DE LA FORME DES ACTES JURIDIQUES ET INSTRUMENTAIRES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBECOIS

J. G. CASTEL*
Montréal

I. *Introduction*

Au cours de son existence, tout individu est appelé à faire un grand nombre d'actes juridiques et instrumentaires, et la question se pose de savoir quelle est la loi compétente pour régir la forme de ces actes. Supposons qu'il soit domicilié dans la province de l'Ontario et, possédant des biens à Montréal, passe un acte juridique à leur égard dans l'état de New York. Si les tribunaux québecois sont saisis d'un litige concernant ces biens, ils auront peut-être à décider si l'acte est valable en la forme. De là le concours et conflit possible de deux ou même trois lois. Celle du lieu où l'acte a été fait, celle du domicile de l'auteur de l'acte et celle du lieu où les biens, objets de l'acte, sont situés.

De nos jours ces conflits de lois concernant les conditions de forme des actes juridiques et instrumentaires sont très fréquents dans les multiples rapports internationaux et interprovinciaux. Il en était déjà ainsi dans l'ancien droit français qui devait finalement se prononcer en faveur du lieu où l'acte a été passé. Cette régle qui s'exprime par la maxime *locus regit actum* a tout naturellement trouvé sa place dans l'article 7 de notre Code civil.

Cependant, si la maxime est connue et appliquée depuis longtemps et, de plus, a été consacrée par la plupart des législations modernes, on est loin de s'entendre sur sa nature et sa portée, ainsi que les exceptions et les restrictions qu'elle comporte. Ceci est particulièrement vrai dans la province de Québec, si on consulte les opinions des juges exprimées dans les arrêts *Ross* c. *Ross*[1] et *Bellefleur* c. *Lavallée*.[2] Outre le caractère déclaratif, voire am-

*Professeur associé, Faculté de droit, Université McGill.
[1] (1892), 2 C.S. 115, 8; (1893), 2 B.R. 413; (1894), 25 R.C.S. 307.
[2] [1955] R.L. 1, confirmé [1957] R.L. 193.

bigu de notre article 7, la formule de la maxime elle-même est inexacte parce que trop étroite.

Avant d'aborder le fond du problème il s'agit de préciser ce qu'on entend par forme des actes juridiques et instrumentaires, car la qualification de ces actes commandera la règle de conflit applicable. Selon les principes du droit international privé en vigueur dans la province de Québec, on appliquera la qualification de la *lex fori*, c'est-à-dire, la loi du système juridique où la question doit être résolue.

La forme des actes en droit international privé englobe traditionnellement à la fois les actes juridiques et les actes instrumentaires. En effet le mot "acte" désigne tantôt une opération juridique — *negotium* — tantôt un écrit probatoire — *instrumentum*.[3] Un testament, un contrat, une donation entre-vifs, considérés en eux-mêmes et abstraction faite de leur preuve sont des actes juridiques. Ils sont passés uniquement pour réaliser un ou plusieurs effets de droit.[4] Les écrits dressés en vue d'être utilisés comme preuve des actes juridiques sont des actes instrumentaires.[5] Ceux-ci sont destinés non seulement à constater les actes juridiques à leur naissance, mais, en outre, ils en constituent s'il le faut par la suite une preuve judiciaire. La majorité des actes sont à la fois juridiques et instrumentaires. Ainsi un testament olographe sert au moment où il est fait à exprimer les volontés dernières du testateur et à prouver la validité de ses déclarations, si ses volontés sont mises en doute plus tard. Un lien étroit unit les deux rôles du testament. Cependant certains actes sont exclusivement instrumentaires. Il en est ainsi des actes de l'état civil qui ne sont pas créateurs de droits, mais assurent simplement la conservation de la preuve matérielle d'une naissance, d'un mariage, ou d'un décès. D'autres sont exclusivement juridiques, comme un contrat conclu oralement, quoiqu'il puisse être prouvé par témoins.

Plusieurs auteurs français ont voulu distinguer les actes juridiques des actes instrumentaires du point de vue de la loi qui régit leur forme[6] et, suivant l'exemple du droit anglo-saxon, appliquer à

[3] Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol, vol. 1 (1946), nos 274, 275 et 295 et suiv.

[4] Une acte juridique n'a pas besoin pour s'accomplir de formalités déterminées par la loi. Par exception, certains actes ou contrats doivent être faits dans des formes spéciales. Par exemple, notre Code civil exige un acte notarié pour le contrat de mariage (C.c. 1264), pour les constitutions d'hypothèques (C.c. 2040) et la donation entre vifs (C.c. 776).

[5] En général, ce sont les actes sous seing privé et les actes authentiques ou publics.

[6] Lainé, Esquisse d'une théorie de la forme des actes instrumentaires en droit international privé (1908), 35 Journal du Droit international, dorénavant cité Journal, pp. 321 et 674 et suiv.

ces derniers la *lex fori* les assimilant ainsi aux règles de procédure. Cette attitude est criticable car, si les formes de procédure et les moyens de preuve ont pour but commun de manifester la vérité, ils diffèrent quant à la réalisation de cette fin. Les unes gouvernent la marche du procès, tandis que les autres tendent à jeter la lumière sur les faits de la cause. L'acte juridique et l'acte instrumentaire qui le constate sont si étroitement liés qu'une seule et même loi doit leur être appliquée. La *lex fori* ne régira pas l'administration de la preuve qui doit être conforme à la loi suivant les dispositions de laquelle un acte existe. C'est la solution de notre ancien droit et de la jurisprudence française.[7]

La loi compétente s'appliquera aussi bien aux formes qu'exigent certains actes juridiques pour leur validité, qu'à la confection de simples écrits probatoires. Elle indiquera de quelle façon un mariage doit être célébré pour être valable, et les formes qui doivent être suivies afin de dresser un acte de mariage qui puisse servir d'instrument de preuve. La validité et la force probante sont inséparables, et un acte conclu par écrit devant un notaire ne doit pas pouvoir être prouvé par témoins sous prétexte que la loi du for s'applique.

Le mot "forme" lui aussi est ambigu, car il a longtemps possédé plusieurs sens dans le langage de l'ancien droit. Au XVIIIe siècle, on employait indifféremment à l'égard des actes juridiques les expressions de formes, formalités, solennités pour désigner tous les éléments d'un acte juridique, c'est-à-dire, à la fois ses conditions de validité et de preuve, les premières étant appelées les formes intrinsèques, substantielles ou viscérales (consentement, objet, cause, etc.) et les secondes extrinsèques ou probantes.[8] Merlin a clarifié le problème, et de nos jours on désigne sous le nom de substance ou de fond les éléments internes de l'acte juridique, et sous le nom de forme ou formalités ses éléments extérieurs ou instrumentaires.[9] C'est de ces formes dont il s'agit ici.[10]

Finalement, pour éviter toute confusion, il est nécessaire de distinguer entre la forme des actes publics, c'est-à-dire, ceux qui requièrent l'intervention d'un officier public et la forme des actes privés, en général passés par les parties elles-mêmes. On déter-

---

[7] Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé (1955, 2e ed.) nos 728 et suiv., p. 803.

[8] Boullenois, Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes ou statuts, vol. 1 (1766), p. 446.

[9] Répertoire de jurisprudence (1826, 5e ed.) vol. 12, Formalités, p. 302.

[10] Il ne s'agit pas ici des formes habilitantes qui suppléent au défaut de capacité de certaines personnes (autorisation du mari, intervention du tuteur), qui sont régies par le statut personnel (C.c. 6.).

minera ensuite si la règle *locus regit actum* s'applique aux deux sortes d'actes, ainsi que son caractère facultatif ou impératif. Lorsqu'il s'agit d'actes publics, la règle *locus regit actum* semble à première vue devoir s'appliquer et revêtir un caractère impératif, car l'officier public qui les dresse ne peut agir que conformément à la loi locale, qui lui donne une certaine compétence et définit la forme dans laquelle il devra rédiger les actes rentrant dans cette compétence. Cependant, en raisonnant ainsi nos anciens auteurs se sont laissés prendre aux apparences car, si de passage à Montréal, un étranger qui y utilise un notaire se soumet quant à la forme de l'acte qu'il passe à la loi de la province de Québec, ce n'est pas à cause de la règle *locus regit actum* qui semble s'appliquer obligatoirement ici, mais en vertu de la règle *auctor regit actum*. L'identité des deux lois applicables dans ce cas est pure coincidence. En fait la règle *locus regit actum* ne s'applique pas aux actes publics.[11] Il s'agit ici d'un statut de fonction, qui fait qu'il y a un lien entre l'autorité qui dresse l'acte et la loi applicable à la forme de cet acte, indépendamment du lieu où l'acte est dressé. Ainsi, en vertu du dernier alinéa de l'article 1208 de notre Code civil, un notaire québecois peut instrumenter hors de la province, sous certaines conditions, en suivant les formes québecoises. L'acte n'est pas valable parce qu'il a été fait selon la forme en vigueur dans le lieu de sa rédaction, mais uniquement parce qu'il émane de l'autorité qualifiée. Le véritable domaine de la règle *locus regit actum* est la forme des actes privés, et ici, comme je vais essayer de le démontrer, on devrait permettre aux parties d'opter entre la forme en vigueur au lieu de la passation de l'acte et toute autre loi compétente.

Sur la base de ces considérations j'étudie dans la première partie de cet article les données historiques du problème. La deuxième partie est consacrée à une analyse critique des textes législatifs et de la jurisprudence de la province de Québec, ainsi qu'à la part qui doit être faite aux lois avec lesquelles, selon les circonstances, un acte juridique ou instrumentaire entre en con-

[11] Il est à noter que, dans le cas des actes publics instrumentaires, on pourrait imaginer l'application de deux lois différentes: l'une à l'acte juridique et l'autre à l'acte instrumentaire. Ainsi un contrat passé à Toronto par des parties domiciliées à Montréal, selon la loi du lieu, peut être ensuite constaté par acte authentique par un notaire québecois à Montréal, ou à Toronto en vertu de l'article 1208 si les conditions de l'article sont remplies. La loi québecoise s'appliquera. Ce cas est rare, car en général l'acte juridique et l'acte instrumentaire dressés par l'officier public prendront place au même moment. Une seule opération aura lieu qui sera gouvernée dans son ensemble par la loi régissant l'officier public. Ainsi un contrat de mariage passé à Toronto devant un notaire québecois.

tact et qui, par conséquent, peuvent avoir du point de vue de la forme quelque titre à le régir.

En vue des nombreuses questions qui de nos jours ont surgi relativement à la forme des actes dans notre province, j'ai cru bon de revoir la question afin de faire le point. Dû à l'espace nécessairement limité de cet article, il ne m'a malheureusement pas été possible d'examiner tous les problèmes soulevés par la forme des actes juridiques et instrumentaires. Grâce aux travaux et à l'inspiration du Docteur Falconbridge, les provinces régies par la *common law* ont fait de grands progrès législatifs en ce qui concerne la forme des testaments.[12] Dans la province de Québec, il semble qu'avec la revision du Code civil il est temps de clarifier l'application générale de la règle exprimée par la maxime *locus regit actum*, en tenant compte à la fois de la tradition historique bien comprise et des exigences de la vie moderne.

II. *Notions historiques*

Les travaux admirables de Lainé et de Delaume ont depuis longtemps jeté la lumière sur la longue évolution historique de la règle *locus regit actum*.[13] Qu'il me soit néanmoins permis d'en retracer les grandes étapes.

C'est au XIIIe siècle, en Italie, que se posa la question de savoir si un testament fait en un certain lieu, conformément à la loi locale, est valable en tous lieux, bien qu'il soit contraire soit au droit romain,[14] soit à la loi du domicile de son auteur, soit à la loi de la situation de l'immeuble dont il dispose. Au XIVe siècle, Bartole se prononça en faveur de la validité de ce testament, car il lui semblait naturel qu'un individu puisse suivre la loi du lieu où il se trouve.[15]

---

[12] Falconbridge, Essays on the Conflict of Laws (2nd ed., 1954) pp. 542 et suiv.

[13] Lainé, Introduction au droit international privé (1892), vol. 2, p. 328 et suiv.; De la forme du testament privé en droit international (1907), 3 Revue de Droit international privé, dorénavant cité Revue, p. 832 et suiv.; Esquisse d'une théorie de la forme des actes instrumentaires en droit international privé (1908), 35 Journal, pp. 321 et 674 et suiv.; Delaume, Les conflits de lois à la veille du Code civil (1947) p. 296 et suiv. Voir aussi Surville, La règle *locus regit actum* et le testament (1906), 33 Journal 961; Naquet, La règle *locus regit actum* est-elle impérative ou facultative? (1904), 31 Journal 39; Silz, La forme des actes en droit international privé (1933); Tötterman, Functional Bases of the Rule *locus regit actum* in English Conflict Rules, [1953] Int. L.Q. 27; Fedozzi, De l'efficacité extra-territoriale des lois et des actes de droit public (1929), 27 Recueil des Cours Académie de Droit International 145.

[14] Dans les pays où en face et au dessus des statuts locaux, il était considéré comme droit commun.

[15] De Summa Trinitate (1555), In lege cunctos populos, n°s 21-25 et

En France, à cette époque le principe de la stricte territorialité des coutumes était opposé à cette solution. Un individu domicilié à l'étranger fut admis à tester selon la coutume locale puisqu'elle était absolue dans l'étendue de son territoire, mais ce testament ne valait pas au lieu de son domicile ou au lieu de la situation de l'immeuble.[16] Cependant, au XVIe siècle Dumoulin adopta la doctrine de Bartole et l'étendit à tous les actes juridiques.[17] D'Argentré au contraire n'admettait pas que l'acte concernant un immeuble puisse être régi par une loi autre que celle du lieu de sa situation. Cette vue ne devait pas prévaloir en France contre l'empire absolu de la loi du lieu de l'acte. Ainsi Loisel, tout en maintenant que les coutumes sont réelles, déclara qu'il "faut tester selon les formes du lieu où l'on teste".[18] Charondas le Caron lui aussi nous dit:[19]

> Si quelques actes se font en un pays, comme les testaments, ils doivent être faits selon les solennités requises par la coutume d'icelui, et néanmoins ont effet en tous autres lieux et pays encore qu'autres solennités y soient requises.

Ricard, un des meilleurs jurisconsultes du XVIIe siècle, s'exprime en ces termes:[20]

> S'il est question de la solennité . . . . il faut seulement avoir égard à la Coutume du lieu où l'acte a été passé. Et pourvu que les formalités prescrites par les loix de ce pays, *quand même se serait d'un Royaume étranger*, ayent été observées, cet acte aura son effet partout, s'il n'y a pas d'empêchement que la formalité, bien que les Coutumes des

37. En étudiant l'ancien droit, il est très important de faire grande attention au langage de chaque auteur et à l'espèce qu'il envisage.

[16] Masuer, La pratique de Masuer mise en français par Antoine Fontanon, tit. XXXII, nº 38.

