Document generated on 07/05/2025 10:50 p.m.

Les Cahiers de droit

Méthodologie conflictuelle et protection de l'incapable étranger

H. Patrick Glenn

Volume 26, Number 4, 1985

URI: https://id.erudit.org/iderudit/042701ar
DOI: https://doi.org/10.7202/042701ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this note

Glenn, H. P. (1985). Méthodologie conflictuelle et protection de l'incapable étranger. *Les Cahiers de droit*, *26*(4), 1031–1044. https://doi.org/10.7202/042701ar

Article abstract

The question of the law applicable to the protection of incapable foreign domiciliaries has generated much controversy in private international law. Arguments have favoured application either of the law of the foreign domicile or of the local law, yet neither solution has been consistently adopted. The author is of the view that such controversy amongst proponents of competing yet justifiable solutions is immanent in law and that both solutions must be seen as representing the private international law of incapable persons. He therefore argues in favour of a disjunctive reference of such questions to one or the other of the two laws in conflict, depending on which best serves the objective of protection of the incapable. Such a solution is incompatible with the unilateral application of the law of the forum, and notions of governmental interest or laws of « immediate application » are therefore inapplicable.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1985

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Note

Méthodologie conflictuelle et protection de l'incapable étranger

H. Patrick GLENN *

The question of the law applicable to the protection of incapable foreign domiciliaries has generated much controversy in private international law. Arguments have favoured application either of the law of the foreign domicile or of the local law, yet neither solution has been consistently adopted. The author is of the view that such controversy amongst proponents of competing yet justifiable solutions is immanent in law and that both solutions must be seen as representing the private international law of incapable persons. He therefore argues in favour of a disjunctive reference of such questions to one or the other of the two laws in conflict, depending on which best serves the objective of protection of the incapable. Such a solution is incompatible with the unilateral application of the law of the forum, and notions of governmental interest or laws of « immediate application » are therefore inapplicable.

Pages

Introduction 1032

1. Le rattachement disjonctif de la protection de l'incapable 1035
1.1. L'exclusivité de l'article 348a du Code civil 1036
1.2. Quand est-ce que la loi étrangère ne pourvoit pas à la représentation de l'incapable ? 1037
1.3. Le juge doit-il faire application de la loi locale dans toutes les circonstances où la loi du domicile ne prévoit pas de représentant ? 1038
1.4. L'intérêt de l'incapable 1039

2. L'application unilatérale des règles de protection étatique du for 1040

Conclusion 1044

* Professeur, Faculté de droit, Université McGill.

Les Cahiers de Droit, vol. 26, nº 4, décembre 1985, p. 1031-1044
(1985) 26 *Les Cahiers de Droit* 1031

Introduction

L'ancien droit français, reçu en Nouvelle-France [1], n'a jamais résolu de façon systématique la question de la loi applicable à la protection de l'incapable domicilié à l'étranger [2]. De la contradiction fameuse de d'Argentré [3] jusqu'à la fin du 18e siècle, doctrine et jurisprudence furent marquées d'une ambivalence constante, et on admet aujourd'hui que seules des *tendances* sont évidentes, dont la plus récente, précédant en France le rattachement de la capacité à la loi nationale au XIXe siècle, favorisait la loi du domicile aux dépens de la loi réelle [4]. Cette ambiguïté de l'ancien droit ne peut pas être attribuée simplement à la méthodologie de la théorie des statuts de l'époque, qui refusait la formulation de règles précises de rattachement en faveur d'une simple méthode de recherche de l'application dans l'espace des lois en conflit [5]. Car si la méthode statutaire, en refusant l'existence de règles fixes de rattachement, fut inévitablement plus souple qu'un système de caractère Savignien, rien n'empêchait les juristes de l'époque de s'accorder sur l'application dans l'espace d'une certaine catégorie de règles, telles que celles qui protègent l'incapable. Or, il n'en fut rien, et pendant des siècles l'ancien droit a toléré des différentes fondamentales sur l'un des plus importants sujets de tout le domaine du droit international privé. Cette tolérance de l'ambiguïté, qui devient elle-même une source et un aliment de controverses [6], peut elle-même être expliquée, soit par une notion toute-puissante de discrétion judiciaire, parfois même arbitraire dans son exercice,

