

# Interprétation et application des règles de conflit de lois en droit québécois

E. Groffier\*

paragraphes

I. Introduction .....	1
II. Interprétation de la règle de conflit .....	4
A. Qualification .....	5
1. Instabilité de la qualification .....	9
a) Preuve .....	10
b) Prescription .....	12
c) Clause d'arbitrage .....	14
d) Restrictions à la capacité des époux .....	16
e) Testament conjoint .....	18
2. Conflit de qualifications .....	19
B. Renvoi .....	27
C. Question préalable .....	33
D. Droit transitoire .....	37
E. Conflit mobile .....	41
III. Application de la règle de conflit .....	46
A. Preuve de la loi étrangère .....	47
1. Fardeau de la preuve .....	48
2. Modes de preuve .....	51
B. Fraude à la loi .....	58
C. Ordre public .....	67
IV. Conclusion .....	75

---

\* D.c.l., professeur associé à la faculté de droit de McGill University.

## I. INTRODUCTION

1 — Le droit international privé québécois, tout comme le droit civil, tire son origine de l'ancien droit français. Les règles de conflit de lois ont été succinctement codifiées dans les articles 6 à 8 C.c. qui s'inspirent de l'article 3 du Code Napoléon. Celui-ci prévoit que:

Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.

Les Codificateurs<sup>1</sup> en ont retiré les lois de police et de sûreté qui appartiennent à la compétence fédérale et ont comblé les lacunes quant aux meubles et à l'état et à la capacité de l'étranger. De plus, ils ont ajouté une règle concernant la forme des actes, reproduisant la maxime *locus regit actum*, à l'exemple du Code civil de Louisiane<sup>2</sup> ainsi qu'une autre concernant la loi régissant les contrats. Ces dispositions et d'autres peu nombreuses, éparpillées dans le Code civil,<sup>3</sup> correspondent plus ou moins à celles du droit international privé français de l'époque.<sup>4</sup> Il faut noter, toutefois, une différence fondamentale dans le facteur de rattachement du statut personnel, le domicile, qui convient mieux que celui de la nationalité au système juridique d'une unité territoriale comprise dans un Etat fédéral.

2 — La jurisprudence a fait évoluer ces quelques principes, tout comme en France mais pas toujours dans le même sens. Certaines divergences marquantes sont à signaler. Elles sont dues à un ensemble de facteurs tels que les différences dans les textes de base, l'existence d'une division des compétences législatives entre les pouvoirs fédéral et provincial au Canada<sup>5</sup> et, surtout, l'influence du système de la *common law* en vigueur dans les autres provinces du Canada. On peut citer, à titre d'exemples de cette dernière, l'application automatique de la loi du for au divorce international<sup>6</sup> et

<sup>1</sup> *Deuxième Rapport des Commissaires chargés de codifier les lois du Bas-Canada en matières civiles* (1865), aux pp.144, 242 et ss., arts.7 à 7b.

<sup>2</sup> Art.10, al. 1: "The form and effect of public and private written instruments are governed by the laws and usages of the places where they are passed or executed."

<sup>3</sup> Notamment, arts.135 et 348a C.c.

<sup>4</sup> Les Codificateurs citent à plusieurs reprises l'ouvrage de Foelix, *Traité du droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations* 3e éd., par Demangeat (1856).

<sup>5</sup> Voir *Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, 30-31 Vict., c.3, arts.91 et 92 (U.K.) (S.R.C. 1970, Appendice II, no 5, à la p.191).

<sup>6</sup> Voir Mendes da Costa, "Divorce and the Conflict of Laws", dans *Studies in Canadian Family Law* (1972), t.2, 899, à la p.966; Castel, *Canadian Conflict*

l'imposition par la Cour suprême de la solution anglaise en matière de responsabilité civile extracontractuelle.<sup>7</sup>

3 — La double influence du droit français et de la *common law* se fait sentir sur les techniques d'interprétation et d'application de la règle de conflit qui entrent en jeu chaque fois qu'elle désigne une loi étrangère. Le champ d'application de celle-ci est déterminé grâce à l'interprétation de la règle de conflit (II). Une fois cette étape franchie, le tribunal doit effectivement appliquer la loi étrangère ou l'écarter selon le cas (III).

## II. INTERPRÉTATION DE LA RÈGLE DE CONFLIT

4 — L'interprétation de la règle dépend de la classification de la situation comprenant un élément d'extranéité dans les catégories de rattachement du for. C'est le procédé de la qualification (A). Le contenu de la loi étrangère peut varier selon qu'on y inclut ou non le droit international privé. C'est le problème du renvoi (B). Il se peut que la situation juridique étudiée soit complexe et comprenne en fait plusieurs relations qui dépendent les unes des autres. On rencontre alors une difficulté que les juristes ont baptisée la "question préalable" (C). Si la règle de conflit québécoise ou la loi étrangère ont subi des changements entre le moment de la naissance de la situation juridique en cause et le moment où le problème se pose devant le tribunal, celui-ci doit éventuellement recourir au droit transitoire (D). Finalement, si les parties ont déplacé le facteur de rattachement qui soumet le problème à une loi spécifique entre le moment de la naissance de cette situation et le moment où le problème se pose, on se trouve devant un conflit mobile (E).

### A. Qualification

5 — Il existe un grand nombre de définitions de la qualification et, pour commencer par la plus générale, on peut dire que la qualification est une "opération intellectuelle indépendante du conflit de lois et qui est, en réalité, l'un des facteurs fondamentaux du raisonne-

---

*of Laws* (1977), t.2, à la p.115; Talpis, *Valeur et efficacité des divorces en droit international privé québécois* (1973) 14 C.de D. 624 à la p.642; Fréchette, du Mestier du Bourg et Lord, *Le divorce en droit international privé canadien et québécois* (1972) 3 R.D.U.S. 101 à la p.110.

<sup>7</sup> Voir *O'Connor v. Wray* [1930] R.C.S. 231; Crépeau, *De la responsabilité civile extracontractuelle en droit international privé québécois* (1961) 39 R.du B. Can. 3 et la jurisprudence citée par cet auteur.

ment juridique".<sup>8</sup> Le juge doit y recourir constamment, puisque "qualifier, c'est attribuer l'existence juridique à un être, à une chose, à un fait en le rangeant dans une catégorie légale".<sup>9</sup> En droit international privé, c'est en rangeant la situation juridique qui se présente à lui dans une catégorie de rattachement que le juge va connaître la règle de conflit et pouvoir, par conséquent, décider si une loi étrangère s'applique.

6 — La qualification peut porter sur un fait, un accident de la circulation, par exemple, qui se situe directement dans une catégorie du for: la responsabilité civile, le statut des obligations. Elle peut porter sur une règle de droit lorsque les faits se présentent déjà revêtus d'un caractère juridique.<sup>10</sup> Ce fut le cas dans l'affaire célèbre de la quarte du conjoint pauvre.<sup>11</sup> La Cour d'Alger a dû se demander dans quelle catégorie de rattachement — régime matrimonial ou successions — placer une disposition du Code Rohan qui se lisait comme suit:

Après la dissolution du mariage contracté sans acte écrit et lorsqu'il n'est pas né d'enfants, de sorte que les biens n'ont pas été confondus et partagés en trois portions, le conjoint survivant aura en usufruit, s'il est pauvre, le quart des biens du conjoint prédécédé. Il aura en outre la propriété et l'usufruit de la moitié des biens qu'ils auront acquis pendant le mariage par leur travail et leur industrie, le tout après prélèvement des dettes. (art.17, L III, ch.1er).

Au Québec, une affaire analogue a obligé les tribunaux à se demander si une disposition législative du New Hampshire accordant au conjoint survivant une certaine part dans les biens du défunt faisait partie du droit successoral ou du droit matrimonial.<sup>12</sup>

7 — La nature de l'objet de la qualification ne paraît pas avoir beaucoup d'importance. Nous croyons d'ailleurs, avec B. Ancel,<sup>13</sup> que l'objet de la qualification, nécessaire à sa mise en oeuvre, sera, le plus souvent, non pas le fait lui-même mais bien le rapport juridique dans lequel il s'inscrit.

Ainsi, l'accident d'automobile est présenté au tribunal avec la prétention du demandeur de se voir octroyer des dommages-intérêts.

<sup>8</sup> Motulsky, "Procédure civile et commerciale" dans *Répertoire de droit international* (1968), no 27; voir aussi, Louis-Lucas, *Qualification et Répartition* (1957) 46 Rev. crit. dr.int.priv. 153.

<sup>9</sup> Arminjon, *Précis de droit international privé* 3e éd. (1947), t.I, à la p.309.

<sup>10</sup> Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé* (1956), à la p.57.

<sup>11</sup> Alger, 24 décembre 1889 (*Bartholo*), Cl. 1891.1171.

<sup>12</sup> *Pouliot v. Cloutier* [1944] R.C.S. 284.

<sup>13</sup> Ancel, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux* (1977), nos 219 et ss.

Celle-ci est fondée sur la notion de délit et l'obligation de réparer. C'est ce rapport: objet de l'obligation (accident) et objet de la prétention (réparation) qui sera soumis à la qualification, qu'il soit ou non formulé par une disposition législative.

8 — Deux catégories de difficultés peuvent se produire dans la qualification d'une situation juridique contenant un élément d'extranéité. D'une part, la qualification donnée par les tribunaux du for peut ne pas être constante. D'autre part la qualification de la loi québécoise et celle donnée par la loi étrangère peuvent être opposées.

### 1. *Instabilité de la qualification*

9 — L'hésitation de la jurisprudence dans la qualification d'un rapport juridique n'est pas propre au droit international privé. Elle se produit en droit interne et la longue controverse au sujet du caractère contractuel ou délictuel de la responsabilité en matière de transport de personnes en est un exemple.<sup>14</sup>

En droit international privé, une telle hésitation entraîne une instabilité dans l'interprétation des règles de conflit, puisque la qualification détermine le choix de la catégorie de rattachement. Ainsi, les juges québécois ont notamment hésité entre le caractère substantiel ou procédural de la preuve, de la prescription et de la clause d'arbitrage. D'autres difficultés ont marqué la qualification des restrictions à la capacité des époux et du testament conjoint, pour ne citer que quelques exemples.

#### a) **Preuve**

10 — Lorsque les tribunaux considèrent que la preuve est un moyen de faire valoir en justice un droit contesté, ils lui donnent un caractère substantiel qui entraîne l'application de la loi régissant le rapport juridique qu'il s'agit de prouver.<sup>15</sup> Si, par contre, ils considèrent la preuve comme un moyen de former la conviction du juge,

<sup>14</sup> Voir Crépeau, *Réflexions sur le fondement juridique de la responsabilité civile du transporteur de personnes* (1961) 7 McGill L.J. 225; pour un tour d'horizon récent du problème, voir *Surprenant v. Air Canada* [1973] C.A. 107. Il faut noter qu'une controverse analogue concernant la qualification de la responsabilité en matière de transport du passager bénévole a été définitivement tranchée en faveur de la qualification délictuelle par la décision dans l'affaire *McLean v. Pettigrew* [1945] R.C.S. 62, [1945] 2 D.L.R. 65.

<sup>15</sup> Voir notamment, *Wilson v. Perry* (1859) 4 L.C.J. 17 (C.S.); *Lefèbvre v. Dignan* (1897) 3 R.de J. 194 (C.S.); *Lapotterie v. C.U.R.* (1906) 12 R.de J. 159 (C.S.).

le caractère procédural l'emporte et elle est régie par la *lex fori*.<sup>16</sup> Cette distinction, qui n'a pas toujours été faite avec clarté, tire son origine de l'ancien droit français.<sup>17</sup> L'hésitation dans son application qui existe également en droit français moderne<sup>18</sup>, est renforcée par le fait que le droit québécois de la preuve est inspiré en partie du droit anglais, du moins en matières commerciales.<sup>19</sup> Or, en *common law*, la preuve est en principe une question de procédure.<sup>20</sup>

11 — Le Projet de réforme du droit international privé québécois s'efforce de trancher la difficulté en proposant la règle suivante:

Le fardeau de la preuve est régi par la loi qui s'applique au fond du litige. L'admissibilité des moyens de preuve et leur force probante sont régies par la loi qui s'applique au fond du litige, sous réserve des règles, plus favorables, de la loi du tribunal saisi.<sup>21</sup>

Cette proposition est destinée à mettre, de façon simple et élégante, un terme à la controverse.

#### b) Prescription

12 — Les articles 2189 à 2191 C.c. énoncent des règles de conflit en matière de prescription qui, de l'aveu des Codificateurs, étaient destinées à combiner le droit anglais et l'ancien droit français.<sup>22</sup> On ne peut pas dire que le résultat "pèche par un excès de clarté".<sup>23</sup> Bien que les articles 2189 et 2190 C.c. rattachent la prescription à la *lex causae*, un certain nombre de décisions anciennes<sup>24</sup> ont appliqué la solution anglaise suivant laquelle la prescription est une question

<sup>16</sup> Voir notamment, *Abbott v. Arnton* (1918) 24 R.L.n.s. 236 (C.S.); *John Morrow Screw and Nut Co. v. Hankin* (1918) 58 R.C.S. 74; voir Castel, "Principes généraux de droit international privé québécois" dans *Problèmes de droit contemporain*, Mélanges L. Baudouin (1974), 237 à la p.273; Fréchette et Langevin, *La preuve en droit international privé québécois* (1974) 5 R.D.U.S. 186.

<sup>17</sup> Johnson, *Conflict of Laws* 2e éd. (1962), à la p.874.

<sup>18</sup> Batiffol et Lagarde, *Droit international privé* 6e éd. (1976), t.2, nos 706 et ss.

<sup>19</sup> Notamment, l'art.1235 C.c.

<sup>20</sup> Dicey et Morris, *Conflicts of Laws* 9e éd. (1973) aux pp.1106 et ss.

<sup>21</sup> *Rapport sur le droit international privé* (1975) O.R.C.C. Montréal XXXII, art.6.

<sup>22</sup> *Troisième Rapport des Commissaires chargés de codifier les lois du Bas-Canada en matières civiles*, supra, note 1, aux pp.410 et ss.; voir également, Johnson, *Voyage autour de l'article 2190 C.C.* (1955) 33 R.du B.Can. 687 aux pp.690 et ss.

<sup>23</sup> *Holtzheuser v. Robberecht* [1961] C.S. 423 à la p. 424 (J. Morin).

<sup>24</sup> Ces décisions sont particulièrement bien analysées dans l'étude de Fréchette, *La prescription en droit international privé* (1972) 3 R.D.U.S. 121 aux pp.134 et ss.

de procédure régie par la *lex fori* si elle constitue une fin de non recevoir à l'action, et une question de fond, régie par la *lex causae*, si elle éteint le droit.<sup>25</sup> La décision de la Cour supérieure dans l'affaire *Scottish Metropolitan Assurance Company v. Graves*<sup>26</sup> est venue remettre le problème dans sa perspective véritable en rappelant qu'il était inutile de s'engager dans une controverse de droit international privé alors qu'il existait une règle spécifique dans le Code civil. Depuis lors, la qualification substantielle plus conforme au Code civil semble prédominer.<sup>27</sup>

13 — Ici aussi, le Projet de réforme du droit international privé s'efforce de mettre fin à toute hésitation puisqu'il propose une disposition rédigée comme suit:

La prescription est régie par la loi qui s'applique au fond du litige.<sup>28</sup> Le commentaire de cette règle, qui a le mérite d'être claire, précise qu'elle doit s'appliquer même si la loi étrangère applicable fait de la prescription une question de procédure.<sup>29</sup> Les rédacteurs du Projet ont voulu prévenir toute tentation de créer un "conflit de qualifications", notion que nous étudierons plus loin.

