

LA LOI 89 ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Éthel Groffier

Volume 13, Number 1, 1982

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059392ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059392ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Groffier, É. (1982). LA LOI 89 ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. *Revue générale de droit*, 13(1), 67–95. <https://doi.org/10.7202/1059392ar>

Article abstract

Par delà les modifications expresses apportées au droit interne, la Loi 89 rejoint tacitement les règles de conflit du droit international privé. Elle amènera les tribunaux à y élaborer de nouvelles solutions aux problèmes de droit de la famille, notamment ceux que l'auteur étudie en première partie, les estimant plus immédiats.

Et puisqu'un nouveau droit constitutionnel canadien prend forme, retournant aux provinces la juridiction en matière de mariage et de divorce, suit, dans un second temps, l'analyse de certains aménagements déjà proposés. Quelle sera la reconnaissance dans une province, d'un divorce, d'une ordonnance de pension alimentaire ou de garde d'un enfant, prononcés à l'extérieur de cette province ou du pays ? Des ententes et conventions internationales peuvent inspirer aux canadiens des solutions respectueuses tant des règles de conflit que de l'originalité des deux systèmes juridiques en présence.

LA LOI 89 ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

par Éthel GROFFIER*

RÉSUMÉ

Par delà les modifications expresses apportées au droit interne, la Loi 89 rejoint tacitement les règles de conflit du droit international privé. Elle amènera les tribunaux à y élaborer de nouvelles solutions aux problèmes de droit de la famille, notamment ceux que l'auteur étudie en première partie, les estimant plus immédiats.

Et puisqu'un nouveau droit constitutionnel canadien prend forme, retournant aux provinces la juridiction en matière de mariage et de divorce, suit, dans un second temps, l'analyse de certains aménagements déjà proposés. Quelle sera la reconnaissance dans une province, d'un divorce, d'une ordonnance de pension alimentaire ou de garde d'un enfant, prononcés à l'extérieur de cette province ou du pays? Des ententes et conventions internationales peuvent inspirer aux canadiens des solutions respectueuses tant des règles de conflit que de l'originalité des deux systèmes juridiques en présence.

SOMMAIRE

Introduction

- I.- Les règles nouvelles de droit international privé de la famille.
 - A. La capacité des époux
 - B. La résidence familiale
 - C. La détermination du régime matrimonial
 - D. Le divorce et la séparation de corps

* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université McGill.

- E. L'obligation alimentaire
- F. La notion de domicile
- G. La garde des enfants

II.- Conséquences éventuelles en droit international privé du retour aux provinces de la juridiction en matière de mariage et de divorce

Conclusion

INTRODUCTION

À première vue, la *Loi 89*¹ pourrait sembler ne pas intéresser le droit international privé. Une simple règle de concordance confirme le maintien du droit actuel en ce qui concerne la forme du mariage². À part cela, c'est le silence. Pourtant, certaines modifications apportées au droit interne sont destinées à avoir une influence profonde sur les règles de conflit. Les principes élaborés par la jurisprudence en matière de capacité des époux et de régimes matrimoniaux vont devoir être aménagés pour faire une place au domicile séparé de la femme mariée, ainsi qu'au caractère d'ordre public du nouveau régime primaire et de la protection de la résidence familiale.

Les dispositions nouvelles concernant le divorce et la séparation de corps, quand elles entreront en vigueur, seront de nature à bouleverser le domaine de la reconnaissance des jugements de divorce et de séparation comme celui des ordonnances de pensions alimentaires et de garde d'enfant rendues dans les autres provinces. Étant donné que ces dernières dispositions ont été laissées en suspens jusqu'à ce que soient apportées à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* «les modifications conférant à la Législature du Québec la compétence législative en ces matières³», les modifications en droit international privé qu'elles entraîneront ne sont peut-être pas à prévoir dans un avenir immédiat.

Nous avons donc divisé cette étude en deux parties, la première consacrée aux problèmes de droit international privé sur lesquels les praticiens et les étudiants seront appelés à se pencher incessamment et la seconde traitant des diverses solutions de droit international privé suscep-

¹ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*. Assemblée nationale du Québec, 31^e Législature, adoptée et sanctionnée le 19 décembre 1980, entrée en vigueur en partie le 2 avril 1981.

² *Ibid.*, art. 2 introduisant un 2^e alinéa à l'article 7 du *Code civil du Bas-Canada* qui reproduit l'article 135 du même Code.

³ *Ibid.*, art. 80.

tibles de résulter d'un réaménagement constitutionnel destiné à conférer juridiction sur le mariage et le divorce aux provinces qui le désirent.

I.- LES RÈGLES NOUVELLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE.

L'article 6(4) du *Code civil du Bas-Canada* énonce la règle, simple d'apparence, que la loi du domicile d'une personne régit son état et sa capacité. Rien de changé à ce principe par la *Loi 89*, si ce n'est que l'épouse n'a plus nécessairement le même domicile que son mari et que, par conséquent, le mineur dont les parents n'ont pas de domicile commun doit, en l'absence de décision judiciaire concernant sa garde, se voir attribuer un domicile. La loi nouvelle décide qu'il s'agit du domicile de celui de ses parents chez qui il réside habituellement⁴.

L'évolution de la notion du domicile des membres de la famille de même que le caractère impératif du nouveau régime primaire⁵ auront des répercussions sur un certain nombre de règles de droit international privé dont nous allons passer les principales en revue.

A. LA CAPACITÉ DES ÉPOUX.

Une jurisprudence québécoise déjà ancienne a hésité sur la qualification des restrictions à la capacité des époux, notamment l'interdiction de se faire des donations⁶ et de se vendre⁷ des biens l'un à l'autre ainsi que l'incapacité velléienne de la femme mariée⁸. Certaines décisions ont fait dépendre ces restrictions de la loi du domicile des époux au moment de passer l'acte litigieux⁹ tandis que d'autres les ont rattachées à la loi du domicile matrimonial régissant le régime matrimonial¹⁰. Les litiges n'ont pas été assez nombreux pour que les tribunaux aient l'occasion d'élaborer une analyse en profondeur de la qualification. Celle-ci est d'ailleurs délicate dans certains cas. Ainsi, la prohibition de s'avantager entre vifs de l'ancien article 1265 pouvait, dans le contexte de celui-ci, être comprise comme une conséquence de l'immutabilité du régime matrimonial. Il était par

⁴ *Ibid.*, art. 12.

⁵ *Ibid.*, art. 440.

⁶ Art. 1265 ancien du *Code civil du Bas-Canada*.

⁷ Art. 1483 ancien du *Code civil du Bas-Canada*.

⁸ Art. 1301 ancien du *Code civil du Bas-Canada*.

⁹ Voir *Bellecque c. Léger*, (1920) 57 C.S. 447 (C. de R.); *Louiseize c. Paquette*, (1966) C.S. 381.

¹⁰ *Laviolette c. Martin*, (1861) 5 L.C.J. 211 (B.R.); *McNamara c. Constantineau*, (1897) 3 R. de J. 482 (C.S.); *Huestis c. Fellow*, (1927) 65 C.S. 137.

conséquent logique de se tourner vers la loi du régime. D'autre part, elle frappait tous les époux quel que soit leur régime. N'était-elle pas plutôt un effet du mariage? Le droit français a connu des difficultés analogues¹¹.

Il semble bien, qu'avant l'entrée en vigueur de la *Loi 89*, l'application de la loi du domicile conjugal s'imposait pour les restrictions à la capacité de toutes les personnes mariées quel que soit leur régime ou à celle de toutes les femmes mariées, alors que la loi du régime aurait dû régir les conséquences d'un régime sur les pouvoirs de chaque époux sur ses biens, telles que la nécessité pour la femme commune en biens d'obtenir le consentement de son mari pour aliéner un immeuble personnel¹².

Cette solution peut néanmoins être difficile à appliquer lorsque l'incapacité invoquée est totalement inconnue en droit québécois. Comment trouver alors la qualification sans être tenté de la demander à la loi étrangère dont l'application dépend justement de cette qualification et sans entrer dans le fameux cercle vicieux dénoncé par la doctrine¹³? On peut penser à l'exemple de la défense faite aux époux suisses de requérir l'exécution forcée l'un contre l'autre, pendant le mariage¹⁴.

Une telle prohibition s'adresse à tous les époux et il faut conclure sans doute que si elle avait existé en droit québécois, il se serait agi d'une question de capacité régie par la loi du domicile. Par conséquent, une épouse suisse domiciliée au Québec pourrait très bien faire exécuter un jugement condamnant son mari domicilié lui aussi au Québec à payer des arrérages de pension alimentaire à même les biens de ce dernier lequel ne pourrait pas se prévaloir de son régime matrimonial légal suisse. Qu'en serait-il si le mari était domicilié en Suisse?

À l'heure actuelle, il faut en effet examiner le problème à la lumière de l'hypothèse où les époux en cause auraient chacun un domicile différent.

¹¹ Voir H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, 6^e éd., t. II, Paris, L.G.D.J., 1976, n° 436; la qualification «*effets du mariage*» semble prédominante, voir H.P. GLENN, *La capacité de la personne en droit international privé français et anglais*, Paris, Dalloz, 1975, n° 242 et 243.

¹² Art. 1297 ancien du *Code civil du Bas-Canada*.

¹³ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, t. I, 7^e éd. 1980, n° 295; W.R. LEDERMAN, «Classification in Private International Law», (1951) 29 *Can. Bar Rev.* 3 et 168, pp. 29 et ss.; CHESHIRE'S, *Private International Law*, 9^e éd., Londres, Butterworths, 1974, pp. 44 et ss.; DICEY and MORRIS, *Conflict of Laws*, 9^e éd., Londres, Stevens, 1973, p. 22 et ss.; J.G. CASTEL, *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 54; J.D. FALCONBRIDGE, *Conflict of Laws*, Toronto, Canada Law Book, 1954, p. 50; voir également l'analyse de la qualification par M. le Juge Deschênes dans l'affaire *Gauthier c. Bergeron*, [1977] C.A. 77, p. 79.

