabitation légale du *Code civil belge*, les partenariats du Danemark, de la Norvège, de la Suède, des Pays-Bas, la «*Civil Union*» du Vermont, seront qualifiés d'union civile pour les fins du droit international privé québécois?

Il faut donc analyser nos nouvelles règles afin de dégager leur sens et leur portée³.

Quant à leur portée, il résulte évidemment, mais incidemment, de cette véritable révolution en droit civil québécois l'impossibilité d'invoquer l'exception d'ordre public (art. 3081 C.c.Q.) pour écarter les lois étrangères pour la seule raison qu'elles admettent les mariages entre couples homosexuels⁴ ou qu'elles admettent le divorce par consentement mutuel. Mais, surtout, la création de ces nouvelles règles de conflit utilisant une nouvelle catégorie de rattachement aussi nommée «union civile» nous impose premièrement l'analyse de ses éléments caractéristiques pour savoir si elle n'était pas superflue et quand il faudra l'utiliser à l'exclusion des autres (1). Deuxièmement, l'examen des facteurs de rattachement (2) de ces nouvelles règles permettra d'évaluer la pertinence de leur adoption.

1. Une nouvelle catégorie embarrassante et superflue?

On peut questionner la pertinence de cette nouvelle catégorie. L'opération de qualification se complique singulièrement puisqu'il faut la distinguer non seulement de celle du mariage, déjà expressément prévue en droit québécois à l'article 3088 C.c.Q., qui énonce une règle de conflit pour le fond et une autre pour la forme du mariage, institution également traitée pour les fins du droit fédéral de l'immi-

3. Voir G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *Traité de droit civil, t. 2, Règles spécifiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, aux n^{os} 310-5 et 310-6 (à paraître).

4. Dans ce sens, exposant l'idée que le mariage n'est pas plus menacé par ces nouvelles formes d'union que par le divorce par consentement mutuel, voir J. MURPHY, «The Recognition of Same-Sex Families in Britain: the Role of private International Law», (2002) 16 *International Journal of Law, Policy and the Family* 181, aux p. 186-187. Sur l'exception d'ordre public en général, voir, entre autres, G. GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire*, Montréal, Thémis, 1996; G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *Traité de droit civil. Droit international privé*, t. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, aux n^{os} 115-120; H.P. GLENN, «Droit international privé», dans *La réforme du Code civil*, t. 3, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 669 au n^o 10; J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, «Le Code civil du Québec. Interprétation des règles du droit international privé», dans *La réforme du Code civil*, t. 3, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 801 aux n^{os} 68-73.

gration par le biais d'une seule règle de conflit⁵, et aussi de celle, subsidiaire, du statut personnel qui gouverne notamment implicitement les conjoints de fait non unis civilement, selon l'article 3083 C.c.Q.⁶. Tout ceci sans compter que, comme nous le verrons, certaines autres institutions, comme le pacte de solidarité du droit français, devront probablement être traitées en totalité ou partiellement par le biais des règles de conflit contractuelles.

La difficulté nouvelle – résultant habituellement de la multiplication inéluctable des règles du droit international privé afin de respecter le principe de l'application de la loi ayant les liens les plus étroits avec la nature de la question posée – présente la particularité d'avoir en partie comme origine les limites constitutionnelles aux pouvoirs législatifs des provinces canadiennes en matière de définition du mariage. Elle ne résulte donc pas de la création d'une nouvelle institution dont la nature serait différente de celle du mariage. On peut alors se demander s'il n'aurait pas été plus simple, en droit international privé, d'élargir la catégorie de rattachement «mariage». Mais cette solution se heurterait au fait qu'en droit interne québécois l'union civile elle-même ne pouvait pas être qualifiée de mariage pour ces motifs constitutionnels. De l'existence artificiellement forcée de cette nouvelle institution, applicable en pratique aux couples homosexuels, naquit alors la possibilité de l'étendre aux couples hétérosexuels, en doublant le mariage d'une autre union, plus moderne et plus souple, non teintée des principes traditionnels.

Comme d'habitude, les plus difficiles problèmes de qualification attendaient alors le juriste en droit international privé, puisqu'en situation interne il suffit de choisir nommément l'une des branches de l'option pour savoir directement quelles règles appliquer mais que, en situation internationale, face au doute résultant de la mise à l'écart du mode de choix interne, il faut d'abord déterminer les caractéristiques essentielles de chaque institution pour pouvoir y inclure – par analogie, parce que les notions internes et internationales ne sont pas identiques – ces situations différentes.

5. Sur le sujet, voir J. TALPIS, «Quelques considérations visant la prévention des conflits en matière de validité du mariage en droit international privé québécois et en droit de l'immigration familiale», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'immigration (1998)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 135.

6. Sur le sujet, voir G. GOLDSTEIN, «La condition des conjoints de fait en droit international privé québécois», (1999) 78 *R. du B. can.* 505.

Malgré ces problèmes, il ne nous paraît pas inopportun en soi d'avoir créé une nouvelle catégorie de rattachement intitulée «union civile», dans la mesure où elle permettra de reconnaître plus facilement un certain nombre d'institutions qu'il aurait autrement fallu intégrer dans la catégorie mariage, ce qui aurait certainement entraîné d'assez grandes difficultés pour certaines d'entre elles.

Pour nos fins, pour savoir si cette catégorie supplémentaire n'était pas superflue, on doit se demander quels sont ses éléments spécifiques (1.1.), avant de les utiliser pour qualifier quelques institutions étrangères susceptibles d'y entrer (1.2.).

1.1. Les éléments caractéristique de la catégorie «union civile»

La première règle adoptée énonce:

3090.1. L'union civile est régie, quant à ses conditions de fond et de forme, par la loi du lieu où elle est célébrée. La même loi s'applique aux effets de l'union civile, à l'exception de ceux qui s'imposent aux conjoints quel que soit leur régime d'union, lesquels sont soumis à la loi de leur domicile.

On constate d'abord une analogie entre l'expression utilisée en droit interne («union civile») et celle déterminant le contenu de la catégorie de rattachement en droit international privé. Cette analogie habituelle est troublante dans ce cas particulier dans la mesure où l'institution ne semble exister qu'en droit québécois et dans celui du Vermont. En effet, des nouvelles formes d'union sont apparues à l'étranger mais portent en général le nom de «partenariat». Pour l'union civile, comme pour les autres catégories de rattachement, cependant, nous savons que, même si l'expression employée en droit interne et celle en droit international privé sont identiques, elles ne recouvrent pas exactement les mêmes situations⁷. Il faut donc savoir ce qu'elle inclut.

Il est probable qu'elle ne peut pas se limiter à l'union civile du Québec, sinon, son rôle serait strictement limité à la détermination

7. On peut donner comme autres exemples celle de «sûreté» (art. 3102 C.c.Q.), qui est évidemment bien plus large que l'hypothèque du droit civil, et celle de «fiducie» (art. 3107 C.c.Q.), qui est d'ailleurs traduite par «trust» dans sa version anglaise, ce qui aurait pu montrer que la fiducie au sens de l'article 3107 est différente de celle de notre droit interne si le codificateur, abandonnant ici toute rigueur, n'avait pas aussi utilisé le mot «trust» dans sa traduction de droit interne.

internationale des règles québécoises. Il s'agirait alors d'une règle de conflit unilatérale, mais bilatéralisée pour la forme, comme celle relative à la procédure (art. 3132 C.c.Q.). L'hypothèse n'est pas à exclure. Toutefois, nous miserons plutôt sur l'hypothèse large, authentiquement bilatérale.

