

**COMMON LAW**  
en poche

***LES PERSONNES  
PHYSIQUES  
ET LES  
INCAPACITÉS***

**Donald Poirier**

**Volume** 6

**BRUYLANT**  
BRUXELLES

 **LES ÉDITIONS  
YVON BLAIS INC.**

LES PERSONNES  
PHYSIQUES  
ET LES INCAPACITÉS

**Collection**  
**LA COMMON LAW EN POCHE**

SOUS LA DIRECTION DE  
**JACQUES VANDERLINDEN**

**LES PERSONNES  
PHYSIQUES  
ET LES INCAPACITÉS**

**DONALD POIRIER**

Professeur à l'Université de Moncton

Centre international de la common law en français  
École de droit  
Université de Moncton

## Données de catalogage avant publication (Canada)

Poirier, Donald

Les personnes physiques et les incapacités

(La common law en poche: v. 6)

Comprend des réf. bibliogr.

ISBN 2-89451-209-0

1. Personnes (Droit). 2. Incapacité (Droit). 3. État civil. 4. Tutelle et curatelle. 5. Corps humain – Droit. 6. Personnes (Droit) – Québec (Province). I. Titre. II. Collection.

K625.P64 1997

346.01'2

C97-941364-8

© Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997

Toute reproduction d'une partie quelconque de ce volume par quelque procédé que ce soit est strictement interdite sans l'autorisation écrite de l'éditeur.

Dépôt légal: 4<sup>e</sup> trimestre 1997

Bibliothèque nationale du Québec

Bibliothèque nationale du Canada

ISBN: 2-89451-209-0

## DANS LA MÊME COLLECTION

**Histoire de la common law** par Jacques VANDERLINDEN

**Sources de la common law** par Donald POIRIER

**Droit constitutionnel** par Pierre FOUCHER

**La preuve** par Serge ROUSSELLE

**Les fiducies** par A. GRENON

## À PARAÎTRE

**Droit pénal** par M. GIROUX et E. O'SULLIVAN (1997)

**Droit administratif** par P. FOUCHER (1997)

**Les sociétés commerciales** par R.L. LEBLANC (1998)

**Les biens – Généralités et biens personnels** par G. SNOW (1998)

**Les sûretés immobilières** par J. ROACH (1998)

**La famille** par D. Poirier (1998)

**Les contrats** par J. Manwaring (1998)

**Les professions juridiques** par H. Pollard (1998)

Cet ouvrage,  
comme tous ceux de la collection,  
est publié avec le concours  
du  
ministère du Patrimoine canadien  
et du  
ministère des Affaires intergouvernementales  
du Nouveau-Brunswick.

Le présent ouvrage a en outre bénéficié d'un soutien particulier  
du PAJLO.

## TABLE DES MATIÈRES

<b>INTRODUCTION</b> . . . . .	1
<b>CHAPITRE 1- LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE DES ÊTRES HUMAINS</b> . . . . .	5
1. Introduction . . . . .	5
2. Le début de la personnalité juridique . . . . .	6
2.1 Le droit à la vie . . . . .	6
2.2 L'avortement . . . . .	7
2.3 La nomination d'un tuteur . . . . .	8
2.4 Les droits du foetus né vivant et viable . . . . .	9
3. La disparition de la personne . . . . .	10
3.1 Les présomptions de décès . . . . .	11
3.2 Les conséquences juridiques d'une déclaration de décès . . . . .	13
4. L'extinction de la personnalité juridique . . . . .	15
4.1 Les critères de détermination de la mort . . . . .	15
4.2 La détermination de la mort simultanée de plusieurs personnes . . . . .	16
4.3 La perte de la personnalité juridique par des moyens juridiques . . . . .	17
5. Conclusion . . . . .	18

<b>CHAPITRE 2- L'INDIVIDUALISATION DES PERSONNES PHYSIQUES ET L'ÉTAT CIVIL . . . . .</b>	<b>21</b>
1. Introduction . . . . .	21
2. Le mode de fonctionnement de l'enregistrement . . . . .	21
2.1 L'historique des registres de l'état civil . . . . .	21
2.2 Le fonctionnement des registres dans les pays de common law . . . . .	22
2.3 Les entrées aux registres . . . . .	23
2.4 La consultation des registres et la valeur probante des certificats . . . . .	24
2.5 Les moyens d'identification dans les systèmes de common law . . . . .	25
3. Le nom . . . . .	27
3.1 L'acquisition du nom par l'enfant . . . . .	28
3.2 Le nom de la femme mariée . . . . .	29
3.3 Le droit de propriété dans un nom . . . . .	30
4. Le changement de nom . . . . .	31
4.1 Les règles de la common law . . . . .	31
4.2 Les procédures générales . . . . .	33
4.2.1 L'autorisation royale et la loi privée . . . . .	33
4.2.2 L'acte formel unilatéral ( <i>Deed poll</i> ) . . . . .	35
4.2.3 La procédure judiciaire . . . . .	36
4.2.4 Les procédures administratives . . . . .	38
4.3 Quelques cas particuliers . . . . .	38
4.3.1 Les femmes mariées . . . . .	38
4.3.2 Le changement de nom des enfants mineurs . . . . .	40
4.3.3 Le changement de nom des transsexués . . . . .	41

---

5. Le domicile . . . . .	42
5.1 Le domicile de naissance . . . . .	44
5.2 Le domicile par effet de la loi . . . . .	45
5.3 Le domicile de choix . . . . .	48
6. La nationalité . . . . .	49
6.1 L'acquisition de la citoyenneté par la naissance . . . . .	49
6.2 L'acquisition de la citoyenneté par opération de la loi: le mariage et l'adoption . . . . .	50
6.3 La naturalisation . . . . .	51
6.4 La perte de la citoyenneté . . . . .	52
7. Conclusion . . . . .	53
<b>CHAPITRE 3- LA PROTECTION DE L'INDIVIDU ET DE SON INTÉGRITÉ PHYSIQUE ET MORALE . . . . .</b>	<b>55</b>
1. Introduction . . . . .	55
2. La protection de la liberté personnelle . . . . .	57
2.1 Le délit civil de séquestration . . . . .	57
2.2 L'autorisation légale comme moyen d'exonération . . . . .	58
3. La protection de l'intégrité physique de la personne: la notion de consentement . . . . .	60
3.1 Le délit civil de voies de fait . . . . .	60
3.2 Le consentement éclairé : ses composantes . . . . .	60
3.2.1 Le consentement libre et volontaire . . . . .	61
3.2.2 La capacité juridique de consentir . . . . .	62
3.2.3 La capacité mentale de consentir . . . . .	63
3.2.4 Le consentement accordé en connaissance de cause . . . . .	64

