

LA MÉTHODE COMPARATIVE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS

*par Adrian Popovici**

SOMMAIRE

I- La méthode comparative: une nécessité	140
1) L'explication historique	140
2) L'explication pratique	142
II- La méthode comparative et le droit positif	143
III- La méthode comparative et le droit de l'avenir	145
1) Sources d'inspiration	145
2) Les innovations	147
CONCLUSION	148

* I.C.L., professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Il n'est pas dans notre intention de reprendre dans ce rapport les analyses théoriques sur la méthode comparative en droit international privé¹ mais plutôt de faire le point sur l'apport du droit comparé au droit international privé du Québec, de façon pragmatique. Le droit québécois - "modèle vivant de droit comparé" comme l'a qualifié feu Louis Baudouin² - s'est prêté et se prête encore à la méthode comparative de par sa nature hybride: cette constatation se trouve amplifiée lorsque l'on aborde le droit international privé³.

Le droit international privé québécois est essentiellement une création jurisprudentielle; mais malgré sa nature de droit "national"⁴ c'est surtout à la jurisprudence de common law que les tribunaux font appel. Le common law - droit étranger par rapport au droit civil - est plus qu'un élément de comparaison, c'est une source du droit international privé du Québec. On peut critiquer ou déplorer le recours à un système étranger⁵, mettre en cause sa justification historique ou juridique: mais il est trop tard pour revenir en arrière. Le juriste québécois doit plutôt expliquer ce phénomène et en mesurer l'ampleur: "la nécessité nous délivre de l'embarras du choix"⁶.

C'est pourquoi, dans une première partie, nous tenterons d'analyser les raisons qui ont façonné un droit international privé québécois imprégné de common law: les raisons peuvent se résumer en un mot, la nécessité. Dans une deuxième partie, nous essayerons de faire le bilan de cette méthode comparative sur le droit positif.

1. Cf. L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t. II, Paris, 1974, p. 358; P. FRANCESKAKIS, *Droit international privé comparé*, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international, Paris, 1968; H. BATIFFOL, *Les apports du droit comparé au droit international privé*, Livre du Centenaire de la Société de législation comparée, t. I, 1969, p. 131; A.T. Von MEHREN, "L'apport du droit comparé à la théorie et à la pratique du droit international privé", (1977) *Rev. int. dr. comp.* 493.

2. L. BAUDOUIN, *Le droit civil de la province de Québec - Modèle vivant de droit comparé*, Montréal, 1953.

3. Cf. A. POPOVICI, "Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles sources de droit au Québec?", (1973) 8 *R.J.T.* 189, 194.

4. Cf. *The Scottish Metropolitan Assurance Company Limited v. Graves*, (1955) C.S. 88.

5. Cf. P.-A. CRÉPEAU, "La responsabilité civile extra-contractuelle en droit international privé québécois", (1961) 39 *Can. Bar Rev.* 3; *Dreckmann v. Bonar & Bemis Ltd.*, Cour supérieure d'Iberville, 1969, juge Rodolphe Paré, (1973) 8 *R.J.T.* 339.

6. VAUVENARGUES.

Enfin, en raison du projet de l'Office de Révision du Code civil en matière de droit international privé⁷, nous ferons le point sur la méthode comparative et le droit de l'avenir.

I. La méthode comparative: une nécessité

La théorie des sources du droit international privé du Québec se trouve exposée déjà dans le premier ouvrage traitant de la matière publiée en 1898 par Eugène Lafleur⁸. Les sources, par ordre hiérarchique, sont classées de la façon suivante: 1° les textes du Code civil et du Code de procédure civile⁹; 2° les textes législatifs¹⁰; 3° la jurisprudence du Québec; 4° l'Ancien droit¹¹; 5° en dernier ressort, les ouvrages de doctrine et les décisions des tribunaux étrangers. Mais la lecture de l'ouvrage de Lafleur, comme celle de l'ouvrage plus récent de Walter S. Johnson¹² nous permet de constater que les références aux décisions de common law dominant. La théorie des sources et la pratique des tribunaux se concilient mal. Pourquoi? On peut grouper les raisons d'un tel état de fait sous deux rubriques: d'un côté dans l'évolution du droit québécois on peut déceler une explication *historique*; d'un autre côté, dans la situation actuelle du droit québécois, on peut trouver une explication *pratique*.