### c) Clause d'arbitrage

14 — La qualification de la clause d'arbitrage en droit international privé québécois a fait également l'objet d'hésitations. La Cour suprême du Canada, dans une affaire provenant du Québec, avait qualifié une telle clause comme une question de procédure<sup>30</sup> tandis qu'une opinion dissidente, dans cette même décision, considérait que les parties avaient soumis le contrat et spécialement la clause d'arbitrage au droit substantiel des Etats-Unis.<sup>31</sup> Quelques années plus tard, dans l'affaire *Normandin v. Angelic Power*,<sup>32</sup> la Cour fédérale a déclaré que: "la clause compromissoire est une convention".<sup>33</sup>

<sup>25</sup> Dicey et Morris, *supra*, note 20, aux pp.1103 et ss.

<sup>26</sup> [1955] C.S. 88.

<sup>27</sup> *Holtzheuser v. Robberecht*, *supra*, note 23; *Banque commerciale d'es-compte v. Zarbour* C.S.M., no 6677599, 19 mars 1969.

<sup>28</sup> *Rapport*, *supra*, note 21, art.7.

<sup>29</sup> *Ibid.*, à la p.50.

<sup>30</sup> *National Gypsum Co. v. Northern Ltd* [1964] R.C.S. 144 à la p. 149 (J. Fauteux).

<sup>31</sup> *Ibid.*, à la p.157 (J. Cartwright).

<sup>32</sup> [1971] C.F. 263 à la p.271 (T.D.). Voir commentaires de Croteau dans (1972) 32 R.du B. 298 et Groffier dans (1972) 6 Interlex 17.

<sup>33</sup> Nous ne traitons pas ici de la distinction entre "clause compromissoire" et "compromis" ni de la validité de la première qui sont de peu d'intérêt du point de vue de la qualification; pour un aperçu du problème voir Sareika dans (1977) 37 R.du B. 244 et les notes bibliographiques très complètes.

Il semble bien que cette interprétation soit destinée à l'emporter.<sup>34</sup>

15 — Le Projet de réforme va dans ce sens et traite la clause d'arbitrage comme une convention:

La validité de la convention d'arbitrage international est régie par la loi de l'Etat désigné expressément par les parties.

En l'absence de désignation expresse, elle est régie par la loi applicable au contrat auquel elle se rapporte.<sup>35</sup>

d) Restrictions à la capacité des époux

16 — Les tribunaux ont longtemps hésité entre une qualification "capacité" et une qualification "régime matrimonial" des restrictions à la capacité des époux en tant que personnes mariées.<sup>36</sup> Ainsi, dans la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Belecque v. Léger*,<sup>37</sup> la Cour supérieure faisait dépendre ces restrictions de la loi du domicile des époux au moment de passer l'acte litigieux tandis que, quelques années plus tard, elle les rattachait à la loi du domicile matrimonial régissant le régime matrimonial.<sup>38</sup> Cette dernière qualification est fondée sur une jurisprudence plus ancienne.<sup>39</sup> Elle semble abandonnée,<sup>40</sup> bien que la Cour d'appel n'ait pas été appelée à trancher. Le problème a perdu de son importance avec la disparition des incapacités résultant du mariage. Le principe suivant lequel la capacité juridique des époux n'est pas diminuée par le mariage est, en effet, de plus en plus répandu.<sup>41</sup>

17 — De toute manière, le Projet de réforme précise bien que,

[l]es effets du mariage ... sont soumis à la loi de leur [des époux] domicile commun au moment où ces effets sont en cause ...<sup>42</sup>

Cette règle est destinée à mettre fin à toute controverse si le problème devait encore se poser.

<sup>34</sup> Voir, notamment, *Sinyors Spinners of Canada Ltd v. Leeson Corp.* [1976] C.A. 395.

<sup>35</sup> *Rapport, supra*, note 21, art.29, als. 1 et 2.

<sup>36</sup> Il s'agissait, au Québec, notamment, des prohibitions de donner ou de vendre entre époux (art.1265 C.c. ancien; art.1483 C.c. ancien), celle pour la femme de s'engager pour son mari (art.1301 C.c. ancien) et de l'incapacité de la femme mariée.

<sup>37</sup> (1920) 57 C.S. 447.

<sup>38</sup> *Huestis v. Fellow* (1927) 65 C.S. 137.

<sup>39</sup> *Lavolette v. Martin* (1861) 5 L.C.J. 211 (B.R.); *McNamara v. Constantineau* (1897) 3 R.de J. 482 (C.S.).

<sup>40</sup> *Louiseize v. Paquette* [1966] C.S. 381.

<sup>41</sup> Au Québec, art.177 C.c.; voir, notamment, en France, art.216 C.c., en Belgique, art.212 C.c.

<sup>42</sup> *Rapport, supra*, note 21, art.10.



## e) Testament conjoint

18— Un autre exemple d'hésitation dans la qualification est celle du testament conjoint, prohibé en droit québécois<sup>43</sup> mais fréquemment utilisé en *common law*. La Cour supérieure a fait du caractère conjoint du testament tantôt une question de forme<sup>44</sup> tantôt une question de fond.<sup>45</sup> C'est l'étude de diverses dispositions du Code civil québécois, notamment les articles 7, 756 et 841 C.c., qui a amené la Cour supérieure à la dernière conclusion. Il s'agit donc bien d'une hésitation de qualification d'une institution étrangère en vertu des concepts du droit québécois. Cependant, on pourrait se demander, ici, s'il ne faudrait pas vérifier la qualification d'un tel testament dans le droit qui le prévoit. On arrive, alors, à poser la question: selon quelle loi qualifier? On aboutit à un conflit de qualifications lorsque celle du for et celle du droit étranger sont différentes.

2. *Conflit de qualifications*

19— Le conflit de qualifications peut se poser dans les situations suivantes:

- (i) deux systèmes juridiques attachent des significations différentes à la même institution; par exemple, la notion de domicile au Québec et celle qui a cours en France ne recouvrent pas la même réalité;
- (ii) un système juridique étranger contient des idées et des conceptions complètement inconnues de celui du for; par exemple, le droit québécois ignore la notion "d'adoption simple" du droit français;<sup>46</sup>
- (iii) deux systèmes juridiques peuvent répartir des problèmes entre diverses branches du droit de façon différente; par exemple, le recours contre le bris des promesses de mariage peut être contractuel dans un pays et délictuel dans l'autre;
- (iv) deux systèmes juridiques peuvent utiliser des méthodes différentes pour atteindre le même but. Une loi peut prévoir une procédure condamnant le père présumé à payer des aliments

---

<sup>43</sup> Art.841 C.c.

<sup>44</sup> *Re Geisinger* [1957] R.P. 42 (C.S.).

<sup>45</sup> *Re Gaudet* [1966] R.P. 226 (C.S.); [1968] C.S. 389.

<sup>46</sup> Pour ce cas spécifique de conflit de qualifications, voir Groffier, *L'adoption en droit international privé comparé* (1976) 65 *Rev. crit.dr.int.priv.* 603 aux pp.632 et ss.

à l'enfant alors qu'une autre loi exigera la reconnaissance de la filiation qui a pour effet de créer une obligation alimentaire.

20 — On peut se demander s'il n'y a pas lieu de qualifier une disposition d'une loi étrangère suivant cette loi sous peine de déformer complètement la loi qu'on veut appliquer. Ainsi, le droit québécois fait du consentement des parents au mariage de leur enfant mineur une question de capacité. L'article 119 C.c. se trouve en effet dans le chapitre premier du titre cinquième du Livre I de ce Code, intitulé "Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage", et non dans le chapitre II, intitulé "Des formalités relatives à la célébration du mariage". Par contre, en droit ontarien, comme dans les autres droits inspirés de la *common law*, le consentement des parents au mariage de leurs enfants est une question de forme. Dans l'affaire *Redshaw*,<sup>47</sup> le juge Greenshield refusa d'annuler un mariage contracté par un mineur québécois, en Ontario, sans le consentement de ses parents. Il s'agissait, selon lui, d'un mariage ontarien et le consentement parental était une question de forme régie par la loi du lieu où l'acte avait été passé. La qualification selon le droit québécois a prévalu dans d'autres cas.<sup>48</sup>

21 — Le grand reproche à formuler au recours à la *lex causae* est que la qualification est nécessaire pour déterminer la loi applicable et qu'il est illogique de la demander au droit étranger alors qu'on ignore s'il est applicable ou non. Si la qualification détermine la désignation de la loi applicable, il est impossible de s'en remettre à la seconde (la conséquence) pour établir la première (la condition). De plus, le choix du facteur de rattachement, l'élément qui désigne la loi applicable, n'est pas arbitraire. Il correspond à une conviction, un jugement de valeur, du for. Le droit du for peut ainsi préférer le domicile à la nationalité pour toutes sortes de raisons dictées par la structure politique de l'Etat en cause ou par sa politique démographique. Le facteur de rattachement forme un tout avec la catégorie de rattachement. Le domicile s'intègre, alors, au statut personnel. Or, remettre la qualification à la loi étrangère qui l'édicte, c'est s'exposer "à renoncer à la justification du facteur de rattachement".<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> *Redshaw v. Redshaw* [1942] C.S. 109.

<sup>48</sup> *Agnew v. Gober* (1910) 38 C.S. 313; *McLure v. Holford* [1946] R.L. 126 (C.S.).

<sup>49</sup> Ancel, *supra*, note 13, no 135.

La majorité de la doctrine<sup>50</sup> s'est prononcée en faveur de la qualification *lege fori*. Il en est de même de la Cour d'appel du Québec dans une décision récente. Dans l'affaire *Gauthier v. Bergeron*,<sup>51</sup> M le juge Deschênes a en effet déclaré:

Le sort de la cause tournera donc éventuellement sur le choix du système légal que le tribunal doit appliquer au litige. A son tour, ce choix dépend de la qualification du problème juridique. Il est de toute première importance de retenir, à ce moment, que seules les lois du Québec doivent alors recevoir considération. Ce serait en effet ouvrir un cercle vicieux et prêter le flanc à l'illogisme que d'entreprendre de qualifier le problème en vertu de la loi étrangère alors qu'on ignore encore si celle-ci doit s'appliquer et qu'on s'apprête à rechercher précisément quel système de lois doit régir les relations entre les parties.

22 — Néanmoins, la jurisprudence québécoise s'est souvent montrée hésitante.<sup>52</sup> Ainsi, dans l'affaire *Samson v. Holden*,<sup>53</sup> la Cour suprême a qualifié la qualité pour ester en justice du représentant d'une succession comme une question de procédure, parce que cela en était une d'après la loi du Maine. La Cour a d'ailleurs essayé de combiner les qualifications *lege causae* et *lege fori*:

Etant d'avis que tant d'après le droit international privé du Québec que d'après la loi du Maine, il s'agit en l'espèce d'une question de procédure n'affectant pas la substance du droit donné aux intimés...<sup>54</sup>

L'affirmation que la qualité pour ester en justice constitue une question de procédure en droit québécois est assez curieuse. Certes, les articles 79 et 80 C.p.c., (maintenant 57 et 58 C.p.c.) se trouvaient bien dans ce Code, mais le texte même de l'article 80 C.p.c. mentionnait simplement "une personne qui *par les lois* d'un pays étranger, a droit de représenter une personne qui y est décédée..." et n'excluait nullement qu'il pût s'agir d'une question de capacité,

---

<sup>50</sup> Voir notamment, Batiffol et Lagarde, *supra*, note 18, t.1, no 294; Lederman, *Classification in Private International Law* (1951) 29 R.du B.Cán. 3 et 168 aux pp. 29 et ss.; North (ed.) *Cheshire's Private International Law* 9e éd. (1974) aux pp. 44 et ss.; Dicey et Morris, *supra*, note 20, aux pp. 22 et ss.; Castel, *supra*, note 16, à la p.248.

<sup>51</sup> [1973] C.A. 77 à la p. 79; voir aussi *Surprenant v. Air Canada*, *supra*, note 14.

<sup>52</sup> Contrairement à la jurisprudence française depuis l'arrêt de principe de la Cour de cassation: Civ., 22 juin 1955 (*Caraslanis*), D.1956.73 (note Chavrier); (1955) 44 Rev. crit.dr.int.priv. 723 (note Batiffol).

<sup>53</sup> [1963] R.C.S. 373.

<sup>54</sup> *Ibid.*, à la p.381.

ce qu'une jurisprudence ancienne semblait confirmer,<sup>56</sup> avec, il est vrai, certaines hésitations.<sup>56</sup>

La décision de la Cour suprême a été vivement critiquée par J.G. Castel<sup>57</sup> qui se déclare d'accord avec l'opinion minoritaire de M le juge Taschereau, partisan d'une qualification reposant uniquement sur le droit québécois.<sup>58</sup>

23 — Il n'est pourtant pas toujours facile de qualifier une institution étrangère sans procéder à une certaine analyse de cette institution dans le contexte de la loi étrangère. Ainsi, dans l'affaire de la quarte du conjoint pauvre,<sup>59</sup> il a fallu que le juge français examine de quoi il s'agissait dans le droit maltais avant de décider dans quelle catégorie du système du for placer cette institution. H. Battifol et P. Lagarde déclarent fort justement que "la qualification comporte donc deux phases: une phase préparatoire d'analyse selon la loi étrangère et une phase de jugement selon la loi du for".<sup>60</sup> Il semble que la Cour suprême du Canada y ait eu recours dans l'affaire *Pouliot v. Cloutier*.<sup>61</sup>

Lorsque l'institution à qualifier est inconnue du droit du for, il est souvent impossible d'employer les qualifications du droit interne telles quelles. Le droit comparé conduit à une extension, à un élargissement des catégories du for, pour créer ainsi des qualifications locales pour les fins du droit international privé.<sup>62</sup> Ce point de vue est admis par la doctrine,<sup>63</sup> bien que les auteurs ne soient pas toujours d'accord sur l'étendue de la "déformation" des qualifications du droit interne.<sup>64</sup> On peut trouver quelques exemples de

<sup>55</sup> *Schatz v. McEntyre* [1935] R.C.S. 238; inf. (1934) 56 B.R. 520; *Powis v. The Quebec Bank* (1893) 2 B.R. 566; *Gilles v. Jacques* (1891) 7 M.L.R.Q.B. 456, (1887) 31 L.C.J. 266 (B.R.); inf. (1885) 1 M.L.R.S.C. 166; *Dini v. The Canadian Construction Co.* (1900) 6 R.L.n.s. 213 (C.S.); *Rev. Chalmers v. The Shoe Wire Grip Co.* (1898) 4 R.L.n.s. 397 (C.S.); *David v. The Royal Trust* (1927) 42 B.R. 532; conf. (1925) 28 R.P. 155.

