

--> See the **erratum** for this article

L'ABSENCE D'INTENTION CONJUGALE : MARIAGE SIMULÉ OU ERREUR SUR LA PERSONNE ?

Benoît Moore

Volume 102, Number 2, September 2000

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1046152ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1046152ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Moore, B. (2000). L'ABSENCE D'INTENTION CONJUGALE : MARIAGE SIMULÉ OU ERREUR SUR LA PERSONNE ? *Revue du notariat*, 102(2), 245–294.
<https://doi.org/10.7202/1046152ar>

Tous droits réservés © Benoît Moore, 2000

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

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

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

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

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

L'ABSENCE D'INTENTION CONJUGALE : MARIAGE SIMULÉ OU ERREUR SUR LA PERSONNE ?

Benoît Moore^{*}

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

1. L'ABSENCE PRÉTENDUE DE CONSENTEMENT : LE MARIAGE SIMULÉ

- 1.1 L'évolution du concept du mariage simulé
- 1.2 La nature juridique du mariage simulé

2. LE CONSENTEMENT VICIÉ : L'ERREUR

- 2.1 L'erreur spontanée
- 2.2 L'erreur provoquée

CONCLUSION

^{*} Avocat, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. L'auteur tient à remercier ses collègues Christianne Dubreuil et Didier Lluellas pour avoir bien voulu lire et commenter une version antérieure du présent texte. Les opinions n'engagent cependant que l'auteur.

INTRODUCTION

La nullité du mariage semble, pour plus d'un, un « non-sujet » tant pour sa clandestinité pratique que pour son manque d'intérêt théorique. Si le professeur se sent contraint d'en discuter pour prétendre à une présentation complète du mariage, la doctrine, elle, semble s'y intéresser peu. Pourtant elle est fondamentale et survit à la réalité contemporaine; la preuve en est que chaque année plusieurs décisions sont rendues en la matière¹. Même qu'en France, la doctrine constate depuis quelques années une résurgence des dossiers de nullité de mariage, particulièrement ceux célébrés en vue de naturaliser l'un des conjoints². Cette augmentation était telle dans le début des années 90 que le législateur est intervenu en 1993 avec les fameuses « Lois Pasqua » afin d'éradiquer ce phénomène en donnant, le pouvoir au Procureur de la République de former opposition à un mariage lorsqu'il a de bonnes raisons de croire son but frauduleux, et le pouvoir au ministère public de demander la nullité d'un tel mariage³.

1 Par exemples : *Droit de la famille* - 3565, J.E.2000-716 (C.S.); *G.D.G. c. P.T.T.*, [1998] R.L. 330 (C.S.); *B.Y. c. L.J.L.*, REJB 98-09878 (C.S.); *B.L. c. M.G.*, REJB 99-14939 (C.S.). Cette dernière décision a même fait la manchette des quotidiens...

2 Sur cette constatation voir : Jacques MASSIP, « Doctrine et jurisprudence », (1998) 118 *Répertoire du notariat DeFrénois* 1014, 1017; C.A. Grenoble, 3 novembre 1998, D. 1999. Somm. p. 373; Versailles, 14^e ch., 15 juin 1990, J.C.P. 1991. II. 21759, note de Florence LAROCHE-GISSEROT; Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « Jurisprudence française en matière de droit civil - Personnes et droits de la famille », (1989) *Rev. trim. dr. civ.*, 277, 290. Dans ce dernier article, l'auteure constate que, s'il y avait, entre 1967 et 1979, environ trente à trente-cinq jugements d'annulation par année, il y en avait environ 90 par année pour 1984, 1985 et 1986. Concernant les demandes en nullité religieuse, voir : Jean WERCKMEISTER, « Les procès de nullité de mariages»: quelques observations statistiques », (1994) 44, 2 *Rev. de droit canonique* 143. Dans cet article, l'auteur fait une constatation intéressante. Il observe que les États-Unis [suivis de loin par les autres pays anglosaxons - Angleterre, Canada, Australie] viennent en tête au chapitre des demandes en nullité au prorata du nombre de catholiques. Ainsi, il y a 19 procès pour 10 000 catholiques par année aux États-Unis. Le taux est de 7,5 au Canada et seulement de 0,16 en France.

3 Voir les articles 170-1; 175-1; 175-2; 184; 190-1 et 191 C.c.fr.

La nullité résiste donc à la facilitation accrue et à l'augmentation corrélatrice du divorce, bien que certains en aient douté et que, dans bien des cas, les effets pratiques des deux ordonnances puissent être les mêmes⁴. Plus encore, il est difficile de vérifier véritablement si le divorce a eu un effet réducteur sur le contentieux de la nullité⁵. S'il est raisonnable de penser qu'avant la *Loi sur le divorce* de 1968⁶, certains cas de nullité constituaient, en réalité, des divorces cachés⁷, nous devons constater qu'aujourd'hui encore « [...] le contentieux [de la nullité de mariage] n'est point du tout inactif [...] »⁸ : volonté de vengeance, peine privée, disparition symbolique psychologiquement salvatrice ou raison religieuse ? Il est difficile de trancher, mais force est de constater qu'à défaut d'être à la mode, la nullité du mariage est toujours d'actualité.

4 Nous parlons évidemment ici de la nullité civile. Quant à la nullité canonique, elle est importante puisqu'elle constitue, à l'exclusion du décès, le seul mode de dissolution du mariage et qu'elle est nécessaire à un remariage religieux. Rappelons simplement que les nullités civile et religieuse doivent être distinguées : *Bergeron c. Proulx*, [1967] C.S. 579.

5 Le professeur Bisson posait, dès 1970, la question de l'impact qu'aurait la *Loi sur le divorce* sur le contentieux des nullités de mariage. Cette loi pouvait causer soit un rétrécissement de la jurisprudence en nullité, en invoquant la possibilité d'obtenir le divorce, soit un assouplissement de cette jurisprudence en argumentant qu'il ne donnait rien de refuser la nullité prétextant une protection du mariage, si ce dernier pouvait de toute façon être dissous par le divorce : Alain-François BISSON, « Chronique de droit familial » (1970) 1 *R.G.D.* 87, 100 (l'auteur, quant à lui, espérait que les tribunaux maintiennent une jurisprudence « [...] modérément libérale et équilibrée qui permettrait de maintenir la nullité et le divorce dans leurs fonctions propres »).

6 *Loi sur le divorce*, L.C. 67-68 c.24.

7 L'impossibilité d'obtenir le divorce constituait peut-être l'une des raisons expliquant la libéralisation de la jurisprudence en matière d'erreur dans la personne : voir, au sujet de cet argument : Charles E. FLAM, « *Dame Weinstock v. Blasenstein* et le Procureur Général de la Province de Québec », (1965) 11 *McGill L.J.* 83, 85.

8 Tiré de l'excellent article du professeur Bisson dont nous avons pris connaissance après la rédaction du présent texte : Alain-François BISSON, « Sur un adage trompeur : " En mariage, il trompe qui peut" », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le faux en droit privé*, Montréal, Ed. Thémis, 2000, p.155, à la page 179 (voir les statistiques que l'auteur donne à la note 75).

Malgré cela, la doctrine ne s'intéresse que peu à la question de la nullité du mariage qui ne fait généralement l'objet que de quelques courts paragraphes dans les ouvrages. Et pourtant, cette matière ne pêche pas par excès de clarté. Par exemple, au lendemain du nouveau Code, qui comporte en cette matière des changements significatifs⁹, une certaine doctrine considère que le Code admet maintenant la nullité pour l'erreur sur les qualités substantielles de la personne ainsi que pour le dol B ce que l'ancien Code refusait B, tandis qu'une autre considère que le nouveau Code n'a rien changé au droit en vigueur et refuse encore, en principe, ces deux motifs de nullité¹⁰.

Afin d'émettre une opinion sur cette question, il a été décidé de s'inspirer de l'une des toutes premières (voire la toute première) décisions portant sur la nullité du mariage rendue sous l'empire du *Code civil du Québec*¹¹, celle-ci ayant le mérite de soulever bon nombre de questions classiques en ce domaine. En voici rapidement, en guise de toile de fond, les faits.

-
- 9 Par exemple, la disparition de l'article 148 C.c.B.C. en matière d'erreur dans la personne (nous reviendrons sur cette disparition dans notre deuxième partie).
- 10 En accord avec la première position : Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 20 et suiv.; Claire BERNARD et Danielle SHELTON (dir.), *Les personnes et les familles*, t. 2, 2^e éd., Montréal, Adage, 1995, module 2, p. 6 et suiv. En accord avec la seconde position : Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1995, p. 22 (qui relève, quant à l'erreur, la confusion existante sous l'ancien Code).
- 11 *Droit de la Famille - 2269*, [1995] R.D.F. 649 (C.S.). Le juge Guibault précise, à la page 655, qu'aux termes de l'article 31 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* (L.Q. 1992, c.57), c'est le nouveau Code qui doit s'appliquer malgré le fait que le mariage soit antérieur au 1^{er} janvier 1994. Cela est fort contestable, car l'article 31 précise seulement que l'on ne peut plus annuler un mariage antérieur à 1994 pour un motif qui n'existe plus dans le nouveau Code civil. Or, malgré la disparition formelle de l'article 148 C.c.B.C. sur l'erreur dans la personne, les motifs d'erreur et de défaut de consentement n'ont pas été supprimés dans le nouveau Code. C'est donc l'ancien Code qui aurait dû trouver application en l'espèce. Voir : Pierre-André COTÉ et Daniel JUTRAS, *Le droit transitoire - Sources annotées*, Cowansville, Éd. Yvon Blais sous l'article 31; *Droit de la famille - 3565*, J.E. 2000-716 (C.S.).

Dans cette affaire, le demandeur, âgé de 68 ans et toujours célibataire, fait publier une annonce, pour le moins imprudente, dans les journaux. Celle-ci fait état de son statut de millionnaire célibataire et a pour objet avoué la recherche d'une femme, non divorcée ou séparée, intéressée à le prendre pour légitime époux et profiter de sa fortune. En somme, on jouait à « Qui veut épouser un millionnaire ? ».

Comme on s'y attendait, l'annonce du demandeur eut un grand succès : pas moins de 52 femmes y ont répondu. Le choix du demandeur se porte sur la défenderesse qui, dans sa réponse, « [...] déclare avoir une excellente éducation ainsi qu'un bon sens des valeurs; elle ajoute qu'elle est autonome, responsable, généreuse, patiente, aimante, intelligente, organisée, propre, dévouée et qu'elle aime rendre service¹² ».

Les prétendants se rencontrent pour la première fois le 27 avril 1992. Le 4 mai de la même année, soit à peine une semaine plus tard, ils rencontrent un notaire pour discuter du contrat de mariage. Après quelque sept rencontres, les parties se marient le 1^{er} juin 1992¹³.

Après le mariage, les parties ne feront jamais vie commune. Entre mai et août 1992, le demandeur verse quelques 106 000 \$ à son épouse. En septembre 1992, la défenderesse apprend au demandeur qu'elle attend un enfant qu'elle prétend être de lui. Ce dernier, devant cette annonce et témoignant que le mariage n'a jamais été consommé, en demande la nullité¹⁴.

Au soutien de cette demande, il invoque de nombreux motifs soit : l'absence d'intention matrimoniale de la défenderesse, l'erreur dans la personne, le dol ainsi que le refus de cohabiter et de consommer le mariage¹⁵. La défenderesse, quant à elle, prétend avoir respecté ses engagements et tente de faire porter la responsabilité de l'échec du mariage à

12 *Droit de la Famille - 2269*, [1995] R.D.F. 649, 651 (C.S.).

13 Le demandeur a même refusé les dates que le curé proposait pour le mariage, au motif qu'il les trouvait trop éloignées, *Id.*, p. 650.

14 Le demandeur intente également une action en désaveu de paternité. Celle-ci sera accueillie par le juge Guibault le même jour que le jugement concernant la nullité.

15 *Droit de la Famille - 2269*, [1995] R.D.F. 649, 652 (C.S.).

l'époux qui, une fois informé de la grossesse de la défenderesse, a, sans raison valable, refusé de la revoir.

Après avoir soupesé les témoignages, le juge Guibault donne raison au demandeur : il annule le mariage et le contrat de mariage; il ordonne, en outre, à la défenderesse de remettre les sommes reçues à l'occasion et en considération du mariage [pour cause de mauvaise foi, fausses représentations et ingratitude]¹⁶. Toutefois, le juge n'accorde pas au défendeur de dommages et intérêts en motivant que l'imprudence de ce dernier est en partie la cause de ses malheurs. Il n'y aura pas réellement de retour sur les effets de la nullité, les propos se limitant au motif même de la nullité¹⁷. On tentera donc de cerner la cause juridique de la nullité du mariage, qui n'est pas clairement indiquée, en se penchant d'abord sur la notion de mariage simulé (1) puis sur la qualité du consentement (2).

1. L'ABSENCE PRÉTENDUE DE CONSENTEMENT : LE MARIAGE SIMULÉ

La nature du mariage est, depuis toujours, une question fort sensible et fort débattues : contrat mais sacrement en droit ecclésiastique¹⁸, il est contrat mais institution en droit séculier¹⁹. Malgré cette nature mixte du mariage, l'aspect contractuel étant incontestablement présent, à tout le moins en partie, le consentement a de tout temps constitué un élément fondateur du lien conjugal : consentement de la famille

16 *Id.*, p. 657.

17 Limitons-nous à relever l'absence de l'article 384 C.c.Q. dans les motifs du juge. Ce dernier, au lieu de constater qu'aux termes de cette disposition le demandeur n'a qu'à reprendre ses biens, s'évertue à ordonner un partage inégal. *Droit de la Famille - 2269*, [1995] R.D.F. 649, 657.

18 Voir entre autres : Paolo MONETA, « Les causes de nullité de mariage en droit canonique », (1989) 32 *L'année canonique* 121, 121 qui relève « [...] le sens sacré, spirituel, religieux même du mariage ».

19 Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1983, n° 23, p. 15 qui note que le mariage est un contrat dans sa formation et une institution dans ses effets. Voir également : Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris, Arthur Rousseau, 1912, p. 255 et suiv. En jurisprudence voir : *Droit de la famille - 1341*, [1990] R.D.F. 523 (C.S.); *Chisholm c. Starnes*, [1949] B.R. 577; *Yorksie c. Chaplin*, [1946] B.R. 51; *Martin c. Cruceta*, J.E. 80-725 (C.S.).

en un premier temps, puis, avec le « mariage d'amour », consentement exclusif, du moins en principe, des conjoints²⁰.

En plus d'être l'élément central du mariage, le consentement des époux est suffisant pour former le lien conjugal. Certes, le mariage-contrat est solennel et le consentement doit respecter certaines formes, mais il suffit à créer le lien du mariage : c'est le consentement et non la cohabitation qui fait le mariage : *Consensus, non concubitus, facit nuptias*. Tant le *Code civil du Québec* que le *Code civil français* et le *Code de droit canonique* expriment implicitement ce principe²¹. La cohabitation et la consommation du mariage qui, on le verra, sont des fins fondamentales du mariage²², ne sont pas pour autant la cause efficiente de ce dernier. Bien plus, ils ne constituent pas, en principe, des motifs d'annulation en droit civil²³.

20 Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *La famille*, 12^e éd., Paris, PUF, 1995, n^o 33 et suiv., pp. 72-76, particulièrement cette formule, au n^o 36 page 76 : « C'est, au fond, l'amour qui est visé dans l'article 146 ». Georges RENARD, *La théorie de l'institution*, Paris, Sirey, 1930, p. 129 et suiv. relève, que les canonistes falsaient la promotion de la théorie contractuelle du mariage afin de marquer le fait que le mariage était l'affaire des futurs époux et non un arrangement entre les familles. Voir également : Jean GAUDEMET, *Le mariage en occident*, Paris, Éditions du Cerf, 1987, p. 355 et suiv.

21 Respectivement les articles 365 C.c.Q., 146 C.c.fr. et le canon 1057. En droit canonique, il y a eu controverse sur la véritable cause efficiente du mariage : consentement seul ou union charnelle ? Aujourd'hui le consensualisme ne fait plus de doute. Voir sur cette controverse : Jacques VERNAY, « Les dissolutions du lien matrimonial en droit canonique », (1989) 32 *L'année canonique* 139, 140.

22 K. c. R., [1949] B.R. 452.

23 *Droit de la famille* - 869, [1990] R.J.Q. 2242 (C.S.); *Guibeault c. Campeau*, [1977] C.S. 717; *Leibovitch c. Beane*, [1952] C.S. 352; *Droit de la famille* - 1341, [1990] R.D.F. 523 (C.S.); *Hivon c. Gagnon*, [1962] C.S. 399; *Beaulne c. Thessereault*, [1947] C.S. 24. Le *Code civil du Bas Canada* prévoyait, à l'article 117, que l'impuissance, dans certaines circonstances, pouvait être cause de nullité.

