

LA PREUVE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS

Jean-Guy Fréchette, LL.D. et Hubert Langevin, LL.L.

Volume 5, 1974

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1110828ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/19405>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Fréchette, J.-G. & Langevin, H. (1974). LA PREUVE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 5, 186-218.
<https://doi.org/10.17118/11143/19405>

LA PREUVE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS

par: JEAN-GUY FRÉCHETTE, LL.D.*
HUBERT LANGEVIN, LL.L.

SOMMAIRE

Introduction	187
Chapitre I: Le fardeau de la preuve	190
Chapitre II: Admissibilité des moyens de preuve	196
Chapitre III: Force probante des moyens de preuve admis	205
Chapitre IV: Administration des modes de preuve	209
Chapitre V: Admissibilité des modes de preuve en matière commerciale	213
Conclusion	216

* Cet article écrit par Jean-Guy Fréchette, professeur, et Hubert Langevin, avocat, a été rédigé dans le cadre d'un programme de recherche établi à la Faculté de Droit de l'Université de Sherbrooke.

INTRODUCTION

Le droit de la preuve occupe une place de premier plan dans l'édifice des règles juridiques. En effet, dans le cadre d'un litige, bon nombre de demandes soumises au juge sont filtrées par la preuve qu'en font les parties. Souvent même, l'issue d'un litige dépendra de l'acceptation ou du refus d'application d'une règle de preuve. Par contre, dans le cadre des relations privées, non judiciaires, le droit de la preuve précisera à chacune des parties les droits auxquels elles peuvent prétendre.

Envisagé sur le plan interne, le droit de la preuve est à la fois sujet de droit civil et sujet de droit judiciaire. Les moyens de preuve se rattachent au droit civil tandis que leur mise en oeuvre relève de la procédure civile. Planiol et Ripert commentent ainsi cette situation:

“Le créancier doit établir l'existence de son droit par l'un quelconque des procédés admissibles de la preuve judiciaire et se conformer pour cela aux conditions normales de l'administration de la preuve en justice. Par là, la théorie des preuves confine d'un côté au droit civil, de l'autre à la procédure. C'est la procédure qui règle l'administration des preuves, c'est-à-dire la forme dans laquelle elles doivent être fournies. Néanmoins, cette théorie appartient au droit civil pour diverses raisons. Il arrive d'abord souvent que les preuves sont fournies dans les relations ordinaires alors qu'il n'y a aucun litige; leur production n'est pas nécessairement de caractère contentieux et ne suppose pas toujours une action et une procédure. D'autre part certaines preuves sont préparées d'avance par pure précaution et sans qu'on sache s'il y aura jamais un litige rendant leur production nécessaire: on les appelle preuves “préconstituées”. Leur fonction ainsi que la détermination de leur degré de force appartiennent au droit civil. Enfin la question de savoir quels modes de preuve sont permis dans tel ou tel cas est une question de fond et non de procédure, car elle se lie intimement à la nature de l'acte et à la façon dont il est fait”¹.

Déjà au 18^{ième} siècle, les auteurs français² expliquaient que les règles de preuve affectant un procès pouvaient être de deux

1 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1931, Tome VII, p. 741, no 1406.

2 M. GUYOT, *Répertoire de jurisprudence*, Paris, Visse, 1784, Tome XIII, voir “Preuve”, p. 574.

L. BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes ou statuts*, Paris, Desprez, 1766, Tome 1, p. 535.

ordres: les règles ordinatoires, celles qui "appartiennent seulement à l'instruction et ne frappent que sur la procédure", et les règles décisives, celles "qui ont pour objet le fond même de la cause"³.

Cette dualité au plan interne se retrouve également en droit international privé et il en résulte qu'il sera impossible de recourir à une catégorie unique de rattachement. En effet, les règles ordinatoires et les règles décisives se greffent à des catégories différentes de rattachement et entraînent l'application de règles de conflit différentes.

L'objet de notre étude consiste précisément à rechercher, dans notre droit international privé québécois, quels facteurs de rattachement ont été retenus pour déterminer la loi applicable selon que le problème de preuve relève d'une règle décisive ou d'une règle ordinaire.

Une révision rapide de nos textes de loi s'avère assez décevante. En effet, à part l'article 6 du *Code civil* qui, à son deuxième paragraphe, précise que la procédure est régie par les lois du Bas-Canada, c'est-à-dire, en pareille hypothèse, par la *lex fori*, il n'existe aucun autre article susceptible de nous éclairer. Le droit de la preuve est en partie procédural, soit, et cet article s'applique à cette catégorie des règles de preuve; mais le droit de la preuve est en partie substantiel, et notre interrogation reste apparemment sans réponse. Ce n'est que par le biais de l'article 2613 du *Code civil* que l'on sort de l'impasse. L'article 2613 dispose en effet que la loi ancienne, qui n'est pas incompatible avec le présent Code, n'est pas abrogée; elle est donc toujours en vigueur.

En accord avec cette démarche, Lafleur et Walton⁴ expriment l'opinion qu'après avoir épuisé le *Code civil*, le droit statutaire et la jurisprudence solidement établie par une longue série de décisions, il faut alors recourir à la vieille loi française, à l'époque de la

3 M. GUYOT, *op. cit.*, Tome XIII, p. 574.

L. BOULLENOIS, *op. cit.*, p. 535, définit les règles ordinatoires (*ordinaria litis*) comme "*ea quae nihil aliud concernunt, nisi formam, et solemnitates processus, judicialis, antequam deveniatur ad sententiam, vel ad effectum iudicati, sin instrumenti executivi, quo mediante, victori recipit quod sibi debetur*". Il définit les règles décisives (*decisoria litis*) "*quae definiunt, et determinant materiam litis principalis*".

4 E. LAFLEUR, *Conflicts of Law in the Province of Quebec*, Montréal, Théoret, 1898, pp. 6-9.

F.P. WALTON, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1907, p. 4.

cession du Canada à l'Angleterre. Cette loi se retrouve, disent-ils, tant dans les vieilles décisions des cours françaises que chez les auteurs de cette époque tels Dumoulin, Boullenois, Boutier, Pothier, Guyot, Merlin... Il ne faut pas aussi négliger l'apport de la doctrine moderne à la solution de ce problème. Comme le dit Arminjon:

“La loi écrite est la source unique des règles positives de la plupart des législations... Il en est tout autrement des règles de rattachement. Jusqu'au mouvement de codification... elles furent *entièrement coutumières, jurisprudentielles et doctrinales*. Les Codes successivement promulgués en Europe et dans l'Amérique du Sud, leur firent une place d'ailleurs exigüe; dans la plupart des législations, elles tiennent en quelques articles très concis et incomplets”⁵.

Nous tenterons donc, en nous servant de la jurisprudence, de l'opinion des auteurs et des apports de la vieille loi française, de trouver la règle de conflit régissant les règles décisives du droit de la preuve.

Dans notre démarche, nous devons, tout comme le législateur ou le magistrat, essayer de tenir compte de certaines considérations en vue d'assurer l'intérêt des personnes s'engageant dans des relations juridiques. Il importe au plus haut point que soit respecté le principe de prévision qu'entendaient appliquer les parties lors de la formation de la relation juridique. Ce principe a la portée suivante: au moment où les parties ont contracté, elles estimaient acquérir tel droit ou tel bien et elles savaient qu'elles pourraient en faire la preuve grâce à tel écrit ou à tel témoin.

Ce facteur de prévision, favorisant la protection des droits de chaque partie, entraîne la sécurité dans les relations avec des ressortissants étrangers. Cette sécurité ne peut que faire échec à l'élément de hasard qui se glisse trop souvent dans une relation juridique à un niveau international.

Le domaine d'application des règles décisives est diversifié et de ce fait risque d'entraîner des qualifications différentes ainsi que des solutions différentes. En effet, il ne suffit pas d'affirmer que les règles substantielles du droit de la preuve sont fournies par le système qui régit le fond du litige et que les règles de nature procédurale relèvent de la *lex fori*; toute la question de savoir si

5 P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, 3e éd., Paris, Librairie Dalloz, 1947, Tome 1, p. 50, no 25.

telle ou telle règle de preuve entre dans l'une ou l'autre des deux catégories ci-dessus demeure.

Aussi, pour assurer une qualification plus détaillée, nous diviserons cette étude en cinq chapitres traitant successivement du fardeau de la preuve, de l'admissibilité des moyens de preuve, de la force probante et de l'administration des modes de preuve; dans le dernier chapitre, nous parlerons de l'admissibilité des modes de preuve en matière commerciale, puisqu'apparaissent, dans ce domaine, des difficultés particulières.

CHAPITRE I

LE FARDEAU DE LA PREUVE

Toutes les législations contiennent une disposition qui tend à reporter le fardeau de la preuve sur celui qui veut se faire reconnaître un droit. En droit interne, le problème est simple: il faut déterminer, à l'étude du droit en vigueur, lequel des plaideurs se verra dans l'obligation d'établir son droit sous peine de se voir débouté de son action. En droit international privé, le problème est plus complexe. Il soulève deux questions importantes: la première, à partir de quel système de droit le juge pourra-t-il préciser l'objet de la preuve, et, la seconde, laquelle des deux parties se verra imposer le fardeau de la preuve. Cette démarche implique donc qu'il faut d'abord connaître le fardeau de la preuve et ensuite savoir sur qui il pèsera.