3.3	Les situations où le consentement n'est pas requis . . . . .	67
3.4	Le refus de consentir au traitement médical et l'euthanasie . . . . .	68
3.5	L'expérimentation sur les humains . . . . .	71
4.	Le droit relatif au prélèvement d'organes humains et leur utilisation . . . . .	75
4.1	Le consentement du donneur vivant . . . . .	75
4.2	Les donneurs décédés et les infractions contre le cadavre . . . . .	78
5.	Le droit à l'honneur, à la réputation et au respect de la vie privée . . . . .	79
5.1	Le respect de la vie privée selon la common law originelle . . . . .	80
5.2	Le respect de la vie privée aux États-Unis . . . . .	82
6.	Conclusion . . . . .	83
<b>CHAPITRE 4- LES INCAPACITÉS JURIDIQUES . . . . .</b>		<b>85</b>
1.	Introduction . . . . .	85
2.	Les mineurs . . . . .	86
2.1	L'âge de la majorité . . . . .	86
2.2	La notion de la capacité juridique progressive . . . . .	88
2.2.1	La responsabilité pénale et délictuelle des mineurs . . . . .	88
2.2.2	Le droit d'effectuer certains actes réservés aux adultes . . . . .	90
2.3	La responsabilité du mineur en matière commer- ciale et la sanction des actes posés par le mineur . . . . .	93
2.3.1	Règle générale: les choses nécessaires à l'existence . . . . .	93
2.3.2	La sanction des contrats du mineur . . . . .	95

---

3. Les majeurs inaptes . . . . .	96
3.1 Les incapacités de fait . . . . .	97
3.2 Les incapacités de droit . . . . .	99
3.2.1 La loi relative à la tutelle ( <i>guardianship</i> ) . . .	99
3.2.2 La compétence <i>parens patriae</i> de la Cour supérieure . . . . .	101
3.2.3 La loi relative à la protection du malade mental . . . . .	102
3.2.4 La loi relative à la protection des adultes fragiles ou négligés . . . . .	103
3.3 Le mandat donné en prévision de l'inaptitude . .	104
3.3.1 La procuration autorisant l'administration des biens . . . . .	105
3.3.2 Les procurations autorisant le consente- ment aux actes médicaux . . . . .	106
3.3.3 La procuration autorisant la gestion de la vie du mandant . . . . .	107
4. Conclusion . . . . .	110
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE . . . . .</b>	<b>111</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE . . . . .</b>	<b>115</b>

## NOTE TECHNIQUE

La collection «La common law en poche» est née dans une faculté de droit qui se trouve quotidiennement confrontée, depuis sa création, au problème de l'enseignement de la common law en français. Qui plus est, cette faculté est canadienne et, à ce titre, tributaire, dans un pays bilingue, d'autres formulations du droit en français de caractère officiel ou semi-officiel; celles-ci ont, en outre, évolué avec le temps sans que, par ailleurs, existe toujours un souci d'uniformité à l'échelle nationale. Il en résulte nécessairement, à l'occasion de la rédaction des ouvrages d'une collection comme celle-ci, des problèmes de choix des termes, du genre à leur attribuer, etc.

Nous avons, en ce qui nous concerne, adopté les principes suivants et décidé de:

- nous conformer, de préférence, à la terminologie adoptée par le Programme national de l'administration de la justice dans les deux langues officielles (PAJLO);
- suivre, à défaut de celle-ci, la terminologie proposée par le Centre de traduction et de terminologie de l'École de droit de l'Université de Moncton;
- laisser aux auteurs l'entière responsabilité de leur vocabulaire courant, sans perdre de vue que la collection doit pouvoir être lue dans l'ensemble de la francophonie, ce qui nous encourage à éviter, mais non à proscrire, les belgicisms, canadianisms et autres formes dérivées de la langue française qui refléteraient la nationalité des auteurs engagés dans l'entreprise;

- respecter néanmoins certains usages résultant de différences importantes entre le système de la common law et les autres; ainsi n'existe-t-il, dans l'organisation judiciaire de common law, que des «cours», le terme «tribunal» étant le plus souvent réservé à des instances administratives. Parler uniquement de «cours» pourrait faire croire au lecteur non prévenu qu'il s'agit uniquement d'instances d'appel; d'où l'expression «tribunaux judiciaires», surprenante, parce que tautologique, dans la tradition romaniste, mais qui se retrouvera dans certains volumes;
- demander aux auteurs de suivre un minimum de conventions dans la préparation de leurs manuscrits. Ainsi:
  - les adjectifs ne s'écrivent pas avec une majuscule (donc Cour suprême, Comité judiciaire du Conseil privé), sauf convention internationale, comme dans États-Unis ou Royaume-Uni;
  - common law et equity s'écrivent en caractères romains et pas en italiques;
  - les mêmes et *act* (que nous traduisons par loi) sont respectivement du féminin pour les deux premiers et du masculin pour le troisième (donc l'*equity* est introduite et le British North America Act).
  - le mot État s'écrit avec une capitale quand il désigne une entité politique souveraine; il ne prend pas la capitale lorsqu'il s'agit d'une division d'un État. Ainsi: le Maine et un état qui fait partie de l'État américain.

## AVANT-PROPOS

Plusieurs réalités s'abritent sous le vocable *common law*. J'en retiendrai deux: la plus classique – nous parlerons de *common law stricto sensu (s.s.)* – se réfère au système juridique mis en place, à partir du XII<sup>e</sup> siècle, par les rois d'Angleterre, système centré sur la production du droit par les juges royaux; la seconde sert à désigner, par extension – nous parlerons de *common law lato sensu (l.s.)* – l'ensemble du système juridique de l'Angleterre et des systèmes qui, de par le monde, en sont dérivés. Dans cette seconde acception, la *common law* incorpore l'*equity*, telle qu'elle a été définie par DONALD POIRIER<sup>1</sup>. Cette dernière a été adoptée dans le cadre de la collection «La *common law* en poche». Référence sera faite éventuellement au sens strict – donc lorsque s'opposent *common law* et *equity* – quand le besoin s'en fera sentir; pour le reste, il s'agira du sens large.