La définition de cette catégorie ne ressort pas directement de celle de l'union civile en droit interne⁸, qui ne diffère pas expressément de celle du mariage. Formellement, et même par nature, si l'on écarte les préjugés traditionnels, bien peu sépare donc les deux catégories et l'on aurait peut être pu se passer des nouvelles règles de conflit, à condition de retenir les mêmes facteurs de rattachement, ce qui n'est pas le cas. Ici apparaît la fonction de la catégorie de rattachement: indiquer les questions que le législateur entend faire régir par le facteur de rattachement particulier choisi, plutôt que par ceux des règles de conflit relatives au mariage. Il faudra donc tenir compte de cette intention législative pour déterminer le contenu de la nouvelle catégorie.

Avec le mariage, *a priori*, les différences essentielles portent sur la condition de fond de différence de sexe (il semble s'agir d'un élément fondamental puisque l'union civile n'était ouverte à l'origine qu'aux couples homosexuels) et sur la dissolution de l'union civile, qui, en plus du décès, peut résulter d'une déclaration devant notaire, jointe à une transaction notariée, ou qui peut être judiciaire.

On peut donc se demander si la différence de sexe est un critère essentiel de distinction de la nouvelle catégorie. Mais notre loi interne ne la retient pas. Si, à l'origine, comme au Vermont, l'union civile était limitée aux couples homosexuels, on l'a ouverte aux couples hétérosexuels pour ne pas consacrer de discrimination vis-à-vis des conjoints de fait. Ainsi, la nouvelle catégorie devrait inclure la situation des couples hétérosexuels qui ne désireraient pas entrer dans le mariage mais qui préféreraient l'union civile. On peut alors dire que la nouvelle catégorie a pour caractéristique négative de *ne pas exiger de différence de sexe* entre les conjoints.

Par ailleurs, ni la nationalité du pays de célébration, ni le domicile ou la résidence dans ce pays ne peuvent constituer des critères de l'union civile, puisque nous l'avons écarté (art. 3090.1). Notre union

8. Art. 521.1 C.c.Q.: «L'union civile est l'engagement de deux personnes âgées de 18 ans ou plus qui expriment leur consentement libre et éclairé à faire vie commune et à respecter les droits et obligations liés à cet état».

est ainsi largement ouverte à tous ceux *qui se trouvent au Québec* lors de la cérémonie. Nous reviendrons sur la pertinence douteuse de ce rattachement lorsque nous examinerons les facteurs de rattachement de la validité et des effets de l'union civile.

Selon nous, en plus du critère négatif dont nous venons de faire état (l'absence d'exigence de différence de sexe), trois critères positifs devraient permettre de classer une institution dans notre catégorie «union civile»: 1) une volonté de la part des candidats d'être soumis au statut social et économique associé au mariage traditionnel, sans pouvoir ou vouloir y entrer; 2) un mode de célébration publique entraînant l'existence d'un acte solennel établi par ou devant un officier public; 3) une facilité potentielle de dissolution.

1.1.1. Une volonté de la part des candidats d'être soumis au statut social et économique associé au mariage traditionnel, sans pouvoir ou vouloir y entrer

Cet exercice, *a priori* curieux, de qualification qui tient compte du contenu du droit étranger pour déterminer l'intention des personnes concernées en regard des prohibitions relatives au mariage et pour en déduire la classification de la question posée, est parfaitement conforme à la théorie du droit international privé. En effet, il est habituel et tout à fait classique d'examiner les prétentions des parties à la lueur du droit étranger en cause avant de les qualifier selon les catégories du for.

Ce premier élément implique un aspect intentionnel, ce qui présente en général une difficulté de preuve.

Dans le cas de l'union civile, la preuve de cette intention découle de l'absence de possibilité de se marier, par exemple, pour les couples homosexuels. Ainsi, pour eux, la qualification dépendra de savoir s'ils peuvent ou non se marier selon la loi du lieu de célébration de l'union. Si cela leur est interdit, leur situation pourra être classée dans l'union civile.

La solution devrait être étendue à tout couple de personnes qui voudrait obtenir le statut du mariage sans pouvoir le faire selon la loi du lieu de célébration en raison de la nature non traditionnelle de la relation. *A priori*, on pourrait ainsi classer dans l'union civile une relation personnelle entre cousins, entre frères ou sœurs, etc., si une

telle relation était admise selon un système juridique (ce qui est le cas, semble-t-il, du nouveau droit belge de la «cohabitation légale»)⁹.

Au contraire, si, selon la loi du lieu de célébration, ils peuvent bénéficier des dispositions du mariage, et qu'ils utilisent cette possibilité, on devra classer leur situation dans la catégorie mariage, institution dont la validité quant au fond dépendra de la loi de leur domicile respectif et, quant à la forme, de celle du lieu de célébration.

En résumé, leur statut dépend soit de la loi de leur domicile (validité quant au fond du mariage, etc.), soit de celle du lieu de célébration (validité formelle du mariage, validité de l'union civile), mais, aux fins de la qualification, la preuve de leur volonté et de leur pouvoir de s'unir dépend de celle du lieu de célébration.

Pour les conjoints de fait unis civilement, la preuve découle, négativement, du choix d'un autre régime que celui du mariage, et, positivement, de leur intention de ne pas rester dans la condition actuelle de conjoints de fait, malgré les avantages qui leur sont déjà accordés.

Ce critère exclut donc les conjoints de fait non unis civilement puisqu'ils ne veulent pas de l'ensemble du statut social ni des obligations du mariage traditionnel. Comme l'un des auteurs de ces lignes l'a déjà souligné¹⁰:

[...] on peut ranger dans la catégorie «union de fait» ou d'«union libre» celles dont les partenaires se placent volontairement en dehors du cadre formel d'application de toute la législation applicable au mariage (sauf par le biais de convention), tout en reproduisant dans les faits un schéma relationnel analogue au mariage légal, mais en se réservant une possibilité de rupture libre, sans formalisme. [...] Ainsi une prétention relative à un mariage consensuel devrait être considérée comme une véritable question de mariage si, dans le pays du milieu social des personnes concernées, cette forme d'union appartient à un type de mariage légal et consacré. Il devrait en être de même des cas de mariages non valides en raison de défaut de forme ou de fond, dont les personnes concernées n'ont pas eu conscience lors de la création de la situation, et qui pourraient être traitées par le biais du mariage putatif. De même, les concubinages administrativement ou judiciairement convertis en mariage (comme il en existe notamment à Cuba, au Mexique et au Panama) devraient être reconnus comme des mariages véritables [...].

9. Art. 1475 à 1478 du *Code civil belge*.

10. G. GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 6, p. 509-510.

Ainsi, puisque notre premier critère exclut aussi les couples qui *veulent* le statut découlant du mariage traditionnel sans hésiter à y entrer, tout en pouvant le faire (ce qui, actuellement, n'est pas le cas des couples homosexuels en général, sauf en droit hollandais par exemple), ce critère permet aussi de distinguer entre mariage et union civile.

En conséquence, le mariage polygamique devrait rester classé dans la catégorie mariage. De toute manière, ni l'union civile ni le mariage (selon nos conceptions occidentales) ne prévoient la multiplicité de conjoints. À la limite, s'il s'en trouvait, on pourrait analyser une union polygamique ou polyandrique homosexuelle par le biais de l'union civile, mais, de toute manière, nous doutons de son acceptation au Québec, quelle que soit la loi applicable au fond.

Finalement, ce critère exclut aussi les institutions de nature contractuelle (les «contrats domestiques», etc.), ne touchant pas l'état des personnes, par lesquelles les couples concernés n'acquièrent qu'une solidarité financière, etc., par exemple, comme on le verra plus bas, le Pacs du droit français, puisque, dans ce type de cas, ils ne veulent pas de l'ensemble des droits et obligations légales découlant du mariage.