---

1. Pour le droit international privé voir E. GROFFIER, *Précis de droit international privé québécois*, 3e éd., Montréal, Yvon Blais, 1984, p. 7, 8.
2. Voir H. BATIFFOL, *La capacité civile des étrangers en France : Influence de la loi française*, Paris, Sirey, 1929, p. 12-52, avec les références ; *id.*, *La loi personnelle*, Paris, Association des Hautes Études Internationales, 1966-1967, p. 222 ; H. P. GLENN, *La capacité de la personne en droit international privé français et anglais*, Paris, Dalloz, 1975, p. 10-14, 70, 71 ; Y. LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris, Dalloz, 1976, p. 24-33 ; W.S. JOHNSON, *Conflict of Laws*, 2e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1962, p. 143 ; J.-G. CASTEL, *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 8-10.
3. D'Argentré prônait, au numéro huit de sa glose sur les coutumes de la Bretagne, l'application du statut réel à la capacité du mineur d'aliéner un immeuble hors de son domicile, mais s'est contredit au numéro quarante-cinq en optant pour le statut personnel. Voir H. BATIFFOL, *La capacité civile, supra*, note 2, p. 32, 33.
4. Y. LEQUETTE, *supra*, note 2, p. 32. Pour les exceptions importantes au rattachement en droit international privé français contemporain voir, cependant, H.P. GLENN, *supra*, note 2, p. 87-133 ; B. DUTOIT, « La protection des incapables majeurs en droit international privé », 1967 *Revue critique* 465, p. 486-488.
5. Voir H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, 7e éd., t. I, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981, p. 16-17.
6. Pour la notion de la controverse comme constante dans le droit, voir C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985, aux nos 9, 21 « il est

soit par la formulation de critères plus explicites de décision, qui étaient présents dans le droit de l'époque mais masqués par leur formulation insuffisamment nuancée.

En Nouvelle-France on retrouve la même tension entre statut personnel et statut réel en matière de protection de l'incapable. Si le principe de l'application du statut personnel n'admettait pas de doute dans une colonie soumise à l'administration directe du pouvoir royal français [7], son application ne se révélait guère satisfaisante. Ainsi Louis XV, dans sa Déclaration du 15 décembre 1721, consacrée entièrement au problème de la protection du mineur ayant des intérêts à la fois dans les colonies américaines et dans la métropole, conclut que la règle de l'application du statut personnel « peut être sujette à de grands inconvénients [...] parce qu'il est presque impossible qu'un tuteur établi en France, puisse veiller exactement à l'administration des biens que les mineurs ont dans l'Amérique, et réciproquement... »[8] Il a ainsi instauré un régime complexe de tuteurs multiples, amendé subséquemment pour devenir encore plus complexe[9] dans le but d'éviter que « l'une ou l'autre partie du patrimoine des mineurs [soit] négligée ou confiée par le tuteur à des mains peu sûres, qui abusent de son absence pour dissiper un bien dont il est fort difficile au tuteur de se faire rendre un compte fidèle... »[10] Ainsi fut instauré en Nouvelle-France un système de rattachement disjonctif, qui admettait l'application selon le cas de l'une ou de l'autre de deux lois différentes pour assurer la protection de l'incapable, dans le but explicite du législateur d'éviter que les intérêts de l'incapable ne soient lésés. L'intérêt principal de ce phénomène se trouve dans le fait qu'une politique législative peut fort bien être, aussi, un critère décisionnel du juge, mis en œuvre à travers l'appréciation souveraine des faits et par l'appel, selon les besoins du cas, à l'un ou l'autre des éléments de controverse enracinés dans le droit, les sources de droit favorisant le statut personnel ou le statut réel.

---

notable que beaucoup de discussions doctrinales apparemment fondamentales se soient interrompues sans avoir vu la victoire d'aucune des thèses en présence et sans que la question demeurant posée ne gêne l'activité juridique quotidienne. », 93 « La controverse ne relève donc pas de la pathologie d'une science imparfaite, mais de la nature même de son objet et de ses exigences épistémologiques et philosophiques. La controverse systématique est, d'ailleurs, la seule démarche qui permette, à la science juridique, de contribuer efficacement à l'amélioration du droit. »

7. Pour l'importance du statut personnel comme instrument de lutte contre le particularisme territorialiste en France, voir H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *supra*, note 5, nos 14–18.
8. « Déclaration du Roi au sujet des Tuteurs », 15 décembre 1721, *Édits, Ordonnances Royaux, Déclarations et Arrêts du Conseil d'État du Roi concernant le Canada*, 1854, Québec, E.R. Fréchette, p. 438-439.
9. Voir les Déclarations du 1er octobre 1741, *id.*, p. 557, et du 1er février 1943, *id.*, p. 563.
10. *Id.*, p. 439.

Depuis la promulgation du Code civil en 1866, deux caractéristiques du droit québécois en matière de protection des incapables sont évidentes. D'abord, au niveau international, la tension entre statut personnel et statut réel persiste. Ainsi au principe du rattachement de la protection de l'incapable à la loi du domicile en vertu de l'article 6, al. 4 du Code civil [11], est venue s'ajouter l'exception, à laquelle nous reviendrons, de l'article 348a du Code civil, permettant en certains cas la nomination d'un tuteur local à un incapable domicilié à l'étranger. La jurisprudence dans son ensemble est partagée entre l'application, en tant que solution de principe, de la *lex domicili* et l'application, exceptionnelle, de la loi locale [12]. Deuxièmement, en droit interne et comme manifestation québécoise d'un phénomène qui dépasse les frontières, le déclin des liens familiaux a abouti à une intervention plus vigoureuse de l'État en matière de protection de l'incapable, notamment à l'égard des mineurs [13]. Les services publics de l'État sont donc massivement présents dans le domaine, et leur intervention ne dépend pas des règles du Code civil, mais de *leges speciales* qui délimitent la compétence et les critères d'intervention des autorités administratives [14]. À la tension traditionnelle entre statut personnel et statut réel sur le plan international s'ajoute donc un autre élément de controverse, le « vieux dogme » [15] de la territorialité des règles du droit public délimitant la compétence de l'exécutif. Pour analyser la situation contemporaine, nous examinerons donc successivement le fonctionnement des règles traditionnelles dans le domaine, qui se traduisent