A défaut d'une référence dans un dictionnaire comme le *Robert*, force nous a été de choisir un genre à donner au vocable lorsqu'il est utilisé en français. Malgré des opinions divergentes et un usage variable<sup>2</sup>, nous avons consacré la pratique qui est celle du port d'origine de «La *common law* en poche», l'École de droit de l'Université de Moncton. Notre *common law* est donc féminine, comme le sont les navires dans la langue de Shakespeare. Qu'on veuille bien n'y voir qu'une convention et non la prétention de régler définitivement le redoutable problème de l'attribution de genres aux substantifs désignant un objet dont la vocation est d'être neutre.

1. *Les sources de la common law*, Collection «La *common law* en poche», Bruxelles-Cowansville, Bruylant-Yvon Blais, 1996.
2. Voir notamment G. ROUHETTE, «Le genre de «*common law*», Français juridique et science du droit, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 311.

Ceci dit, pourquoi se mettre la common law en poche? Parce que, étudiant, je souhaite soit acquérir une vue d'ensemble de la matière que je vais éventuellement choisir, dans la mesure où le curriculum m'y invite, soit, l'ayant choisie, m'en faire une idée globale qui éclairera mon cheminement progressif à travers elle. Parce que, enseignant, je crois utile que, parallèlement à une progression empirique et inductive à travers la méthode des cas, mes étudiants disposent d'un fil continu auquel je puisse les renvoyer lorsque je crois inutile de consacrer du temps de classe à un point de mon enseignement qui peut parfaitement être maîtrisé par eux sans intervention directe de ma part. Parce que, curieux de droit, quelle que soit ma formation, ma profession ou ma fonction, je veux m'éclairer au sujet de la common law et de l'une ou l'autre de ses diverses composantes.

La satisfaction de ces besoins multiples et variés impose à l'auteur un certain nombre de servitudes. Son ouvrage doit être:

- concis: une centaine de pages;
- accessible: d'une lecture aisée;
- encourageant: en donnant envie de poursuivre.

Ce sont là, assurément, de grandes ambitions, dont je ne sais si elles seront accomplies au fil de la publication de *La common law en poche*. J'en forme le voeu et serai toujours heureux d'accueillir critiques, recommandations et suggestions des lecteurs; elles sont le ferment du progrès.

Dans ce sixième volume de notre Collection, DONALD POIRIER signe un ouvrage dont le contenu n'étonnera que... les juristes de common law. Comme il le souligne en de nombreux endroits, celle-ci ignore en effet la notion de personne physique en tant que concept fondamental constitutif d'un éventuel droit civil (qu'elle ignore tout autant) aux côtés des biens, comme le savent tous ceux qui ont, peu ou prou, fréquenté Gaius et Justinien. Mais

la personne n'est pas seule en cause puisque ses deux attributs essentiels, le domicile et le nom, n'appartiennent pas davantage, dans les systèmes de common law, au domaine que le juriste de formation romaniste rattache normalement à la personnalité. Le premier se définit par rapport au droit international privé en raison de la coexistence sur le territoire de la Grande-Bretagne de deux systèmes de droit civil, ceux de l'Angleterre et de l'Écosse et de l'absence corrélative, en de nombreuses matières, d'un droit civil britannique. Le second n'a jamais été coulé de manière systématique dans le moule du droit, pas plus d'ailleurs qu'il ne l'a été, en son temps, en France et que chacun sait que le siège de la matière se trouve hors du Code civil, dans des lois de la Révolution qui se sont maintenues à côté du Code.

Tout en donnant à son exposé une structure romaniste, DONALD POIRIER a également eu à coeur d'élargir la notion relativement étroite du Code de 1804, et de prendre en compte des aspects de la personnalité vers lesquels son engagement personnel et ses travaux l'ont conduit. Le juriste romaniste sera donc peut-être étonné à son tour de rencontrer dans ces pages le délit civil de séquestration, le refus de consentir au traitement médical ou encore la protection des adultes fragiles ou négligés, toutes considérations inconnues ou ignorées du législateur d'il y aura bientôt deux siècles. Autres temps, autres préoccupations et, peut-être, autres moeurs.

Jacques Vanderlinden  
Professeur aux universités de  
Bruxelles, Moncton et Paris XII  
Directeur de la collection

## INTRODUCTION

Contrairement à la tradition romaniste, le droit des personnes et des incapacités n'existe pas comme domaine particulier du droit anglais contemporain. Il n'en a toutefois pas toujours été ainsi puisque, à l'époque où BLACKSTONE commençait ses leçons relatives à la jurisprudence anglaise (1758), ce grand maître faisait une large part à ce domaine du droit dans son ouvrage encyclopédique sur le droit anglais. De ses six livres de commentaires, il consacre l'équivalent d'un livre au droit des personnes. Dans cette catégorie, il inclut le droit des individus, mais s'arrête surtout aux droits, prérogatives et devoirs du parlement, du roi et de la famille royale<sup>1</sup>. Les droits et devoirs des magistrats, du clergé, des militaires sont aussi abordés dans la catégorie des personnes. Par ailleurs, il consacre quelques centaines de pages à des thèmes qui se retrouvent normalement dans le livre des codes civils portant sur les personnes ou la famille comme le statut des nationaux et des étrangers, les relations entre mari et femme, maître et serviteur, parents et enfants et tuteur et pupille<sup>2</sup>.

Après BLACKSTONE, les auteurs anglais reviennent à leurs traditions peu encyclopédiques. Ce faisant, ils ne produisent plus d'ouvrages généraux, mais se contentent de résumer, de systématiser et de critiquer l'état du droit tel qu'énoncé par les juges ou par le législateur. Leurs ouvrages étant principalement destinés aux praticiens, ils suivent davantage la logique alphabétique des *abridgements* que la logique romaniste qui divise le droit en ses divers domaines.

- 
1. Voir W. BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises*, 15<sup>e</sup> éd. (Traduit par N.M. Chompré), tome 1, Paris, Rey & Gravier, 1822, p. 207-622.
  2. *Id.*, tome 2, p. 1-265.