Ce premier critère est certainement le plus important. Minimatement, il devrait cependant être confirmé par l'un ou l'autre des deux critères positifs suivants.

1.1.2. Un mode de célébration publique entraînant l'existence d'un acte solennel établi par ou devant un officier public

Si l'union civile du droit interne québécois est établie par contrat, néanmoins, c'est un acte solennel, car il doit être célébré publiquement devant un officier public compétent, avec toutes les formalités du mariage.

Cette caractéristique se retrouve aussi dans la formulation de la règle de conflit de l'article 3090.1, retenant le lieu de célébration de l'union comme rattachement, ce qui renforce l'idée selon laquelle il est nécessaire de procéder avec une certaine solennité.

On envisage donc *a priori* un officier public et une cérémonie publique. Néanmoins, pour admettre une institution étrangère dans

notre catégorie d'union civile, on devrait accepter que les formalités en cause soient éventuellement moins développées que celles du droit québécois. Par exemple, on devrait considérer qu'une signification à un officier public d'une cérémonie publique, sans qu'un officier public n'y participe, suffise.

L'idée sous-jacente étant en principe de copier le mariage, on organise donc normalement une cérémonie, qui a pour fonction symbolique de rendre l'union apparente, connue de la société et acceptée par elle. Au contraire, si tel n'est pas le cas pour l'institution étrangère en cause, on n'aura pas voulu se rapprocher du mariage. Donc, en principe, elle ne devrait pas bénéficier de la qualification union civile.

De toute manière, si l'on considère que, selon notre article 3090.1, le rattachement de cette catégorie est le lieu de célébration, comme nous le verrons en détail plus bas, il faut nécessairement découvrir un lieu où des formalités se sont matérialisées.

Cependant, quant à l'acte formel, qui peut être une cérémonie, un enregistrement, une déclaration, il sert notamment à affirmer de la part des conjoints qu'ils se rattachent juridiquement à un statut prédéfini qui aura des effets non seulement entre eux, mais aussi vis-à-vis des tiers. Il répond à un objectif de prévisibilité et de sécurité juridique.

En raison de ce second objectif, on peut donc considérer qu'il serait pertinent d'interpréter largement, fonctionnellement, cette condition dans la mesure où la conséquence en sera l'application de la loi du lieu de célébration ou d'enregistrement, non susceptible de conflit mobile en cas de changement de domicile, alors que l'alternative serait de limiter l'utilité de la catégorie nouvelle et d'appliquer la loi du domicile ou celle désignée selon la catégorie en cause. Cette interprétation fonctionnelle pourrait ainsi correspondre à l'intention du législateur.

La question pourrait par exemple se présenter dans le cas où une union civile serait admise dans un pays sans cérémonie, mais sur simple enregistrement. Ce critère du mode de célébration publique, s'il était interprété strictement, écarterait alors la qualification union civile de l'institution en cause. On tomberait dans la qualification statut personnel et l'on traiterai le couple selon la loi du domicile de chacun d'eux (art. 3083), solution qui, du reste, n'a rien de catas-

trophique, mais qui pourrait donner lieu à des conflits mobiles. Au contraire, une interprétation large pourrait l'inclure dans l'union civile, à condition que les autres critères soient respectés.

Ce second critère, présentant un aspect plus concret ou plus apparent que l'intention du couple, exclut aussi les conjoints de fait non unis civilement, qui, ne voulant pas du statut social d'époux mariés, écartent toute solennité. De toute évidence, les règles de l'article 3090.1, donnant compétence à la loi du lieu de célébration, comme on le verra plus bas, ne sont pas faites pour eux: il n'existe aucun lieu de célébration.

Par contre, ce critère ne permet pas, à lui seul, de distinguer entre mariage traditionnel et union civile. Mais rappelons que, selon nous, il a un rôle secondaire et ne servira qu'à confirmer la qualification découlant en principe du premier critère. Il en sera de même du dernier critère que nous proposons.

1.1.3. Une facilité potentielle de dissolution

A priori, le mode simplifié de dissolution de l'union civile ne paraît pas devoir être considéré comme un élément essentiel de la nouvelle catégorie. En effet, le divorce par consentement mutuel n'en est pas très éloigné, comme d'ailleurs notre règle faisant qu'une séparation d'un an constitue un motif de divorce. De plus, dans certains pays, l'un des époux peut facilement répudier l'autre sans formalité.

Cependant, dans certains cas, ce critère va jouer. Ainsi, si un homme et une femme sont domiciliés dans un pays, étendant les bénéfices d'un régime semblable à l'union civile aux couples hétérosexuels, et qu'ils désirent s'en prévaloir, plutôt que des dispositions du mariage classique (peut-être justement en raison du mode de dissolution plus simple), il faudrait traiter leur cas par les règles de conflit relatives à l'union civile et non par celles du mariage.

L'importance de ce troisième critère est aussi soulignée par le fait que, même en droit international privé, on facilite la dissolution de l'union puisque l'article 3090.2 prévoit une règle de conflit alternative selon laquelle cette dissolution dépend soit de la loi du domicile des conjoints, soit de celle du lieu de célébration, ce qui suppose que l'une ou l'autre puisse la dissoudre.

Ce critère devrait permettre de classer les unions homosexuelles par le biais des règles de conflit de l'union civile, à condition que la dissolution en soit simplifiée, et non par celui des règles du mariage. Au contraire, si un pays, comme la Hollande, étend la définition du mariage aux homosexuels, sans que le mode de dissolution n'en soit facilité, on devrait tomber dans la qualification mariage.

Il permet aussi d'écartier les institutions qui ne font pas partie du statut personnel mais qui restent de nature contractuelle (on pense encore au Pacs) dans la mesure où il est plus simple de se dégager d'un contrat que d'un statut personnel enregistré.

Dans le même ordre d'idées, pour les conjoints de fait non unis civilement, il n'y a rien à dissoudre en principe.

1.2. Application des critères proposés à certaines institutions étrangères

Penchons-nous sur certaines institutions étrangères pour vérifier concrètement si nos critères fonctionnent.

À notre avis, des conjoints de fait ayant conclu un «pacte civil de solidarité» selon les nouvelles dispositions du *Code civil français* (art. 515-1 et s.)¹¹ ne devraient pas voir leur condition analysée par le biais de notre catégorie «union civile». En effet, ces règles françaises n'assurent aucun statut social aux «pacsés». À ce sujet, le législateur français est resté très ambigu, par prudence politique, puisqu'il a classé dans le livre du Code consacré aux personnes une institution n'entraînant pourtant aucun effet au plan de l'état civil tout en laissant dans l'obscurité les effets personnels du pacte (il n'a pas de conséquence au plan de la filiation, ni au plan successoral et il ne concerne pas le mariage). Puisqu'il s'agit d'un contrat touchant la vie commune de personnes, et incidemment leurs biens, on peut hésiter

11. Il s'agit formellement d'un contrat ayant pour objet «d'organiser la vie commune» de deux personnes de sexe différent ou de même sexe (art. 515-1), qui est enregistré. La conclusion de ce pacte crée certaines obligations légales ou contractuelles d'«aide mutuelle et matérielle» (art. 515-4), dont les modalités, mais non le principe, sont laissées à l'initiative des «partenaires». De toute manière, ils sont solidairement responsables des dettes contractées par l'un d'eux pour la vie courante et les dépenses relativement au logement (art. 515-4). L'inscription sur un registre rend ce pacte opposable aux tiers (art. 515-3). Il entraîne aussi un certain statut touchant les biens des partenaires qui, en l'absence de précision à l'effet contraire dans le pacte, sont notamment présumés être acquis en indivision (art. 515-5).

principalement entre une qualification contractuelle et une qualification statut personnel. La doctrine française est divisée. La majorité des auteurs qui se sont prononcés favorise cependant la qualification statut personnel¹².