En droit canonique la non-consommation constitue une cause de nullité du mariage. C'est le canon 1061 qui fait de la consommation un élément central du mariage. Mais le canon 1142 précise que la non-consommation de l'union ne sera cause de nullité qu'en cas de preuve d'une juste cause. Sur cette notion, voir : Jacques VERNAY, « Les dissolutions du lien matrimonial en droit canonique », [1989] 32, *L'année canonique*, 139, 144 (également voir, aux pages 145 et suiv., la controverse sur le principe que la consommation rend indissoluble l'union). Par ailleurs, l'impuissance antécédente et perpétuelle constitue un empêchement au mariage et est donc cause de nullité : canon 1084 parag. 1. Le paragraphe troisième de ce même canon précise que la simple stérilité n'est cause de nullité qu'en cas de dol au sens du canon 1098. Nous y reviendrons.

Il est donc évident, à propos du mariage, ainsi qu'à l'instar des autres contrats, que le consentement doit exister, c'est-à-dire émaner d'une personne apte, et qu'il doit être réel et sérieux²⁴. Une fois la question de l'aptitude à consentir est mise de côté, l'existence du consentement nous amène à discuter de la notion du mariage simulé, ou fictif ou encore du «mariage en blanc».

En l'espèce, le demandeur n'invoque pas lui-même spécifiquement la notion de mariage simulé. C'est le juge qui, sous le motif de l'absence de consentement de la défenderesse, soulève cette question. Il cite alors l'ouvrage de Bernard et Shelton selon lequel un mariage où l'intention de vivre maritalement fait défaut constitue un mariage simulé²⁵. Puis, il fait état de la jurisprudence selon laquelle lorsque les deux conjoints sont de mauvaise foi (stratagème concerté) les tribunaux refusent la nullité, alors que lorsqu'une des deux parties est de bonne foi, ils l'accordent. Le présent cas implique de façon évidente le deuxième scénario. Le juge Guibault reste ambigu sur le sort qu'il accorde à l'argument, mais force est de constater qu'il semble en faire l'application. On lit en effet : «Ainsi, on peut également interpréter ce mariage comme un mariage simulé où M.T. était de bonne foi et où Mme G. de son côté, n'entendait que profiter de la naïveté de monsieur pour l'exploiter et lui soutirer des sommes substantielles sans avoir la moindre intention de cohabiter avec lui»²⁶. Est-ce là une application légitime de cette notion ? C'est ce qui sera déterminé en présentant l'évolution de cette notion (1.1), pour ensuite en étudier sa nature juridique (1.2).

24 Claire BERNARD et Danielle SHELTON (dir.), *Les personnes et les familles*, t. 2, 2^e éd, Montréal, Adage, 1995, module 2, p. 7; Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1983, note 18, p. 25. Il est intéressant de noter que la condition d'existence du consentement revêt une réalité particulière en matière de mariage. En effet, les auteurs insistent beaucoup plus sur l'aspect sérieux ou réel du consentement que le font les auteurs traitant de la théorie générale des contrats qui, quant à eux, insistent presque qu'exclusivement sur la question de la capacité – ou de l'aptitude – à contracter.

25 *Droit de la famille* – 2269, [1995] R.D.F. 649, 654.

26 *Droit de la famille* – 2269, [1995] R.D.F. 649, 654, 655.

1.1 L'évolution du concept de mariage simulé

La jurisprudence a eu à faire face, dès l'adoption du *Code civil français*, à des mariages dont le but n'était pas nécessairement, ou n'était pas uniquement, de former un couple de façon indissoluble. La jurisprudence utilisa rapidement l'expression « mariage simulé » pour illustrer ce phénomène. En fait, selon la professeure Foulon-Piganiol, cette expression est apparue pour la première fois dans une décision de la Cour d'Aix en 1813²⁷. Selon cette auteure, les tribunaux se préoccupaient dans un premier temps de l'aspect frauduleux du comportement des époux et ils cherchaient à savoir si les parties avaient eu l'intention « [...] de frauder la loi en se soustrayant à l'application d'une règle obligatoire »²⁸. Si tel était le cas, la solution s'imposait : le mariage était maintenu mais l'avantage obtenu par celui-ci, par exemple la nationalité, lui était retiré²⁹.

Puis, les tribunaux se sont préoccupés du consentement des parties. Le mobile spécifiquement visé, extérieur au cadre traditionnel du mariage, compromettrait-il la validité voire l'existence même du consentement, ce qui aurait comme conséquence d'entraîner la nullité du mariage ? Si une certaine jurisprudence pouvait conclure à la validité du consentement³⁰, le courant majoritaire la condamnait : on considérait qu'il était vicié³¹, ou l'on estimait qu'il était inexistant pour défaut d'intention matrimoniale³².

27 Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, « Le mariage "simulé" », (1960) *Rev. trim. dr. civ.*, 217, 221.

28 *Id.*, 222.

29 *Id.*, 222-224; Guy RAYMOND, *Jurisclasseur périodique*, V^o Mariage, n^o 75.

30 Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, « Le mariage "simulé" », (1960) *Rev. trim. dr. civ.* 217, 225. Cette validité du consentement est tirée du caractère d'ordre public du mariage, mais également du fait que la solennité qui entoure l'échange des consentements crée une forte présomption d'existence : Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *La famille*, 12^e éd., Paris, PUF, 1995, n^o 37 p. 78; André MOREL, « De l'objet du consentement matrimonial », (1951-52) *Thémis*, 134, 140.

31 Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, « Le mariage "simulé" », (1960) *Rev. trim. dr. civ.*, 217, 225, 226. Voir l'opinion de la professeure Ouellette, pour laquelle il y a erreur sur l'objet : Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1995, p. 23.

32 Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, « Le mariage "simulé" », (1960) *Rev. trim. dr. civ.*, 217, 226-228; Guy RAYMOND, *Jurisclasseur périodique*, V^o Mariage, n^o 76 (et les références citées). Nous reviendrons sur la nature juridique du mariage simulé à la section 1.2.

C'est cette dernière voie que la Cour de cassation va suivre en 1965, dans le très célèbre arrêt *Appietto*, tout en y ajoutant une distinction. Cette décision portait sur une demande en nullité d'un mariage qui avait été contracté dans le **seul et unique but** de légitimer un enfant naturel. La Cour refuse d'accorder la nullité au motif que « si le mariage est nul, faute de consentement, lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale, il est au contraire valable lorsque les conjoints ont cru pouvoir limiter ses effets légaux, et notamment n'ont donné leur consentement que dans le but de conférer à l'enfant commun la situation d'enfant légitime; [...]»³³. La Cour ajoute que le désir de légitimer un enfant constitue l'une des raisons majeures de l'institution du mariage.

Les opinions des auteurs ont été partagées quant à l'interprétation à donner à cet arrêt. Certains ont pensé qu'il s'agissait là d'un retour à la jurisprudence du XIX^e siècle qui refusait d'annuler un tel mariage³⁴. Ce n'est par ailleurs ni l'opinion majoritaire, ni la nôtre. Cette décision vient simplement préciser ou, à la rigueur, limiter ce qui constitue un mariage simulé : n'est simulé que le mariage dont le but visé est « [...] étranger aux finalités normales du mariage [...]»³⁵; ou encore, le mariage simulé est celui dont le seul et unique effet désiré est **secondaire** au mariage, c'est-à-dire que l'effet voulu n'est pas spécifique à l'union matrimoniale et n'en est pas une conséquence nécessaire³⁶. Dans ces cas, le mariage est nul pour absence d'intention matrimoniale³⁷. Dans les autres

33 Civ. 1^{re}, 20 novembre 1963, D. 1963, p. 465, note RAYMOND. Pour des cas québécois de mariage légitimant, voir : *Kemsies c. Field*, (1946) C.S. 232; K. c. R., [1949] B.R. 452 [dont les motifs préfigurent l'arrêt *Appietto*].

34 Voir, au sujet de cette opinion : Guy RAYMOND, *Jurisclasseur périodique*, V^o Mariage, n^{os} 78-79. Le professeur Raymond réfère entre autre au commentaire que fait Madame Foulon-Piganiol de l'arrêt *Appietto* (D. 1965. 1. 9). Selon elle, la solution de la Cour de cassation reviendra, dans les faits, à la thèse qu'elle soutenait dans son article déjà mentionné, soit que le mariage doit demeurer valide, seule l'entente sur la limitation de ses effets devant être annulée.

35 Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Dalloz Action - Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, n^o 122.

36 Guy RAYMOND, *Jurisclasseur périodique*, V^o Mariage, n^o 80.

37 Absence d'intention matrimoniale qui sera prouvée par la preuve du comportement des parties avant et après l'union : *id.*, n^o 81.

situations, comme dans l'affaire *Appietto*, le mariage est valide malgré le côté restrictif de sa motivation. Cependant, il produira tous ses effets, la limitation conventionnelle de ceux-ci soit d'ordre public étant impossible³⁸.

Cette solution originale de la Cour de cassation, qui est encore retenue aujourd'hui, n'a pu éviter les critiques de la doctrine. Ainsi, on soulève le caractère artificiel de la distinction entre l'effet étranger et l'effet légal du mariage, puisque dans ces deux cas, les époux n'ont pas voulu intégrer l'union conjugale telle que réglementée par la loi³⁹. En effet, même lorsque l'effet visé est partie intégrante de l'union conjugale, il reste néanmoins que les parties n'ont « pas vraiment voulu se marier, puisque se marier est vouloir constituer une union durable »⁴⁰; ce qui, admettons-le, est nécessairement nié par la volonté d'obtenir un effet ponctuel, même si celui-ci est typique du mariage. Également, on reproche la difficulté pratique de distinguer l'effet principal de l'effet secondaire, ainsi que le principe même de maintenir le mariage comme une peine privée⁴¹.

38 C'est là une reconnaissance à tout le moins partielle de la thèse du mariage à effet limité de Madame Foulon-Piganiol, Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, « Le mariage "simulé" », (1960) *Rev. trim. dr. civ.*, 217.

39 Alain BÉNABENT, *Droit civil - La famille*, 8^e éd., Paris, Litec, 1997, n° 81, p. 78. On reviendra plus loin sur le contenu du consentement conjugal, mais précisons dès maintenant que c'est là une difficile question, particulièrement parce qu'il faut bien admettre que chacun se marie pour des raisons plus ou moins distinctes et plus ou moins précises : dans tout mariage il y a une part de « mariage calcul » [expression puisée dans Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Droit civil - La famille*, 5^e éd., Paris, Cujas, 1995, n° 169, p. 92. Pour ces auteurs, il y a trois groupes de mariage simulé : le mariage légitimant; le mariage naturalisant et le mariage calcul [pour tout autre avantage tel, au Québec, des avantages en matière de prêts et bourses]. Nous devons admettre que le mariage légitimant a perdu aujourd'hui de son intérêt. Par conséquent, on peut se demander quel est maintenant l'impact réel de la décision *Appietto*. Contrairement à la professeure Foulon-Piganiol qui soutenait que la décision aurait pour effet de rendre tous les mariages simulés valides, ne pouvons-nous pas soutenir que c'est précisément l'inverse qui s'est produit ?

40 Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Droit civil - La famille*, 5^e éd., Paris, Cujas, 1995, p. 92.

41 Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil - Les personnes*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1976, n° 73 bis, p. 83; Alain BÉNABENT, *Droit civil - La famille*, 8^e éd., Paris, Litec, 1997, n° 81, p. 78; Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1983, n° 40, pp. 27-28.

Au Québec, l'ensemble des auteurs voit dans le mariage simulé un problème touchant à l'inexistence du consentement ou, plus spécifiquement, à son caractère non réel ou non sérieux⁴². La sanction devrait alors aller de soi : la nullité du mariage, avec application de l'article 116 C.c.B.C.⁴³. Par ailleurs, les auteurs Castelli et Dallard, après une étude de la jurisprudence, constatent que celle-ci est plus nuancée quant à la sanction à réserver au mariage simulé⁴⁴. Selon leur compréhension du *corpus* jurisprudentiel, les tribunaux accordent la nullité du mariage uniquement lorsqu'une seule personne « simule » le mariage. Lorsque les deux parties sont complices du stratagème, les tribunaux refusent la nullité⁴⁵. Ces mêmes auteurs soulèvent également l'hypothèse où aucun effet du mariage ou un seul effet extérieur à celui-ci n'aurait été voulu par les époux [distinction de l'arrêt *Appietto*]; bien qu'ils admettent la difficulté de reconnaître la validité d'un tel mariage, ils écartent la nullité en application de l'adage selon lequel « nul ne peut invoquer sa propre turpitude⁴⁶ ». Examinons donc la jurisprudence québécoise en ce domaine.

Nous avons relevé huit décisions qui concernent des cas de mariage simulé par la complicité des deux conjoints, dont six peuvent nous éclairer sur l'attitude des tribunaux en cette

42 Claire BERNARD et Danielle SHELTON (dir.), *Les personnes et les familles*, t. 2, 2^e éd., Montréal, Adage, 1995, module 2, p. 9; Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 18; Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1995, p. 18; Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1983, n° 40 p. 27.

43 Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1983, n° 40, pp. 27-28.

44 Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, pp. 18 et 19. Extrait repris dans la décision commentée à la page 655.

45 En France on semble s'attarder principalement au mariage simulé par les deux parties, même si cela ne semble pas une condition *sine qua non* pour utiliser le vocable de mariage simulé : Alain BÉNABENT, *Droit civil - La famille*, 8^e éd., Paris, Litec, 1997, n° 81, p. 78; Guy RAYMOND, *Jurisclasseur périodique*, V° Mariage, n° 110 (implicitement). Nous y reviendrons.

46 Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 19. Nous reviendrons sur cet argument dans la section 1.2.

matière⁴⁷. Dans deux de ces décisions le tribunal ordonne la nullité du mariage pour défaut de consentement,⁴⁸ alors que dans les autres le tribunal refuse cette nullité au motif que nul ne peut invoquer sa fraude⁴⁹, ou encore que le consentement a été donné légalement et en toute connaissance de cause⁵⁰. Enfin, une décision de la Cour du Banc du Roi, dans une affaire concernant un mariage contracté dans le but de légitimer un enfant naturel, refuse la nullité pour des motifs qui ont un lien de parenté manifeste avec la décision *Appietto*. On peut en effet y lire « [...] qu'il faut tenir pour valide le mariage dès que les parties en ont voulu le moindre des effets, dès qu'elles ont vu, dans cette grande institution, un avantage qui ne soit pas contraire aux bonnes moeurs, à l'ordre public⁵¹ ».

Malgré le faible nombre de causes et la diversité d'opinions s'y retrouvant, on décèle tout de même une tendance certaine à refuser la nullité du mariage de même qu'une divergence entre les solutions jurisprudentielles française et québécoise⁵². Ainsi, si l'on procède selon la division des trois types de mariage simulé, on constate qu'au Québec le mariage-calcul a été confirmé, un mariage-légitimant sur deux a été

47 Nous laissons de côté l'affaire *Puetter c. Singh*, J.E. 78-715 (C.S.) dont les faits particuliers justifiaient une nullité fondée sur la crainte. Nous évinçons également l'espèce *Droit de la famille - 1036*, [1986] R.D.F. 429 (C.S.). Cette décision porte sur un mariage naturalisant. Le juge applique l'article 424 C.c.Q. (1980) et annule le mariage. Cette disposition, qui n'a jamais été en vigueur, pour des motifs évidents de constitutionnalité, prévoyait la nullité du mariage valide dans sa forme mais contracté « sans l'intention d'assumer les obligations du mariage [...] ». L'alinéa second de cet article prévoyait que l'on ne pouvait plus attaquer le mariage après une cohabitation d'au moins un an. Cette disposition n'a pas été reprise dans le *Code civil du Québec*.

48 *Kemsies c. Field*, [1946] C.S. 232 (mariage légitimant); *Ovadia c. Basette*, [1954] C.S. 337 (mariage naturalisant; le tribunal annule le mariage sous le visa des articles 116 et 148 C.c.B.C.).

49 *Droit de la famille - 2278*, [1995] R.D.F. 692 (C.S.) (mariage calcul : prêts et bourses).

50 *Langlais c. Exama*, [1980] C.S. 351 (mariage naturalisant); *Karib c. Shawhan*, J.E. 78-568 (C.S.) (mariage naturalisant; le tribunal utilise également le principe selon lequel nul ne peut invoquer sa propre turpitude).

51 *K. c. R.*, [1949] B.R. 452 (décision rendue plus de 15 ans avant l'affaire *Appietto*).

52 Sous la réserve, à la rigueur de l'affaire *K. c. R.* [1949] B.R. 452 [dont les propos que nous avons cités plus haut ne semblent pas avoir réellement eu d'écho en jurisprudence].

annulé ainsi qu'un mariage naturalisant sur trois. Rappelons qu'en France, aux termes de l'arrêt *Apietto*, le mariage légitimant visant un effet légal, principal, du mariage n'est pas sanctionné de nullité, alors que celui visant un effet étranger, tel le mariage naturalisant, doit, en principe, être annulé⁵³.