Les rares efforts plus récents de systématisation des notions anglaises relatives à l'état des personnes sont dus au travail de quelques auteurs, français pour la plupart. Leurs écrits remontent toutefois à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle ou au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>3</sup>. Ernest LEHR organise l'édition de 1906 de ses *Éléments de droit civil anglais* suivant le modèle du droit romaniste<sup>4</sup>. Son livre premier s'intitule «du droit des personnes et du droit de la famille». Ce livre comprend cinq sections dont les deux premières nous intéressent plus immédiatement. La première section porte sur l'état et la capacité des personnes et s'intéresse à la personnalité juridique et à la constatation de l'état des personnes (registre des naissances et des décès, nom). La deuxième section s'intéresse aux circonstances qui modifient la capacité juridique des personnes comme la nationalité, le domicile, la minorité et l'aliénation mentale. La troisième porte sur le mariage et le divorce, la quatrième sur les biens des époux et la cinquième sur la filiation<sup>5</sup>.

JENKS et ses collaborateurs ont repris cet effort dans leur *Digeste de droit civil anglais*, qui date de 1923<sup>6</sup>. L'*International Encyclopedia of Comparative Law* aborde plusieurs de ces notions mais certaines, telle la protection de l'intégrité de la personne humaine, n'y sont pas traitées<sup>7</sup>. Par ailleurs, cet ouvrage est uniquement disponible en langue anglaise. Il importe donc de reprendre ces tentatives et de les mettre à jour dans un texte écrit en français.

Il s'agit en conséquence de faire oeuvre de théoricien et, en s'inspirant de la classification effectuée par les juristes de droit

3. Voir l'ouvrage de E. GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, vol. 6, Paris, G. Pedone-Lauriel, 1883, p. 128-233.
4. E. LEHR, *Éléments de droit civil anglais*, 2<sup>e</sup> éd., tome 1, Paris, J.B. Sirey, 1906.
5. Nous traiterons des troisième et cinquième sections dans un ouvrage à paraître dans cette collection portant sur le droit de la famille et de la quatrième dans un autre ouvrage portant sur les régimes matrimoniaux.
6. S. JENKS ET AL. (traduit par T. BAUMANN et P. GOULÉ), *Digeste de droit civil anglais*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1923, tome 1.
7. A. HELDRICH, A.F. STEINER, W. PINTENS, M.R. WILL, & W. ZEYRINGER, *Persons* (chapter 2) of *Persons and Family* (vol. IV), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

romaniste, de regrouper et de systématiser de nombreuses notions juridiques éparpillées aux quatre coins de la common law. Une telle démarche suppose premièrement de reprendre les catégories exposées par les juristes romanistes et qui se trouvent, dans les codes civils suivant l'ordre du Code Napoléon, au livre premier traitant des personnes physiques. Puis dans un deuxième temps, il s'agit d'établir l'état du droit en la matière, principalement au Royaume-Uni, avec des références aux États-Unis, au Canada, à l'Australie et à la Nouvelle-Zélande lorsque les droits de ces États divergent de leur source première qui est la common law telle que développée par la jurisprudence anglaise.

Établir l'état du droit dans les divers pays de common law sur cette matière est une tâche considérable puisqu'il faut effectuer une recherche dans cinq pays. Qui plus est, les juridictions de common law ne connaissent pas la notion de statut et de la capacité des personnes contrairement aux juridictions de tradition romaniste. Les systèmes de repérage de la documentation juridique des juridictions de common law n'ont pas de rubriques englobant ce thème. Il faut donc en quelque sorte construire une rubrique à partir de notions éparpillées sous diverses rubriques telles : «Death», «Domicile», «Family law», «Husband and Wife», «Infants», «Incapable persons», «Medical», «Mental health», «Name», «Privacy», «Vital statistics», etc.

Le projet comporte une originalité et une importance certaines. Tout d'abord, il convient de souligner que ces notions ne sont pas abordées dans l'enseignement de la common law et lorsqu'elles le sont, elles sont éparpillées sous les diverses rubriques mentionnées. Il n'existe donc, dans la tradition de common law, ni théorie, ni présentation systématique de ces notions. Cet état de chose conduit à un morcellement du droit en la matière et à une difficile compréhension de cet aspect très important du droit. D'autre part, ce secteur du droit est systématiquement exclu de l'enseignement juridique, ou s'il est enseigné, il l'est de façon morcelée, bribes par bribes ou dans des cours avancés portant sur le droit médical ou sur le droit des personnes incapables.

Ce petit ouvrage comporte quatre chapitres. La personnalité juridique est abordée dans le premier chapitre. Le droit anglais ne connaît pas ce concept bien que les questions traditionnellement abordées dans ce chapitre (la naissance, l'avortement, le décès, la présomption de décès) fassent l'objet de lois et de décisions judiciaires. Le deuxième chapitre porte sur l'identification des personnes et s'intéresse aux registres de l'état civil, au nom des personnes et à leur rattachement territorial. Bien que les registres de l'état civil relèvent de lois particulières qui ne leur confèrent pas la même portée que dans les droits romanistes et que le nom ne représente qu'un moyen d'identification, ces notions existent néanmoins dans les systèmes juridiques de common law. Le troisième chapitre porte sur la protection de l'intégrité de la personne humaine. Même si la common law ne regroupe pas sous le concept de personne les différentes notions relatives à cet aspect de la personnalité, elle a une très riche tradition de protection des personnes. Le droit médical et particulièrement le droit médical américain reprennent les différents éléments que l'on regroupe habituellement sous ce thème. Le quatrième chapitre porte sur les incapacités ou les inaptitudes des mineurs et des majeurs. Ici encore, la common law ne regroupe pas les problèmes d'incapacité sous un seul chapitre. La notion de l'incapacité juridique des enfants est éparpillée dans le droit des contrats, le droit de la famille et les différentes lois limitant leur capacité. Par ailleurs, en ce qui touche les adultes inaptes, de nombreuses lois se chevauchent dont les lois relatives à la santé mentale, la tutelle, la protection des personnes âgées ou handicapées, les lois relatives aux procurations et aux directives en matière de traitement médical.

Réunir ces nombreux domaines des systèmes juridiques de common law sous la seule rubrique du droit des personnes dans ce petit ouvrage constitue une aventure pour le moins périlleuse. Nous espérons au moins que cet effort aura le mérite de montrer qu'il est possible et même peut-être avantageux de conceptualiser la common law à la façon des droits romanistes. Nous osons espérer que d'autres entreprendront une démarche semblable mais de façon beaucoup plus approfondie que le permet le cadre restreint de cette collection.