De son côté, le droit belge prévoit une «cohabitation légale» aux articles 1475 à 1478 du *Code civil belge*¹³. Elle n'est pas limitée aux couples homosexuels. Elle est définie (art. 1475) comme «la situation de vie commune de deux personnes ayant fait une déclaration» conforme à la loi. L'officier d'état civil du domicile commun des personnes en cause vérifie notamment qu'elles ont la volonté de cohabiter, qu'elles ne sont pas mariées et qu'elles ont la capacité de passer l'acte en question. Cette déclaration d'état civil est enregistrée dans le «registre de la population» (art. 1476). La cohabitation légale se dissout par décès ou mariage de l'un des cohabitants, ou par accord ou même unilatéralement (il y a là une sorte de répudiation). Selon le droit belge, elle a des effets essentiellement personnels à caractère patrimonial: protection de la résidence commune des cohabitants, contribution aux charges de la vie commune, solidarité pour les dettes contractées pour les besoins de la vie commune et des enfants qu'ils éduquent (art. 1477). Il existe aussi une présomption simple de copropriété indivise portant sur les biens du couple, sorte de régime

12. Dans le sens de la qualification contractuelle: M. REVILLARD, «Le pacte civil de solidarité en droit international privé», Répertoire Defrénois 2000, art. 37124, aux nos 13-14. Au contraire, dans le sens d'une application des règles de conflit relatives au statut personnel (mariage, effets du mariage, etc.): B. AUDIT, *Droit international privé*, 3^e éd., Economica, Paris, 2001, au n° 623 bis (l'auteur ne semble pas très convaincu lui-même de la qualification); H. FULCHIRON, «Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé», (2000) 126 *J.D.I.* 894 à la p. 900; H. CHANTELOUP, «Menus propos autour du pacte civil de solidarité en droit international privé», G.P. 2000, Doctr. 4 et s.; M. JOSSELIN-GALL, «Pacte civil de solidarité. Quelques éléments de droit international privé», J.C.P. (Ed. N.) 2000.I.489 et s.; G. KHAIRALLAH, «Les 'partenariats organisés' en droit international privé (Propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité)», (2000) 89 *Revue crit. d.i.p.* 317; M. MIGNOT, «Le partenariat enregistré en droit international privé», (2001) *R.I.D.C.* 601. Une solution intermédiaire existe aussi, celle admise par les professeurs Loussouarn et Bourel, qui, sans qualification déterminée, préconisent l'application de la loi de la résidence habituelle commune lors de la constitution du pacte; voir Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2001, au n° 286, p. 351; les auteurs rapprochent leur position de celles de MM. G. KHAIRALLAH (*supra*, à la p. 330, favorable à la loi sous l'empire de laquelle l'institution a été constituée) et H. FULCHIRON (*supra*, à la p. 908).
13. Voir P. BAURAIN, «La cohabitation légale: Mariage ou mirage législatif», (1998) 120 *R. du N. Belge* 618; Ph. DE PAGE, «La loi du 23 novembre 1998 instituant la cohabitation légale», (1999) 1 *Revue trimestrielle de droit familial* 195; A. ROY, «Le partenariat civil, d'un continent à l'autre», (2002) *R.I.D.C.* 759, aux p. 769-773.

matrimonial minimal de communauté (art. 1478, al. 1). Ces obligations légales sont complétées par des obligations conventionnelles relatives aux modalités de leur cohabitation, sous réserve de l'ordre public et des règles relatives à l'autorité parentale, à la tutelle et à l'ordre légal de la succession (art. 1478, al. 2).

On y trouve donc les caractéristiques du pacte de solidarité. Toutefois, cette institution touche directement l'état des personnes, notamment en raison de l'exigence d'une déclaration devant un officier d'état civil et de son inscription au registre de la population, bien qu'aucune cérémonie ne soit exigée. Par ailleurs, il semble que cette institution n'impose pas une relation conjugale: elle pourrait donc être établie par exemple entre parents comme entre cousins ou frères¹⁴. Comme les cohabitants ne veulent pas de toutes les obligations du statut du mariage, on doit écarter la qualification mariage et aussi celle d'union civile. Donc, il faudrait classer l'institution dans le statut personnel, comme pour les conjoints de fait, même s'ils ne sont pas nécessairement des conjoints de fait.

Dans tous les pays scandinaves, on a adopté un régime de partenariat enregistré, qui comprend quelques différences mais qui, de façon générale, donne ouverture à presque toutes les obligations et les droits conjugaux¹⁵. On est donc loin des institutions de nature contractuelle (contrats domestiques) puisque l'état des personnes est directement concerné¹⁶. Par exemple, l'article 3 de la loi norvégienne du 30 avril 1993¹⁷ dispose que l'enregistrement du partenariat (passé par hypothèse entre homosexuels) a les mêmes conséquences juridiques que le mariage, à l'exception de l'adoption. Au plan des formes, il ne peut y avoir de cérémonie religieuse, mais il existe des formalités minimales qui comprennent la vérification des conditions d'enregistrement. Enfin la dissolution du partenariat s'effectue par application des règles sur le divorce. On devrait donc classer cette institution dans l'union civile parce que les partenaires veulent et obtiennent l'ensemble du statut découlant du mariage, mais qu'ils ne peuvent pas y entrer en raison de la nature homosexuelle de leur relation (critère n° 1). Les formalités minimales du droit norvégien permettent aussi de respecter le critère n° 2. S'il n'est pas évident de savoir si notre troisième critère est respecté, puisque la dissolution de ce par-

14. Voir A. ROY, *ibid.* à la p. 770; P. BAURAIN, *ibid.* à la p. 619.

15. Voir F. GRANET, «Pacte civil de solidarité (PACS). Aspects comparé et internationaux», J.C.P. (Ed. N.) 2000.I.371.

16. Voir en ce sens: J. MURPHY, *supra*, note 4, à la p. 189-190.

17. F. GRANET, *ibid.*

tenariat ne semble pas plus simple que celle du mariage, néanmoins, le respect des deux autres nous permet de croire que la catégorie union civile correspond à cette institution.

La loi de la Nouvelle-Écosse¹⁸ prévoit aussi un partenariat entre hétérosexuels ou homosexuels, qui semble créer un état civil¹⁹ et qui donne de très importants droits aux partenaires, notamment au plan successoral et au plan des obligations alimentaires. Les modes de dissolution, potentiellement plus légers que ceux du mariage, comprennent un accord consacré dans une déclaration de terminaison, le fait de se marier et la séparation pendant un an. On peut en déduire que l'on se trouve dans la catégorie union civile parce que les partenaires veulent et obtiennent quasiment les mêmes droits que les époux mariés, sans vouloir ou pouvoir entrer dans le mariage, mais qu'ils ont la possibilité d'en sortir plus facilement, et parce que, si ce partenariat ne donne pas lieu à une cérémonie imposante comme celle du mariage, néanmoins il est soumis à des formalités assez limitées.

La *Civil Union* du Vermont²⁰, qui est en fait une relation parallèle au mariage offert exclusivement aux homosexuels et qui reprend tous les droits du mariage, devrait être classée dans la catégorie union civile (critère n° 1). Pouvoir bénéficier de cette institution suppose également l'accomplissement d'un certain nombre de formalités, ce qui répond à notre critère n° 2.

En droit hollandais, il existe une institution similaire à celle des autres partenariats enregistrés qui devrait probablement être qualifiée d'union civile, mais aussi des dispositions qui étendent le mariage aux couples homosexuels²¹. Dans ce dernier cas, nous

18. *Vital Statistic Act*, R.S.N.S. 1989, c. 494, am. par *Law Reform (2000) Act*, R.S.N.S. 2000, c. 29, art. 45 (qui y ajoute une partie intitulée «*Domestic partners*»). Voir D.G. CASSWELL, «*Moving Toward Same-Sex Marriage*», (2001) 80 *R. du B. can.* 810.