1) L'explication historique

Au début du siècle dernier, les tribunaux ne considéraient pas le droit international privé comme une science ou une branche autonome du droit. On confondait les problèmes qu'il soulevait avec ceux du droit international public dont les solutions étaient considérées comme universelles, communes à toutes les nations civilisées. On qualifiait aussi ces problèmes de questions de droit

7. *Rapport sur le droit international privé*, 1975. Cf. E. DELEURY et A. PRUJINER, "Quelques commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur le droit international privé", (1977) 18 *C. de D.* 233.

8. E. LAFLEUR, *The Conflict of Laws in the Province of Quebec*, Montréal, 1898, pp. 5 et ss.

9. Il convient de mentionner en particulier les articles 6, 7 et 8 du Code civil.

10. Cf. J. TALPIS, "Material Rules of Private International Law in Force in the Province of Quebec", (1973) 8 *R.J.T.* 223.

11. V. un exemple d'utilisation de l'Ancien droit à un problème moderne dans A. POPOVICI, "De la mutabilité du régime matrimonial étranger", (1975) 35 *R. du B.* 77, 85 et ss.

12. W.S. JOHNSON, *Conflict of Laws*, 2ième éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1962; les trois volumes de la 1ère éd. furent publiés en 1933, 1934 et 1937 respectivement.

public, donc du ressort du droit anglais¹³. Le recours au droit anglais, parce que droit public du Québec, sera pratiqué d'ailleurs pendant tout le XIXe siècle pour résoudre des problèmes de droit international privé¹⁴.

Plus justifiable, parce que fondé sur des données historiques, est le recours au droit anglais en ce qui concerne les conflits de lois en matières commerciales. Une grande partie du droit commercial québécois est un héritage du droit anglais: il était normal que les tribunaux retournent aux sources pour résoudre des problèmes posés par les échanges commerciaux du XIXe siècle¹⁵.

Le recours au droit anglais par les tribunaux québécois pour résoudre des problèmes de droit international privé s'explique aussi par un fait historique dont il est difficile de mesurer la portée exacte: la prépondérance anglophone du personnel judiciaire pendant une très grande partie du XIXe siècle. Jusqu'en 1849, la Cour supérieure était composée de quatre juges anglo-canadiens sur sept, alors que la Cour d'appel en comptait trois sur cinq de 1866 à 1881¹⁶. L'impact de ces données numériques s'est certainement fait sentir sur la physionomie du droit international privé québécois, alors en période de formation, peut-être plus que sur d'autres branches du droit soit moins jurisprudentielles ou plus imbues de tradition civiliste.

Cette dernière donnée en appelle une autre: le respect du précédent particulièrement des arrêts du plus haut tribunal de l'Empire britannique, le Conseil privé¹⁷. L'affaire *Le Mesurier v. Le Mesurier*¹⁸ est une illustration parfaite de cette donnée. Sur un pourvoi provenant du Ceylan, le Conseil privé a adopté, le domicile conjugal, comme critère de reconnaissance d'un jugement étranger de divorce. Cette décision a été maintes fois la base de jugements des tribunaux du Québec¹⁹; il est même probable qu'elle incarne encore

13. *Russell v. Field*, (1833) Stuart's Rep. 558; *Vaughan v. Campbell*, (1856) 5 L.C.R. 431.

14. Cf. *Howard Guernsey Co. v. King*, (1894) 5 C.S. 182.

15. Cf. E. LAFLEUR, *op. cit.*, note 8, 28.

16. Cf. G. BOUTHILLIER, "Profil du juge de la Cour supérieure du Québec", (1977) 55 *Can. Bar Rev.* 436, 444.

17. Cf. E. LAFLEUR, *op. cit.*, note 8, 11.

18. *Le Mesurier v. Le Mesurier*, (1895) A.C. 517.

19. Cf. W.S. JOHNSON, *op. cit.*, note 12, 387.

le droit du Québec sur la question^{19a}, même si le droit anglais a beaucoup évolué depuis²⁰.

Le terrain était donc propice pour une utilisation de règles de droit anglaises en droit international privé québécois. La graine a été semée. Elle a germé. Mais à côté de l'explication historique, des raisons pratiques, présentes tout le long de l'évolution du droit québécois - et donc même aujourd'hui - peuvent, elles aussi, expliquer le phénomène.

