

Les Cahiers de droit



La capacité de la personne en droit international privé français et anglais, par Patrick Gleen, Bibliothèque de droit international privé, vol. XIX. Préface de Jean-Marc BISCHOFF, Paris, Dalloz, 1975, XV + 284 pp.

Edith Deleury

Volume 18, Number 1, 1977

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042161ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042161ar>

[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 review

Deleury, E. (1977). Review of [*La capacité de la personne en droit international privé français et anglais*, par Patrick Gleen, Bibliothèque de droit international privé, vol. XIX. Préface de Jean-Marc BISCHOFF, Paris, Dalloz, 1975, XV + 284 pp.] *Les Cahiers de droit*, 18(1), 197–202. <https://doi.org/10.7202/042161ar>

Chronique bibliographique

La capacité de la personne en droit international privé français et anglais, par Patrick Glenn. Bibliothèque de droit international privé, vol. XIX. Préface de Jean-Marc Bischoff, Paris, Dalloz, 1975, XV + 284 pp.

Il ne nous appartient pas, dans le cadre de cette chronique, de justifier de l'intérêt que présente la méthode comparative. S'il eut fallu nous en convaincre, la lecture de la thèse de M. Patrick Glenn qui est venue enrichir la bibliothèque de droit international privé n'eut pu fournir meilleur argument. En effet, si l'analyse que fait l'auteur des règles gouvernant la capacité de la personne en droit international privé français et anglais met particulièrement en relief l'opposition qui existe entre les deux systèmes, que ce soit au plan de l'analyse de la notion de capacité ou au plan des techniques juridiques propres au règlement des conflits, elle permet également de réaliser que cette opposition est parfois moins grande qu'elle ne paraît à première vue sur le plan des solutions concrètes pour déboucher sur une méthode de solution des conflits qui, issue de la synthèse des deux droits, rejoint et jette un éclairage nouveau sur la méthode générale de solution dite « sélective de résultat » préconisée par l'auteur américain David F. Cavers.

Oeuvre originale donc, mais aussi remarquable de par la finesse de l'analyse car, si la double formation, sans compter les antécédents de l'auteur permettaient déjà d'anticiper sur la qualité de l'œuvre, il reste que le terrain choisi, pour emprunter les termes utilisés par M. Bischoff dans sa préface, était extrêmement mouvant. En effet, ce sujet qui, pour des esprits non avertis, peut paraître étroit soulève en réalité une multitude de questions aussi délicates que

complexes. Aussi convient-il de souligner ici la qualité de la dialectique à la fois rigoureuse, sérieuse et subtile de l'auteur. Cette complexité tient essentiellement au caractère ambigu qui présente la notion de capacité, et c'est cette ambiguïté « qui provient à la fois du débat sur la notion de l'institution — simple condition de fond de l'acte juridique ou élément de la personnalité légale ? — mais aussi d'un emploi abusif du mot » (p. 2) qui constitue en quelque sorte le fil directeur et justifie le plan thématique adopté par l'auteur. Partant en effet de la double nature juridique de l'institution et du partage qui s'est opéré dans les deux droits au plan de l'analyse, M. Glenn a articulé sa thèse en fonction des deux rattachements possibles, traitant dans un premier point du « rôle de la loi personnelle » pour étudier dans une seconde partie « la compétence de la loi de l'acte ou du rapport juridique ».

Un plan classique donc, mais qui n'était pas sans écueil, car d'aucuns auraient pu facilement glisser vers la dichotomie, droit international privé français d'une part, droit international privé anglais d'autre part, eu égard à la compétence de principe de la loi personnelle qui prévaut dans le premier système par opposition à la loi de l'acte dans le second. Cependant la comparaison s'est toujours imposée et si elle donne lieu parfois à des répétitions ou à des renvois, l'ouvrage demeure de très grande qualité et il convient d'en rendre hommage à l'auteur.