[17] Consilium LIII, nº 9: "Et est omnium doctorum sententia ubicumque consuetudo vel statutum locate disponit de solemnitate vel forma actus, ligari etiam exteros ibi actum illum gerentes, et gestum esse validum et efficacem utique, etiam super bonis sitis extra territorium consuetudinis vel statuti". Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus (Opera, t. II, p. 557): "Prima conclusio: Aut statutum loquitur de his quae concernunt nudam ordinationem vel solemnitatem actus, et semper inspicitur statutum vel consuetudo loci ubi actus celebratur, sive in contractibus, sive in judiciis, sive in testamentis, sive in instrumentis aut aliis conficiendis. Ita quod testamentum factum coram duobus testibus in locis ubi non requiritur major solemnitas valet ubique. Idem in omni alio actu. Ita omnes doctores. . . ." Voir aussi Chasseneux, Consuetudines ducatus Burgundiae, col. 527, et Tiraqueau, De legibus connubialibus, Glose 8, nºs 216, 217.

[18] Institutes coutumières, liv. II, tit. IV, règles 3 et 4 (ed. Lauriere, Paris, 1783).

[19] Memorables observations, au mot Coutume (1637). Voir aussi, Choppin, Coutume de Paris, liv. II, tit. IV, nº 2.

[20] Du don mutuel, ch. VII, nº 306 (dissertation sur les conflits de lois laissée inédite, et ajoutée après sa mort au traité du don mutuel). Voir aussi de Renusson, Oeuvres, De la communauté, 1er partie, ch. XV, nºs 37-40 (ed. 1740, par J.A. Serieux).

> lieux où le donateur a son domicile et ses biens désirent des formalités différentes. . . .

A la fin du XVIIe siècle, il est de formule courante qu'un testament conforme à la loi du lieu où il a été fait doit être tenu pour valable.[21] Dès 1566, le Parlement de Paris s'était prononcé en ce sens, mais ce n'est qu'en 1721 que la maxime *locus regit actum* apparut au grand jour.[22]

Le principal succès de la règle, si faiblement motivée du point de vue des textes et de la doctrine,[23] fut son utilité pratique dans les relations commerciales interprovinciales et internationales. Comme le fit remarquer Ricard:[24]

> . . . la solennité des actes n'étant introduite que pour leur donner une forme certaine et qui puisse faire loi à l'égard du public. Ce qui dépend de ceux entre les mains desquels l'acte est passé, dont l'autorité et l'exercice sont attachés aux lois de leur pays, parce que c'est à eux de certifier ceux des autres provinces où l'acte doit avoir son exécution qu'il a été fait avec liberté et que les parties ont fait les dispositions de la sorte qu'elles y sont énoncées.

En l'absence d'une telle règle une personne ayant des biens situés dans différentes provinces aurait eu à faire une multitude de testaments, ou un seul revêtu de toutes les formes prescrites en chacune de ces provinces.[25]

Au début du XVIIIe siècle, la règle *locus regit actum* qui avait été appliquée au testament fut bientôt considérée comme générale, et tout individu eût la faculté de passer un acte juridique ou instrumentaire selon les formes de la *lex loci actus*.

On se demanda alors si l'acte était nul lorsque la *lex loci actus* n'avait pas été observée, c'est-à-dire, dans les cas où l'auteur d'un acte s'était conformé soit à la loi de son domicile, soit au droit romain, soit à la loi du lieu de la situation de ses immeubles. En d'autres termes la règle *locus regit actum* était-elle facultative ou obligatoire? Impliquait-elle simplement une faculté pour un individu de faire un acte en une province autre que celle de son domicile, ou celle de la situation de ses immeubles conformément à la loi locale, ou était-il obligé d'agir ainsi sous peine de nullité de l'acte? La réponse donnée à cette question par les anciens auteurs a été influencée par leurs efforts à classer la forme des actes dans

[21] Basnage, Oeuvres, t. II, Des testaments, p. 185; La Thaumassière, Coutumes générales du Berry, Préliminaires, n° 29.

[22] Charondas, *supra*, note 19; Louet et Brodeau, Recueil d'arrêts (1742), Lettre C, sommaire XLII, n° 7; Basnage, *supra*, note 21; Choppin, *supra*, note 19; Bouhier, Observations, ch. XXVIII, n° 42.

[23] Lainé, Introduction, vol. II, p. 354 et suiv.

[24] Du don mutuel (ed. 1754), ch. VII, n° 306.

[25] de Renusson, *supra*, note 20, Du droit de garde, ch. VI, n° 27.

le statut réel ou le statut personnel. Ce fut une erreur lourde de conséquences, car cette classification ne peut s'appliquer à une matière où le législateur ne considère ni les biens, ni les personnes, mais obéit à des motifs d'ordre pratique.

Dans le très ancien droit un individu se trouvant en pays étranger demeurait soumis à la loi de son domicile et le propriétaire d'un immeuble devait, quant aux actes concernant cet immeuble, observer la loi du lieu où il était situé. La doctrine italienne et française n'avait considéré qu'un acte conforme à la *lex loci actus*, car dans l'hypothèse inverse nul doute ne s'élèvait sur la validité de l'acte, puisque les principes ordinaires du droit s'appliquaient. L'adoption de la compétence de la *lex loci actus* s'introduisit comme une exception aux règles ordinaires afin d'en diminuer la rigueur. Elle ne pouvait donc être obligatoire. Petit à petit, comme le dit Lainé, les parlements en vinrent à oublier le caractère qu'avaient eu les choses à l'origine et à commander ce qui tout d'abord avait été simplement permis. La maxime prit un tour impératif. Au XVIIe siècle, Rodenburgh, disciple d'Argentré, et maître de Boullenois, en saisit bien le caractère exceptionnel, puisqu'il déclara sans hésitation qu'un testament, contraire à la *lex loci actus* mais conforme à la *lex rei sitae*, devait être tenu pour valable. Il s'exprime ainsi:[26]

> Voila pour le cas où l'on observe les solennités du lieu où l'acte est rédigé. Mais en est-il de même dans l'hypothèse inverse, où le testateur dispose au sujet d'un immeuble et fait son testament non pas en suivant la loi de son domicile, ni celle du lieu où il se trouve, mais en se conformant à la loi du lieu où l'immeuble est situé? La réponse n'est pas facile. Il en est qui reconnaissent aux sujets de ce lieu la faculté de tester ainsi, mais qui la refusent aux étrangers. Quant à moi, j'inclinerais plutôt à reconnaître sans distinction la validité du testament. Qu'importe, en effet, en cette matière, la qualité de la personne! Elle ne serait à considérer que si les statuts règlant les solennités étaient personnels; oui, alors, le sujet de tel territoire en aurait le bénéfice, non l'étranger. Mais il est constant que ces statuts sont purement réels. Car quiconque, indigène ou étranger, veut aliéner un immeuble doit nécessairement observer les solennités prescrites par la loi du territoire où l'immeuble est situé. Nous devons donc pour décider la question, nous inspirer des raisons que nous avons tout à l'heure exposées. Or, avons-nous dit, quoique les testaments soient des modes de transmission des biens comme les aliénations entre vifs et par conséquent dussent être pareillement soumis à la loi du lieu où sont situés les biens, des motifs de nécessité et de supreme faveur ont fait admettre qu'il leur suffirait d'être redigés suivant la loi du lieu où

[26] De jure quod oritur ex statutorum vel consuetudinum diversitate, tit. II, cap. III, § II.

> ils sont reçus. Eh bien, il suit de là que, si quelqu'un n'a pas voulu mettre à profit les facilités qui lui avaient été accordées, peut-être parce qu'il lui était plus aisé encore d'exprimer ses dernières volontés dans la forme prescrite au lieu de la situation, je ne vois pas ce qui pourrait s'opposer à la validité de son testament; aucune raison de droit ni d'équité n'oblige à interpréter au détriment des hommes des mesures introduites dans leur intérêt; l'admission par voie complémentaire d'une seconde forme de tester n'entraine pas la suppression du mode antérieur auquel on l'ajoute. Et c'est bien en ce sens que les Docteurs ont entendu attribuer compétence à la loi du lieu où le testament est rédigé; ils ont ainsi voulu compléter par de nouvelles solennités celles qui existaient déjà à titre des solennités ordinaires, non pas les changer et les détruire.

Néanmoins, Boullenois, après avoir longtemps hésité, décida que la forme des actes relève du statut réel[27] et, rejettant l'opinion de son maître, se crut obligé de reconnaître qu'on ne peut faire un acte contraire à la *lex loci actus* même s'il est conforme ou à la *lex rei sitae*, ou à la *lex domicilii*, ou même au droit romain.[28] D'après cet auteur la compétence exclusive de la *lex loci actus* ne se justifie pas

> par une simple raison de convenance et de bien public, mais par une raison de règle et de principe, qui résulte de la foi qu'on doit à un acte attesté par les formalités juridiques et légales du lieu où il est passé.

Froland nous tint le même language:[29]

> . . . tous attestent que pour les solennités des testaments l'usage est de ne suivre que la coutume des lieux où ils sont passés et non celles du domicile du testateur et de la situation des biens.

Bouhier, lui, dénatura le statut personnel pour y faire entrer la forme des actes, en déclarant que l'exercice de la fonction de la part d'un officier public s'identifiait avec l'exercice de sa capacité civile. Le pouvoir de dresser un acte est inhérent à la capacité de la personne qui le rédige et par conséquent est régi, comme sa capacité, par la loi de son domicile. Lorsque l'acte a pour auteur un officier public il est soumis à la loi du lieu où il est passé, car c'est là que se trouve son domicile. Il en conclut qu'en ce qui concerne les actes publics:[30]

---

[27] Personnalité et réalité, Vol. 1, p. 496: "Les actes prennent leur être et leur essence de la loi du lieu où on les passe; ils appartiennent à cette loi: Ce sont les enfants de la loi, elle leur a donné l'être et la vie; les contrats sont la chose du lieu, les formalités sont attachées au contrat, elles affectent la chose et non la personne, elles sont donc réelles . . .".

[28] Démission de biens (1727) pp. 140-141; Dissertations (1732) pp. 5-7; Personnalité et réalité, vol. I, p. 427.

[29] Mémoires sur les statuts (1729) p. 136.

[30] Observations sur la coutume de Bourgogne, ch. XXVIII, nos 7 et suiv. Voir aussi ch. XXIII, nos 81 et suiv.

> Le sentiment commun est qu'il faut suivre les formalités prescrites par la coutume du lieu où l'acte est passé.

Et plus loin:[31]

> Car, comme la capacité des contractants dépend de la Loi de leur domicile, la forme des actes et leur authenticité doivent dépendre de la Loi de ceux qui les dressent; puisque ce sont eux qui en sont les maîtres en quelque manière et qui sont obligés de suivre la loi du lieu de leur résidence.

Ricard avait déjà exprimé une idée similaire en déclarant que les testaments solennels devaient être faits suivant la forme du pays où ils étaient rédigés.[32]

Paul Voët fut plutôt en faveur du caractère impératif de la règle, quoiqu'il admît que l'acte conforme à la loi du domicile devrait valoir à titre exceptionnel *ex aequo et bono* en ce lieu.[33] Huber se déclara franchement pour le caractère obligatoire de la règle *locus regit actum*,[34] tandis que Jean Voët la tint pour facultative.[35] Schotanus, lui aussi, nous dit:[36]

> Si quelqu'un, dans son testament rédigé hors du lieu qu'il habite, s'est conformé aux lois de sa patrie, mais non à celles du lieu de la confection du testament, ce qu'il a fait ne sera pas nul. Car les solennités de l'acte n'appartiennent pas tant au lieu où il est passé qu'au lieu du domicile.

Il apparait donc qu'au XVIIIe siècle la règle *locus regit actum* était devenue impérative dans le droit français en ce qui concerne les actes publics, quoique la majorité des auteurs ne les distingaient pas des actes privés. En fait, la forme des actes publics devrait être soumise exclusivement à la règle *auctor regit actum*. Si un officier public doit rédiger les actes qu'il dresse dans une forme déterminée, ce n'est pas parce que le statut de la forme se rapporte à son état personnel, comme le soutenait Bouhier, ou en vertu de la règle *locus regit actum*, mais parce que la loi le lui impose à raison de sa fonction. Normalement sa compétence est territoriale et, en dehors des limites de sa juridiction, il perd le caractère public, ce qui fait que la loi locale se confond avec la loi qui gouverne sa fonction. Cette similarité a induit les anciens auteurs à maintenir qu'en ce qui concerne la forme des actes publics il n'y a que la loi du lieu où un acte a été passé qui puisse en attester la vérité.[37] Un examen

[31] *Ibid.*, nos 13, 14.

[32] Du don mutuel, ch. VII, no 306.

[33] De statutis, sec. IX, cap. II, no 1, 9 et 9 exceptio 4.

[34] Praelectiones juris civilis, liv. II, lib. I, tit. III, nos 3-4.

[35] Comm. ad Pandectas (ed. 1778) liv. I, tit. 4 2e partie, De Statutis, no 15.

[36] Rapporté par Boullenois, Personnalité et réalité, vol. 1, p. 430, Disput. Jurisd., n. 20.

[37] Merlin, Rep. de jurisprudence (5e ed., 1827), vol. 24, Preuve, sect. 2, § 3, art. I, III.

approfondi de la question révèle cependant que l'officier public agit seulement en vertu du statut de sa fonction et non en vertu de la loi locale. La preuve en est que lorsque la loi qui régit sa fonction le lui permet, il peut agir extraterritorialement et passer un acte valide sans se conformer à loi locale.

En ce qui les actes privés, à l'origine l'observation de la règle *locus regit actum* était aussi une simple permission donnée par l'équité afin de restreindre la rigueur de l'ancien droit. Une concession fut faite aux besoins des personnes qui, hors de leur domicile, ou du lieu de la situation de leurs immeubles, voulaient exprimer leurs dernières volontés. Ici encore les juristes s'étaient concentrés sur le testament qui avait été fait suivant la loi du lieu de l'acte. Ce n'est que plus tard qu'ils songèrent à l'hypothèse inverse. Comme le dit Lainé, si on fait attention au langage de l'auteur et à l'espèce qu'il envisage, et si on examine s'il se place en vue d'un acte contraire à la loi locale ou conforme à l'une des lois concurrentes — le seul cas où s'élève la question de savoir si l'observation de la loi du lieu de l'acte est obligatoire — on constatera que les partisans déclarés du caractère obligatoire de la règle ne sont pas nombreux.[38] Cependant, si la doctrine était hésitante,[39] la jurisprudence, elle, se prononça nettement en faveur du caractère obligatoire de la règle *locus regit actum*. En 1721 cette solution fut consacrée définitivement par la Grand-Chambre du Parlement de Paris dans la fameuse affaire *de Pommereu*, où fut annulé un testament fait selon la loi du domicile du testateur, mais contrairement à la loi locale.[40] Les conclusions présentées par l'avocat général sont incohérentes et militent plutôt en faveur du caractère impératif de la règle. Quant aux motifs de la décision, ils sont de peu de valeur. C'est pourquoi l'affaire eût grand retentissement, et de vives protestations s'élevèrent contre elle. La seule explication possible est dans la magique des mots. La lettre avait tué l'esprit de la maxime. Cette jurisprudence consacrée par le plus haut tribunal du royaume était grave, et comme le fit remarquer Me Macé, l'avocat des légataires:[41]

[38] Par exemple, Furgole, Des testaments (1777), vol. I, ch. 2, sect. 2, n° 22, n'affirma la caractère impératif de la règle que pour combattre Ricard.