<sup>56</sup> Voir Johnson, *supra*, note 17, aux pp. 144 et ss.

<sup>57</sup> *Supra*, note 16, à la p.269.

<sup>58</sup> *Supra*, note 53, à la p.386.

<sup>59</sup> *Supra*, note 11.

<sup>60</sup> *Supra*, note 18, t.1, no 294.

<sup>61</sup> *Supra*, note 12, à la p.290 (J. Rand).

<sup>62</sup> Battifol et Lagarde, *supra*, note 18, t.1, no 297.

<sup>63</sup> Notamment, Kahn-Freund, *General Problems of Private International Law*, Recueil des Cours de l'Académie de La Haye (1974), t.III, 139 à la p.375; Maury, *Règles générales des conflits de lois*, Recueil des Cours de l'Académie de La Haye (1936), t.III, 325, no 153.

<sup>64</sup> Pour une conception plus large suivant laquelle les catégories du droit international privé devraient être fondées sur l'observation du droit com-

cette technique dans la jurisprudence québécoise. Les tribunaux firent notamment appel à la notion de "mariage religieux seulement" à un moment où le Québec ignorait le mariage civil pour décrire un mariage religieux de personnes déjà mariées civilement à l'étranger<sup>65</sup> et à celle de "séparation de corps et de biens" pour englober un *separation agreement* ontarien.<sup>66</sup>

24 — Toutefois, cette méthode, quoique très souple, échoue parfois. Sir Otto Kahn-Freund en donne un exemple:<sup>67</sup> si un jeune homme de dix-huit ans, domicilié dans le pays A (dont il a la nationalité), se marie dans un pays B où il ne faut pas de consentement parental, alors qu'il en faut un dans le pays A, le mariage est valide si en A et en B ce consentement est une question de forme. Par contre, si plus tard la validité du mariage doit être décidée dans le pays C, où c'est une question de capacité, le mariage serait invalide. Cette solution est assez choquante; pourtant aucune déformation de la qualification du for ne pourrait arriver à un résultat satisfaisant. De même, il serait presque impossible, au Québec, de qualifier en termes de régime matrimonial les *property adjustment orders* prévus dans un certain nombre de législations de la *common law*.<sup>68</sup> De tels cas ont poussé quelques-uns à recommander la qualification *lege causae*, mais ils sont en minorité.<sup>69</sup> Ce genre de problème a conduit F. Rigaux à aborder la théorie des qualifications d'une façon assez originale.

Selon lui,

il convient d'analyser les données spécifiques de la situation internationale et l'interprétation de la catégorie de rattachement ne résultera pas d'un procédé conceptuel de qualification, mais elle s'exprimera au moyen d'une règle de droit international privé subsidiaire, immédiatement applicable à la situation considérée.<sup>70</sup>

Falconbridge se rapproche de cette conclusion lorsqu'il soutient que le recours à la théorie des qualifications peut parfois suggérer l'opportunité de revoir et de compléter les règles de conflits existantes.<sup>71</sup>

---

paré, voir David, *Traité élémentaire de droit civil comparé* (1950), à la p.109. Pour une conception beaucoup plus stricte, voir Castel, *supra*, note 16, aux pp.248 et ss.

<sup>65</sup> *Courcy v. Grisé* [1955] B.R. 329.

<sup>66</sup> *Proulx v. Rivest* (1920) 58 C.S. 418; voir aussi, *Somberg v. Zaracoff* [1949] C.S. 301 pour la notion de "divorce rabbinique".

<sup>67</sup> *Supra*, note 63, à la p.382; voir également Currie, *The Disinterested Third State* (1963) 28 L.& Contemp.Prob. 754.

<sup>68</sup> Voir e.g., en Angleterre, *Matrimonial Causes Act 1973*, 1973, c.18, s.24 (U.K.); voir Groffier, *La qualification du régime des biens des époux en droit international privé québécois* (1976) 22 McGill L.J. 658.

<sup>69</sup> Notamment, Vander Elst, *Droit international privé* (1974-75), à la p.116.

<sup>70</sup> *La théorie des qualifications* (1956), à la p.496.

<sup>71</sup> Falconbridge, *Essays on the Conflict of Laws* 2e éd. (1954), à la p. 72.

25 — L'article 2 du Projet sur le droit international privé prévoit que:

[L]a qualification est demandée au système du tribunal saisi.

La qualification des biens comme meubles et immeubles est demandée à la loi de leur situation réelle.

Si le principe du premier alinéa correspond aux vues de la majorité de la doctrine et de la jurisprudence québécoise, le texte paraît, néanmoins, un peu simpliste. En effet, il n'est pas précisé qu'il s'agit uniquement de la qualification dont dépend le choix de la loi applicable. Il faut noter que la rédaction d'une règle écrite dans ce domaine a été rarement tentée. Seule la codification portugaise semble s'y être attaquée.<sup>72</sup> Ce texte, trop rigide à notre avis, n'apporte pas de solution dans les cas analogues à ceux signalés par Sir Otto Kahn-Freund, et risque d'orienter la jurisprudence vers un manque de souplesse regrettable en la matière. Le deuxième alinéa est logique puisqu'il ne s'agit pas d'une qualification dont dépend l'applicabilité de la loi étrangère. Il faut noter que cette règle nouvelle s'écarte du droit actuel puisque l'article 6, alinéa 2 C.c. prescrit d'appliquer la loi québécoise aux biens meubles lorsqu'il s'agit de la distinction et de la nature des biens.

26 — En conclusion, la qualification menant à l'application de la loi étrangère doit être empruntée à la loi du for mais non pas nécessairement au droit interne. Des qualifications spéciales pourraient être créées pour le droit international privé. D'autre part, ce principe n'empêche nullement une analyse de l'institution étrangère suivant la loi dont elle dépend. Finalement, lorsque ces procédés très souples aboutissent à une impasse, il s'agit de créer une règle de conflit spéciale. Il faut se demander, maintenant, quel est le contenu du droit étranger et spécialement, s'il comprend également le droit international privé.

## B. Renvoi

27 — Lorsque la règle de conflit québécoise désigne une loi étrangère, on peut envisager qu'il s'agit du seul droit interne du système juridique en cause ou, au contraire, qu'il faut s'y référer en appliquant également ses règles de droit international privé. Ce dernier procédé est appelé "le renvoi". Pour que le problème se pose, il faut que la règle de conflit étrangère attribue compétence soit à la loi du for soit à une troisième loi. Si elle attribuait compétence à son propre droit interne, il n'y aurait pas de problème puisque la solution serait la même que celle qui serait obtenue en convenant

---

<sup>72</sup> Art.15. Voir, *Les législations de droit international privé* (1971), à la p.160.

que les règles de conflit québécoises ne peuvent désigner qu'un droit interne étranger.<sup>73</sup>

28 — On distingue généralement deux catégories de renvoi. Il y a renvoi au premier degré lorsque la règle de conflit étrangère renvoie à la loi du for. Le renvoi au deuxième degré se produit lorsque la règle de conflit étrangère renvoie à une loi tierce qui elle-même peut renvoyer à la loi d'un autre système juridique, et ainsi de suite. Certains pays, par exemple la France, admettent le renvoi à la loi du for ou à une autre loi. En particulier, la jurisprudence française tend à approuver le renvoi lorsqu'il se fait vers la loi du for.<sup>74</sup> D'autres pays, comme l'Italie, rejettent le renvoi et appliquent le droit interne du pays désigné par leurs règles de conflit.<sup>75</sup> Il faut encore mentionner la solution anglaise ou "double renvoi" qui consiste à appliquer le droit étranger avec ses règles de droit international privé ainsi que celles concernant le renvoi. En d'autres termes, le juge anglais rend le jugement qu'aurait rendu le juge étranger.<sup>76</sup> Un tel procédé mène à une impasse si plusieurs systèmes juridiques y font appel. Comme il est inconnu au Québec et dans la plupart des autres juridictions, il n'est évoqué ici que pour mémoire.

29 — Le droit positif québécois est particulièrement peu explicite en matière de renvoi. Une seule décision, déjà ancienne, de la Cour d'appel a eu recours au renvoi, et a été approuvée par la Cour suprême.<sup>77</sup> Il s'agissait de l'interprétation de la maxime *locus regit actum*. Un Québécois, en voyage à New York, y avait fait son testament suivant la forme du testament olographe admise au Québec mais prohibée dans l'Etat de New York. Toutefois, la loi new-yorkaise permettait aux étrangers non domiciliés dans l'Etat de faire un testament dans les formes permises par la loi de leur domicile, du moins en ce qui concerne leurs biens meubles. L'affaire aurait pu se résoudre en donnant à la maxime *locus regit actum* un carac-

<sup>73</sup> Francescakis, "Renvoi" dans *Répertoire de droit international* (1968), no 6; *La Théorie du renvoi, et les conflits de systèmes en droit international privé* (1958), no 53.

<sup>74</sup> Notamment, Civ., 5 mai 1875 (*Forgo*), S.75.1.409, dans la même affaire, Civ., 24 juin 1878, S.78.1.429; Req., 1er mars 1910 (*Soulié*), D.P. 12.1.262, S. 13.1.105, Cl. 1910.888, (1910) 6 Rev. dr.int.pr. 870; Civ., 7 mars 1938 (*de Marchi*), (1938) 27 Rev. crit.dr.int.priv. 472; Req., 10 mai 1939 (*Birchall*), S.42.1.73 (note Niboyet); Civ., 8 déc. 1953 (*Sommer v. Mayer*), D.1954.167; J.C.P. 54.II.8080 (note Savatier), (1955) 44 Rev. crit.dr.int.priv. 133 (note Motulsky).

<sup>75</sup> Constitution du 27 décembre 1947, art.30; voir aussi, *supra*, note 72, 125.

<sup>76</sup> Dicey et Morris, *supra*, note 20, aux pp.51 et ss.

<sup>77</sup> *Ross v. Ross* (1895-96) 25 R.C.S. 307; conf. (1893) 2 B.R. 413; conf. (1892) 2 C.S. 8.

tère facultatif, solution rejetée par la Cour d'appel. Celle-ci valida toutefois le testament grâce au renvoi. Par contre, la Cour suprême du Canada se prononça en faveur du caractère facultatif de la règle *locus regit actum* et n'approuva qu'incidemment le renvoi tel qu'il avait été admis par la Cour d'appel. On ne peut donc pas dire que l'arrêt de la Cour suprême fasse autorité au Québec.<sup>78</sup> Les provinces anglaises du Canada ne sont guère plus riches dans le domaine du renvoi. Une décision plus récente de Colombie-Britannique l'a rejeté dans une affaire de prêt, le tribunal ne s'étant pas considéré comme lié par la décision de la Cour suprême.<sup>79</sup>

30 — La doctrine est fortement divisée au sujet du renvoi. Les arguments en sa faveur sont en général fondés sur le souci d'assurer la coordination des systèmes de droit international privé. Ainsi, H. Batiffol et P. Lagarde font observer qu'il n'est pas surprenant que le législateur, édictant lui-même la règle de conflit, prévoit une coordination éventuelle de sa règle avec la règle de conflit étrangère.<sup>80</sup> L'idée souvent émise que le renvoi est un abandon de la règle du for au profit de la règle étrangère ne se justifie pas, selon eux, "parce que la règle étrangère n'entre pas en jeu par miracle, mais par la désignation de notre règle de conflit; il y a donc coordination des deux règles". Certains auteurs se déclarent, ainsi, en faveur du renvoi.<sup>81</sup> D'autres pensent qu'il faut y avoir recours lorsqu'il peut apporter une solution à des situations qui, autrement, seraient inextricables.<sup>82</sup> J.G. Castel s'est prononcé avec force contre le renvoi, car, selon lui, les règles de conflit ont été édictées "sans prendre en

<sup>78</sup> Castel, *supra*, note 16, à la p. 254.

<sup>79</sup> Voir *Rosencrantz v. Union Contractors Ltd and Thornton* (1960) 23 D.L.R. (2d) 473, 31 W.W.R. (N.S.) 597 (C.S.B.C.). Un arrêt de la Cour d'appel du Québec rejeta le renvoi en matière fiscale en 1933, mais, étant donné la nature particulière du droit fiscal, il est difficile d'en tirer argument: *Le Roi v. National Trust Co.* (1933) 54 B.R. 351 à la p.369, confirmé sur un autre point par la Cour suprême, [1933] R.C.S. 670.

<sup>80</sup> *Supra*, note 18, t.I, no 304; voir également, Batiffol, *Coordination des systèmes nationaux*, Recueil des Cours de l'Académie de La Haye (1967), t.I, 169, aux pp.173 et ss.

<sup>81</sup> Lafleur, *Conflict of Laws* (1898), à la p.22; Trudel, *Traité de droit civil du Québec* (1942), à la p.30; Johnson, *supra*, note 17, aux pp.10 et ss.; Deschênes, "La théorie du renvoi en droit québécois" dans *Etudes juridiques en hommage à monsieur le juge Bernard Bissonnette* (1963), à la p.265; Kélada, *Conflits de lois* (1974), à la p.46. Cet auteur se prononce en faveur du renvoi au premier degré seulement et appliquerait la *lex fori* en cas de renvoi au deuxième degré.

<sup>82</sup> Falconbridge, *supra*, note 71, à la p.141; Baxter, *Essays on Private Law* (1966), à la p.63.



considération les règles étrangères".<sup>83</sup> L'auteur soutient que le renvoi ne peut aboutir à l'unification des solutions et à la coordination des systèmes juridiques que par accident, ou si les deux systèmes juridiques en présence désignent l'un la loi interne et l'autre la loi du conflit, ce qui éviterait le *circulus inextrabilis*. De plus, il serait très difficile pour les tribunaux de découvrir les cas où il y aurait coordination parfaite des systèmes.

31 — Le Projet de réforme s'est également prononcé pour l'exclusion du renvoi, en proposant la disposition suivante:

Lorsqu'en vertu des règles de droit international privé, le droit d'un Etat étranger s'applique, il s'agit des règles de droit interne de cet Etat.<sup>84</sup>

Les rédacteurs du Projet font remarquer que "les complications et les subtilités auxquelles on est amené pour arriver à une coordination parfaite des systèmes juridiques en présence . . . paraissent disproportionnées à l'objet du problème et peu susceptibles d'une application judiciaire facile. La théorie du renvoi augmente aussi l'incertitude des parties quant à leurs obligations respectives."<sup>85</sup> Dans une version antérieure, la règle était assortie d'une réserve:

Lorsqu'une règle de droit international privé du Québec prescrit l'application au cas donné de la loi du domicile de la personne intéressée et que l'Etat où celle-ci est domiciliée, de même que l'Etat dont elle est ressortissante, prescrivent tous les deux l'application de la loi nationale, les tribunaux québécois appliqueront les dispositions du droit interne de la loi nationale.<sup>86</sup>

Cette réserve était inspirée de la Convention de La Haye pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile, conclue le 15 juin 1955.<sup>87</sup> Cette Convention n'est jamais entrée en vigueur, et la réserve a été abandonnée par le Comité du droit international privé au profit d'une règle plus stricte. Nous regrettons que la prohibition ne soit pas plus nuancée. On aurait pu penser à une interdiction de principe, sauf dans certains cas particuliers.<sup>88</sup> La possibilité

<sup>83</sup> *Propos sur la structure des règles de rattachement en droit international privé québécois* (1961) 21 R. du B. 191 à la p.198; *Canadian Conflict of Laws*, *supra*, note 6, t.1, aux pp.50 et ss.; voir aussi le commentaire de *Rosencrantz v. Union Contractors Ltd and Thornton* (*supra*, note 79) dans (1961) 39 R. du B. Can. 93 à la p.99.