Il est impossible, dans le cadre de ce compte-rendu, de faire état de manière exhaustive de toutes les questions soulevées par l'auteur dans le cadre de son travail. Nous nous sommes donc limités à en dégager les lignes de force, nous arrêtant parfois sur des

développements qui nous sont apparus plus pertinents.

Dans la première partie, consacrée au rôle de la loi personnelle, l'auteur analyse dans un premier titre la compétence de principe de cette même loi pour en étudier ensuite les causes d'éviction.

L'étude de la compétence de la loi personnelle implique évidemment une analyse à la fois historique et doctrinale de son fondement, ce qui permet à l'auteur de démontrer que si la divergence des solutions actuelles en France et en Angleterre tient, dans une large mesure, à des considérations d'ordre historique et notamment à la pénétration différente dans chacun des systèmes des idées de D'Argentré, elle repose aussi sur une analyse distincte empruntée à leur droit interne de la notion de capacité, reflétant par là même les conceptions fondamentales de chacun des deux droits envers l'ensemble des solutions juridiques. Car le droit français, essentiellement subjectif, voit dans la personne une « unité juridique » bien définie, qui fait l'objet d'une réglementation particulière et conçue comme un tout. « Il est peut-être normal donc que cette conception de la personne en droit interne français soit reproduite en droit international privé et que la capacité soit étroitement liée à l'état de la personne comme la simple *répercussion* de l'état sur l'exercice des droits » (p. 17). Rien de tel par contre dans le droit interne anglais, système jurisprudentiel qui ne connaît pas de « loi de la personne » à proprement parler, mais qui l'envisage plutôt à travers les actes juridiques qu'elle accomplit. Une telle conception fait de la capacité une « variable, appréciée selon l'acte juridique en cause et non une constante, un attribut permanent de la personne applicable à l'égard de toute institution juridique » (pp. 167-168). De là le rattachement de la capacité à la loi de l'acte en droit international privé anglais, rattachement sur lequel l'auteur reviendra dans la deuxième partie de son ouvrage.

De telles prémisses ne permettent guère d'envisager un rapprochement entre les deux systèmes. Et pourtant, M. Glenn réussit à

nous convaincre qu'il existe des points de rencontre dans l'application et le fonctionnement des principes qui les sous-tendent. C'est ainsi que dans un premier temps, l'auteur met en évidence l'existence d'un champs d'application commun de la loi personnelle qui recouvre principalement la capacité matrimoniale, la capacité testamentaire mobilière, la capacité de la personne morale et la protection des enfants ressortissants du for, c'est-à-dire tous les cas dans lesquels le système anglais fait appel à la loi personnelle pour régir un acte juridique (ch. II). Si donc, l'application de cette même loi semble ici inéluctable, elle ne résulte pas d'un rapprochement général entre la capacité et le statut personnel dans ce même système (p. 62).

Or, ce rapprochement qui constitue, nous l'avons vu, un des grands principes du droit français, justifie par contre du large champs de compétence reconnue à la loi personnelle en droit international privé français, ainsi que le démontre l'auteur à propos, notamment, de la capacité contractuelle et de la protection des incapables¹, matières dans lesquelles la compétence de principe de la loi personnelle ne se retrouve pas en droit international privé anglais (ch. III). Et c'est encore ce même principe qui justifie, au niveau de la mise en œuvre de la loi personnelle, la reconnaissance de plein droit dans le système français des jugements étrangers en matière de capacité et la soumission à cette même loi des règles qui gouvernent sa sanction; le droit anglais, pour sa part, se montrant hostile à ces deux idées (ch. IV).

Mais si des différences de qualification permettent d'opérer des rapprochements entre les deux systèmes. M. Glenn nous démontre également, dans le titre II de cette deuxième partie où il aborde les causes

1. Avec des réserves, car l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs a sensiblement réduit le champ de compétence de la loi personnelle en la matière.

d'éviction, qu'il existe d'autres dénominations communs.