# CHAPITRE 1

## LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE DES ÊTRES HUMAINS

### 1. Introduction

La notion de personnalité juridique est essentiellement adoptée par les pays de droits romanistes. Elle se réfère à la capacité des êtres humains à devenir des sujets de droit. Cette notion constitue l'étape logiquement indispensable à la capacité juridique d'agir.

La common law ne connaît pas de théorie de la capacité juridique des personnes physiques, bien qu'elle en ait développé une en ce qui concerne les personnes morales, notamment, mais non exclusivement en ce qui concerne les sociétés commerciales. Par ailleurs, même si les juristes de common law n'ont pas développé de théorie de la personnalité juridique pour les personnes physiques, puisqu'ils considèrent qu'il s'agit là d'une évidence qui se passe même d'un commentaire, il va sans dire qu'ils connaissent et utilisent la notion de capacité juridique d'agir.

La common law compense l'absence de théorie de la personnalité juridique par un ensemble de règles de droit énoncées dans des décisions judiciaires et éparpillées sous diverses rubriques. Ainsi, la notion du début de la personnalité juridique est-elle discutée dans diverses décisions portant sur l'avortement, le droit à la vie et la capacité de poursuivre en responsabilité délictuelle lorsqu'un enfant est né à la suite de préjudices qui lui ont été causés alors qu'il était encore *en ventre sa mère* ou la capacité d'hériter d'un enfant non encore né. Par ailleurs, les systèmes de common

law ont adopté des pratiques et des lois visant à permettre à d'autres personnes de gérer les biens des personnes disparues. Si l'extinction de la personnalité juridique n'est pas un concept de common law, cette dernière comporte néanmoins des dispositions judiciaires et législatives en la matière.

Ce chapitre se propose d'explorer les divers thèmes répertoriés dans les ouvrages de synthèse des pays de common law en suivant le cadre général fourni par la théorie de la personnalité juridique adopté par les pays de droit romaniste.

## **2. Le début de la personnalité juridique**

La question de savoir quand commence la personnalité juridique a été posée à maintes reprises aux cours et tribunaux des pays de common law. La réponse générale du droit anglais est qu'un enfant devient un être humain lorsqu'il est complètement sorti, vivant, du ventre de sa mère.

### **2.1 Le droit à la vie**

La Cour suprême du Canada a résumé l'état de la common law en la matière en précisant que le foetus n'est pas compris dans le terme «être vivant» et par conséquent, ne jouit pas du droit à la vie. La Cour estime qu'en droit anglo-canadien, le foetus doit naître vivant pour avoir des droits<sup>8</sup>.

Le problème juridique du droit à la vie s'est posé lorsque la législation a reconnu à la femme enceinte le droit de se faire avorter. Des situations se sont alors présentées où le père n'était pas d'accord que la mère obtienne un avortement et où il a demandé aux tribunaux de nommer un tuteur pour protéger le foetus et ainsi interdire l'avortement. Les tribunaux anglais ont toujours refusé de reconnaître au foetus un droit suffisant pour nommer un tuteur interdisant ainsi à une femme enceinte de se faire avorter<sup>9</sup>, même si quelques

---

8. *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

9. *Paton c. Trustees of British Pregnancy Advisory Service*, [1978] 2 All E.R. 987 (Q.B.). Voir également EuComm. Human Rights 13 mai 1980, NJW 1981, 1141 et *Re F (in utero)*, [1988] 2 All E.R. 193 (C.A.R.-U.).

décisions canadiennes vont dans le sens contraire<sup>10</sup>. La Cour suprême du Canada a toutefois mis fin à ces velléités dans l'affaire *Tremblay c. Daigle*<sup>11</sup>. Dans cette affaire, le père de l'enfant à naître demandait à la cour d'interdire à sa compagne de se faire avorter. Bien qu'il s'agisse d'une cause provenant du Québec, la Cour suprême du Canada précise que le droit québécois en la matière n'est pas différent de celui des provinces de common law. Elle écrit que rien dans la législation ni dans la jurisprudence n'appuie l'argument selon lequel l'intérêt du père à l'égard d'un foetus qu'il a engendré lui donne le droit d'imposer un veto aux décisions d'une femme relativement au foetus qu'elle porte. La Cour rejette donc tout droit du foetus à la vie et à la personnalité juridique tout au moins lorsque le droit de la mère d'interrompre sa grossesse est en cause.

## 2.2 L'avortement

La common law originelle reconnaissait au foetus une protection juridique à partir du moment où il était capable de mouvement dans le sein de sa mère. Cette protection empêchait la mère de se faire avorter ou de maltraiter le foetus au point de compromettre l'existence de l'enfant<sup>12</sup>. La situation est toutefois différente depuis que le droit à l'avortement a été reconnu à la mère.

Ce droit a été reconnu aux États-Unis par la Cour suprême qui a déclaré inconstitutionnelles les lois d'États interdisant l'avortement au motif que ces lois portent atteinte au droit à la vie privée de la femme, lequel est protégé dans la constitution américaine<sup>13</sup>. La Cour suprême du Canada a pour sa part déclaré inopéran-

---

10. Voir notamment *C.A.S., Belleville c. L.T.*, (1987) 59 O.R. (2d) 204; *Re Unborn Child «H»*, (1979) 38 N.S.R. (2d) 432; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. A.D.*, (1990) 109 N.B.R. (2d) 192.

11. [1989] 2 R.C.S. 530.

12. Voir LEHR, *supra*, note 4, p. 2.

13. *Roe c. Wade*, (1973) 410 U.S. 113. L'essentiel de cette décision a été maintenu par la Cour suprême des États-Unis bien que légèrement modifiée quant aux pouvoirs des États dans *Webster c. Reproductive Health Services*, (1989) 492 U.S. 490 et *Planned Parenthood c. Cassey*, (1992) 505 U.S. 833.

tes les dispositions du *Code criminel* réglementant les conditions sous lesquelles un avortement pouvait être effectué<sup>14</sup>. À la suite de ces décisions, l'avortement est complètement décriminalisé au Canada, alors qu'aux États-Unis, l'avortement est libre pendant les trois premiers mois de la grossesse, est une affaire entre le médecin et sa patiente dans le deuxième tiers de la grossesse et peut être réglementé dans le dernier tiers.