<sup>84</sup> *Rapport, supra*, note 21, art.3.

<sup>85</sup> *Ibid.*, à la p.42.

<sup>86</sup> Citée dans Castel, *supra*, note 16, à la p.257.

<sup>87</sup> Voir texte *Conférence de La Haye de droit international privé*, Recueil des Conventions de La Haye (1970), à la p.24.

<sup>88</sup> Voir Francescakis, *La Théorie du Renvoi . . .*, *supra*, note 73, no 271; voir aussi Deleury et Prujiner, *Quelques commentaires sur le Rapport de l'Office de révision du Code civil sur le droit international privé* (1977) 18 C. de D. 233 à la p.240.

d'accepter le renvoi au premier degré vers la loi du for nous paraît utile en matière d'état. C'est le domaine où le renvoi est le plus susceptible de se produire, étant donné que le facteur de rattachement de l'état et de la capacité varie de pays à pays.

Quelles que soient les opinions en faveur ou à l'encontre du renvoi, la plupart des auteurs s'accordent à dire que la technique du renvoi convient mieux à certaines matières qu'à d'autres; ils en excluent, par exemple, celles qui relèvent de l'autonomie de la volonté.<sup>89</sup>

32 — Nous avons jusqu'à présent traité de l'interprétation de la règle de conflit comme si elle ne s'adressait qu'à une situation juridique unique bien délimitée. Il arrive que le problème posé au tribunal soit complexe et présente plusieurs questions interdépendantes. Il faudrait alors résoudre le problème de la question préalable.

### C. Question préalable

33 — La solution d'un rapport juridique litigieux peut dépendre de celle d'un autre. Ainsi, la validité d'un mariage sera conditionnée par celle du divorce antérieur de l'un des époux. L'existence de l'obligation alimentaire entre deux personnes dépendra de la validité du lien de parenté qui les unit. Pour qu'il y ait question préalable, il faut premièrement que la question principale soit régie par le droit d'un pays étranger suivant la règle de conflit du for. Deuxièmement, une question subsidiaire contenant des éléments d'extranéité doit se poser, qui aurait pu faire l'objet d'un problème de droit international privé séparé, et qui a ses règles de conflit indépendantes. Troisièmement, le choix de la règle déterminant la question préalable, suivant la règle de conflit locale, doit aboutir à un résultat différent de celui qui aurait été obtenu par l'application de la règle de conflit du pays dont le droit régit la question principale.

34 — La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Schwebel v. Ungar*<sup>90</sup> illustre particulièrement ces conditions. Dans cette affaire, un époux demandait l'annulation de son mariage, car il prétendait que le divorce antérieur de sa femme n'était pas valide. Celle-ci avait fui la Hongrie, après la deuxième guerre mondiale, en compagnie de son premier mari. Les époux avaient obtenu un divorce rabbinique dans un camp de réfugiés en Italie. Ensuite, les deux

---

<sup>89</sup> *Cheshire's, supra*, note 50, aux pp.74 et ss.; Batiffol et Lagarde, *supra*, note 18, t.1, no 311; Franciscakis, *supra*, note 73, nos 47 et ss.; Castel, commentaire, *supra*, note 83.

<sup>90</sup> [1965] R.C.S. 148; conf. [1964] 1 O.R. 430, 42 D.L.R. (2d) 622.

ex-conjoints avaient gagné Israël où ils avaient acquis un domicile. La question principale traitait de la capacité de l'épouse de se remarier. La loi d'Israël, domicile de l'épouse au moment du mariage, lui donnait cette capacité. La question préalable, la validité du divorce, était régie par la loi du domicile de la femme au moment du divorce. En admettant que ce domicile fût encore la Hongrie, le divorce ne pouvait être reconnu. Les résultats des réponses à ces questions étaient donc incompatibles puisqu'une femme dont le divorce est invalide n'a pas la capacité de se remarier. La Cour suprême, confirmant le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario, déclara le mariage valide. Ce faisant, elle admit qu'elle ne résolvait pas le problème de la validité du divorce qui devait être nul suivant les règles de conflit de l'Ontario, mais elle considéra que "les circonstances exceptionnelles" dans lesquelles se trouvaient les parties justifiaient l'exception.

On pourrait donc penser que la Cour suprême a soumis la question préalable à la règle de conflit de la loi régissant la question principale, c'est-à-dire la loi israélienne. Bien que cette interprétation semble acceptée<sup>91</sup> et ait été approuvée par la jurisprudence anglaise,<sup>92</sup> nous ne sommes pas convaincus que le grand laconisme de la Cour suprême permette une conclusion aussi tranchée.<sup>93</sup>

35 — On peut concevoir quatre solutions à la question préalable:

- (i) éliminer le problème en ne prenant en considération que les dispositions internes de la loi du for;
- (ii) régler la question préalable en appliquant la loi désignée par la règle de conflit du for;
- (iii) résoudre la question préalable en appliquant les dispositions de la loi interne étrangère applicable à la question principale;
- (iv) régler la question préalable en appliquant les règles de conflit de la loi applicable à la question principale.<sup>94</sup>

Si le premier procédé n'a jamais été retenu par les auteurs, car il méconnaît complètement les règles de conflits, la doctrine est très divisée sur les solutions au problème et même sur l'utilité de la no-

<sup>91</sup> Lysik, commentaire (1965) 43 R.du B.Can. 363 à la p.375; *Cheshire's*, *supra*, note 50, à la p.55.

<sup>92</sup> *Padolecchia v. Padolecchia* [1968] P. 314; voir également *R. v. Brentwood Superintendent Registrar of Marriages* [1968] 2 Q.B. 956, [1968] 3 All E.R. 279.

<sup>93</sup> Voir Lysik, *supra*, note 91, à la p.380.

<sup>94</sup> *Godlieb, The Incidental Question in Anglo-American Conflict of Laws* (1955) 33 R.du B.Can. 523 à la p.527. L'auteur conçoit deux autres possibilités en introduisant l'hypothèse d'un renvoi dans les combinaisons possibles. Nous éliminons volontairement cet aspect par souci de clarté.

tion elle-même.<sup>95</sup> Certains auteurs se prononcent, comme paraît le faire la Cour suprême, pour l'application de la loi désignée par la règle de conflit du pays de la *lex causae*.<sup>96</sup> Les arguments principaux invoqués sont le souci d'aboutir à une solution identique à celle qui aurait été atteinte dans le pays dont relève la solution de la question principale,<sup>97</sup> et le défaut de lien de la question préalable avec l'ordre juridique du for.<sup>98</sup>

En revanche, d'autres auteurs voient mal pourquoi le for devrait subordonner ses règles de conflit à celles d'un autre système juridique, et considèrent qu'il faut résoudre indépendamment la question préalable.<sup>99</sup> Finalement, P. Louis-Lucas<sup>100</sup> distingue deux cas: dans le premier, la situation élaborée est la même que la situation à élaborer (mariage des parents et légitimité des enfants, par exemple), et les deux situations ne présentent qu'un unique phénomène sous ses deux aspects. La loi applicable à la première situation est qualifiée pour régir la seconde. Il y a *absorption* et la théorie des questions préalables devient inutile. Dans le second cas, la situation élaborée n'est qu'une des conditions de la situation à élaborer (la qualité d'enfant adopté et la vocation successorale, par exemple). Il doit alors y avoir *répartition*. D'après F. Déby-Gérard, c'est normalement au droit international privé du for qu'il appartient de procéder à cette répartition.<sup>101</sup> Tous les auteurs admettent d'ailleurs des exceptions aux systèmes qu'ils proposent. En grande partie à cause de ces dernières, certains d'entre eux concluent que l'on ne peut construire une solution unitaire, et qu'il y a autant de solutions à la question préalable qu'il y a de cas.<sup>102</sup> Il semble qu'il faille se ranger à cet avis et

---

<sup>95</sup> Voir notamment, pour la suppression de la théorie, Swan, *A New Approach to Marriage and Divorce in the Conflict of Laws* (1974) 24 U.of T.L.J. 17 à la p.50; Rigaux, *Droit international privé* (1968), no 155; Déby-Gérard, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux* (1973), nos 406 et ss. (de façon plus nuancée).

<sup>96</sup> Francescakis, "Conflit de lois" dans *Répertoire de droit international* (1968), nos 363 et ss.; Lagarde, *La règle de conflit applicable aux questions préalables* (1960) 49 Rev. crit.dr.int.priv. 459 aux pp.465 et ss.; Louis-Lucas, *supra*, note 8, à la p.166.

<sup>97</sup> Dicey et Morris, *supra*, note 20, aux pp.37 et ss.; Hartley, *Bigamy in the Conflict of Laws* (1967) 16 Int'l & Comp.L.Q. 680 à la p.690.

<sup>98</sup> Lagarde, *supra*, note 96, aux pp. 466 et ss.

<sup>99</sup> Batiffol et Lagarde, *supra*, note 18, t.1, no 299; *Cheshire's, supra*, note 50, à la p.57; Falconbridge, *supra*, note 71, à la p.766.

<sup>100</sup> Cité dans Déby-Gérard, *supra*, note 95, no 407.

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> Gotlieb, *supra*, note 94, à la p.555; Dicey et Morris, *supra*, note 20, à la p.38; Castel, *supra*, note 6, à la p.57.

féliciter l'Office de révision du Code civil de s'être abstenu de toucher à ce domaine délicat.

36 — Un autre aspect du contenu de la loi étrangère porte sur le droit transitoire: faut-il appliquer la loi étrangère telle qu'elle était au moment où la situation juridique est née, ou avec tous les changements que cette loi a subis depuis lors.

#### D. Droit transitoire

37 — Dans le conflit de lois dans l'espace, les lois en conflit appartiennent à un seul moment mais à deux ou plusieurs lieux. Dans le conflit de lois dans le temps, en droit interne, les lois en conflit appartiennent à un seul lieu mais à deux ou plusieurs moments. Dans le conflit de lois dans le temps, en droit international privé, les lois en conflit appartiennent à la fois à deux ou plusieurs moments et à deux ou plusieurs lieux.

Traditionnellement, les auteurs traitent ensemble, sous le titre de "Relations dans le temps" ou "*Time Factor*", les "Conflits de lois dans le temps" et les "Conflits mobiles". Il est important, tout d'abord, de saisir la distinction entre les deux notions. Le droit transitoire, appelé aussi par certains "Conflits dans le temps" ou encore "Conflits transitoires",<sup>103</sup> peut se manifester dans deux situations. Premièrement, la règle de droit international privé du for subit une modification. On peut se demander alors quelle est l'incidence de cette modification sur une situation juridique créée antérieurement. Deuxièmement, la loi étrangère, déclarée applicable par la règle de conflit du for, a subi une modification après la survenance de la situation juridique que le tribunal est appelé à apprécier mais, bien entendu, avant son intervention. Le conflit mobile, par contre, se produit quand "par le changement d'un élément de rattachement, une situation donnée est successivement soumise à deux systèmes juridiques donnés".<sup>104</sup>

38 — Dans le cas du conflit de lois dans le temps affectant la règle de conflit du for, au moment de la naissance d'une situation juridique, une règle de conflit de lois dans l'espace est en vigueur et, au moment où cette situation juridique doit être appréciée par le juge, une nouvelle règle de conflit dans l'espace est en application.

---

<sup>103</sup> Rigaux, *supra*, note 95, no 182.

<sup>104</sup> Batiffol et Lagarde, *supra*, note 18, t.1, no 318.

Pour que le conflit de lois dans le temps se pose il faut par conséquent trois conditions:<sup>105</sup>

- (i) qu'il s'agisse d'une situation juridique;
- (ii) ayant un lien de contemporanéité avec les deux règles de conflit, l'ancienne et la nouvelle;
- (iii) que la date de succession de la règle nouvelle à la règle ancienne soit précisée. Par exemple une règle de conflit législative succède à une autre; une règle de conflit législative succède à une règle de conflit coutumière ou jurisprudentielle certaine; finalement, une règle de conflit conventionnelle succède à une règle de conflit législative ou jurisprudentielle certaine. Le problème ne se pose pas lorsqu'une règle de conflit coutumière ou jurisprudentielle succède à une autre règle de conflit coutumière ou jurisprudentielle.

De toute façon, on applique les règles de droit transitoire interne,<sup>106</sup> bien qu'il faille parfois s'en écarter dès que "la spécificité du problème exige une adaptation".<sup>107</sup>

39 — Le conflit transitoire de droit interne étranger se produit lorsque la loi désignée a subi un changement entre le moment où s'est créée la situation juridique et celui où le problème se pose devant le tribunal. En principe, la doctrine s'accorde à soutenir que le droit transitoire de la *lex causae* doit être appliqué.<sup>108</sup> C'est la solu-

<sup>105</sup> Hage-Chahine, *Les conflits de lois dans l'espace et dans le temps en matière de prescription* (1977), nos 435 et ss.

<sup>106</sup> Batiffol et Lagarde, *supra*, note 18, t.1, no 316.

<sup>107</sup> Mayer, *Droit international privé* (1977), no 255.