11. J.-G. CASTEL, *supra*, note 2, p. 313.

12. Pour la jurisprudence voir W.S. JOHNSON, *supra*, note 2, p. 144–160; J.-G. CASTEL, *supra*, note 2, p. 314–319. Dans l'affaire *Coslett v. Germain*, [1949] B.R. 521, M. le juge Galipeau a pu ainsi remarquer, à la p. 528, que « la jurisprudence, sur ce point, est absolument incertaine. »

13. Voir E. DELEURY et M. RIVET, « La protection de l'enfant en droit comparé », (1980) 21 *C. de D.* 87; E. DELEURY, « Le projet de loi nº 106 et les droits de la personnalité: perspective et analyse prospective », (1984) 25 *C. de D.* 698.

14. Par exemple, la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1; la *Loi sur la protection du malade mental*, L.R.Q., c. P-41, la *Loi sur la curatelle publique*, L.R.Q., c. C-80. Sur la *Loi sur la protection de la jeunesse* voir E. DELEURY et M. RIVET, « La protection sociale et judiciaire de la jeunesse, premier pas vers une réforme globale du droit de la famille », (1978) 19 *C. de D.* 507 et « La protection de l'enfant en droit social québécois », (1978-79) 9 *R.D.U.S.* 16.

15. L'expression est de M. Zweigert, qui conclut que le principe « n'est certainement plus valable, si tant est qu'il l'ait jamais été. » K. ZWEIGERT, « Droit international privé et droit public », 1965 *Revue critique* 645, p. 646. Voir aussi H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *supra*, note 5, nºs 245–248, qui nous disent que « l'affirmation, maintes fois avancée, que les lois de droit public étrangères seraient sans application hors de leur territoire n'est donc pas exacte. Et l'interpénétration croissante du droit privé et du droit public a même conduit à mettre en doute toute distinction à cet égard. »

par (1.) Le rattachement disjonctif de la protection de l'incapable, et ensuite, dans une deuxième partie (2.), l'application unilatérale des règles de protection étatique du for.

1. Le rattachement disjonctif de la protection de l'incapable

Le professeur Castel déclare, fort justement, qu'« en principe, la protection des incapables fait partie du statut personnel car elle s'exerce exclusivement dans leur intérêt. »[16] De ce texte instructif nous retiendrons trois éléments distincts : d'abord, que le rattachement en faveur du statut personnel est un rattachement de *principe*, ce qui n'exclut pas des exceptions ; deuxièmement, que le critère de choix qui mène à ce rattachement est l'intérêt de l'incapable ; et troisièmement, qu'au niveau des intérêts en cause, il n'y en a pas qui s'opposent à celui de l'incapable dans l'administration du régime de protection. Ainsi la formulation et la justification de la règle principale dans le domaine sont suffisamment nuancées pour suggérer à la fois l'existence d'un rattachement disjonctif (une règle de rattachement, une règle d'exception) et un critère pour la mise en œuvre d'un tel rattachement. L'intérêt de l'incapable, seul en cause, commanderait *en principe* l'application du statut personnel, mais au cas où le statut personnel ne répondrait pas à ce besoin, ce même intérêt commanderait un rattachement différent. C'est ce que la jurisprudence, avant 1928, a reconnu dans son ensemble[17] et c'est ce que l'article 348a du Code civil, promulgué en 1928[18], a explicitement reconnu.

L'article 348a, il faut le noter, est permissif dans son langage et non pas impératif. Il dispose :

> Lorsqu'un incapable domicilié hors de la province possède des biens ou a des droits à exercer dans la province et que la loi de son domicile ne pourvoit pas à ce qu'il ait un représentant quant à ses biens ou à ses droits, il peut lui être nommé un curateur aux biens pour le représenter dans tous les cas où un tuteur ou un curateur peut représenter un mineur ou un incapable d'après les lois de cette province...