### 2.3 La nomination d'un tuteur

La question de la personnalité juridique du foetus s'est posée à nouveau récemment lorsqu'une mère intoxiquée à la colle et à différents solvants a été prise en charge par la société de protection de l'enfance du Manitoba, l'une des dix provinces canadiennes. La cour de première instance a donné raison à la société d'intervenir en faveur de l'enfant<sup>15</sup>, mais la Cour d'appel du Manitoba<sup>16</sup> a infirmé la décision en précisant qu'à moins d'une loi spécifique précisant que le foetus est un enfant, la société n'était pas autorisée à intervenir de la sorte. Un appel a été interjeté devant la Cour suprême du Canada sur cette nouvelle façon de poser la question du droit du foetus à la vie.

Cependant, la question n'est pas encore absolument vidée sur ce point. En vertu de sa compétence inhérente de protection des mineurs, des faibles et des personnes inaptes (compétence *parens patriae*), la cour supérieure est autorisée à s'interposer et à nommer un tuteur si l'individu a besoin de protection. Cette pratique remonte à une disposition de la loi *Quia Emptores* adoptée en 1290 sous Édouard I. Cette compétence *parens patriae* a été utilisée à maintes reprises pour forcer la mère à se faire traiter si le refus de traitement risquait d'entraîner la mort du foetus. Ainsi, certains tribunaux américains ont ordonné que des transfusions sanguines soient administrées contre son gré à une femme enceinte pour prévenir la mort

---

14. *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 388.

15. *Winnipeg Child and Family Services c. D.F.G.*, (1996) 111 Man. R. (2d) 219 (Q.B. Man.).

16. *Winnipeg Child and Family Services c. D.F.G.*, (1996) 113 Man. R. (2d) 3 (C.A. Man.).

du foetus<sup>17</sup>. Par ailleurs, dans certaines juridictions de common law, des lois ont été adoptées ayant pour effet de reconnaître le foetus comme un enfant aux fins de la protection à l'enfance<sup>18</sup>.

La question qui se posera à la Cour suprême du Canada est de savoir si, en l'absence d'une décision de la mère de se faire avorter, cette dernière a le droit absolu de se comporter de façon à nuire au foetus qu'elle porte et si le foetus a un intérêt suffisant à la vie pour que la cour utilise sa compétence *parens patriae* pour ordonner sa prise en charge et celle de sa mère par un tuteur.

## 2.4 Les droits du foetus né vivant et viable

La common law, à l'instar des pays de droit romaniste, reconnaît toutefois des exceptions à la règle générale voulant que le foetus n'ait pas de personnalité juridique. Les systèmes de common law prévoient qu'un tuteur peut être nommé pour protéger les droits du foetus dans les cas où il a le droit d'ester en justice.

En matière de délits civils, la common law reconnaît, depuis la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle, qu'un foetus qui a subi un préjudice alors qu'il n'était pas encore né, à la suite du comportement négligent d'un tiers, peut poursuivre ce dernier en dommages-intérêts. Des poursuites de ce genre ont été acceptées dans le cas d'accidents d'automobiles<sup>19</sup>, de négligence médicale<sup>20</sup> ou dans le cas où des médicaments (telle la thalidomide) pris par la mère alors qu'elle était enceinte ont nui au développement du foetus et ont causé sa naissance avec des bras ou des jambes déformés<sup>21</sup>.

---

17. *Raleigh - Fitkin - Paul Morgan Memorial Hospital c. Anderson*, (1964) 201 Atl. 2d 537 (S.C.N.J.); voir aussi *J.F.K. Memorial Hospital c. Heston*, (1971) 279 A. 2d 670 (N.J.S.C); *Re Osborne*, (1972) 294 A. 2d 372 (D.C.C.A.); *In re Jamaica Hosp.*, (1985) 491 N.Y.S. 2d 898; *Crouse Irving Memorial Hosp., Inc. c. Paddock*, (1985) 485 N.Y.S. 2d 443.

18. Voir *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, c. F-2.2, art. 1, «enfant désigne une personne effectivement ou apparemment mineure [...] et s'entend également a) d'un enfant à naître».

19. Voir *Watt c. Rama*, [1972] Victoria Reports 353 (Australie); *Duval c. Seguin*, (1973) 40 D.L.R. (3d) 666 (C.A. Ontario).

20. *Renslow c. Mennonite Hospital*, (Illinois, 1977) 367 N.E. 2d 1250.

21. *S. c. Distillers*, [1970] 1 W.L.R. 114 (H.C. R.-U.).

Une question angoissante a récemment été soulevée au Nouveau-Brunswick lorsqu'un enfant est né handicapé à la suite d'un accident dans lequel sa mère a perdu le contrôle de son véhicule. Par l'intermédiaire de son grand-père, l'enfant poursuit sa mère en négligence afin d'obtenir une indemnisation de l'assureur. Malgré l'absence de précédent au Canada, un juge de la Cour du Banc de la Reine a reconnu à l'enfant le droit de poursuivre sa mère en négligence<sup>22</sup>. Cette décision a été maintenue par la Cour d'appel de la province mais la Cour suprême du Canada a accepté d'entendre le pourvoi. La loi anglaise de 1976 interdit ce type de poursuites contre la mère sauf en cas d'accident d'automobile, auquel cas elle est normalement assurée<sup>23</sup>. Les groupes de femmes canadiennes s'opposent à ce type de poursuites de peur qu'il n'ouvre la porte à toutes sortes de poursuites contre les mères qui auraient été négligentes pendant leur grossesse en abusant de drogues ou de médicaments ou en participant à des activités jugées dangereuses pour le fœtus ou encore pour avoir été négligentes en ne se faisant pas avorter lorsqu'un test d'identification génétique aurait permis de prédire une maladie congénitale chez l'enfant. À ce jour, mêmes les tribunaux américains ont été réticents à reconnaître la responsabilité de tiers pour leur négligence envers l'enfant né handicapé à la suite de ce qu'il convient d'appeler une *wrongful birth*.

La common law, à l'instar des pays de droit romaniste, reconnaît au fœtus né viable le droit d'hériter. Ainsi, un droit de propriété, un don ou un intérêt comme bénéficiaire d'une fiducie, peut être cédé à une personne qui n'est pas encore née. Par ailleurs, la règle contre la pérennité, qui interdit l'aliénation d'un bien pour plus de 21 ans après le décès d'une personne, reconnaît explicitement que cette période peut commencer à courir à partir de la conception du fœtus.