En droit interne, la partie qui prend action doit appliquer le raisonnement suivant: le juge connaît le droit; or tel acte ou tel fait met en oeuvre tel droit; le demandeur a droit à telle conclusion quand il a prouvé telle action ou tel fait. Il va de soi qu'en droit international, le droit qui servira de majeur au raisonnement précédent, n'est pas toujours le droit du for. Le juge du for, après avoir qualifié le problème et y avoir appliqué sa règle de conflit, détermine la loi applicable au litige. Du fait que la réglementation de l'objet de la preuve revient à un aménagement du droit lui-même, la loi applicable à l'objet de la preuve sera la loi qui régit le fond du droit, c'est-à-dire la *lex causae*.

C'est ce qu'enseignent, à juste titre, plusieurs auteurs⁶. En effet, régler l'objet de la preuve revient à aménager le droit lui-même, d'où découle une justification de l'emploi de la *lex causae*.

Ainsi, à la suite d'un contrat intervenu entre un Ontarien et un Québécois relativement à des biens meubles situés au Québec, l'Ontarien intente une action en dommages, devant un tribunal québécois, pour inexécution d'obligation. Le juge québécois, avant même de déterminer qui aura le fardeau de la preuve, devra déterminer l'objet de la preuve, c'est-à-dire déterminer ce qui devra être prouvé. Si les parties se sont entendues pour s'en remettre au droit ontarien, le juge québécois, d'office, ne connaît pas le droit ontarien et la preuve devra lui en être faite pour décider du litige⁷. Selon nos règles de droit, le demandeur devra alléguer le droit étranger et le prouver par preuve testimoniale⁸; en effet, de par nos règles, le droit étranger est considéré chez nous comme une question de fait⁹. Cependant, en cas d'absence de preuve, le juge décidera selon sa propre loi.

Pour réussir dans son action, le demandeur devra prouver le moyen terme du raisonnement: tel acte ou tel fait met en oeuvre tel droit. C'est à la loi qui régit la situation juridique qu'il faut demander quels sont les faits générateurs qui donnent droit à telle conclusion. Puisque, dans notre exemple, les parties entendaient s'en remettre à la loi ontarienne, le juge québécois, saisi du litige, s'en référera donc à ce système de lois pour connaître les faits générateurs ouvrant un recours au demandeur:

"...Si l'existence du fait prétendu est débattue, elle sera prouvée conformément à la loi du tribunal saisi... Le fait en question étant

6 H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, 5^e éd., Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1970-1971, Tome II, nos 705-706.

A. HUET, *Les conflits de loi en matière de preuve*, Bibliothèque de droit international privé, Paris, Dalloz, 1965, vol. VI, nos 61, 66 et 102.

H. MOTULSKY, *Preuve*, Répertoire de Dalloz droit international, p. 622, no 18 et s.

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

8 A. NADEAU et L. DUCHARME, *Traité de droit civil du Québec*, Tome IX, Montréal, Wilson & Lafleur, 1965, nos 51-52.

9 *Ibid.*, no 50. À titre d'exemple: *Chase National Bank of the City of New York v. Bank of Rockville Centre Trust Co.*, (1933) Vol. 55, B.R. 163.

établi, les circonstances qui ont entouré son accomplissement et les conséquences qu'il a produites seront prouvées suivant les dispositions de la *lex loci facti*¹⁰.

Cependant, il est à remarquer que l'ordre public du for peut intervenir dans l'hypothèse où les plaideurs tendraient à rechercher des conclusions qui seraient contraires aux bonnes moeurs ou immorales au regard de la loi du for. Ainsi supposons un contrat soumis, de la volonté des parties, à un droit étranger, où une clause prohiberait la revente par l'acheteur du bien acquis pour une période indéterminée. Advenant qu'un litige s'élève entre les parties, et que le problème soit soumis au tribunal québécois, celui-ci ne pourrait sanctionner l'exécution du contrat parce qu'une clause de cette nature entre en conflit avec les principes mêmes de notre droit à l'égard de la liberté de disposer du bien acquis. Le tribunal pourrait mettre en force une clause restreignant temporairement la liberté de disposer, mais non indéfiniment. Dans cette hypothèse, bien que la *lex causae* soit plus libérale que la *lex fori*, il apparaît qu'elle ne pourra régir tout le litige.

Il advient quelquefois qu'il est impossible de faire une preuve satisfaisante du fait générateur de droit lui-même. La partie se voit alors obligée de procéder à la preuve de faits connexes (faits matériels). Le fait matériel, pour être admissible en preuve, doit être pertinent et concluant¹¹. Ce n'est qu'en ayant recours à son jugement que le magistrat saisi pourra décider du caractère de tel fait.

“Or, si la détermination des faits générateurs de droit relève, en principe, de la loi applicable au droit litigieux, il n'est guère douteux qu'il appartient à la loi du juge saisi d'exiger que les faits voisins ou connexes soient pertinents et concluants: la preuve de la réalité du fait “principal” s'induit de l'existence du fait “probatoire”; elle implique un raisonnement et une opération psychologique du juge qui anticipe sur le résultat de la preuve offerte. En outre, la notion de fait pertinent ou concluant est avant tout une question d'espèce, les juges pouvant seuls apprécier si leur conviction est formée... Ce pouvoir d'appréciation ne saurait être limité au motif que le litige présente un caractère international”¹².

10 P. ARMINJON. *La preuve en droit international privé*, (1929) R.D.I.P., p. 412. En ce sens, A. HUET, *op. cit.*, no. 111.P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Droit international privé*, 8e éd., Dalloz, 1962, p.529, no. 435 C.

11 NADEAU et DUCHARME, *op. cit.*, nos 67 et seq.

12 A. HUET, *op. cit.*, no 111.

Il apparaît donc, pour ce qui est de l'objet de la preuve, qu'il faut retenir la compétence de la *lex causae* pour connaître l'obligation de la preuve, c'est-à-dire la nature des faits à prouver. Mais la *lex fori* reprend sa compétence dans les trois hypothèses suivantes: lorsqu'il faut prouver le droit étranger, déterminer l'importance d'un fait (matériel) connexe ou enfin s'il apparaît que le fait générateur de droit tend à établir quelque chose d'immoral aux yeux de la *lex fori*. Ces dérogations apportées à la *lex causae* ne doivent pas, cependant, être amplifiées: elles ne sont qu'accidentelles sur le parcours de l'objet de la preuve. Cette opposition, compétence de la *lex causae* en principe et, exceptionnellement, compétence de la *lex fori*, se retrouve également dans la charge de la preuve.

Le fardeau de la preuve, depuis toujours et d'une façon générale, repose sur le demandeur, en vertu du principe ancien *actori incumbit probatio*¹³; notre droit civil n'échappe pas à cette règle. Le terme demandeur ne doit pas cependant s'entendre comme demandeur à l'action, mais plutôt comme la personne qui met un fait en cause qu'il lui appartient de prouver:

"Si la charge de la preuve appartient toujours initialement au demandeur, cette tâche cesse d'être sienne dès qu'il a étayé sa réclamation d'éléments de preuve suffisamment convaincants pour justifier le juge de rendre jugement en sa faveur. Au défendeur incombe alors l'obligation de faire valoir des moyens de défense qu'il a à alléguer, s'il veut échapper à une condamnation inévitable"¹⁴.

Ainsi que l'enseigne Batiffol¹⁵, la règle d'attribution du fardeau de la preuve est très étroitement liée au fond du droit lui-même, et elle en constitue le prolongement. D'où il faut conclure que le fardeau de la preuve est régi exclusivement par la *lex causae*; l'opinion des auteurs est unanime sur ce point¹⁶.

Dans toutes les législations, le demandeur doit généralement supporter le fardeau de la preuve. L'on serait tenté alors de croire que l'attribution du fardeau de la preuve devrait être régie par la *lex fori* puisque le résultat, apparemment serait le même. Mais cette

13 NADEAU et DUCHARME, *op. cit.*, no 108.

14 *Ibid.*

15 BATIFFOL et LAGARDE, *op. cit.*, No 706.

16 NADEAU et DUCHARME, *op. cit.*, No 28; P. ARMINJON, *Loc. cit.*, p. 398; A. HUET, *op. cit.*, nos 115 et 61; P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *op. cit.*, No 435C; H. MOTULSKY, *op. cit.*, p. 405.

proposition s'avère inexacte lorsque l'on aborde le problème des présomptions légales. En effet, chaque législateur, conscient des particularités qui affectent son territoire, pourra tenir compte de ces particularités en édictant des règles qui déplaceront le fardeau de la preuve du demandeur en regard de certaines réclamations.

Arminjon commente ainsi le rôle des présomptions:

“Les présomptions légales sont en réalité non des preuves mais des règles réparties dans tous les chapitres du droit, qui dispensent de faire la preuve et au moyen desquelles le législateur a voulu prévenir dans des cas douteux des litiges difficiles à juger”¹⁷.

Il apparaît donc que la promulgation de ces présomptions est souvent fondée sur les nécessités de la vie sociale existant dans chacun des pays. Ces présomptions touchent beaucoup trop aux droits des parties pour ne pas être régies par la *lex causae*. Cette opinion rallie également l'opinion des auteurs¹⁸.

Bien que les présomptions légales ne puissent être régies que par la *lex causae*, la *lex fori* reprend sa compétence dans deux cas particuliers: lorsque l'ordre public du for s'oppose à l'emploi des présomptions étrangères et lorsqu'il faut apprécier la présomption de vérité attachée à la chose jugée.