Conçu dans le but irréaliste de « mettre fin à l'hésitation de la jurisprudence »[19] dans le domaine, l'article consacre définitivement le caractère

16. J.-G. CASTEL, *supra*, note 2. La formule se rapproche de celle des Institutes, I, XIII, 1 « *ad tuendum eum qui per aetatem se ipse defendere nequit...* », et de celui de l'article 191 du projet de loi 20, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens* (1re lecture), Assemblée nationale du Québec, 5e session, 32e législature.
17. *Supra*, note 12.
18. L.Q. 1928, c. 84, a. 1.
19. J.-G. CASTEL, *supra*, note 2, p. 317.

disjonctif du rattachement de la protection de l'incapable. Il ouvre explicitement la possibilité de faire application de la loi locale, mais laisse sans réponse trois questions évidentes, c'est-à-dire :

1. Les circonstances où le juge doit appliquer la loi locale sont-elles codifiées de façon exclusive dans l'article 348a, ou y a-t-il d'autres circonstances qui permettent d'écarter l'application de la loi personnelle ?
2. Quand peut-on conclure que la *lex domicili* « ne pourvoit pas à ce qu'il ait un représentant », étant donné la possibilité qu'un régime étranger permette la nomination d'un représentant mais qu'il n'y a pas eu de nomination dans la cause, et la difficulté de savoir si un régime étranger s'applique extraterritorialement aux biens ou aux créances situés au Québec ?
3. Si le juge peut ainsi faire application de la loi locale, *doit*-il le faire dans toutes les circonstances où la loi du domicile ne prévoit pas de représentant ?

Nous essayerons de donner quelques éléments de réponse à ces trois questions.

1.1. L'exclusivité de l'article 348a du Code civil

Puisque le rattachement de la protection de l'incapable à la loi personnelle et le rattachement exceptionnel de cette même protection à la loi locale sont dictés tous les deux par le but de protéger le mieux possible les intérêts de l'incapable, il est peu probable que l'article sera unanimement considéré comme une codification exclusive des circonstances d'application de la loi locale. Car même où la loi personnelle pourvoit à un régime de protection, il y aura des cas où la mise en œuvre d'un régime étranger se révélera difficile ou lente et ainsi inadéquate pour répondre aux besoins de l'incapable. La jurisprudence d'avant 1928 en est le témoignage, et l'article 348a peut ainsi être vu comme l'exemple le plus évident des cas où il faut agir selon la loi locale. Il n'y aura donc pas d'accord sur l'exclusivité de l'article 348a. C'est la conclusion principale qu'il faut retenir de l'arrêt *Coslett v. Germain* [20] où les membres de la Cour d'appel se sont divisés sur cette question précise. Trois membres de la Cour n'auraient pas reconnu la nomination locale d'un tuteur à un mineur domicilié à l'étranger, en l'absence de toute preuve du droit étranger. L'existence de l'article 348a nécessiterait la preuve formelle que ses conditions sont satisfaites avant que la nomination d'un tuteur local devienne possible. Deux autres membres de

20. *Supra*, note 12.

la même Cour, cependant, auraient permis que le tuteur local représente l'incapable étranger, car l'article 348a n'aurait « affecté en rien les principes et la législation qui ont guidé avant son introduction au Code lors de la nomination d'un tuteur. »[21] La controverse persiste ; l'introduction de l'article 348a la tourne en débat sur la portée de l'introduction d'un tel article. Le juge individuel voit la possibilité d'appliquer la loi locale plus ouvertement reconnue ; il garde un pouvoir de décision inévitable sur les circonstances qui le justifient.[22]

1.2. Quand est-ce que la loi étrangère ne pourvoit pas à la représentation de l'incapable ?

Il est fort possible qu'un régime étranger de protection permette la nomination d'un représentant mais qu'il n'y en ait pas eu dans l'espèce, ou que la nomination d'un représentant soit restreinte à certains pouvoirs seulement. Il est possible aussi qu'un représentant étranger ait été nommé, mais que des doutes surgissent quant à l'étendue territoriale de ses pouvoirs. La doctrine et la jurisprudence québécoises ont eu à répondre à ces questions, qui ont été provoquées par l'introduction de l'article 348a. Quant à la première question, MM. Johnson et Castel limiteraient l'application de l'article 348a au cas où, selon le texte de la loi étrangère, il est impossible qu'il y ait un représentant de l'incapable, ou un représentant capable d'effectuer les actes juridiques voulus[23]. Au cas d'un simple « défaut de la part de l'incapable de se prévaloir de la protection organisée par la loi de son domicile », il n'y aurait pas lieu d'avoir recours à un moyen de protection locale[24]. Il est évident que la controverse continuera sur cette question, car il est difficile de voir comment on peut critiquer un incapable pour un « défaut... de se prévaloir de la protection organisée par la loi de son domicile » quand l'incapable est, par définition, un individu ne possédant pas les moyens de se prévaloir des possibilités offertes par la loi. Ainsi une interprétation plus large de l'article 348a offre au juge la possibilité de faire appel à un moyen local de protection dans chaque cas où la loi étrangère ou *sa mise en application dans l'espèce* ne permettent pas de faire appel à un représentant étranger. Le critère pour trancher cette question d'interprétation ne se trouve pas dans le texte même de l'article 348a.

---

21. *Supra*, note 12, à la p. 531.
22. Sur le pouvoir décisionnel du juge, voir en général H.P. GLENN, « La responsabilité des juges », (1983) 28 *R. de D. McGill* 228, p. 249-261.
23. W.S. JOHNSON, *supra*, note 2, p. 151 ; J.-G. CASTEL, *supra*, note 2, p. 318.
24. J.-G. CASTEL, *supra*, note 2, p. 318.