En effet, si l'importance des causes d'éviction est plus grande en droit international privé français, où la compétence de la loi personnelle est plus large, l'auteur note cependant que des principes tels que celui de la territorialité des règles de droit public et de droit pénal, au même titre que le renvoi et l'exception d'ordre public peuvent être appliqués dans les deux systèmes en la matière, là où justement la loi personnelle constitue la compétence de principe dans les deux droits (ch. I).

Mais c'est surtout à propos de l'intervention de la notion d'ordre public que cette constatation ressort plus nettement (nos 115 à 126). Certes, le droit anglais sur le sujet apparaît extrêmement tortueux. Basé essentiellement sur la règle du *stare decisis*, on préférera dans ce système procéder par voie d'exception pour le cas particulier qu'on envisage à la règle du précédent. Mais si « l'ordre public anglais n'a guère fonctionné, du moins ouvertement, qu'en faveur des principes de justice universelle », il reste qu'on trouve dans le droit anglais « des exemples de règles positives qui ne semblent être que des applications cristallisées de l'ordre public » (p. 98). C'est le cas plus particulièrement en matière de droit de la famille, et l'auteur cite ici comme exemple l'arrêt rendu dans l'affaire *Sottomayor v. De Barros* (no. 2)², où le mariage célébré en Angleterre entre un portugais y domicilié et sa cousine germaine, elle aussi de nationalité portugaise mais domicilié au Portugal, fut jugé valable bien que contraire aux règles de la loi portugaise sur l'exogamie.

Cette décision, aujourd'hui considérée comme une exception à la règle du double domicile en matière de capacité matrimoniale, trouve en fait son fondement, sinon sa seule justification, dans la notion d'ordre public. On assiste ainsi à « une réaction semblable dans les deux systèmes », mais qui procède d'une diffé-

rence de technique (p. 108). M. Glenn souligne en outre qu'il existe actuellement une tendance chez les juges anglais à faire appel de manière plus directe à l'ordre public ainsi qu'en témoigne la décision rendue dans *In Re Langley's Settlement Trusts*,³ encore que l'emploi d'une formule telle que celle de la *discretion* judiciaire ne soit pas sans créer une impression d'incertitude (p. 105).

Inversement, et c'est ici dans le système français que s'opère le rapprochement, l'auteur relève l'attitude nouvelle des tribunaux français à s'appuyer sur des arguments d'ordre technique plutôt que de recourir à l'ordre public (p. 104). Par ailleurs, l'analyse des causes d'éviction propre à la zone de compétence de la loi personnelle particulière au système français en matière de capacité met en relief l'importance qui est attachée à l'analyse des faits. Il en est ainsi notamment pour l'ignorance excusable de la loi étrangère, la fraude à la loi et la théorie de l'urgence dont l'application ne découle pas d'une règle de rattachement, mais de l'appréciation par le juge « de tous les faits à la manière d'une décision de droit interne » (ch. II, p. 133). Cette constatation, nous le verrons, n'est pas sans importance et l'auteur y reviendra. Elle préfigure déjà dans une certaine mesure la théorie qui est avancée dans la conclusion.

C'est en regard de la compétence de la loi de l'acte que se poursuit la comparaison dans la deuxième partie. M. Glenn y oppose la compétence directe à la compétence indirecte de la loi de l'acte ou du rapport juridique, abordant ainsi le problème de la qualification et le domaine de la notion de capacité.

Dans la première partie, où il insiste davantage sur le système anglais, l'auteur étudie dans un premier temps le fondement historique et doctrinal de la compétence de la loi de l'acte. Outre les facteurs historiques qui expliquent la forte tradition territorialiste qui caractérise le système anglais, M. Glenn souligne l'influence des idées du hollandais Ulric Huber et de la publication en 1834 du

2. [1879] 5 P.D. 94.