[39] Pothier ne s'est pas formellement prononcé: Des donations testamentaires (ed. Bugnet, 1861) ch. 1, art. 2, § 1, n° 9. En général voir aussi Merlin, Répertoire, Testaments, vol. 17 (5e ed., 1828), sect. II, § IV, arts. I, II.

[40] 7 Journal des Audiences, p. 515; analyse critique de cette décision, Lainé (1907), 3 Revue 869; Brillon, Dictionnaire des arrêts (ed. 1727) t. VI, Testament, p. 577; Merlin, *supra*, note 39, sect. II, § IV, art. II; Lainé, Introduction, II, p. 417 et suiv.

[41] *Ibid.*

N'est-il pas contraire à la pure raison d'assujetir ceux qui vont dans des pays étrangers, pour le service du Prince et de l'Etat, à ne disposer que selon les lois du lieu ou du Royaume où ils se trouvent, et de les priver de l'usage des testaments olographes qu'ils auraient le pouvoir de faire chez eux et dans leur patrie? Un Ambassadeur, un Général d'armée, un Plénipotentiaire, un homme d'Etat envoyé pour l'intérêt de la Couronne se trouve souvent dans les lieux où il n'a pas la communication de notaires, de témoins ou d'officiers, où il ne peut pas s'expliquer avec eux par la différence de la langue et de l'idiome, où il ignore les lois et les usages du pays, où il ne peut avoir de rédacteur que lui-même de ses dernières volontés. Il sera privé de la consolation de mettre ordre à ses affaires et de former les lois domestiques qu'il veut être observées après sa mort.

Afin de remédier à l'intransigeance de la maxime, Ricard avait déjà imaginé de soustraire entièrement le testament olographe à la théorie des formes pour le rattacher à la capacité des personnes. Il déclare:[42]

J'estime toutefois que cette maxime, qui en général, ne reçoit aucune difficulté dans notre usage doit être limitée dans l'espèce du testament olographe, d'autant que le testateur en est le seul ministre, et le caractère qu'il a pour cet effet étant attaché et inhérent à sa personne, il emprunte seulement de la Coutume laquelle a empire sur lui, qui est celle de son domicile; et comme c'est une faculté personnelle, qui ne se peut détacher de lui, il la porte en quelque endroit qu'il aille, et elle l'accompagne en quelque lieu qu'il se trouve, aussi bien que la faculté de tester, qui lui est donnée par la loi de son pays et qu'il n'aurait pas par la Coutume du lieu où il se rencontre. Et ainsi un testament olographe fait en pays de Droit écrit, qui n'en admet pas l'usage, par une personne domiciliée sous la Coutume de Paris qui les reçoit, serait valable pour la forme. De même, par la raison des contraires, si une personne du pays de Droit écrit, se trouvant par hasard à Paris, y faisoit un testament olographe, il ne pourroit pas avoir d'exécution, ce particulier ne pouvant pas emprunter une faculté personnelle d'une Coutume qui ne gouverne pas sa personne s'agissant, en cette occasion d'une capacité qui doit se rencontrer en lui, puisqu'il est le seul ministre de l'acte, laquelle dépend de la Loi de son domicile. . . .

Quoiqu'il ait exprimé dans son Traité des Donations[43] la doctrine traditionnelle, cette analyse nouvelle obtint grand succès. Utilisée par Me Macé, mais rejetée par le Parlement de Paris dans l'affaire de 1721, elle fut adoptée par Bouhier dans ses Observations sur la Coutume de Bourgogne.[44] Il faut reconnaître, cependant, que cette thèse qui rattache la forme des testaments au statut personnel est aussi inadmissible que celle qui la rattache au statut réel, car elle retire la faculté d'utiliser la *lex loci actus*, et par conséquent les

[42] Du don mutuel, ch. VII, no 307.
[43] 1re partie 1, ch. V, sect. 7, no 1560.
[44] (1742) ch. XXVIII, no. 20 et suiv., p. 765, et ch. XXIII, no 81 et suiv.

actes privés sont complètement soustraits à cette loi, qui ne s'applique, ni à titre facultatif, ni à titre obligatoire. La forme d'un testament ne peut être liée à la capacité de disposer, car les lois qui déterminent les formes ne touchent qu'aux solennités extérieures qui doivent accompagner l'expression de la volonté du testateur. La loi le protège, non pas en raison de son âge ou de sa capacité mentale, mais en tant qu'individu afin d'assurer une exacte émission de sa volonté.[45]

Voila où en était notre ancien droit. Entre l'application obligatoire de la maxime et son rejet total, il semble qu'il y aurait eu moyen de maintenir la règle traditionnelle, c'est-à-dire la faculté d'observer la *lex loci actus*, tout en autorisant l'usage de la loi du domicile. Comme l'écrit Lainé:[46]

> Si, d'un côté, on s'était bien pénétré du principe qui à l'origine dominait le conflit des lois dans la doctrine française, à savoir le droit pour les juges de chaque pays d'appliquer leur coutume locale de préférence à tout autre, si, d'autre part, comme le font ici, l'avocat Macé et le président Bouhier, on s'était rappelé que l'observation de la *lex loci actus* fut d'abord une faveur, si enfin avec Boullenois, on avait réfléchi que cette faveur était utile même à l'égard des actes privés et des testaments olographes, on serait arrivé à la combinaison d'idées suivantes: en principe, le testateur a le droit de suivre, en pays étranger, la loi de son domicile ou celle de la situation de l'immeuble légué; par faveur, il peut également se conformer à la loi locale. De cette manière, tous les intérêts eussent été conciliés.[47]

Boullenois finit par sentir qu'il était important de réconcilier ses vues avec celles de Ricard, afin de permettre au testateur de choisir entre la loi du lieu de l'acte et celle de son domicile. Il nous dit:[48]

> Ne pourroit-on pas de ces deux avis en former un qui conserveroit d'un côté, les principes généraux qui veulent que pour qu'un testament soit valable il soit fait suivant les formes du lieu où il se passe, et de l'autre qui ne donneroit pas atteinte à la capacité accordée aux domiciliés à Paris et autres coutumes semblables de tester par la voie du

[45] En vue de l'article 289 de la Nouvelle Coutume de Paris, qui assimile le testament olographe au testament notarié sous la rubrique du testament solennel, on ne peut pas soutenir que le premier est exempt de toute forme. Cependant dans le cas du testament public la solennité est indépendante de l'auteur de l'acte, elle ne peut être accomplie que par un officier public compétent; Ferrière, Corps et compilations de tous les commentateurs anciens et modernes sur la Coutume de Paris (2e ed.) vol. IV (1714), p. 74 et suiv. Voir aussi l'article 22 de l'Ordonnance de 1735, qui emploie le mot "formes" à l'égard du testament et l'article 126 de l'Ordonnance de 1629.

[46] Introduction, vol. II, p. 426.

[47] Cette conciliation fut réalisée par le Code Napoléon, art. 999, et le Code Civil de la Louisiane, arts. 10, 1588 et 1597.

[48] Personnalité et réalité, vol. II, p. 73.

testament olographe? Ainsi ne pourroit-on pas dire avec Ricard que celui qui est domicilié dans l'étendue de la Prévôté et Vicomté de Paris pourroit, en quelque endroit qu'il teste, tester par la voie du testament olographe, et cela pour lui conserver effectivement ce droit qui semble être attaché à la personne? Mais aussi ne pourroit-on pas encore admettre que l'étranger, qui se trouve même par hasard à Paris ou dans une coutume semblable, pourra tester par testament olographe en assurant néanmoins la date de son testament, comme il a été observé ci-devant, puisque la nature de ce testament semble dépendre de la forme, et que les règles générales le demandent ainsi. . . . Je sais que ce tempérament paraîtra bizarre: il n'est pas même pris d'après les règles austères de la Logique. Mais un jurisconsulte doit-il toujours décider logiquement? Et le bien général d'une nation n'autorise-t-il pas à adopter certaines décisions de convenance, quand une Loi précise ne s'y oppose pas?

Quel enseignement en ce qui concerne l'interprétation à donner à notre article 7!

L'évolution historique de l'ancien droit a été magistralement résumée par Lainé dans le passage suivant:[49]

On se demande simplement au début, si l'acte régulier d'après la coutume du lieu où il a été fait doit être validé, bien qu'il soit contraire au droit commun, soit à la loi du domicile du testateur, soit à la loi de la situation de l'immeuble légué. C'est uniquement en ce cas qu'un besoin social se fait sentir, celui de tempérer la rigueur de la règle par une exception favorable. Une lutte à cet effet s'engage. Les partisans de l'exception, pour l'affirmer avec toute l'énergie possible, s'expriment en termes impératifs, absolus, qui vont au delà de leur pensée. Voulant dire qu'il convient de prendre en considération la loi locale, ils disent que c'est elle qu'il faut considérer; voulant dire qu'on peut suivre cette loi, ils disent qu'on doit la suivre. Leur but, cependant, n'est pas autre que d'obtenir que l'acte ainsi fait soit par faveur accepté, comme s'il était conforme au droit. Leur langage, si l'on réfléchit n'autorise pas à s'y méprendre, puisque telle est, très modérée, après des affirmations excessives, leur conclusion formelle. Ils ont donc atteint le but sans le dépasser; en faisant admettre l'exception, ils ont laissé subsister la règle. Mais, par la suite, à ceux, qui, le combat terminé, recueillent les fruits de la victoire, la réflection fait défaut; c'est l'influence et la logique des mots qui les déterminent: puisque l'on doit se conformer à la loi locale, c'est que si l'on ne s'y conforme pas, l'acte sera nul; il n'y a donc pas à tenir compte du droit commun, ni de la loi du domicile, ni de la loi de la situation de l'immeuble. On ne modère plus la règle, on la supprime, on lui substitue l'exception. C'est d'ailleurs bien involontairement que l'on accomplit cette révolution; car, on n'en a même pas conscience. Au reste, l'erreur où l'on est tombé s'explique aussi par la confusion que tous ont commise, en unissant et traitant de la même manière les actes publics et les actes privés: ce qui était vrai pour les uns s'est faussement communiqué aux autres.

[49] De la forme du testament privé en droit international (1907), 3 Revue 833, à la p. 852.

L'erreur n'en est pas moins énorme, une règle exceptionnelle, à ce titre bienfaisante, a supplanté la règle principale et restée seule, s'est faite oppressive et nuisible. Voilà donc en quoi consistait le dernier état de notre ancien droit. Si, d'après un certain nombre d'auteurs et la jurisprudence, le testament privé devait, comme le testament public, être conforme à la loi du lieu où il était fait, sous peine de nullité, la cause en était dans une méprise: le prestige et la tyrannie des mots, l'irréflexion, l'inadvertance avaient fait commettre une sorte de contre-sens juridique. Cet entraînement des esprits, d'ailleurs, avait suscité des protestations très vives, notamment celles de Bouhier et de Boullenois, que les arrêts du Parlement de Paris n'avaient pas fait taire. On voit par là combien il est téméraire d'affirmer que la règle '*Locus regit actum*' entendue comme ayant un caractère impératif, était autrefois, un 'principe supérieur et incontesté'.

En fait, il n'existe pas d'explication rationnelle possible. Le triomphe jurisprudentiel du caractère obligatoire de la règle *locus regit actum* tint avant tout à l'influence des mots. Quant à l'attitude contradictoire des auteurs, elle fut le résultat de leur classification des statuts, qui les força à adopter des solutions contraires à la fois à la logique et au bon sens. Il est par conséquent permis de soutenir que l'argument historique ne saurait avoir la primauté dans l'interprétation du droit québecois dans cette matière, quoique le Code civil ne consacre pas un droit nouveau, mais est l'expression du droit existant à la date du 1er août 1866. Si on doit tenir compte de la tradition historique lorsqu'elle exprime une vérité juridique et s'adapte aux nécessités sociales et économiques du moment, il en est autrement lorsqu'elle dérive simplement d'une erreur d'interprétation et aboutit à des solutions que condamne l'esprit pratique.

La maxime *locus regit actum* ne s'est introduite et n'a prévalu qu'à titre de règle subsidiaire. Si l'on veut maintenir la véritable tradition, c'est à ce rôle qu'elle doit être restreinte. Cependant on ne peut nier que dans le dernier état de l'ancien droit la règle, à tort selon moi, avait acquis le caractère impératif en ce qui concerne les actes juridiques et instrumentaires publics et privés, dans la jurisprudence comme dans une certaine partie de la doctrine. La règle inventée dans l'intérêt des individus afin de favoriser leurs relations juridiques interprovinciales et internationales se retournait contre eux.

III. *Le droit québecois*

La maxime *locus regit actum* à caractère impératif consacrée par le Parlement de Paris fait-elle partie du droit québecois actuel?

Les articles du Code civil de la province de Québec qui, à quel-

que titre que ce soit, jouent un rôle dans la validité des actes juridiques du point de vue de la forme, sont relativement peu nombreux. En tout premier lieu il faut citer l'article 7, qui pose le principe général que:

> Les actes faits ou passés hors du Bas-Canada sont valables, si on y a suivi les formalités requises pas les lois du lieu où ils sont faits ou passés.

On trouve une application de ce principe au mariage dans l'article 135 qui énonce:

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

En 1902 on ajouta à l'article 857 un alinéa qui déclare que:[50]

> Lorsqu'une personne qui a eu et a cessé d'avoir son domicile dans la province de Québec, décède hors de ladite Province, ayant fait, hors de ladite Province un testament valable suivant nos lois, et que cette personne laisse des biens dans la province de Québec, ce testament pourra être vérifié dans cette Province, dans un des districts où elle aura laissé des biens, comme s'il eût été fait et que la personne décédée y eût eu son domicile.

En 1924 ce fut au tour de l'article 1208 de s'enrichir du texte suivant:

> Un acte reçu par un notaire de la province de Québec, en dehors de la Province, est authentique lorsque l'objet de l'acte est un immeuble ou des droits réels situés dans la Province, ou lorsque la partie, ou les parties, ou quelqu'une d'elles ont leur domicile dans la Province.[51]

Il faut aussi faire état des articles 160 et 162 de la Loi des lettres de change et de l'article 22 de la Loi de l'adoption. Signalons enfin les articles 6, 8, 776, 1220, 2142, 2143 et 2144 du Code civil.

Les Commissaires chargés de la codification ne se sont pas étendus dans leurs commentaires. Ils nous disent:[52]

> Les articles 7 et 8 ne se trouvent pas au Code Napoléon; Cependant les Commissaires ont cru devoir les adopter, à raison de l'importance des règles qu'ils énoncent et de l'usage fréquent que l'on est appelé à en faire; se conformant en cela à l'exemple qui leur a été donné par les auteurs du Code de Louisiane, et par ceux de plusieurs autres.
>
> Au reste, ils ne contiennent aucune innovation, ils sont conformes à notre jurisprudence actuelle.

---

[50] L'article 857 traite de la vérification et de la preuve des testaments, 2 Edw. VII, c. 37.