Il en est de même en ce qui concerne le pouvoir extraterritorial du représentant étranger. Ainsi dans l'affaire récente de *Hunebord*[25], la Cour supérieure fut saisie d'une requête pour la nomination d'un expert local dans le cadre d'une demande pour obtenir l'autorisation de vendre un immeuble situé au Québec mais qui appartenait en partie aux mineurs domiciliés dans l'État de New York. Après avoir cité les articles 6 et 348a du Code civil, (règle de principe, règle d'exception), la Cour a conclu sur la foi de deux lettres d'opinion de juristes new-yorkais que la loi new-yorkaise (il est à noter que la formulation de la Cour n'est pas celle de l'article 348a) « ne pourvoit pas à la nomination d'un tuteur ou curateur à des mineurs pour l'administration des biens appartenant à ces mineurs mais qui sont situés en dehors de l'État de New York. » Ainsi la Cour a décidé de ne pas considérer simplement la possibilité juridique qu'un représentant soit nommé selon la loi new-yorkaise, mais aussi d'analyser la portée territoriale d'une telle nomination selon la loi new-yorkaise. Une telle démarche, qui n'est pas exigée explicitement par l'article 348a, s'apparente à la notion de renvoi, car la référence à la loi étrangère n'est pas limitée exclusivement au droit interne étranger, mais comprend aussi les règles étrangères sur l'application de ce droit dans l'espace. Ayant adopté une telle référence large à la loi new-yorkaise, la Cour en est venue à sa deuxième décision importante à l'effet que l'inhabilité territoriale d'un représentant new-yorkais d'agir en dehors de New York ouvre la voie à la nomination d'un expert local en vertu de l'article 348a. « Il y a donc lieu d'appliquer l'article », affirme la Cour, sans nous dire explicitement pourquoi on décide qu'un représentant territorialement limité est l'équivalent de l'absence d'un représentant. Il est pourtant évident qu'une décision dans le sens contraire aurait laissé les mineurs étrangers sans régime de protection efficace quant à leurs immeubles situés au Québec.

1.3. Le juge doit-il faire application de la loi locale dans toutes les circonstances où la loi du domicile ne prévoit pas de représentant ?

À notre connaissance, cette question n'a jamais reçu de réponse en droit positif québécois. Elle se pose quand même, car il est évident qu'il y a des circonstances où la loi personnelle étrangère n'est pas simplement déficiente, mais rejette explicitement la possibilité de soumettre un individu donné à un régime de protection. Un cas semblable s'est déjà présenté en droit français, et les tribunaux français ont refusé de faire intervenir le droit français pour protéger un prodigue étranger, la loi personnelle de l'individu (la loi

25. C.S. TERREBONNE (St-Jérôme), nº 700-14-000011-839, 15 septembre 1983, J.E. 83-997.

anglaise) refusant la protection juridique aux prodigues [26]. Ainsi il est possible qu'un étranger dont la loi personnelle ne pourvoit pas à un représentant mais qui présente un certain besoin de protection, ne se trouve pas dans une situation où la nomination d'un tuteur ou curateur local se justifie. Le texte simplement permissif de l'article 348a se confirme, et les tribunaux du Québec doivent dans tous les cas décider, même si les conditions de l'article 348a sont satisfaites, si l'usage d'un moyen local de protection se justifie.

1.4. L'intérêt de l'incapable

Ainsi le rattachement disjonctif effectué par les articles 6 et 348a du Code civil ne résout pas toutes les questions qui se posent. Pour déterminer le sens et la portée de chaque article, il faut constamment recourir à un autre critère de décision. Pour nous, ce critère se trouve toujours dans la justification du rattachement disjonctif lui-même, l'intérêt de l'incapable, qui joue ainsi un rôle de deuxième ordre en permettant la résolution d'un conflit de règles de conflits de lois. Le caractère exclusif ou non de l'article 348a, l'interprétation de l'article 348a en ce qui concerne le droit étranger, le caractère impératif ou facultatif de l'article 348a, sont toutes des questions qui sont tranchées en fonction du besoin de protection qui se présente selon le cas devant le tribunal. L'affaire *Hunebord* en est l'exemple le plus récent et le plus frappant [27]. Le critère de l'intérêt de l'incapable n'est cependant pas illicite et ne devrait pas rester occulte dans le traitement des incapables en droit international privé. Reconnu comme critère décisionnel important dans le droit de la famille, et ailleurs dans le droit international privé (notamment en matière de garde des enfants) [28], la notion de la protection de l'incapable est explicitement reconnue dans le projet de Code civil de l'Office de révision du Code civil, qui dispose, dans l'article 18 du neuvième livre, qu'« en cas d'urgence ou d'inconvénients sérieux, la loi du for peut être appliquée, à titre provisoire, *en vue d'assurer la protection d'une personne ou de ses biens.* »[29] La notion est implicite aussi en droit français dans la cause d'éviction de la loi personnelle qui est celle de *l'urgence*. Il s'agit de l'urgence