19. A. ROY, *supra*, note 13, à la p. 780.

20. *An Act Relating to Civil Unions*, Vt. Stat. Ann. Tit.15, par. 1201-1207 (Supp. 2000). Voir «*Homosexual (Same-Sex) Civil Unions/Marriage in Vermont – Background, Legislation, Responses*», <http://www.religioustolerance.org/hom-mar8.html>. Voir A. ROY, *ibid.* aux p. 773-778.

21. A. ROY, *ibid.* à la p. 760; N.G. MAXWELL, «*Opening Civil Marriage to Same-Gender Couples: A Netherlands-United States Comparison*», *Electronic Journal of Comparative Law*, 2000, <http://www.comparativelaw.org>; D. BORILLO, «*Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités: la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne*», (2001) 46 *R.D. McGill* 875, aux p. 890 et 918-921; H. FULCHIRON, «*Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000)*», D. 2001.708.

devrions utiliser les règles de conflit relatives au mariage, qui, rappelons-le, ne doivent plus donner lieu à l'intervention de l'exception d'ordre public dans cette situation.

La qualification «union civile» peut entraîner des résultats assez navrants si l'on considère la loi à laquelle on donne compétence en vertu des rattachements choisis, question sur laquelle nous nous penchons maintenant.

2. Des facteurs de rattachement discutables

Examinons les facteurs de rattachement adoptés pour déterminer la loi applicable à la validité (2.1.), aux effets (2.2.) et à la dissolution (2.3.) de cette union civile.

2.1. *La loi applicable à la validité de l'union civile*

La question de la validité de l'union peut se présenter de manière principale ou de manière incidente, par exemple à la suite d'une demande en pension alimentaire, ou dans le règlement d'une succession, si un Québécois uni civilement selon notre droit s'est marié en Angleterre, et qu'il décède au Québec, ou encore si un résident du Vermont, déjà uni civilement dans cet État veut se marier traditionnellement au Québec ou veut y dissoudre son union.

On peut aussi penser à la situation dans laquelle, suite à l'enregistrement en Hollande d'un partenariat qui y aurait été célébré, la reconnaissance de la validité de ce partenariat serait demandée au Québec afin d'empêcher l'un des partenaires de s'y marier.

Quant au facteur de rattachement de la validité de l'union civile, si l'on comprend aisément que sa forme dépende de la loi du lieu de célébration – bien que les règles en matière de mariage soient plus libérales, puisqu'on admet aussi la loi du domicile ou de la nationalité de chacun des époux pour le valider²² – elle édicte étonnamment le même rattachement pour ses conditions *de fond*. Alors que la loi du *domicile* des époux, celle de leur milieu social, régit les conditions de fond du mariage (art. 3088, al. 1 C.c.Q.), celles de l'union civile dépendent de la loi du *lieu de célébration*!

22. Art. 3088, al. 2 C.c.Q.

En d'autres termes, le Québec pousse les candidats à l'union civile, qui ne peuvent y accéder dans leur milieu social, à venir y organiser leur cérémonie ici, puisque nous considérerons que leur union est valide, malgré la fraude à leur loi naturelle²³. Par ailleurs, le droit québécois donne aussi son aval à la fraude au droit étranger, puisqu'il admettra la validité d'une union civile célébrée dans un pays tiers où ceci est permis malgré la loi du domicile et de la nationalité des «conjoints».

Pourtant, à moins de passer aussi leur lune de miel au Québec, à Hawaï, au Vermont ou dans un autre endroit aussi exotique reconnaissant leur statut, les conjoints unis civilement déchanteront rapidement. Leur bonheur symbolique ne sera que de courte durée car, sitôt rentrés chez eux, ils reprendront leur «triste» statut de célibataires. Il en sera d'ailleurs de même dans tous les pays tiers non «libérés».

Au plan des principes, ces règles reflètent un idéalisme de guerre froide. Le mouvement se présente comme si notre droit implantait sur le globe une institution qui se voulait à l'avant-garde d'une nouvelle ère de la civilisation et qu'il considérait indispensable de consolider par solidarité un réseau international des pays «libérés».

Mais le moyen choisi pour y parvenir reste démagogique. Car ce que consacre en fait l'article 3090.1 est simplement un retour à la loi locale, celle du territorialisme d'antan, qui a déclenché la révolution américaine, parce qu'elle ignorait la réalité.

Le lieu de célébration correspond en effet à la situation qui prévalait à l'origine du droit international privé, quand la forme et le fond des actes juridiques étaient liés à la loi du lieu de leur «passation». Depuis, des siècles ont passé et l'on a admis dans les pays de droit civil – très tard au Québec, il est vrai, puisque l'article 8 C.c.B.-C. consacrait encore la loi du lieu de conclusion de l'acte jusqu'en 1994 – et dans certains pays de common law que la loi locale n'avait que peu de contrôle réel sur ces actes. L'évolution a mené à la règle de la *résidence* du débiteur de la prestation caractéristique²⁴.

23. Sur la fraude à la loi, voir entre autres: G. GOLDSTEIN, «La fraude à la loi dans le droit international privé du nouveau Code civil du Québec», (1997) 57 *R. du B.* 707; G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *supra*, note 4, aux nos 110-114.

24. Art. 3112 C.c.Q. Voir G. GOLDSTEIN, «Les règles générales du statut des obligations contractuelles dans le droit international privé du nouveau Code civil du Québec», (1993) 53 *R. du B.* 199; J. TALPIS, «Choice of law and Forum Selection Clauses under the New *Civil Code of Quebec*», (1994) 96 *R. du N.* 183.

Pour le statut personnel, mis à part l'énigmatique article 6, al. 3 C.c.B.-C.²⁵, retenant la loi du lieu «où se trouve la personne» pour quelques questions comme la pension alimentaire, le *Code civil du Bas-Canada* avait clairement compris, dès 1866, que le domicile constituait le rattachement significatif du point de vue de la localisation objective de ces situations. Étant donné les possibilités actuelles de circulation, on peut donc être surpris par le choix, en 2002, d'un tel rattachement relatif au statut personnel que, depuis longtemps, l'on a jugé contraire au principe de proximité, même pour le fond des actes juridiques.

En conséquence, nous devons critiquer sévèrement une telle règle, qui devrait produire des unions «boîteuses», valides ici, nulles dès que la frontière sera passée. Pourquoi ignorer la réalité de la situation et créer ici une sorte de paradis virtuel?

Cette règle détonne avec les autres règles de conflit adoptées lors de la réforme du Code civil. Si l'on admet parfois des dérogations au principe de l'application de la loi ayant objectivement les liens les plus étroits avec la situation (principe dit de «proximité»²⁶), encore faut-il les justifier par la recherche d'un objectif matériel suffisamment solide et convaincant. Or, nous ne voyons ici que du trompe-l'œil, semblable à ces panneaux peints de foire au travers desquels il suffit de passer la tête pour se faire photographier en compagnie de personnages illustres, que du carton-pâte ayant l'épaisseur et la solidité du papier sur lequel l'union civile sera consignée.

En dernière analyse, cette structure apparente de règle de conflit classique, couvrant un rattachement purement territorial, pourrait bien cacher une règle d'application nécessaire²⁷, bilatéralisée en faveur des éventuelles lois étrangères pour mieux paraître, menant en pratique à l'application exclusive du droit québécois à partir du moment où les candidats à l'union civile «se trouvent» au Québec lors de la célébration. Même dans cette perspective, l'exception au principe de «proximité» n'est pas mieux justifiée que pour le patrimoine

25. Pour son étude approfondie, voir notamment P.-A. CRÉPEAU, «De la responsabilité civile extra-contractuelle en droit international privé québécois», (1961) 39 *R. du B. can.* 3-29.