En ce qui concerne les cas où une seule partie participait à la simulation, nous retenons cinq décisions⁵⁴. De ces cinq décisions, quatre ordonnent la nullité⁵⁵ et une seulement la refuse⁵⁶. Par ailleurs, il est très intéressant de noter que seule l'affaire *Dubé* fonde la nullité du mariage sur le mariage simulé⁵⁷. Les trois autres décisions, où l'on ordonne la nullité,

53 Voir, entre autres : Grenoble, 3 nov. 1998. D. 1999. Somm. 373; Guy RAYMOND, *Jurisclasseur périodique*, V° Mariage, n° 82 et suiv.; Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Dalloz Action - Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, n° 191. Toutefois une certaine jurisprudence maintient le mariage et prive le conjoint de la nationalité : Philippe JESTAZ, « Faux et détournement d'institution en droit français », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le faux en droit privé*, Montréal, Ed. Thémis, 2000, p.1, à la page 22.

54 À ces cinq décisions, nous pouvons en ajouter trois autres qui concernaient des situations semblables mais qui, par leurs faits particuliers, justifient un traitement séparé : *Droit de la famille - 2254*, [1995] R.D.F. 556 (C.S.) (la juge discute de l'erreur et du mariage simulé, mais refuse finalement la nullité pour défaut de preuve); *Martin c. Cruceta*, J.E. 80-725 (C.S.) (le juge discute de l'erreur, mais refuse ce motif pour un manque de preuve); *Droit de la famille - 3320*, B.E. 99-631 (C.S.).

55 *Lanzetta c. Falco*, [1962] C.S. 593 (mariage naturalisant). On utilise l'article 116 C.c.B.C., mais le juge précise également que la demanderesse s'est faite induire en erreur; *G.D.Q. c. P.T.T.*, [1998] R.L. 330 (C.S.) (mariage naturalisant); *B.Y. c. L.J.L.*, REJB 98-09878 (C.S.) (mariage naturalisant); *Dubé c. Ouellet*, [1966] C.S. 16. Voir, sur ce motif : Claire BERNARD et Danielle SHELTON (dir.), *Les personnes et les familles*, t. 2, 2^e éd., Montréal, Adage, 2^e éd, 1995, module 2, p. 8.

56 *Droit de la famille - 1280*, [1989] R.D.F. 634 (C.S.) (mariage naturalisant).

57 La distinction entre les cas de simulation concertée et de simulation « unilatérale » semble d'ailleurs provenir de ce jugement. Voir *Dubé c. Ouellet*, [1966] C.S. 16, 24 (absence d'intention conjugale « générique »). C'est cette décision (ainsi que *Kemsies c. Field*, [1946] C.S. 232, qui concerne par ailleurs un mariage simulé « concerté ») que les auteurs Castelli et Dallard citent au soutien de leur analyse de la jurisprudence concernant le mariage simulé unilatéral. Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 18.

la fondent plutôt sur l'erreur. De même, la seule décision rejetant la nullité porte également sur l'erreur; le juge y refuse la nullité au motif qu'il y avait une simple erreur sur les intentions du conjoint. Il semblerait donc qu'il y ait une tendance très nette, en jurisprudence, vers la restriction de la notion de mariage simulé aux seuls cas de simulation concertée⁵⁸. La décision commentée illustre également cette réalité puisque le juge, face à une «simulation unilatérale», hésite entre l'erreur et le mariage simulé comme motif de nullité. En France, on observe une telle tendance à traiter de ces cas sous l'angle de l'erreur⁵⁹.

Après avoir exposé l'évolution de la notion de mariage simulé et avoir relevé la tendance à traiter le mariage simulé «unilatéral» sous l'angle du vice de consentement, voici maintenant la difficile question de la nature juridique du mariage simulé.

1.2 La nature juridique du mariage simulé

Il est particulièrement délicat de déterminer la nature juridique du mariage simulé et, plus spécifiquement, la source de nullité d'un tel mariage. Il n'est donc pas surprenant de voir plusieurs justifications possibles⁶⁰, dont les plus intéressantes seront présentées.

58 On peut également signaler une décision où le juge Senécal, face à une absence de volonté de cohabitation fonde la nullité tant sur l'absence d'intention que sur l'erreur : *Droit de la famille* - 2161, [1995] R.D.F. 237 (C.S.) (absence d'intention conjugale sans motif spécifique).

59 Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Dalloz Action - Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, n° 197; Guy RAYMOND, *Jurisclasser périodique*, V° Mariage, n° 110 (qui critique cette solution; selon lui, c'est l'absence de consentement qui doit être la source de nullité); Jean HAUSER, « Chronique jurisprudentielle », (1993) *Rev. trim. dr. civ.*, 563 et (1994) *Rev. trim. dr. civ.*, 73, 80; et, par extension : Trib. gr. inst. du Mans, 7 déc. 1981, J.C.P.II.20573, note Jean-Jacques LEMOULAND.

60 Encyclopédie Dalloz, t. 7, V° Mariage, n° 96 et suiv.; Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, « Le mariage "simulé" », (1960) *Rev. trim. dr. civ.*, 217, 235 et suiv. Ces justifications sont au nombre de cinq : l'abus de droit, la simulation, le défaut de consentement, les vices du consentement et la fausse cause.

La première explication avancée est celle qui a donné son nom à la notion : la simulation. Rappelons que la simulation consiste, pour les contractants, à « [...] cacher aux yeux des tiers leur volonté contractuelle réelle, derrière un acte apparent qui la contredit, la modifie ou en change les effets⁶¹ ». Il y a alors deux actes distincts : l'acte apparent « [...] qui représente ce que les parties veulent faire croire aux tiers [...]»⁶² et l'acte secret ou contre-lettre. Dans notre problématique, l'acte apparent est le mariage et la contre-lettre, l'entente entre les parties aux fins de limiter ce mariage a certains effets.

Cette justification est, avec raison, fortement contestée par les auteurs⁶³. Rien en fait ne permet de traiter la situation du mariage « simulé » comme étant une réelle simulation au sens juridique du terme. Cette impossibilité est, en fait, inhérente à la nature même du mariage. Celui-ci, mi-contrat, mi-institution, est sans nul doute un acte-condition, c'est-à-dire un acte juridique dont la volonté se limite à déclencher des effets de droit. Le cadre normatif de l'acte est prédéterminé par la loi. De plus, et surtout, ce cadre est impératif; on ne peut admettre que les parties limitent, par un acte occulte, ce qui ne peut l'être⁶⁴. D'ailleurs, aux termes même des règles de la simulation, la contre-lettre étant, dans notre cas, frauduleuse et contraire à l'ordre public, elle serait nulle ainsi que l'ensemble de l'opération⁶⁵. Or, si l'on recourt à la simulation, ce n'est certes pas pour arriver à un tel résultat, mais bien pour rendre l'acte caché efficace entre les parties ce qui ne peut être le cas ici puisqu'il est illicite et rendre l'acte apparent inopposable aux tiers, ce qui, avouons-le, en notre matière, est une conséquence absurde⁶⁶. En dernière analyse, cette explication ne peut être retenue et on doit admettre que l'utilisation

61 Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998, n° 489, p. 394.

62 *Id.*

63 Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, « Le mariage "simulé" », (1960) *Rev. trim. dr. civ.*, 217, 232; Jean-Denis BREDIN, « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », (1956) *Rev. trim. dr. civ.*, 261, 273.

64 Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, « Le mariage "simulé" », (1960) *Rev. trim. dr. civ.*, 217, 232.

65 Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998, n° 495, p. 397; Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *La famille*, 12^e éd., Paris, PUF, 1995, n° 27, p. 64.

66 Encyclopédie Dalloz, t. 7, V° Mariage, n° 97.

du terme « simulé » en est une de pure forme; il doit être pris dans son sens commun et non juridique⁶⁷. Malgré ce constat, nous utiliserons également, pour la commodité, l'expression consacrée de « mariage simulé ».

La deuxième justification, plus fréquemment défendue, est l'absence de consentement au mariage. Elle est retenue au Québec⁶⁸, et semble rallier la majorité des auteurs français, particulièrement séduits par sa simplicité⁶⁹. Il y aurait absence de consentement dans la mesure où les conjoints n'ont pas voulu intégrer le lien conjugal. Comme on a pu l'écrire, « [c]'est le vide du "oui", formellement prononcé, qui fait l'absence du consentement, ou plus exactement, c'est parce que le "oui" est vide de toute intention conjugale que le mariage est pure apparence, union fictive, simulacre, mariage sans consentement⁷⁰ ». Même aussi populaire qu'elle soit, cette justification n'est pas à l'abri de toute critique.

Certains ont fait valoir que non seulement le consentement existe mais, plus encore, du fait qu'il est entouré d'importantes solennités, il en acquiert une force supplémentaire. Il peut en effet « [...] paraître déraisonnable de supposer que des consentements ainsi échangés face à un organe de l'État puissent ne pas être sérieux⁷¹ », surtout lorsque l'on considère que de telles formalités

67 Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, « Le mariage "simulé" », (1960) *Rev. trim. dr. civ.*, 217, 233.

68 Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1983, note 18, p. 25; Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 18; Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1995, p. 18; Claire BERNARD et Danielle SHELTON (dir.), *Les personnes et les familles*, t. 2, 2^e éd., Montréal, Adage, 1995, module 2, p. 8; *Kemsies c. Field*, [1946] C.S. 232; *Ovadia c. Basette*, [1954] C.S. 337. Voir également l'article 424 C.c.Q. (1980) [jamais mis en vigueur] qui référerait à l'absence d'intention conjugale.

69 Encyclopédie Dalloz, t. 7, V^o Mariage, n^o 98 (et les références citées).

70 Gérard CORNU, « Centenaire », D. 1959. Ch. XXXII, p. 215, à la note 3. Ce serait alors l'article 146 C.c.fr, qui exige la présence du consentement, qui sanctionnerait le mariage de nullité. Au Québec, sous l'ancien Code, c'était l'article 116 C.c.B.C. qui jouait ce même rôle. Dans le *Code civil du Québec*, l'article 365 est celui qui s'applique tant pour l'inexistence du consentement que pour le consentement vicié.

71 Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *La famille*, 12^e éd., Paris, P.U.F., 1995, n^o 37, p. 78. Sur ce sujet voir : André MOREL, « De l'objet du consentement matrimonial », (1951-52) *Thémis*, 134, 140 qui réfère au principe du droit canonique, prévu au canon 1101 voulant que le consentement interne soit présumé conforme au consentement exprimé, à moins d'une preuve contraire.

sont mises en place précisément dans le but d'insister sur l'importance de l'acte posé, et donc du consentement exprimé, afin, non seulement de protéger les conjoints contre eux-mêmes, mais également de protéger la société et l'institution du mariage contre des consentements frivoles ou frauduleux⁷². D'ailleurs, il est intéressant de noter qu'accepter de remettre en cause l'existence du consentement et du mariage au simple motif qu'il est non sérieux serait, d'une manière, où on a toujours voulu restreindre les nullités afin de protéger l'institution, faire prédominer d'une façon unique en droit civil, la volonté interne sur la volonté déclarée⁷³. On a pu ainsi proposer de rejeter la justification de l'absence de consentement en distinguant le consentement à l'acte créateur lui-même, qui ne fait aucunement défaut, du consentement à l'état matrimonial qui, lui, ferait absolument défaut⁷⁴. Pour reprendre l'idée du professeur Cornu, explicitée plus haut : le « oui » formellement exprimé existe malgré le vide de son contenu. Cet argument est d'autant plus défendable que nous nous trouvons face à un acte-condition⁷⁵, un acte dans lequel la volonté joue un rôle de déclencheur d'effets légaux et non un rôle de créateur d'effets volontaires, où l'acte de prévision est d'autant plus fort qu'il est aisé. Par analogie, comment pourrions-nous accepter qu'un homme qui a volontairement reconnu son enfant, oppose après coup que son intention n'avait qu'un but fiscal et ne s'étendait aucunement à l'obligation alimentaire.

-
- 72 Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, « Le mariage "simulé" », (1960) *Rev. trim. dr. civ.*, 217, 239.
- 73 Le professeur Rieg note d'ailleurs, dans sa très célèbre thèse, que le droit allemand donne beaucoup plus d'importance que le droit français à la volonté interne en matière de mariage alors que dans la théorie générale du contrat c'est l'inverse qui prévaut : Alfred RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 120 et suiv. (pour l'erreur) et 158 et suiv. (pour le dol).
- 74 Voir, sur cette argumentation : Encyclopédie Dalloz, t. 7, V^o Mariage, n^o 98; Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, « Le mariage "simulé" », (1960) *Rev. trim. dr. civ.*, 217, 238.
- 75 Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, *La règle de droit - L'acte juridique en tant qu'acte de volonté*, Paris, Ancienne librairie Fontemoing et Cie, 1921, p. 222. Sur la notion d'acte-condition, voir : Benoît MOORE, « De l'acte et du fait juridique ou d'un critère de distinction incertain », (1997) 31 *R.J.T.* 277.

Plus encore, la professeure Foulon-Piganiol fait justement remarquer que le «oui» n'est jamais totalement vide. Même dans un mariage simulé les parties chercheront toujours un effet du mariage aussi secondaire puisse-t-il paraître. À l'inverse, dans tout mariage, aussi romantique soit-il, il y aura toujours la présence d'un certain calcul⁷⁶. Il devient alors fort difficile «[...] de pénétrer ainsi les consciences pour vérifier les intentions inexprimées»⁷⁷. On revient donc à la critique que la doctrine oppose à la solution de l'arrêt *Appietto*. Comment distinguer ce qui est étranger au mariage de ce qui ne l'est pas. Plus grave encore, comment déterminer ce qui constitue le consentement à l'union matrimoniale. Est-ce la cohabitation, la consommation, la procréation, etc.? « Boire, manger, coucher ensemble » aurait dit Loysel. Pour le professeur Cornu, l'engagement du mariage comporte deux points principaux soit l'engagement conjugal, qui consiste à vivre ensemble pour la vie, et l'engagement parental⁷⁸. Mais alors comment expliquer que le droit français accepte le mariage *in extremis* où, par définition, ces éléments font défaut⁷⁹, ou pire encore, que ce même droit français accepte, à l'article 171 C.c.fr., la célébration d'un mariage à titre posthume⁸⁰. Il devient alors inévitable, afin de distinguer

76 Versailles, 14^e ch., 15 juin 1990, J.C.P. 1991. II. 21759 (voir la note de la professeure Florence LAROCHE-GISSEROT au n° 9); Jean HAUSER, « Jurisprudence française en matière de droit civil », (1999) *Rev. trim. dr. civ.*, 605.

77 Claude-Isabelle FOULON-PIGANIOL, « Le mariage "simulé" », (1960) *Rev. trim. dr. civ.*, 217, 239.

78 Gérard CORNU, *Droit civil - La famille*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 1996, n° 158 et suiv., p. 226 et suiv. En droit canonique, le Code précise, au can. 1096, ce que l'on doit entendre par consentement au mariage.

79 Art. 75 et 169 C.c.fr. (implicitement). Voir Guy RAYMOND, *Jurisclasser périodique*, V° Mariage, n° 71. Au Québec, une telle possibilité existe également à l'article 370 C.c.Q. : Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1995, p. 33. Voir également André MOREL, « De l'objet du consentement matrimonial », (1951-52) *Thémis* 134, 136.

80 Ce mariage doit être autorisé par le président de la République et ne peut l'être que lorsque le décès de l'un des époux survient « après l'accomplissement de formalités officielles marquant sans équivoque son [le défunt] consentement ». Voir Guy RAYMOND, *Jurisclasser périodique*, V° Mariage, n° 48. Le professeur Jestaz dit du mariage posthume qu'il est un « faux mariage organisé par la loi » : Philippe JESTAZ, « Faux et détournement d'institution en droit français de la famille », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le faux en droit privé*, Montréal, Ed. Thémis, 2000, p.1, à la page 23.

un mariage simulé d'un mariage *in extremis* ou de tout autre mariage qui serait, au moins en partie, motivé par un « calcul »⁸¹ de sonder les mobiles internes, voire les sentiments des conjoints⁸². On entre alors là dans une zone grise et on réalise, quoique l'on aurait pu penser, combien il est difficile de déterminer dans une situation particulière si le consentement est véritablement inexistant⁸³.