¹⁴ Code civil suisse, art. 173; la dernière version du C.c. suisse que nous avons pu consulter datait de 1972.

En supposant que la loi du pays X, loi du domicile du mari, défende aux époux de se faire des donations (à l'exemple de l'article 1265 ancien du *Code civil du Bas-Canada*) et que l'épouse soit domiciliée dans le pays Y où cette prohibition n'existe pas, elle aura donc la capacité de recevoir ce que son mari n'aura pas la capacité de lui donner. La donation suivant la solution proposée plus haut devrait alors être régie par la loi du domicile des époux au moment de l'acte litigieux, puisqu'il s'agit d'une prohibition affectant tous les gens mariés, mais elle ne sera pas valable puisque toute application cumulative de plusieurs lois en présence aboutit à celle de la loi la plus restrictive.

Nous partons bien entendu du principe que la définition du domicile doit toujours être demandée à la loi du for, donc à la loi québécoise¹⁵ et nous ne nous préoccupons pas du fait que la loi du pays X peut prévoir ou non le domicile légal de la femme mariée.

S'il s'agit d'une restriction sur les pouvoirs découlant du régime matrimonial, la loi de celui-ci sera appliquée.

En outre, une restriction apportée par la loi étrangère, loi du domicile ou du régime, à la capacité d'un des époux risque de se heurter au caractère d'ordre public du nouvel article 441 de la *Loi 89* qui énonce que «les époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations». Si le régime de communauté étranger soumet une épouse domiciliée au Québec à l'obligation de demander l'autorisation de son mari pour exercer une profession, par exemple, il semble bien que cette disposition du régime étranger devra être écartée. Le principe de l'égalité entre époux devra sans doute prévaloir puisque l'article 440 de la *Loi 89* déclare que «les époux ne peuvent déroger aux dispositions du présent chapitre, quel que soit leur régime matrimonial». Les dispositions du nouveau régime primaire se superposent au régime matrimonial qu'il soit québécois ou étranger. Cela ne pose pas de problème si les époux sont domiciliés au Québec puisque le régime primaire fait partie des effets du mariage qui sont régis par la loi du domicile des époux au moment où le problème se pose. Il s'agit donc d'employer la qualification correcte «effet du mariage» et d'appliquer la loi québécoise à tout ce que recouvre cette notion. Mais la question apparaît sous un jour différent, lorsqu'il s'agit d'époux qui ne sont pas domiciliés au Québec. Une épouse pourrait-elle refuser de payer une dette de son mari, contractée pour les besoins courants du ménage, parce que la loi du domicile des époux régissant les effets de leur mariage ne prévoit pas une telle obligation? Ici se pose la question de l'exception d'ordre public: faut-il écartir la loi étrangère, normalement applicable en vertu de la règle de conflit québécoise pour faire

¹⁵ J.G. CASTEL, *op. cit.*, p. 116.

prévaloir le droit québécois? En d'autres termes, le régime primaire est-il d'ordre public au sens international¹⁶?

La distinction entre ordre public international et ordre public interne a été particulièrement bien exprimée par la Cour de Cassation française dans l'arrêt *Chémouni*¹⁷: «la réaction à l'encontre d'une disposition d'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de se laisser produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité à la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français».

La Cour d'appel du Québec a accepté cette distinction en reconnaissant la validité d'un divorce valablement acquis à l'étranger à une époque où le divorce était contraire à l'ordre public québécois¹⁸.

Un tribunal québécois pourrait donc considérer que la solidarité pour les dettes du ménage est à ce point essentielle aux conceptions sociales et juridiques de la société québécoise que la loi étrangère qui ne la prévoit pas doit obligatoirement être écartée.

On pourrait se demander par ailleurs s'il ne serait pas plus conforme à la volonté du législateur que le régime primaire régit tous les époux qui se trouvent au Québec. Un tel résultat peut être atteint, en droit international privé, par le recours à la technique des lois d'application immédiate ou «lois de police». Comme l'expression l'indique, la loi s'applique «sans l'intermédiaire d'une règle de conflit de loi qui la désignerait¹⁹». Cette méthode est utilisée non seulement à l'égard des règles qui précisent elles-mêmes qu'elles doivent être impérativement appliquées sur le territoire mais aussi à l'égard de celles dont le but social rend une telle application nécessaire²⁰.

Le concept de règle d'application immédiate est assez difficile à définir²¹, d'autant plus qu'il ne faut pas oublier le facteur sociologique qui intervient ici. Le droit international privé, comme les autres branches du

¹⁶ Pour cette notion, voir E. GROFFIER, *Précis de droit international privé québécois*, Montréal, Sorej, Y. Blais, 1980, n° 222 et ss.

¹⁷ Civ. 28 janvier 1958, (1958) 47 Rev. crit. d.i.p. 110, note Jambu Merlin.

¹⁸ *Gauvin c. Rancourt*, [1953] R.L. 517 (B.R.).

¹⁹ P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 1977, n° 113.

²⁰ Ph. FRANCESKAKIS, «Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public», in Travaux du Comité de droit international privé, 1966-69, Paris, Dalloz 1970, 149, pp. 163 et ss.

²¹ Voir J.P. KARAQUILLO, *Étude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence de droit international privé*, Paris, P.U.F., 1977, n° 472 et ss.; J. TALPIS, *Notions élémentaires de droit international privé québécois*, (1977) C.P. du N. 225, n° 22.

droit, suit l'évolution des réalités politiques, économiques et sociales d'un pays. En 1804, en France, il existait une idée claire de ce que représentaient «les lois de police et de sûreté» et, par exemple, pendant une longue période, l'obligation alimentaire appartient aux règles de police et de sûreté. Il n'était pas concevable de la soumettre à une loi étrangère. Dans la période de libéralisme qui a prévalu vers la fin du XIX^e siècle, la notion est devenue plus flexible et la littérature juridique s'est centrée sur la notion d'exception d'ordre public et n'a plus traité que de ce seul aspect.

Sous la pression de l'évolution économique et politique, on est revenu à la notion de dispositions de droit interne que le for refuse d'écarter²² et qui sont appliquées sans référence à une règle de conflit.

Les critères permettant de reconnaître les lois d'application immédiate ne sont pas toujours clairs. Il arrive que les législateurs déterminent eux-mêmes le caractère impératif des dispositions et le domaine d'application de la loi dans l'espace. L'article 2496 du *Code civil du Bas-Canada* en est un exemple:

«est réputé conclu au Québec tout contrat d'assurance souscrit par une personne y ayant son domicile ou sa résidence ou portant sur une chose ou un intérêt situé au Québec, dès lors que le preneur en fait la demande au Québec pour que l'assureur y signe ou y délivre la police. Un tel contrat est régi par la loi du Québec²³».

En fait, on est en présence d'une loi d'application immédiate lorsque la loi du for doit forcément s'appliquer, que le législateur l'ait indiqué ou non, malgré l'existence d'un élément d'extranéité à cause des objectifs même de la loi et de leur importance dans l'organisation étatique.

La création d'un régime primaire impératif a fait considérer cette démarche en France du moins pour certaines caractéristiques de ce régime tels que l'obligation solidaire aux dettes du ménage et la protection de la résidence familiale²⁴. Il est concevable que les juges québécois emboîtent le

²² H. EEK, *Peremptory Norms in Private International Law*, Recueil des cours de l'Académie de La Haye, 1973, vol. II, 1, p. 27.

²³ Voir également, *Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.Q. 1977, c. A-29, art. 3; *Loi sur les accidents de travail*, L.R.Q. 1977, c. A-3, art. 3, 4 et 5. Il faut également noter que la Cour supérieure dans l'affaire *General Motors Acceptance c. Baudry*, [1977] C.S. 1012 a appliqué la *Loi sur la protection du consommateur* à un contrat conclu par un Québécois en Ontario auquel, suivant les règles de droit international privé classique, la loi de l'Ontario devait normalement s'appliquer. Bien que le tribunal n'ait pas identifié la *Loi sur la protection du consommateur* comme une loi d'application immédiate, le résultat atteint s'explique beaucoup mieux par cette méthode que par celle de l'exception d'ordre public effectivement appliquée. La même technique a été appliquée par la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Thomas Equipment Ltd.*, (1979) 96 D.L.R. (3d) 1.

²⁴ Voir I. FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, Paris, Dalloz 1977, n° 138 et ss.; P. Mayer, *op. cit.*, n° 753.

pas d'autant plus qu'ils ne semblent pas recourir à la «jurisprudence Lizardi²⁵». La décision qui a donné nom à une solution courante en France a écarté la loi mexicaine fixant, à l'époque, l'âge de la majorité à 25 ans, applicable à la capacité d'une des parties, parce que l'autre ne pouvait connaître «les lois des diverses nations». Il aurait été inéquitable que le bijoutier français ayant traité avec un jeune mexicain de 22 ans voit annuler la vente en vertu de la loi mexicaine qu'il ne pouvait connaître. Pour bénéficier de cette exception, il faut que le Français ait traité avec un étranger «sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi²⁶».

L'application du droit québécois en tant que loi d'application immédiate semble également prévisible pour la protection de la résidence familiale.

B. LA RÉSIDENCE FAMILIALE.

Au Québec, la protection de la résidence familiale²⁷ vient se superposer au régime matrimonial, même à celui de la séparation de biens, pour autant que la déclaration de résidence ait été faite²⁸. Elle est susceptible de changer complètement la nature du régime pour les personnes qui, comme c'est le cas de la majorité, ont pour tout patrimoine une maison et les meubles qu'elle contient.

Il ne semble faire aucun doute qu'il en soit ainsi même si les époux, domiciliés au Québec, sont régis par un régime matrimonial étranger. La «High Court» de l'Ontario²⁹ s'est d'ailleurs prononcée en ce sens au sujet de la résidence familiale d'époux dont le régime matrimonial était la séparation de biens québécoise. La Cour a fait prévaloir le droit de l'épouse à une part dans la résidence familiale dont le mari était le seul propriétaire en vertu des dispositions du *Family Law Reform Act*³⁰.