Si la présomption légale du système de droit étranger entre en conflit avec l'ordre public interne, le magistrat saisi du litige se voit obligé d'écarter la présomption. Supposons, par exemple, un système juridique qui reconnaît comme pères à un enfant tous ceux qui ont pu avoir des relations sexuelles avec la mère au temps légal de la conception. Bien que la *lex causae* soit compétente à édicter telle présomption, le juge québécois devrait refuser d'appliquer cette présomption au Québec puisqu'à nos yeux elle est immorale et contraire aux bonnes moeurs. En pareille hypothèse, la *lex fori* reprend donc compétence sur la *lex causae*¹⁹.

La présomption de vérité qui s'attache à la chose jugée doit être étudiée sous un aspect différent. L'article 1241 du Code civil pose le principe de l'autorité de la chose jugée. MM. Nadeau et Ducharme commentent ainsi ce principe:

17 P. ARMINJON, *loc. cit.* p. 405.

18 NADEAU et DUCHARME, *op. cit.*, No 28; E. BARTIN, *Principe de droit international privé*, Paris, Ed. Domat-Montchrestien, 1930, tome I, No 177; BATIFFOL et LAGARDE, *op. cit.*, No 706; A. HUET, *op. cit.*, nos 124 et 64; P. ARMINJON, *loc. cit.*, p. 405; P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *op. cit.* No 435A.

19 A. HUET, *op. cit.*, No. 127.

“La plus importante des présomptions légales absolues est l'autorité de la chose jugée. En vertu de cette présomption,... la décision du tribunal est tenue, de façon absolue, à l'égard des plaideurs en cause, pour la vérité juridique pleine et entière. ...Mais le fondement réel de l'autorité de la chose jugée réside bien moins dans cette présomption légale de vérité que dans une considération d'utilité sociale... L'intérêt public exige qu'on ne puisse plus remettre en question ce qui, suivant l'expression classique, est passé en force de chose jugée...”²⁰

Huet exprime l'avis que l'autorité de la chose jugée apparaît plus comme la suite normale de la fonction juridictionnelle du juge que comme la conséquence d'une présomption de vérité, car, dit-il, “le rôle du juge est de faire cesser les litiges évoqués au prétoire”²¹. Cette position apparaît alors manifeste puisqu'il serait inutile de se référer à un magistrat pour trancher un litige si, immédiatement après, il était possible de faire une seconde demande à un tribunal de même instance pour tenter d'obtenir un jugement plus favorable. L'on rejoint ainsi la position de Nadeau et Ducharme à l'effet que cette présomption est d'utilité sociale. Mais, cependant, n'intervient pas ici le concept de l'ordre public.

“...l'autorité de la chose jugée est établie dans l'intérêt privé, étant destinée à protéger les situations acquises en faveur des parties. Ce n'est que par ricochet qu'elle servira de la sorte l'intérêt général”²².

Envisagée d'un point de vue international, la présomption de droit de l'autorité de la chose jugée doit, nous semble-t-il, être abordée ainsi: le juge tranchant un litige qui lui est soumis, exerce alors des pouvoirs qui lui sont conférés par une autorité souveraine. Ces pouvoirs s'apprécient sous trois rapports: la décision rendue prévaut en un espace déterminé, elle lie des personnes déterminées et elle prend effet à partir d'une date déterminée.

La mission du juge, laquelle s'apprécie en termes de pouvoirs, ne peut être plus étendue que n'a de pouvoirs celui qui la lui confie. Ce raisonnement est nécessaire pour apprécier l'étendue du territoire où la décision prévaudra et les personnes à qui elle s'imposera. Un tribunal français tranche un litige en matière de

20 NADEAU et DUCHARME, *op. cit.*, No 552; voir aussi la cause *Lafrenière v. Gariépy* (1929) 62 R.C.S. 557

21 A. HUET, *op. cit.*, no 126.

22 NADEAU et DUCHARME, *op. cit.*, no 552.

responsabilité et il ordonne au défendeur de réparer, dans telles proportions qu'il fixe, les torts causés au demandeur. Sa décision ne s'étend alors qu'au territoire français. À l'extérieur de la France, la décision n'est plus souveraine. Si le demandeur veut la faire exécuter, il doit passer par la procédure de l'exemplification; à la lumière des explications fournies, le tribunal saisi de la requête en exemplification n'est tenu de s'obliger envers le requérant que s'il le veut bien, c'est-à-dire que s'il accepte, selon ses propres règles concernant la reconnaissance des jugements étrangers, d'abandonner une part de sa souveraineté au profit du ressortissant étranger. Face à cela, l'autorité de la chose jugée ne peut s'apprécier qu'en regard du tribunal qui a rendu une décision. Tout autre tribunal n'est pas lié, et ne peut être lié, par la décision d'un tribunal étranger, constitué en vertu d'une autorité souveraine différente.

En somme, l'attribution du fardeau de la preuve nous apparaît de façon générale, devoir être régie par la loi qui régit le fond du droit (la *lex causae*). En effet, attribuer le fardeau de la preuve revient à aménager le droit lui-même: il est donc juste de s'en remettre à la loi du fond pour connaître ce fardeau.

L'attribution ne peut cependant se faire sans déterminer d'abord l'objet de la preuve. La *lex causae* apparaît seule, ici, pouvoir en établir le contenu. Enfin, à quelques exceptions près, c'est encore la *lex causae* qui nous dira sur lequel des plaideurs repose la charge de la preuve, et de quelles présomptions peut jouir ce même plaideur.

CHAPITRE II

ADMISSIBILITÉ DES MOYENS DE PREUVE

Le juge saisi d'un problème ne contenant aucun élément d'extranéité n'a pas à s'interroger longuement sur les moyens de preuve admissibles: son droit interne lui précise quels moyens sont admissibles et quels autres ne le sont pas²³. Mais, en face d'un litige impliquant quelque élément étranger, le juge est tenu de s'interroger afin de savoir si un système juridique différent a vocation pour déterminer quels moyens de preuve sont permis pour trancher le litige soumis.

23 Arts 1204, 1205 C.C.

Nous avons souligné, dans notre introduction, qu'il n'existait pas, dans notre *Code civil*, de règle pour disposer des conflits de lois en matière de preuve décisoire. Il fallait, disions-nous, nous en remettre à l'article 2613 du *Code civil* qui nous ouvrait la porte à l'ancien droit français d'avant la promulgation du Code. Lafleur commente ainsi ce retour aux sources en matière de droit international privé:

"Our Civil Code, indeed, has done little else than to reproduce in modern garb some of the principal rules of Private International Law laid down by the judges and text writers of old France, and for the elucidation and illustration of these rules, ..., reference must often be made to the earlier law"²⁴.

Cet ancien droit se retrouve toujours, d'après Lafleur, tant dans les vieilles décisions des cours françaises que chez les auteurs français de cette époque. Il est assez difficile de retracer l'opinion de tous les anciens auteurs; une consultation rapide nous permet toutefois de nous former une opinion assez exacte de la pensée d'alors.

De même que Boullenois et Guyot²⁵, Danty²⁶ affirme qu'il y a lieu de qualifier les règles de preuve selon qu'elles sont décisiores ou ordinatoires. Les règles sont décisiores, affirme-t-il, lorsqu'elles emportent le mérite de l'action; pour connaître ces règles, c'est à la loi, à la coutume plus précisément du lieu où la convention est passée, qu'il faut se référer. En exprimant cette position, Danty fait le point de l'opinion d'auteurs le précédant. Il rapporte aussi un arrêt rendu en France en 1596, arrêt qui trancha un litige entre deux Anglais ayant fait une convention en Angleterre. Une des deux parties prétendait que l'ordonnance de Moulins s'appliquait, celle-ci prohibant la preuve testimoniale au-delà d'une somme déterminée. La cour, cependant, décida que c'est à la loi du lieu où l'obligation s'était formée qu'il fallait se référer pour connaître les règles sur l'admissibilité des moyens de preuve.

Boullenois²⁷ rapporte que tout ce qui se rattache à la formation du contrat doit être régi par la loi du lieu où le contrat

24 E. LAFLEUR, *op. cit.*, p. 18.

25 Cf. *Supra*, note 2.

26 M. DANTY, *De la preuve par témoins en matière civile*, 7^e éd., Paris, Delalain, 1789, p. 69, no 11. La 7^e édition est conforme, sur ce point, à l'édition de 1708.

27 L. BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes ou statuts*, Paris, Desprez, 1766, tome 2, p. 459.

s'est formé (ce qu'il qualifie de *vinculum obligationis*). Il inclut explicitement la preuve du contrat dans le *vinculum obligationis et solemnitatem*. L'auteur fait également état de l'arrêt de 1596 rapporté par Danty et le commente favorablement.

Guyot²⁸ établit la même distinction entre les règles décisives, et il les définit comme le font Danty et Boullenois. Commentant alors l'admissibilité de la preuve testimoniale en matière de conflit de lois, il énonce ce qui suit:

“Or, la Preuve par témoins, considérée dans le point de vue sous lequel l'ordonnance de Moulins et l'édit perpétuel nous la présentent, appartient, il est vrai, à l'instruction et à la manière de procéder; mais en même temps, elle influe sur le jugement; elle frappe sur l'action même, et... elle est tout ensemble ordinatoire et décisive, et par conséquent, dans la question de savoir si elle doit être admise ou rejetée, ce n'est point à la loi du lieu où l'on plaide qu'il faut s'arrêter”²⁹.

Cette revue, bien que rapide, nous amène à conclure que l'admissibilité des moyens de preuve est régie par la loi qui préside à la formation de l'obligation, parce qu'elle fait partie intégrale des liens mêmes de l'obligation. Non abrogée par le *Code civil*, cette règle, rappelons-le, trouve toujours son application chez nous.