[51] (1923-1924) 14 Geo. V, c. 70, et c. 53, s. 1, que l'on retrouve à l'article 170 de la Loi du Notariat (1952-53) 1-2 Eliz. II, c. 54.

[52] de Lorimier, La bibliothèque du Code civil de la province de Québec (1871) vol. I, p. 24.

Sous l'article 135 ils se contentent de déclarer que:[53]

> Si le mariage est célébré hors du Bas-Canada, il est valable si on y a suivi les formalités usitées au lieu de la célébration, pourvu que les parties ne s'y soient pas rendues pour éluder la loi.

Il est intéressant de noter que déjà Paul Voët, Jean Voët et Boullenois[54] déclaraient que la règle *locus regit actum* ne s'appliquait pas, si un individu, afin d'éviter les solennités prescrites par la loi du lieu de son domicile, et en fraude à cette loi, s'en allait passer un acte en dehors de ce lieu.

Les citations au long des autorités auxquelles se réfèrent les Commissaires au sujet des articles 7 et 135 ne nous procurent aucun indice décisif en ce qui concerne l'interprétation à donner à ces textes, car leurs auteurs ne sont pas toujours d'accord.[55] En ce qui concerne les motifs invoqués à l'appui des modifications apportées aux articles 857 et 1208,[56] ils ne se rapportent pas à la forme des actes. Il faut donc chercher ailleurs.

En France, le projet de l'An VIII contenait au titre IV de son livre préliminaire un article ainsi conçu:

> La forme des actes est réglée par les lois du lieu dans lequel ils sont faits ou passés.

Cet article fut par la suite légèrement modifié,[57] devenant l'article 5, puis l'article 4 du projet de loi sur la publication, les effets et l'application des lois en général. Critiqué au Conseil d'Etat et au Tribunat, notamment par Andrieux dans ces termes:[58]

> Ce sont des règles générales de jurisprudence . . . qu'il est dangereux de vouloir convertir en articles de lois parcequ'elles sont sujettes à de fréquentes exceptions, parcequ'elles deviendraient fertiles en applications fausses, en conséquences funestes,

l'article 4 finalement disparut dans sa teneur originale. Le principe n'était pas répudié pour cela, et aujourd'hui on en trouve trois applications dans le Code Napoléon, l'une pour les actes de l'état civil, la seconde pour le mariage, et la troisième pour les donations et les testaments qui sont l'objet des articles 47,[59] 170[60] et 999.[61]

---

[53] *Ibid.*, p. 704.

[54] Boullenois, Personnalité et realité, vol. I, p. 427; Paul Voët, De collusione legum, sect. IV, nº 4; Jean Voët, Ad Pandectas, De statutis, nº 14.

[55] de Lorimier, *supra* note 52, vol. I, p. 141 et suiv., et vol. II, p. 33 et suiv.

[56] (1923-24), 26 Revue du Notariat 243.

[57] Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, vol. II, p. 6; Lainé, La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en droit international privé (1905), 1 Revue 443, à la p. 456.

[58] Fenet, *supra*, note 57, vol. VI, p. 241.

[59] "Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays . . . ."

Interprétant l'article 999, la jurisprudence française se prononça d'abord en faveur du caractère impératif de la règle en ce qui concerne les étrangers, mais en 1909 la Cour de Cassation, éclairée par les solides travaux historiques de Lainé, se prononça en sens contraire.[62] Ainsi, quoique l'article 7 de notre Code civil ne se trouve pas au Code Napoléon, le principe n'en existe pas moins en France, quoique modifié dans l'article 999 qui reconcilie les vues de Boullenois et de Ricard. Il s'agit donc d'un droit nouveau, tout au moins en ce qui concerne les testaments, et il faudra agir avec prudence en s'appuyant sur le droit français.

Si on se tourne vers le Code civil de la Louisiane de 1825,[63] qui lui aussi servit de modèle aux Commissaires, on constate que les codificateurs n'ont pas hésité à exprimer la règle générale en termes absolus et impératifs. L'article 10 déclare:[64]

> La forme et l'effet des actes publics et privés se règlent par les lois et les usages du pays dans lequel ces actes sont faits ou passés.

Néanmoins, en ce qui concerne le testament, il est possible de recourir, soit à la forme de la Louisiane, soit à celle du lieu où l'on se trouve, ceci en vertu des articles 1581, 1588 et 1589 du Code de 1825.[65] Cette référence au droit de la Louisiane serait décisive si le texte de notre article 7 ne différait pas substantiellement de l'article 10. L'absence de règles spéciales en ce qui concerne le

---

[60] "Le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre Français et étranger sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé de la publication prescrite par l'article 63, au titre *Des actes de l'état civil*, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent. . . ."

[61] "Un Français qui se trouvera en pays étranger, pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'article 970, ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé."

[62] *Gesling* c. *Viditz*, Cass. Civ. 20 juillet 1909 (1909), 36 Journal 1097, Sirey 1915, I, 165.

[63] Le code de 1808 fut remplacé par celui de 1825 qui devait à son tour être légèrement remanié en 1870: Dart, The Sources of the Civil Code, dans Saunders' Lectures on the Civil Code (1925) p. 1.

[64] Louisiana Legal Archives (1940), vol. 3, pt. I.

[65] Article 1581 (maintenant article 1588): "Le testament olographe est celui qui est écrit par le testateur lui même.

"Il faut pourqu'il soit valable, qu'il soit écrit en entier, daté et signé de la main du testateur lui-même.

"Il n'est assujetti à aucune autre forme, et peut être fait en tous lieux, même hors de l'Etat."

Article 1588 (1595): "Les formalités auxquelles les testaments sont assujettis par les dispositions de la présente section, doivent être observées à peine de nullité."

Article 1589 (1596): "Néanmoins, les testaments faits en pays étrangers ou dans les autres Etats de l'Union, auront leur exécution dans cet Etat, pourvu qu'ils soient revêtus de toutes les formalités prescrites pour la validité des testaments dans le lieu où ils ont été passés respectivement". Voir aussi Succession of McCandless (1848), 3 La. Ann. 579.

testament augmente cette dissimilitude. Ici encore, il est donc difficile de se baser sur le droit de cet état, pour déclarer, cette fois d'une façon péremptoire, que notre article 7 est impératif.

Il est possible que, consciemment ou inconsciemment, nos codificateurs aient voulu donner à l'article 7 le caractère impératif que la règle avait acquise à la fin du XVIIIe siècle en France. Si telle était leur intention, ils ne l'ont pas exprimée clairement. Le texte de l'article ne se prête pas à une telle interprétation. Confrontés avec le texte de l'An VIII et celui de la Louisiane, tous deux à caractère impératif, ils ont cependant choisi une autre formule qui est simplement déclarative. De plus, ils n'ont pas prévu d'exceptions, comme l'avaient fait les rédacteurs du Code Napoléon et du Code civil de la Louisiane. La simple lecture de l'article 7 semble indiquer que les commissaires chargés de la codification se sont contentés de donner la réponse de Bartole, lorsqu'on lui avait demandé si un testament fait conformément à la loi locale est valable, quoiqu'il soit contraire à la loi du domicile de son auteur. Le maître repondit que ce testament est valable *si* on a suivi les formalités requises par la loi du lieu où il a été passé. Etendue à tous les actes, c'est exactement la formule de notre article 7.

Les commissaires seraient ainsi restés fidèles à la véritable tradition historique. L'article 7 ne prévoit que le cas où l'acte a été fait ou passé suivant la loi locale et, dans cette éventualité, le déclare valable. Il en est de même en ce qui concerne l'article 135. Il n'apparait pas que, dans l'esprit du législateur, il ait envisagé l'hypothèse inverse et de se demander si alors il le déclarait nul. On ne saurait par conséquent lui attribuer à cet égard une réponse affirmative. Le code veut rassurer le commerce en lui garantissant la validité des actes dans lesquels on s'est conformé aux formes reçues dans les provinces ou pays où ces actes pouvaient être faits ou passés. Les travaux des commissaires et le texte des articles 7 et 135 n'autorisent pas à dire que l'observation de la maxime *locus regit actum* est obligatoire. On trouve même de sérieuses raisons dans le texte déclaratif de ces articles de croire que, dans la pensée des commissaires, elle doit n'être que facultative. Ceci est renforcé par le fait qu'aucune exception n'a été faite à la règle, comme en France ou en Louisiane, dû au caractère impératif qu'elle y revêt.

On peut même ajouter à ceci que l'article 6[66] contient la solution traditionnelle, et ainsi maintenir que la loi du domicile

[66] "Les lois du Bas Canada régissent les biens immeubles qui y sont situés.

d'un individu, ou celle du lieu de ses immeubles régit aussi la forme de ses actes se rapportant à son statut et à sa capacité ou à ses biens, meubles et immeubles. L'article 7 prend alors sa place à titre d'exception en faveur de la loi du lieu de l'acte, comme c'était le cas dans l'ancien droit. Ceci explique l'usage du mot "si" dans le texte des articles 7 et 135. Ce point de vue s'harmonise avec l'article 8 à caractère facultatif.[67]

Si cette explication a du mérite quant à la logique et l'histoire, elle laisse cependant à désirer du côté doctrinal, surtout en ce qui concerne les actes qui sont régis par la loi du domicile de leurs auteurs, car, ici encore, nous nous trouvons en présence d'une erreur de classification. L'application de la loi du domicile ne doit pas être le résultat de l'application obligatoire du statut personnel, car la forme des actes n'est pas liée au statut ou à la capacité de leurs auteurs. On appliquera la loi du lieu du domicile d'une personne parce que dans le domaine des intérêts pécuniaires, le domicile joue un rôle de premier plan. C'est, dans le droit québecois, le centre de la vie juridique. Dans le domaine des formes des actes, la loi du domicile suit un individu, non comme la loi qui régit son statut personnel, mais en protectrice dans l'accomplissement d'un acte juridique et dans la rédaction d'un acte instrumentaire le constatant.

Au Canada où les territoires sous-développés du grand nord ont besoin d'hommes pendant les quelques mois de l'année où le travail est possible, il est important de permettre à nos concitoyens de se référer à la loi de leur domicile, car dans ces étendues dé-

"Les biens meubles sont régis par la loi du domicile du propriétaire. C'est cependant la loi du Bas Canada qu'on leur applique dans les cas où il s'agit de la distinction et de la nature des biens, des privilèges et des droits de gage, de contestations sur la possession, de la juridiction des tribunaux, de la procédure, des voies d'exécution et de saisie, de ce qui intéresse l'ordre public et les droits du souverain, ainsi que dans tous les autres cas spécialement prévus par ce Code.

"Les lois du Bas Canada relatives aux personnes sont applicables à tous ceux qui s'y trouvent, même à ceux qui n'y sont pas domiciliés; sauf, quant à ces derniers, l'exception mentionnée à la fin du présent article.

"L'habitant du Bas Canada, tant qu'il y conserve son domicile, est régi, même lorsqu'il en est absent, par les lois qui réglent l'état et la capacité des personnes; mais elle ne s'appliquent pas à celui qui n'y est pas domicilié, lequel y reste soumis à loi de son pays quant à son état et à sa capacité".

[67] "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 d'autres circonstances, il n'apparaisse que l'intention a été de s'en rapporter à la loi d'un autre lieu; auxquels cas il est donné effet à cette loi, ou à cette intention exprimée ou présumée."

Il est à noter que même si l'on se prononce en faveur du caractère facultatif de la règle *locus regit actum*, la theorie du renvoi peut conduire à imposer obligatoirement l'application de la *lex loci actus.*

sertiques, il n'existe pas ou peu d'officiers publics qui puissent être touchés facilement, ou de formes déterminées. Dans la plupart des cas, ces pionniers ne connaissent que les formes québecoises, spécialement en ce qui concerne le testament olographe. Dans ces contrées rudes qui forgent le caractère des hommes, et où la mort guette à tous instants les intrépides qui s'y risquent, il est important de leur permettre d'exprimer leurs dernières volontés dans les formes qui leurs sont familières, dernière faveur de notre province à ses enfants aventureux.

Liberté doit donc être laissée à un individu de se référer soit à la loi du lieu, soit à la loi de son domicile, pour lui demander conseil au sujet des formes de ses actes. Selon les circonstances, il connaîtra mieux l'une que l'autre, ou il lui sera plus aisé d'y recourir. Il peut aussi avoir un intérêt particulier à suivre la loi locale.[68]

Ceci dit, en l'absence d'un texte clair et précis, il nous faut recourir aux règles traditionnelles d'interprétation. Le code contient beaucoup de formules lapidaires comme celle de l'article 7, où la magique des mots peut facilement l'emporter sur le fond. Dans cet article, le législateur a posé un principe, laissant aux tribunaux le soin de décider son caractère afin de lui donner tout le développement qu'il nécessite, ceci conformément aux règles d'interprétation exposées en notre province par Walton[69] et approuvées par Mignault.[70]

De nos jours la jurisprudence québecoise reconnaît qu'un acte fait par une personne hors de son domicile ou du lieu de la situation de ses immeubles, peut, ou même dans certains cas doit, être fait selon les formes locales, et que, fait en cette manière, il est valable en tout lieu. Inversement, l'auteur d'un acte pourra suivre, soit les formes de son domicile, soit celles de la *lex rei sitae*, s'il dispose de ses immeubles.

Comme en France, c'est surtout au sujet du testament olographe, fait par un Québecois à l'étranger, que nos cours ont eu à analyser le caractère de la règle *locus regit actum*.[71] Dans la fameuse

---

[68] On trouve des mesures spéciales dans le code en ce qui concerne les militaires et marins, et la Gaspèsie: C.c. 848 et 849; Roch, Testaments et vérification (1951), Testaments privilegiés, p. 167 et suiv.

[69] The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada (1907) p. 76 et suiv.

[70] Le Code civil du Québec et son interprétation (1936), 14 Revue du Droit 583; Le Code civil de la Province de Québec et son interprétation (1935-36), 1 U. of Toronto L.J. 104.