On peut se demander ce qu'il en serait dans l'hypothèse d'époux domiciliés à l'étranger mais ayant une résidence familiale au Québec et qui a fait l'objet d'une déclaration de résidence conforme à la *Loi 89*. L'état et la capacité de ces conjoints sont régis par la loi de leur domicile en vertu de l'article 6, alinéa 4, du *Code civil du Bas-Canada*. Si cette loi permet à

²⁵ Req. 16 janvier 1861, D.P.1861.1.193, S.1861.1.305, note Massé.

²⁶ Pour l'application de la jurisprudence Lizardi dans le domaine des effets du mariage, voir Trib. civ. Seine 12 juin 1963 (Prince Farouk), (1964) 53 Rev. crit. d.i.p. 789, note H.B., Cl.1964.285, note Ponsard (à propos du mandat tacite de la femme mariée).

²⁷ *Loi 89*, art. 449 et ss.

²⁸ *Ibid.*, art. 453, al. 2.

²⁹ *Kerr v. Kerr*, (1981) 121 D.L.R. (3d) 221 (Ont. H.C.).

³⁰ S.O. 1978, c. 2, art. 40.

l'époux propriétaire de vendre la résidence familiale sans avoir besoin du consentement de son conjoint, devrait-elle être ignorée? Et ce, en vertu de quel principe? Le droit de refuser de consentir à la vente d'un immeuble n'est pas un droit réel et l'article 6, alinéa 1, du *Code civil du Bas-Canada* ne devrait pas être invoqué³¹. Certes, l'enregistrement de la déclaration est une question de publicité, nécessairement soumise à la loi du for, mais il n'est pas suffisant pour créer le droit. Dans ce cas, le recours à la notion d'ordre public pourrait se justifier car il s'agit d'un immeuble situé au Québec et d'un droit créé au Québec. Cela suffirait à écarter la loi étrangère applicable aux effets du mariage.

Cependant, ce recours à l'ordre public pour écarter la loi étrangère n'est pas tout à fait satisfaisant car il oblige le notaire et les tiers à s'enquérir du domicile des époux. Étant donné les difficultés de la détermination du domicile³² dans laquelle la preuve de l'intention joue le rôle que l'on sait, une telle solution est peu pratique. Une fois de plus, il est probable que les tribunaux québécois appliquent «immédiatement» le droit québécois aux résidences familiales situées au Québec.

À côté du régime primaire, le mariage a pour effet de créer un régime matrimonial entre époux et la règle de droit international privé régissant l'établissement de celui-ci est également influencée par la réforme récente.

C. LA DÉTERMINATION DU RÉGIME MATRIMONIAL.

Le régime matrimonial des époux est soumis soit à la loi qui régit leur contrat de mariage soit à celle qui régit le régime matrimonial légal. Dans le premier cas, le régime suit les règles applicables aux contrats en général conformément à l'article 8 du *Code civil du Bas-Canada*³³. Cette règle pose peu de problèmes. Dans le second cas, le régime matrimonial légal suit une règle spécifique établie par la jurisprudence. Elle a été formulée plusieurs fois par la Cour suprême du Canada et par les tribunaux du Québec qui soumettent le régime matrimonial légal à la loi du domicile matrimonial des époux, c'est-à-dire à la loi de leur domicile au moment du mariage. La Cour suprême du Canada s'est exprimée de la façon suivante:

³¹ J.G. CASTEL, *op. cit.*, p. 355.

³² Voir W.S. JOHNSON, *Conflict of Laws*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1962, pp. 67 et ss.; G. TRUDEL, *Droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, t. 1, 1942, pp. 235 et ss.; *Fonds d'Indemnisation c. Rahima*, [1969] B.R. 1090; *Cogo c. Ierancig*, [1964] B.R. 749; *Taylor c. Taylor*, [1930] R.C.S. 26; *Trottier c. Rajotte*, [1940] R.C.S. 203; *Trahan c. Vézina*, [1947] 3 D.L.R. 769 (C.P.); *Winnicka c. Oryschuk*, [1970] C.A. 1163.

³³ *Tétrault v. Baby*, (1940) 78 C.S. 280.

«According to Quebec law, the domicile of the spouses at the time of their marriage fixes their matrimonial status, and they are deemed in the absence of a marriage contract to have adopted the law of that domicile for the determination of their property rights³⁴».

Dans la plupart des décisions, il s'agit bien du domicile commun des époux au moment du mariage et non pas du domicile où ils se sont effectivement établis après le mariage. Si l'épouse avait, juste avant le mariage, un domicile distinct de celui de son futur mari, elle acquerrait au moment du mariage le domicile de celui-ci qui devenait le domicile commun des époux. Pourtant, quelques décisions ont considéré la situation où, au moment du mariage, l'époux est domicilié dans un pays et l'épouse dans un autre et où juste après le mariage (le jour de la cérémonie ou après le voyage de noces), les époux s'installent au pays de la fiancée ou dans un troisième pays. Dans cette hypothèse, il a parfois été admis que le domicile matrimonial était situé dans le pays où les époux s'étaient effectivement installés³⁵.

Avec la réforme de l'article 83 du *Code civil du Bas-Canada*, il semble que cette jurisprudence d'exception doive devenir plus fréquente puisque l'épouse n'acquiert plus le domicile du mari au moment de la cérémonie du mariage mais bien au moment où elle établit, avec lui, son principal établissement avec l'intention d'y demeurer. Si un époux, domicilié dans le pays A se marie dans ce pays avec une femme domiciliée dans le pays B et que le couple va s'installer dans le pays C quelques jours après la cérémonie, l'épouse n'aura jamais eu l'intention de s'établir en A. Le

³⁴ *Pouliot c. Cloutier*, [1944] R.C.S. 284, p. 288; voir aussi *Wadsworth c. McCord*, (1887) 12 R.C.S. 466; *Trottier c. Rajotte*, [1940] R.C.S. 203; *Lister c. MacAnulty*, [1944] R.C.S. 317; *Wimyccka c. Oryschuk*, [1970] C.A. 1163.

³⁵ Voir notamment la décision dans l'affaire *Martineau c. Vincent Martineau*, [1975] C.S. 1137, ainsi que *Brown c. Waldman*, (1929-30) 32 R.P. 199 (C.S.); *Putnam c. Young*, (1914) 45 C.S. 161 (obiter) (C. de R.); *National Trust Co. Ltd. c. McGlory*, C.S. Hull, n° 4,002, 22 mai 1964, publié dans (1969) 15 McGill L.J. 108. La doctrine est partagée. Certains auteurs admettent à la fois le domicile au moment du mariage et celui où les époux vont effectivement se fixer; P.B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, Montréal, Théoret, 1895, 243; E. LAFLEUR, *op. cit.*, p. 164; R. COMTOIS, *Conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux, successions, legs, testaments et partages*, dans Mélanges offerts à Me R. Cossette, Chambre des notaires de la Province de Québec, 1968, 119. W.S. JOHNSON, *op. cit.*, p. 318, se prononce pour le domicile au moment du mariage tandis que J.-G. CASTEL, «Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux dans la province de Québec», (1962) 22 R. du B. 233, 252 et ss., tout en reconnaissant la position jurisprudentielle, pense que le domicile matrimonial devrait être le premier domicile des conjoints après le mariage, c'est-à-dire, le lieu où les époux ont l'intention de s'établir après le mariage; voir aussi Ann ROBINSON, «La mutabilité des régimes matrimoniaux en droit international privé français et québécois», (1980) 11 R.D.U.S. 1, p. 33.

premier domicile commun sera nécessairement dans le pays C. Lorsque, pour une raison quelconque le mari et la femme n'acquièrent pas de domicile commun pendant un certain temps, il faut avoir recours à des facteurs de rattachement subsidiaires. C'est ce que fait la règle proposée par le Projet de Code civil³⁶:

«Le régime matrimonial des époux qui se sont mariés sans passer de conventions matrimoniales est régi par la loi de leur domicile commun au moment du mariage ou, à défaut, par la loi de leur premier domicile commun, ou, à défaut, par la loi de leur nationalité commune ou encore, à défaut de l'un et de l'autre, par la loi du lieu de la célébration du mariage».

Les cas visés ne sont pas purement imaginaires. Les bouleversements politiques que connaissent certains pays envoient de nombreux réfugiés sur les routes et les mariages par procuration existent dans un certain nombre de pays³⁷.

Si l'on imagine un époux domicilié dans le pays A dont il a la nationalité et une épouse domiciliée dans le pays B dont elle a la nationalité qui se marient dans le pays C et acquièrent un domicile deux ans plus tard dans le pays D où ils ont finalement réussi à s'installer, quel est leur régime matrimonial? À cause de la *Loi 89*, l'épouse n'aura pas acquis le domicile de son mari en A et le premier domicile commun sera D. Qu'en sera-t-il des biens acquis par les époux dans l'intervalle? La règle de conflit actuelle ne prévoit pas de réponse. Quant à la réforme du Code, elle attribuerait à ces conjoints le régime matrimonial du pays C.

Étant donné le caractère extrêmement fortuit que peut revêtir le lieu de la célébration du mariage, on peut se demander si la solution de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux ne serait pas préférable³⁸. Celle-ci fait régir le régime matrimonial par la loi de l'État sur le territoire duquel les époux établissent leur première résidence habituelle après le mariage ou, dans certains cas, par la loi de l'État de la nationalité commune des époux.

«À défaut de résidence habituelle des époux sur le territoire du même État et à défaut de nationalité commune, le régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'État avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, il présente les liens les plus étroits³⁹».

³⁶ Rapport sur le *Code civil*, Projet de Code civil, éd. officiel, Québec, 1978, Livre 9, *Du droit international privé*, art. 26; voir E. GROFFIER, «La réforme du droit de la famille et le droit international privé» (chronique régulière), (1981) 41 *R. du B.* 314.