2) L'explication pratique

La première constatation est évidente: une décision d'un tribunal du Québec - même si erronément fondée sur le droit anglais - devient un précédent québécois: comme tel il sera respecté par les tribunaux qui ne se sentent plus inspirés des solutions d'un droit étranger²¹.

La théorie des sources du droit international privé du Québec prévoit le recours à l'Ancien droit en cas de silence ou même d'ambiguïté du Code civil. Il est vrai cependant que les solutions de l'Ancien droit - dans la mesure où elles existaient - sont peu adoptées aux problèmes modernes posés par les conflits de lois. Le droit doit évoluer et s'adopter. Ce processus s'est fait en droit international privé québécois par le recours au droit anglais.

Pourquoi ne pas avoir fait appel au droit français contemporain ou moderne? Les textes législatifs du droit français et ceux du droit québécois diffèrent, en partant. Le facteur de rattachement le plus important en droit québécois est le domicile; la nationalité n'y joue pratiquement aucun rôle. Ces deux éléments joints à la formation²² et à l'information des juristes québécois, (la disponibilité d'ouvrages français dans les bibliothèques juridiques est un fait récent) font que ces derniers se tournent naturellement vers le droit anglais pour chercher des autorités. On peut ajouter à tous ces facteurs la

19a. Cf. J. TALPIS, "Valeur et efficacité des divorces en droit international privé québécois", (1973) 14 *C. de D.* 625; J.-G. FRÉCHETTE et al., "Le divorce en droit international privé canadien et québécois", (1972) 3 *R.D.U.S.* 101; A. POPOVICI, "Du nouveau en droit international privé québécois", (1972) 32 *R. du B.* 229.

20. Rappelons l'affaire *Indyka v. Indyka*, (1969) 1 A.C. 33 qui a précédé en Grande-Bretagne une réforme législative.

21. V., par exemple, *Stacey v. Beaudin*, (1886) 9 L.N. 363.

22. Cf. J. BOUCHER et E. MACKAAY, "Les habitudes de recherche des juristes québécois", (1973) 33 *R. du B.* 218.

tendance naturelle de la Cour suprême à unifier les solutions des dix provinces du Canada lorsque c'est faisable²³.

Dans les conditions que nous venons de décrire, le recours à la méthode comparative devient souvent inconscient: c'est l'utilisation d'un droit étranger - le droit anglais en l'occurrence - comme si ce droit était le droit national. Cette démarche n'est cependant pas systématique. Il faut tenter de la doser, de la mesurer. C'est l'objet de notre deuxième partie.

II. La méthode comparative et le droit positif

Il ne s'agit pas de faire un panorama ni un survol du droit international privé québécois²⁴. L'examen d'écrits ou de décisions anglaises et américaines par nos juges est chose courante²⁵. Dicey demeure une autorité en droit international privé québécois²⁶. Certaines règles de droit, aujourd'hui considérées comme faisant partie du droit du Québec sont un héritage direct du droit anglais. Nous en examinerons quelques-unes²⁷.

Le facteur de rattachement le plus important, le domicile, fait l'objet de dispositions législatives dans le Code civil (art. 79 à 85). Malgré leur inspiration civiliste, la notion de domicile telle qu'interprétée par les tribunaux québécois, est la même que celle du droit anglais. À cette occasion, les tribunaux se sont inspirés de précédents jugés en Angleterre où le concept de domicile a fait l'objet d'une multitude de décisions rapportées²⁸. La notion de domicile d'origine fait maintenant partie du droit québécois.

23. C'est probablement la meilleure explication de l'adoption par la Cour suprême de la règle de conflit du droit anglais en matière de responsabilité civile extra-contractuelle dans l'affaire *O'Connor v. Wray*, (1930) S.C.R. 231.

24. Cf. J.-G. CASTEL, "Principes généraux de droit international privé québécois", Problèmes de droit contemporain, *Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, 1974, p. 237.

25. Voir, par exemple, *Gauthier v. Bergeron*, (1973) C.A. 77.

26. Voir, par exemples, *Goldenberg v. Triffon*, (1955) C.S. 341, 345 *Thibault v. Zannetin*, (1956) C.S. 263, 265; *Orsi v. Irving Samuel Inc.*, (1957) C.S. 209, 210; *Wheeler v. Sheehan*, (1961) C.S. 480, 488; *Delhalle v. Mathes*, (1963) C.S. 261, 268; *Bedell v. Hartmann*, (1956) B.R. 157, 164; *Samson v. Holden*, (1963) S.C.R. 373, 378 et ss.