<sup>108</sup> Foyer, note sous *Colmar*, 1e Ch., 13 nov. 1973, J.C.P. 74.17894; Graulich, "Conflits de lois dans le temps" dans *Répertoire de droit international* (1968), no 93; Kos-Rabcewicz-Zubkowski, "Les conflits dans le temps en matière de régimes matrimoniaux dans la province de Québec" dans *Collection des travaux de la Faculté de droit de l'U. d'Ottawa*, 3e colloque international de droit comparé (1965), à la p.17; Rigaux, *supra*, note 95, no 182; Castel (1961) 39 R.du B.Can. 604 à la p.624 (commentaire de *Ambrose v. Ambrose* (1960) 32 W.W.R. (N.S.) (C.A.B.C.) conf. (1960) 30 W.W.R. (N.S.) 49, 21 D.L.R. (2d) 722). L'auteur démontre que, malgré les apparences, ce cas ne peut confirmer l'opinion que les tribunaux canadiens appliquent la loi étrangère telle qu'elle existe au moment défini par la *lex fori* parce que, un conflit mobile se superposant au conflit de lois dans le temps, les tribunaux de Colombie-Britannique n'ont voulu retenir que le premier; Grodecki, *Conflicts of Laws in Time* (1959) 35 Brit.Yb.Int'l.L. 58 à la p. 66. Dicey et Morris, *supra*, note 20, à la p.43.

tion de la jurisprudence française<sup>109</sup> et anglaise.<sup>110</sup> Elle s'applique même si la loi étrangère a été modifiée rétroactivement,<sup>111</sup> la rétroactivité en soi ne pouvant être considérée comme heurtant l'ordre public.<sup>112</sup> Toutefois, une loi étrangère rétroactive devrait être écartée comme toute autre loi si elle allait à l'encontre de l'ordre public du for au sens international.<sup>113</sup> En outre, il peut y avoir des circonstances exceptionnelles qui font que le droit transitoire étranger doit être écarté, en particulier si la situation litigieuse a perdu tout lien avec le pays dont elle émane.<sup>114</sup>

40 — Au Québec, le problème du conflit de lois dans le temps a peu retenu l'attention, sauf dans le domaine des régimes matrimoniaux, où la solution française d'exception paraît avoir été retenue.<sup>115</sup> Il semble que ce soit les faits de l'affaire *Zamkovetz v. Korneychuk*<sup>116</sup> qui aient milité en faveur de cette solution, les conjoints en cause ayant quitté leur pays d'origine depuis plus de 40 ans et n'ayant

<sup>109</sup> Voir, e.g., Paris 1ère Ch., 2 juillet 1954 (*Lamet*), (1954) 43 Rev.crit.dr.int.priv. 810 (note Batiffol).

<sup>110</sup> *Starkowski v. A.G.* [1953] 2 All E.R. 1272 (H.L.), [1954] A.C. 155; conf. [1952] 2 All E.R. 616, [1952] P.302; conf. [1952] 1 All E.R. 495, [1952] P.135; *Parkasho v. Singh* [1967] 2 W.L.R. 946 (U.K.), [1968] P.233, commenté par Webb, *Mutation of Polygamous Marriages* (1967) 16 Int'l & Comp.L.Q. 1152.

<sup>111</sup> Civ., 22 décembre 1970, (1972) 61 Rev.cri.dr.int.priv. 464, Cl.1972.270 (note Ponsard) (mariage religieux espagnol validé rétroactivement); Civ., 10 juillet 1973, Cl.1974.341 (note Audit), (1974) 63 Rev.crit.dr.int.priv. 640 (note Nizard); Civ., 15 mai 1974, Cl.1975.298 (note Alexandre); en droit anglais, *R. v. International Trustee* [1937] A.C. 500 (H.L.).

<sup>112</sup> Rigaux, *Le conflit mobile*, Recueil des Cours de l'Académie de La Haye (1966), t.I, 333 à la p.404; Spiro, *The Incidence of Time in the Conflict of Laws* (1960) 9 Int'l & Comp.L.Q. 357 à la p.382; Castel, commentaire, *supra*, note 108, à la p.619.

<sup>113</sup> Mann, *The Time Element in the Conflict of Laws* (1954) Brit.Yb.Int'l L. 217 à la p. 236; Kahn-Freund, *supra*, note 63, à la p.441; voir également Seine, 7 novembre 1961 (*Valls*), Cl.1962.115.

<sup>114</sup> Fort de France, 21 juin 1962 (*Braescu*), (1963) 52 Rev.crit.dr.int.priv. 724 (note Droz); Trib.Seine, 18 avril 1966 (*Cismigiu*), 56 Rev.crit.dr.int. priv. 323 (note Patarin); Civ., 1e ch., 1er décembre 1969 (*Panayotti*), (1970) 59 Rev. crit.dr.int.priv. 95; voir également, Giardina, *Les lois étrangères rétroactives en matière de mariage et de régimes matrimoniaux* (1972) 61 Rev.crit.dr.int. priv. 401.

<sup>115</sup> Talpis, *Les lois rétroactives en matière de régimes matrimoniaux* (1972-73) 75 R.du N. 437 (commentaire de *Zamkovetz v. Korneychuk* [1972] C.S. 855). Le problème a été à nouveau soulevé mais non tranché dans l'affaire *Proschek v. Prochazka* [1973] C.A. 410.

<sup>116</sup> *Supra*, note 115.

pas conservé de lien avec lui. La majorité de la doctrine penche plutôt vers l'application du droit transitoire de la loi étrangère,<sup>117</sup> comme en droit français et anglais.

En l'absence de décisions judiciaires suffisamment nombreuses pour en dégager des lignes de forces, on peut soutenir que la majorité de la doctrine devrait être suivie.

Il peut arriver que la succession des lois ne résulte pas d'un changement dans une loi en particulier mais bien de la variation du facteur de rattachement.

### E. Conflit mobile

41 — Le conflit mobile est le produit d'un "développement de l'élément de rattachement dans la durée (qui) soumet une même situation juridique à la compétence successive de deux lois matérielles différentes". Cette définition de F. Hage-Chahine<sup>118</sup> a le mérite de mettre l'accent sur l'aspect temporel du conflit mobile, qui explique que les auteurs le traitent souvent avec le conflit transitoire. Elle est toutefois moins classique que la définition de F. Rigaux: "le conflit mobile naît du mouvement imprimé à la situation internationale, en ceux de ses éléments que la règle de conflit a choisis pour indices de localisation ou facteur de rattachement".<sup>119</sup> Le conflit mobile est en fait un conflit dans l'espace<sup>120</sup> auquel s'ajoute une donnée temporelle: à quel moment faut-il arrêter l'élément variable du facteur de rattachement? Tout comme le conflit transitoire, le conflit mobile implique la succession de deux lois matérielles mais il s'agit de deux lois matérielles de deux pays différents.

Tous les rattachements ne donnent pas lieu à ce problème. Il n'intervient que si le rattachement est *mobile*. Il ne se pose pas lorsqu'il s'agit du *dernier* domicile du défunt ou du lieu de l'accident. Par conséquent, le conflit mobile se rencontre plus souvent en matière de statut personnel (domicile, nationalité, résidence habituelle), ou de statut réel (déplacement d'un meuble).

---

<sup>117</sup> Kos-Rabcewicz-Zubowski, *supra*, note 108, à la p.26; Castel, *Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux dans la province de Québec* (1962) 22 R.du B. 233 à la p.289; commentaire, *supra*, note 108, à la p.619; Cossette dans (1969-70) 72 R.du N. 502 à la p.505, *contra*, Talpis, *Les régimes matrimoniaux en droit international privé québécois*, Cours de perfectionnement de la Chambre des notaires (1974), 227 à la p.277.

<sup>118</sup> *Supra*, note 105, no 445.

<sup>119</sup> *Droit international privé, supra*, note 95, no 186; *Le conflit mobile, supra*, note 112, à la p.357.

<sup>120</sup> Castel, commentaire, *supra*, note 108, à la p.608; Grodecki, *supra*, note 108, à la p.58.



42 — Le conflit mobile fait l'objet d'une controverse qui est loin de prendre fin. Si la solution inspirée de l'application de la théorie de droits acquis est en voie d'abandon,<sup>121</sup> certains auteurs désirent appliquer les principes du droit transitoire, ce qui revient à l'application immédiate de la loi nouvelle.<sup>122</sup>

D'autres, insistant sur le caractère spatial du conflit mobile, estiment qu'il ne peut être isolé de la règle de droit international privé dans le cadre de laquelle il se pose. Le problème leur paraît devoir être résolu dans l'optique de cette règle particulière, et il se peut très bien, par exemple, que le conflit mobile en matière de statut personnel soit résolu d'une façon toute différente du conflit mobile en matière de statut réel.<sup>123</sup> Certaines décisions françaises semblent aller dans ce sens.<sup>124</sup> Ainsi, pour les tenants de cette théorie, en ce qui concerne le statut personnel, c'est le caractère volontaire de l'adhésion des parties à une nouvelle communauté nationale (changement de nationalité ou de domicile) qui justifie l'application des lois de cette communauté au rapport personnel nouveau (divorce, par exemple) et aux effets de situations déjà acquises sous la loi ancienne.<sup>125</sup> Il ne peut cependant être fait complètement abstraction de l'état que l'individu avait avant le changement du facteur de rattachement. La validité des actes antérieurs à ce changement s'apprécie conformément à la loi ancienne.<sup>126</sup> On arrive souvent à une solution distributive reconnaissant la validité d'un rapport juridique passé sous une loi ancienne et qui rend des effets sous la loi nouvelle.<sup>127</sup>

43 — Cette solution paraît être celle que la Cour de cassation française a adoptée dans le célèbre arrêt *Chémouni*.<sup>128</sup> La deuxième femme d'un Israélite Tunisien polygame lui intente une action alimen-

<sup>121</sup> Graulich, *supra*, note 108, nos 59 et ss.

<sup>122</sup> Batiffol, "Conflits mobiles et droit transitoire" dans *Mélanges Roubier* (1961), 39 à la p.47; "Conflit de lois dans l'espace et conflit de lois dans le temps" dans *Mélanges Ripert* (1950), 292 à la p.293; Batiffol et Lagarde, *supra*, note 18, t.1, nos 320 et ss.; Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn, *Droit international privé* 9e éd. (1970), no 393; Mayer, *supra*, note 107, no 264.

<sup>123</sup> Graulich, *supra*, note 108, nos 68 et ss.; Rigaux, *supra*, note 95, no 187; Hage-Chahine, *supra*, note 105, no 457.

<sup>124</sup> Voir références citées dans Rigaux, *supra*, note 112, aux pp.390 et ss.

<sup>125</sup> Foyer, *Filiation illégitime et changement de la loi applicable* (1964), no 421; voir également Vander Elst, *supra*, note 69, à la p.107.

<sup>126</sup> Graulich, *supra*, note 108, no 80.

<sup>127</sup> Castel, *Conflict of laws* 2e éd. (1968), à la p.296.

<sup>128</sup> Civ., 28 janv. 1958, (1958) 47 Rev.crit.dr.int.priv. 110 (note Jambu Merlin), D.1958-265 (note Lenoan, J.C.P. 58.II.10488 (note Louis-Lucas), Cl.1958.776 (note Ponsard).

taire en France. Le tribunal inférieur rejette cette demande pour raison d'ordre public. L'affaire va jusqu'en cassation. Au moment du renvoi au tribunal de Versailles, le défendeur vient d'acquérir la nationalité française. Le tribunal, et, après lui, les Cours supérieures devant lesquelles l'affaire a de nouveau abouti, l'ont condamné à payer la pension, car la loi française pouvait s'appliquer aux effets d'un mariage régulièrement contracté sous la loi tunisienne.<sup>120</sup> Cette solution très souple est justifiée par les auteurs par la prise en considération de l'esprit de la règle de droit international privé.<sup>130</sup> En matière de filiation, par exemple, il faudrait essayer d'appliquer la loi qui favorise son établissement.

44 — Bien que la jurisprudence québécoise ne semble pas avoir élaboré consciemment une règle relative au conflit mobile, on peut constater une tendance vers la solution distributive. En effet, elle a été parfois adoptée en matière de restrictions à la capacité des époux;<sup>131</sup> elle semble également prévaloir en matière d'obligation alimentaire lorsque le débiteur quitte la province, modifiant ainsi le facteur de rattachement (présence sur le territoire) de l'alinéa 3 de l'article 6 C.c.<sup>132</sup> En matière de prescription, c'est le Code civil qui donne la solution aux conflits mobiles entraînés par un changement de domicile.<sup>133</sup>

45 — On peut conclure qu'en droit québécois c'est la solution souple qui prévaudrait. Le Projet de réforme n'a pas abordé le problème, pas plus que celui du droit transitoire, ce qui nous paraît fort sage.

Une fois délimité le champ d'application de la loi étrangère, il s'agit de l'appliquer.

### III. APPLICATION DE LA RÈGLE DE CONFLIT

46 — Lorsque la règle de conflit québécoise désigne une loi étrangère, il importe de prouver cette loi. L'étendue des problèmes posés par cette preuve, ou par l'impossibilité de la faire, font l'objet d'une

<sup>120</sup> Trib.civ. Versailles, 2 juil. 1960, J.C.P. 60.II.11625 (note Louis-Lucas); Civ., 19 fév. 1963, (1963) 52 Rev.crit.dr.int.priv. 559 (note G.H.); Cl.1963.986 (note Ponsard), J.C.P. 63.II.13112.

<sup>130</sup> Graulich, *supra*, note 108, nos 82 et ss.; Foyer, *supra*, note 125, nos 161 et ss.

<sup>131</sup> Dans les affaires, *Belecque v. Léger*, *supra*, note 37, et *Louiseize v. Paquette*, *supra*, note 40.

<sup>132</sup> Voir *Barnes v. Brown* (1895) 7 C.S. 287; *Hamilton v. Church* (1915) 24 B.R. 26; conf. (1915) 21 R.de J. 88 (C.S.); *Lane v. Marshall* (1935) 41 R.L.n.s. 314 (C.S.).

<sup>133</sup> Arts.2190 et 2191 C.c.; voir *Holtzheuser v. Robberecht*, *supra*, note 23.

première section (A). Il se peut aussi qu'une partie prétende que l'autre ait manipulé un facteur de rattachement uniquement pour échapper à la loi du for, qui lui imposerait une obligation ou, au contraire, ne lui conférerait pas le droit qu'elle prétend avoir en vertu de la loi étrangère. Il s'agit ici de la notion de fraude à la loi (B). Finalement, il se peut que la loi étrangère aboutisse à des résultats qui ne soient pas acceptables aux yeux de "l'ordre public international" du for et doive par conséquent être écartée (C).

### A. Preuve de la loi étrangère

47 — Il faut tout d'abord se demander si le fardeau de la preuve de la loi étrangère repose uniquement sur les parties, ou si le juge a la faculté ou même le devoir de prendre l'initiative de s'enquérir du contenu de telle loi étrangère. Ensuite, il faudra se pencher sur les modes de preuve.

#### 1. Fardeau de la preuve

48 — En droit québécois, la loi étrangère doit être alléguée par les parties. C'est à elles seules qu'il incombe d'en faire la preuve. Il s'agit d'un domaine où la maxime *jura aliena non novit cura* s'applique strictement. Alors que dans certaines provinces canadiennes, le droit statutaire a donné aux tribunaux la faculté de prendre connaissance du droit des autres provinces ou même de certains Etats étrangers énumérés,<sup>134</sup> il n'existe pas en droit québécois de disposition analogue. On se trouve dans une situation paradoxale, étant donné que le tribunal n'a pas le droit d'appliquer une loi d'une autre province canadienne qu'il connaît ou qui lui est facilement accessible.<sup>135</sup>

Il en est ainsi, du moins, devant les tribunaux locaux. Cette règle ne joue plus en cas d'appel à la Cour suprême du Canada, qui peut prendre judiciairement connaissance de la loi d'une autre province à condition qu'elle ait été alléguée en première instance.<sup>136</sup> Le prin-

<sup>134</sup> Voir, notamment, *The Manitoba Evidence Act*, R.S.M. 1970, c. E-150, s.36(2); *The Saskatchewan Evidence Act*, R.S.S. 1965, c.80, s.51; voir Castel, *Proof of Foreign Law* (1972) 22 U.of T.L.J. 33.