³⁷ Voir, par exemple, *Jasenovic c. Nussinov*, [1966] B.R. 774.

³⁸ Voir texte in Recueil des Conventions, publié par le Secrétariat de la Conférence de La Haye, 1977, p. 228.

³⁹ Art. 4, dernier alinéa.

Dans l'hypothèse où une personne domiciliée dans le pays A se serait mariée en B avec une personne de nationalité différente domiciliée en C et aurait émigré immédiatement après au Québec alors que son conjoint aurait été retenu ailleurs pour des raisons politiques, il semblerait logique d'appliquer aux époux, réunis quelques années plus tard au Québec, le régime légal de société d'acquêts plutôt que le régime légal du pays B avec lequel ils n'ont aucun lien.

La possibilité d'un domicile séparé pour le mari et la femme entraîne certaines répercussions dans les règles de conflit actuelles relatives au divorce et à la séparation de corps.

D. LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS.

Le problème du conflit de lois en matière de séparation de corps et de divorce ne semble s'être jamais posé jusqu'à présent devant les tribunaux québécois. Ceux-ci appliquent toujours le *Code civil* ou la *Loi concernant le divorce* selon le cas. Il s'agit là d'une tradition inspirée du système de Common Law pour des raisons historiques⁴⁰.

L'article 96 ancien du *Code de procédure civile* obligeait à présenter la demande de séparation au tribunal du domicile du mari ou du dernier domicile commun dans les cas où le mari avait abandonné son domicile. Dans ces hypothèses, le domicile considéré ne pouvait être que québécois et seule la loi québécoise, loi du domicile des parties pouvait être appliquée⁴¹. Depuis la réforme du *Code de procédure civile*, l'article 70 fait porter la séparation de corps devant le tribunal du domicile du mari ou de la dernière résidence des époux. Se pose alors la question de savoir quelle loi appliquer lorsque la dernière résidence des époux est au Québec mais que leur domicile est situé à l'étranger. L'application pure et simple de la *lex fori*, autrement que par l'effet du renvoi, semble aller à l'encontre de l'alinéa 4 de l'article 6 du *Code civil* selon lequel c'est la loi du domicile qui devrait s'appliquer. En outre, lorsque le mari et la femme ont acquis des domiciles différents, il faudra se demander laquelle de la loi du domicile du mari ou de celle du domicile de la femme doit primer, ou si une règle nouvelle devrait être élaborée.

En matière de divorce, un problème analogue se pose mais, curieusement, il paraît plutôt simplifié par la réforme de la *Loi 89*. En effet,

⁴⁰ Voir E. GROFFIER, *Les pensions alimentaires à travers les frontières*, Montréal, P.U.M., 1980, n° 94 et ss.

⁴¹ W.S. JOHNSON, *op. cit.*, p. 298; E. LAFLEUR, *Conflict of Laws*, Montréal, Théoret, 1898, p. 88.

la *Loi concernant le divorce*⁴² prévoit en son article 5(1) qu'un tribunal d'une province a compétence pour entendre une requête en divorce si elle est présentée par une personne domiciliée au Canada et si le requérant ou l'intimé a ordinairement résidé dans cette province pendant une période d'au moins un an précédant immédiatement la présentation de la requête et a réellement résidé dans cette province pendant au moins dix mois au cours de cette période. Cette disposition est complétée par l'article 6(1) qui ajoute:

«Aux fins d'établir si un tribunal a compétence pour prononcer un jugement de divorce en vertu de la présente loi, le domicile d'une femme mariée doit être déterminé comme si elle n'était pas mariée».

Avant l'entrée en vigueur de la *Loi 89*, un problème se posait lorsque l'épouse prenait l'initiative de demander le divorce au Québec alors que son mari avait un domicile à l'extérieur du Canada. En effet, si l'on considérait que la disposition de l'article 6, paragraphe 1 de la *Loi concernant le divorce* valait seulement «aux fins d'établir si un tribunal a compétence», la *lex fori* québécoise n'était plus identique à la *lex domicilii* qui était nécessairement celle du mari en vertu de l'article 83 ancien du *Code civil du Bas-Canada*. Dès lors, on pouvait très bien imaginer le cas d'une épouse d'origine irlandaise demandant le divorce au Québec, où elle était établie depuis plus d'un an et où «aux fins d'établir la juridiction du tribunal» elle avait acquis un domicile, alors que son mari était demeuré en Irlande où le divorce n'existe pas. En appliquant la loi canadienne, le tribunal québécois risquait d'accorder à l'épouse un divorce que la loi irlandaise, applicable à son état et à sa capacité en vertu des articles 6(4) et 83 du *Code civil du Bas-Canada* lui refusait. La réforme, en abolissant le domicile légal de la femme mariée fait cesser l'anomalie consistant à accorder un domicile distinct à l'épouse pour les fins du conflit de juridictions mais non pour les fins du conflit de lois. Le tribunal est alors en présence de deux lois en conflit: la loi irlandaise du mari refusant le divorce et la loi québécoise de l'épouse le lui accordant. Des auteurs ont prétendu que la loi fédérale sur le divorce se limitait aux litiges impliquant des situations canadiennes et que, puisqu'elle ne prévoyait pas de règles en matière de conflit de lois, il serait logique d'appliquer à des litiges comportant des situations étrangères «le dernier système de loi auquel les deux parties étaient soumises avant leur établissement dans des pays différents, c'est-à-dire la loi du dernier domicile commun⁴³».

⁴² S.R.C. 1970, c. D8.

⁴³ J.G. FRÉCHETTE, H. DU MESTIER DU BOURG et M. LORD, «Le divorce en droit international privé canadien et québécois», (1972) 3 *R.D.U.S.* 101, p. 111; voir aussi J. TALPIS, Valeur et efficacité des divorces en droit international privé québécois, (1973) 14 *C. de D.* 624, p. 642.

Un autre auteur soutient que la loi concernant le divorce contient une règle de conflit implicite: l'application de la loi du domicile du requérant⁴⁴.

La *Loi 89* est simplement venue mettre fin à la contradiction entre la pratique jurisprudentielle et les articles 83 et 6, alinéa 4 du *Code civil du Bas-Canada*. Si la jurisprudence ne change pas, on pourra dire, en effet, que les tribunaux québécois appliquent la loi personnelle du requérant.

Le Projet de Code civil propose de soumettre le divorce et la séparation de corps à la loi du domicile commun des époux. Ce n'est que si ce dernier domicile ne peut être établi que la loi du tribunal saisi prévaudrait⁴⁵.

La jurisprudence française (antérieure à l'adoption de l'article 310 nouveau du *Code civil*) qui consistait à appliquer la loi française lorsque les époux de nationalités, donc de lois personnelles différentes, s'étant séparés de fait, avaient également un domicile différent⁴⁶, reconnaissait aussi la vocation subsidiaire de la loi du for.

Pour le moment, la question du conflit de juridictions en matière de divorce ne se pose pas tant que le transfert de compétence législative du pouvoir fédéral aux législatures provinciales ne sera pas accompli. En matière de séparation de corps, cependant, l'article 70 du *Code de procédure civile* est devenu visiblement insuffisant. En effet, pourquoi porter l'action en séparation de corps ou en annulation de mariage devant le tribunal du domicile du mari plutôt que devant celui de l'épouse? Le gouvernement est conscient du caractère désuet de cet article et le projet de Loi n° 18⁴⁷ suggère de remplacer l'article 70 du *Code de procédure civile* par le suivant:

«Les demandes en matière familiale sont portées devant le tribunal du domicile commun des parties ou, à défaut, devant celui du domicile de l'une ou l'autre des parties...»

⁴⁴ B. HOUGH, «Conflict Rules in Divorce», (1975) 23 *Chitty's L.J.* 325.

⁴⁵ *Op. cit.*, Livre 9, *Du droit international privé*, art. 10 et 16.

⁴⁶ Civ. 15 mai 1961 (Tarwid), (1971) 50 *Rev. crit. D.I.P.* 547, note Batiffol, Cl.1961.734, note Goldman, D.1961.437, note Holleaux.

⁴⁷ *Loi assurant l'application de la réforme du droit de la famille et modifiant le Code de Procédure civile*, Assemblée nationale, 32^e législature, 1^{re} session, 1981, art. 8.

Cette disposition a le mérite de mettre les conjoints sur le même pied, mais elle n'est pas sans créer de nouveaux problèmes. En effet, qu'en est-il des époux qui ont leur résidence commune au Québec mais qui sont domiciliés à l'étranger? Tant que la définition du domicile ne sera pas modifiée, il suffira que le séjour au Québec des conjoints n'ait pas le caractère de permanence nécessaire dans leur intention pour leur fermer la porte des tribunaux.

Dans l'esprit du projet de Loi 18 et dans celui de la *Loi 89*, cette disposition est destinée à s'appliquer également au divorce. En faisant abstraction de la possibilité que le gouvernement fédéral conserve la juridiction sur la compétence des tribunaux en matière de divorce, pour considérer les mérites d'une telle modification, il faut admettre qu'elle aurait l'avantage d'abolir l'exigence de la résidence dans une province déterminée, exigence qui n'est pas sans poser quelques problèmes d'interprétation et sans rendre toute requête en divorce impossible pendant un an lorsque les deux conjoints en se séparant et en décidant de divorcer quittent la province où ils résidaient⁴⁸. Elle mettrait également fin à la controverse actuelle concernant la résidence réelle dans la province pendant au moins dix mois qui cause énormément de problèmes et rend le divorce pratiquement impossible pour les personnes qui se déplacent très fréquemment⁴⁹. Encore une fois, c'est la définition même du domicile qui risque de causer des problèmes en permettant aux personnes qui vivent depuis de longues années à l'étranger de venir demander le divorce au Canada et en refusant aux personnes qui vivent au Canada depuis longtemps la faculté d'y demander le divorce si elles ont conservé l'intention de retourner, un jour, dans leur pays d'origine. Il est à noter enfin que la disposition proposée permettrait à un conjoint qui n'est pas domicilié au Canada de venir demander le divorce au domicile de l'autre conjoint ce qui ne peut pas se faire à l'heure actuelle⁵⁰.