L'opinion de Lafleur sur ce sujet³⁰ est à l'effet qu'en matière civile contractuelle les moyens de preuve admissibles sont ceux déterminés par la *lex loci contractus*. Johnson³¹ arrive à la conclusion qu'il faut se référer à la règle française qui rattache à la *lex causae* la détermination des moyens de preuve. Il s'appuie sur la doctrine relative à l'ancien droit français toujours en force au Québec. Nadeau et Ducharme³² sont d'avis qu'il faut s'en référer à la doctrine française pour connaître les règles de rattachement de la recevabilité des moyens de preuve, par opposition à la doctrine anglaise qui rattache la recevabilité des moyens de preuve à la *lex fori*.

28 M. GUYOT, *Répertoire de jurisprudence*, Paris, Visse, 1784, tome 13, voir “Preuve”, pp. 573-576.

29 *Ibid.*, *op. cit.*, p. 574.

30 E. LAFLEUR, *op. cit.*, p. 217.

31 W.S. JOHNSON, *Conflict of Laws*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1962, pp. 878-881.

32 NADEAU et DUCHARME, *op. cit.*, no. 31-32.

Si l'on se tourne vers la jurisprudence l'on constate qu'il n'existe que peu de décisions en rapport avec le problème que nous avons abordé. Il faut remonter en 1859, avant la promulgation de notre Code civil, pour trouver une première décision qui trancha un problème de preuve en matière de conflit de lois. Dans l'affaire *Wilson v. Perry*³³, Wilson poursuivait Perry pour la jouissance et l'occupation d'une propriété située en Ontario. Un seul témoin fut examiné et déposa des faits de nature à emporter le litige. À l'époque, il existait au Québec une règle qui interdisait à une partie de ne produire qu'un seul témoin. Par ailleurs, cette règle *-testis unus, testis nullus*³⁴ - n'existait pas en Ontario. Le demandeur, s'appuyant sur l'ancienne doctrine française, prétendait que, même si la procédure dépend de la loi du for (loi du Québec, ici), il devait y avoir exception pour toute matière qui touchait au fond du litige, telle que la preuve par exemple; puisqu'il avait fait la preuve conformément à la *lex loci contractus*, il n'était tenu à rien de plus. De son côté, le défendeur soutenait que la preuve était matière de procédure et qu'elle devait être faite selon les lois du Québec, lieu du procès. Le juge décida que la cause devait être jugée d'après la *lex loci contractus*, en accord avec la règle de conflit proposée par les anciens auteurs français³⁵.

Par contre, une décision plus récente et contraire aux décisions antérieures fait état d'un rattachement de l'admissibilité des moyens de preuve à la *lex fori*³⁶.

La jurisprudence ne peut donc nous être que de peu d'utilité pour apporter un peu de lumière au problème envisagé.

Après examen de la matière, il nous apparaît que l'admissibilité des moyens de preuve doit être déterminée par la loi

33 (1859) 4 L.C.J. 17-18.

34 "...Règle de l'ancien droit selon laquelle le juge ne devait pas se fier au témoignage d'une seule personne. Cette règle a été écartée... et remplacée par l'article 293 C.P.C. (*in fine*)".

A. MAYRAND, *Dictionnaire des maximes et locutions latines utilisées en droit québécois*, Montréal, Guérin, 1972, p.191.

35 Voir dans le même sens, *Doutre v. The Queen*, (1881) 4 L.N. 34

36 *Abbott v. Arnton* (1915) 24 R.L.n.s., 236-237; voir également les décisions de *Lefebvre v. Digman* (1897) 3 R. de J. 194 et *Lapotterie v. C.P.R.* (1906) 12 R. de J. 159. Toutefois ces deux dernières décisions, bien qu'elles consacrent un rattachement à la loi québécoise, ne peuvent nous être d'une grande utilité en raison du fait que la loi québécoise peut résulter tant de la *lex fori* que de la *lex causae*.

qui régit le fond du litige. Seule cette loi est en mesure d'apporter un éclairage valable au juge appelé à trancher le litige comprenant un élément d'extranéité. Si l'on retient ce principe à l'égard de l'admissibilité des moyens de preuve, il serait bon de voir à ce stade quelques problèmes que l'écrit et d'autres moyens de preuve subsidiaires peuvent soulever.

Supposons un Ontarien et un Québécois qui contractent pour la transmission de propriété d'effets de quincaillerie. L'Ontarien, ancien ressortissant du Vermont, connaissant mal la loi de l'Ontario, convainc le Québécois de s'en remettre à la loi du Vermont pour régir leur contrat. Par hypothèse, la loi du Vermont exige que l'acte constatant une transaction de cette nature soit fait sous seing privé et signé en présence de deux témoins. Un litige survient et un juge québécois en est saisi. La loi québécoise est la *lex fori*, la loi du Vermont, la *lex causae*, la loi de l'Ontario, la *lex loci contractus*.

D'après sa règle de conflit, le juge québécois s'en remettra à la *lex causae*, la loi du Vermont, pour savoir, d'une part, si la preuve de la situation juridique en question devra être faite au moyen d'un écrit pré-constitué au litige, et pour savoir, d'autre part, quelle sorte d'écrit sera requis. Pour connaître les conditions formelles de validité de l'acte sous seing privé, le juge québécois appliquera sa règle de conflit *locus regit actum* et référera ainsi à la loi de l'Ontario, la *lex loci actus*. C'est encore la *lex loci actus* qu'il faudra consulter pour savoir si la date inscrite dans l'acte sous seing privé fait foi d'elle-même et pour savoir à qui elle est opposable. Relativement aux actes authentiques, c'est la *lex loci actus* qui dira aux parties quelles sont les formalités requises pour conférer à l'acte rédigé son caractère d'authenticité.

À cela, se pose un problème parallèle: certaines formalités exigées pour conférer le caractère authentique à l'acte sont de nature très particulière. Le fait de faire timbrer un contrat constatant une vente d'effets particuliers, pour exercer un contrôle fiscal par exemple, ne saurait être une formalité qu'un tribunal étranger devra faire respecter. Arminjon commente ainsi le sort à tenir à ces formalités:

“Par contre, la règle *locus regit actum* peut être écartée dans le cas où les formes prescrites par la *lex loci actus* à l'acte en cause avaient une fin politique ou purement fiscale”³⁷.

37 P. ARMINJON, *loc. cit.*, p. 415.

Mais la *lex fori* est-elle compétente pour admettre en preuve des moyens subsidiaires à la preuve écrite, tels la preuve par témoignage et par présomptions de fait, et la preuve par possession d'état (par commune renommée)?

Le témoignage et les présomptions de fait sont des modes de preuve qui, introduits dans un régime de preuve codifié et hiérarchisé, tel celui du Québec, sont classés à un rang inférieur quant à la force probante. Huet, analysant ces deux moyens de preuve, conclut ceci:

“En raison de leur incertitude, du caractère subjectif des dépositions des témoins ou du raisonnement du juge, elles n'apportent qu'une certitude toute relative”³⁸.

Le témoignage est défini comme suit par Nadeau et Ducharme³⁹:

“La preuve testimoniale est celle qui résulte des déclarations orales d'une personne ayant perçu directement par ses propres sens, le fait contesté... La preuve testimoniale est, en matière civile, une preuve d'exception. On lui préfère la preuve littérale, qui est la preuve de droit commun”.

Les anciens auteurs enseignaient que l'admissibilité de la preuve testimoniale, la preuve étant une matière relative aux *vinculum obligationis*, était régie par la loi (ou la coutume) du lieu de la formation de l'obligation⁴⁰.

Bonnier rapportant l'enseignement de Foelix, est d'avis que l'admissibilité de la preuve testimoniale, étant elle-même preuve complémentaire de l'écrit, doit être régie par la loi du lieu de formation de l'obligation:

“Celui qui offre la preuve testimoniale d'un engagement... prétend employer ce moyen de preuve pour remplacer la preuve plus claire et plus précise qui résulte d'écrits: il prétend, pour ainsi dire, construire par les dépositions des témoins un acte identique avec celui qui existerait par écrit, si la partie qui a pris l'engagement... l'avait immédiatement rédigé par écrit”⁴¹.

38 A. HUET, *op. cit.*, no 190.

39 NADEAU et DUCHARME, *op. cit.*, no 435.

40 L. BOULLENOIS, *op. cit.*, tome II, p. 459; M. DANTY, *op. cit.*, p. 69; GUYOT, *op. cit.*, pp. 573-576.

41 E. BONNIER, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil...*, 5e éd., Paris, Plon, 1838, p.778.

Chez les auteurs modernes, toutefois, il n'y a pas consensus sur ce point.

Batiffol et Motulsky⁴² préconisent que l'admissibilité des moyens de preuve, tel le témoignage, soit soumise à la *lex fori*, sous réserve des parties de réclamer le régime de la *lex loci actus*. Huet⁴³ affirme qu'il ne faut pas confondre l'admissibilité des moyens de preuve avec leur force probante. Selon lui, il revient au juge d'apprécier la preuve fournie, mais encore doit-il s'interroger pour savoir si ces moyens sont admissibles. À l'appui de sa position, Huet argumente qu'accorder une priorité différente à un mode de preuve précis en le soumettant pour son admissibilité à un autre régime légal que celui prévu par les parties, revient à fausser les prévisions de ces mêmes parties et ce, dans l'hypothèse où un système de preuve légal hiérarchise les divers modes de preuve.