<sup>135</sup> Johnson, *supra*, note 17, à la p.39.

<sup>136</sup> Castel, *La preuve de la loi étrangère et des actes publics étrangers au Québec* (1972) 32 R.du B. 338; *Constitutional Aspects of Private International Law in Australia and Canada*, Recueil des Cours de l'Académie de La Haye (1969), t.I, à la p.99; *Canadian Pacific Railway v. Parent* [1917] A.C. 195, à la p.201 (P.C.); inf. (1915) 51 R.C.S. 234; *Logan v. Lee* (1908) 39 R.C.S. 311; *Upper Ottawa Improvement v. The Hydro Electric Power Commission of Ontario* [1961] R.C.S. 486; *John Morrow Screw and Nut Co. v. Hankin* (1919) 58 R.C.S. 74; conf. (1918) 54 C.S. 208 (C.Rev.).

cipe a été particulièrement bien exprimé par la Cour suprême, dans l'affaire *Canadian National Steamship Co. v. Watson*:

This Court in cases from the province of Quebec must follow the rule that all facts in support of the action, e.g., the law of another province, must be alleged and proved; otherwise it would be unfair for this Court to take *suo motu* judiciary notice of the statutory or other laws of another province, ignored in the pleadings, when the Quebec Courts did not consider them, and forsooth were prohibited from considering them as applying to the case.<sup>137</sup>

Ce faisant, la Cour suprême exprimait également un autre principe fondamental: la loi étrangère se prouve comme un fait.<sup>138</sup>

49 — Si le droit étranger n'est pas prouvé, le juge québécois, comme d'ailleurs le juge de la *common law*, applique le droit du for. Il y a alors présomption d'identité entre la loi étrangère et la loi du for.<sup>139</sup> Ce système mène souvent à des solutions absurdes<sup>140</sup> et a été fortement critiqué par la doctrine.<sup>141</sup>

Il semble à certains que cette présomption a été appliquée au Québec avec moins de prudence qu'elle ne l'est en droit anglais, et qu'elle ne devrait d'ailleurs pas s'appliquer au droit statutaire.<sup>142</sup> Des décisions judiciaires ont émis les mêmes réserves.<sup>143</sup>

<sup>137</sup> [1939] R.C.S. 11 à la p.18.

<sup>138</sup> Voir aussi, notamment, *Guimont v. Roy* [1958] R.P. 120 (C.S.).

<sup>139</sup> Ce principe a été maintes fois affirmé par la Cour suprême du Canada: *La Banque d'Hochelega v. The Waterous Engine Works Co.* (1897) 27 R.C.S. 406; conf. (1896) 5 B.R. 125; *Glengoil Steamship v. Pilkington* (1897-98) 28 R.C.S. 146; *Consumers Cordage Co. v. Connolly* (1902) 31 R.C.S. 244; *Canadian National Steamship Co. v. Watson*, *supra*, note 137; *Guaranty Trust Co. of New York v. The King* [1948] R.C.S. 183; *Bégin v. Bilodeau* [1951] R.C.S. 699.

<sup>140</sup> Voir, e.g., *Giles v. Jacques et Primeau v. Primeau* (1891) 7 M.L.R.Q.B. 456; inf. (1885) 1 M.L.R.S.C. 166. Deux décisions rendues par les mêmes juges, à un jour de distance, impliquant la même compagnie d'assurances ontarienne aboutissent à des résultats diamétralement opposés parce que dans un cas la loi de l'Ontario avait été versée au dossier et dans l'autre pas.

<sup>141</sup> Johnson, *supra*, note 17, aux pp.48 et ss.: "Our rule is often a cumbersome and costly rule to apply, fruitful of absurdities and even of injustices."; Falconbridge, *supra*, note 71, à la p.824; Castel, *La preuve de la loi étrangère . . .*, *supra*, note 136, aux pp.355 et ss.; *Cheshire's*, *supra*, note 50, à la p.128 qui cite des cas où les juges anglais n'ont pas suivi de présomption: *R. v. Governor of Brixton Prison* [1961] 1 All E.R. 606; *De Renneville v. De Renneville* [1948] P.100, [1948] 1 All E.R. 56. En Angleterre, les solutions sont d'ailleurs beaucoup plus nuancées et il y a des cas où les juges ont appliqué une loi étrangère, *proprio motu*: *Re Cohn* [1945] Ch.5.

<sup>142</sup> Lafleur, *supra*, note 81, à la p. 29; Johnson, *supra*, note 17, à la p.54.

<sup>143</sup> Voir Nadeau et Ducharme, *Traité de droit civil du Québec* (1965), t.9, "La preuve en matières civiles et commerciales", à la p.43 et les références citées; voir également *Strateczuk v. Facas* (1927) 65 C.S. 52; *Reid v. Favor* [1955] C.S. 370.

50 — Si une telle solution est justifiable entre des Etats ou des ordres juridiques qui ont une tradition juridique commune, il n'en est plus de même entre pays dont les systèmes n'appartiennent pas à la même communauté juridique. Il est, en effet, curieux de "présumer" que des conjoints domiciliés dans une autre province du Canada au moment de leur mariage sont mariés sous le régime de la société d'acquêts alors que tout le monde sait que ce régime n'existe pas dans les autres provinces. Ne serait-il pas plus simple d'admettre une substitution pure et simple de la *lex fori*,<sup>144</sup> au nom de ce que MM Batiffol et Lagarde appellent la "plénitude de compétence" de la loi du for, c'est-à-dire une aptitude subsidiaire à régir une situation lorsque la loi étrangère compétente fait défaut.<sup>145</sup>

## 2. Modes de preuve

51 — Dans la pratique québécoise, issue de la *common law*, la preuve est faite, en principe, par témoin expert. Si l'idéal veut que cet expert soit un avocat ou un juriste qui pratique dans le pays dont la loi doit être prouvée, il n'est guère réaliste d'exiger de lui une pratique actuelle ou même le droit d'exercer. Les tribunaux se contentent donc souvent du témoignage d'anciens avocats ou magistrats ou de personnes qui ont acquis une connaissance suffisante du droit étranger.<sup>146</sup> Il faut noter que le tribunal n'est pas tenu par l'interprétation de l'expert.<sup>147</sup> La Cour suprême a toutefois décidé, dans une affaire québécoise,<sup>148</sup> que la Cour d'appel devait exercer la plus grande prudence en repoussant un témoignage jugé suffisant par le tribunal inférieur et qu'en aucun cas un tel rejet ne l'autorisait, à lui seul, à rejeter la demande.

L'effet de la loi étrangère sur les droits des parties est bien entendu laissé à la décision des juges. Ceux-ci peuvent examiner les autorités citées par l'expert et éventuellement les interpréter.<sup>149</sup> Les textes présentés doivent l'être sous forme de copies authentiques.<sup>150</sup> Toutefois, le juge ne semble pas avoir le pouvoir d'examiner des documents étrangers autres que ceux présentés par les experts

<sup>144</sup> Mayer, *supra*, note 107, no 188.

<sup>145</sup> Batiffol et Lagarde, *supra*, note 18, t.1, nos 349 et ss.

<sup>146</sup> *Gold v. Reinblatt* [1929] R.C.S. 74; conf. (1928) 45 B.R. 136; *Strateczuk v. Facas*, *supra*, note 143; *Jasenovic v. Nussinov* [1966] B.R. 774 et le commentaire de Bisson dans (1967-68) 4 *Justinien* 210.

<sup>147</sup> *Waddington v. Singer* [1961] C.S. 282.

<sup>148</sup> *Montana v. Development du Saguenay Ltd* (1975) 5 N.R. 123 (C.S. Can.).

<sup>149</sup> *Lister v. McAnulty* [1944] R.C.S. 317.

<sup>150</sup> *The Eaton Co. v. Rutkowski* [1963] R.P. 301 (C.S.).

lors de leur témoignage.<sup>151</sup> Cette prohibition a été critiquée comme étant la source possible d'interprétations erronées du droit étranger.<sup>152</sup>

52 — La preuve de la loi étrangère par experts est une procédure coûteuse et souvent longue, car il faut trouver et rémunérer de tels experts. C'est pourquoi les parties essayent souvent de recourir à d'autres moyens. Tout d'abord, l'article 1207 C.c. prévoit que font preuve de leur contenu les lois du Parlement du Canada et des différentes provinces lorsqu'elles sont imprimées par un imprimeur officiel dûment autorisé et sont authentiques.<sup>153</sup> Cette disposition, de même que l'article 1220 C.c., précise également la valeur probante qui s'attache à certains actes publics étrangers.<sup>154</sup>

Il suffit donc, en principe, de verser au dossier le texte officiel des lois des autres provinces. Toutefois, dans l'affaire *Lacombe v. Legault*,<sup>155</sup> il a été décidé que la seule production d'une loi ontarienne ne suffisait pas à la prouver. Il fallait encore qu'elle fût identifiée comme étant la loi actuellement en vigueur dans cette province.

A. Nadeau et L. Ducharme approuvent cette décision "car si une copie authentique d'une loi prouve bien la teneur de celle-ci, elle n'établit pas que cette loi était en vigueur au moment où la cause d'action a pris naissance".<sup>156</sup> Pourtant, la Cour d'appel a soutenu, en *obiter* il est vrai, que dans ce cas les juges pouvaient procéder eux-mêmes aux vérifications et interprétations nécessaires.<sup>157</sup>

Les parties peuvent d'ailleurs s'entendre pour admettre de consentement qu'une loi de telle ou telle province s'applique à leur litige.<sup>158</sup> Elles peuvent également verser au dossier un affidavit contenant l'opinion d'un avocat dûment qualifié de cette province.<sup>159</sup>

<sup>151</sup> *Gold v. Reinblatt*, *supra*, note 146; *The Eaton Co. v. Rutkowski*, *supra*, note 150; voir *Johnson*, *supra*, note 17, à la p.27.

<sup>152</sup> Castel, *La preuve de la loi étrangère ...*, *supra*, note 136, à la p.351.

<sup>153</sup> Pour une application de ce principe et l'historique de l'art.1207 C.c., voir *Cadieux v. Canadian Montreal Fire Ins.* (1884) 28 L.C.J. 199.

<sup>154</sup> Pour cet aspect de la preuve de la loi étrangère que nous ne traitons pas car elle entraînerait une trop longue digression, voir Castel, *La preuve de la loi étrangère ...*, *supra*, note 136.

<sup>155</sup> (1937) 76 C.S. 11.

<sup>156</sup> *Supra*, note 143, à la p.38.

<sup>157</sup> *St-Pierre v. McGraw* [1960] B.R. 998.

<sup>158</sup> *Gratton v. Fitzgerald* [1961] C.S. 231.

<sup>159</sup> *Ibid.*; *Forbes v. Spurr* [1951] R.P. 200 (C.S.).

53 — Lorsqu'il s'agit d'une loi autre que celle prévue à l'article 1207 C.c., le juge québécois n'est pas autorisé à l'examiner, et le témoignage oral d'un expert est de rigueur. Néanmoins, les parties peuvent convenir de verser au dossier une admission écrite de l'état de la loi étrangère. Une telle admission n'en fera preuve que dans le cas où la loi étrangère peut être établie de façon claire et précise.<sup>160</sup> Le tribunal reste toujours libre de demander aux parties de compléter cette preuve par le témoignage d'un expert.<sup>161</sup> Finalement, il n'est pas rare que les parties conviennent tout simplement de ne pas invoquer la loi étrangère.<sup>162</sup>

54 — Il est clair que l'état du droit dans le domaine de la preuve de la loi étrangère n'est pas satisfaisant, et l'on peut encore souscrire à la remarque que faisait René David en 1950:

Pas plus en France qu'à l'étranger, nous ne possédons à cet égard un système digne de ce nom; nous vivons toujours comme au temps où l'application du droit étranger par le juge était tout à fait exceptionnelle et où l'on pouvait se contenter d'expédients.<sup>163</sup>

55 — Le Projet québécois de réforme du droit international privé prévoit que:

Le tribunal peut prendre connaissance d'office de la teneur des droits étrangers ou demander aux parties d'en faire la preuve.<sup>164</sup>

Cette disposition, qui laisse l'initiative au juge, représente un grand progrès sur la situation actuelle. Elle a encore été améliorée par le Comité de coordination de l'Office de révision du Code civil, qui l'a scindée en deux. La première partie oblige le tribunal québécois à prendre connaissance d'office des lois des autres provinces du Canada. La deuxième reproduit l'article cité plus haut en le limitant au droit en vigueur en dehors du Canada et en ajoutant la condition qu'il ait été régulièrement allégué.<sup>165</sup> Ces dispositions ont été placées au titre du Projet du Code civil consacré à la preuve.

Le Projet est beaucoup plus strict en ce qui concerne les modes de preuve, car il prévoit que:

La preuve du droit étranger se fait par le témoignage d'un expert unique désigné par les parties ou, à défaut d'entente, par le tribunal. Elle peut

<sup>160</sup> Castel, *La preuve de la loi étrangère ...*, *supra*, note 136, à la p.352 et les références citées.

<sup>161</sup> *Gratton v. Fitzgerald*, *supra*, note 158; *Fiorito v. The Contingency Ins. Co.* [1971] C.S. 1.

<sup>162</sup> *Waddington v. Singer*, *supra*, note 147.

<sup>163</sup> *Supra*, note 64, à la p.52.

<sup>164</sup> *Rapport*, *supra*, note 21, art.85.

<sup>165</sup> Le Projet de Code civil n'ayant pas encore été publié à l'heure où sont écrites ces lignes, il ne nous est pas possible de citer les dispositions en cause.

également, avec l'autorisation du tribunal, se faire par tous autres moyens.<sup>166</sup>

Cette disposition reste très attachée à la preuve par experts et soumet tout autre moyen à l'autorisation du tribunal. Cela nous paraît encore plus limitatif que le droit actuel. Il ne semble pas, contrairement au commentaire explicatif, que le choix d'un expert unique, souvent par la partie économiquement forte, ou imposé par un tribunal, soit nécessairement bénéfique à l'autre partie. Par contre, le commentaire suggère l'établissement d'une liste d'experts par le Barreau du Québec<sup>167</sup> et cette recommandation pratique va dans la bonne direction, encore qu'elle nous paraisse nettement insuffisante. Elle néglige en effet les ressources des universités, des instituts de droit comparé et est évidemment limitée par la préférence excessive donnée à un moyen de preuve.