[71] De nombreuses questions se posent. Par exemple, un québecois peut-il faire un testament dans la forme privée locale, quand elle n'est pas celle du testament olographe ou une autre forme reconnue par l'article

affaire *Ross* c. *Ross*, rendue d'après le droit en vigueur avant la promulgation du Code civil, un dénommé Ross, domicilié dans la province de Québec et y possédant des meubles et immeubles, fit un testament olographe à New York où cette forme de testament n'est pas reconnue par le droit interne. S'appuyant sur les décisions du Parlement de Paris, la Cour du Banc de la Reine[72] décida à l'unanimité que dans l'ancien droit français la règle *locus regit actum* avait acquis un caractère obligatoire, et que, par conséquent, il en était de même dans la province de Québec. Cependant, ayant recours à la théorie du renvoi, elle maintint le testament. La majorité anglaise de la Cour suprême, au contraire, fut d'avis que la règle était facultative dans l'ancien droit français et dans notre province où depuis l'Acte de Québec les donations testamentaires étaient favorisées. Le juge en chef s'exprima ainsi:

> First, I am of the opinion that the rule *locus regit actum* was not before the enactment of the Code (nor since under the Code itself, Art. 7) imperative, but permissive only. The jurisprudence is, it is true, contradictory, but Pothier treats it as an unsettled point, and such great authorities as Boullenois, Ricard, Masse, Mailher de Chassar, Wharton, Story, Westlake and I may say all modern writers whose opinions are entitled to weight are in favour of *locus regit actum* being regarded as permissive only. To hold it to be imperative would be harsh and unreasonable, entirely at variance with the policy of the law of Lower Canada since the Quebec Act, 1774, which favours the exercise of the testamentary power instead of discouraging it, as was the policy of the old law of France, and most arbitrary in making the sufficient execution of a will depend upon the locality of a testator who, whilst in transitu makes his will according to the forms of his own domicile. Viewed as permissive only the rule *locus regit actum* is, on the other hand most beneficient and reasonable since it enables a testator who wishes to make an authentic will to avail himself of the notaries and public officers of a foreign country through which he may be passing at a time when he would not be able to avail himself of the instrumentality of the notaries and public officers of his domicile. I therefore conclude that the will was good because made in strict accordance with the law relating to holograph wills prevailing in the province of Quebec, in which province the testator was domiciled, both at the time of the will and at the time of his death.[73]

842 C.c.; ou un testament olographe, en y ajoutant pour lui donner un caractère d'authenticité dans le lieu de sa confection. Un étranger peut-il tester en la forme olographe dans la province de Québec, si cela ne lui pas permis par la loi de son domicile? Peut-il faire son testament ici dans une forme inconnue du droit québecois?

[72] (1893), 2 B.R. 413; (1892), 2 C.S. 115 et 8.

[73] (1894), 25 R.C.S. 307, à la p. 328. L'article 10 de l'Acte de Québec énonce ce qui suit: "Il sera et pourra être loisible à chaque personne, propriétaire de tous immeubles, meubles ou intérêts, dans la dite province, qui aura le droit d'aliéner les dits immeubles, meubles ou intérêts pendant sa vie, par ventes, donations ou autrement, de les tester et léguer à sa mort

On retrouve ici l'argument utilitaire de Rodenburgh, qu'aucune raison de droit ni d'équité n'oblige à interpréter au détriment des hommes des mesures introduites dans leur intérêt. La minorité française s'en tint à l'avis de la Cour du Banc de la Reine quant à la nature de la règle. Quoique contraire à la jurisprudence du Parlement de Paris, la décision de la Cour suprême a été approuvée par les cercles juridiques québecois.[74] Il serait injuste en effet d'empêcher un Québecois de tester selon les formes de son domicile, ou du lieu de la situation de ses immeubles. Encore une fois, la règle *locus regit actum* n'était que supplétive dans l'ancien droit, et la décision de la Cour suprême, quoique mal motivée, se place dans la perspective de la tradition historique bien comprise.

La question devait se poser à nouveau en 1955, dans l'affaire *Bellefleur* c. *Lavallée*. Ici la testatrice, aussi domiciliée dans la province de Québec, avait fait un testament olographe lors d'un séjour à Vancouver. Ce testament, inconnu du droit de la Colombie Britannique, disposait de toute sa fortune composée exclusivement de biens mobiliers. Sur contestation des héritiers, la cour eût à déterminer la validité du testament, cette fois sous l'empire du Code civil. Après avoir examiné la tradition historique, la Cour supérieure se prononça en faveur du caractère facultatif de la règle *locus regit actum*. Elle s'appuya en partie sur l'opinion exprimée par la majorité dans *Ross* c. *Ross*, tout en se défendant d'adopter la doctrine du précédent.[75] La décision mérite d'être examinée soigneusement, car la cour trouve dans le code des raisons spéciales qui militent en faveur de cette solution, et qui n'avaient pu être invoquées par les juges de la Cour suprême.

La Cour supérieure commence par constater que l'article 7 est déclaratif. Ses termes ne sont ni impératifs, ni prohibitifs. Il n'apparaît donc pas clairement que le législateur ait voulu qu'un habitant de cette province qui y conserve son domicile soit privé du droit d'adopter les formalités admises par le droit québecois lorsqu'il rédige un acte à l'étranger. La cour constate ensuite que

---

par testament et acte de dernière volonté nonobstant toutes lois, usages et coutumes à ce contraires, qui ont prévalu ou qui prévalent présentement en la dite province, soit que tel testament soit suivant les lois du Canada, ou suivant les formes prescrites par les lois d'Angleterre" (14 Geo. III (1776), ch. 83; voir aussi, 41 Geo. III (1801), ch. 4).

[74] Par exemple: Lafleur, The Conflict of Laws (1898) p. 136; Langelier, Cours de droit civil, vol. I (1905), p. 81-83; Lavallée, Le réglement des successions (1925-26), 28 R. du N. 371; Sirois, Loi applicable en matière de formalités testamentaires (1907-08), 10 R. du N. 90; De la forme des testaments (1907) pp. 366-369; Trudel, Traité de droit civil du Québec, vol. I (1942), p. 55.

[75] [1955] R.L. 1; analysé par Me Turgeon, *Locus regit actum* (1955), 58 R. du N. 124, et Castel (1956), 34 Can. Bar Rev. 465.

si l'article 7 était impératif, le juge devrait appliquer la loi étrangère du lieu de la passation de l'acte à titre de droit, et ne pas en laisser la preuve à l'option des parties, comme c'est le cas à l'heure actuelle. Cet argument, quoique bien construit, a le défaut de faire appel à des règles de procédure tirées surtout de la *common law* pour prouver une règle de fond. Comme la Cour suprême prend connaissance d'office de la loi d'une autre province, on arriverait au résultat absurde que le caractère de la règle dépendrait à la fois du degré de la juridiction saisie et du lieu où l'acte a été passé. La mise en oeuvre de la loi étrangère n'a rien à voir avec l'interprétation des articles du Code civil.[76]

La cour tire aussi argument de l'article 8, qui donne aux parties la possibilité de choisir la loi qui gouverne la validité intrinsèque d'un acte juridique, pour montrer qu'il serait illogique d'empêcher celles-ci de faire de même en ce qui concerne la forme qui leur convient. Elle constate ensuite qu'en matière de mariage le Conseil Privé a donné un caractère impératif à l'article 135.[77] Cette solution ne résulte pas du texte de cet article, qui est couché en termes similaires à l'article 7, mais du droit international privé qui veut qu'en matière de formes du mariage la règle soit impérative. Comme toute disposition du code est censée avoir une utilité particulière, le savant juge en conclut que le législateur ayant cru nécessaire, nonobstant l'article 7, de rendre impérative quant à la célébration du mariage la règle *locus regit actum*, l'article 7 n'avait pas, dans son intention, un caractère impératif, car en ce cas, l'article 135 n'eût pas été nécessaire. A ceci, on répondra que l'article 135 n'est qu'une application particulière de la règle générale exprimée par l'article 7, qui est reproduite ici à cause de la mention spéciale de la fraude à la loi qui la qualifie dans le domaine du mariage. On ne peut certainement ignorer la similarité des textes des deux articles en question.

Finalement, la cour s'appuie sur le dernier alinéa de l'article 857, qui permet la vérification d'un testament fait à l'étranger suivant nos lois, par une personne autrefois domiciliée dans la province de Québec, laquelle y laisse des biens. Ainsi:

> Il semblerait difficile d'admettre que le législateur aurait d'une part reconnu à un testateur n'ayant plus de domicile dans la province mais y conservant des biens la capacité de faire un testament, comme s'il y était domicilié, et n'aurait pas voulu par ailleurs, lui permettre de

---

[76] *John Morrow Screw and Nut Co.* c. *Francis Hankin* (1918), 58 R.C.S. 74; Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé (2e ed., 1955) p. 379 et suiv.

[77] *Berthiaume* c. *Dastous*, [1930] A.C. 79.

faire son testament dans l'une des formes permises par nos lois, également comme s'il eut été domicilié dans la province.

Comme le législateur ne stipule pas les mêmes avantages en faveur d'un testateur encore domicilié dans la province, il faut en conclure que cela n'était pas nécessaire, vu le caractère purement facultatif de la règle posée par l'article 7. Cet argument a une certaine force, quoiqu'on puisse maintenir que la phrase "un testament valable suivant nos lois" se réfère à notre droit tout entier y compris nos règles de droit international privé, c'est-à-dire, la règle *locus regit actum*. Nous revenons alors au problème initial.

Le grand mérite de la décision de la Cour supérieure est de rompre les cadres historiques traditionnels, et de chercher des bases nouvelles d'interprétation, qui tout naturellement se trouvent dans le code. Prises individuellement, les raisons avancées ne sont pas toutes convaincantes, mais ensemble elles donnent un support relatif à une règle essentiellement équitable.

La cour d'appel[78] n'a pas adopté complètement le point de vue de la Cour supérieure, quoiqu'elle soutînt la validité du testament. Messieurs les juges Hyde et Taschereau invoquèrent l'arrêt rendu dans l'affaire *Ross* c. *Ross* et l'opinion de Lafleur afin de reconnaître à l'article 7 un caractère facultatif. M. le Juge Bissonnette, au contraire, s'éleva contre cette attitude et déclara ne pas être lié par la décision de la Cour suprême d'autant plus qu'elle est "en conflit avec le terme formel de l'article 7,[79] avec l'ancien droit français que nos codificateurs, sur cette matière particulière ont voulu conserver". Du point de vue de la technique du droit civil, on doit certainement approuver cette attitude. Un arrêt isolé ne saurait constituer une jurisprudence. Comme le faisait déjà remarquer Mignault,[80] il est permis à un tribunal d'un degré inférieur, et il est même de son devoir, d'insister sur ce qu'il croit être la véritable doctrine, lorsqu'une cour d'appel a rendu, à une faible majorité, une décision qui bouleverse notre jurisprudence. Mais ici, la seule jurisprudence qui existait dans la province en 1866 dans ce domaine du droit était celle du Parlement de Paris, qui, d'après les opinions les plus autorisées, était erronée. S'il faut faire un choix, je pense que la décision de la Cour suprême du Canada est la plus proche de la tradition historique et de l'équité. Comme le disait Lafleur, il faut aller plus loin et se demander quelle est la justification d'une règle de droit et quels sont les besoins qui l'ont fait naître. Même *Ross* c. *Ross* mis à part, il me semble qu'il

[78] [1957] R.L. 193.
[79] Ceci reste à prouver.
[80] L'Autorité judiciaire, 6 R.L. (n.s.) 145, à la p. 176.

y a assez de raisons pour maintenir le caractère facultatif de l'article 7.

M. le juge Bissonnette reconnait la validité d'un testament olographe fait à l'étranger par une personne domiciliée dans notre province seulement en vertu du dernier alinéa de l'article 857. D'après lui, celui-ci constitue non pas une confirmation du caractère facultatif de la règle *locus regit actum* mais une dérogation à cette règle. L'article 7 est impératif, mais ne s'applique pas au testament olographe. Pour les fins visées par l'article 857, on ne recourt plus à la loi du lieu où l'acte est passé, mais à la *lex domicilii* et à la *lex rei sitae*, à condition que les biens meubles et immeubles soient situés dans la province de Québec. Ce raisonnement nous rappelle les idées de Ricard et de Bouhier. On pourrait même ajouter qu'en ce qui concerne le testament olographe, prétendre en lier la forme au territoire du pays où il est fait, c'est méconnaître l'essence de cet acte qui selon les termes de l'article 850 existe valablement par l'écriture et la signature du testateur, abstraction faite du lieu où l'opération s'effectue. Le testateur est le créateur de son testament qui n'existe que par sa volonté.

Logiquement, seule la loi de son domicile devrait s'appliquer en vertu de la règle *auctor regit actum*. Mais alors pourquoi avoir recours à la *lex rei sitae*? L'article 857 nous l'impose; il donne une prépondérance à cette loi, puisque le défunt doit avoir des biens dans la province. Doit-on appliquer la loi de l'ancien domicile ou celle de la loi du lieu de la situation des biens? Il semblerait étrange d'avoir à recourir à la loi de l'ancien domicile. Finalement, sous une forme déguisée, on se trouve en présence d'une application de la *lex rei sitae*. C'est la forme de ce lieu qui devra être suivie. En fait, le problême n'a pas grande importance car la *lex rei sitae* et la loi de l'ancien domicile seront toujours les mêmes par application de l'article 857, qui exige que la personne ait eu et ait cessé d'être domiciliée dans la province, et y laisse des biens. La forme québecoise sera exclusive.

Ce raisonnement ne me satisfait pas. Il me semble plutôt que l'on a exagéré la portée de l'article 857, car la vérification n'est pas essentielle à la validité du testament. Elle a simplement pour but d'en faciliter la preuve et la conservation lorsqu'il n'est pas authentique. Si on accepte le caractère facultatif de l'article 7, une personne domiciliée dans la province de Québec peut recourir soit à la forme de son domicile, soit à celle du lieu de la situation de ses biens immobiliers, soit à celle du lieu de la rédaction du testament. Elle pourra donc faire un testament olographe, puisque l'une

de ces lois le lui permet. Le testament sera ensuite vérifié par application des articles 856 et suiv. Si cette personne change de domicile, s'établit dans une autre province et y décède après y avoir fait un testament olographe, celui-ci ne pourra être vérifié dans la province de Québec.[81] Lorsqu'il dispose de biens situés dans cette province, il est important de pouvoir obtenir des copies authentiques du testament olographe au lieu d'avoir à produire l'original et d'en prouver la confection de la même manière que les autres écrits sous seing privé. C'est pourquoi par mesure spéciale, en vertu du dernier alinéa de l'article 857, on va permettre la vérification de ce testament, s'il est valable selon nos lois. Il s'agit là d'une dérogation aux règles normales de compétence exprimée au premier alinéa de l'article en question. Ceci est confirmé par le fait que le testament sera vérifié dans un des districts où le défunt a laissé des biens meubles ou immeubles,[82] et non dans celui de son ancien domicile. Le testament devra naturellement être valable suivant nos lois, et ceci en vertu de nos règles de conflit de lois. L'article 857 ne traitant que de la vérification des testaments, et non de leurs conditions de validité, ne peut déroger à des principes aussi bien établis que ceux contenus dans les articles 6 et 7. L'autorité compétente ne décide

---

[81] Il est à regretter qu'un testateur, qui n'a jamais eu de domicile dans la province de Québec, et n'y est pas décédé, ne puisse pas avoir son testament verifié, quoique il y possède des biens. C'est une lacune qui devrait être comblée, car ce qui compte ce sont les biens situés dans la province qui doivent être disposés. On devrait pouvoir vérifier tout testament fait dans la province ou en dehors de celle-ci, quelque soit le domicile ou l'ancien domicile du défunt et quelque soit le lieu de son décès. Cette vérification aurait lieu comme à l'heure actuelle, en vertu du dernier alinéa, dans le district de la situation des biens. Pour une clarification du texte voir ma conclusion. En général, Sirois, Vérification et preuve des testaments (1907-1908), 10 R. du N. 305. Me Roch, *supra*, note 68, p. 217, considère trois hypothèses. La première est celle du dernier alinéa de l'article 857. Le testament pourra être verifié dans un des districts où le défunt a laissé des biens. La seconde est celle où une personne réside dans la province, y établit son domicile et y décède, laissant un testament fait dans son pays d'origine. Le testament sera verifié par application des articles 857, al. 1, et 7, et on prouvera sa validité d'après les lois du pays où il a été fait: *Re the Estate of the late Emil A. Geisinger*, [1957] R.P. 42. Enfin il considère le cas où une personne, ayant toujours eu son domicile en dehors de la province de Québec, décède à son domicile, ou ailleurs, après avoir fait, au lieu de son domicile, un testament et laissé des biens dans la province. Ce testament ne pourra être verifié chez nous. Contrairement à Langelier (*supra*, note 74, vol. 3, p. 140), Me Roch maintient que le testament fait dans la province de Québec suivant nos lois par une personne y ayant eu son domicile, qui est décédée hors d'elle, mais qui y laisse des biens peut y être verifié. Dans le dernier alinéa de l'article 857 le législateur ne s'est occupé que du cas où le testament serait fait *hors* de la province. Son opinion s'infère des mots "comme s'il eut été fait et que la personne décédée y eut son domicile" (p. 198-199). Mais alors où serait-il verifié?