Notre règle de conflit nous prescrit de nous en remettre à la loi qui régit l'obligation pour savoir quels modes de preuve sont admissibles. Ce mode de preuve particulier qu'est le témoignage ne déroge pas à la règle. On serait porté à croire que la *lex fori* est compétente pour décider du problème parce que, dans ce mode de preuve, il n'existerait aucune idée de préconstitution de preuve.

Toutefois, dans plusieurs cas, les parties ont pris la précaution de se préconstituer une preuve en ayant recours à des témoins, et cela conformément à la loi applicable au litige éventuel. Par ailleurs, même dans le cas où la preuve n'a pu être préconstituée, dans le cas d'un accident d'automobile par exemple, il demeure logique de s'en remettre à la loi qui régit l'obligation pour préciser au tribunal quels seront les moyens de preuve applicables. Et à notre avis, il faut appliquer ce même raisonnement aux présomptions de faits.

Sauvé définit ainsi les présomptions de fait:

"...c'est la conséquence logique, déduite par le juge de deux faits intimement liés, le fait connu prouvé, et le fait inconnu à prouver"⁴⁴.

42 BATIFFOL & LAGARDE, *op. cit.*, no 707; H. MOTULSKY, *op. cit.*, no 38.

43 A. HUET, *op. cit.*, no 190.

44 R. SAUVE, *Des présomptions de fait en droit civil québécois*, Thèse de maîtrise, Université de Montréal, 1956.

Pour bien comprendre le mécanisme de l'admissibilité de ce moyen de preuve, il importe de ne pas confondre l'admissibilité et la force probante des présomptions de fait.

Arminjon⁴⁵ rattache l'admissibilité des présomptions de fait à la loi qui régit l'acte ou le fait juridique à prouver. Bonnier⁴⁶ prétend qu'il faut s'attacher à la loi du pays où se sont passés les faits litigieux. Par contre, Batiffol affirme:

"...il ne semble pas qu'aucune législation contienne des prescriptions bien précises quant à leur administration. Les seules questions qu'elles puissent poser sont celles de leur expression dans la décision, qui tient de l'exigence des motifs et dépend donc de la loi du for, et surtout celle de leur admissibilité"⁴⁷.

Huet⁴⁸ traite sur un pied d'égalité l'admissibilité du témoignage et des présomptions de fait. À son avis, ces moyens de preuve sont des moyens secondaires, pour remédier à l'absence de l'écrit. L'admissibilité des présomptions doit donc rester soumise à la loi qui exige l'écrit.

À notre avis, l'admissibilité des présomptions de fait relève de la loi qui régit le fond de l'obligation, la *lex causae*. Ainsi, supposons un système juridique qui interdit au juge de se laisser guider par les présomptions de fait quant à une question précise, le législateur entendant exiger du demandeur une preuve mathématique, la plus précise possible. Si le juge du for interprète, comme il l'entend, le fait ou l'acte juridique qui lui est soumis en s'appuyant sur des présomptions de fait, tel que le lui permet la *lex fori*, il fausse alors les prévisions des parties qui avaient entendu s'en remettre au système choisi pour la conclusion, pour la preuve et pour l'exécution de l'obligation. Conséquemment c'est la *lex causae* qu'il faut consulter, et elle seule, pour savoir si les présomptions de fait sont admissibles en preuve.

En l'absence de l'écrit, le législateur accorde quelquefois au demandeur d'appuyer sa prétention avec des modes secondaires de preuve. La preuve par possession d'état (et commune renommée) entre dans cette catégorie.

45 P. ARMINJON, *loc. cit.*, p. 405.

46 E. BONNIER, *op. cit.* no 934.

47 BATIFFOL & LAGARDE, *op. cit.*, no 709.

48 A. HUET, *op. cit.*, no 190.

Le problème de l'admissibilité de ce moyen de preuve particulier ne s'est pas posé au Québec, du moins si l'on s'en tient à la jurisprudence québécoise rapportée. Quelle loi permettra l'utilisation de ce moyen de preuve et quelle loi définira les éléments de ce moyen de preuve? Arminjon a adopté la position suivante:

"...ces modes de preuve seront admis ou écartés conformément à la loi suivant laquelle le droit doit être prouvé"⁴⁹.

Nous partageons ce point de vue car la possession d'état (et la commune renommée) se présente comme un moyen de preuve secondaire. Il faudra alors s'en référer à la loi qui admet la preuve primaire pour décider de l'admissibilité de ces moyens de preuve. Or, nous l'avons vu, c'est la loi du fond, la *lex causae*, qui régit l'admissibilité de la preuve primaire. La loi du fond décidera donc de l'admissibilité de la possession d'état et en définira les éléments.

En somme, la preuve de l'obligation engendrée fait partie, selon les anciens auteurs français, du *vinculum obligationis et solemnitatem*. Les règles de la preuve nous sont fournies par les règles décisives de l'obligation contractée, et il faut alors se référer à la *lex causae*, loi qui régit la formation de l'obligation.

Témoignages et présomptions, quoique apparaissant indépendants de toute idée de preuve pré-constituée, doivent, selon nous, n'être admissibles que si la *lex causae* le permet. Celle-ci, ayant adopté plus souvent qu'autrement un système légal de preuve, aura classifié et hiérarchisé les moyens de preuve utilisables. Admettre ces moyens de preuve selon le système législatif de la *lex fori* revient à perturber l'équilibre que le législateur avait conçu, et risque de pénaliser les parties qui au moment de la naissance d'une obligation ne prévoient pas qu'il y aura procès et encore moins à quel endroit il aura lieu, le cas échéant.

Il est bien difficile de tracer la frontière entre l'admissibilité des moyens de preuve et la force probante de ces mêmes moyens. Mais cette distinction est nécessaire car elle entraîne des conséquences juridiques, comme nous pourrions le constater dans le chapitre suivant.

49 P. ARMINJON, *loc. cit.*, p. 404; voir aussi A. HUET, *op. cit.*, no 185 et sq. traite également de ce problème en regard de la jurisprudence française.

CHAPITRE III

FORCE PROBANTE DES MOYENS DE PREUVE ADMIS

Après s'être servi de sa règle de conflit pour connaître les moyens de preuve admissibles, le magistrat doit alors chercher à connaître le degré de force probante qu'il faut accorder aux moyens choisis.

À quel système législatif devra-t-on remettre la compétence pour déterminer la force probante des modes de preuve admis? Pour répondre à cette question, il nous faudra tenir compte des différents modes de preuve: les preuves écrites, les preuves orales et l'aveu.

A) Force probante des preuves écrites.

Pour connaître la force probante des moyens de preuve écrite, Nadeau et Ducharme préconisent le recours à la loi qui régit la forme de l'acte. Au soutien de cette affirmation, ils s'en remettent à l'enseignement de Batiffol⁵⁰.

En ce qui nous concerne, nous nous sentons incapables d'adopter cette position parce que notre règle de conflit, nous l'avons vu⁵¹, nous conduit à reconnaître la *lex causae* comme loi compétente à la détermination des moyens de preuve utilisables. La *lex causae* fournit les règles décisives qui emporteront le fond du litige lors de la décision du juge. Remettre à la *lex loci actus* la compétence pour déterminer la force probante des moyens utilisés conduit à un illogisme. Reprenons notre exemple donné au chapitre précédent. Un Ontarien et un Québécois contractent pour transmettre la propriété de biens meubles situés au Québec. Le contrat de vente constatant la transaction, est rédigé et signé au Vermont, alors que les deux hommes d'affaires sont en vacances. Dans notre exemple, la loi du Vermont, la *lex loci actus*, n'intervient au contrat que par accident. Il serait illogique de lui remettre compétence pour attribuer la force probante à l'écrit. La compétence revient tout au contraire à la *lex causae*.

Ainsi, à la suite d'un contrat signé en un territoire donné, c'est la loi du fond qu'il faudra consulter pour connaître et apprécier la force probante qu'il faut attribuer à cet écrit. La loi

⁵⁰ BATIFFOL et LAGARDE, *op. cit.*, no 729; voir aussi H. MOTULSKY, *op. cit.*, no 63.

⁵¹ Cf. chapitre précédent.

du fond dira également dans quelle mesure l'acte authentique et l'acte sous seing privé feront foi et à qui ils seront opposables; également, cette même loi dira si la copie d'acte authentique a valeur probante. C'est à la *lex causae* qu'il faudra se référer pour connaître l'étendue de la force probante de l'acte envisagé (le dispositif de l'acte, le cercle des personnes qui y sont soumises). Conséquemment, cette même loi dira par quels moyens de preuve il faudra passer pour contester l'acte déposé en preuve.

Quelques-uns opposeront toutefois à cette solution le cas de l'article 1220 du *Code civil* qui, par ses dispositions, semble entrer en conflit avec notre solution. À quoi sert de chercher une règle de conflit en matière de force probante, diront-ils, puisque cet article en fournit une? En effet, cet article règle la production de certains actes semi-authentiques tels qu'un jugement étranger, une copie de testament, préalablement authentifiée, un certificat étranger d'état civil... Mais il faut remarquer que cet article ne détermine pas quelle est la loi compétente en matière de force probante. L'article dit essentiellement ceci: La production de certains écrits semi-authentiques suffit pour en établir *prima facie* le contenu "sans qu'il soit nécessaire de prouver le sceau ou la signature apposée par l'officier à tel original ou telle copie, ou l'autorité de l'officier...". Cet article évite à la partie qui produit un tel écrit une preuve plus longue et plus onéreuse.