56 — Ces projets de réforme, bien qu'intéressants, ne vont pas assez loin. Il semble que la solution aux problèmes de la preuve de la loi étrangère réside dans l'adoption d'une convention semblable à la Convention européenne du 7 juin 1968 relative à l'information sur le droit étranger.<sup>168</sup> Cette Convention, qui a été adoptée sous l'égide du Conseil de l'Europe et signée par les dix-huit Etats européens s'y rattachant, oblige les Etats contractants à se fournir des renseignements concernant les droits civil et commercial, la procédure civile et commerciale et l'organisation judiciaire. Les Etats contractants s'engagent également à créer un organe dit "organe de réception", chargé de recevoir les demandes de renseignements en provenance des autres Etats et qui devra, obligatoirement, donner suite à ces demandes. L'organe en question devra être un service ministériel ou un autre service étatique. En outre, les Etats contractants désigneront un ou plusieurs organes dénommés "organes de transmission", chargés de recevoir les demandes de renseignements provenant de leurs propres autorités judiciaires et de les transmettre à l'organe de réception étranger compétent. Une demande de renseignements devra toujours émaner d'une autorité judiciaire, même si elle n'est pas formulée par celle-ci. En plus, la Convention prévoit la possibilité pour deux ou plusieurs Etats de convenir de son application à des demandes émanant d'autorités autres que les autorités judiciaires.<sup>169</sup>

---

<sup>166</sup> *Rapport, supra*, note 21, art.86.

<sup>167</sup> *Rapport, ibid.*, à la p.82.

<sup>168</sup> Voir texte dans (1972) 61 *Rev.crit.dr.int.priv.* 758.

<sup>169</sup> Voir Brulliard, *La Convention européenne du 7 juin 1968 relative à l'information sur le droit étranger, et l'influence qu'elle peut avoir sur l'application de la loi étrangère dans la nouvelle procédure civile*, J.C.P. 1973.I.2580.



La disposition relative au contenu des réponses aux demandes d'informations est intéressante. Elle prévoit que la réponse devra avoir pour but d'informer d'une façon objective et impartiale sur le droit de l'Etat requis et qu'elle comportera, selon le cas, des extraits de textes législatifs et réglementaires et de décisions jurisprudentielles. Elle devra être éventuellement assortie de documents complémentaires, extraits d'ouvrages doctrinaux et travaux préparatoires. Elle pourra même être accompagnée de commentaires explicatifs. Prudemment, l'article 8 C.c. ajoute que les renseignements contenus dans une réponse ne lieront pas l'autorité judiciaire dont émane la demande.

57 — Même si la loi étrangère est dûment prouvée, il peut arriver que le tribunal doive décider de ne pas l'appliquer. Le motif de cette décision pourrait être, suivant certaines théories, que les parties ont manipulé le facteur de rattachement afin de provoquer l'application artificielle de la loi étrangère.

## B. Fraude à la loi

58 — La fraude à la loi, ou plus exactement "l'exception de fraude à la loi", consiste en "l'utilisation volontaire des règles de conflit pour échapper aux dispositions légales de fond normalement applicables à un individu ou à un acte juridique".<sup>170</sup> Cette notion implique, suivant les auteurs, trois éléments:

- (i) l'utilisation volontaire des règles de conflit par une modification effective du facteur de rattachement;
- (ii) par des moyens licites( il s'agit, par exemple, d'un véritable changement de domicile ou de résidence et non pas de sa simulation);
- (iii) avec l'intention frauduleuse d'éluder la loi normalement compétente.<sup>171</sup>

Cette description s'inspire de la célèbre affaire de *la princesse de Bauffremont*.<sup>172</sup> Cette dernière avait obtenu une naturalisation

<sup>170</sup> Castel, *supra*, note 16, à la p. 291.

<sup>171</sup> Batiffol et Lagarde, *supra*, note 18, no 370; Francescakis, "Fraude à la loi" dans *Répertoire de droit international* (1968), nos 22 et ss.; "Conflit de lois" dans *Répertoire de droit international* (1968), no 338; Castel, *La Fraude à la loi en droit international privé québécois* (1964) 24 R.du B. 1 à la p.13; *Conflict of Laws*, *supra*, note 127, à la p.189; Spiteri, *La Fraude à la loi étrangère* (1967) 16 Ann. Toulouse 37.

<sup>172</sup> Civ., 18 mars 1878, S.78.1.193 (note Labbé).

dans le duché de Saxe-Altembourg, à la suite de quoi elle divorça alors que, à cette époque, le divorce était prohibé en France. Ce divorce et le remariage subséquent furent réputés sans effet en France.

59 — Bien que la description ci-dessus soit classique, la notion de fraude à la loi n'est pas sans provoquer des divergences ou des hésitations chez les auteurs, ce qui témoigne de sa grande ambiguïté. En particulier, le caractère véritable du changement du facteur de rattachement ne semble pas toujours certain. Ainsi, J.G. Castel affirme que, lorsque les époux changent de domicile dans le seul but de divorcer pour des motifs non reconnus au Canada, tout en décidant de s'établir dans le pays de leur nouveau domicile et de se rattacher à ce nouveau milieu social, il n'y a aucune raison pour ne pas reconnaître leur divorce. D'après cet auteur, le trouble social que ce divorce pourrait créer dans le for est inexistant puisque ces justiciables se sont définitivement détachés de lui. Il ajoute:

Si, au contraire, ces époux reviennent immédiatement s'installer dans le pays où ils avaient déjà leur domicile et le centre de leurs intérêts, il y a violation de la loi de leur domicile au Québec, car ils sont arrivés à leurs fins sans grand changement à leur situation antérieure.<sup>173</sup>

Il semble qu'il y ait une contradiction entre les deux exemples. Dans le second, il ne s'agit pas, justement, d'un véritable changement de domicile puisqu'il y a retour immédiat.

De façon beaucoup plus explicite, Géraud de la Pradelle soutient que,

la fraude consiste à manipuler les éléments de rattachement et que, par définition, l'élément de rattachement manipulé est un élément de rattachement fictif. Madame de Bauffremont qui cherche à se faire passer pour allemande est en réalité restée française, elle n'a pas perdu cette nationalité.<sup>174</sup>

60 — Il est intéressant de noter, à ce propos, que l'affaire *de Bauffremont*, qui a joué à l'égard de la théorie de la fraude à la loi un rôle sans commune mesure avec sa portée réelle,<sup>175</sup> a été jugée différemment par les tribunaux belges devant lesquels les époux de Bauffremont avaient également porté leurs démêlés conjugaux. La Cour d'appel de Bruxelles considéra que le second mariage était nul, non pas en invoquant la théorie de la fraude à la loi, mais bien en affirmant que la princesse de Bauffremont n'avait pas perdu la nationalité française, au regard du droit français, parce que son acqui-

<sup>173</sup> *Supra*, note 16, à la p.295.

<sup>174</sup> "La fraude à la loi" (1971-73) dans *Travaux du Comité français de droit international privé* (1974), à la p.123.

<sup>175</sup> Audit, *La fraude à la loi* (1974), à la p.11.

sition volontaire de la nationalité allemande s'était faite sans auto-risation maritale.<sup>176</sup>

61 — Ces divergences montrent toute la difficulté d'application de la théorie, qui peut se traduire par deux hypothèses. Dans la première, la situation qu'a créée la fraude repose sur une simulation. Dans ces conditions, le tribunal n'a nullement besoin d'une exception pour écarter une loi étrangère. Il lui suffit de ne pas tenir compte de la simulation et d'appliquer l'unique facteur de rattachement existant qui désigne la loi du for. Il n'est pas nécessaire de parler alors de fraude et peu importe l'intention frauduleuse. Dans la seconde hypothèse, il s'agit d'un changement de facteur de rattachement tout à fait réel et on hésite à considérer le mobile frauduleux, "d'abord parce que changer de nationalité et changer de domicile, cela paraît être un droit élémentaire de l'homme",<sup>177</sup> et ensuite parce que la loi fraudée, *a priori*, ne souffre d'aucune atteinte dans la mesure où elle n'est pas applicable. Certains auteurs soutiennent d'ailleurs que l'élément spécifique de la fraude à la loi est en réalité la simulation de l'élément d'extranéité.<sup>178</sup>

62 — Les justifications des théories opposées sont aussi invoquées avec une force égale. J.G. Castel<sup>179</sup> et P. Louis-Lucas<sup>180</sup> ont expliqué les raisons morales de l'exception de la fraude à la loi. Le premier a fait ressortir les obligations de gratitude et de solidarité des individus vis-à-vis du pays où ils vivent et dont ils doivent respecter les lois dans leurs relations d'affaires et de famille. Le second affirme que la prise en considération des intentions constitue un progrès certain du droit puisqu'elle le moralise. A l'extrémité du spectre, R. Vander Elst exprime les plus grandes craintes devant un système qui donne au juge le pouvoir de sonder les coeurs et les reins "au risque de faire prévaloir un univers juridique concentrationnaire sur la liberté humaine".<sup>181</sup> Il faut finalement signaler la très intéressante thèse de B. Audit<sup>182</sup> qui démontre que, dans une conception extensive de la fraude, celle-ci pourra être sanctionnée sans même qu'il soit besoin de relever l'intention frauduleuse, car il suffit que la loi "fraudée" ait un intérêt prépondérant à s'appliquer.

<sup>176</sup> Bruxelles, 5 août 1880, Pas.1880.II.319.

<sup>177</sup> De la Pradelle, *supra*, note 174, à la p.118.

<sup>178</sup> Vander Elst, *supra*, note 69, à la p.128; Rigaux, *supra*, note 95, no 196, (d'une façon plus nuancée).

<sup>179</sup> *La fraude à la loi en droit international privé québécois*, *supra*, note 171, à la p. 23.

<sup>180</sup> *La fraude à la loi étrangère* (1962) 51 Rev.crit.dr.int.priv. à la p.2.

<sup>181</sup> *Supra*, note 69, à la p.126.

<sup>182</sup> *Supra*, note 175.

63 — Nous ne pouvons pas nous empêcher de nous ranger parmi ceux qui doutent de l'utilité et de l'opportunité de la théorie de la fraude à la loi. Il nous semble, en effet, qu'en dehors des cas de simulation, qui se rapprochent des cas de fraude en droit commun, où les parties trompent le tribunal en ce qui concerne la loi applicable ou la juridiction compétente, il est impossible de sanctionner l'exception de fraude à la loi dans le sens du droit international privé. Si le facteur de rattachement a subi un changement réel et qu'il désigne alors une loi étrangère, la loi du for a perdu toute vocation à s'appliquer, quelles que soient les raisons du changement du facteur de rattachement. Nous comprenons mal les arguments de portée morale qui veulent obliger les parties à se conformer indéfiniment à une loi qui les gêne. Poussé à l'extrême, ce raisonnement condamne les individus à l'immobilité. En effet, pourquoi refuser de reconnaître un changement dans l'état d'une personne qui a émigré à l'étranger si le but de l'émigration était justement ce changement d'état, alors qu'on l'admet parfaitement si son but est, par exemple, l'amélioration de la situation économique de l'individu.

64 — La notion de fraude à la loi, si elle a rencontré une certaine faveur en droit international privé français, est pratiquement inconnue dans la jurisprudence québécoise moderne. Des arrêts anciens ont discuté de la fraude à la loi à propos de l'article 135 C.c. Celui-ci déclare que:

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

Cet article peut s'appliquer si les parties vont faire célébrer leur mariage en dehors du Québec pour échapper à des exigences de la loi québécoise relatives à la célébration du mariage. Il faut évidemment qu'il s'agisse de forme, et non de fond, puisque la loi québécoise continuera à régir l'état et la capacité des personnes domiciliées au Québec, où qu'elles aillent faire célébrer leur mariage. Depuis que le Conseil privé a décidé, dans l'affaire *Despatie v. Tremblay*,<sup>183</sup> que deux catholiques pouvaient valablement se marier devant un ministre protestant ou tout fonctionnaire civil autorisé par la loi, l'article 135 C.c. ne s'appliqua plus aux personnes qui allaient faire célébrer leur mariage à l'étranger pour échapper aux exigences de leur religion relatives à la forme du mariage.<sup>184</sup> La décision dans l'affaire *Durocher v. Degré*<sup>185</sup> est un des rares cas où la fraude à la

---

<sup>183</sup> [1921] 1 A.C. 702.

<sup>184</sup> Voir, e.g., *N. v. T.* [1949] C.S. 327; *Jodoin v. Mower* [1953] C.S. 253.

<sup>185</sup> (1901) 20 C.S. 456 (C.Rev.), (1902) 8 R.L.n.s. 215.

loi ait joué son rôle classique d'exception à l'application de la loi étrangère. Le mariage des parties a été annulé parce que la Cour de révision a considéré qu'elles s'étaient mariées hors du Québec pour échapper à l'obligation de publier les bans. Le cas aurait pu néanmoins se régler par l'application de la loi de leur domicile, étant donné que les parties étaient mineures et ne s'étaient pas munies des consentements nécessaires.<sup>186</sup> D'autres décisions ont appliqué l'article 135 C.c. comme s'il s'agissait de fraude à la loi, alors qu'on était en présence d'une fraude au sens premier et non de l'exception de droit international privé. En effet, les parties s'étaient rendues à l'étranger afin de s'y marier pour échapper à une incapacité régie par la loi de leur domicile québécois. La notion de fraude à la loi était donc tout à fait inutile.<sup>187</sup>

65 — Il est curieux de constater que les tribunaux du Québec n'ont pas soulevé l'exception de fraude à la loi dans le domaine contractuel, où pourtant l'article 8 C.c. aurait pu leur en donner l'occasion. Celui-ci prévoit en effet que:

Les actes s'interprètent et s'apprécient suivant la loi du lieu où ils sont passés, à moins qu'il n'y ait quelque loi à ce contraire, que les parties ne s'en soient exprimées autrement ou que, de la nature de l'acte, ou des autres circonstances, il n'apparaisse que l'intention a été de s'en rapporter à la loi d'un autre lieu, auquel cas il est donné effet à cette loi, ou à cette intention exprimée ou présumée.

On pourrait penser que l'autonomie de la volonté serait limitée par la réserve exprimée dans l'article par la phrase "à moins qu'il n'y ait quelque loi à ce contraire" et que les parties ne pourraient exercer de choix concernant la loi applicable à leur contrat en contradiction avec la loi québécoise. Il faudrait donc que leur choix soit *bona fide* et légal.<sup>188</sup> Certains auteurs n'admettent pas que des parties puissent, en vertu de l'article 8 C.c., placer leur contrat sous l'empire de n'importe quel système juridique. Il semble qu'il faudrait,

en premier lieu que ce contrat contienne un élément international, car les parties ne devraient pas être libres de faire intervenir une règle de conflit de lois selon leur bon plaisir. La fraude consisterait alors soit à internationaliser le contrat pour lui éviter par le jeu de la loi d'autonomie l'application du droit québécois, soit à choisir une loi qui n'ait aucune attache avec le contrat au détriment d'une autre loi étrangère qui normalement s'appliquerait.<sup>189</sup>

<sup>186</sup> Voir également *F. v. G.* [1951] C.S. 458.

<sup>187</sup> Notamment, *Cholette v. Jones* (1939) 45 R.L.N.S. 111 (C.S.); *Pearson v. Barrett* [1948] C.S. 65; *Baraket v. Eddy* (1932) 70 C.S. 125.

<sup>188</sup> Voir, e.g., l'arrêt anglais: *Vita Foods Product Inc. v. Unus Shipping Co.* [1939] A.C. 277 (P.C.).

<sup>189</sup> Castel, *supra*, note 16, à la p.299.