Devant cette difficulté, le professeur Hauser propose de faire de l'absence de cohabitation, critère objectif, l'élément déterminant du mariage simulé⁸⁴. Ce critère a été aussitôt contesté pour sa rigidité, voire pour son aspect réducteur. On lui oppose que plusieurs couples « [...] cohabitent peu sans que les liens conjugaux soient nécessairement rompus »⁸⁵ et qu'il est fort aisé pour un couple de simuler, pour une période plus ou moins longue, une cohabitation. Cette critique, sans être fausse, nous semble excessive. Il ne faut pas confondre cohabitation et vie commune. La distinction est trop bien connue en droit québécois pour en dissenter longuement. L'article 82 C.c.Q. prévoit explicitement que les conjoints peuvent avoir un domicile distinct sans pour autant porter atteinte à la vie commune. Cette communauté de vie n'est pas que matérielle; elle comporte également un aspect intentionnel⁸⁶. Il s'agit alors de voir les propos du professeur Hauser de façon moins stricte, moins matérielle. Mais ne

81 Pour le Doyen Cornu, le « oui » ne peut être réellement vide que s'il dépend « [...] d'une raison absolument étrangère aux fins essentielles du mariage [...] » et que cette « cause étrangère [a] été l'unique cause du mariage »: Gérard CORNU, « Centenaire », D. 1959. Ch. XXXII, à la note 3.

82 Jean HAUSER, « Jurisprudence française en matière de droit civil », (1999) *Rev. trim. dr. civ.*, 605-606.

83 Certains voient dans le mariage simulé, un vice du consentement plutôt qu'une absence de consentement. Voir, : Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1995, p. 23.

84 Voir la note du professeur Hauser sous Versailles, 14e ch., 15 juin 1990, D. 1991. I. 268, 270. Le professeur Carbonnier propose quant à lui qu'une preuve de cohabitation pendant un certain temps puisse couvrir le mariage simulé, Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *La famille*, 12^e éd., Paris, P.U.F., 1995, n° 37, pp. 78-79. C'était là la solution retenue par l'article 424 C.c.Q. (1980) qui prévoyait qu'en cas d'absence « d'intention d'assumer les obligations du mariage », la nullité n'était plus ouverte après une cohabitation d'un an.

85 Note de la professeure Laroche-Gisserot sous le même arrêt : J.C.P. 1991. II. 21759, au n° 10.

86 Voir : *Droit de la famille - 117*, [1986] R.J.Q. 638 (C.A.); *Desmeules c. Bolduc*, [1972] C.S. 151; *Droit de la famille - 841*, [1990] R.J.Q. 1571 (C.S.).

revient-on pas à notre question initiale : les conjoints avaient-ils l'intention de vivre ensemble ? Plus ou moins, car l'aspect matériel peut constituer un élément non négligeable, et même créer une présomption, afin d'établir une telle intention, mais on ne doit pas s'y limiter. D'ailleurs, il n'est pas certain que le professeur Hauser lui-même ait voulu s'y limiter. De plus, dans bien des cas, comme celui en l'espèce, le simple élément matériel sera déterminant.

Également, face aux difficultés rencontrées dans la détermination de ce qui constitue un consentement au mariage, il est préférable de ne pas situer la nullité au niveau de celui-ci. S'il n'y a pas de mariage, c'est que la cause de celui-ci en est absente. Le professeur Hauser précise qu'il faut bien distinguer la cause du mariage des simples mobiles. Il écrit : «[l]a cause du mariage est l'affection, laquelle cause peut être accompagnée par des mobiles divers (en fonction de l'âge, des parties, du patrimoine, etc.) dont le droit n'a pas à se préoccuper, sauf quand ils deviennent à eux seuls la cause»⁸⁷. Si tel est le cas, la cause, dans son rôle de catégorisation des contrats doit intervenir et, en son nom, le mariage doit être annulé. Le mariage n'est pas nul pour défaut de consentement car consentement il y a eu. Le mariage est nul pour faux consentement ou consentement à un autre contrat qui, lui, est illicite⁸⁸. Ou, encore, le mariage devrait être nul au motif que la cause de celui-ci, soit le mobile déterminant⁸⁹, en l'occurrence ici l'obtention d'un effet particulier, est illicite⁹⁰, aux termes de l'article 1411 C.c.Q.

Mais les tribunaux doivent-ils tout de même sanctionner de nullité ces mariages simulés ? En les annulant, les juges se

87 Jean HAUSER, « Jurisprudence française en matière de droit civil », (1999) *Rev. trin. dr. civ.*, 606. Le professeur Hauser fait le lien avec le critère objectif qu'il propose - l'existence de vie commune - en soutenant que la cause catégorisant le mariage est l'existence de cette vie commune : Versailles, 14e ch., 15 juin 1990, D. 1991. 1. 268, 270.

88 Jean HAUSER et Danièle HUET-WEILLER, *Traité de droit civil - La famille - Fondation et vie de la famille*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 280, p. 128.

89 Sur la notion de cause du contrat : Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1996, n° 171, pp. 261 et 262.

90 Jean HAUSER, « Chronique jurisprudentielle », (1993) *Rev. trin. dr. civ.*, 80.

rendent-ils coupables de complicité après le fait du détournement d'une institution aussi sensible que le mariage, de fraude à la loi ce qui, évidemment, répugnerait à la société ? Nous ne le pensons pas et sommes d'avis que de faire du mariage fictif une sanction à lui-même constitue une attitude jurisprudentielle qui n'est ni efficace, ni souhaitable, ni juridiquement défendable.

Cette sanction n'est pas efficace en ce que le refus de la nullité ne cause aucun préjudice aux parties. En effet, avant 1968, alors que le divorce était difficile à obtenir, faute de loi, le refus de la nullité signifiait que les époux demeuraient mariés. Aujourd'hui, puisqu'ils peuvent obtenir le divorce pourquoi leur refuser la nullité ? D'autant plus que les effets patrimoniaux de ces deux jugements pourront, selon les cas, être pratiquement les mêmes. La seule différence réelle réside dans le statut de divorcés que les parties devront assumer. Est-ce ce stigmate social qui serait une sanction préventive et curative efficace au mariage simulé ? Nous en doutons fort, trouvant cet argument quelque peu passéiste. Et après tout des conjoints prêts à se marier dans le seul but d'obtenir un avantage particulier sont-ils réellement du genre à être découragés par ce symbole ?

Refuser d'accorder la nullité dans le cas d'un mariage simulé n'est également pas souhaitable. De l'avis de plusieurs, il répugne aux tribunaux de participer, après coup, à cette fraude qu'est le mariage simulé. Mais si cette fraude est tellement grave, n'est-il pas plus condamnable de la laisser survivre ? Comme l'écrivent si bien les professeurs Malaurie et Aynès : « En un temps de crise matrimoniale, il est dérisoire de défendre des fantômes de mariage [...] »⁹¹. N'est-ce pas là porter plus grand préjudice au mariage que l'existence même du phénomène des mariages simulés⁹² ?

Enfin, c'est une solution qui n'est juridiquement pas défendable. On invoque souvent au soutien du refus de nullité l'adage selon lequel nul ne peut invoquer sa propre turpitude.

91 Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Droit civil - La famille*, 5^e éd., Paris, Cujas, 1995, n° 168, p. 92.

92 Pour un avis semblable, voir : Alain-François BISSON, « Sur un adage trompeur : "En mariage, il trompe qui peut" », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le faux en droit privé*, Montréal, Ed. Thémis, 2000, p.155, à la page 172, note 46.

Mais on oublie trop souvent que cet adage ne signifie pas que « [...] le tribunal [...] refusera [...] d'entendre celui qui invoque sa propre immoralité [turpitude], mais refusera plutôt de lui accorder la restitution qu'il réclame⁹³ ». En fait, ce que recherche ce principe c'est de faire en sorte que les parties **ne profitent pas** de leur «turpitude». Or, en l'occurrence les conjoints peuvent profiter de leur acte de deux manières, soit en obtenant l'effet voulu, par exemple la nationalité, ce qui ne sera plus le cas dans l'éventualité d'une nullité, soit en profitant des effets patrimoniaux du mariage. Or, pour ce dernier avantage, l'un des conjoints, le plus favorisé, tirera avantage de la nullité et de l'article 383 C.c.Q., alors que l'autre, le moins favorisé, aura avantage à obtenir le divorce. L'adage est ainsi d'application difficile, particulièrement lorsque l'on sait que le juge a tous les outils, à l'occasion d'un divorce, pour limiter les effets du mariage au régime matrimonial ce qui, dans un cas de mariage simulé, devrait généralement être négligeable⁹⁴.

Ce raisonnement concerne les cas où les deux conjoints se sont concertés dans la simulation du mariage. Or, dans ce cas, seule la défenderesse «simulait» un consentement ou, plutôt, exprimait son consentement à une autre fin que celle du mariage. Il a été établi précédemment que la jurisprudence avait alors tendance à traiter cette situation sur la base des vices du consentement et plus spécifiquement sur la base de l'erreur. C'est probablement là la bonne solution⁹⁵. On a vu

93 Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1996, n° 219 p. 324.

94 Partage inégal du patrimoine (art. 422 C.c.Q.); aucune pension alimentaire ou prestation compensatoire; caducité des donations (art. 520 C.c.Q.). Il est intéressant de noter que c'est d'ailleurs ce que le juge a fait ici, au lieu d'appliquer – comme il aurait dû le faire – l'article 384 C.c.Q. *Droit de la famille* – 2269, [1995] R.D.F. 649 (C.S.).

95 Soyons clair : l'erreur, on le verra, ne peut être une solution que dans le cas où une seule partie est de mauvaise foi; c'est alors l'erreur du conjoint de bonne foi. La professeure Ouellette estime que la source de nullité d'un mariage simulé, bilatéral, est l'erreur sur l'objet : Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1995, p. 23. Nous ne sommes pas de cet avis car ces cas n'impliquent aucune erreur dans le consentement des conjoints sur l'objet du contrat : ils connaissent très bien les conséquences du geste qu'ils posent. En définitive, la seule erreur qu'il ont pu commettre est d'avoir cru que l'entente secrète passée entre eux serait valable et exécutée par le tribunal [croyance qui n'est d'ailleurs certainement pas toujours présente...].

que le mariage auquel les deux conjoints consentaient pour une cause toute autre que celle d'intégrer le cadre législatif du mariage était nul pour l'illicéité de la cause ou pour fausse cause. Or, cela ne peut être le cas dans la situation où une partie est de bonne foi et désire réellement se marier. Même l'expression de « mariage simulé » sonne alors faux : une simulation de mariage, même pris dans son sens générique, doit nécessairement reposer sur l'accord des deux conjoints, faute de quoi il n'y a alors pas un mariage, mais seulement un consentement simulé. La présente affaire devait donc se régler sous l'angle de l'erreur. C'est à voir dans la suite de cet exposé.

2. LE CONSENTEMENT VICIÉ : L'ERREUR

Il ne suffit pas que le consentement existe, encore faut-il, à l'instar de toute manifestation de volonté, qu'il soit exempt de vice⁹⁶. La décision *Droit de la famille - 2269*⁹⁷ met en oeuvre le vice le plus fréquent en matière de mariage, soit l'erreur spontanée sur la personne (2.1), mais implique également, du moins de façon occulte, la question, de tout temps contestée, du dol (2.2).

2.1 L'erreur spontanée

Si l'on voit le mariage sous l'angle contractuel, il est normal de sanctionner l'erreur par la nullité du contrat; le consentement étant essentiel, s'il est vicié, le mariage doit être annulé. La théorie générale du contrat visant, par ailleurs, non seulement la qualité du consentement, mais également la stabilité contractuelle, l'erreur ne sera vice de consentement que si elle porte « [...] sur la nature du contrat, sur l'objet de la prestation ou, encore, sur tout élément essentiel qui a déterminé le consentement⁹⁸ ». En tant que contrat, le mariage devrait donc être soumis à ce principe. Mais, et c'est là que la difficulté surgit, le mariage n'est pas que contrat. Nous sommes ici, plus qu'ailleurs, au confluent des théories du contrat et de l'institution du mariage.

96 Selon les statistiques françaises, un tiers des demandes en nullité le sont sur la base d'un vice du consentement : Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « Jurisprudence française en matière de droit civil - Personnes et droits de la famille », (1989) *Rev. trim. dr. civ.*, 88, 277, 290.

97 *Droit de la famille - 2269*, [1995] R.D.F. 649 (C.S.).

98 Art. 1400 C.c.Q.

Il est alors classique de soutenir que la théorie générale des nullités ne peut pas être appliquée au mariage et que, plus spécifiquement, les vices de consentement doivent être limités. « Ces restrictions viennent du souci de la morale publique⁹⁹ [...] », du fait que le mariage constitue « une institution fondamentale de notre société¹⁰⁰ » et que sa stabilité est, par conséquent, particulièrement importante. S'ajoute également le fait que la nullité était, avant 1968, la seule cause, à part le décès, de dislocation du mariage, et que la nullité, sous réserve du mariage putatif, produisait des effets importants tant pour les conjoints que pour les enfants.

Pour ces raisons, la Cour de Cassation va poser, dès 1845, le principe qu'en mariage il n'y a point de nullité sans texte¹⁰¹, principe qui va forcer la doctrine à utiliser la théorie de l'inexistence du contrat pour permettre l'anéantissement du mariage dans les cas d'identité de sexe, d'absence de consentement ou de mariage clandestin, situations non prévues par le législateur¹⁰². Pour les mêmes raisons, les codificateurs, tant de 1804 que de 1866, vont enserrer l'erreur dans une disposition spécifique. L'article 180 C.c.fr. et l'article 148 C.c.B.C.¹⁰³ limitent la nullité du mariage à « l'erreur dans la personne ». Ces dispositions seront, des deux côtés de l'océan, sources de débats et de confusions importantes.

99 Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942, p. 430.

100 Pierre-Gabriel JOBIN, « *Le défaut de consentement* », (1966-67) 8 C. de D. 225, 233. La jurisprudence revient souvent sur l'aspect institutionnel du mariage. Voir, entre autres : *Droit de la famille - 1341*, [1990] R.D.F. 523 (C.S.). On pourrait soutenir exactement l'inverse et prétendre que le mariage étant l'institution centrale de la société et liant pour la vie, la nullité pour erreur devrait être plus facilement acceptée; seuls les mariages réellement consentis devant être maintenus : Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Droit civil - La famille*, 5^e éd., Paris, Cujas, 1995, n^o 156 p. 82.

101 D. 1845. I. 100; F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1905, p. 283.

102 Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1983, p. 58. Voir : *Paré c. Bonin*, [1977] 2 R.C.S. 342. Sur la théorie de l'inexistence en général, voir : Serge GAUDET, « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse », (1995) 40 *McGill L.J.* 291, 312.

103 On reviendra plus loin sur l'impact et la validité de la disparition de l'article 148 C.c.B.C.

Ce sont les travaux de Pothier qui ont et qui encadrent encore les débats sur cette question. Il présente les cas d'erreur dans la personne en trois groupes, soit l'erreur sur l'identité physique, l'erreur sur l'identité civile et l'erreur sur les qualités substantielles¹⁰⁴.

Pour Pothier, seule l'erreur sur l'identité physique de la personne peut justifier la nullité du mariage¹⁰⁵. Cette interprétation de la notion d'erreur dans le mariage est très réductrice¹⁰⁶, à telle enseigne que certains auteurs voient dans l'erreur sur l'identité physique non pas un cas de consentement vicié, mais bien un cas d'inexistence du consentement (art. 116 C.c.B.C. ou 146 C.c.fr.)¹⁰⁷. Cette conception rendait purement virtuel l'article relatif à l'erreur dans la personne¹⁰⁸. Il fallait donc, pour sauvegarder la cohérence du Code, adopter une interprétation plus large.