### 3. La disparition de la personne

La personnalité humaine peut disparaître de plusieurs façons. La mort met inévitablement fin à la personnalité juridique. Nous

22. *Dobson and Dobson*, [1997] N.B.J. # 17 et [1997] N.B.J. # 232 (Quick-Law) pour la décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick.

23. *Congenital Disabilities (Civil Liabilities) Act*, (R.-U.) 1973, c. 28.

traiterons de cette éventualité dans la section suivante. Ce qui nous intéresse dans cette section, c'est l'absence prolongée d'une personne dont il est impossible d'établir si elle est ou non décédée. Cette situation se présente souvent pendant les guerres, mais également lors d'accidents dont on ne réussit pas à trouver ou à identifier les victimes. Il se peut enfin qu'une personne soit enlevée ou tuée sans qu'on retrouve son cadavre ou qu'elle se perde en forêt comme il arrive fréquemment au Canada. C'est pour ce genre de situation que les divers systèmes juridiques, dont ceux de common law, prévoient la catégorie des personnes disparues. Nous examinerons d'abord les critères et les procédures utilisées dans les systèmes de common law pour réguler ce domaine et dans un deuxième temps nous nous attarderons aux conséquences juridiques d'une déclaration de décès.

### 3.1 Les présomptions de décès

La notion de présomption de décès s'impose lorsqu'une personne est disparue puisque alors le droit se trouve devant une alternative: soit présumer que la personne continue de vivre indéfiniment, soit présumer qu'elle est morte, à toutes fins ou à des fins limitées. Les différents systèmes de common law se situent entre ces deux branches de l'alternative. Ils rejettent la présomption de la continuité de la vie sans toutefois déclarer le décès de la personne ni l'heure où serait survenu ce décès<sup>24</sup>. Cette approche laisse aux juges de common law une très grande latitude dans la procédure à suivre et dans les ordonnances qu'ils peuvent rendre<sup>25</sup>.

Contrairement à la plupart des pays de droit romaniste, les systèmes de common law n'avaient pas, jusqu'à récemment, de procédures spécifiques en déclaration de décès. Dans le système originel de common law, la question de la disparition n'était soulevée que de façon incidente. Ainsi, la disparition prolongée d'une personne posait des questions relatives à l'administration de ses biens et de sa succession ou le remariage du conjoint survivant. Une procédure pouvait donc être introduite par exemple pour l'ad-

---

24. A. HELDRICH et A.F. STEINER, «Disappearance» dans HELDRICH et al., *supra*, note 7, p. 34.

25. *Id.*, p. 26.

ministration de la succession. La question du décès devenait alors une question de preuve. Les juges de common law ont adopté la pratique de considérer qu'une personne est présumée morte après une absence de sept ans sans qu'on ait de ses nouvelles. Cette présomption de décès n'a pas d'effets généraux, mais seulement entre les parties et pour les fins limitées mentionnées dans l'ordonnance rendue par le juge. Par ailleurs, le juge ne détermine pas l'heure du décès, il se contente d'appliquer une présomption. Cette dernière peut d'ailleurs être renversée à une date ultérieure si la personne est retrouvée<sup>26</sup>.

La règle générale de sept ans d'absence sans communication n'est jamais absolue. Il s'agit d'une durée minimale et il faut également démontrer que des démarches ont été faites, sans succès, pour retrouver trace de la personne disparue. Par ailleurs, lorsque la personne disparaît lors d'un cataclysme, d'un accident maritime ou aérien, il va sans dire que le juge peut s'écarter de la règle générale et appliquer la présomption de décès bien avant que sept années se soient écoulées depuis la disparition<sup>27</sup>.

Même si à l'origine la présomption de décès était appliquée de façon incidente lors d'une requête, il faut toutefois reconnaître que depuis la fin de la seconde guerre mondiale, des lois ont été adoptées dans le but d'établir un moyen spécifique pour faire déclarer le décès d'une personne. Ces procédures sont parfois incluses dans la loi relative au mariage<sup>28</sup>, la loi relative à l'administration des successions<sup>29</sup> ou dans les lois relatives aux biens<sup>30</sup>. Par

26. Pour le Royaume-Uni, voir *Halsbury's Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd. [ci-après cité comme *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd.], vol. 17, par. 115-117; pour les États-Unis, voir 22 *American Jurisprudence*, 2<sup>e</sup> éd. [ci-après cité comme *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd.], «Death», par. 551, 553 et pour le Canada, voir *Canadian Encyclopedic Digest (Ontario)*, 3<sup>e</sup> éd., [ci-après cité comme *C.E.D. (Ont.)*, 3<sup>e</sup> éd.], vol. 1, titre 1.

27. *Ibid.*

28. Voir *Matrimonial Causes Act 1973* (R.-U.), 1973, c. 18, art. 19; voir aussi la *Loi sur le mariage*, L.R.O. 1990, c. M-3, art. 9.

29. Voir *Uniform Probate Code*, cité par HELDRICH et STEINER, *supra*, note 24, à la note 263 de la p. 56.

30. Voir notamment *Uniform Absence as Evidence of Death and Absentees' Property Act 1939*. Cette loi modèle a été adoptée par le Wisconsin et

ailleurs, même si une loi spécifique relative à la présomption de décès a été adoptée à certains endroits<sup>31</sup>, celle-ci est quand même restreinte aux questions d'administration des biens et aux questions relatives à la famille. Leur mode de fonctionnement ne diffère pas de celles des autres juridictions de common law, sauf qu'elles offrent un recours particulier, une procédure spécifique permettant de saisir le tribunal de la question.

### 3.2 Les conséquences juridiques d'une déclaration de décès

Les systèmes de common law adoptent une attitude pragmatique en matière de présomption de décès. Ils refusent de considérer que la personne humaine continue de vivre indéfiniment, mais ils refusent également de se prononcer sur le décès. Ils optent donc pour une solution pratique dans laquelle la personne est présumée morte aux fins spécifiques de l'affaire sur laquelle la cour doit se prononcer.

L'administration des biens d'une personne disparue constitue le principal problème auquel la cour est confrontée. Le juge de la Cour des successions peut accepter en preuve qu'une personne est disparue depuis une longue période de temps. Utilisant la présomption de décès, il peut la considérer comme morte aux fins de l'administration de la succession. Cependant, étant donné que cette présomption est réfutable, le juge ordonnera qu'une caution couvrant la valeur des biens du disparu soit déposée devant la cour<sup>32</sup>.