Une opinion analogue a été émise au sujet des contrats de mariage. La doctrine considère que le régime matrimonial choisi par les parties devrait se rattacher à la loi du domicile matrimonial des parties ou à celle du lieu où le contrat a été passé, et ne pourrait pas être indépendant des circonstances.<sup>190</sup> Il nous semble, personnellement, que l'exception d'ordre public suffit largement, et nous ne voyons pas ce qu'il y a d'immoral en soi à internationaliser un contrat ou à choisir un régime matrimonial inconnu de la loi du domicile des parties. En fait, le Code civil du Québec permet de faire par contrat de mariage "toute sortes de conventions".<sup>191</sup>

66 — Le Projet de réforme du droit international privé propose une règle concernant la fraude à la loi:

Les tribunaux ne tiennent pas compte des changements volontaires des facteurs de rattachement effectués dans le but de frauder les règles impératives du tribunal saisi.<sup>192</sup>

Cette rédaction est ambiguë. Tout d'abord l'expression de "règles impératives" n'est peut-être pas tout à fait claire. On peut se demander s'il s'agit uniquement des dispositions légales impératives du droit interne ou s'il s'agit des règles de conflit de lois. Ces dernières sont-elles impératives? La Cour de cassation française a semblé dire le contraire dans l'arrêt *Bisbal*.<sup>193</sup> C'est encore là un domaine où il aurait sans doute mieux valu ne pas codifier, d'autant plus que le droit international privé québécois semble, dans la pratique, faire l'économie d'une théorie dont l'utilité nous semble douteuse.

Il est plus fréquent que la loi étrangère soit écartée pour motif de contrariété avec l'ordre public au sens international.

### C. Ordre public

67 — Lorsqu'une règle de conflit prescrit l'application d'une loi étrangère, il peut arriver que cette dernière heurte les conceptions sociales ou juridiques locales à un point tel qu'elle doive être écartée,<sup>194</sup> ou encore que la solution étrangère ne puisse "se combiner

<sup>190</sup> Talpis, *supra*, note 117, à la p.252; Castel, *Les conflits de lois en matières de régimes matrimoniaux ...*, *supra*, note 117, à la p.264.

<sup>191</sup> Art.1257 C.c.

<sup>192</sup> *Rapport*, *supra*, note 21, art.4.

<sup>193</sup> Civ., 12 mai 1959, D.1960-610 (note Malaurie), J.C.P. 60.II.11733 (note Motulsky), Cl.1960.810 (note Sialelli), (1960) 49 Rev.crit.dr.int.priv. 62.

<sup>194</sup> Le caractère fondamental de ces conceptions locales est particulièrement bien mis en lumière par Eek, *Peremptory Norms and Private International Law*, Recueil des Cours de l'Académie de La Haye (1973), t.II, 1 à la p.22: "We are not concerned with a conflict between a *lex causae* rule and a *lex fori*

de façon cohérente avec les diverses dispositions (du droit du for) avec lesquelles elle se trouve en relation".<sup>195</sup>

Il s'agit, encore une fois, d'une *exception* à l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for.

68 — La notion d'exception d'ordre public date des origines du droit international privé. Dans la théorie des statutistes, il existait déjà des *statuta odiosa*. Il s'agissait de cas où la règle de conflit locale ne devait pas être suivie lorsque la loi étrangère était "odieuse" aux yeux des conceptions du for. L'idée a été développée dans son sens moderne au cours du XIX<sup>ème</sup> siècle, spécialement par Bartin<sup>196</sup> en France. A l'heure actuelle, encore, l'exception d'ordre public est beaucoup plus employée en France qu'au Québec. Il s'agit d'un concept national et évolutif. Ainsi, en matière de divorce, une décision de la Cour d'appel de Paris a écarté, comme contraire à l'ordre public, la loi camerounaise qui ne respectait pas l'égalité des sexes.<sup>197</sup> Or, une telle inégalité entre l'homme et la femme a existé pendant longtemps en droit français, précisément dans le domaine des causes de divorce. Il faut noter également que le principe que tout ce qui est contraire à l'ordre public interne le serait aussi à l'ordre public au sens international est complètement dépassé. Les tribunaux font une distinction très nette entre les effets atténués de l'ordre public au sens international et l'ordre public interne. C'est ainsi que la Cour de cassation française a déclaré en 1958, dans l'arrêt *Chémouni*:

La réaction à l'encontre d'une disposition d'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de se laisser produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité à la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français.<sup>198</sup>

---

rule just because they are different, but with a conflict between a *lex causae* rule, which is applicable in principle under the choice of law rules of the *lex fori*, and, on the other hand, the fundamental principles of the law of the forum country as a whole, that is the entirety of the ethical, social, economic and perhaps even political principles which can be said to constitute the legislative policy of the country."

<sup>195</sup> Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé* (1959), à la p.238.

<sup>196</sup> Bartin, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises* (1930), t.1, aux pp.329 et ss.

<sup>197</sup> Paris, 28 juin 1973 (*Bendoleba*), Cl.1974.120 (note Kahn).

<sup>198</sup> Civ., 28 janvier 1958, *supra*, note 128. La même distinction prévaut en droit anglais, bien que la notion d'ordre public soit moins fréquemment utilisée. *Cheni v. Cheni* [1963] p.85; *Fuld no 3* [1965] 3 All E.R. 776.

69 — La conception est la même en droit québécois.<sup>199</sup> Le jeu de l'exception de l'ordre public s'accompagne d'ailleurs de grandes réserves. Il faut que la loi étrangère aille à l'encontre de principes suffisamment essentiels et non pas simplement d'une loi d'ordre public interne.<sup>200</sup>

L'effet de l'exception d'ordre public est l'application de la loi québécoise à la place de la loi étrangère. Cela est exprimé, d'une façon restrictive il est vrai, par l'article 6, paragraphe 2, C.c. qui déclare qu'en ce qui concerne les biens meubles, c'est la loi du Québec qu'on leur applique pour tout ce qui intéresse l'ordre public.

La jurisprudence québécoise n'a fait qu'un usage très modéré de l'ordre public. Le seul domaine où elle l'a utilisé de façon fréquente est celui de la clause compromissoire ou de la clause d'attribution de juridiction, toutes les fois qu'elle écartait la juridiction des tribunaux québécois,<sup>201</sup> du moins avant la révision du Code de procédure civile. Dans les autres cas, les tribunaux ont insisté sur le caractère strictement territorial de l'ordre public qui n'affecte pas, en principe, les effets des actes légalement passés en dehors du Québec.<sup>202</sup>

70 — La territorialité de l'ordre public s'exprime également par le fait que l'ordre public étranger n'est pas pris en considération. Il est néanmoins arrivé que le tribunal québécois prenne note du fait qu'une loi étrangère est d'ordre public à l'étranger, bien que ce ne soit pas la raison pour laquelle il lui ait donné effet.<sup>203</sup>

En plus de l'hésitation traditionnelle des tribunaux québécois à se servir de l'exception d'ordre public, il faut ajouter que toutes les fois où la loi étrangère a été présumée identique à la loi québécoise, faute de preuve, l'exception d'ordre public ne pouvait jouer.<sup>204</sup>

<sup>199</sup> *Gauvin v. Rancourt* [1953] R.L. 517 (B.R.); voir Crépeau, *La reconnaissance judiciaire des jugements de divorces étrangers dans le droit international privé de la province de Québec* (1959) 19 R. du B. 310; voir également *Stevens v. Fisk* (1885) 8 L.N. 42, 53 (C.S.Can.); inf. (1883) 27 L.C.J. 228 (B.R.), 6 L.N. 329.

<sup>200</sup> *Dupont v. Quebec Steamship Co.* (1897) 11 C.S. 188 (C.Rev.) (Notes du J. Andrews).

<sup>201</sup> En particulier, *National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd*, *supra*, note 30.

<sup>202</sup> Notamment, *Lord v. Boivin* [1926] 2 D.L.R. 417 (C.S.Can.); *Jones v. Shea* (1878) 1 L.N. 163 (C.S.).

<sup>203</sup> *Furniss v. Larocque* (1886) 2 M.L.R.S.C. 405.

<sup>204</sup> Voir, e.g., *Consumers Cordage v. Connolly*, *supra*, note 139; *Jacobs v. Dallman* (1933-34) 36 R.P. 45 (C.S.); *Glengoil Steamship v. Pilkington*, *supra*, note 139.



En outre, en matière de statut personnel, la très grande permanence du domicile a contribué souvent à l'application de la loi québécoise à la capacité de personnes qui avaient été passer des actes prohibés par la loi québécoise, dans un pays étranger. Ainsi, dans l'affaire *X v. Z*,<sup>205</sup> la Cour supérieure note qu'une convention concernant la pension alimentaire, passée aux Etats-Unis, était contraire à l'article 1265 C.c. (ancien) qui s'appliquait parce que les parties en cause étaient toujours domiciliées au Québec. La Cour souligne que, dans ces conditions, la notion d'ordre public n'est pas applicable.

71 — Il existe une autre conception de l'ordre public qui a peu retenu l'attention au Québec; il s'agit des règles d'application immédiate.<sup>206</sup> Celles-ci forment la partie du droit interne que le juge refuse toujours d'écarter.<sup>207</sup> Elles sont appliquées sans référence à une règle de conflit. L'idée elle-même date de Mancini et de la nécessité d'accepter, à côté de la nationalité, le principe de la territorialité de certaines lois, telles que celles qui gouvernent les immeubles.

Le concept de règles d'application immédiate est extrêmement difficile à définir, d'autant plus qu'il ne faut pas oublier le facteur sociologique qui intervient ici. Le droit international privé, comme les autres branches du droit, suit l'évolution des réalités politiques, économiques et sociales d'un pays. En 1804, en France, il existait une idée claire de ce que représentaient "les lois de police et de sûreté"; et, par exemple, pendant une longue période, l'obligation alimentaire appartient aux règles de police et de sûreté. Il n'était pas concevable de la soumettre à une loi étrangère. Dans la période de libéralisme qui a prévalu à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, la notion est devenue plus flexible et la littérature juridique s'est centrée sur la notion d'exception d'ordre public et n'a plus traité que de ce seul aspect.

Nous sommes revenus à une époque de contrôle plus marqué et d'intervention de l'Etat. La sécurité sociale, le contrôle des investissements étrangers, le droit fiscal, le droit du travail, appartiennent à ce point au domaine de l'intervention étatique qu'ils échappent de plus en plus aux conflits de lois. La notion qu'il existe des normes immédiatement applicables en dehors du conflit de lois est revenue,

---

<sup>205</sup> (1937) 43 R.de J. 219 (C.S.).

<sup>206</sup> Voir, pourtant, Talpis, *Material Rules of Private International Law in the Province of Quebec* (1973) 8 R.J.T. 223.

<sup>207</sup> Eek, *supra*, note 194, à la p.27. Voir aussi Francescakis, "Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public?" (1968) dans *Travaux du Comité français de droit international privé* (1971), à la p.149.

il y a quelque vingt ans, avec les travaux de Francescakis en France. Il est évident que la conception des règles d'application immédiate est purement locale. Il est pourtant arrivé certaines fois que les tribunaux appliquent les lois de police et de sûreté ou lois d'ordre public des pays étrangers, et le cas s'est présenté notamment en Angleterre.<sup>208</sup>

72 — Finalement, afin de mieux cerner la notion d'ordre public on peut procéder à une comparaison entre le système français et le système de la *common law*:

Certain systems such as those of the Common Law and German Law regard public policy as an exception to the normal operation of choice of law rules. Because it is regarded as exceptional there is a tendency to confine the extent of its operation. In other systems, public policy is regarded as one of the leading principles of private international law itself. This is the doctrine of Mancini, which is followed in Italy and formerly in France, and results in an extensive application of the concept of public policy as an alternative to the application of other choice of law rules. Public policy in this sense is simply an ordinary rule of private international law indicating the application of the *lex fori*.<sup>209</sup>

Le Québec se rattache très nettement à la tradition de la *common law* dans ce domaine. On assiste, d'ailleurs, même en France, à une certaine limitation du rôle de l'ordre public sous l'influence des travaux de la Conférence de droit international privé de La Haye qui, dans ses différentes Conventions, tend à limiter ce rôle.

73 — C'est la phraséologie même des Conventions de La Haye qui a été reprise dans le Projet de droit international privé québécois:

L'application du droit étranger est écartée lorsque ses dispositions sont manifestement incompatibles avec l'ordre public, tel qu'il est entendu dans les relations internationales.<sup>210</sup>

Ce texte reproduit également, presque mot pour mot, l'article 2283 du Projet français de 1967.<sup>211</sup>

74 — Il est difficile de se prononcer sur ce que devrait être une conception justement modérée de l'ordre public, étant donné que cette notion est en fait le reflet de la société. On assiste à l'heure actuelle à un relâchement de la notion en matière de statut personnel et, semble-t-il, à son renouveau dans le domaine des contrats. Décider si une telle évolution est souhaitable dépend des convictions intimes de chacun.

<sup>208</sup> *Ragazzoni v. Sethia* [1958] A.C. 301 (H.L.).

<sup>209</sup> Graveson, *Comparative Aspects of the General Principles of Private International Law*, Recueil des Cours de l'Académie de La Haye (1963), t.11, 1 à la p.39.

<sup>210</sup> *Rapport*, *supra*, note 21, art.4.

<sup>211</sup> Texte dans (1970) 59 *Rev.crit.dr.int.priv.* 832.

#### IV. CONCLUSION

75 — Les principes d'interprétation et d'application des règles de conflit de lois québécoises apparaissent souvent comme imparfaitement formulés. Ils n'ont pas toujours suivi l'évolution du droit international privé dans les autres systèmes juridiques.

Il n'est peut-être pas nécessaire que le droit québécois possède une disposition législative en matière de renvoi. Nous avons vu d'ailleurs que l'essai de codification dans ce domaine n'est pas tout à fait satisfaisant. Par contre, il serait souhaitable que les domaines de la qualification et des conflits dans le temps fassent l'objet d'une étude qui mène à des règles plus claires. Dans le premier cas, la proposition de l'Office de révision du Code civil n'a pas la souplesse nécessaire, bien qu'elle soit un pas dans la bonne direction. Le Projet de réforme ne s'est pas prononcé dans le deuxième domaine, ce qui nous paraît sage, mais il n'en demeure pas moins qu'une étude doctrinale, plus poussée que celles qui ont été faites jusqu'à présent, serait nécessaire pour éclairer les tribunaux.

76 — C'est dans le domaine de l'application des règles de conflit, et plus particulièrement dans celui de la preuve de la loi étrangère, que les plus grands efforts devraient être faits pour moderniser le droit international privé québécois. Nous avons vu plus haut les diverses solutions qui pourraient être adoptées. Par contre, l'état du droit québécois en ce qui concerne la fraude à la loi et l'ordre public nous paraît satisfaisant, et la règle proposée par l'Office de révision dans le deuxième cas reflète bien le droit actuel. Il n'en est pas de même, malheureusement, pour la règle consacrée à la fraude à la loi, qui ne peut que pousser à la multiplication des procès inutiles.

---