3. [1962] 1 Ch. 541.

traité de Story sur la pensée juridique anglaise. Il note également le caractère artificiel et les difficultés engendrées par la distinction élaborée par certains auteurs entre l'état (*status*) et ses effets (*incidents*), parmi lesquels se trouve la capacité : « Comme dans l'analyse de Huber, la véritable frontière du statut personnel se trouve donc entre l'état et la capacité de la personne, et tout l'effort de la doctrine anglaise a été de justifier cette démarche face à une définition gonflée de l'état » (p. 147). De là les problèmes de qualification qui, dans le système anglais, se posent « non pas entre la capacité et l'acte, mais entre la capacité et l'état » (*Idem*). Enfin, et c'est là le lien qui conduit au rattachement de la capacité en droit international privé anglais à la loi de l'acte juridique, l'auteur met en relief l'impact exercé par le droit anglais interne pour qui la capacité s'insère traditionnellement dans le cadre de l'acte juridique (p. 148).

Compte-rendu de cette compétence de principe, on conçoit que l'auteur ait consacré son deuxième chapitre à la compétence de la loi de l'acte en droit anglais. C'est ainsi qu'il analyse successivement la capacité de faire les actes juridiques en général, la capacité en matière immobilière, la capacité des personnes morales, la capacité d'ester en justice de même que la protection des incapables et les jugements étrangers en matière de capacité. Il note à ce sujet les difficultés que soulève la détermination de cette même loi, tout en soulignant cependant les avantages de la technique qui limite au maximum le jeu des causes d'éviction. Mais c'est à propos de la capacité contractuelle que les constatations et les conclusions de l'auteur nous sont apparues plus pertinentes (nos. 172 à 188). Après avoir fait état des facteurs qui, dans le système anglais, ont mené à l'abandon en la matière de la compétence de la *lex loci actus* en faveur de la compétence directe de la loi de contrat, la *proper law*, « celle qui, objectivement, est la plus intimement liée au contrat à conclure » (p. 157), analyse qui par ailleurs évite « un dépeçage malheureux du contrat » (*idem*) M. Glenn remarque combien il est intéressant de constater comment

« de chaque côté, on renonce à faire application d'une règle inéluctable qui soumettrait la capacité à une règle précise ». Les deux solutions nécessitent, dit-il, de la part du juge, un examen détaillé des faits de l'affaire, dans le droit français pour déterminer s'il s'agit d'un cas d'ignorance excusable de la part du cocontractant, dans le droit anglais pour localiser objectivement le contrat dans le système juridique convenable ». (*Ibidem*). Ceci lui permet de conclure qu'il est impossible « de déclarer *a priori* que le système français ou le système anglais est préférable, car ils semblent tous deux avoir réussi à réduire l'élément international du problème à de justes proportions. Dans une matière où l'intérêt de la collectivité est minimal, l'application constante d'une loi particulière ne s'impose pas. La protection accordée peut donc varier selon la nature du contrat et le comportement des parties » (p. 157). Il démontre en outre, opérant aussi un autre rapprochement entre les deux systèmes, que dans certains cas, le droit français abandonne le principe du rattachement de la capacité à la loi personnelle pour admettre la compétence de la loi du rapport juridique (ch. III). Il en est ainsi toutes les fois que la personne est regardée comme un élément d'un rapport juridique préexistant. C'est le cas plus particulièrement de la capacité de la femme mariée et des incapables sous régime de puissance parentale qui, en tant qu'éléments de l'organisation familiale, sont rattachés à la loi qui gouverne les effets du mariage, encore que dans le premier cas, le rattachement prenne un caractère de plus en plus théorique.