Lorsque les demandes de pension alimentaire et de garde d'enfant sont accessoires au divorce et à la séparation de corps, elles suivent, dans la plupart des cas, les règles de conflit de lois et de conflit de juridictions applicables à l'action principale. Il faut, néanmoins, examiner le cas des demandes indépendantes d'aliments et de garde.

⁴⁸ *Cullen c. Cullen*, (1970) 9 D.L.R. (3d) 610 (N.S. Sup. Ct.); *Winmill c. Winmill*, (1975) 5 N.R. 159 (C.S.C.).

⁴⁹ J.G. CASTEL, *op. cit.*, p. 198.

⁵⁰ *Ingelsberger c. Molho*, [1971] C.A. 699.

E. L'OBLIGATION ALIMENTAIRE.

L'obligation alimentaire est un des effets du mariage lorsqu'elle a lieu entre époux; elle peut également être un effet de la filiation. La jurisprudence a néanmoins affirmé qu'elle est régie par la loi du Québec en vertu de l'alinéa 3 de l'article 6 du *Code civil*⁵¹.

En limitant la règle de conflit aux cas examinés par les tribunaux québécois, on peut la formuler comme suit:

«les dispositions du *Code civil* relatives à l'obligation alimentaire obligent tous ceux qui se trouvent dans la province, même ceux qui n'y sont pas domiciliés. Ceux qui ne se trouvent pas dans la province ne sont pas tenus si la loi de leur domicile ne connaît pas une telle obligation⁵²».

La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur le cas d'un débiteur d'aliments qui se trouverait dans un pays où il serait tenu alors qu'il ne le serait pas en vertu de la loi de son domicile. On peut penser au grand-père, domicilié dans un pays où l'on ne doit pas aliments à ses petits-enfants, mais se trouvant en France alors que son petit-fils est domicilié au Québec. La *Loi 89* n'apporte pas de réponse à cette question. Par contre, le conflit de juridictions est peut-être destiné à évoluer. En effet, à l'heure actuelle, l'obligation alimentaire est qualifiée par les tribunaux, pour les fins de leur compétence juridictionnelle, comme une action personnelle et non comme une action en matière familiale⁵³. C'est donc l'article 68 du *Code de procédure civile* qui s'applique et la Cour d'appel a notamment accepté la demande alimentaire d'une épouse contre son mari, probablement domicilié en Espagne, mais vivant au Québec⁵⁴. La Cour a déclaré qu'il s'agissait d'une action pour certaines sommes d'argent et qu'elle était compétente parce que le défendeur avait des biens au Québec. Dans l'affaire *Playe c. Vaesen*⁵⁵, la Cour supérieure s'est déclarée compétente, bien que le défendeur ait paru domicilié en Belgique et ne pas résider au Québec, en se fondant sur le fait qu'une convention prévoyant une pension alimentaire avait été conclue entre les parties au Québec, convention sur la légalité de laquelle le tribunal a refusé de statuer en

⁵¹ *Hamilton c. Church*, (1915) 24 B.R. 26; *Barnes c. Brown*, (1895) 7 C.S. 287; *Lane c. Marshall*, [1935] 41 R.L. 314 (C.S.).

⁵² E. GROFFIER, *Les pensions alimentaires à travers les frontières*, op. cit., nos 82 et ss.

⁵³ *Ibid.*, n° 300; voir, notamment, *Simard c. Cousineau-Grivois*, [1977] C.A. 171.

⁵⁴ *Lepaulle c. Lepaulle*, [1964] B.R. 541.

⁵⁵ (1934) 36 R.P. 402 (C.S.).

décidant sur l'exception déclinatoire⁵⁶. Dans l'esprit de la *Loi 89*, peut-on encore dire que l'obligation alimentaire soit une obligation purement personnelle? Ne s'agit-il pas au contraire d'une matière familiale comme toutes les autres qui devra, aux termes du projet de Loi n° 18 être portée devant le tribunal du domicile commun des parties, ou, à défaut, devant celui du domicile de l'une ou de l'autre des parties?

Ici, encore une fois, nous nous heurtons à la définition du domicile qui empêchera le créancier d'aliments résidant au Québec sans y être domicilié de s'adresser au tribunal québécois lorsque le débiteur d'aliments est domicilié hors du Québec. Le désavantage de ce changement est de priver ce créancier des autres critères de juridiction dont il peut disposer à l'heure actuelle: résidence du débiteur d'aliments et présence de biens dans la province. Le créancier d'aliments se trouvera sans recours même si le débiteur est également résidant dans la province.

Les difficultés créées par la notion du domicile sont réglées dans certains cas lorsqu'il s'agit du domicile de l'enfant.

F. LA NOTION DE DOMICILE.

La *Loi 89* prévoit en effet que l'enfant dont les parents ont des domiciles séparés est domicilié chez celui chez qui il réside habituellement lorsque sa garde n'a pas fait l'objet d'une décision judiciaire⁵⁷. Nous voyons apparaître ici, pour la première fois, la notion de résidence habituelle qui est proposée pour remplacer le domicile dans le projet de *Code civil*⁵⁸. Cette notion n'est pas tout à fait inconnue en droit québécois; elle se rapproche beaucoup de la «résidence ordinaire» de la Loi concernant le divorce. La résidence s'oppose au domicile en ce sens qu'il s'agit d'une question de fait et que le changement de résidence est donc purement objectif puisqu'il ne faut pas rechercher l'intention⁵⁹. Le caractère habituel de la résidence lui ajoute une notion de stabilité et de durée. Il s'agit d'un concept de plus en plus employé dans les systèmes de droit international privé modernes et dans tous les pays qui ont adhéré à une ou plusieurs conventions de La Haye.

⁵⁶ Un autre arrêt, non publié, a également fondé la compétence du tribunal sur une telle convention. Voir *Rudnikoff c. Blomstein*, C.S. Mtl, n° 104-655, 19 mai 1933, mentionné dans M. GÉRIN-LAJOIE, *Code de procédure civile annoté de la province de Québec*, 2^e supplément, Montréal, 1943, sous l'article 96, n° 1.

⁵⁷ Art. 12.

⁵⁸ *Op. cit.*, Livre 2, *Des Personnes*, art. 60.

⁵⁹ J.-G. CASTEL, «Quelques questions de procédure en droit international privé québécois», (1971) 3 *R. du B.* 134; *Éthier c. Nault*, [1952] B.R. 216; *Vogel c. Bernstein*, (1940) 68 B.R. 313.

Il faut noter que celles-ci n'ont jamais défini la résidence habituelle mais qu'il ressort des travaux préparatoires de la Conférence de La Haye de droit international privé que la résidence est déterminée par des critères factuels⁶⁰.

En particulier, la Commission spéciale qui a préparé le projet de Convention concernant la forme des testaments a déclaré au sujet de la résidence, que cette notion était, dans l'esprit de la Convention, essentiellement de fait. Sans doute, l'élément d'habitude peut impliquer l'appréciation d'une intention, mais «il s'agit encore de la constatation d'un fait⁶¹».

La durée de la résidence habituelle varie suivant les cas particuliers. Il résulte de l'article 2.2b de la Convention sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps⁶² qu'aux yeux des rédacteurs des Conventions de La Haye, une résidence pourrait être habituelle même si elle avait une durée inférieure à une année⁶³.

Cette notion ne semble pas avoir posé de problème devant les tribunaux français. On constate simplement qu'elle comporte deux éléments de fait, à savoir l'habitation et une certaine permanence⁶⁴.

La résidence habituelle répond à la description qu'en a faite la Résolution de Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à l'unification de concepts juridiques de «domicile» et de résidence⁶⁵. En particulier, pour déterminer si une résidence est habituelle, il est tenu compte de la durée et de la continuité de la résidence ainsi que d'autres faits de nature personnelle ou professionnelle qui révèlent des liens durables entre une personne et sa résidence. Le séjour ne doit pas nécessairement être continu.

La règle nouvelle relative au domicile du mineur apporte sans doute un élément d'instabilité par rapport au droit antérieur dans lequel l'enfant était nécessairement domicilié chez son père ou chez le parent qui en avait la

⁶⁰ Il apparaît clairement des travaux préparatoires de la Convention de 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, qu'il s'agit uniquement d'une question de fait. Voir Rapport de la Commission Spéciale, Documents relatifs à la huitième session, p. 127.

⁶¹ Actes et documents de la 9^e session, *op. cit.*, t. 3, n° 22. Voir également L.I. DE WINTER, *Nationality or domicile? The Present State of Affairs*, Recueil des cours de l'Académie de La Haye, 1969, vol. III, 347, p. 437.

⁶² Recueil des Conventions de La Haye, *op. cit.*, p. 128.

⁶³ P. BELLET et B. GOLDMAN, *La Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps*, Cl.1969.843, p. 857.

⁶⁴ P. BELLET, *loc. cit.*, p. 10.

⁶⁵ Résolution (72) 1 du 18 janvier 1972, in (1973) 62 Rev. crit. d.i.p.

garde judiciairement attribuée, mais elle a été rendue inévitable par l'existence du domicile séparé de la femme mariée. Elle ne manquera pas de créer des difficultés dans les cas où un enfant vit tantôt chez un parent tantôt chez l'autre. D'autre part, le principe bien établi, avant cette réforme, selon lequel le mineur ne pouvait pas acquérir un domicile de choix⁶⁶, risque de connaître une exception. Un colombien britannique de 18½ ans qui ne peut pas devenir majeur en établissant son domicile au Québec, puisqu'il n'en a pas la capacité au départ⁶⁷, pourrait le faire s'il a un parent domicilié au Québec.