C'est alors que les auteurs proposent la thèse de l'erreur sur l'identité civile. Il est difficile de bien cerner cette deuxième

-
- 104 Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1983, n° 43, p. 29; POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, t. 1, Paris, Debure l'ainé, 1768, n° 307 et suiv., p. 363 et suiv.
- 105 POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, t. 1, Paris, Debure l'ainé, 1768, n° 311, p. 368. En fait, pour être exact, Pothier acceptait également l'erreur sur la condition servile du conjoint. Cette exception, tirée de la Nouvelle 22 de Justinien existait encore dans le *Code canonique* de 1917 (Can. 1083 par. 2 (1)).
- 106 Aucun cas jurisprudentiel d'erreur sur l'identité physique, à notre connaissance, n'existe en droit français ou en droit québécois. En droit canonique, un seul cas au cours du XX^e siècle serait connu, il date de 1913 : Alphonse BORRAS, « L'erreur sur une qualité de la personne », (1992) 42 *Rev. de droit canonique* 131, 135.
- 107 C'est là une application de la théorie de l'erreur-obstacle qui semble aujourd'hui abandonnée : Encyclopédie Dalloz, t. 7, V° Mariage, n° 247 Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1996, n° 73, p. 119; Didier LLUELLES avec la collaboration de Benoît MOORE, *Droit québécois des obligations*, Montréal, Thémis, t.1, 1998, n° 588 et suiv., p. 311 et suiv.
- 108 Comme le faisait remarquer Mignault, l'article 149 C.c.B.C., qui prévoyait la perte du droit d'action en nullité dès qu'il y avait eu cohabitation continuée pendant six mois, semblait plaider en faveur du rejet de cette thèse restrictive : Comment imaginer qu'un conjoint prenne plus de six mois pour s'apercevoir d'une erreur sur l'identité physique? : Pierre Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t.1, Montréal, C. Théorêt, 1895, p. 437.

catégorie d'erreur dans la personne. Elle constitue plus une frontière située entre la théorie de l'identité physique et celle sur les qualités substantielles, qu'une catégorie réellement homogène. La première compréhension que l'on aura de cette catégorie est restrictive; il doit y avoir substitution totale de l'identité civile de la personne : physiquement, j'épouse bien la personne voulue, mais celle-ci s'est forgée une identité civile d'emprunt¹⁰⁹. C'est cette conception restrictive de l'erreur sur l'identité civile que la Cour de cassation semble adopter dans le très célèbre arrêt *Berthon*. Dans cette affaire, la Cour refuse la nullité du mariage à une femme qui avait découvert que son mari était un ancien forçat. La Cour énonce que la simple erreur sur les qualités de la personne n'est pas suffisante pour causer la nullité du mariage; mais elle ajoute que, lorsque «[...] l'un des époux s'est fait agréer, en se présentant comme membre d'une famille qui n'est pas la sienne et s'est attribué les conditions d'origine et de filiation qui appartaient à un autre[...]», le mariage doit être annulé¹¹⁰.

Puis, de cette conception originelle de l'erreur sur l'identité civile où l'ensemble de l'état civil doit être impliqué¹¹¹, une certaine jurisprudence, tant française que québécoise, étend l'erreur sur l'identité civile à d'autres situations. Ainsi, on annule le mariage lorsqu'un seul élément de l'état civil est

109 Voir *Chitsholm c. Starnes*, [1949] B.R. 577, 582 et, plus spécifiquement, l'extrait de Baudry-Lacantinerie sur la notion d'identité civile, à la page 582; Encyclopédie Dalloz, t. 7, V° Mariage, n° 253.

110 Ch. réunies 24 avril 1862, D.P. 1862. 1. 153; la Cour précise également : « [...] le texte et l'esprit de l'article 180 écartent virtuellement de sa disposition les erreurs d'une autre nature, et n'admettent la nullité que pour l'erreur qui porte sur l'identité de la personne et par le résultat de laquelle l'une des parties a épousé une personne autre que celle à qui elle croyait s'unir [...] »; Encyclopédie Dalloz, t. 7, V° Mariage, n° 242. Voir la remarque du professeur Carbonnier avec le sens de l'image qu'on lui connaît, concernant cet arrêt où, semble-t-il, les faits de l'affaire n'étaient pas si favorables à Madame, le défendeur étant en l'espèce un « bon forçat », une sorte de Jean Valjean : Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *La famille*, 12^e éd., Paris, PUF, 1995, n° 38, p. 79.

111 Dans l'affaire *Weinstock c. Blaseinstein*, [1965] C.S. 505, la Cour reprend les termes de l'arrêt *Berthon* : « [...] il faut que l'erreur porte sur l'identité de la personne, avec le résultat que l'une des parties a épousé une personne autre que celle à qui elle croyait s'unir » (p. 506).

faussé¹¹², lorsqu'il y a erreur sur la nationalité, qui ne fait pas partie *stricto sensu* de l'état civil¹¹³, voire à des cas qui ne concernent pas l'état civil, mais où l'on utilise tout de même l'expression *erreur sur l'identité civile*, généralement avec l'erreur sur les qualités substantielles¹¹⁴.

Parallèlement à ce glissement jurisprudentiel vers une acceptation de l'erreur sur les qualités substantielles, la doctrine remet également en question le principe de la limitation de l'erreur dans la personne à la seule identité civile. Ainsi, fait-on remarquer qu'il est pour le moins contestable de pouvoir obtenir la nullité pour utilisation d'un faux nom alors qu'il n'est pas possible de l'obtenir lorsque le conjoint s'avère être

-
- 112 Le statut de divorcé : *Leduc c. Jones*, [1945] R.L. 222 (C.S.) [le juge utilise également le dol, mais surtout la capacité]; les références citées dans l'Encyclopédie Dalloz, t. 7, V° Mariage, nos 244-245 (voir également des références dans le sens inverse). Le nom (quoique le nom constitue une partie de l'état civil particulière en ce qu'il est l'image de l'ensemble de celui-ci et permet, généralement, de cacher un passé inavouable : Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil - Les personnes*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1976, n° 80, p. 94) : *Weinstock c. Blaseinstein*, [1965] C.S. 505 (les propos du tribunal sont par ailleurs restrictifs) le faux nom étant ici utilisé pour cacher le passé. C'est là que l'on voit les limites de l'école de l'identité civile : est-ce vraiment l'utilisation d'un faux nom qui choque ou ne serait-ce pas plutôt le passé caché qui, lui, est du ressort des qualités substantielles ?; *D. c. J.*, [1947] C.S. 143.
- 113 Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil - Les personnes*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1976, n° 80, p. 95; Encyclopédie Dalloz, t. 7, V° Mariage, n° 255 et les références citées; *Musgrave c. Covinesky*, (1923) 61 C.S. 221 (joint à l'erreur sur la religion).
- 114 Par exemple : erreur sur la religion : *Musgrave c. Covinesky*, [1923] 61 C.S. 221 (joint à l'erreur sur la nationalité); *Mc Cawley c. Hood*, [1943] R.L. 376 (C.S.) (à la page 379, le juge utilise également l'erreur sur les qualités substantielles et le dol); *contra* : *Whalley c. Kowalyck*, [1947] R.L. 228. Erreur concernant l'état de santé : *N. c. E.*, [1945] C.S. 109 (on joint l'erreur sur l'identité à celle sur les qualités déterminantes); erreur concernant l'emploi du conjoint : *Droit de la famille - 1434*, [1991] R.D.F. 378 (C.S.) [on utilise également l'erreur sur les qualités substantielles]. On reviendra sur cette décision qui semble être la plus extensive jamais rendue au Québec. Mignault écrit même, concernant ce critère de l'identité civile : « [...] qualités constitutives de la personne [...] rendant l'individu propre au mariage, (celles qui) en font une personne mariable », Pierre Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, C. Théorêt, 1895, p. 437].

un ancien forçat¹¹⁵. Un auteur a même pu se demander si les qualités substantielles d'une personne ne faisaient pas partie de l'état civil¹¹⁶. Le Doyen Cornu, dans une chronique, désormais célèbre et écrite à l'occasion du centenaire de l'arrêt *Berthon*, soutient que celui-ci n'a plus, s'il l'a déjà eu, l'aura que certains lui octroyait. Ainsi, il constate que non seulement la jurisprudence accepte la nullité du mariage pour des cas qui ne sont pas compris dans l'erreur sur l'identité civile¹¹⁷, mais également qu'il n'est plus suffisant, selon lui, d'invoquer que l'erreur porte sur un élément de l'état civil : encore faut-il qu'elle ait été subjectivement déterminante pour la partie trompée¹¹⁸. Enfin, on fait remarquer que les travaux préparatoires du Code civil de 1804 révèlent que les codificateurs avaient en tête une vision libérale de l'article 180 C.c.fr., incluant l'erreur sur les qualités substantielles¹¹⁹.

La doctrine va donc proposer des critères afin de déterminer ce que constitue une qualité substantielle de la personne. Ainsi, on voit apparaître des critères tels que : ce qui rend une personne habile au mariage ou « mariable »¹²⁰, ou encore ce

-
- 115 Guy RAYMOND, Jurisclasseur périodique, V^o Mariage, n^o 103. Il faut par ailleurs mentionner que, bien souvent, l'erreur sur le nom cache en réalité l'ensemble de l'identité civile d'une personne.
- 116 Alain-François BISSON, « Chronique de droit familial », (1970) 1 R.G.D. 87, 99. Au soutien de cette proche parenté entre les deux types d'erreur on peut signaler que les tribunaux utilisent souvent les deux expressions au soutien de leurs décisions : *Leduc c. Jones*, [1945] R.L. 222 (C.S.); *Mc Crawley c. Hood*, [1943] R.L. 376 (C.S.); *N. c. E.*, [1945] C.S. 109; *Droit de la famille - 1434*, [1991] R.D.F. 378 (C.S.). Ou encore, on pourrait soutenir que « [...] la personne civile ne doit pas comprendre uniquement les énonciations d'identité de l'état civil mais bien aussi l'ensemble de ses droits et obligations juridiques[...] » Trib. civ. Bordeaux, 9 juin 1924, *Gaz. Pal.* 1924. 2. 201, cité dans Encyclopédie Dalloz, t. 7, V^o Mariage, n^o 255.
- 117 Gérard CORNU, « Centenaire », D. 1959. Ch. XXXII, 216.
- 118 *Id.*, 217.
- 119 Marcel PLANIOL, Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, *La famille*, 2^e éd., par André ROUAST, Paris, L.G.D.J., 1952, n^o 101, pp. 91-92.
- 120 Guy RAYMOND, Jurisclasseur périodique, V^o Mariage, n^o 100; A.M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, t.1, Paris, Gustave Thorel, 1849, n^o 262 bis, p. 358 (il donne comme exemple l'impuissance). Ce critère a été utilisé dans une certaine jurisprudence québécoise : *Hivon c. Gagnon*, [1962] C.S. 399; *N. c. E.*, [1945] C.S. 109. Mignault utilisait ce critère dans le cadre de l'erreur sur l'identité civile : Pierre Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t.1, Montréal, C. Théorêt, 1895, p. 437.

qui rend la vie commune tolérable¹²¹. Planiol et Ripert, quant à eux, considèrent qu'il est naturel pour un contrat *intuitu personae* comme le mariage que l'erreur sur les qualités déterminantes vicie le consentement, mais ils posent deux limites à ce principe : que les motifs déterminants impliqués dans l'erreur ne doivent pas être contraires aux buts de l'institution (par exemple, l'erreur sur la fortune) et que ces motifs soient limités à ceux « [...] qui ont presque toujours ce caractère [déterminant] en notre état de civilisation »¹²². Le Doyen Cornu proposera, quant à lui, ce qui semble une version affinée de ce critère. Selon lui, on pourra invoquer l'erreur sur les qualités substantielles de la personne lorsque la qualité en question rencontre deux critères cumulatifs : la réalisation de cette qualité est subjectivement importante i.e. que la victime n'aurait pas contracté mariage si elle avait su et qu'elle est sociologiquement déterminante, i.e. que « [...] la qualité en cause eût fait obstacle au mariage "de la part de toute personne placée dans les mêmes conditions" »¹²³.

« Une telle save sur tous les fronts » ne pouvait que triompher de la théorie de l'identité civile. En France, c'est le législateur qui viendra mettre fin, en 1975, à ce débat. Le second alinéa de l'article 180 C.c.fr. est ainsi modifié : « S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage ». Suite à cette modification législative les auteurs ont continué à proposer des critères afin de déterminer ce que constitue une qualité essentielle. On a ainsi proposé le critère, qui semble reprendre celui de la personne mariable¹²⁴, de la conception légale du mariage¹²⁵ : sera alors substantielle la

121 Guy RAYMOND, Jurisclasseur périodique, V^o Mariage, n^o 100.

122 Marcel PLANIOL, Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, *La famille*, par André ROUAST, Paris, L.G.D.J., 1952, n^o 104, pp. 91-92. Après avoir exposé ces principes, les auteurs dressent une liste de cas devant, selon eux, justifier la nullité : l'erreur qui porte sur l'ensemble de l'état civil ou sur le nom, selon les circonstances; sur la nationalité - dans certains cas; sur un passé déshonorant; sur le fait qu'un des époux est lié par des vœux religieux; sur le statut de divorcé et l'impuissance complète. Suit également une liste de caractéristiques qui ne seraient pas sources d'erreur : l'erreur sur le prénom, l'âge, le titre nobiliaire, la virginité de la femme, la santé, l'intelligence, le caractère ou la fortune.

123 Gérard CORNU, « Centenaire », D. 1959. Ch. XXXII, pp. 219-220.

124 Voir aussi un critère basé sur la cause du mariage : *Id.*, n^o 261.

125 Encyclopédie Dalloz, t. 7, V^o Mariage, n^o 260.

qualité qui est nécessaire au respect du cadre législatif du mariage. C'est, par ailleurs, le critère socio-psychologique du Doyen Cornu qui se détache.¹²⁶ Il semble être le plus adéquat et le plus souple des critères proposés; il recoupe, en un certain sens, l'ensemble des autres. En effet, une conception de ce qui est sociologiquement déterminant prend nécessairement en compte ce qui est du ressort de la conception légale du mariage, mais la dépasse en se détachant d'une conception purement positiviste, voire légaliste du mariage, pour englober une conception plus sociale, contemporaine, conforme à la réalité vivante qu'est le mariage. Ainsi, aux termes de la jurisprudence rendue sous l'empire du nouvel article 180 C.c.fr., si l'erreur sur la fortune ou sur l'âge ne sont pas cause de nullité¹²⁷, et que l'erreur sur la religion semble causer certains problèmes¹²⁸, les erreurs sur l'honorabilité¹²⁹, l'impuissance¹³⁰, l'homosexualité¹³¹ ou la santé mentale¹³² sont des motifs suffisants pour provoquer la nullité pour erreur sur la personne.

Au Québec, presque simultanément, le débat trouve une solution jurisprudentielle relativement ferme¹³³. Le professeur

126 Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Droit civil - La famille*, 5^e éd., Paris, Cujas, 1995, n° 159, pp. 85-86; Alain BÉNABENT, *Droit civil - La famille*, 8^e éd., Paris, Litec, 1997, n° 84, p. 81. Le professeur Bisson semble également faire référence à ce critère : Alain-François BISSON, « Chronique de droit familial » (1970) 1 *R.G.D.* 87, 99.

127 Encyclopédie Dalloz, t. 7, V° Mariage, n° 262 (et les références citées).

128 *Id.*, n° 264 (et les références citées).

129 *Id.*, n° 266; Jean HAUSER et Danièle HUET-WEILLER, *Traité de droit civil - La famille - Fondation et vie de la famille*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 263, p. 120.

130 Encyclopédie Dalloz, t. 7, V° Mariage, n° 267; Guy RAYMOND, *Jurisclasseur périodique*, V° Mariage, n° 115.

131 Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Droit civil - La famille*, 5^e éd., Paris, Cujas, 1995, n° 159, p. 86; Guy RAYMOND, *Jurisclasseur périodique*, V° Mariage, n° 115.

132 Gérard CORNU, *Droit civil - La famille*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 1996, n° 175, p. 245; Guy RAYMOND, *Jurisclasseur périodique*, V° Mariage, n° 116.

133 En droit canonique, il semble que les causes de nullité aient toujours eu une importance particulière tant en raison de l'aspect sacré du mariage que du fait que la nullité constitue le seul mode de dissolution de celui-ci (voir Paolo MONETA, « Les causes de nullité de mariage en droit canonique », (1989) 32 *L'année canonique*, 121, 121). Pour ces mêmes motifs, le droit canonique a développé une importante théorie des empêchements au mariage (Jean GAUDEMET, *Le droit canonique*, Paris, Cerf, 1989, pp. 107-108). Par ailleurs, l'erreur a

toujours reçu une acception stricte. Ainsi, à l'origine, on devait prouver une erreur sur le conjoint lui-même, l'erreur sur les qualités n'étant en principe pas suffisante. Il existait, dans le Code de 1917, deux exceptions à ce principe, soit : l'erreur sur la condition servile et l'erreur sur la qualité qui revient à une erreur sur la personne (erreur « redondans ») (voir : Encyclopédie Dalloz, t. 7, V^o Mariage, n^o 246. Voir également sur cette notion : Alain-François BISSON, « Sur un adage trompeur : "En mariage, il trompe qui peut" », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le faux en droit privé*, Montréal, Ed. Thémis, 2000, p.155, à la page 172; F. GALTIER, *Le mariage - Discipline orientale et discipline occidentale*, Université St-Joseph de Beyrouth, 1950, p. 194 (parle de substitution morale); Alphonse BORRAS, « L'erreur sur une qualité de la personne », (1992) 42 *Rev. de droit canonique*, 131, 151; Louis DE NAUROIS, « Remarques sur l'extension des causes de nullité du mariage pour erreur sur la personne en droit canonique », (1997) 31 *Studia canonica* 75, 83 et suiv., qui traitent également de la nouvelle formulation du Code de 1983 qui, à son can. 1097, ne prévoit plus l'erreur sur la qualité revenant à une erreur sur la personne mais accepte plutôt l'erreur sur la qualité qui a été « directement et principalement visée »). Puis, un second stade de l'évolution, issue de la conception du mariage en tant que « communauté profonde de vie et d'amour conjugal », permet aujourd'hui d'interpréter la notion d'erreur sur la personne au delà de sa simple identité physique. On inclut alors, dans la définition même de la personne, en plus de son identité physique, « [...] toutes les qualités physiques, morales, sociales et culturelles qui concourent, d'une façon essentielle, à faire d'elle cette personne précise » (P. MONETA, précité dans cette note, 133; voir également sur cette question : L. DE NAUROIS, précité dans cette note, 87 et suiv., commentant la décision de principe sur cette notion; Alain-François BISSON, « Sur un adage trompeur : "En mariage, il trompe qui peut" », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le faux en droit privé*, Montréal, Ed. Thémis, 2000, p.155, à la page 173; Alphonse BORRAS, précité dans cette note, 137 et 150. Une évolution, vers une libéralisation de la notion d'erreur, peut donc être observée (voir L. DE NAUROIS, précité dans cette note, qui note que s'il y a trente ans, sur dix demandes en nullité pour erreur, deux étaient accueillies, le rapport aujourd'hui est de huit sur dix).