[82] Si on suivait les vues de Ricard et de Bouhier, c'est au lieu de l'ancien domicile que la vérification devrait avoir lieu.

pas de la validité du testament, elle établit simplement que le testament a été fait. On se trouve donc à nouveau en présence de la règle *locus regit actum.*[83] Comme le remarque Johnson:[84]

> The will must have been made outside the province, in a form valid under our laws which can surely be understood to include our rule locus regit actum, which as we know is permissive.

Un héritier pourra toujours contester la validité du testament olographe en invoquant les dispositions à l'article 7.

Pour nous résumer, en matière de testament, la prépondérance des autorités dans la province de Québec tient l'article 7 pour facultatif et permet à un Québecois à l'étranger de disposer de ses meubles soit selon la forme de son domicile, soit selon la *lex loci actus.*[85] La question du recours à la forme de la *lex rei sitae* en ce qui concerne les immeubles reste incertaine à moins de s'appuyer sur l'article 6. Si les immeubles sont situés dans la province de Québec et la forme québecoise est utilisée, je ne vois pas de raisons pour ne pas reconnaître la validité de ce testament, même si le défunt n'est pas domicilié dans la province. D'autre part, un testament fait conformément à la *lex loci actus* et qui dispose d'immeubles dans la province de Québec doit être reconnu par nos cours en vertu de l'article 7, qui ne distingue pas entre meubles et immeubles, même si la forme étrangère est inconnue ici. Seul l'ordre public québecois s'y opposera. Ceci est d'autant plus certain si l'on donne à l'article 7 un caractère impératif. Dans le cas d'immeubles situés en dehors de la province, nos cours refuseront la compétence juridictionnelle qui, à leurs yeux, appartient aux tribunaux de la situation des immeubles.

Lorsqu'un étranger de passage dans notre province y fait son testament, il devra suivre la forme québecoise pour les immeubles qui s'y trouvent. S'il s'agit de meubles, il aura le choix entre la loi de son domicile et la loi locale. Johnson au contraire maintient que lorsque les meubles sont situés dans la province, la forme québecoise doit être suivie.[86] Ceci me parait contraire au bon sens, à moins de tenir la règle *locus regit actum* pour obligatoire.

La loi québecoise doit faire preuve d'une certaine latitude quant aux formes qui garantissent la validité de l'exécution d'un testament. Tout ce que le législateur québecois désire c'est assurer

[83] Si l'on donne à l'article 7 un caractère impératif, le testament olographe doit être valable d'après la loi du lieu de sa rédaction.

[84] The Conflict of Laws with Special Reference to the Law of the Province of Quebec, Vol. III (1937), p. 122.

[85] Johnson, *ibid.*, p. 2.

[86] *Ibid.*, p. 10. Il adopte ici les vues de la Cour du Banc de la Reine dans l'affaire *Ross* c. *Ross* (1893), 2 B.R. 413, à la p. 418.

que le testament représente bien la manifestation d'une volonté ferme et libre, peu importe la forme utilisée.

En ce qui concerne le testament public il est complètement soustrait à l'article 7 et le testateur devra suivre la loi de l'officier public sous peine de nullité. La solennité est indépendante de l'auteur de l'acte, et ne peut être accomplie que par un officier public compétent et relevant de la loi qui gouverne son statut professionnel.

Toujours dans le domaine des successions, on notera qu'une renonciation à une succession faite selon les formes de la *lex loci actus* sera tenue pour valable dans la province de Québec, quoique l'article 651 du Code civil n'ait pas été suivi. Cependant la renonciation devra être enrégistrée conformément aux termes de l'article 2126.[87] L'héritier devrait aussi pouvoir utiliser les formes en vigueur au lieu de son domicile ou de celui du testateur, sujet bien entendu à l'enregistrement.

Si l'on se tourne vers la forme des donations, on constate que l'article 776 exempte de la forme notariée les donations validement faites hors de la province de Québec. Cette exemption résulte de l'application de la règle *locus regit actum.* La loi du lieu validera une donation sous seing privé, qu'il s'agisse de meubles ou immeubles. Le donateur pourra aussi utiliser la forme de la province de Québec s'il y est domicilié ou s'il y possède des biens.[88]

Un étranger de passage dans la province de Québec ne pourra faire une donation valable selon le droit québecois que s'il utilise la forme notariée. Il pourra suivre la forme de son domicile, mais cette donation ne sera pas reconnue dans la province de Québec, quoiqu'elle puisse l'être ailleurs. Ceci ressort des termes de l'article 776. Dans ce cas nous nous trouvons en présence d'une situation qui diffère du testament, et on pourrait y voir une application obligatoire de la *lex loci actus.* Cependant, comme il s'agit d'un acte public, il lui est soustrait. La territorialité l'emporte ici, et seule la loi locale impose cette solution. C'est elle qui est impérative. Il est possible aussi de soutenir que l'exigence de l'acte authentique formulée par l'article 776 se rattache aux conditions de fond ap-

[87] C.c. 651: "La renonciation à une succession ne se présume pas; elle se fait par acte devant notaire ou par une déclaration judiciaire de laquelle il est donné acte". Voir Johnson, *supra* note 84, vol. II (1934), p. 504-506.

[88] C.c. 776: "Les actes portant donations entre vifs doivent être notariés et porter minute, à peine de nullité. L'acceptation doit avoir lieu en la même forme. . . .

"Sont exemptées de la forme notariée, les donations validement faites hors du Bas Canada, ou dans ses limites dans certaines localités pour lesquelles l'exception existe par statut." Voir Johnson, *supra* note 84, vol. III, p. 333; Ricard, Don mutuel, ch. VII, nº 323.

plicables aux donations. Un étranger pourra alors faire une donation dans la province de Québec par acte sous seing privé. Celle-ci sera valable si la loi du fond indiquée par l'article 8 du Code civil s'en contente.[89] La forme authentique ne sera requise que si la loi étrangère applicable, à l'exemple de la loi québecoise, la considère comme un moyen d'assurer le respect de l'irrévocabilité des donations.

Dans le domaine du mariage, on se trouve en présence de l'article 135 du Code civil, qui constitue une application particulière de l'article 7. Un mariage célébré hors de la province entre deux personnes sujettes à ses lois, ou dont l'une seulement y est soumise est valable s'il est célébré dans les formes usitées au lieu de la célébration, ceci en vertu de la règle *locus regit actum.* Cependant, le mariage n'est pas valable du point de vue de la forme si les futurs époux ou l'un d'entre eux, domiciliés dans la province, sont allés à l'étranger dans le but de faire fraude à la loi, c'est-à-dire, pour se soustraire aux formalités québecoises. De nombreuses décisions ont appliqué ces principes, conformes à l'ancien droit, et validé un mariage célébré à l'étranger dans une forme inconnue de la loi personnelle des époux.[90]

La question s'est aussi posée de savoir si les parties ont le droit de choisir les formes de leur domicile à l'exclusion de celles du lieu de célébration. En d'autres termes, il nous faut à nouveau déterminer le caractère de la règle *locus regit actum* en ce qui concerne les formes de la célébration du mariage. En principe, il n'y a pas de raison de donner ici une solution différente de celle qui a été adoptée en ce qui concerne l'article 7. L'article 135 est facultatif. Il s'agit ici d'une application spéciale du principe général, rendue nécessaire par la référence faite à la fraude à la loi, dont le domaine traditionnel est le mariage. Si l'on excepte les mots se rapportant à la fraude, la teneur de l'article 135 est identique à celle de l'article 7. Le mot "si" apparait dans les deux textes, qui sont l'un comme l'autre déclaratifs. Aucune règle absolue n'est posée.

Dans l'ancien droit français, la forme du mariage était soumise à la *lex loci celebrationis* par application de la règle *locus regit actum,*[91] mais sans y avoir un caractère obligatoire.[92] Seuls les tribunaux

---

[89] Ainsi Billette, Traité de droit civil canadien (1933), vol. I, p. 310, suggère qu'en vertu de l'article 8, qui pose des principes généraux, un donateur devrait pouvoir stipuler qu'une loi étrangère s'applique à la forme de l'acte de donation. Il n'y a rien ici de contraire à l'ordre public québecois.

[90] Johnson, *supra,* note 84, vol. I (1933), p. 277 et suiv.

[91] Boullenois, Traité de la personnalité et réalité, t.I, p. 494-495.

[92] Delaume, *supra,* note 13, p. 222 et suiv.

anglais adoptèrent une solution rigoureuse dès le début du XVIIe siècle.[93] Ceci explique que dans la fameuse affaire *Berthiaume* c. *Dastous*,[94] le Conseil Privé, s'appuyant uniquement sur des précédents anglais, déclara qu'en matière de mariage la règle *locus regit actum* est obligatoire, car elle est l'expression d'un principe universellement admis. Pour imposer l'observation de la loi locale on invoque le droit international (anglais).[95] Les règles traditionnelles d'interprétation sont abandonnées. La célébration du mariage est une formalité essentielle qui enlève tout caractère facultatif à la règle *locus regit actum*. Dans cette affaire les époux domiciliés dans la province de Québcc au moment de leur mariage s'étaient mariés religieusement en France, en conformité avec le droit québecois, sans avoir préalablement été unis par les autorités civiles, comme l'exige le droit français. Les formalités de la *lex loci* n'ayant pas été suivies, le Conseil Privé annula le mariage. Comme le fit remarquer la Cour supérieure dans *Bellefleur* c. *Lavallee*,[96] ce n'est pas parce que le texte même de l'article 135 est impératif qu'en matière de mariage la règle *locus regit actum* s'applique obligatoirement, mais parce que dans l'opinion des savants juges du Conseil Privé elle est en cette matière impérative!

L'ordre public international écarte l'application de la loi québecoise invoquée en faveur de la validité du mariage. En fait ce n'est pas l'ordre public international que l'on devrait invoquer ici, mais le principe de la souveraineté des états, qui s'oppose à l'usurpation par un particulier des fonctions d'officier d'état civil. Naturellement lorsque le mariage implique l'intervention d'une autorité publique on ne peut appliquer la loi du domicile des parties, *auctor regit actum*. L'autorité étrangère ne peut suivre d'autres formes que celles en vigueur pour le service public dont elle est chargée. Au contraire, lorsque le mariage prend la forme d'un acte privé, ne demandant pas l'intervention d'une autorité publique, comme le *common-law marriage* des pays anglo-saxons, ou celui par simple échange de consentements, la règle *auctor regit actum* est abandonnée et la maxime *locus regit actum* reprend son empire.

Ainsi en vertu des termes très larges de l'article 135 on devrait permettre aux époux de suivre, soit la forme du lieu de la célébration, soit celle du lieu qui régit leur statut personnel. L'application de la *lex loci actus* n'est que facultative. Cette solution re-

[93] *Scrimshire* v. *Scrimshire* (1752), 2 Hag. Con. 395, 161 E.R. 782.
[94] [1928] B.R. 346, [1930] A.C. 79.
[95] La cour ne s'appuie que sur des précédents anglais.
[96] [1955] R.L. 1, à la p. 19.

specte l'ancien droit et les articles 7 et 135. Mais alors, dira-t-on, pourquoi les commissaires ont-ils répété la règle à l'article 135? L'article 7 suffisait. Quoique en principe, toute disposition du code est censée avoir une utilité particulière, il est parfois bon de répéter les principes généraux, et les appliquer à des espèces particulières, surtout lorsque des conditions nouvelles, telle ici la fraude à la loi, en modifient l'application. Le législateur a voulu indiquer qu'en matière de mariage la fraude à la loi fait échec à l'application de la règle *locus regit actum*. C'est la solution traditionnelle de l'ancien droit et de la jurisprudence contemporaine qui n'applique le principe *fraus omnia corrumpit* qu'en matière des formes du mariage pour des raisons d'ordre social. La forme des autres actes y échappe. C'est à mon avis la seule raison d'être de l'article 135 et le législateur n'a pas voulu déroger à l'article 7 en cette matière.

A condition de rejeter l'interprétation donnée à l'article 135 par le Conseil Privé, on pourrait même supprimer cet article et ne conserver que l'article 7.[97] Le principe *fraus omnia corrumpit*, basé sur la morale, et présent à l'état latent dans notre droit, peut mettre en échec la règle *locus regit actum* dans le cas du mariage, sans avoir recours à une disposition particulière à cet effet. Dans tous les cas, les tribunaux décideraient s'il est nécessaire d'annuler un acte qui a été passé en dehors de la province, afin de lui faire bénéficier des dispositions de la loi étrangère sur la forme des actes et de la soustraire au droit québecois.[98] Il me semble cependant que cette solution est dangereuse, car en dehors du mariage où des notions d'ordre public sont en jeu, il n'y a aucune raison d'empêcher les parties de choisir une loi en vertu de ce qu'elle leur offre, c'est-à-dire, la loi la plus favorable. C'est pourquoi l'article 135 est utile en restreignant l'application de la fraude à la loi au mariage.

Certains iraient même jusqu'à supprimer entièrement la notion de fraude à la loi à cause de la difficulté de prouver l'intention frauduleuse. Dans les cas extrêmes, on aurait recours à la notion d'ordre public pour s'opposer à l'application de la loi étrangère. Cette solution est trop radicale et contraire à notre tradition.

L'article 135 ne s'applique pas au mariage de deux étrangers en dehors de la province de Québec. Il suffit que d'après la loi étrangère compétente le mariage soit valable en la forme pour que cette solution s'impose dans la province de Québec, à moins que notre ordre public s'y oppose, comme ce serait le cas si on se

[97] Il en est de même si on tient les articles 7 et 135 pour impératifs.

[98] On pourrait aussi faire état de la fraude à la loi dans le texte de l'article 7.

trouvait en présence d'un mariage rudimentaire. Quant à l'acte qui prouve la célébration du mariage, il doit être fait selon la forme de la loi qui en régit la célébration. Si les conditions de l'article 1220 du Code civil sont remplies, il fait *prima facie* preuve de son contenu.