L'article 1220, sous cet aspect, apparaît comme une règle d'administration du for québécois, règle qui a pour but de simplifier la preuve de certains documents étrangers. Il importe donc de connaître préalablement la loi compétente qui détermine les moyens de preuve admissibles, puis, de connaître la loi compétente qui détermine l'étendue, le crédit qu'elle accorde au moyen de preuve utilisé. Si un écrit que mentionne l'article 1220, est requis, sa production et sa preuve en seront seulement simplifiées à cause de son caractère semi-authentique.

B) Force probante des preuves orales

Si la preuve par témoin est admise par la loi compétente, il reste au juge du for à en apprécier les résultats, c'est-à-dire à accorder le degré de force probante qui s'impose au témoignage déposé devant lui. Nadeau et Ducharme⁵² accordent compétence à

⁵² NADEAU et DUCHARME, *op. cit.*, no 19.

la *lex fori* en cette matière. Ils suivent en cela l'opinion de Batiffol⁵³; Lerebours-Pigeonnière⁵⁴ et Motulsky⁵⁵ sont du même avis. Huet en accord avec cette position, explique ainsi son point de vue:

“...la liberté du magistrat d'attacher aux déclarations des témoins le crédit qu'il estime opportun est entière. Il retiendra la déposition de tel témoin parce qu'elle lui paraît plus sincère; tout dépend en effet de la sincérité du témoignage, que le juge est seul qualifié pour apprécier. Or, on conçoit assez mal que l'intime conviction du juge soit restreinte au nom d'une loi étrangère. La *lex fori* réglementera à elle seule le pouvoir du juge à l'effet d'apprécier les témoignages recueillis”⁵⁶.

Arminjon⁵⁷ reconnaît compétence à la loi étrangère. Nous devons cependant lui préférer l'opinion contraire à l'effet que la *lex fori* est seule compétente pour apprécier la force probante du témoignage déposé devant le juge du for.

Après une étude rapide, nous pouvons constater que le domaine de la force probante est divisé en deux zones de compétence. Cependant que la *lex causae* se voit reconnaître la compétence d'attribuer la force probante aux écrits, la *lex fori* régit la force probante des preuves orales. D'une part, le principe de la prévision des parties doit l'emporter, d'autre part, l'intime conviction du juge appelé à rendre une décision ne peut souffrir de trancher un litige d'après une loi autre que la sienne.

Pour terminer ce chapitre, il convient d'aborder certains problèmes particuliers à l'aveu, autant en ce qui concerne son admissibilité comme moyen de preuve qu'en ce qui concerne sa force probante.

C) L'aveu

L'aveu peut se définir comme les “déclaration, silence ou omission, ou attitude par lesquels une personne reconnaît pour vrai et comme devant être avéré à son égard un fait de nature à

53 BATIFFOL et LAGARDE, *op. cit.*, no 708.

54 LEREBOURS-PIGEONNIERE, *op. cit.*, no 436.

55 MOTULSKY, *op. cit.*, no 63.

56 HUET, *op. cit.*, no 268.

57 ARMINJON, *loc. cit.*, p. 393.

produire contre elle des effets juridiques”⁵⁸. L’aveu peut se présenter sous deux formes. Il appartient tout naturellement à la *lex fori* de qualifier l’acte en cause et de le classer comme aveu judiciaire ou extra-judiciaire. Quelle est la position des auteurs relativement à l’admissibilité de l’aveu comme moyen de preuve? Arminjon⁵⁹, Lerebours-Pigeonnière⁶⁰, Motulsky⁶¹ et Martin⁶² soutiennent que l’admissibilité de l’aveu est régie par la loi du fond, la *lex causae*. Binoche⁶³ soutient un raisonnement semblable: l’aveu est un mode de preuve; il est soumis comme tel, en tant que preuve d’un droit, à la loi qui régit le droit lui-même; il faut donc rechercher en définitive à quelle loi la preuve du droit est soumise.

Ces auteurs nous tracent la position de la doctrine française. Qu’en est-il en droit québécois? Il faut envisager le problème suivant les différentes formes de l’aveu. Pour l’aveu judiciaire, il n’y a pas de difficulté à dire que son admissibilité ne peut être régie que par la *lex causae*, en accord avec le principe général en matière d’admissibilité des moyens de preuve. Cependant, il peut y avoir interférence de la loi du for si celle-ci interdit l’aveu dans un cas spécifique. De plus, la *lex fori* décidera de sa force probante⁶⁴ car seul le tribunal est à même d’évaluer le degré de crédibilité qu’il faut lui accorder.

L’aveu extra-judiciaire, pour sa part, s’apparente à un moyen de preuve oral ou aux présomptions de fait. Si la *lex causae* l’admet, l’aveu sera recevable. Mais encore là, sa force probante ne peut être déterminée que par le juge de la *lex fori* qui tranchera si les personnes qui ont rapporté l’aveu garantissent le sérieux de la déclaration⁶⁵.

58 L.P. TASCHEREAU, *Les méandres de l’aveu*, (1967-1969) Rev. de dr. comp., p. 150.

59 ARMINJON, *loc. cit.*, p. 403.

60 LEREBOURS-PIGEONNIERE, *op. cit.*, no 435C.

61 MOTULSKY, *op. cit.*, no 54.

62 BARTIN, *op. cit.*, no 178.

63 E. BINOCHÉ, *Répertoire de droit international*, (Laprodelle et Niboyer), Paris, Sirey, 1931, voy. “Aveu”, p. 287 et seq.

64 En ce sens: ARMINJON, *loc. cit.*, p. 403; BATIFFOL & LAGARDE, *op. cit.*, no 709; LEREBOURS-PIGEONNIERE, *op. cit.*, no 435C.

65 NADEAU et DUCHARME, *op. cit.*, no 29.

CHAPITRE IV

ADMINISTRATION DES MODES DE PREUVE

Les chapitres précédents, fardeau de la preuve, admissibilité des moyens de preuve et force probante, traitaient d'une matière qui se rapportait étroitement au droit substantif. C'est, en effet, cette considération qui justifie généralement un rattachement à la *lex causae*. Il ne saurait en être ainsi cependant en ce qui concerne l'administration de la preuve puisque celle-ci se rattache au droit judiciaire. Quelle sera alors la règle de conflit relative à cette matière?

Alors que la *lex causae* se voit reconnaître la compétence de préciser l'objet et la charge de la preuve, la *lex fori* se voit reconnaître la compétence à régir l'administration de la preuve. Cette position, avons-nous dit, rencontre le consensus des auteurs:

“Il existe un très large accord pour soumettre les questions de procédure à la loi du tribunal saisi d'un litige. Et c'est là une règle bien compréhensible et tout à fait justifiable, puisqu'elle met en cause l'organisation d'un service public, l'administration de la justice”⁶⁶.

La règle de conflit est simple mais les difficultés apparaissent au moment de sa mise en application. Le problème soumis est-il d'ordre procédural ou d'ordre substantif? Cette question est d'une extrême importance puisque, dépendant de la qualification, différents systèmes juridiques peuvent apporter une solution différente au même problème. La *lex fori* ou la *lex causae* sera compétente selon que le problème entre dans la catégorie de la procédure ou selon qu'il est perçu comme un problème de droit fondamental. Cette qualification revient, de droit, à la *lex fori*⁶⁷.

Pour différencier le droit substantif du droit procédural, Castel⁶⁸ propose que tout ce qui se rattache au moyen de droit pour mettre en pratique un droit, soit classé comme question procédurale et, à l'inverse, que ce qui se rattache au droit lui-même soit classé comme question d'ordre substantif.

66 P.A. CREPEAU, *Recueil de documents et arrêts en droit international privé québécois*, Montréal, McGill, 1968, tome 2; J.G. CASTEL, *Cases on the Conflict of Laws*, Toronto, Castel, 1960, p.275; LAFLEUR, *op. cit.*, p. 208.

67 CASTEL, *op. cit.*, p. 275; JOHNSON, *op. cit.*, p. 5 et 864; ARMINJON, *loc. cit.*, p. 391; HUET, *op. cit.*, no 219.

68 CASTEL, *op. cit.*, p. 275.

Bien que tous les auteurs, par principe, remettent à la *lex fori* la compétence en matière de procédure, ils ne s'entendent plus quand arrive l'application du principe posé. Des interrogations et des opinions diverses s'élèvent, tout spécialement à l'égard des causes de dispenses, de reproches et d'incapacités des témoins.

Les causes de dispenses de témoigner sont regroupées à l'article 308 de notre *Code de procédure civile*. Elles ont été édictées pour des raisons d'ordre public. Notre droit, en effet, accorde au prêtre, au médecin, à l'avocat, par exemple, le droit au secret professionnel, pour la protection des intérêts de leur client. La compétence de la loi du for en cette matière ne saurait dès lors être contestée⁶⁹.

Les causes de reproches mentionnées à l'article 310 du *Code de procédure civile* affectent directement la crédibilité du témoin. De ce fait, la compétence de la loi du for ne saurait être déniée: la *lex fori* a pleine autorité en cette matière⁷⁰.