Également, le droit canonique [can. 1102] accepte - contrairement au droit civil (sous réserve de *Pagé c. Knott*, (1939) 77 C.S. 354 qui, sans le dire expressément, applique ni plus ni moins cette notion), le mariage « assorti d'une condition portant sur le passé ou le présent ». Sous la réserve évidente de la validité de la condition, toute qualité absente peut causer la nullité du mariage si celle-ci a été constituée en une condition Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Droit civil - La famille*, 5^e éd., Paris, Cujas, 1995, n^o 157, p. 82. Indirectement, nous obtenons le même résultat que si l'erreur sur les qualités substantielles était admise (voire même plus large encore car l'évaluation n'est ici que subjective, par exemple : condition de virginité du conjoint ou de paternité de l'enfant : F. DANEELS, « Le mariage dans le Code de droit canonique », *Les cahiers du droit ecclésial*, 1983, p. 39; Adhamar ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, t.1, 2^e éd., Paris, Sirey, 1929, p. 346). Il faut par ailleurs bien saisir la différence entre l'erreur sur

Pineau, proposait dans son traité sur la famille, d'élargir la notion d'erreur aux « qualités sociales » de la personne plutôt que d'accepter l'erreur sur les qualités substantielles¹³⁴. Cette nouvelle catégorie permettrait « d'élargir » l'erreur aux cas déjà acceptés par la jurisprudence sous le vocable hypertrophié « d'identité civile »¹³⁵. Ce critère revient à peu près à celui de l'erreur sociologiquement déterminante de la doctrine française, à cette différence près que le professeur Pineau en fait une catégorie distincte et plus restrictive que l'erreur sur les qualités substantielles, alors que les auteurs français en font un critère discriminant à l'intérieur de l'erreur sur les qualités substantielles.

C'est, la voie française que suit le juge Nichols dans la très célèbre affaire *Piché c. Trottier*¹³⁶. Afin d'annuler le mariage entre la demanderesse et le défendeur, homosexuel, le juge réfère aux « [...] attributs essentiels d'une personne »¹³⁷, ce qui donne à croire qu'il ouvre la voie à l'erreur sur les qualités essentielles, tout en insistant sur l'aspect « fondamental »¹³⁸ que doit rencontrer la qualité en question. Cette décision marque l'acceptation définitive de l'erreur sur les qualités substantielles.

Même si la jurisprudence antérieure refusait, en principe, d'annuler le mariage pour l'erreur sur les qualités

les qualités et la condition; dans le premier cas, le conjoint-victime était certain de la qualité en question alors que, dans le second, il avait un doute, d'où l'imposition de la condition : Alphonse BORRAS, « L'erreur sur une qualité de la personne », (1992) 42 *Rev. de droit canonique* 131, 156. C'est sur la preuve de l'imposition d'une telle condition que les tribunaux se montrent très exigeants : L. DE NAUROIS, précité dans cette note 133.

134 Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1983, n° 45, p. 31. En fait cette appellation de « qualités sociales » n'est pas nouvelle, Baudry-Lacantinerie l'utilisait avec celle de « qualités civiles » en lieu et place de l'expression qualités substantielles (voir la citation dans *Chisholm c. Starnes*, [1949] B.R. 577, 582).

135 Cf., entre autres : *Mc Cawley c. Hood*, [1943] R.L. 376 (C.S.); *Musgrave c. Covinesky*, [1923] 61 C.S. 221.

136 *Piché c. Trottier*, [1978] C.S. 81.

137 *Id.*, 81, 88.

138 *Id.*, 91.

essentielles¹³⁹, l'affaire *Piché* n'est pas la première décision à sanctionner une telle erreur¹⁴⁰. Elle constitue par ailleurs un point tournant, une acceptation, semble-t-il, définitive de l'admissibilité de l'erreur sur les qualités substantielles. En effet, depuis cette décision, les tribunaux acceptent d'emblée l'erreur sur les qualités substantielles comme motif de nullité¹⁴¹. En fait, même lorsque le tribunal est d'avis de refuser la nullité du mariage, l'erreur n'étant

- 139 *Chisholm c. Starnes*, [1949] B.R. 577; *Yorksie c. Chaplin*, [1946] B.R. 51 (décision de principe de la Cour du Banc de la Reine. Le professeur Bisson est d'avis que la vision de la Cour est exagérément restrictive. Il note d'ailleurs que les tribunaux de première instance sont plus souples et plus libéraux que la juridiction d'appel : Alain-François BISSON, « Chronique de droit familial » (1970) 1 R.G.D. 87, 98); *Dorion c. Bussière*, [1967] B.R. 416; *D. c. L.*, S.C.M. 255, commenté par Thomas G. WALSH, « Error as the person and the nullity of marriage », (1949) 9 R. du B. 190 (qui critique la conception restrictive et propose l'interprétation libérale de l'article 148 C.c.); *V. c. V.*, [1946] C.S.84 (le juge refuse la nullité que le demandeur demandait pour avoir ignoré que le conjoint était adopté); *X. c. Z.*, [1947] C.S. 430; *Procureur général de Québec c. K. et W.*, [1947] B.R. 566 (goûts sexuels particuliers. Cela ne portant pas sur l'identité civile la nullité est refusée); *C. c. J.*, [1961] C.S. 672 (marcomanie, stérilité et maladie à répétition); *L'Heureux c. Marcotte*, J.E. 78-680 (C.S.) (incapacité psychologique de consommer le mariage).
- 140 Souvent accompagné d'un autre motif : *Leduc c. Jones*, [1945] R.L. 222 (C.S.) (divorce joint à l'erreur sur l'identité civile); *McCawley c. Hood*, [1943] R.L. 376 (C.S.) (religion joint à l'erreur sur l'identité civile); *Hivon c. Gagnon*, [1962] C.S. 399 (incapacité psychologique de consommer le mariage); *Benditsky c. X.*, [1939] 77 C.S. 391 (maladie joint avec le motif de dol); *N. c. E.*, [1945] C.S. 109 (maladie); *Dussault c. Erloe*, [1965] C.S. 448 (religion). Dans la dernière décision le juge précise que normalement une telle erreur ne serait pas suffisante mais, puisque Madame avait exprimé de façon très claire le caractère fondamental que représentait pour elle le respect de la religion, cela devenait un motif suffisant pour annuler le mariage. C'est une conception très subjectiviste de l'erreur qui est appliquée ici. Nous ne sommes pas loin du mariage conditionnel du droit canonique. C'est une conception également très libérale car, même aujourd'hui en France, il n'est pas évident que l'erreur sur la religion soit suffisante pour être considérée comme une qualité essentielle. Peut-être était-ce dû à l'impossibilité de divorcer...? (cf Charles E. FLAM, « Dame Weinstock v. Blasenstein et le Procureur Général de la Province de Québec », (1965) 11 *McGill L.J.* 83).
- 141 *Droit de la famille - 2551*, [1996] R.D.F. 885 (C.S.) (schizophrénie) [le juge note par ailleurs que, quoique d'accord avec le principe établi dans l'affaire *Piché* il ne partage pas la conclusion du juge Nichols]; *Droit de la famille - 1434*, [1991] R.D.F. 378 (C.S.) (erreur sur l'emploi du conjoint); *Droit de la famille - 2161*, [1995] R.D.F. 237 (C.S.) (défaut d'intention de faire vie commune); *G.D.Q. c. P.T.T.*, [1998] R.L. 330 (C.S.), (défaut d'intention de faire vie commune); *B.Y. c. L.J.L.*, REJB 98-09878 (C.S.) (défaut d'intention de faire vie commune).

pas déterminante en l'espèce, il prend souvent la peine d'indiquer qu'il souscrit tout de même à l'opinion extensive du juge Nichols dans l'affaire *Piché* ¹⁴².

Seule la décision *K. c. S.* ¹⁴³, rendue en 1980, condamne expressément l'extension proposée par le juge Nichols. Dans cette affaire, le défendeur avait réalisé des prouesses pour faire croire à la demanderesse qu'il était avocat. Sous réserve de l'incidence du dol, pour laquelle d'autres éléments reviendront, il semble qu'une telle erreur ne doit pas, même dans une conception libérale qui accepte l'erreur sur les qualités substantielles, être sanctionnée par la nullité¹⁴⁴. Il s'agit plutôt d'un élément mineur, d'une simple caractéristique qui, à l'instar de la fortune, ne peut *sociologiquement* justifier un mariage. En considérant comme vicié un tel consentement, on court le risque de tomber dans l'excès que certains craignaient; c'est trop insister sur l'élément psychologique, certes nécessaire, mais non exclusif, de l'erreur. C'est même tendre vers l'admission du mariage conditionnel, ce que le droit séculier, contrairement sur ce point au droit canonique, a toujours refusé¹⁴⁵.

-
- 142 *Droit de la famille* – 337, [1987] R.D.F. 10 (C.S.) (maladie mentale); *Droit de la famille* – 1096, [1987] R.D.F. 273 (C.S.) (maladie mentale); *Droit de la famille* – 1284, [1989] R.D.F. 668 (C.S.) (homosexualité « postérieure » au mariage); *Droit de la famille* – 696, [1989] R.J.Q. 2368 (C.S.) (changement de sentiments).
- 143 *K. c. S.* [1980] C.S. 358. Voir, également : *Droit de la famille* – 3565, J.E.2000-716 (C.S.) (de façon moins nette – le motif invoqué ne devrait pas, selon nous justifier la nullité du mariage); *Droit de la famille* – 1789, [1993] R.D.F. 196 (C.S.) (le juge condamne implicitement et en « obiter » le jugement *Piché*, [*Piché c. Trottier*, [1978] C.S. 81]. Enfin, voir : *Gagné c. McDuff*, [1979] C.S. 723 (on demandait la nullité, parce que le conjoint avait consommé à quelques reprises de la marijuana. Le tribunal refuse la nullité parce qu'il s'agissait là d'une erreur sur « quelque qualité » et non pas sur les « attributs essentiels » de la personne (expression du juge Nichols), mais le juge spécifie qu'il ne prend pas position sur le bien fondé ou non de l'arrêt *Piché*).
- 144 Une telle erreur a été sanctionnée de nullité à au moins une reprise : *Droit de la famille* – 1434, [1991] R.D.F. 378 (C.S.).
- 145 Voir *supra*, note 133. La jurisprudence semble avoir implicitement acceptée une telle possibilité dans l'affaire *Pagé c. Knott*, [1939] 77 C.S. 354. On annule le mariage pour un motif relié au lieu de résidence. Quoique le dol soit impliqué dans cette décision, il semble que le tribunal traite le consentement donné comme conditionnel. Voir également, mais à un moindre degré : *Dussault c. Enloe*, [1965] C.S. 448.

Il apparaît donc nécessaire d'adopter un critère comme celui de la qualité **sociologiquement déterminante** afin de baliser les cas de nullité. Un tel critère laisse place à une discrétion judiciaire, et dès lors à un probable flottement jurisprudentiel, mais il pose un rempart contre un glissement non désiré vers une nullité pour erreur sur « quelques qualités ¹⁴⁶ ». Il est évident qu'une matière comme l'erreur dans la personne dans le cadre du mariage sera toujours soumise à une imprécision. D'ailleurs, si l'on observe attentivement l'évolution jurisprudentielle en la matière, on réalise qu'elle n'est pas si linéaire que l'on pourrait le croire : on sait déjà que l'affaire *Piché* n'est pas une rupture nette puisqu'une certaine jurisprudence antérieure à cette affaire acceptait l'erreur sur les qualités essentielles, mais on réalise également que l'interprétation de cette notion est parfois même plus restrictive (depuis cette décision) qu'avant¹⁴⁷.

Telle était, à la veille de l'entrée en vigueur du nouveau Code, l'état du droit sur l'interprétation à donner à l'article 148 C.c.B.C. et la notion d'erreur dans la personne. Or, le législateur n'a pas reporté l'article 148 C.c.B.C. dans le nouveau Code¹⁴⁸. Cela permet à certains auteurs de soutenir que

146 Expression utilisée dans *Droit de la famille - 1956*, [1994] R.D.F. 279 (C.S.) (où l'on refuse l'erreur pour un changement de sentiments, une peur du mariage).

147 Par exemple, sur la question de l'état de santé, surtout mentale, on avait déjà annulé le mariage sous la théorie de l'identité civile (*N. c. E.*, [1945] C.S. 109; remarquons le caractère uniquement subjectif de l'évaluation de l'erreur) ou sur les qualités essentielles (*Benditsky c. X.*, [1939] 77 C.S. 391). Depuis la décision *Piché c. Trottier* [1978] C.S. 81, on a souvent refusé - même en acceptant la théorie extensive, la nullité pour cause de maladie mentale : *Droit de la famille - 337*, [1987] R.D.F. 10 (C.S.); ; *Droit de la famille - 1096*, [1987] R.D.F. 273 (C.S.). Voir, par ailleurs *Droit de la famille - 2551*, [1996] R.D.F. 885 (C.S.) où l'on a accordé la nullité pour schizophrénie.

148 Le *Code civil du Québec* de 1980 comportait une disposition (l'article 426 al. 2) qui ouvrait la porte à l'erreur sur une qualité essentielle, uniquement lorsqu'il y avait dol; en cas d'erreur spontanée, le Code faisait référence à l'erreur sur l'identité du conjoint. Cette disposition reprenait l'article 27 du chapitre VI, titre 1^{er}, livre 2^e de l'OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Vol. II, Commentaires, tome 1, livres 1 à 4, 1977, Québec, Éditeur officiel du Québec, Québec.

cette disparition¹⁴⁹ élargit les motifs d'erreur admissibles, puisque l'on doit appliquer l'article 1400 C.c.Q., et que la personne est un «élément essentiel» au consentement au mariage, contrat *intuitu personae* par excellence¹⁵⁰. La professeure Ouellette est d'avis que cette abrogation ne modifie en rien la situation¹⁵¹. La présence de l'article 148 C.c.B.C. ne commandait pas nécessairement une interprétation restrictive de la notion d'erreur dans la personne; c'est plutôt la conception que l'on se faisait du mariage qui la rendait nécessaire ou non. La présence de l'article 148 C.c.B.C. ne fut d'ailleurs pas un obstacle à l'acceptation, par la jurisprudence, de la nullité pour erreur sur les qualités substantielles. Le maintien de l'article 148 C.c.B.C. n'aurait pas davantage été un rejet de cette jurisprudence libérale, que sa disparition ne constitue, tout au plus, qu'une corroboration de la solution prétorienne. Elle ne devrait pas avoir pour effet d'élargir, une fois de plus, le domaine de nullité du mariage pour erreur. Certes, la personne est un élément essentiel du consentement aux termes de l'article 1400 C.c.Q., mais, pas plus qu'une erreur sur un simple motif, l'erreur sur une simple qualité ne devrait justifier la nullité.

La décision présentement commentée soulève un cas contesté, que nous avons jusqu'à maintenant volontairement mis de côté : l'absence d'intention de vie conjugale pour l'un des conjoints. On l'a vu, cette hypothèse, classiquement traitée comme étant un mariage simulé, semble, en jurisprudence, être considérée sous l'angle de l'erreur¹⁵². Cette tendance se

149 La validité constitutionnelle de cette abrogation est douteuse. Voir : *Droit de la famille - 2161*, [1995] R.D.F. 237 (C.S.); André MOREL, « Les dispositions préconfédérales du CcBC sur le mariage », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ottawa, Ministère de la Justice Canada, p.441, 447 et 454 et suiv. Voir, également sur les problèmes constitutionnels liés à l'adoption du *Code civil du Québec* : Jean LECLAIR, « Réflexions sur les problèmes constitutionnels soulevés par l'abrogation du *Code civil du Bas Canada* », (1997) 99 *R. du N.* 155.

150 Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 20.

151 Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1995, p. 22.