26. Voir P. LAGARDE, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé», (1986-I) 196 *Rec. Cours Acad. Dr. Int.* 9.

27. Sur la notion, voir G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *supra*, note 4, aux nos 47 et s.

familial²⁸. Certes, d'aucuns pourraient facilement y voir un intérêt «particulier», selon les termes de l'article 3076 C.c.Q. Mais nous doutons de pouvoir détecter dans cette nouvelle union un intérêt *vital* pour l'organisation sociale du Québec, critère récemment retenu par la Cour d'appel²⁹, alors que le mariage lui-même n'y a jamais suscité une telle mobilisation de moyen. L'exception d'ordre public a toujours suffi pour défendre nos conceptions fondamentales en ce domaine.

À ce propos, dans quelques cas exceptionnels, on peut encore envisager l'application de l'exception d'ordre public (art. 3081), par exemple à l'encontre d'une loi étrangère admettant une union civile incestueuse ou une discrimination au plan de l'âge légal entre les partenaires.

En principe, rien n'empêcherait par ailleurs l'utilisation de la clause échappatoire dans ce domaine pour corriger les cas évidents de fraude à la loi du domicile. Il en est d'autant plus ainsi qu'il n'existe pas de politique québécoise spécialement favorable à la validité de ce type d'union étant donné que l'on n'a pas adopté de règle de conflit alternative à ce sujet. Néanmoins, cette clause devrait s'appliquer de façon exceptionnelle. Or les défauts de l'article 3090.1, par rapport au principe de proximité, sont tels qu'on devrait l'utiliser systématiquement.

Finalement, le seul avantage que l'on puisse tirer de cette règle de conflit est d'éviter certains problèmes complexes de qualification entre la validité formelle et les conditions de fond du mariage³⁰. On peut ainsi penser aux débats touchant la qualification de la condition d'autorisation des parents d'époux mineurs, de la validité du mariage par procuration, du mariage posthume, du mariage religieux, de l'exigence du certificat de bonne santé, des empêchements bilatéraux lorsque les époux sont domiciliés dans différents États, etc. Mais cet

28. *G.B. c. C.C.*, [2001] R.J.Q. 1435 (C.A.). Voir J. TALPIS, «Quelques réflexions sur le champ d'application international de la loi favorisant l'égalité économique des époux», (1989) 2 *C.P. du N.* 134; «Champ d'application international des règles sur le partage du patrimoine familial», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Le partage du patrimoine familial et ses conséquences juridiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 119.

29. *Ibid.* au par. 30 de l'arrêt. La Cour d'appel, à juste titre, rejette définitivement l'idée que les règles du patrimoine familial seraient des «règles d'application nécessaire». La Cour adopte expressément cette terminologie en adoptant aussi le critère de l'intérêt vital étatique: le patrimoine familial ne met pas en cause l'intérêt vital de l'État.

30. Voir J. TALPIS, *ibid.*

avantage ne compense pas les graves problèmes découlant de l'ignorance de la loi ayant les liens les plus étroits avec le statut personnel, celle du lieu où ils vivent, qui non seulement ne reconnaîtra pas leur statut mais qui pourrait aussi bien les emprisonner dans ce nouveau statut³¹.

Incidemment, on pourrait songer à soulever un problème constitutionnel car le lieu de célébration n'a pas un lien réel et substantiel avec le statut personnel quant au fond. Mais la loi fédérale sur l'immigration admet elle-même la compétence de la loi étrangère du lieu de célébration quand à la validité de fond du mariage pour fin d'immigration³², donc on ne devrait pas y voir un problème.

Du point de vue du droit comparé, on trouve d'autres règles similaires à la nôtre, soit expressément soit implicitement dans ce sens. Ainsi, au Vermont, la loi de cet État ne prévoit aucune condition de résidence, de domicile ou de nationalité du Vermont pour pouvoir bénéficier de l'union civile de cet État, ce qui équivaut à admettre implicitement la compétence de la loi du lieu de célébration. Toutefois un tel rattachement se comprend mieux dans un système juridique de common law comme celui du Vermont, dans la mesure où la distinction entre condition de forme et de fond du mariage traditionnel n'est pas très claire, et où les règles de conflit relatives aux deux admettent la compétence de la loi du lieu de célébration, sujette à quelques exceptions ponctuelles en faveur de la loi du domicile³³.

En Hollande, on trouve des articles spécifiques et assez exhaustifs édictant des règles de conflit unilatérales au bénéfice du droit hollandais et d'autres règles traitant des unions civiles étrangères.

À ce propos, avant l'examen des effets de l'union civile, l'application de l'une des lois étrangères soulevant des questions qualifiées de relatives à l'union civile, pourrait obliger à résoudre un problème général et controversé, celui de l'applicabilité des règles délimitant le champ d'application de la loi interne étrangère (règles dites «autolimitatives»). L'interdiction du renvoi édictée par l'article 3080 C.c.Q. oblige le tribunal québécois à ignorer les règles de conflit étrangères, bilatérales ou unilatérales. Toutefois, les règles autolimitatives sont des normes de droit interne touchant l'applicabilité matérielle du

31. *Glen Rosengarten v. Peter Downes*, (Connecticut, AC 22253), 30 juillet 2002.

32. Voir J. TALPIS, *supra*, note 5, à la p. 135.

33. Voir E.F. SCOLES et P. HAYE, *Conflict of Laws*, St. Paul, West Publishing Co., 1982, aux par. 13.7 et s.

droit interne par rapport à d'autres normes du même ordre juridique et ne doivent pas être assimilées à des règles de conflit unilatérales. Nous considérons donc qu'elles devraient être prises en considération et appliquées par le juge québécois, malgré l'interdiction du renvoi³⁴. À titre d'exemple, on doit appliquer au Québec les exigences de nationalité ou de résidence des droits danois, suédois, norvégien ou de la loi de la Nouvelle-Écosse, dont l'article 53(4) énonce:

A person may not make a domestic-partner declaration if the person is not ordinarily resident in the Province or the owner of real property in the Province at the time of the registration of the declaration.

2.2. La loi applicable aux effets de l'union civile

Si l'on examine maintenant les effets de cette union civile, on constate sans étonnement qu'ils sont écartelés, comme dans un vrai mariage, entre la loi applicable au «régime d'union» (alias: «régime matrimonial»), celle applicable aux effets personnels ou patrimoniaux qui ne s'imposent pas quel que soit ce régime, celle qui s'impose à ces effets patrimoniaux malgré ce régime, (comme le patrimoine familial et les autres règles du régime dit «primaire») et, enfin, celle applicable à l'obligation alimentaire. En effet, les articles 3122 et 3123 C.c.Q. ont été modifiés, en y intégrant le «régime d'union» à la catégorie régime matrimonial, de même que l'article 3096 C.c.Q., relatif à l'obligation alimentaire, qui comprend maintenant le cas des conjoints unis civilement. Rappelons d'autre part que l'article 3090.1 énonce:

3090.1. L'union civile est régie, quant à ses conditions de fond et de forme, par la loi du lieu où elle est célébrée. La même loi s'applique aux effets de l'union civile, à l'exception de ceux qui s'imposent aux conjoints quel que soit leur régime d'union, lesquels sont soumis à la loi de leur domicile.