26. Paris, 31 juillet 1985, S. 99.2.105, note Audinet ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *supra*, note 5, n° 500. On ne peut pas conclure simplement qu'il ne s'agissait pas d'un incapable en vertu du rattachement en droit français de la capacité à la loi nationale, car le droit anglais en matière de capacité renvoie à la loi gouvernant l'acte juridique en cause. Voir H.P. GLENN, *supra*, note 2, p. 152–178.
27. *Supra*, note 25.
28. Voir J.-G. CASTEL, *supra*, note 2, p. 239 ; E. GROFFIER, *supra*, note 1, p. 109.
29. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, *Projet de Code civil*, p. 599 (les soulignés sont à nous).

d'agir pour le bien-être d'un incapable et au fond c'est donc le besoin individuel de protection qui dicte la loi à être appliquée [30]. Le même critère se trouve dans la Convention de la Haye du 5 octobre 1961 [31], qui permet aux autorités de l'État sur le territoire duquel se trouvent un mineur ou des biens lui appartenant, de prendre « les mesures de protection nécessaires. »

Le droit concernant la protection de l'incapable domicilié à l'étranger se trouve donc à plusieurs niveaux. Il y a d'abord les règles nationales ou provinciales de protection, entre lesquelles il faut choisir. Il y a ensuite les règles de conflits de lois, entre lesquelles, aussi, il faut encore choisir, à cause du rattachement disjonctif de notre droit positif actuel. Il y a ensuite le critère de choix qui domine effectivement la matière, l'intérêt de l'incapable. Il y a enfin le processus de raisonnement qui nous mène à la conclusion que l'intérêt de l'incapable est seul en cause et constitue lui-même une justification pour une décision individuelle, décision qui met fin à la controverse d'autorités dans un cas précis. C'est ainsi que le processus décisionnel s'effectue, et c'est ainsi que la controverse juridique peut continuer, sans que le processus décisionnel en soit gêné [32]. Notre droit international privé dans ce domaine remplit donc son rôle. Il faut, cependant, mesurer l'impact sur ce droit de l'intervention de l'État en matière de protection de l'incapable.

2. L'application unilatérale des règles de protection étatique du for

Nous avons déjà remarqué l'accroissement des activités de l'État dans ce domaine [33], accroissement qui répond à la nécessité de fournir des moyens de protection qui ne peuvent plus être assurés par la famille ou par d'autres intervenants bénévoles. Il est à noter que les services de l'État s'appliquent à plusieurs phénomènes différents — l'enfant dont le développement est compromis, le jeune délinquant, le malade mental majeur — mais que dans tous les cas il s'agit d'un incapable, un individu qui n'est pas pleinement responsable aux yeux de la loi. La mesure de protection prise à l'égard de l'incapable se distingue ainsi de l'incarcération d'un criminel, car le criminel, qui est par définition responsable, n'a pas besoin de protection étatique ; son incarcération s'impose en vue de fournir une protection au public en général, ou pour d'autres raisons encore. Par contre, la mesure de protection de l'incapable s'impose pour que l'*incapable* soit protégé, et c'est à travers cette

30. Voir H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *supra*, note 5, nº 500; H.P. GLENN, *supra*, note 2, p. 131-133.

31. Recueil des Traités des Nations-Unies, 1969, vol. 658, p. 144. Sur la Convention, voir J.-G. CASTEL, *supra*, note 2, p. 321-331.

32. Sur cette notion de controverse, voir *supra*, note 6.

33. *Supra*, note 13.

protection accordée à l'incapable que le public pourrait aussi être protégé dans certains cas, par exemple contre le vandalisme du jeune délinquant ou l'acte regrettable du malade mental. Puisque la protection du public est une conséquence de la protection de l'incapable, ce qui ne saurait être le cas pour le criminel, l'intervention de l'État dans tous ces domaines est conditionnelle à une absence d'autres moyens de protection adéquats aux besoins de l'incapable. Autrefois, l'État intervenait moins pour protéger les incapables parce qu'il y avait un besoin moindre d'intervention ; on ne peut pas en dire autant en droit pénal.

Ces remarques, d'ordre très général, sont importantes pour deux raisons. D'abord, elles indiquent que l'intervention de l'État en matière de protection des incapables n'est pas dictée par un besoin immédiat de protéger le public. L'intervention de l'État, dans tous ces domaines, a lieu faute de mieux, faute d'un autre moyen de protection adéquate. Deuxièmement, quand l'État intervient, il n'intervient pas pour mettre en œuvre des politiques législatives d'une importance particulière pour la collectivité. C'est la meilleure forme de protection à l'individu qui prime, ce qui est indiqué par la recherche constante de meilleures formes de protection et par l'importance souvent accordée aux mesures volontaires [34]. Il est vrai que les règles juridiques mises en œuvre sont souvent vues comme des règles de droit public, parce qu'il s'agit de l'État et parce qu'il s'agit de fournir dans certains cas une mesure de protection au public. Mais l'État intervient pour protéger un individu, un sujet de droit dépourvu des moyens d'agir pour son propre compte, et tout élément de protection accordé au public est un simple reflet de la protection ainsi accordée à l'incapable lui-même.