On peut se demander — et ceci est plus important — si cette disposition nouvelle va mettre un peu d'ordre dans la jurisprudence relative à la garde des enfants.

G. LA GARDE DES ENFANTS.

Il ne semble pas que le problème du conflit de lois se pose en matière de garde d'enfant. Le principe suivant lequel les tribunaux doivent tenir compte du meilleur intérêt de l'enfant sans se préoccuper de sa loi personnelle est bien établi⁶⁸. En revanche, le fondement de la compétence juridictionnelle du tribunal a fait l'objet de multiples hésitations.

Tout d'abord, lorsque la garde d'un enfant est demandée accessoirement à un divorce ou à une séparation, la demande accessoire suit les règles de la demande principale même si l'enfant n'est pas résident au Québec⁶⁹.

Les tribunaux québécois ont décidé que, lorsque la demande de garde est postérieure à la décision de divorce ou indépendante, un juge de la province a compétence pour entendre une demande de garde quand l'enfant réside dans le Québec⁷⁰. Les tribunaux québécois se sont également déclarés compétents si l'enfant est domicilié au Québec, même s'il réside ailleurs⁷¹. En outre, le tribunal du Québec a refusé la juridiction quand l'enfant n'est ni domicilié ni présent au Québec à moins que la personne qui en a la garde ne réside dans la province⁷².

⁶⁶ Voir *Agnew c. Gober*, (1910) 38 C.S. 313 (C. de R.). Il y aurait peut-être une exception à ce principe si le mineur était émancipé par mariage, voir *Lapensée c. Lapensée*, [1980] C.A. 71.

⁶⁷ En Colombie Britannique, l'âge de la majorité est de 19 ans, voir, *Age of Majority Act*, R.S.B.C. 1979, c. 5.

⁶⁸ J.G. CASTEL, *op. cit.*, p. 245 et la jurisprudence citée par cet auteur.

⁶⁹ *Hudson c. Hall*, (1975) 19 R.F.L. 351 (C.S. Qué.).

⁷⁰ *Jones c. Jones*, [1975] C.S. 67; *Guindon c. Lemay*, [1973] R.P. 147 (C.S.); *Phillips c. Stein*, [1975] C.S. 311.

⁷¹ *Wojtsack c. Chaulk*, [1975] C.S. 494.

⁷² *Galibois c. McRay*, [1974] R.P. 331 (C.S.).

D'autre part, il semble que si une cour du Québec a accordé la garde des enfants à un des parents au moment du divorce, elle reste compétente pour décider d'un changement de garde même si l'enfant et le parent qui en a la garde ne résident plus dans la province⁷³. Il semble aussi que la Cour supérieure du Québec refuserait de modifier une ordonnance de garde rendue par un tribunal d'une autre province qui a prononcé le divorce⁷⁴.

Les demandes de garde tomberont probablement sous l'application du projet d'article 70 du *Code de procédure civile*. L'avantage de la disposition nouvelle relative au domicile de l'enfant est de réunir au moins sa résidence habituelle et son domicile dans un même endroit lorsque les parents ont un domicile séparé et que la garde n'a pas fait l'objet d'une décision judiciaire. Néanmoins, comme la disposition proposée ne fonde pas la juridiction du tribunal nécessairement sur le domicile de l'enfant mais bien sur celui de l'une ou de l'autre des parties, on peut concevoir des situations où un parent domicilié au Québec réclamerait la garde de l'enfant domicilié chez l'autre parent dans une autre province ou un autre pays. Dans cette hypothèse, l'enfant ne sera ni domicilié ni résident au Québec. Il pourrait être difficile, dans ce cas, pour le tribunal de procéder à une étude réaliste du meilleur intérêt de l'enfant. D'autre part, il faudra combiner les règles nouvelles de conflit de juridictions avec la nouvelle définition du domicile de l'enfant.

Puisque l'enfant est domicilié chez le parent qui en a la garde judiciairement décidée, il semble abusif de fonder la compétence du tribunal québécois sur le domicile du parent qui n'a pas la garde. On risquerait de provoquer des décisions contradictoires.

Le mérite des règles nouvelles est qu'un parent ne peut pas déplacer le domicile d'un enfant dont la garde a été attribuée à l'autre parent, d'une province ou d'un pays à l'autre, en enlevant l'enfant et en le faisant résider avec lui de manière à fonder la juridiction du tribunal à qui il demanderait une décision de garde en sa faveur. Il ne faudrait pas qu'il puisse obtenir une telle décision en fondant la juridiction du tribunal sur son propre domicile. Il semble bien qu'une règle spéciale devrait être créée.

La Conférence de droit international privé de La Haye a adopté lors de sa quatorzième session, en octobre 1980, une convention sur l'enlèvement international des enfants qui a qualifié d'illégal tout enlèvement d'un enfant au parent à qui la garde a été attribuée par un tribunal ou une autre autorité

⁷³ *Higginson c. Honey*, C.S. Montréal, n° 12-062065-762, 4 septembre 1979, (J.E. 1979.865).

⁷⁴ *Avon c. Haynes*, C.S. Mtl. 500-12-095 783-803, 3 juillet 1980.

compétente⁷⁵. Elle prévoit l'obligation pour les autorités judiciaires ou administratives d'un État partie d'ordonner le retour de l'enfant dans le pays d'où il a été enlevé lorsque s'est écoulé moins d'un an depuis l'enlèvement⁷⁶. Cette convention a été étudiée et commentée très favorablement lors de la 62^e réunion annuelle de la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada⁷⁷.

II.- CONSÉQUENCES ÉVENTUELLES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DU RETOUR AUX PROVINCES DE LA JURIDICTION EN MATIÈRE DE MARIAGE ET DE DIVORCE.

Les Conférences constitutionnelles de 1979 et 1980 se sont penchées sur la question du transfert aux provinces de la compétence sur le mariage et le divorce et ce transfert a été accepté en principe⁷⁸. Nous ne tenterons pas de départager ceux qui croient qu'il faudrait laisser le mariage et le divorce à l'article 91 de l'*A.A.N.B.* étant d'avis que toute autre solution serait défavorable à l'unité canadienne, et ceux qui s'appuient sur l'existence de deux systèmes de droit au Canada pour justifier le retour du divorce et du mariage au Québec. Nous nous bornerons à faire observer que l'Office de révision du Code civil avait repris cette seconde thèse comme hypothèse de travail⁷⁹ et nous nous limiterons à étudier les aménagements de sa réalisation.

En supposant que toutes les dispositions de la *Loi 89* soient en vigueur, qu'arrivera-t-il des divorces, des séparations de corps, des jugements de garde et des pensions alimentaires rendus dans les autres provinces? Les ministres canadiens s'étaient réunis en février 1979 pour discuter de ces questions et les principes auxquels est parvenue la conférence ont été énoncés dans un document appelé curieusement le «meilleur avant-projet⁸⁰». Celui-ci confère au Parlement fédéral la compétence exclusive pour légiférer en ce qui concerne la reconnaissance des divorces prononcés au Canada ou à l'extérieur du Canada et la juridiction des tribunaux en

⁷⁵ Voir texte in Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada, Proceedings, 1980, p. 156; il nous a été impossible de trouver une version française de ce texte; voir H. BATIFFOL, «La quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé», (1981) 70 *Rev. crit. D.I.P.* 232.

⁷⁶ Art. 12.

⁷⁷ Proceedings 1980, *op. cit.*, p. 152.

⁷⁸ G.A. BEAUDOIN, *Le partage des pouvoirs*, Éd. de l'U. d'Ottawa, 1980, p. 118.

⁷⁹ Rapport sur le *Code civil du Québec*, vol. II, Commentaires, p. 112.

⁸⁰ Federal-Provincial Conference of First Ministers on the Constitution, Legal Texts forming Appendices to CCMC Reports to First Ministers, Ottawa, September 8-12, 1980, Document 800-14/059.

matière d'audition de requêtes en divorce. Il prévoit que toute ordonnance de pension alimentaire ou de garde d'enfants rendue au Canada est légalement valide dans tout le Canada. Toute ordonnance dans ce domaine pourrait être enregistrée dans une autre province ou un autre territoire devant un tribunal compétent et être exécutée comme s'il s'agissait d'une ordonnance rendue par ce tribunal.

Ce «meilleur avant-projet» prévoit également que les Législatures provinciales pourraient adopter des lois donnant effet à ces dispositions ainsi que des lois prévoyant la modification ou la non-exécution des ordonnances en raison des circonstances nouvelles, de même que la non-exécution d'ordonnances pour des motifs d'intérêt public ou à cause d'un défaut de procédure légale.

Cette dernière proposition répondrait, sans doute, à la crainte exprimée dans certains milieux qu'une province puisse devenir «un havre de divorces» et qu'une disposition de la Constitution analogue à celle de l'article 14 de la *Loi concernant le divorce* force les autres provinces à reconnaître les divorces trop facilement obtenus.

C'est pourtant ce dernier principe qui a soulevé les plus vives critiques, spécialement de la part des mouvements féminins qui ont exprimé la crainte que la reconnaissance des décisions en matières de pension alimentaire et de garde prises à l'occasion d'un jugement de divorce connaisse les mêmes difficultés que les décisions indépendantes de garde d'enfants et d'aliments⁸¹. En effet, si toutes les provinces ont une loi prévoyant l'exécution réciproque des ordonnances alimentaires⁸², leurs dispositions sont loin d'être uniformes. Des difficultés de tous genres autant juridiques que pratiques font obstacle à la reconnaissance efficace de ces ordonnances. Tout d'abord, le réseau de reconnaissance est incomplet. Il suffit à un mari québécois de passer la frontière américaine plutôt que la frontière ontarienne pour être à l'abri du système d'exécution réciproque. Cela veut dire que l'on retombe dans le droit commun de l'exécution des pensions alimentaires qui exige que le jugement soit «final et définitif» pour pouvoir être exécuté ce qui est contraire à l'essence même des pensions alimentaires⁸³. Il est donc

⁸¹ M. EBERTS, *Women and Constitutional Renewal*, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, septembre 1980, pp. 32 et ss.; *Manitoba Position Paper on Family Law for the First Ministers Conference*, (1980) 16 R.F.L. 42, p. 56.