Dans le deuxième titre consacré à la compétence indirecte de la loi de l'acte ou du rapport juridique, l'auteur, dans un premier point, examine comment les deux systèmes ont réagi aux distinctions parfois nécessaires entre capacité et conditions de fond de l'acte juridique, capacité et conditions de forme ou encore capacité et effets d'un rapport juridique préexistant, ce qui lui permet de mettre en évidence la tendance à rejeter, pour la plupart des règles en cause, la qualification *capacité*. Citons, pour exemple, la césure qui

s'est établie en droit anglais entre capacité matrimoniale et *validité essentielle du mariage* relativement à l'effet du refus obstiné de consommer le mariage, régi pour sa part par la loi du domicile matrimonial, ie la loi qui régit les effets du mariage, solution qui serait probablement identique dans le système français: ou encore, et l'on se situe alors dans le cadre de la distinction entre capacité et effets d'un rapport juridique préexistant, l'analyse, dans les deux droits, du pouvoir d'un époux d'engager le crédit de l'autre pour les besoins du ménage comme d'un rapport matrimonial soumis par conséquent, ici encore, à la loi qui régit les effets personnels du mariage et non pas à la loi personnelle de l'époux ou à la loi de l'acte, encore que l'application de la jurisprudence *Lizardi* ait largement aplanie, dans le système français, la distinction ainsi établie entre capacité et pouvoirs.

Cette même tendance se retrouve au niveau de l'analyse des problèmes de qualification propres au droit international privé français qui sont plus nombreux, compte tenu du principe général énoncé à l'article 3 alinéa 3 du Code civil (ch. II). Et l'auteur prend ici pour exemples, les règles relatives aux incapacités de jouissance, à l'existence de la personne physique, à la liberté et à la mutabilité des conventions matrimoniales de même que les règles qui gouvernent la capacité successorale, la capacité délictuelle ainsi que la capacité du failli, ce qui l'amène à constater que « la notion large de la capacité qui est celle du Code civil français... se trouve ainsi considérablement réduite sur le plan international en comparaison à ce qu'elle était il y a un demi-siècle » (p. 237).

De là à conclure à l'échec de la solution globale et personaliste du système français de solution des conflits de lois en matière de capacité, il n'y avait qu'un pas et c'est celui qui nous mène à la conclusion générale de l'auteur. Cet échec, nous dit M. Glenn, nous semble incontestable de par l'existence de (8) huit causes d'éviction de la loi personnelle ayant toutes une application importante en matière de capacité et de par la tendance

précédemment constatée à rejeter les qualifications de capacité qui étaient auparavant acceptées (p. 239). Doit-on pour autant s'engager dans une solution qui excluerait la capacité du statut personnel ? L'auteur ne le pense pas, car l'orientation, dans certains cas, du droit international privé anglais, vers une solution personaliste démontre qu'« il existe un noyau d'institutions juridiques qui commandent un rattachement permanent et pour lesquelles la capacité devrait être considérée comme relevant de la loi personnelle » (p. 240).

Mais cette nécessité d'un découpage de la notion de capacité ne s'opère pas pour autant en faveur d'une soumission de la capacité à la loi de l'acte juridique, solution qui aboutirait « à des résultats aussi insatisfaisants qu'une soumission rigide à la loi personnelle » (p. 241). De fait, c'est dans la jurisprudence *Lizardi* que M. Glenn entrevoit une possibilité de solution. Mais la généralisation de cette méthode oblige à rompre avec les solutions traditionnelles du droit international privé, et c'est là essentiellement que réside l'originalité de l'ouvrage. Car les éléments internationaux du litige demeurent très réduits en importance, la solution dépendant de la totalité des faits, comme ce serait le cas dans un litige purement interne (p. 241). C'est dire que la capacité ne rentre plus alors dans aucun statut.

Pour l'auteur cependant, la solution d'un problème de capacité en droit international privé devrait comprendre une double démarche : dans un premier temps, il faudrait déterminer si l'acte en cause intéresse l'organisation étatique auquel cas l'application de la loi du fort serait obligatoire et l'on retrouve ici la théorie des lois d'application immédiate. En l'absence d'intérêt collectif, il conviendrait alors « d'évaluer toute la conduite des parties et la nature de l'offense pour en arriver à la solution la plus juste et la plus équitable » (p. 242).