En théorie, si l'on applique littéralement l'article 3090.1, al. 2, on prolonge donc, au plan des effets non impératifs de l'union, le caractère irréaliste du rattachement du lieu de célébration. Comme nous l'exposerons plus en détail plus bas, les conjoints unis civile-

34. Nonobstant notre opinion émise dans notre commentaire de l'affaire *Palmer c. Mulligan*, (J. TALPIS et G. GOLDSTEIN, «Le droit international privé québécois des régimes matrimoniaux après l'affaire *Palmer c. Mulligan*», (1986) 89 *R. du N.* 34-80) suivie dans l'affaire *J.S.H. c. B.B.F.*, [2001] R.J.Q. 1262 (C.S.), aux par. 177 et 178.

ment au Québec auront beau faire, lorsqu'ils seront repartis, ils ne pourront certainement pas invoquer à l'étranger la loi du lieu de célébration pour obtenir chez eux des effets réels, qui dépendront, selon le système de droit international privé local, soit de la loi du domicile, soit de celle de leur nationalité. Notre loi sera ignorée et bafouée. Mais ceci est juste puisque notre règle est exorbitante.

En ce qui concerne les effets du mariage qui ne s'imposent pas indépendamment du régime matrimonial, on peut d'ailleurs se demander à quoi l'article fait référence. En effet, il ne s'agit pas du «régime d'union», puisque, nous l'avons dit, il existe à ce sujet des dispositions spécifiques, analogues à celles relatives au régime matrimonial pour les époux, ni de l'obligation alimentaire puisque l'article 3096 C.c.Q. a été modifié en ce sens. On peut aussi penser que les effets successoraux dépendront de la loi successorale puisque l'article 3099 a également été modifié dans le même but. Les autres effets du mariage, ceux du régime primaire, dépendent de la loi du domicile (comme pour les époux mariés, selon l'article 3089): or ceux-ci sont tous impératifs.

Il reste la garde d'enfant, l'autorité parentale et l'obligation alimentaire pour l'enfant, qui seraient donc régies par la loi du lieu de célébration de l'union plutôt que par la loi désignée par les règles de conflit normales (art. 3083, 3091 et 3093 C.c.Q.). Si cette nouvelle règle consacre réellement ces très mauvaises solutions, nous croyons que l'on devrait écarter systématiquement la loi du lieu de célébration au profit de la loi du domicile de l'enfant, au moyen de la clause échappatoire (art. 3082). Alternativement, on peut espérer que les tribunaux n'interpréteront pas cette règle en ce sens et qu'ils conserveront la compétence des règles de conflit normales touchant ces matières spécifiques, comme ils devraient notamment le faire en cas d'actions accessoires à la séparation de corps entre époux mariés.

Par ailleurs, le problème que l'on peut relever à propos du régime primaire est celui du facteur de rattachement du domicile (implicitement commun). S'il se justifie plutôt bien en cas de mariage, sans être exceptionnel, puisque tous ses effets en dépendent en principe, dans le cas de l'union civile, il est dérogoratoire puisque la règle générale veut que ses effets dépendent de la loi du lieu de célébration!

Voilà apparemment un pas dans la bonne direction. Mais si la loi du domicile ne connaît pas l'union civile, quel effet pourrait-elle bien lui donner? Et comment justifier cette importante dérogoration

autrement qu'en admettant implicitement que notre règle générale – la compétence de la loi du lieu de célébration – heurte de plein fouet le principe de proximité?

Les quelques exemples suivants montreront les problèmes qui peuvent se poser en pratique.

Si les conjoints sont unis civilement au Québec en conformité avec la loi québécoise, mais qu'ils sont domiciliés dans un pays ne connaissant pas ce type d'institution, comme, par hypothèse, la Thaïlande, et qu'une question de succession mobilière se pose alors que le conjoint défunt était domicilié au Japon, quel sort attend l'autre conjoint? La loi applicable à la succession mobilière est la loi japonaise du domicile du défunt. Si elle exige le statut d'époux légal pour succéder, il importe peu que, par hypothèse, la loi du domicile des époux accorde éventuellement les mêmes droits, notamment de succéder, aux couples non légalement mariés: puisque la loi du domicile ne donne pas le statut d'époux aux conjoints, la réponse à la condition exigée par la loi successorale japonaise est négative et le conjoint survivant ne pourra pas hériter.

Si l'on imagine maintenant le cas de deux personnes unies civilement au Québec, mais domiciliées en Belgique, et qu'une même question de succession se pose, alors, par hypothèse, si la loi successorale mobilière, la loi belge du domicile du défunt permet aux personnes mariées ou unies civilement de succéder, il faut aussi se poser la question préalable de la validité de leur union civile. Un juge québécois doit utiliser alors la règle de conflit de l'article 3090.1 qui donne compétence à la loi québécoise du lieu de célébration, validant l'union. Le conjoint survivant peut donc hériter. Alternativement, le juge québécois peut appliquer à la question préalable de la validité de l'union la loi interne applicable à la question principale de la succession, c'est-à-dire à la loi belge, qui, dans ce cas, peut considérer que les conjoints unis au Québec le sont valablement de manière à pouvoir succéder.

On peut encore penser à la situation mettant en cause deux personnes unies civilement au Québec alors qu'une question successorale se pose et que la loi québécoise a été valablement choisie pour gouverner la succession (le défunt était domicilié au Québec lors du décès). La loi québécoise compétente donne un droit de succession au conjoint survivant. Mais si des biens meubles ou immeubles sont situés dans un pays qui n'admet pas l'union civile, il est fort probable

que cette dévolution n'y sera pas reconnue. Dans ce cas, on pourra faire appel à l'article 3100 C.c.Q. pour effectuer un prélèvement compensatoire sur les biens situés au Québec.

2.3. La loi applicable à la dissolution de l'union civile

La règle relative à la dissolution de l'union civile se lit ainsi:

3090.2. La dissolution de l'union civile est régie par la loi du domicile des conjoints ou par la loi du lieu de la célébration de l'union. Les effets de la dissolution sont soumis à la loi qui a été appliquée à la dissolution de l'union.

En cas de conflit entre la loi du domicile et celle du lieu de célébration, laquelle appliquer? On doit logiquement comprendre que n'importe laquelle permettra cette dissolution, donc qu'il faut appliquer la loi la plus laxiste. La politique contestable choisie ici consiste à favoriser l'instabilité des couples.

Et pourquoi réintroduire au plan de la dissolution le rattachement du domicile, écarté en premier lieu pour la validité de l'union quant au fond?

De plus, cette règle pose en réalité des problèmes très complexes. Si, par exemple, des conjoints sont unis civilement au Québec et domiciliés dans un pays étranger qui reconnaît l'union civile québécoise, on peut alors admettre une dissolution de cette union soit selon la loi québécoise, soit selon la loi du domicile des conjoints. Au cas où la loi du domicile des conjoints est utilisée, il faut se demander *si celle-ci exige préalablement de reconnaître l'union* avant de la dissoudre, ce qui implique de prouver ce fait, qui dépend du contenu du droit étranger applicable à cette question préalable. Si la réponse à celle-ci est positive, la dissolution devient possible selon la loi gouvernant cette question principale, mais il faut alors transposer au Québec les formalités relatives à la dissolution du droit étranger. Cette transposition doit être effectuée, selon le cas, soit par les parties elles-mêmes soit par une autorité québécoise, selon le contenu de la loi étrangère.

Si, dans les mêmes circonstances, on veut utiliser le mode de dissolution simplifié du droit québécois du lieu de célébration, c'est à dire celui qui découle des articles 521.12 C.c.Q. à 521.19 C.c.Q., le contrat notarié doit être reçu au Québec par un notaire québécois étant donné les limites de l'article 3110 C.c.Q.

Finalement, dans l'hypothèse où une décision étrangère serait rendue en matière de dissolution d'union civile, l'article 3167, al. 2 dispose:

Dans les actions en matière de dissolution de l'union civile, la compétence des autorités étrangères n'est reconnue que si l'État connaît cette institution; elle l'est alors aux mêmes conditions que s'il s'agissait d'un divorce.