152 *Supra* I (B) et G.D.Q. c. P.T.T., [1998] R.L. 330 (C.S.); B.Y. c. L.J.L., REJB 98-09878 (C.S.); *Droit de la famille - 2161*, [1995] R.D.F. 237 (C.S.) (le juge utilise tant l'absence d'intention que l'erreur).

présente également en France, mais est contestée par une partie de la doctrine¹⁵³.

Dans le cas à l'étude, le juge ne se prononce pas clairement sur l'argument fondé sur l'erreur. Après avoir présenté cet élément de la plaidoirie du demandeur, il glisse vers l'argument du mariage simulé et conclut laconiquement que «[s]elon le Tribunal, après analyse des faits, de la jurisprudence et du droit applicable, il ne s'agit pas d'un mariage libre et éclairé et il se doit d'être annulé»¹⁵⁴. Il est difficile de savoir si, pour le juge, il y avait réellement erreur dans la personne; sa conclusion sur la nature simulée du mariage est plus certaine¹⁵⁵. Dans ce cas, il n'y a pas de simulation; c'est bien plutôt l'erreur qui doit justifier la nullité du mariage. Mais pour quel motif ? N'est-ce pas simplement une erreur sur l'intention d'un conjoint¹⁵⁶?

En l'espèce, ce ne doit pas être l'absence des qualités représentées par la défenderesse dans sa lettre réponse qui est déterminante (responsable, généreuse, aimante, bon sens des valeurs...), ces éléments provenant plutôt du domaine de l'erreur sur les simples qualités. L'erreur ici concerne plutôt la conception légale du mariage; la défenderesse ne voulait pas intégrer le cadre marital prévu par la loi et auquel le demandeur, lui, consentait et espérait¹⁵⁷. Plus largement, il est socialement inacceptable qu'une personne se marie dans un

153 Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Dalloz Action - Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, n° 197; Guy RAYMOND, *Jurisclasseur périodique, V° Mariage*, n° 110 (qui critique cette solution; selon lui c'est l'absence de consentement qui doit être la source de nullité); Jean HAUSER, « Chronique jurisprudentielle », (1994) *Rev. trim. dr. civ.*, 80; et, par extension : Trib. gr. inst. du Mans, 7 déc. 1981, J.C.P. 1982. II. 20573, note Jean-Jacques LEMOULAND.

154 *Droit de la Famille - 2269*, [1995] R.D.F. 649 (C.S.), 655.

155 *Id.* Une analyse exégétique pourrait suggérer que le juge considère qu'il y a et mariage simulé et erreur sur la personne, puisqu'il écrit, après avoir présenté l'argument de l'erreur : « Ainsi, on peut **également** interpréter ce mariage comme un mariage simulé (...) » (p. 654) : cela laisse à penser qu'il s'agit là d'un motif supplémentaire.

156 C'est là la conclusion du tribunal dans : *Droit de la famille - 1280*, [1989] R.D.F. 634 (C.S.).

157 Encyclopédie Dalloz, t. 7, V° Mariage, n° 260; Trib. gr. inst. du Mans, 7 déc. 1981, J.C.P. 1982. II. 20573, note Jean-Jacques LEMOULAND.

but aussi étranger à l'institution que celui de soutirer des avantages monétaires à l'exclusion de toute intention matrimoniale. Mieux encore, on pourrait adopter l'opinion du professeur Hauser selon laquelle il y a ici erreur sur la cause, c'est-à-dire sur le motif déterminant qui inspire le mariage¹⁵⁸. En effet, quoique toute personne se marie pour de multiples raisons, il reste que la croyance en l'intention conjugale du conjoint est certainement le motif déterminant qui supplante les autres, qui leur est fondateur¹⁵⁹. Ainsi, lorsqu'il y a erreur sur ce motif, soit sur la cause impulsive et déterminante, la nullité du mariage doit être ordonnée¹⁶⁰. Mais, contrairement au professeur Hauser, tout porte à croire que dans un cas comme celui en l'espèce, l'erreur sur les qualités essentielles et l'erreur sur la cause ne sont pas exclusives l'une de l'autre : l'absence d'intention conjugale détruit certainement le motif déterminant, la cause impulsive de la victime, dans la mesure où elle est le miroir de l'absence totale de respect du conjoint à l'égard du mariage; mais pour ce même motif elle est aussi une erreur sur les qualités essentielles. Il ne faut pas oublier qu'en matière de mariage, la personne est à la fois sujet et objet du contrat¹⁶¹.

Un dernier élément concernant l'erreur en l'espèce mérite d'être signalé : son caractère inexcusable. En effet, à deux reprises le juge est très sévère à l'endroit du demandeur. Selon

158 Jean HAUSER, « Chronique jurisprudentielle », (1993) *Rev. trim. dr. civ.*, 563. Il est bien important de distinguer la cause du mariage des motifs de ce dernier : Jean HAUSER, « Jurisprudence française en matière de droit civil », (1999) *Rev. trim. dr. civ.*, 605. On pourrait également invoquer, tout comme dans le cas du mariage simulé, le caractère illicite de la cause de la demanderesse (contracter mariage dans le but unique de soutirer de l'argent); il y a détournement de l'institution du mariage. Il y aurait nullité aux termes de l'article 1411 C.c.Q. Voir Jean HAUSER, « Chronique jurisprudentielle », (1994) *Rev. trim. dr. civ.*, 80 qui évoque également cette possibilité.

159 Jean HAUSER, « Jurisprudence française en matière de droit civil », (1999) *Rev. trim. dr. civ.*, 605, 606.

160 Concernant l'erreur sur la cause du contrat, voir, entre autres : François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil - Les obligations*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1993, n^{os} 212 et 328; Boris STARCK, Henris ROLAND et Laurent BOYER, *Obligations - Contrat*, 4^e éd., Paris, Litec, 1993, n^o 428, p. 178.

161 Alphonse BORRAS, « L'erreur sur une qualité de la personne », (1992) 42 *Rev. de droit canonique*, 131, 133.

le magistrat, ce dernier est en grande partie responsable de son propre malheur¹⁶². Il semble donc que, dans l'esprit du juge, l'erreur du demandeur soit inexcusable. Or, il ne refuse pas la nullité comme l'article 1400 C.c.Q. lui commande de le faire. Il s'inspire plutôt de la solution que la jurisprudence avait élaborée sous l'empire de l'ancien Code en matière d'erreur inexcusable : il accorde la nullité, parce que le consentement a été vicié, mais fait supporter une partie de cette erreur à son auteur pour sanctionner sa négligence¹⁶³. En l'occurrence, on comprend aisément que le juge ait voulu protéger le demandeur qui était de bonne foi¹⁶⁴. Mais, et il est intéressant de le constater, cette protection est encore plus forte que dans la théorie générale des contrats. Alors qu'il était classique de soutenir l'application restrictive de l'erreur en matière de mariage, on semble aujourd'hui l'accepter plus facilement que

162 Ainsi dans la cause *Droit de la famille* – 2269 [1995] R.D.F. 649 (C.S.) au début de ses motifs le juge écrit :

« Il n'y a aucun doute dans l'esprit du Tribunal que M.T... est, jusqu'à un certain point, l'artisan de son propre malheur. En effet, il nous apparaît tout à fait inconcevable qu'un homme de 68 ans, sans aucune expérience matrimoniale, discute de mariage dès les deux premières rencontres avec une jeune femme de 32 ans, puis insiste pour que le mariage ait lieu dans les plus brefs délais, pour ainsi dire à l'intérieur d'un mois de la première rencontre, sans que les conjoints aient eu vraiment la moindre opportunité de se connaître (p. 652). »

Et encore plus significatif, lorsqu'il écarte la demande de dommages-intérêts du demandeur :

« Bien sûr, la défenderesse, Mme G., était de mauvaise foi et elle a profité de la situation. Par contre, M.T... a été pour le moins imprudent et naïf, et c'est avec précipitation qu'il s'est embarqué dans une aventure qui n'avait à peu près aucune chance de réussir. Il se doit donc d'en supporter, jusqu'à un certain point, les conséquences et d'assumer les dépenses que lui ont occasionnées toutes les procédures qu'il a dû entreprendre pour mettre fin de façon définitive à son aventure avec Mme G... (p. 656). »

163 Voir, à ce sujet : Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1996, n° 82, p. 129 et suiv. Rappelons que même si, aux termes de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* (L.Q. 1992, c.57) c'est l'ancien Code qui aurait dû s'appliquer au présent litige, le principe de l'article 1400 C.c.Q. concernant l'erreur inexcusable aurait tout de même dû être repris puisque, l'article 31 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* prévoit qu'on ne peut plus annuler un mariage pour un motif qui n'existe plus dans le *Code civil du Québec*.

164 Voir en droit français : *Encyclopédie Dalloz*, t. 7, V° Mariage, n° 248.

dans les contrats ordinaires¹⁶⁵. À moins que l'ignorance du caractère inexcusable de l'erreur doive plutôt se justifier par la prise en compte du dol en matière de mariage.

2.2 L'erreur provoquée

Le demandeur, en plus de plaider l'absence d'intention conjugale de la défenderesse et l'erreur sur la personne, a invoqué les manoeuvres dolosives. Mettons immédiatement de côté la question de savoir s'il y avait preuve dans le présent dossier de telles manoeuvres, cela paraissant évident. Le problème se situe dans la possibilité même d'invoquer le dol afin de contester la validité du mariage. En effet, si ce motif est habituellement invoqué dans les causes impliquant l'erreur sur la personne il devrait, selon l'opinion majoritairement soutenue, être rejeté, et ce, conformément au très [trop] célèbre adage de Loysel : « On dit communément qu'en mariage il trompe qui peut; ce qui procède de ce que nos maîtres nous apprennent que *dolus dans causam contractui matrimonii, non reddit illum ipso jure nullum* »¹⁶⁶.

Cet adage origine du droit canonique qui se serait éloigné du droit romain ce dernier, dans la théorie des contrats consensuels acceptant le dol déterminant comme cause de nullité, au motif que le mariage constituait avant tout un « sacrement d'un intérêt spirituel ». Or, en ce domaine, le droit canonique ne sanctionnait pas le dol, car « [...] les manoeuvres dolosives, au lieu de causer un préjudice à celui qui en avait été l'objet, l'avaient au contraire conduit au bien »; c'était donc toujours un *dolus bonus*. On appliquait le même principe aux

165 On semble joindre ici le commentaire des professeurs Malaurie et Aynès pour qui l'importance très particulière du mariage pourrait justifier une extension des vices du consentement : Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Droit civil - La famille*, 5^e éd., Paris, Cujas, 1995, n° 156, p. 82.

166 Antoine LOYSEL, *Institutes coutumières d'Antoine Loysel*, t. 1, Paris, Durand Librairie, 1846, p.145; Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 3^e éd., Paris, Litec, n° 111, p. 220. Pour une traduction de la partie latine : Alain-François BISSON, « Sur un adage trompeur : "En mariage, il trompe qui peut" », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le faux en droit privé*, Montréal, Ed. Thémis, 2000, p.155, à la page 161.

manoeuvres dolosives qui avaient fait entrer une personne en religion¹⁶⁷.

L'ancien droit séculier reprit donc ce principe sous la forme de l'adage de Loysel. On concevait, par ailleurs, une espèce d'exception à ce principe en sanctionnant de nullité le mariage conclu suite à un « rapt de séduction »¹⁶⁸. Par la suite, les auteurs ont interprété les articles 148 C.c.B.C. et 180 C.c.fr. comme étant une confirmation implicite du rejet du dol¹⁶⁹.

Les motifs soulevés par les auteurs à l'appui de cette règle sont multiples. Le premier en liste est la difficile nuance entre ce qui constituerait des manoeuvres dolosives et de simples artifices inhérents à « l'art de plaire »¹⁷⁰. Cette difficile nuance est souvent jointe au risque de voir la stabilité des familles et des mariages exagérément mise en péril¹⁷¹. Enfin, on avance une raison « plus juridique » selon laquelle le dol étant, dans la théorie générale des obligations, « [...] un délit

167 Adhamar ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, t.1, 2^e éd., Paris, Sirey, 1929, p. 343 (voir la note 1, à la page 344, où l'on note que, malgré ce principe, les docteurs anciens constataient « [...] que l'erreur, qui constitue un empêchement dirimant, est ordinairement accompagnée de dol »; Alain-François BISSON, « Sur un adage trompeur : "En mariage, il trompe qui peut" », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le faux en droit privé*, Montréal, Ed. Thémis, 2000, p.155, aux pages 164 et suiv.

168 POTHIER, *Oeuvres de Pothier*, t. 6, par M. BUGNET, Paris, Cosse et Marchal, 1861, pp. 101 et 102; C. de LORIMIER, *La Bibliothèque du Code civil de la Province de Québec*, Montréal, Des presses à vapeur de la Minerve, 1871, p. 724; Alain-François BISSON, « Sur un adage trompeur : "En mariage, il trompe qui peut" », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le faux en droit privé*, Montréal, Ed. Thémis, 2000, p.155. L'acceptation de la séduction ne fait pas l'unanimité, celle-ci se confondant avec le dol. Voir dans ce sens : Pierre Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t.1, Montréal, C. Théorêt, 1895, p. 434.

169 Cf., entre autres : Boris STARCK, Henris ROLAND et Laurent BOYER, *Obligations - Contrat*, 4^e éd., Paris, Litec, 1993, n° 111, p. 220. À noter certaines exceptions : F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1905, p. 282; Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942, p. 430 (moins clairement).

170 Voir, entre autres : Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Droit civil - La famille*, 5^e éd., Paris, Cujas, 1995, n° 155, p. 81; Encyclopédie Dalloz, t. 7, V° Mariage, n° 232.

171 Pierre Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t.1, Montréal, C. Théorêt, 1895, p. 434.

dont la réparation est assurée par l'annulation du contrat et éventuellement des dommages et intérêts,[...] aucune de ces réparations ne serait adaptée au dommage très particulier que pourrait occasionner un dol dans la conclusion du mariage »¹⁷².

Mais si la question du dol est régulièrement soulevée par les plaideurs et rapidement mise de côté par la doctrine qui se drape de l'adage de Loysel, on s'aperçoit, en examinant la question de plus près, que la problématique du dol en mariage est souvent fort mal comprise. Ainsi, lit-on souvent que le dol n'est pas en lui-même un vice du consentement dans le mariage-contrat. Or, il n'y a rien de bien nouveau ni de bien particulier dans ce principe, puisque le dol n'est jamais un vice du consentement, c'est l'erreur, provoquée par le dol qui en constitue un¹⁷³. N'est-ce là qu'argutie? Nullement. Le dol qui ne cause pas d'erreur n'étant jamais¹⁷⁴ sanctionné de nullité en droit commun, il devient fort surprenant de lire ci et là qu'en mariage le dol ne sera pris en compte que lorsqu'il cause une erreur¹⁷⁵. Cela est une évidence et ne constitue aucunement une divergence entre les règles du mariage et la théorie générale du contrat.

L'utilité du dol en droit commun réside principalement dans l'élargissement du champ des erreurs qui vicent le consentement. Ainsi, si l'erreur sur la valeur n'est pas en principe un vice de consentement, elle le devient lorsqu'elle a été

172 Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil – Les personnes*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1976, n° 78, p. 92. Également en ce sens : Marcel PLANIOL, Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, *La famille*, 2^e éd., par André ROUAST, Paris, L.G.D.J., 1952, n° 99, p. 88. Pourtant, comme on a pu déjà l'écrire, en droit « tout vaut tant, les larmes comme la vertu » : Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Droit civil : Les obligations*, Paris, Cujas, 1996, p. 545. Voir également : Alain-François BISSON, « Sur un adage trompeur : "En mariage, il trompe qui peut" », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le faux en droit privé*, Montréal, Ed. Thémis, 2000, p. 155, aux pages 169-170.

173 Voir le même principe en droit canonique : M. l'abbé Jacques GRESSIER, « La nullité du mariage conclu sous l'effet du dol qualifié du canon 1098 est de droit naturel », (1996) 30 *Studia canonica* 343, 348.

174 Du moins en principe : Didier LUELLES avec la collaboration de Benoît MOORE, *Droit québécois des obligations*, t.1, Montréal, Thémis, 1998, n° 922 et suiv., p. 524 et suiv. sur les vices innommés de consentement; Colmar, 30 janv. 1970. D. 1970. 297, note ALFANDARI.

175 Voir, entre autres : *Droit de la famille – 1789*, [1993] R.D.F. 196 (C.S.); *Verrault c. Caumartin*, [1977] C.S. 70.

provoquée par le dol. Subsidiairement, le dol comporte un rôle probatoire en rendant l'erreur plus facile à démontrer et peut justifier une erreur apparemment inexcusable¹⁷⁶. Enfin, le dol permet l'obtention de dommages-intérêts (article 1407 C.c.Q.). L'adage qu' « en mariage il trompe qui peut » devrait alors signifier que le dol ne produit pas, en mariage, ces effets. Mais qu'en est-il réellement ?