C'est ainsi alors qu'à partir d'un arrêt français l'auteur nous propose une méthode de solution qui rejoint la technique employée

en droit anglais pour déterminer la *proper law* d'un acte litigieux et qui s'apparente de très près à la méthode générale proposée par M. Cavers soit la *result selective rule*, avec cette différence importante cependant que la solution de M. Glenn concilie les intérêts étatiques ou collectifs et les intérêts individuels.

Il y aurait beaucoup à dire et de l'analyse et de la conclusion. De l'analyse, elle permettra au lecteur français comme au lecteur anglais de mieux comprendre la structure de leur droit, pour emprunter les termes de M. le professeur David, et d'en comprendre la position dans l'ensemble des systèmes contemporains. Que dire alors du juriste québécois ! On peut regretter d'ailleurs que dans un tel contexte, M. Glenn n'est pas jugé opportun de situer notre système. Mais il reste qu'il a fortement contribué à une prise de conscience de notre identité.

Quant à la conclusion, sans compter les réflexions qu'elle peut nous inspirer, ce sont les perspectives d'ouverture qu'elle annonce qui doivent retenir notre attention.

Cette recension serait cependant incomplète si l'on ne faisait état de qualité de style de l'auteur qui à la rigueur de la pensée, a su juxtaposer l'élégance de la langue. Quant au matériel bibliographique, il parle par lui-même.

Edith DELEURY

Jacques BROSSARD, *L'accession à la souveraineté et le cas du Québec. Conditions et modalités politico-juridiques*, Montréal, P.U.M., 1976, 800 p.

Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Jacques Brossard vient de faire paraître le résultat d'une recherche qu'il avait déjà terminée à l'été 1974 mais dont il caressait le projet depuis plus de dix ans. L'ouvrage n'est pas aussi élaboré que l'auteur l'aurait voulu, et le sujet qu'il aborde ne lui a permis de faire en huit cents pages qu'une « introduction ». On comprendra la signification de ce paradoxe apparent si l'on s'imagine combien de volumes ont pu être écrits sur chacun des thèmes qui sont au

cœur de toute discussion juridique relative à l'accession éventuelle du Québec à la souveraineté, notamment les notions de droit, d'État, de nation et de peuple, le droit à l'autodétermination et les nombreux précédents qui s'y rapportent, l'amendement de la « constitution » canadienne, le territoire du Québec, les droits des étrangers et des minorités, la succession aux traités, aux biens et fonds publics, aux droits incorporels et aux dettes, la reconnaissance des droits acquis, et ainsi de suite.

Au surplus, le juriste ne peut prétendre traiter de l'accession du Québec à la souveraineté sans déborder constamment les cadres de sa spécialité. Certes, le droit international est tout aussi pertinent à cet égard que le droit interne, et l'auteur n'hésite pas à affirmer qu'il doit même primer. Mais surtout, en centrant la discussion sur le droit des nations et des peuples à disposer d'eux-mêmes et sur les pratiques suivies depuis un siècle en ce domaine, on aborde des notions qui n'ont jamais fait l'objet de réglementation juridique précise et on discute de précédents qui ont rarement abouti à la création de règles de droit. En d'autres termes, l'ouvrage du professeur Brossard doit d'abord verser dans la sociologie et la science politique. Ensuite, et l'auteur le reconnaît à plus d'un endroit, en matière d'accession à la souveraineté, les simples événements dans toute leur réalité imposent à la solution d'un problème des données concrètes auxquelles doivent s'adapter les théories et les normes juridiques. On se retrouve vite en présence de phénomènes para-juridiques où la réalité provoque le droit existant; ou vice versa, le droit ignore ceux qui échouent tout en favorisant *ex post facto* ceux qui réussissent. Discuter dans ce contexte des conditions et modalités politico-juridiques de l'accession hypothétique du Québec à la souveraineté risquait de faire frôler au produit la science-fiction, écueil que l'auteur a su éviter en s'en tenant aux options les plus réalistes et aux réactions les plus prévisibles qui se puissent imaginer aujourd'hui. Enfin, tout l'exercice est encadré, comme il se doit, d'une théorie générale de l'État, de la souveraineté et du