⁸² Au Québec, L.R.Q. 1977, c. E-19.

⁸³ W.S. JOHNSON, *op. cit.*, p. 758; *Bedell c. Hartmann*, [1956] B.R. 157; *Ellenbenger c. Robins*, (1940) 78 C.S. 1.

impossible d'exécuter au Québec un jugement accordant une pension alimentaire à moins qu'il ne s'agisse d'arrérages⁸⁴.

D'autre part, en vertu des articles 179 et 180 du *Code de procédure civile*, le jugement émanant d'une autre province risque d'être réexaminé à nouveau au mérite devant la cour québécoise puisque la défense qui aurait pu être faite à l'encontre de l'action originaire peut être opposée à la poursuite basée sur le jugement émanant de l'autre province s'il n'y a pas eu d'assignation personnelle dans la province et si le défendeur n'a pas comparu. Les jugements émanant d'une autre province du Canada n'ont donc un caractère final et ne possèdent l'autorité de la chose jugée que s'il y a eu assignation personnelle ou comparution⁸⁵.

Même aux termes de la loi d'exécution réciproque, les bénéficiaires de pensions alimentaires ne sont pas à l'abri des problèmes multiples causés par des divergences entre les législations provinciales. Ainsi, lorsque les défenses qui peuvent être opposées à l'action initiale dans une autre juridiction sont inconnues dans celle où la confirmation de l'ordonnance provisoire est demandée, on peut se demander s'il faut appliquer le droit de la province d'exécution ou celui de la province d'origine. Certaines décisions semblent s'orienter vers la première solution⁸⁶ tandis que d'autres ont adopté la seconde⁸⁷. Celle-ci a été retenue par la dernière version de la loi modèle adoptée par la Conférence pour l'uniformisation des lois au Canada⁸⁸. Enfin, la défense de contradiction avec l'ordre public risque d'être favorisée par la disposition proposée par le «meilleur avant-projet». Le rapport du Manitoba s'est révélé extrêmement opposé à ces propositions et a fait valoir à titre d'exemple qu'au Manitoba une épouse de fait qui s'est vu octroyer une pension peut en être privée au Saskatchewan où elle voudrait la faire exécuter pour des raisons d'ordre public⁸⁹.

⁸⁴ Voir E. GROFFIER, *Les pensions alimentaires à travers les frontières*, op. cit., n° 368 et ss.

⁸⁵ *Kerr c. Lanthier*, (1890) 19 R.L. 170 (C. de R.).

⁸⁶ Voir, *Barnett c. Barnett*, [1974] C.S. 339; voir également, *Morrissey c. Morrissey*, (1969) 70 W.W.R. 40, 7 D.L.R. (3d) 174 (Sask. D.C.), (un tribunal de Saskatchewan a décidé qu'il ne pouvait confirmer un jugement de Colombie Britannique accordant une pension à un enfant entre 16 et 21 ans, étant donné que la loi de Saskatchewan s'appliquait et qu'elle n'accordait pas d'aliments aux enfants au-dessus de 16 ans); *Cooper c. Cooper*, (1973) 13 R.F.L. 20 (Ont. Prov. Ct.).

⁸⁷ *Woods c. Woods*, (1972) 9 R.F.L. 200 (Sask. D.C.); *Pittman c. Bolton*, (1973) 13 R.F.L. 383 (Ont. Prov. Ct.); *MacInnis c. Shea*, [1980] 16 R.F.L. (2d) 94; [Alta Prov. Ct. Fam. Div.].

⁸⁸ 1979 Proceedings, 216, art. 6.

⁸⁹ *Loc. cit.*, p. 56.

Dans le domaine de la garde des enfants, la situation serait encore plus confuse étant donné que la loi d'exécution réciproque des jugements de garde n'a même pas été adoptée par l'Ontario ni par le Québec⁹⁰.

Depuis, le Gouvernement fédéral a admis qu'il était peut-être dangereux de laisser aux provinces un pouvoir trop large de refuser la reconnaissance des décisions émanant des autres provinces. En particulier le Ministre Jean Chrétien a fait la déclaration suivante devant le Comité des Ministres pour la Constitution, le 8 juillet 1980:

«À notre avis, il convient de ne revoir qu'un seul élément de la proposition: *l'exécution des jugements d'entretien et de garde*. Cette question est celle qui préoccupe le plus les femmes canadiennes. L'exécution de ces jugements rendus à la suite des séparations, plus particulièrement des jugements d'entretien, crée un grave problème social au Canada. Bien que la réforme constitutionnelle ne constitue pas en elle-même, ni avant tout, le moyen de résoudre le problème, nous devons nous assurer que nous *corrigerons* la situation plutôt que nous *aggraverons*. Il ne suffit pas de voir à ne pas envenimer les choses encore faut-il les améliorer.

Le transfert de la juridiction en matière de jugements subordonnés au divorce améliorera-t-il l'exécution de ceux-ci, principalement lorsque les parties résident dans des provinces différentes? Dans la négative, nous devons absolument chercher de meilleurs moyens d'assurer l'exécution de ces jugements. Entre autres possibilités qui s'offrent à nous: 1) le fédéral conserve toute juridiction en matière d'exécution des jugements rendus dans une autre province; 2) une disposition de la Constitution prévoit l'exécution des jugements rendus dans une autre province, c'est-à-dire que les jugements rendus dans une province seraient exécutoires dans une autre province, conformément à ladite disposition.

Nous pourrions peut-être également, entre autres sujets de discussion, analyser la possibilité de créer un bureau d'enregistrement des jugements en matière de droit familial afin d'améliorer le processus d'exécution⁹¹.»

Ces idées ont été reprises lors de la Conférence fédérale-provinciale des premiers ministres sur la Constitution en 1980⁹² mais des propositions plus détaillées sur le bureau d'enregistrement des jugements ne semblent pas, à notre connaissance, avoir été présentées.

Il y a en fait plusieurs solutions possibles en matière de reconnaissance des divorces, des séparations de corps et des ordonnances alimentaires ainsi

⁹⁰ Voir texte in Conférence sur l'uniformisation de la législation au Canada. Proceedings 1974, 108.

⁹¹ Document 830-81/014. Meeting of the Continuing Committee of Ministers on the Constitution. Family Law. Statement by the Honourable Jean Chrétien. Montréal. Québec, July 8-11, 1980.

⁹² Conférence fédérale-provinciale des premiers ministres sur la Constitution, (compte rendu textuel non vérifié), Ottawa, 8-13 septembre 1980, vol. I, notamment pp. 317 et ss.

que de garde. Tout d'abord, on peut envisager un genre de «full faith and credit clause» insérée dans la Constitution canadienne. Une telle disposition pourrait étendre la portée des articles 14 et 15 de la *Loi concernant le divorce* à toutes les décisions en matière familiale⁹³. Cette formule présente des risques si elle est adoptée purement et simplement sans un minimum de conditions relatives au lien devant exister entre les parties et le tribunal qui accorde le divorce, la séparation ou un autre jugement. Des auteurs affirment d'ailleurs que l'expérience américaine est loin d'être satisfaisante⁹⁴.

Deuxièmement, la reconnaissance de ces diverses décisions peut être laissée à un système d'exécution réciproque. La situation actuelle dans ce domaine n'est déjà pas très encourageante et il est peu probable que les provinces adoptent une loi d'exécution réciproque en matière de divorce assez rapidement pour éviter une longue période d'incertitude.

Troisièmement, le Projet de Code civil du Québec propose des règles de reconnaissance de ces divers jugements susceptibles de s'appliquer à la fois aux jugements émanant des autres provinces et aux jugements purement étrangers. Le Projet propose que soient reconnues les décisions étrangères en matière de divorce et de séparation de corps lorsque l'un ou l'autre des époux avait, lors de la demande, son domicile (au sens de résidence habituelle) dans le ressort de l'autorité saisie ou si l'un des époux possédait la nationalité de l'État de l'autorité saisie⁹⁵.

En matière de nullité, un troisième critère serait ajouté pour permettre la reconnaissance du jugement rendu par le tribunal du lieu de la célébration du mariage⁹⁶.

En matière de pensions alimentaires, les tribunaux québécois reconnaîtraient tout jugement si l'une des parties avait, lors de la demande, son domicile dans le ressort de l'autorité saisie ou la nationalité de l'État de l'autorité saisie ou encore si le défendeur avait procédé au fond sans décliner la compétence de l'autorité saisie⁹⁷.

⁹³ L'application de ces articles est moins simple qu'on ne pourrait le penser et le problème de leur harmonisation avec les lois d'exécution réciproque s'est posé à plusieurs reprises. Voir notamment *Gould c. Gould*, (1980) 12 R.F.L. (2d) 67 (Sask. Q.B.) et la jurisprudence citée dans cet arrêt; *Sawers c. Sawers*, (1980) 13 R.F.L. (2d) 116 (Man. Prov. Judges' Ct.); *Carson c. Carson*, (1979) 9 R.F.L. (2d) 209 (P.E.I. S.C.).

⁹⁴ J. PAYNE, *Divorce and the Canadian Constitution*, 18 *Conciliation Courts Review*; (en projet) J.G. CASTEL, «Recognition of Provincial Divorces in Canada», (1978) 24 *McGill L.J.* 646, p. 651.

⁹⁵ *Op. cit.*, Livre 9. *Du droit international privé*, art. 75.

⁹⁶ *Ibid.*, art. 74.

⁹⁷ *Ibid.*, art. 79.

Le projet précise qu'une décision ordonnant la prestation d'aliments par paiements périodiques pourra être reconnue et déclarée exécutoire pour les paiements échus et à échoir⁹⁸. Cette disposition est destinée à résoudre les problèmes créés par l'exigence du caractère final des jugements étrangers.