Si l'on ne peut assimiler l'intervention de l'État en matière de protection des incapables à l'intervention de l'État en matière de droit pénal, et si la politique législative de l'État en matière de protection des incapables n'est pas empreinte d'un caractère impératif et fondamental, ces conclusions sont importantes pour l'application dans l'espace de ces règles. S'il est vrai, comme l'affirment MM. Loussouarn et Bourel [35], que les mesures de protection mises en œuvre par des organismes administratifs « sont en relation très étroite avec le droit public et le bon ordre de la société », elles ne sauraient tout de même être d'un caractère impérativement territorial. Pourtant, la fréquence de l'application de la loi locale par les autorités locales en matière de protection de l'incapable étranger a amené certains auteurs à affirmer que les règles de protection étatique sont des lois de police, s'appliquant de façon unilatérale et impérative sur le territoire du for. Ainsi M. Castel conclut que

34. Voir la *Loi sur la protection de la jeunesse, supra*, note 14, a. 54.

35. Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 1978, nº 283.

la législation québécoise sur la protection des malades mentaux s'applique à toute personne qui se trouve au Québec, la territorialité l'emportant sur la personnalité des lois [36]. En France, MM. Batiffol et Lagarde affirment que « en matière de l'assistance éducative des mineurs, il s'agit d'un service public dont l'action s'étend à tous sur le territoire »[37]. Cependant, en regardant de plus près les conclusions de ces auteurs, on s'aperçoit que leurs affirmations se nuancent. Ainsi M. Castel admet que la loi locale n'est pas exclusivement applicable à l'égard du malade mental « une fois que sa protection est organisée selon sa loi personnelle. »[38] MM. Batiffol et Lagarde constatent que les tribunaux français « ne consultent pas, *semble-t-il* la règle de conflit de lois qui donne compétence en matière personnelle à la loi nationale... »[39] et que l'internement des aliénés en vertu de la loi française suivait « si *le bon ordre voulait* que l'autorité administrative procède à cet internement. »[40]

Ainsi la loi locale qui gouverne l'autorité de l'exécutif s'applique souvent en matière de protection de l'incapable étranger. Mais on ne peut pas dire qu'elle s'applique nécessairement, à cause de son caractère de droit public. Tout dépendra de l'appréciation du juge de la situation de l'incapable et de son interprétation de la nécessité de faire intervenir la loi locale. Il s'agit d'une démarche reconnue en ce qu'il convient d'appeler le droit administratif international, où l'application du droit public du for n'est pas automatiquement applicable par le juge du for, mais dépend de l'interprétation par le juge du but social et territorial poursuivi par le législateur [41]. Les tribunaux du Québec, même si la notion du droit administratif international n'est pas très répandue, se sont déjà engagés sur cette voie [42]. Et si le droit public du

36. J.-G. CASTEL, *supra*, note 2, p. 319.

37. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *supra*, note 5, nº 501.

38. J.-G. CASTEL, *supra*, note 2, p. 319.

39. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *supra*, note 5, nº 251 (les soulignés sont à nous).

40. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *supra*, note 5, nº 501 (les soulignés sont à nous). Voir, cependant, les propos moins nuancés de J.A. TALPIS, « Legal rules which determine their own sphere of application : a proposal for their recognition in Quebec private international law », (1982-1983) 17 *R.J.T.* 201, p. 221, 224.

41. Voir *supra*, note 15 ; Y. LEQUETTE, *supra*, note 2, à la p. 304 (« le concept de droit public n'est ni nécessaire ni suffisant à caractériser l'existence d'une loi de police. »). Il y aurait aussi des contraintes d'ordre fédéral sur toute exclusivité accordée à la loi du for, mais de tels développements dépassent nos propos actuels.

42. Voir, pour l'application dans l'espace du régime d'assurance maladie du Québec, *S.B.L.* c. *Régie de l'assurance maladie du Québec*, [1975] C.S. 757 ; du régime d'assurance automobile du Québec, *Szeto* c. *Ear*, [1983] C.S. 922. Pour des exemples des provinces de common law voir *Re Goodman and Criminal Injuries Compensation Board*, (1980) 120 D.L.R. (3d) 235, (extra-territorialité de la législation manitobaine sur la compensation des victimes de crimes) ; *Re Shantz and General Manager, Ontario Health Insurance Plan*, (1983) 150 D.L.R. (3d) 504, (extra-territorialité de l'assurance hospitalière ontarienne) ; *Re B.C. Coal Ltd. and United Mine Workers of America, Local 7292*, (1984) 12 D.L.R. (4th) 243 ; *British Airways*

for ne s'applique pas nécessairement devant les tribunaux du for, la voie est ouverte à l'application des règles étrangères qui possèdent un tel caractère de droit public, notamment par la reconnaissance des pouvoirs des autorités étrangères à l'égard de l'un de leurs domiciliaires, incapable se trouvant sur le territoire du for.[43]