Les désaccords sont plus sérieux en ce qui concerne les incapacités de témoigner. Les articles 295 et 296 du *Code de procédure civile* établissent quels témoins sont aptes à déposer. Ces dispositions modifiaient, en 1966, les articles 314 et 324 et faisaient disparaître de notre droit les incapacités de témoigner. Toutefois, dans un système étranger, certaines incapacités peuvent exister, telle celle qui interdit à l'épouse d'une partie de témoigner... Bien que ces dispositions se retrouvent au *Code de procédure*, il ne fait pas de doute, à l'analyse, qu'elles doivent être rattachées directement à l'admissibilité du témoignage et doivent être régies par la *lex causae*. Les rattacher à la *lex fori* reviendrait à fausser les prévisions des parties: celles-ci savaient en effet qu'en soumettant leur obligation à tel régime juridique, elles pourraient compter sur tel témoin en cas de contestation. Aller à l'encontre de leurs prévisions brise l'équilibre de la relation juridique, et oblige les parties à prévoir tous les régimes juridiques où peut s'engager un litige. Nous devons donc opter ici pour la compétence de la *lex causae*⁷¹.

69 En ce sens: HUET, *op. cit.*, no 279a; BATIFFOL et LAGARDE, *op. cit.*, no 709; ARMINJON, *loc. cit.*, p. 400.

70 En ce sens: HUET, *op. cit.*, no 282; BATIFFOL et LAGARDE, *op. cit.*, no 709; ARMINJON, *loc. cit.*, p. 400.

71 En ce sens: HUET, *op. cit.*, no 28; BATIFFOL et LAGARDE, *op. cit.*, no 709; Contra: ARMINJON, *loc. cit.*, p. 400.

Parallèlement à ces points particuliers, la compétence de la *lex fori* s'étend à toutes les procédures que commande la *lex causae*. Si la *lex causae* exige que la contestation d'un écrit se fasse par tel moyen de preuve, il revient à la *lex fori* de l'organiser. Il en sera de même pour la procédure de vérification d'écriture pour donner valeur à l'acte fait sous seing privé.

De la même façon, si la *lex causae* admet l'aveu en preuve, la *lex fori* a toute compétence nécessaire pour organiser la procédure dont le but est de susciter et de provoquer l'aveu. Dans le cas où une expertise est nécessaire, la *lex fori* organise cette procédure car cela relève directement des attributions du tribunal siégeant.

Au moment de l'application de ces règles, il peut survenir une difficulté particulière: qu'advient-il lorsque la *lex causae* requiert qu'un fait soit admis ou vérifié par une procédure et que la *lex fori* ne connaît pas cette procédure? Faudra-t-il suivre la procédure de la *lex causae*? Arriver à cette conclusion revient à ignorer le principe de souveraineté de la *lex fori* en matière de procédure. La solution qui s'impose est de rechercher, dans la *lex fori*, une procédure analogue, ayant les mêmes fins et susceptible d'apporter à la *lex causae* les conclusions qu'elle recherche⁷². Et dans l'hypothèse où la *lex causae* ne prévoit pas de procédure particulière pour arriver à telle fin, il appartient à la *lex fori* de déterminer la procédure la plus propice à la découverte de la vérité exigée par le législateur de la *lex causae*⁷³.

Nous retenons donc la compétence de la *lex fori* sur les matières relatives à l'administration de la preuve, en faisant cependant exception pour les incapacités qui relèvent de la *lex causae*.

En certains cas particuliers, il devient impossible d'interroger le témoin devant le tribunal siégeant. S'offre alors la procédure de l'enquête par commission rogatoire. Quelle loi régira la formation et la procédure à suivre lors de l'enquête devant la commission rogatoire?

La commission rogatoire peut se définir comme suit:

"...une délégation donnée par une autorité judiciaire à l'occasion d'une instance pendante devant elle, à une autre autorité, judiciaire

72 En ce sens: HUET, *op. cit.*, no 275; Contra: ARMINJON, *loc. cit.*, p. 392.

73 HUET, *op. cit.* no 275; ARMINJON, *loc. cit.*, p. 393.

ou diplomatique, en vue de réunir des preuves et des éléments d'information, ou d'accomplir des actes d'instruction qu'elle ne pourrait rechercher ou accomplir dans son propre ressort⁷⁴.

La loi canadienne⁷⁵ prévoit l'hypothèse d'une demande d'enquête par commission rogatoire. Cependant, l'article 42 de cette même loi précise que toute législation provinciale aura priorité en ce domaine. La *Loi de certaines procédures*⁷⁶, plus particulièrement aux articles 16 à 27, prévoit la formation d'une commission sur lettres rogatoires issues d'une province canadienne, d'un pays du Commonwealth ou d'un pays étranger. Le *Code de procédure*, aux articles 395 et 396 ainsi qu'aux articles 426 à 437, a prévu des règles qui s'appliquent subsidiairement.

Si une difficulté relative à la loi applicable à la commission survient en cours d'exécution, elle doit être envisagée sous l'un des deux angles suivants:

a) si la difficulté est d'ordre procédural, la *lex fori*, en principe, est compétente à gouverner l'exécution de la commission. Le commissaire tranchera donc la difficulté survenue: par exemple, il établira comment le serment doit être prêté, comment l'expertise sera dirigée...

b) si la difficulté se rapporte au fond du droit, le juge requis ou la commission doit décliner sa compétence pour trancher le problème d'après son droit; le juge ou la commission est l'auxiliaire de l'autorité requérante: il exécute ce que la *lex causae* prescrit.

À la suite de l'audition des témoins, les notes sténographiques ou l'enregistrement sont transmis au tribunal requérant qui appréciera les résultats et dégagera les faits susceptibles de l'éclairer⁷⁷. Le tribunal requérant conserve toujours son pouvoir d'appréciation: mandater une commission à l'étranger n'implique pas que le tribunal se départit du pouvoir souverain d'appréciation qui lui a été confié. C'est par son système de conflit de lois qu'il apprécie la force probante des témoignages recueillis, tel qu'il est requis de le faire. Il rend alors son jugement comme si l'accident procédural qu'est la commission rogatoire, n'était pas survenu.

74 HUET, *op. cit.*, no 292 et seq.; JOHNSON, *op. cit.*, pp. 894-895, traitent notamment du sujet.

75 *Loi sur les témoins et la preuve*, (1970) S.R.C., ch. E-10.

76 *Loi de certaines procédures*, (1964) S.R.Q., ch. 22, art. 16 à 27.

77 *Fidelity Trust Co. v. Schreider*, (1913) 14 D.L.R. 224.

L'exécution d'une commission rogatoire ne déroge donc pas au grand principe prévalant en matière d'administration de la justice: la *lex fori* reste compétente à régir son exécution.

CHAPITRE V

ADMISSIBILITÉ DES MODES DE PREUVE EN MATIÈRE COMMERCIALE

Le droit commercial, du moins à l'intérieur de deux grands systèmes juridiques modernes, régimes de droit civil et de *common law*, jouit d'un statut particulier. La prescription, par exemple, déroge au droit commun et il en est de même du régime de preuve. Autant en France, après l'*Ordonnance de Moulins*, qu'en Angleterre, après la proclamation du *Statute of Frauds*⁷⁸, les marchands continuèrent à préconiser le régime de la preuve libre. Le Québec, de par son régime particulier de preuve, n'aura pas échappé à cette évolution. Son droit de la preuve est emprunté, de façon globale, au droit français. Alors que l'article 1233 du *Code civil* affirme que la preuve testimoniale est permise en matière commerciale, l'article 1235 du *Code civil* édicte qu'aucune action ou exception n'est recevable sans un écrit signé de la main du débiteur, lorsque la valeur dont il est question, excède trois cents dollars.

L'article 1235 du *Code civil* tire son origine du *Statute of Frauds* anglais qui fut complété par le *Lord Tenterden's Act*⁷⁹.

À la suite de la cession du Canada à l'Angleterre, le droit anglais s'appliqua chez nous par le biais de l'ordonnance de Carleton en 1777. Les codificateurs du *Code civil* ne firent qu'incorporer le droit de la preuve s'appliquant alors⁸⁰.

Bien que controversé et critiqué, l'arrêt *Leroux v. Brown*, de la cour des *Common Pleas* en Angleterre, venait affirmer, en 1852⁸¹, que le *Statute of Frauds* devait être envisagé sous un aspect procédural devant une cour anglaise. En effet, d'après la

78 Promulgué en 1676, par.29. Charles II, Chapitre 3: Acte pour prévenir les fraudes et les parjures.

79 Le *Lord Tenterden's Act* fut promulgué en 1828 par 9 Geo. IV, chapitre 14. Il ne fut déclaré applicable, en définitive, chez nous, que par 10-11 Vict., ch.11.

80 NADEAU et DUCHARME, *op. cit.*, no 506, p. 405.

81 (1852) 138 E.R. 1119 et sq.

cour, le *Statute of Frauds* devait être appliqué de telle sorte que le moyen de droit (*the remedy*) ne pouvait être mis en application à moins que le demandeur ne produisit un écrit constatant la convention. Cependant, l'obligation restait toujours valablement formée. Le Statut s'attachant au moyen de droit, il fallait alors lui donner une portée procédurale. Comme la procédure est régie par la *lex fori*, l'application du *Statute of Frauds* devait être laissée à la *lex fori*.

À cause de l'origine de l'article 1235 du *Code civil*, quelle règle de conflit devons-nous adopter en matière commerciale? Y a-t-il lieu de faire appel à une règle de conflit différente de celle employée en matière civile? À quel régime juridique devons-nous nous en remettre pour connaître les moyens de preuve admissibles à décider du litige? Supposons, par exemple, un commerçant québécois qui contracte avec un ressortissant de l'Ontario, également commerçant; à la suite d'une faute dans l'exécution du contrat, le québécois souffre un préjudice et réclame une compensation du défendeur ontarien, devant un tribunal québécois. À quel régime juridique le juge s'en remettra-t-il pour connaître les moyens de preuve admissibles afin de rendre justice?