En matière de garde, les tribunaux du Québec reconnaîtraient les décisions rendues hors du Québec si l'enfant avait son domicile dans le ressort de l'autorité saisie ou y était présent ou si l'enfant possédait la nationalité de l'État de l'autorité saisie. Ces décisions pourraient néanmoins faire l'objet d'une révision par les tribunaux québécois si l'intérêt de l'enfant l'exige⁹⁹.

Le Projet, sauf dans ce dernier cas, bannit toute possibilité de révision au fond¹⁰⁰ et toute exigence que le tribunal étranger ait appliqué la loi désignée par les règles de conflit québécoise¹⁰¹.

Ces propositions appellent certains commentaires. Tout d'abord, il s'agit de la solution du problème d'un point de vue purement québécois sans souci d'accord avec les autres provinces et elle ne garantit en rien la reconnaissance des décisions québécoises par ces dernières.

Ensuite, ces diverses règles, si elles facilitent grandement la reconnaissance des jugements étrangers¹⁰², sont de valeur inégale.

Certes, la règle concernant la reconnaissance des divorces et des séparations de corps correspond plus ou moins à la règle prévalant dans les autres provinces selon laquelle les décisions rendues par un tribunal présentant avec une des parties un lien suffisamment étroit doivent être reconnues¹⁰³. En revanche, la règle relative aux ordonnances de garde qui confère la compétence juridictionnelle internationale au tribunal dans le ressort duquel l'enfant est simplement présent, n'offre aucune protection contre les enlèvements d'enfants. Certains ont même exprimé la crainte qu'une telle règle puisse les encourager¹⁰⁴!

⁹⁸ *Ibid.*, art. 80.

⁹⁹ *Ibid.*, art. 78.

¹⁰⁰ *Ibid.*, art. 63.

¹⁰¹ *Ibid.*, art. 62.

¹⁰² Pour les règles actuelles, voir J.-G. CASTEL, *op. cit.*, pp. 209 et ss., 222 et ss., 245 et ss., 223 et ss.

¹⁰³ E. GROFFIER, *Précis, op. cit.*, n° 328; A. BISSETT-JOHNSON, «Conflict of Laws: Foreign Divorce Decrees: Validity: Domicile of Husband: Whether Validity of Divorce to be Determined by Real and Substantial Connection Test», (1977) 9 *O.L.R.* 676; J.G. CASTEL, *Canadian Conflict of Laws*, vol. 2, Toronto, Butterworths, 1977, pp. 27 et ss.

¹⁰⁴ E. DELEURY et A. PRUGINER, «Quelques Commentaires sur le rapport de l'Office de Révision du Code civil sur le droit international privé», (1977) 18 *C. de D.* 233, p. 258.

On serait tenté de conclure qu'il n'existe pas de solution parfaite ou simplement satisfaisante et cela est probablement vrai si on se limite à la perspective du seul droit international privé. Or, dans les domaines du droit familial qui exigent la coopération entre États ou systèmes juridiques différents, les solutions efficaces sont justement celles qui court-circuitent le droit international privé et qui s'efforcent de régler les problèmes sur le plan administratif. On peut penser à la Convention des Nations Unies sur le recouvrement des aliments à l'étranger, adoptée le 20 juin 1956¹⁰⁵.

La Convention ne modifie en aucune façon les législations nationales, mais se borne à organiser une coopération entre les autorités administratives et judiciaires des États contractants.

Chacun d'entre eux, au moment de sa ratification, désigne une «institution intermédiaire» et «des autorités expéditrices» (art. 2).

Lorsqu'un créancier se trouve sur le territoire d'un État et que le débiteur se trouve sous la juridiction d'un autre, le premier peut adresser une demande à une autorité expéditrice de l'État où il se trouve pour obtenir des aliments de la part du débiteur. La demande doit comprendre les noms et prénoms, adresses, dates de naissance, nationalités et professions des parties, ainsi que, dans le cas du débiteur, ses adresses successives pendant les cinq dernières années. Un exposé détaillé des motifs sur lesquels est fondée la demande, l'objet de celle-ci et tout autre renseignement pertinent touchant, notamment, les ressources et la situation de famille du créancier et du débiteur accompagnent également la demande (art. 3).

L'autorité expéditrice prend toutes les mesures possibles pour que les exigences de la loi du débiteur soient respectées. Elle transmet le dossier à l'«institution intermédiaire» de l'État du débiteur et cette dernière prend, au nom du créancier, toutes les mesures propres à assurer le recouvrement des aliments, qu'il s'agisse d'une action en justice ou de la reconnaissance d'un jugement étranger. Elle agit en tant que mandataire du créancier¹⁰⁶.

La Convention ne se prononce pas sur le conflit de lois. Son article 6 déclare, en effet, à l'alinéa 3:

Nonobstant toutes dispositions de la présente Convention, la loi régissant lesdites actions et toutes questions connexes est la loi de l'État du débiteur, notamment en matières de droit international privé.

¹⁰⁵ Recueil des traités des Nations Unies, vol. 268, n° 32.

¹⁰⁶ L.I. DE WINTER, *Développements récents dans le droit international privé en matière d'obligations alimentaires*, (1957) 4 Ned. Tijdschrift von internationaal recht 133, p. 143.

Par «la loi de l'État du débiteur», il faut entendre la loi de l'État sous la juridiction duquel il se trouve et non sa loi nationale¹⁰⁷. Il s'agit tout simplement donc de la loi de «l'institution intermédiaire», c'est-à-dire de la *lex fori* du tribunal du débiteur. Cette *lex fori* comprend le droit international privé. Donc, la loi applicable sera fixée d'après le droit international privé de l'État à la juridiction duquel est soumise la personne contre laquelle une autre personne prétend avoir droit à des aliments.

La Convention ne tend pas davantage à régler la reconnaissance des jugements étrangers. Son but réside «dans sa mise en œuvre; elle fournit le moyen d'abolir des frontières juridiques¹⁰⁸».

La Convention de La Haye sur l'enlèvement international des enfants est fondée sur le même genre de coopération administrative¹⁰⁹.

L'Entente sur l'entraide juridique entre la France et le Québec¹¹⁰ prévoit l'ébauche d'une organisation similaire. Cette Entente porte sur divers domaines comme la transmission et la remise des actes judiciaires et extrajudiciaires, la transmission et l'exécution des commissions rogatoires, l'aide judiciaire et l'exemption de la caution «judicatum solvi», la délivrance des expéditions littérales ou des extraits des actes de l'état civil, la protection des mineurs et des créanciers d'aliments et, finalement, la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives à l'état et à la capacité des personnes, à la garde des enfants et aux obligations alimentaires. Les ministères de la Justice de la France et du Québec sont désignés comme «autorités centrales» chargées de recevoir les demandes d'entraide judiciaire en matières civiles, commerciales et administratives et d'y donner suite. Ces autorités sont en rapports directs entre elles, ce qui a pour but d'éviter les délais de communication par voie diplomatique ou autre. Elles sont notamment chargées de la transmission et la remise des actes judiciaires et extrajudiciaires.

Si cette Entente innove beaucoup moins qu'elle n'aurait pu le faire en matière de reconnaissance des jugements d'état¹¹¹, elle prévoit, dans son Titre VI une assistance mutuelle entre les deux gouvernements pour la

¹⁰⁷ M. SAUTERAUD-MARCENAC, *La Convention internationale du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger*, J.C.P. 1961.4.1651, chron. 16, *La loi applicable aux instances engagées d'après la Convention internationale des Nations Unies*, Gaz. pal. 1965.2.98.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Op. cit.*, note 75.

¹¹⁰ Loi assurant l'application de l'entente sur l'entraide judiciaire entre la France et le Québec, L.Q. 1978, c. 20.

¹¹¹ E. GROFFIER, *Précis, op. cit.*, n° 349 et ss.

recherche sur leur territoire et la remise volontaire des mineurs déplacés lorsque le droit de garde a été méconnu¹¹².

Lors de la discussion du projet d'entente en commission parlementaire, il a été précisé que les autorités centrales pourraient s'employer à essayer de convaincre le parent coupable d'enlèvement de son enfant de le restituer volontairement à l'autre parent¹¹³. Il s'agit ici d'une œuvre de persuasion. Par contre, lorsque le droit de garde est contesté, la même disposition prévoit que:

«les autorités centrales saisissent d'urgence leur autorité compétente pour prendre les mesures de protection nécessaires et pour statuer sur la demande de remise dont le mineur fait l'objet en tenant compte de tous les éléments de la cause et notamment des décisions et des mesures déjà prises par les autorités judiciaires françaises ou québécoises».

Il existe donc un mouvement de coopération entre les gouvernements dont les provinces pourraient s'inspirer. L'idée d'un «bureau d'enregistrement des jugements» suggérée par le Ministre Chrétien pourrait constituer l'ébauche de la structure administrative indispensable.

CONCLUSION

La *Loi 89* paraît marquer le début d'une évolution profonde du droit international privé québécois. Bien qu'il soit impossible, à l'heure actuelle, de prévoir quelles seront les solutions retenues par les tribunaux, il est incontestable que de nouvelles règles devront être élaborées. C'est le cas dans le domaine des effets du mariage et des régimes matrimoniaux. Il est possible que les tribunaux recourent à des techniques telles que les lois d'application immédiate encore peu connues au Québec.

Dans le domaine plus vaste de l'élargissement de la compétence provinciale en matière de divorce et de mariage, les provinces canadiennes ont l'occasion de parfaire l'œuvre de la Conférence pour l'uniformisation des lois au Canada dans le domaine du droit international privé et d'innover en se dégageant à la fois des obstacles créés par le partage des pouvoirs et les divergences entre les règles de conflit et en respectant l'originalité des deux systèmes juridiques en présence au Canada.

¹¹² Titre VI, art. 2(b).

¹¹³ Journal des débats, Commission permanente de la justice, 6 décembre 1978, n° 214, p. B-8630.