27. Nous laissons de côté le problème de la qualification *lege causae* dont plusieurs exemples existent en jurisprudence québécoise: cf. CASTEL, *op. cit.*, note 24, 242 et ss.

28. Cf. JOHNSON, *op. cit.*, note 12, 59 et ss.

La règle de conflit en matière de responsabilité civile délictuelle est clairement celle du droit anglais de *Phillys v. Eyre*²⁹ et *Machado v. Fontes*³⁰ depuis que la Cour suprême l'a établi dans *O'Connor v. Wray*³¹ quelles que soient les critiques que l'on puisse adresser à cette "injustifiable pénétration d'une solution étrangère"³² le double critère du droit anglais représente le droit international privé québécois sur la question³³ - quelle que soit l'évolution récente du droit anglais lui-même³⁴.

La preuve³⁵ de la loi étrangère répond à toutes les exigences du droit anglais³⁶. La loi étrangère est un fait qui doit être allégué dans les plaidoiries écrites, lequel doit être établi par des témoins experts. À défaut, il y a présomption d'identité de la loi étrangère à la *lex fori* québécoise³⁷. Cette règle relative à la preuve du droit étranger, même si elle est critiquée, est encore celle du droit positif du Québec.

En matière de reconnaissance de jugements étrangers, le droit québécois suit aveuglément une décision de la Cour supérieure qui date de 1886 en ce qui concerne les jugements *in personam*: *Stacey v. Beaudin*³⁸. Pour la reconnaissance des jugements étrangers de divorce, le droit québécois semble encore être tributaire de la décision du Conseil privé dans *Le Mesurier v. Le Mesurier*³⁹.

29. *Phillys v. Eyre*, (1870) L.R. 6 Q.B. 1.

30. *Machado v. Fontes*, (1897) 2 Q.B. 231.

31. Cf. *supra*, note 23.

32. P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 5, 9.

33. Cf. J.-G. FRÉCHETTE, "Des conflits de lois en matière de délit et de quasi-délit en droit international privé québécois", (1973) 4 R.D.U.S. 55.

34. Rappelons l'affaire *Boys v. Chaplin*, (1969) 2 All E.R. 1085.

35. Sur la règle de conflit en matière de preuve, voir JOHNSON *op. cit.*, note 12, 873 et J.-G. FRÉCHETTE et H. LANGEVIN, "La preuve en droit international privé québécois", (1974) 5 R.D.U.S. 186.

36. Cf. J.-G. CASTEL, "La preuve de la loi étrangère et des actes publics étrangers au Québec", (1972) 32 R. du B. 338.

37. Cf. E. FABRE-SURVEYER, *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Canada*, Recueil des cours, La Haye, 1936, p. 47.

38. Cf. *supra*, note 21.

39. Cf. *supra*, note 18.

III. La méthode comparative et le droit de l'avenir

Tout le droit civil du Québec a fait, dans les dernières années, l'objet d'un réexamen en profondeur dans le cadre des travaux de l'Office de Révision du Code civil présidé par le professeur Paul-André Crépeau. En 1975, cet organisme a publié un "Rapport sur le droit international privé" préparé par un Comité de spécialistes. Ce rapport, qui contient un projet élaboré de textes sera présenté au législateur dans un proche avenir.

L'introduction du rapport nous éclaire sur la méthode employée et les sources d'inspiration⁴⁰:

"Selon les instructions du Président de l'Office, le Comité devait non seulement se livrer à un examen critique des règles en vigueur au Québec, mais aussi de celles en vigueur dans les autres provinces du Canada, aux États-Unis, en France, et dans les autres pays avec lesquels le Québec fait commerce. Le Comité fut aussi chargé d'examiner les projets élaborés par les organismes étrangers ou internationaux, particulièrement la Commission française de réforme du Code civil et la Conférence de La Haye en droit international privé, dont le Canada fait partie depuis 1968. Ainsi les règles proposées dans le rapport tiennent compte de la tradition québécoise et de nos intérêts économiques et sociaux bien compris de même que des efforts d'unification du droit international privé à l'échelon mondial".

L'examen du Rapport de l'Office de Révision du Code civil nous éclaire sur les sources *d'inspiration* des rédacteurs. Il conviendra, dans un second temps, d'examiner quelques *innovations*.