Notre droit interne est muet à ce sujet. La jurisprudence québécoise ne fait pas état d'un problème semblable mis à part l'arrêt *John Morrow Screw and Nut Co. v. Francis Hankin*⁸². Même si cet arrêt traite indirectement du problème, M. le juge Mignault propose une solution; cependant il n'exprime son opinion qu'en *obiter dictum*:

"Perhaps I might add that, as the question came before the Superior Court, art. 1235 C.c. would have stood clearly in way of the respondent had he not produced a writing sufficient under the terms of that article, to prove the contract alleged by him, I do not care to lay down any general rule on the question whether the proof of a foreign contract is, as a matter of procedure, governed by the *lex fori*, or by the *lex loci contractus*. But I do think that such a provision as article 1235 is one on which a Quebec court must follow when it is sought to make evidence of any of the matters mentioned by it, quite irrespective of the locality where the contract, warranty, promise or acknowledgement was made. In this sense, and I do not wish to be understood as otherwise dealing with the subject of conflict of laws, the *lex fori* prevails over the *lex loci contractus*"⁸³.

82 (1918) 58 R.C.S. 74.

83 *Ibid.*, p. 94.

Le savant juge opte donc pour un rattachement à la *lex fori* quand il s'agit d'appliquer l'article 1235 du *Code civil*. Il semble interpréter cet article comme une disposition impérative assimilable, dans ses effets, à une disposition d'ordre public interne. Il suit ainsi la position mise de l'avant par l'arrêt *Leroux v. Brown*⁸⁴.

Du côté de la doctrine, l'on constate que quelques auteurs seulement ont abordé le sujet et malheureusement, ils ne s'entendent pas sur la solution à apporter. Lafleur⁸⁵ opte pour un rattachement à la *lex loci contractus* pour admettre les modes de preuve en matière civile et pour un rattachement à la *lex fori* en matière commerciale. De son côté, Johnson⁸⁶ opte pour un rattachement à la *lex loci contractus* autant en matière commerciale que civile. Nous préférons la solution proposée par Johnson, sans cependant souscrire au cheminement qu'il a pris pour y arriver.

Il serait simple d'adopter la solution de Lafleur. Celui-ci s'appuie alors sur une qualification procédurale de l'article 1235 du *Code civil*. Et nous suivrions en cela l'opinion émise par M. le juge Mignault dans l'arrêt *John Morrow Screw and Nut Co. v. Francis Hankin* cité plus haut. Mais cette solution n'est pas souhaitable car elle oblige le juge à qualifier préalablement pour savoir s'il s'agit d'une matière civile ou commerciale et à appliquer, le cas échéant, dans un même domaine du droit, - la preuve - des règles de conflit différentes.

Selon nous, l'approche qu'il faut retenir est la suivante: la règle énoncée à l'article 1235 du *Code civil* porte-t-elle sur le droit procédural ou sur le droit substantiel? Si elle porte sur le droit procédural, il faut alors appliquer la règle de conflit pertinente, c'est-à-dire la *lex fori*. Par contre, si elle porte sur le droit substantiel, elle est comme toute autre règle de droit interne et ne sera applicable en droit international privé que si la *lex causae* réfère au droit local.

Pour arriver à une conclusion, nous devons qualifier l'article 1235 du *Code civil*. Or la qualification relève strictement de la *lex fori*.

84 (1852) 138 E.R., 1119 et sq.

85 LAFLEUR, *op. cit.*, pp.218-219.

86 JOHNSON, *op. cit.*, pp..883-886.

L'article 1235 du *Code civil* est la version française du *Statute of Frauds* anglais. Bien que le *Statute of Frauds* se soit vu reconnaître une portée procédurale, et l'arrêt *Leroux v. Brown*⁸⁷ est clair là-dessus, il demeure que nos codificateurs l'ont incorporé à notre droit, parmi nos règles de preuve, plus particulièrement dans les sections qui concernent les modes de preuve: preuve littérale, preuve testimoniale, présomptions et aveu. À partir de ce moment, l'article 1235 est devenu une partie de l'ensemble de nos règles de preuve fondamentales.

En raisonnant ainsi, il apparaît alors que les dispositions contenues à l'article 1235 du *Code civil* se sont vu consacrer une portée substantive et qu'il faut leur appliquer la règle de conflit qui régit les dispositions substantives du droit de la preuve, soit la *lex causae*. N'oublions pas que la qualification relève de la compétence du for et que l'emprunt de la règle -1235 C.c. - du droit anglais n'oblige pas le juge québécois à prendre la qualification anglaise. Bien au contraire, l'insertion de l'article 1235 parmi nos règles de preuve fondamentale favorise une qualification différente.

Le juge n'a donc pas à s'interroger pour qualifier préalablement la matière qui a donné naissance au litige. En effet, autant en matière civile qu'en matière commerciale, nous remettons à la *lex causae* la compétence pour déterminer les modes de preuve admissibles pour décider d'un litige.

CONCLUSION

Au cours de cette étude, nous avons retenu quelques solutions en matière de preuve. Malgré l'ancienneté de certaines solutions, nous nous sommes efforcés de démontrer que ces solutions sont toujours actuelles et surtout qu'elles répondent aux critères que l'on exige d'elles. Il a fallu, rappelons-le, scinder le droit de la preuve en cinq points:

a) *le fardeau de la preuve* qui comprend l'objet de la preuve et la charge de la preuve. Nous nous rallions au consensus des auteurs à l'effet que le fardeau de la preuve doit être régi par la *lex causae*. Il en est de même pour les présomptions de droit malgré quelques exceptions, notamment en cas d'intervention de l'ordre public.

⁸⁷ Cf. *supra* note 87.

b) *l'admissibilité des moyens de preuve* qui n'emporte toutefois ni le consensus des auteurs ni celui de la jurisprudence. Nous référant à l'ancien droit français qui n'est pas abrogé en ce domaine, nous croyons qu'il faut nous en remettre à la *lex causae*.

c) *la force probante des moyens de preuve* qui ne doit pas être confondue avec l'admissibilité de ces mêmes moyens. Pour les preuves écrites (pré-constituées), il faut attribuer la compétence à la *lex causae*. Pour les preuves orales, la *lex fori* peut seule en apprécier la valeur probante.

d) *l'administration des procédés de preuve* qui, par sa parenté avec la procédure, doit être régie par la *lex fori*. Ce principe est accepté par tous les auteurs malgré quelques dissensions lors de l'application du principe.

e) *l'admissibilité des moyens de preuve en matière commerciale* qui ne fait pas exception à son pendant civil malgré une particularité due au fait de l'implantation d'une règle de droit anglais dans notre code civil.

Ces solutions québécoises diffèrent de celles que l'on trouve en droit anglais et en droit anglo-canadien.

En effet, en droit anglais, Halsbury énonce que les règles de preuve se rattachent aux règles procédurales⁸⁹. Cette qualification amène les cours de justice à faire régir les règles de preuve par la *lex fori*⁹². Le principe applicable relativement à l'admissibilité des moyens de preuve est à l'effet que la preuve que l'on se propose d'utiliser, doit être admissible aux yeux de la *lex fori*⁹⁰. L'arrêt célèbre *Leroux v. Brown*, contesté et critiqué notamment par Dicey et Cheshire, est toujours la règle quand il s'agit de déterminer si un écrit est nécessaire ou non pour faire la preuve d'une situation⁹¹. C'est la *lex fori* qui est généralement employée pour régir le fardeau de la preuve; cependant, les présomptions *juris et de jure* doivent être puisées dans la loi qui régit le fond du droit⁹².

88 *Halsbury's Laws of England*, 3e éd., London, Butterworth and Co. Ltd, 1954, vol. 7, p. 175, no 312.

89 *Bain v. Whitehaven and Furness Ry Co.* (1850) 10 E.R. 1.

90 *Bristow v. Sequeville* (1850) 155 E.R. 118.

91 *Leroux v. Brown* (1852) 138 E.R., 1119.

92 *In re Cohn* (1945), Chancey Div., 5.

Le droit anglo-canadien suit, de façon générale, les solutions proposées par le droit anglais. Mais dans le système américain, l'on remarque des hésitations face à ce régime. Malgré la position quasi-traditionnelle du droit américain, position traduite par le *Restatement of Law (Second)*⁹³, l'on assiste à quelques changements depuis une certaine opinion exprimée par la doctrine⁹⁴. Les cours de justice ont tendance à qualifier certaines parties du droit de la preuve de substantielles par rapport à la qualification traditionnelle de procédurales, semble-t-il. Cette qualification justifie alors un rattachement autre qu'à la *lex fori*.

Devant le silence de la loi, et le peu de décisions jurisprudentielles en cette matière, il reste à souhaiter que le législateur québécois adopte des dispositions précises assurant aux justiciables des règles de conflit claires en matière de preuve leur évitant ainsi toute surprise en cas de litige soumis au tribunal québécois.

Comme nous nous sommes efforcés de le démontrer au cours de ces quelques lignes, il sera impossible au législateur d'atteindre ce but à moins qu'il n'établisse des règles consacrant le rattachement des règles de preuve à la *lex causae*, soit la loi qui régit le fond du litige.

93 *op. cit.*, Sections 133-134, 137-138.

94 E. LORENZE, *The Statute of Frauds and the Conflict of Laws*, (1923) 32, *Yale Law Journal*, pp. 311-338; McCLINTOCK, *Distinguishing Substance and Procedure in Conflict of Laws*, (1930) 78, *U. of PA. L. Rev.*, p. 933.