In actions relating to the dissolution of a civil union, the jurisdiction of a foreign authority is recognized only if the country concerned recognizes that institution; where that is the case, its jurisdiction is recognized subject to the same conditions as in matters of divorce.

On se trouve confronté ici à un problème d'interprétation des versions anglaise et française du texte. La version française implique de trouver un pays qui connaisse en droit interne une institution similaire à notre union civile, puisqu'on doit interpréter cette expression largement et ne pas y voir simplement la notion du droit interne québécois. En pratique, cela devrait souvent obliger les conjoints unis civilement au Québec à y revenir pour dissoudre leur union.

Mais si l'on suit la version anglaise, il suffit que le pays d'origine de la décision de dissolution *ait reconnu* l'institution soit selon son droit interne, soit selon la loi qu'il considère applicable en vertu de ses règles de conflit de lois. Dans ce cas, si cette interprétation devait prévaloir, on serait un peu plus libéral envers les conjoints, bien que ceci ne résolve pas la question de savoir si le tribunal étranger se déclarerait compétent pour statuer sur cette union étrangère, ce qui n'est pas évident.

3. Réception de l'union civile à l'étranger

Sans prétendre aucunement analyser de façon approfondie la situation dans quelques législations étrangères, on peut avancer un certain nombre d'hypothèses quant à la reconnaissance à l'étranger de notre institution afin de mieux illustrer les problèmes découlant des rattachements discutables retenus en droit québécois.

Comme nous l'avons déjà dit, le législateur a créé une règle de conflit qui soumet les conditions de fond, c'est-à-dire les qualités requises pour contracter une union civile, à la loi du lieu de célébration, contrairement au rattachement du droit québécois pour le

mariage et contrairement au droit des États soumettant cette question au statut personnel des futures parties. Il en résulte que l'union civile contractée au Québec par des personnes qui n'y seraient pas domiciliées, ou qui n'y seraient pas domiciliées et qui ne seraient pas canadiennes, devrait être sans effet dans tous les pays où la qualification «mariage» serait retenue pour cette institution inconnue du droit étranger, à condition que, dans cet État, la loi applicable pour déterminer la qualité requise pour contracter une telle relation soit celle du domicile ou de la nationalité des personnes en cause.

Par exemple, en Grèce, le mariage entre deux personnes de même sexe est interdit. La Grèce ne connaît pas l'union civile ni une institution analogue comme le partenariat du droit néerlandais. Elles y seraient donc assimilées au mariage aux fins du droit international privé grec, selon lequel la loi nationale y détermine la capacité pour contracter une telle relation. Ainsi, une union civile conclue au Québec entre deux homosexuels, dont l'un serait un ressortissant grec, ne serait pas reconnue en Grèce, et n'y empêcherait pas le mariage de l'un ou de l'autre.

De même, la loi italienne considère l'identité de sexe comme un empêchement au mariage et la loi de la nationalité des parties gouverne les conditions du mariage. Comme l'institution de l'union civile est inconnue en droit italien, la qualification de «mariage» y serait normalement retenue. En conséquence, l'union civile célébrée au Québec entre un Italien et un Canadien domicilié au Québec ne pourrait constituer un lien valable selon la loi italienne. Au contraire, sous réserve de l'ordre public, on peut penser que la loi italienne reconnaîtrait la validité d'une union civile conclue au Québec entre deux Canadiens qui y seraient domiciliés.

De la même manière, on peut croire qu'un tribunal français reconnaîtrait l'union civile entre deux homosexuels canadiens domiciliés au Québec. Il qualifierait probablement l'institution comme un mariage et appliquerait la loi nationale des conjoints, donc la loi québécoise si les citoyens étaient domiciliés au Québec, sous réserve de l'exception d'ordre public, qui ne devrait plus jouer dans la mesure où l'exigence de différence de sexe ne serait plus considérée comme une règle susceptible de faire intervenir l'ordre public international. Par contre, au cas où l'un des partenaires serait de nationalité française, l'union civile ne serait pas reconnue en France, car elle ne serait pas conforme à la loi applicable aux conditions de fond du mariage selon la règle de conflit française retenant la loi nationale.

En droit anglais, l'union civile est inconnue, tout comme les partenariats enregistrés. On peut donc estimer que dans ce système aussi notre union civile y relèverait probablement du mariage. Ainsi, si l'un des conjoints était domicilié en Angleterre lors de la conclusion de l'union civile au Québec, selon la règle de conflit anglaise relative à la capacité de se marier, retenant la loi du domicile, elle ne serait pas reconnue en Angleterre puisque, actuellement, le droit interne anglais ne connaît pas l'union civile, ni une institution assimilée et que le mariage entre homosexuels y est interdit.

Au contraire, si les deux conjoints étaient domiciliés au Québec lors de la célébration de l'union, certains auteurs seraient favorables à la reconnaissance de la validité d'une telle union en Angleterre³⁵.

De même, dans la mesure où la loi du domicile est la règle de conflit applicable à la capacité de contracter une union dans les provinces canadiennes de common law, on ne reconnaîtrait pas l'union civile au cas où, lors de la célébration au Québec, l'un des partenaires serait domicilié dans une province n'ayant pas d'institution assimilée à notre union civile.

En droit américain, une espèce récente³⁶ illustre bien les risques encourus au plan de la reconnaissance de cette institution. La cour d'appel du Connecticut, l'État du domicile de l'une des parties ayant contracté une *Civil Union* au Vermont, refusa de dissoudre cette union notamment au motif qu'elle n'était pas compétente pour juger de la dissolution d'une institution que son droit ne reconnaissait pas en premier lieu. La cour précisait à cette occasion que le Connecticut n'avait pas besoin d'adopter à cet effet une loi interdisant la reconnaissance de telles unions étant donné que ceci était «superflu». Il aurait donc fallu revenir au Vermont pour y obtenir la dissolution, à condition de pouvoir soulever la compétence de cet État, ce qui n'est possible que si l'un des conjoints réside au Vermont. En l'espèce, les conjoints résidaient au Connecticut et dans l'État de New York, ce qui posait un sérieux problème.

Conclusion

Les nouvelles règles de conflit relatives à l'union civile, supposément issues d'un louable élan de libéralisme, n'ont pas mûri suffisam-

35. Voir en ce sens: J. MURPHY, *supra*, note 4.

36. *Glen Rosengarten v. Peter Downes*, (Connecticut, AC 22253), 30 juillet 2002.

ment. Le résultat ne fait pas honneur au droit international privé québécois.

Si nos tribunaux disposent maintenant d'une nouvelle catégorie leur permettant de s'ouvrir largement à des institutions étrangères analogues aux nôtres, néanmoins, en raison de nos facteurs de rattachement déficients, leurs décisions risquent de rester lettre morte dans le milieu social habituel des personnes concernées.

Il aurait fallu, d'abord, soumettre la validité au fond de l'union civile à la loi du domicile des conjoints, ainsi que certains de ses effets, puis donner compétence exclusive à cette même loi du domicile pour la dissolution de l'union, car celle du lieu de célébration ne présente aucun rapport réel et substantiel avec ces questions, sauf, bien sûr, si elle correspond à la loi du domicile.

Étant donné les problèmes que nous avons relevés, à notre avis, au minimum, les praticiens qui seraient appelés à intervenir soit lors de la célébration de l'union civile, soit pour recevoir notamment des actes de dissolution, devraient avoir l'obligation d'informer clairement leurs clients des effets incertains qu'une telle institution peut avoir au lieu étranger où les conjoints «unis civilement» au Québec vivent habituellement.