La règle *locus regit actum* s'applique aussi à l'adoption faite à l'étranger. Sa validité est jugée par la loi du pays où elle a eu lieu. On trouve la confirmation de cette solution dans l'article 22 de la Loi de l'Adoption,[99] qui déclare:

> Qu'une personne résidant en dehors de la province, qui a été adoptée conformément aux lois du Royaume-Uni ou de quelque partie des possessions britanniques autre que la province de Québec, ou à celles d'un pays étranger, possède en cette province les mêmes droits de succession qu'elle aurait eu dans ledit Royaume-Uni ou partie des possessions britanniques ou dans ledit pays étranger, où elle a été adoptée.

Dans la province de Québec, l'adoption ne peut avoir lieu que dans les cas et suivant le mode et les conditions de la Loi de l'Adoption,[100] ceci indépendamment du domicile de l'adoptant, à condition que l'adopté soit domicilié dans la province.[101]

Le régime des biens est soumis à l'article 7 et, en principe, un acte se rapportant à des biens meubles ou immeubles fait d'après les formes prescrites par la loi du lieu de sa rédaction est valable dans la province de Québec, quel que soit leur situation ou le domicile de leur propriétaire. Un Québecois à l'étranger peut donc valablement disposer de ses immeubles situés dans la province de Québec, en suivant la *lex loci actus*.[102] Cependant en ce qui concerne la constitution de droits réels conventionnels, telle l'hypothèque consentie à l'étranger par le propriétaire d'un immeuble situé dans la province de Québec, Mignault[103] et Lafleur[104] soutiennent qu'elle doit toujours prendre la forme d'un acte authentique portant minute.[105] On devra, si on se trouve à l'étranger, avoir recours à un notaire québecois.[106] Cette solution n'est pas logique, car l'article 7 ne fait aucune distinction entre meubles et immeubles, à moins de soutenir que le premier alinéa de l'article 6 du Code civil, qui dispose que les lois du Bas-Canada régissent les biens immeubles qui y sont situés, y constitue une excep-

[99] Statuts Refondus de la Province de Québec, 1941, vol. IV, c. 324; Johnson, *supra*, note 84, vol. I (1933), p. 348; Roch, L'adoption dans la province de Québec (1951); et *Schwartz* c. *Schwartz* (1935), 38 R.P. 341.
[100] Article 2.
[101] Article 5.
[102] Johnson, *supra*, note 84, vol. III, p. 332 et suiv.
[103] Le droit civil canadien, vol. IX (1916), p. 120.
[104] *Supra*, note 74, p. 116-117.
[105] C.c. 2040.
[106] C.c. 1208.

tion.[107] Johnson, lui, se contenterait de la forme authentique étrangère.[108] Cette solution est aussi à rejeter. Les articles 6 et 2040 ne s'appliquent pas à des actes passés à l'étranger, et en vertu de l'article 7 on doit reconnaître la validité d'une hypothèque consentie selon la forme étrangère de la *lex loci actus*, même si l'immeuble grevé se trouve dans la province de Québec. La seule raison que l'on puisse invoquer ici en faveur de la solution traditionnelle est l'ordre public québecois, qui, considérant le contrat d'hypothèque comme dangereux pour le débiteur, veut en subordonner la conclusion à la rédaction d'un acte notarié québecois. Naturellement tout acte entrevifs passé à l'étranger transférant la propriété d'un immeuble situé dans la province ou l'affectant d'un droit réel doit y être enrégistré. Ces formalités sont soumises à la loi du lieu de la situation de l'immeuble en question.[109]

Lorsqu'il s'agit d'actes relatifs aux droits sur les biens considérés soit en tant qu'universalités, soit *ut singuli*, les parties devraient pouvoir se référer, soit à la loi de leur situation, soit à celle du lieu où les actes sont passés. Il n'y a pas de raison pour déroger aux règles ordinaires et, comme le droit anglo-saxon, écarter l'application de la *lex loci actus*.

Dans le domaine des obligations conventionnelles, la loi du lieu où le contrat est rédigé s'imposait obligatoirement aux parties dans le dernier état de l'ancien droit. Cette solution valait non seulement pour les contrats passés en la forme authentique, quoiqu'il s'agissait alors d'une application de la règle *auctor regit actum*, mais aussi pour les actes sous seing privé.[110]

[107] En France il existe un article, 2128, qui énonce que "les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèques sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités". Il en résulte que l'hypothèque ne peut être constituée sur un immeuble en France que par acte dressé par un notaire français dans les formes de la loi française. L'article 2128 emprunté à l'édit de 1629 (art. 121), se retrouve dans le Code de procedure civile québecois, aux articles 210-211, mais ne s'applique qu'aux jugements étrangers. Dans l'ancien droit, tout acte notarié emportait de plano hypothèque générale sur les biens du débiteur par l'effet d'une clause de style qui avait fini par être sous-entendue. On justifiait cet effet par la formule éxécutoire, dont les actes notariés étaient revétus, et qui n'avait naturellement de valeur qu'autant qu'elle émanait d'un officier public français. Le Code civil québecois a supprimé cette hypothèque tacite, de telle sorte que la formule exécutoire contenue dans ces actes ne la fait plus naître. C'est pourquoi l'article 2128 a disparu de notre code.

[108] *Supra*, note 84, vol. III, p. 337.

[109] Voir les articles 2142, 2143 et 2144 du Code civil. Les formalités d'enregistrement n'interviennent qu'après la confection de l'acte, elles ne sont pas inhérentes à l'acte mais le valident et le publient quant aux tiers. Elles sont donc régies par la *lex rei sitae*, car elles ont été conçues en considération du milieu économique et social québecois où les droits réels doivent s'exercer. Elles ne concernent que les effets de l'acte.

[110] Boullenois, Traité de la personnalité et realité, vol. I, p. 492; Brillon, Dict. des arrêts (1727), Contrats, nº 8, t. II, p. 383-384.

Dans notre province, la règle s'applique aussi, mais avec un caractère facultatif, ceci en vertu de l'interprétation donnée à l'article 7 par la Cour suprême. Il nous faut alors déterminer quelles sont les lois concurrentes. Ici on se trouve encore en présence de la loi du lieu, et de la loi du domicile des contractants. Il me semble que l'on devrait aussi permettre aux parties de localiser leur contrat en ce qui concerne la forme, ceci à l'exemple de l'article 8 du Code civil, qui admet cette localisation quant au fond. Il en résulterait une unité dans l'opération contractuelle. Par exemple, si deux Québecois traitent à Toronto, l'article 7 ne devrait pas se retourner contre eux si le contrat est régi quant au fond par la loi québecoise. Ainsi, un contrat régi, soit par la loi du domicile commun des parties, soit par celle du lieu d'exécution, sera tenu pour valable et le débiteur de mauvaise foi ne pourra échapper à ses obligations en montrant simplement que la loi du lieu de conclusion n'a pas été observée.

En l'absence d'indications spéciales, il y a une présomption première en faveur du lieu de la conclusion, c'est-à-dire, en faveur de la *lex loci actus*. Dans tous les cas, la solution doit dépendre des circonstances.[111] Dans l'affaire *Furniss* c. *Laroque*,[112] décidée avant le fameux arrêt de la Cour suprême en 1894, une société commerciale en nom collectif avait été formée en France. Cependant, comme les formalités requises par la loi française n'avaient pas été suivies, la Cour supérieure de Montréal déclara que cette société n'avait jamais eu d'existence juridique. Comme le dit Johnson, on ne peut considérer cette décision comme établissant le caractère impératif de la règle *locus regit actum*; il s'agit simplement de l'application de la loi du contrat.[113]

Lorsqu'il s'agit d'actes bilatéraux ou plurilatéraux, il est contre-indiqué de suivre la loi personnelle des contractants, si celle-ci est différente. On doit s'en tenir à la *lex loci actus* qui se confond ici encore avec la *lex loci contractus*, à moins d'admettre comme précédemment que les intéressés peuvent choisir la forme du pays dont la loi régit le fond de leur convention. Du point de vue pratique, l'application de la loi du lieu où le contrat a été passé est la solution la plus commode, car les parties peuvent facilement consulter cette loi. Dans les contrats par correspondence, il est parfois difficile de déterminer la loi applicable à la forme. Si on s'en tient à la *lex loci actus*, chaque partie doit avoir exprimé sa volonté dans les formes prescrites par la loi du système juridique dans le

[111] Johnson, *supra*, note 84, vol. III, p. 411 et suiv.
[112] (1886), M.L.R. 2 S.C. 405.
[113] *Supra*, note 84, vol. III, p. 417.

ressort duquel il a émis l'offre ou l'acceptation. Naturellement, on peut aussi observer, soit la loi qui régit les éléments essentiels de l'obligation, soit la loi du domicile des parties, soit la loi du lieu où le consentement s'est formé, quoique cette dernière solution offre des inconvénients pratiques, car dans la plupart des pays il existe maintes controverses à ce sujet.

Par application de l'article 7 une procuration faite en dehors de la province de Québec y sera reconnue, si la forme étrangère du lieu de sa confection a été suivie. Une procuration faite en la forme québecoise sera aussi valable.[114] Du point de vue de la force probante, une procuration faite en dehors de la province n'y fera preuve *prima facie* de son contenu, que si les conditions posées à l'article 1220 ont été remplies.[115]

En matière de forme des obligations conventionnelles, la meilleure solution est de suivre soit la loi du lieu de la rédaction de l'acte qui sera ici la *lex loci contractus*, soit la loi applicable au fond. Ceci combine harmonieusement les articles 7 et 8 du Code civil. Quant à la loi du domicile des parties, elle semble être étrangère à la matière.

Les formalités à suivre en matière de conventions matrimoniales posent aussi des problèmes intéressants. De nos jours, comme dans l'ancien droit, le contrat de mariage est soumis à la règle *locus regit actum*.[116] Ainsi un contrat de mariage rédigé dans l'Ontario sera valable dans la province de Québec, même si les futurs époux y sont domiciliés, et si la forme de la *lex loci actus* n'est pas semblable à la nôtre. Ici encore, on trouve une application de l'article 7. Les futurs époux, domiciliés dans la province de Québec, pourront aussi recourir à la forme québecoise.[117] Lorsque les parties n'ont pas de domicile commun, la fiancée étant domiciliée dans la province de Québec, le fiancé dans l'Ontario et le contrat de mariage est passé dans le Manitoba, Johnson[118] soutient que le choix est limité à la forme du Manitoba ou la forme québecoise. En d'autres termes, en vertu de l'article 7 le choix doit toujours s'exercer entre la loi québecoise et la loi du lieu. Cette solution ne semble pas être justifiée par les termes de l'article 7 à caractère facultatif. Celui-ci se contente de valider un acte passé

---

[114] Johnson, *supra*, note 84, vol. III, p. 780; voir aussi Procuration en pays étranger (1904), 7 R. du N. 291.

[115] *Supra*, note 114, p. 782 et suiv., et C.c. 1220(5), (5a) et (6).

[116] Merlin, Questions de droit, Donations à cause de mort, § 2, t. III, p. 460 et suiv.; Denisart, vol. I (6e ed., 1748), Contrat de mariage, no 7. Voir aussi Lesage, Considérations sur un contrat de mariage signé aux Etats Unis (1957), 59 R. du N. 533.

[117] C.c. 1208.

[118] *Supra*, note 84, vol. I (1933), p. 368 et suiv.

selon la *lex loci actus*. Sa validité, lorsqu'il a été fait dans les formes d'une autre loi, dépendra des règles de droit international privé en vigueur dans la province de Québec. Il se peut que d'après ces règles, une loi autre que celle de la province soit appliquée pour valider le contrat de mariage. En fait, on pourra appliquer soit la loi du lieu, soit celle du domicile matrimonial, c'est-à-dire, la loi de l'Ontario, soit la loi qui régit le fond du contrat. On se conformera ici aux règles applicables aux contrats en général.

On pourrait aussi soutenir que lorsque les parties sont toutes deux domiciliées dans la province de Québec, elles doivent se conformer, même à l'étranger, à la loi québecoise, ceci en vertu de l'article 6 et de l'article 1264 qui exige que le contrat soit rédigé en forme notariée avant la célébration du mariage. La forme est alors fonction du régime matrimonial, de son immutabilité, elle est destinée à mettre en oeuvre une disposition de fond, généralement gouvernée par la loi du domicile matrimonial. Les parties ne pourront pas faire un contrat de mariage par acte sous seing privé même si la *lex loci actus* le leur permet. Je ne pense pas que cette solution puisse se concilier avec l'article 7.

L'authenticité de la forme québecoise s'impose-t-elle à des futurs époux domiciliés dans la province de l'Ontario qui font leur contrat de mariage dans la province de Québec, lorsque d'après la loi du lieu de leur domicile cet acte peut se faire sous seing privé? Oui, si l'on s'en tient au langage de l'article 1264. La règle est exclusive, et la maxime *locus regit actum* ne s'applique pas ici puisqu'il s'agit d'un acte public. Il n'y aura donc pas de choix. On pourrait encore dire que la loi du fond ou celle du domicile des époux devrait s'appliquer. Pourquoi en effet forcer les futurs époux, domiciliés ailleurs, à faire un acte public lorsqu'ils se contentent d'un acte privé? Notre ordre public n'est pas en jeu. Cette solution est difficile à reconcilier avec l'article 1264, quoiqu'elle soit en conformité avec les principes du droit international privé appliqués aux contrats. Nous nous trouvons dans une situation semblable à celle qui prévaut en matière de donations. La territorialité l'emporte et seule la forme québecoise est autorisée. Naturellement les parties peuvent toujours suivre une autre forme, mais le contrat de mariage n'aura aucun effet dans la province. Du point de vue pratique, il n'y a aucune raison de ne pas permettre à des étrangers de suivre la forme qu'ils désirent, à condition que celle-ci soit reconnue par le droit international privé de leur domicile matrimonial.

La règle *locus regit actum* s'applique encore à la forme des

effets de commerce. Ainsi le premier alinéa de l'article 160 de la Loi des lettres de change[119] déclare que la loi du lieu d'émission détermine la validité de la lettre de change quant aux conditions de forme, tandis que la forme des contrats qui interviennent, tels que l'acceptation, l'endossement ou l'acceptation sous protêt, est déterminée par la loi du lieu où le contrat a été passé.

A cette règle de principe, on trouve deux compléments, que l'on peut considérer comme des exceptions anormales à la règle *locus regit actum*. En premier lieu, une lettre de change émise hors du Canada ne sera pas invalide, pour la seule raison qu'elle n'est pas timbrée conformément à la loi du lieu de l'émission. Deuxièmement, si la lettre de change n'est pas valable d'après les dispositions de la *lex loci actus*, elle n'est pas pour cela frappée de nullité, à condition qu'elle se conforme à la législation canadienne, ceci à fin de paiement, et seulement vis-à-vis des personnes qui la négocient, la détiennent ou y deviennent parties au Canada au cours d'un engagement ultérieur, que ce soit voulu, ou l'effet d'un pur hasard. L'effet de commerce est réhabilité. Ainsi l'article 160(b) nous dit:

> Si une lettre de change émise hors du Canada répond quant aux conditions de forme à la loi du Canada, il est licite, dans le but d'en exiger le paiement de la traiter comme valable entre toutes les personnes qui la négocient, la détiennent ou y deviennent parties au Canada.