Si l'on regarde attentivement la jurisprudence, on constate que le dol est fréquemment pris en considération, sans compter qu'en matière de mariage, l'erreur sur la personne est, pour ainsi dire, nécessairement accompagnée de dol¹⁷⁷. Ainsi, les tribunaux utilisent tantôt le dol de manière superfétatoire à l'erreur¹⁷⁸, et précisent tantôt que, si l'on avait prouvé le dol, la nullité aurait été accordée¹⁷⁹, ou encore

-
- 176 Didier LLUELLES avec la collaboration de Benoit MOORE, *Droit québécois des obligations*, t.1, Montréal, Thémis, 1998, n° 609, pp. 324-325 (et la jurisprudence citée); Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil – La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 523, p. 486. Pour une solution plus nuancée, voir : Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 203 et suiv.
- 177 Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Droit civil – La famille*, 5^e éd., Paris, Cujas, 1995, n° 155, p. 81. Comment imaginer un cas comme l'affaire *Piché* sans dol ? (*Piché* c. *Trottier*, [1987] C.S. 81).
- 178 C'est-à-dire, que l'erreur sans dol, était suffisante pour justifier la nullité. Si l'on met de côté la question des dommages-intérêts (et de preuve), le dol n'est pas nécessaire; sa prise en considération n'a alors qu'une signification purement symbolique (d'ailleurs on ne fait, bien souvent, que mentionner que la victime a été induite en erreur, suite à des manoeuvres, sans traiter expressément du dol, question, peut-être de marquer l'imaginaire...? Comme l'écrit le professeur Bisson : « [...] le dol crée souvent l'ambiance du procès », Alain-François BISSON, « Sur un adage trompeur : "En mariage, il trompe qui peut" », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le faux en droit privé*, Montréal, Ed. Thémis, 2000, p.155, à la page 172); *Leduc* c. *Jones*, [1945] R.L. 222 (C.S.); *Maguire* c. *Mooney*, [1941] C.S. 172; *Musgrave* c. *Covinesky*, [1923] 61 C.S. 221; *Mc Cawley* c. *Hood*, [1943] R.L. 376 (C.S.); *Dussault* c. *Enloe*, [1965] C.S. 448 (religion); *B.Y. c. L.J.L.*, REJB 98-09878 (C.S.).
- 179 *Droit de la famille* – 337, [1987] R.D.F. 10 (C.S.); *Droit de la famille* – 1956, [1994] R.D.F. 278 (C.S.) (implicitement). Même la Cour du Banc du Roi dans le célèbre arrêt *Yorksie* qui, rappelons-le retient une conception très restrictive de l'erreur sur la personne précise « [...] que le demandeur n'a pas fait la preuve de fausses déclarations qui l'auraient induit en erreur sur la chasteté de celle qu'il a épousée [...] », *Yorksie* c. *Chaplin*, [1946] B.R. 51, 57.

prennent la peine de signaler qu'une personne n'avait pas à informer son conjoint d'un élément spécifique¹⁸⁰. Dans certains cas, il est même évident que le tribunal accorde la nullité uniquement parce que l'erreur a été causée par des manoeuvres dolosives, l'erreur spontanée n'ayant pas pu dans ces cas justifier la nullité¹⁸¹, ce qui constitue alors l'application par excellence du dol. À l'opposé, un autre courant de jurisprudence applique clairement le principe selon lequel le dol n'est pas pris en compte en matière de mariage¹⁸².

En France, la doctrine constate le même phénomène. Pour la majorité des auteurs, le dol sert à tout le moins à faciliter la preuve de l'erreur. Ainsi, on peut lire que « [s]i l'erreur d'un époux a été provoquée par les mensonges ou les manoeuvres dolosives de l'autre, la victime ne pourra pas invoquer le dol, non retenu par l'article 180; elle fondera sa demande en nullité sur l'erreur, mais la preuve de l'erreur provoquée est toujours moins complexe que celle de l'erreur spontanée¹⁸³. On fait également remarquer que la preuve de

180 *Droit de la famille - 1284*, [1989] R.D.F. 668 (C.S.). Cette précision voulant qu'un futur marié n'ait pas à divulguer qu'il a eu lors de son adolescence certains doutes sur son orientation sexuelle laisse deviner, dans l'opinion du juge, l'existence d'un devoir de loyauté qui, mal rempli, peut aboutir à la nullité pour dol. Voir sur cette question Yves GUYON, « De l'obligation de sincérité dans le mariage », (1964) *Rev. trim. dr. civ.*, 473.

181 *Verrault c. Caumartin*, [1977] C.S. 70 (cette décision est difficile à qualifier, car le juge refuse la nullité au motif que la maladie n'était pas incurable, insuffisamment grave, mais précise également que, quoiqu'il ne soit pas une cause de nullité du mariage, le dol est pris en considération en cas d'erreur sur les qualités déterminantes. L'on ne sait pas cependant si le juge considère qu'une telle erreur, sans dol, peut également être source de nullité; *Benditsky c. X.*, (1939) 77 C.S. 391. Mais surtout, de façon très nette - le juge applique l'article 993 C.c.: *Pagé c. Knott*, (1939) 77 C.S. 354.

182 Référence au principe tant de façon expresse (*Droit de la famille - 1956*, [1994] R.D.F. 278 (C.S.); C. c. J., [1961] C.S. 672) que de façon implicite [i.e. que le tribunal ne réfère pas du tout au dol alors qu'il y a présence manifeste de manoeuvres dolosives] : *Droit de la famille - 2551*, [1996] R.D.F. 885 (C.S.); *K. c. S.* [1980] C.S. 358; *Dorion c. Bussièrre*, [1967] B.R. 416; *X. c. Z.*, [1947] C.S. 430; *Chisholm c. Starnes*, [1949] B.R. 577.

183 Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Dalloz Action - Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, n° 130. Voir aussi Jean HAUSER et Danièle HUET-WEILLER, *Traité de droit civil - La famille - Fondation et vie de la famille*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n° 273, pp. 124-125; Encyclopédie Dalloz, t. 7, V° Mariage, n° 234.

la dissimulation volontaire d'un élément démontre minimalement l'importance que le conjoint lui accorde¹⁸⁴.

Mais, plus encore, le Doyen Cornu constate que les tribunaux réservent un rôle plus grand au dol que la simple facilitation probatoire : le dol est positivement et négativement utilisé dans le cadre de la nullité pour erreur. Il ne va pas jusqu'à dire que le dol rend toute erreur sanctionnable, mais il conclut que le dol joue un rôle de circonstance aggravante en influençant le juge à prendre en considération une certaine erreur : « [...] il est tout naturel [écrit-il] que le dol d'un époux rende le juge moins exigeant sur la définition de personne au sens de l'art. 180. Le dol trouve ainsi sa place naturelle de circonstance aggravante dans le cadre de l'erreur dans la personne »¹⁸⁵.

Même le droit canon ayant inspiré le droit séculier quant au refus du dol en mariage, prévoit dans son nouveau Code de 1983 que les manoeuvres dolosives aggraveront l'erreur. Ainsi le canon 1098 prévoit que : « [l]a personne qui contracte mariage, trompée par un dol commis en vue d'obtenir le consentement, et portant sur une qualité de l'autre partie, qui de sa nature même peut perturber gravement la communauté de vie conjugale, contracte invalide ». L'introduction du dol était demandée depuis les années soixante¹⁸⁶. On avait initialement prévu limiter le dol à une liste précise de circonstances, mais on a finalement rejeté cette solution pour édicter une norme générale¹⁸⁷. Pour respecter les termes du canon 1098 le dol doit : 1) viser l'obtention du consentement du conjoint ; 2) porter sur une qualité de l'auteur du dol ; 3)

184 Ainsi l'élément psychologique de l'erreur est démontré; mais il reste encore l'élément sociologique : Guy RAYMOND, Jurisclasseur périodique, V° Mariage, n° 126; Encyclopédie Dalloz, t. 7, V° Mariage, n° 234.

185 Gérard CORNU, « Centenaire », D. 1959. Ch. XXXII, 218. Pour un semblable constat, voir : Encyclopédie Dalloz, t. 7, V° Mariage, n° 235 et au n° 236 on estime que ce rôle perdra de l'importance à la suite de la réforme de 1975 acceptant l'erreur sur les qualités essentielles.

186 Lamberto de ECHEVERRIA (dir.), *Code de droit canonique annoté*, Paris, Éditions du Cerf, 1989, p.602.

187 Charles LEFEBVRE, « Évolution de la jurisprudence matrimoniale », (1974) 24 *Rev. de droit canonique* 350, 358. On a conservé qu'un seul cas nommé soit celui de la stérilité (can. 1084 (3)).

porter sur une qualité pouvant, objectivement ou même subjectivement, perturber gravement la vie conjugale. On donne alors comme exemple la stérilité, des qualités physiques ou morales...¹⁸⁸. Qu'en est-il aujourd'hui au Québec ?

Au lendemain de l'adoption du *Code civil du Québec*, la doctrine est divisée quant à l'impact de la disparition de l'article 148 C.c.B.C. Certains sont d'avis que celle-ci modifie le droit positif qui permettrait maintenant d'invoquer le dol en mariage en évinçant l'adage de Loysel¹⁸⁹ alors que la professeure Monique Ouellette est d'avis que cette disposition ne change rien¹⁹⁰. En fait, comme le constate le professeur Bisson, « [c]'est la confusion générale »¹⁹¹.

L'Office de révision du code civil avait, on l'a vu, proposé une disposition selon laquelle l'erreur sur une qualité essentielle de la personne serait source de nullité dans l'unique hypothèse où elle avait été causée par le dol. C'était là une reconnaissance évidente du dol dans son rôle premier, soit l'extension du domaine de l'erreur. Or, on constate que la jurisprudence admet aujourd'hui la possibilité d'annuler un mariage pour erreur sur les qualités substantielles, avec ou sans dol¹⁹². Mais pourrait-elle, à l'intérieur de la catégorie des erreurs sur les qualités substantielles qui doit être sociologiquement et psychologiquement déterminante repousser

188 Lamberto de ECHEVERRIA (dir.), *Code de droit canonique annoté*, Paris, Éditions du Cerf, 1989, p. 603. Voir également : Ernest CAPARROS, M. THÉRIAULT et J. THORN (dir.), *Code de droit canonique*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1999, p. 788. Ces auteurs ajoutent que le dol doit avoir causé directement une erreur.

189 Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p.21; Vincent KARIM, *Commentaires sur les obligations*, vol. 1, Cowansville, Yvon Blais, 1997, pp. 30-31; BERNARD et Danielle SHELTON (dir.), *Les personnes et les familles*, t. 2, 2^e éd., Montréal, Adage, 1995, module 2, p.6.

190 Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1995, p. 22.

191 Alain-François BISSON, « Sur un adage trompeur : "En mariage, il trompe qui peut" », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le faux en droit privé*, Montréal, Ed. Thémis, 2000, p. 155, à la page 176.

192 Il est vrai, cependant, qu'il y a pratiquement toujours présence de manoeuvres dolosives -à tout le moins par le silence - en cas d'erreur sur les qualités. C'est pourquoi la proposition de l'O.R.C.C. était, dans les faits, d'élargir l'erreur en mariage à l'erreur sur une qualité essentielle.

encore cette limite et admettre ainsi la nullité pour erreur provoquée sur un simple motif telle la fortune ? Cette théorie n'est pas souhaitable. Certes, la présence de manoeuvres dolosives peut rendre la démonstration de l'élément subjectif de l'erreur plus aisée, voire faire jouer à cet élément un rôle accru¹⁹³, mais elle ne doit pas mener à la nullité sur demande ou encore pour des circonstances qui sont contraires à l'esprit même du mariage. En dernière analyse, les règles mêmes du dol, qui limitent la nullité au *dolus malus*, rendraient une telle hypothèse bien souvent illusoire¹⁹⁴. Dans les cas où cette autolimitation ne suffirait pas, le dol ne devrait certes pas avaliser une conception du mariage contraire à la conception légale et sociologique¹⁹⁵.

Il reste donc au dol un rôle probatoire certain. Il devrait sans doute aussi ouvrir à une demande de dommages-intérêts¹⁹⁶, ce que d'ailleurs le juge aurait fait en l'espèce s'il n'avait pas voulu sanctionner également la conduite pour le moins imprudente du demandeur. Enfin, la prise en compte des manoeuvres dolosives devrait pouvoir mettre de côté la règle excluant l'erreur inexcusable des vices de consentement. Cet autre rôle, distinct et nécessaire, semble être implicitement l'apport du présent jugement. Une fois son rôle réel circonscrit, on constate que, malgré ce qui semble être la disparition, du moins partielle, du célèbre adage, on constate que

193 Gérard CORNU, « Centenaire », D. 1959. Ch. XXXII, 219.

194 Ce principe d'autolimitation du dol a souvent été oublié en matière de mariage. L'on lisait souvent que l'acceptation du dol en mariage détruirait cette institution et aboutirait à la nullité sur demande. C'était là oublier que toute manoeuvre dolosive aboutit pas à nullité : Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1983, pp. 31-32.

195 Voir Alain-François BISSON, « Sur un adage trompeur : "En mariage, il trompe qui peut" », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le faux en droit privé*, Montréal, Ed. Thémis, 2000, p. 155, qui écrit à la page 176 : « À supposer cependant que l'article 1401 serait applicable en matière de consentement au mariage, il devrait permettre l'admission d'erreurs sur des qualités non essentielles quoique déterminantes, plus subjectivement appréciées en la personne de la victime du dol, étant entendu que la nature même du contrat, c'est-à-dire du mariage, impose sans doute des limites spécifiques à cette appréciation subjective ».

196 Voir au même avis : Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 52; Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1983, p. 31. En jurisprudence : B.Y. c. L.J.L., REJB 98-09878 (C.S.).

cette disparition n'a pas l'effet révolutionnaire que certains auraient pu penser. De toute évidence, seule l'impossibilité pour le dol de causer la nullité du mariage pour une erreur sur une qualité non sociologiquement déterminante devrait demeurer, en admettant que les règles du dol ne soient pas suffisantes pour ce faire. Mais dans la mesure où, en pratique, il y a toujours dans les cas d'erreur sur la personne des manoeuvres dolosives, il s'agit autant d'un refus du rôle aggravant du dol qu'une limitation à l'acceptation de l'erreur sur une qualité substantielle.

CONCLUSION

Après cette revue jurisprudentielle et doctrinale en matière d'absence d'intention matrimoniale, nous devons distinguer les cas où l'un des deux conjoints des cas où l'un des deux conjoints ne possède pas cette intention. Ainsi, dans la première hypothèse, soit le seul cas qui devrait porter le titre de « mariage simulé », il a été constaté qu'une certaine jurisprudence refuse la nullité pour la raison principale que les tribunaux ne doivent pas se faire complices d'une telle fraude. Nous avons alors expliqué pourquoi un tel courant devrait être rejeté : ce mariage doit être annulé. Si la majorité des auteurs et des arrêts fondent cette nullité sur l'absence de consentement au mariage, il est difficile de conclure à une inexistence du consentement, celui-ci étant échangé, et qui plus est, de façon solennelle. La justification de la cause du mariage a plutôt été retenue : si celui-ci est nul, c'est parce que la cause est fausse, voire illicite. Le critère déterminant doit tourner autour de la volonté réelle de faire vie commune; dans les faits, il se manifestera particulièrement, mais pas exclusivement, par la présence d'une cohabitation qui est un élément matériel.

Comme c'était le cas dans l'affaire commentée, les situations où un seul des conjoints n'a pas l'intention de faire vie commune et d'intégrer le cadre législatif du mariage, la sanction doit alors prendre sa source non pas dans la notion de « mariage simulé » mais bien dans celle de l'erreur. À ce sujet, il a été constaté que l'erreur sur les qualités substantielles, avec un double critère sociologique et psychologique, est aujourd'hui acceptée dans notre droit. Cette ouverture à l'erreur sur les qualités substantielles n'est pas le fruit du nouveau code

et de la disparition de l'article 148 C.c.B.C., mais de l'évolution jurisprudentielle. L'absence d'intention conjugale quel qu'en soit le motif, obtention de nationalité, calcul, etc., doit donc être traitée comme étant une erreur sur la personne, ce que la jurisprudence fait, ou mieux encore, une erreur sur la cause. Enfin, comme dernier enseignement de l'arrêt *Droit de la famille - 2269*, il est maintenant faux, ou à tout le moins fort réducteur, de soutenir qu'en mariage, le dol ne sert point. S'il est vrai que le dol ne doit pas étendre le domaine sanctionnable de l'erreur à l'erreur sur une qualité non sociologiquement déterminante, force est d'admettre qu'il conserve dans le mariage son rôle probatoire.