1) Sources d'inspiration

Un certain nombre de dispositions codifient le droit positif tel qu'appliqué par les tribunaux. D'autres sont présentées comme incorporant la "pratique internationale" ou un "principe universellement admis": il en est ainsi par exemple de l'article 74 concernant la reconnaissance des jugements de filiation et de légitimation ou de l'article 84 concernant la procédure.

La principale source d'inspiration est clairement le résultat des nombreuses conventions internationales de La Haye. Il est opportun d'énumérer ces conventions:

40. Rapport sur le droit international privé, *op. cit.*, note 7, 4.

- *Convention de La Haye pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile* (1955): art. 8 du Projet;
- *Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants* (1956): art. 15 du Projet;
- *Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires* (1973): art. 15, 16 du Projet;
- *Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires* (1961): art. 21 du Projet;
- *Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels* (1955): art. 23 du Projet;
- *Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits* (1972): art. 32 du Projet;
- *Convention de La Haye sur la loi applicable au transfert de la propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels* (1958): art. 35 et ss. du Projet;
- *Convention de La Haye sur les accords d'élection de loi* (1965): art. 46 du Projet;
- *Convention de La Haye concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs* (1961): art. 50 du Projet;
- *Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale* (1966): art. 58 et ss. du Projet.

À ces conventions de La Haye il faut ajouter, en matière d'arbitrage, la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (New York 1958) et la *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*.

Certaines autres dispositions s'inspirent carrément de droits étrangers ou de projets étrangers. Le projet français est invoqué en matière de capacité (art. 9), de divorce et de séparation (art. 11) et d'enrichissement injuste (art. 30).

Le droit américain est aussi à l'origine de certaines dispositions. Si la théorie du centre de gravité est écartée en matière de responsabilité délictuelle⁴¹, le *Uniform Commercial Code* fournit la substance de règles de conflit concernant les sûretés (art. 40, 42 et 43 du Projet).

41. *Id.*, 88.

On peut ajouter que certaines lois fédérales canadiennes ont fait l'objet d'un examen particulier: *Loi sur le divorce*⁴²; art. 11, 53, 73 du Projet; *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*⁴³; art. 34 du Projet; *Loi sur la monnaie et les changes*⁴⁴; art. 71 du Projet.

2) Les innovations

Les règles de droit d'inspiration anglaise qui ont été examinées dans la deuxième partie ont subi de profonds remaniements en fonction des diverses sources d'inspiration des auteurs du Projet. Ainsi le domicile devient "le lieu de la résidence habituelle" d'une personne physique; le facteur intention est pratiquement éliminé⁴⁵.

L'article 31 du Projet établit la règle suivante en matière de responsabilité civile:

"la responsabilité civile extra-contractuelle est régie par la loi du domicile du demandeur au moment de la survenance du fait générateur du préjudice. - Toutefois, le défendeur peut opposer à l'action une défense fondée sur la licéité du fait générateur et sur l'absence, à son égard, de l'obligation à réparation, suivant la loi du lieu où le fait générateur du préjudice s'est produit."

En matière de preuve du droit étranger, le tribunal peut prendre connaissance d'office de la teneur du droit étranger s'il le désire (art. 85 du Projet). La "vocation subsidiaire" du droit du Québec est cependant maintenue (art. 87 du Projet).

En ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères, le Projet propose une série de dispositions (art. 58 et ss.) qui font de *Stacey v. Beaudin* une étape de l'histoire du droit. Les jugements de divorce étrangers seront reconnus, quant à eux, sur la base du domicile (selon la nouvelle conception) ou de la nationalité de l'un des époux en concordance avec la juridiction saisie (art. 73 du Projet). En cette matière aussi, l'affaire *Le Mesurier v. Le Mesurier* est dépassée.

42. *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, c. D-8.

43. *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*, S.R.C. 1970, c. E-9.

44. *Loi sur la monnaie et les changes*, S.R.C. 1970, c. C-39.

45. *Rapport sur le droit international privé*, op. cit., note 7, 52 et ss.

CONCLUSION

Le passé, le présent et l'avenir du droit international privé québécois sont donc profondément imbus de la méthode comparative. Son utilisation inconsciente dans le passé, nécessaire dans le présent est devenue un facteur d'évolution et de modernisation du droit de l'avenir.