Ceci semble indiquer le caractère facultatif de la règle *locus regit actum*, quand la lettre de change est tirée à l'étranger. Lorsque les conditions de l'article sont remplies, le tireur a théoriquement le choix entre la forme du lieu de l'émission ou la forme canadienne. En pratique, comme on ne peut prévoir cela à l'avance, la loi du lieu de l'émission doit être suivie d'une manière quasi-absolue. Si la lettre de change est émise au Canada, elle doit suivre la forme du droit canadien. On voit par là que le choix est limité. Falconbridge n'approuve pas entièrement les exceptions au principe général de l'application de la *lex loci actus*:[120]

> It would appear from the foregoing that proviso (b) is not entirely satisfactory as it stands. Like proviso (a), it makes a partial and one sided exception to the general rule. If it is not clear in its terms, or,

[119] S.R.C., 1952, c. 15; Falconbridge, *supra*, note 12, p. 316 et suiv.; Banking and Bills of Exchange (6th ed., 1956) p. 838 et suiv.; Russell, A Commentary on the Bills of Exchange Act (1921) p. 438 et suiv.; Chalmers, A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques, and Negotiable Securities (9th ed., 1927) p. 279 et suiv.; Maclaren's Bills, Notes and Cheques (6th ed., 1940) p. 420 et suiv.; A Perrault, Traité de droit commercial, vol. 3 (1940), p. 1157 et suiv.

[120] *Supra*, note 12, p. 326.

> if though clear in its terms, it introduces illogical distinctions, its language should, it is submitted, be reconsidered by the legislature.

En effet, aucune raison théorique ne permet de justifier pareilles dispositions, qui ont été adoptées simplement dans l'intérêt de la circulation des effets de commerce.

Enfin l'article 162 déclare:

> Les devoirs du détenteur quant à la présentation pour acceptation ou pour paiement, et quant à la nécessité ou la suffisance d'un protêt ou d'un avis de refus, sont determinés par la loi du lieu où l'acte est fait ou la lettre de change refusée.

Ici la règle *locus regit actum* est seule envisagée. Aucune dérogation n'est prévue. Cette solution est satisfaisante car, par exemple, dans le cas du protêt il ne peut se faire que là où le paiement est exigible.

Comme je l'ai déjà indiqué au long de cet article, les actes publics, c'est-à-dire, ceux qui requièrent l'intervention d'un officier public, ne sont pas sujets à la règle *locus regit actum* exprimée à l'article 7. Toute autorité publique, habilitée à faire certains actes, ne peut jamais les faire que selon les lois du pays qui lui a donné son pouvoir et qui l'a institué. Pour qu'un acte public soit valable, il faut qu'il ait été fait par une autorité compétente en vertu des règles de droit international privé québecois, et qu'il soit dressé dans la forme établie par son statut professionnel: *auctor regit actum.*[121]

En formulant la règle *locus regit actum* en termes généraux, on s'est laissé prendre aux apparences. Normalement, l'autorité des officiers publics est strictement territoriale. Comme le dit l'article 48 de la Loi du notariat:[122]

> Les notaires sont institués à vie et leur juridiction s'étend à toute la province.

Ainsi dans la province de Québec, un notaire dressera un acte dans la forme québecoise qui s'impose à lui. La *lex loci actus* et la loi qui le gouverne coincident, d'où la confusion dans les esprits. Mais si en vertu de l'article 1208,[123] reproduit par l'article 170 de la Loi du notariat, le notaire instrumente dans la province de l'Ontario, l'acte n'est valable que parce qu'il émane de l'autorité qui était qualifiée à cet effet par la loi québecoise, et qui s'est con-

---

[121] En général voir Niboyet, Traité de droit international privé français (1949) vol. VI, Conflit des autorités, La règle "*auctor regit actum*", p. 1 et suiv.

[122] S.Q. 1952-53, 12 Eliz. II, c. 54.

[123] Pour les motifs invoqués à l'appui de l'amendement à l'article 1208 voir (1923-24), 26 R. du N. 243.

formé aux exigences de son statut professionnel. La liaison entre l'autorité et la forme qu'elle suit est totale, que le notaire ait, en vertu de la loi québecoise, une compétence territoriale exclusive, ou une compétence extraterritoriale limitée aux actes dont l'objet est un immeuble ou un droit réel situé dans la province, ou dont les parties, ou l'une d'entre elles, y sont domiciliées. Il y a une séparation très nette entre la loi du lieu et celle qui gouverne l'acte public. De même lorsqu'un consul français instrumente dans la province de Québec, il se conformera, non pas à la loi du lieu où il agit, mais à celle du pays qui l'a accrédité, c'est-à-dire, la loi française. Naturellement, le fonctionnement d'une autorité extraterritoriale suppose un droit actif de la part de la province ou du pays auquel appartient l'autorité et une obligation passive de la part de la province ou pays sur le territoire duquel elle agit. Dans tous les cas, seule la loi qui régit l'officier public peut lui donner une compétence extraterritoriale, et décider que les actes qu'il fera seront authentiques.

Un acte dressé par une autorité publique étrangère est reconnu dans la province de Québec, si elle était compétente territorialement et *ratione materiae*. L'officier public étranger doit avoir suivi les formes en vigueur d'après son statut organique. Ces actes n'ont cependant pas force exécutoire de plein droit dans notre province. S'ils remplissent les conditions posées par l'article 1220, ils font preuve *prima facie* de leur contenu.[124] Ce sont des actes

---

[124] L'article 1220 énonce que: "Le certificat du secrétaire d'un Etat étranger ou du gouvernement exécutif de cet Etat, et les documents originaux et les copies de documents ci-après énumérés, faits hors du *Bas-Canada*, font preuve *prima facie* de leur contenu, sans qu'il soit nécessaire de prouver le sceau ou la signature apposée par l'officier à tel original ou copie, ou l'autorité de cet officier, savoir:

"1. Les copies de tous jugements ou autres procédures judiciaires de toute cour hors du *Bas-Canada*, revêtues du sceau de telle cour ou de la signature de l'officier ayant la garde légale du dossier de tel jugement ou autre procédure judiciaire;

"2. Les copies de tout testament fait hors du *Bas-Canada* revêtues du sceau de la cour où l'original du testament est déposé, ou de la signature du juge ou autre officier ayant la garde légale de tel testament, et la vérification de ce testament sous le sceau de cette cour;

"3. Les copies tirées sur une copie de testament et de sa vérification, certifiées par le protonotaire de toute cour dans le *Bas-Canada*, dans le bureau duquel la copie du testament et vérification a été déposée à la demande d'une partie intéressée, et par ordre d'un juge de cette cour, et cette vérification est aussi reçue comme preuve du décès du testateur;

"4. Les certificats de mariage, de naissance, de baptême et de sépulture de personnes hors du *Bas-Canada*, sous la signature de l'ecclésiastique ou officier public qui a officié, et les extraits des registres de tel mariage, baptême ou naissance, et sépulture, certifiés par l'ecclésiastique ou officier public qui en est légalement le dépositaire;

"5. Toute procuration faite hors de la province de Québec, en présence d'un ou de plusieurs témoins, et authentiquée par un ambassadeur,

semi-authentiques. On peut les contredire sans s'inscrire en faux, à condition de se conformer à l'article 209 du Code de procedure civile. Ce ne sont pas pour cela des actes sous seing privé puisqu'on a pas besoin de prouver leur confection. Normalement, la force probante d'un acte public dressé à l'étranger doit être réglée par la loi qui le régit.

IV. *Conclusion*

Le droit québecois reconnait donc la validité extrinsèque d'un acte privé, lorsque la forme du lieu de sa rédaction a été suivie. Cette règle, qui correspond à une nécessité de la vie pratique, s'est imposée aux juristes pour des raisons de justice et d'équité. En stricte logique, il est difficile de lui donner un fondement théorique. Tous ceux qui l'ont tenté, et ils sont nombreux, ont échoué. On ne peut exiger d'un individu qu'il se soumette obligatoirement à une forme autre que celle du lieu où il se trouve, car souvent il ne pourrait pas faire d'actes juridiques ou instrumentaires, n'étant pas à même de se renseigner sur la loi de son domicile ou celle de la situation de ses immeubles. Dans certains cas, il est même impossible de recourir à la loi du domicile, si celle-ci requiert l'intervention d'un notaire, et les parties se trouvent dans un pays où ce genre d'officier public est inconnu. L'application de la loi locale à la forme des actes, lorsque celle-ci est facile à consulter, donne

---

un ministre plénipotentiaire, un haut-commissaire, un chargé d'affaires ou un consul du Canada ou de Sa Majesté, par un agent général de la Province ou par le maire du lieu ou un notaire ou autre officier public du pays d'où elle est datée;

"5a. Toute procuration faite, en présence d'un ou de plusieurs témoins, hors de la province de Québec et en temps de guerre, par un membre d'une force armée et authentiquée par un major ou un autre officier d'un rang équivalent ou supérieur;

"6. La copie faite par un protonotaire ou par le greffier d'une cour de circuit dans le *Bas-Canada*, d'une procuration faite hors du *Bas-Canada* en présence d'un ou de plusieurs témoins, et authentiquée par le maire, ou autre officier public du pays d'où elle est datée, telle copie étant prise dans une cause où l'original est produit par un témoin qui refuse de s'en dessaisir, et étant certifiée et produite dans cette même cause;

"7. Les copies, dûment certifiées par un notaire dans la province de Québec, de tous les écrits et documents ci-dessus énumérés qui ont été préalablement déposés chez ce notaire;

"L'original des procurations mentionnées dans les paragraphes cinq et six ci-dessus, est réputé dûment prouvé; mais la vérité des copies, vérifications, certificats ou extraits mentionnés en cet article ainsi que des originaux eux-mêmes de telles procurations, peut être contestée, et la preuve peut être exigée en la manière prescrite au Code de procédure civile.

"8. Dans le comté de Gaspé, la copie expédiée par le protonotaire d'une procuration faite hors de la province de Québec en présence d'un ou de plusieurs témoins et authentiquée par le maire ou autre fonctionnaire public du pays d'où elle est datée; telle copie étant prise sur l'original déposé et conservé à son bureau parmi les archives de la Cour supérieure."

aux parties et aux tiers l'assurance que l'acte a été validement passé. Cela ne veut pas dire cependant que la règle *locus regit actum* doit être obligatoire, car parfois il leur sera plus commode de se référer, soit à la loi de leur domicile, soit à toute autre loi compétente. Ceci explique les termes de l'article 7. L'admission par voie complémentaire de la forme du lieu de passation d'un acte n'entraine pas la suppression des autres modes. C'est ce qu'a si bien compris notre jurisprudence en matière de testaments.

L'acte passé à l'étranger par un Québecois suivant les formes prescrites par la loi de son domicile sera toujours valable, car sa soumission à cette loi est un principe fondamental. L'emploi des formes usitées dans le pays étranger où il se trouve momentanément n'y est qu'une exception. Il en est de même en ce qui concerne les immeubles. La loi du lieu de la situation pourra toujours être employée. Dans le domaine des obligations conventionnelles, on étendra l'option à la loi qui régit le fond du contrat. Les parties peuvent donc toujours renoncer au privilège établi par l'article 7 en faveur d'une autre loi compétente.

Doit-on modifier les règles qui se trouvent dans le Code? Pour répondre à cette question, il faut naturellement adopter une position de principe. Tout le monde s'accorde pour reconnaître qu'il faut conserver la règle *locus regit actum*, car elle fait partie intégrante de notre droit. Cependant, comme nous l'avons vu, on est loin de s'entendre sur son caractère et sa portée.

Pour ceux qui la considèrent obligatoire, il est nécessaire de modifier l'article 7 afin d'en faire nettement ressortir ce caractère. Comme le suggère M. le Juge Brossard, l'article 7 devra alors se lire ainsi:[125]

> Les actes faits ou passés hors [du Bas-Canada] de la province de Québec ne sont valables, *que* si on y a suivi les formalités requises par les lois du lieu où ils sont faits ou passés.

ou bien:

> La forme des actes est réglée par les lois du lieu dans lequel ils sont faits ou passés.

On modifiera aussi l'article 135 de la manière suivante:

> Le mariage célébré hors de la Province de Québec entre deux personnes sujettes à ses lois, ou dont l'une seulement y est soumise, *n'*est valable *que* 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.

En fait, l'article 135 pourra disparaître, car il est inclus dans

[125] *Bellefleur* c. *Lavallée*, [1955] R.L. 1, à la p. 16.

l'article 7. Si on veut faire une exception à la règle *locus regit actum* en matière de testament, on pourra se référer à la formule utilisée par le Code civil de la Louisiane. En ce qui concerne les actes publics, les avocats du caractère impératif de la règle semblent les assimiler aux actes privés.

Comme j'ai essayé de le démontrer dans cet article, je pense que la règle *locus regit actum* est et doit être facultative dans notre droit, et ne s'applique qu'aux actes privés. A l'exemple de l'article 8, on admettra l'option large. Ainsi:

> La forme des actes privés (juridiques ou instrumentaires) est soumise à la loi du lieu où ils sont passés, mais il est toujours possible, dans un intérêt légitime, d'adopter toute autre loi compétente, en vertu des articles 6 et 8 de ce code [ou bien: en vertu des règles de droit international privé en vigueur dans la province de Québec].

Si on s'en tient à la solution du Conseil Privé, on adoptera la formule de l'article 135 que j'ai indiquée plus haut. Si au contraire on opte pour la solution facultative, on pourra ou supprimer l'article, ou le maintenir tel quel.

Les actes publics feront l'objet du second alinéa de l'article 7 ainsi concu:

> Les actes publics (juridiques ou instrumentaires) dressés en pays étranger, par les autorités étrangères compétentes, sont valables dans la province de Québec, mais leur force probante est soumise à l'article 1220 de ce code.

On ne modifiera pas l'article 1208. Enfin le texte suivant pourra remplacer le dernier alinéa de l'article 857:

> Lorsqu'une personne non domiciliée dans la province de Québec, décède hors de la dite province, ayant fait un testament valable suivant nos lois, et qu'elle laisse des biens dans la province de Québec, ce testament peut être vérifié dans un des districts où ces biens sont situés.

Ces réformes sont modestes et, à l'instar de la Commission de Réforme du Code Civil,[126] on pourrait aller beaucoup plus loin; cependant, il me semble que dans la province de Québec il est préférable de rester fidèle à la tradition historique bien comprise, tout en s'adaptant graduellement aux nécessités économiques et sociales nouvelles.

---

[126] La commission a abandonné la règle *locus regit actum* pour soumettre la forme des actes non authentiques à la loi qui les régit du point de vue du fond: articles 91-93 de l'avant projet. Pour les actes publics, voir articles 94-108. En ce qui concerne les travaux préparatoires relatifs à ces articles voir: Travaux de la commission de réforme du Code civil, Paris, Rec. Sirey, t. IV (1948-1949) p. 810 et suiv.; t. V (1949-1950) p. 671 et suiv. Voir enfin les travaux du comité français de droit international privé dans La codification du droit international privé (1956) p. 28, 165, 216, 219 et suiv.