Une décision récente du Tribunal de la jeunesse du Québec illustre bien ces questions[44]. Il s'agissait d'un mineur vietnamien dont les parents résidaient toujours au Vietnam du Sud et dont les membres de la famille demeurant au Québec ne voulaient pas s'occuper. Devant les difficultés de l'enfant, le Tribunal fut saisi d'une demande de protection fondée sur la législation québécoise sur la protection de la jeunesse. Le Tribunal s'est déclaré compétent pour statuer sur le cas et a ordonné la suite de l'enquête pour déterminer quelles mesures prévues par la législation québécoise devraient être appliquées. Devant la situation de l'enfant et le besoin démontré de protection, on ne peut qu'approuver la décision. Cependant, certains propos du Tribunal mettent en évidence le problème méthodologique des relations entre le droit public et les règles de conflits de lois. Ainsi le Tribunal a remarqué fort justement que « il faut [...] rechercher, dans les objectifs fondamentaux poursuivis par le législateur, s'il a voulu ainsi en faire une loi de police et de sûreté et s'il a décidé que toute personne devait y être soumise. »[45] La réponse à cette question n'était pas évidente pour le Tribunal, parce qu'il s'est demandé dans quelle mesure « l'expression d'une politique législative peut s'inspirer de l'esprit de la loi », c'est-à-dire, l'esprit de la loi québécoise d'agir dans l'intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits[46]. Le Tribunal a cependant conclu que la *Loi sur la protection de la jeunesse*[47] « peut être considérée loi d'application immédiate » ou loi de police « à cause des objectifs poursuivis par le législateur. »[48] On voit encore comment il est facile de passer de l'idée du besoin de faire appliquer une loi à l'idée que la loi doit s'appliquer. Nous appuyons entièrement l'idée qu'il y avait besoin de faire appliquer la loi québécoise dans l'espèce, mais il est autre chose de conclure que la loi québécoise doit s'appliquer de façon impérative au cas de chaque mineur domicilié à l'étranger qui se trouve sur le

Board v. Worker's Compensation Board, (1983) 7 D.L.R. (4th) 706, (extra-territorialité de la législation de la Colombie britannique sur la compensation des accidents de travail).

43. En ce sens, Y. LEQUETTE, *supra*, note 2, p. 295-301.

44. T.J. Montréal, nº 500-41-000 382-815, 7 octobre 1981, [1981] T.J. 2073.

45. *Id.*, p. 2077.

46. Voir la *Loi sur la protection de la jeunesse, supra*, note 14, a. 3, (« Les décisions prises en vertu de la présente loi doivent l'être dans l'intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits. »).

47. *Supra*, note 14.

48. *Supra*, note 44, p. 2078.

territoire. La politique législative québécoise est d'agir toujours dans l'intérêt de l'incapable, et ce même critre est primordial dans l'exercice du pouvoir judiciaire dans ce domaine[49]. Ce qui est fondamental, c'est que l'intérêt de l'incapable ne sera pas toujours mieux servi par le recours à une seule loi. L'intérêt de l'incapable commande l'application de la loi qui sert le mieux ses intérêts, et la notion d'une loi de police ou d'application immédiate n'a pas la souplesse requise pour répondre à tous les besoins de l'incapable. La notion de loi de police ou d'application immédiate est extrêmement ambiguë[50]. Il serait dommage que cette ambiguïté serve à confondre une politique législative évidente et à renverser un processus conflictuel qui s'est relevé, par le moyen d'un rattachement disjonctif et souple, très efficace.

Conclusion

La méthodologie conflictuelle que l'on trouve dans les articles 6 et 348a du Code civil répond aux exigences contemporaines en matière de protection de l'incapable domicilié à l'étranger. Cette méthodologie n'est ni mécanique, ni aveugle. Elle permet un rattachement disjonctif de la protection de l'incapable à la loi qui sert le mieux l'objectif de protéger l'incapable. Partant d'un rattachement de principe au statut personnel qui représenterait un exemple classique de localisation objective, elle permet la prise en considération d'intérêts matériels et une correction du rattachement principal chaque fois que la correction se justifie. Plus le besoin de protection est immédiat, plus le rattachement lointain s'efface ; plus le besoin de protection immédiate s'éloigne, plus la loi locale peut être écartée. La notion d'une loi de police ou d'application immédiate est étrangère à ces objectifs, car le but d'une telle loi est de protéger un intérêt collectif de façon impérative, de protéger l'organisation étatique même[51]. Une seule solution s'impose, de façon impérative. Aucune juridiction, cependant, n'a le monopole sur la meilleure façon de protéger un incapable, dans un cas précis. Par contre, le rattachement disjonctif des articles 6 et 348a du Code civil permet de choisir la loi la plus adéquate à accomplir cet objectif universellement admis.

49. Voir *supra*, notre première partie.

50. Voir H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *supra*, note 5, nº 251 (« c'est une question de mesure »).

51. Voir Ph. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », 1966 *Revue critique* 1.