Même lorsqu'une personne disparue a été déclarée présumée morte, si elle réapparaît, elle a le droit de récupérer tous les biens dont elle disposait au moment de sa disparition. Elle a même droit aux profits raisonnables provenant de ses biens. Si ces derniers ont été vendus ou négligemment dilapidés, elle a droit à une indemnisation raisonnable. Certaines décisions américaines ont même exigé

---

le Tennessee: cité de HELDRICH et STEINER, *supra*, note 24, à la note 263 de la p. 56.

31. *Loi sur les présomptions de décès*, L.N.-B. 1974, c. P-15.1

32. *Woodhouselee c. Dalrymple*, (1861) 2 Mer. 419, 35 E.R. 1000 (R.-U.).

que les biens originaux soient retournés à leur propriétaire même lorsqu'ils avaient été acquis de bonne foi par des tiers<sup>33</sup>.

Lorsqu'un conjoint meurt, le conjoint survivant peut évidemment se remarier librement. Cependant, dans les systèmes de common law, l'application de la présomption de décès n'a pas nécessairement pour effet de dissoudre le mariage. Au contraire, si le conjoint survivant se remarie et que le disparu refait surface, le second mariage sera déclaré nul et non avenue puisque le mariage n'a pas été dissous. La plupart des États américains<sup>34</sup> et les provinces canadiennes<sup>35</sup> maintiennent cette position. Le Royaume-Uni a toutefois adopté une loi dont l'objectif est de protéger le conjoint qui se remarie. Cette loi permet à celui qui veut se remarier d'obtenir une déclaration de décès et de dissolution du mariage, ce qui empêche le second mariage d'être déclaré nul au retour du disparu<sup>36</sup>. Une disposition semblable a été adoptée par le législateur ontarien. Cependant, étant donné qu'au Canada le divorce relève des pouvoirs du gouvernement fédéral, cette disposition n'a pas pour conséquence d'annuler le premier mariage et le second sera donc déclaré nul au retour du disparu à moins qu'un décret de divorce n'ait été rendu en vertu de la *Loi sur le divorce*<sup>37</sup>.

L'absence prolongée d'une personne n'empêche pas la vie de poursuivre son cours. Les biens de la personne disparue doivent être administrés et les survivants ont le droit de continuer à vivre. Cette réalité a amené les tribunaux à inventer la présomption de décès. Nous l'avons constaté, la présomption de décès n'agit pas de façon à éteindre la personnalité juridique. La mort, par ailleurs, éteint la personnalité juridique. Ce sera l'objet de la section suivante.

---

33. Voir 1 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Absentees», par. 15.

34. Voir 52 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Marriage», par. 146.

35. Pour le Canada, voir *Re Bell*, [1946] O.R. 854 (Cour d'appel de l'Ontario) et *Meszaros c. Meszaros*, [1969] 2 O.R. 336 (Cour supérieure de l'Ontario).

36. *Matrimonial Causes Act 1973* (R.-U.), 1973, c. 18, art. 19.

37. Voir *Meszaros c. Meszaros*, *supra*, note 35.

## 4. L'extinction de la personnalité juridique

Dans tous les systèmes juridiques, la mort met fin à la personnalité juridique. La mort étant un phénomène naturel, sa détermination relève du domaine des sciences médicales. Jusqu'à l'avènement des transplantations cardiaques dans les années 1960, la mort était constatée par l'interruption de fonctions vitales comme la respiration et l'activité cardiaque. L'avènement de la réanimation systématique et de la transplantation d'organe, notamment de la transplantation cardiaque, a toutefois causé de sérieux problèmes de définition de la mort.

### 4.1 Les critères de détermination de la mort

S'il y a mort lorsqu'il y a arrêt des fonctions vitales, le médecin qui prélève un organe vital, avant de débrancher les appareils qui maintiennent les fonctions respiratoires et cardiaques d'une personne réanimée et gardée en vie par des moyens artificiels, pourrait être accusé de meurtre. Ce fut effectivement le cas dans l'affaire *Tucker*, dont les faits correspondent en tous points à ceux qui viennent d'être énoncés<sup>38</sup>. Afin de contourner le problème créé par les technologies de pointe, la cour utilisa un deuxième critère de détermination de la mort, soit celui de la cessation de l'activité cérébrale, laquelle peut être constatée par diverses méthodes scientifiques et médicales. Les États américains ont préféré codifier ces critères dans des lois relatives aux critères de détermination de la mort<sup>39</sup>. Le Royaume-Uni et le Canada ont préféré, pour leur part, s'en remettre au pouvoir judiciaire dans les cas difficiles, même si les commissions de réforme du droit ont proposé l'adoption de lois semblables<sup>40</sup>.

---

38. *Tucker c. Lower*, (1972) Richmond, Va., n° 2831.

39. *Uniform Brain Death Act* (1978) et *Uniform Determination of Death Act* (1980).

40. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les critères de détermination de la mort*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1979.

## 4.2 La détermination de la mort simultanée de plusieurs personnes

La détermination de l'heure de la mort peut également avoir une importance considérable en matière de succession. Ainsi, lorsque les deux membres d'un couple sans enfants sont tués ensemble dans un accident d'auto ou d'avion et que la dernière personne à mourir n'a pas laissé de testament, le régime légal de dévolution des successions *ab intestat* prévoit que le premier cède ses biens au deuxième et que les biens de ces derniers reviennent à sa proche famille, dépouillant la famille de celui qui est mort le premier de toute participation à la succession. La réanimation de l'une des victimes peut aussi avoir pour effet de faire passer la succession à sa famille et de priver celle de l'autre conjoint de participer à la succession.

Pour éviter la difficulté de déterminer l'heure de la mort chez des personnes de la même famille, les législateurs ont adopté des lois relatives aux présomptions de survie. Ainsi, le Royaume-Uni prévoit que le plus jeune des deux est présumé survivre au plus âgé aux fins de succession<sup>41</sup>. Par ailleurs, cette conclusion peut être évitée par une disposition testamentaire précisant comment les biens doivent être répartis advenant la mort simultanée des deux conjoints<sup>42</sup>. Enfin, la loi anglaise prévoit que les conjoints qui meurent intestats sont présumés être morts simultanément permettant ainsi de répartir les biens de chacun des conjoints entre leurs familles respectives<sup>43</sup>. La plupart des provinces canadiennes de common law avaient adopté la position anglaise dans leurs lois relatives aux présomptions de décès jusqu'à ce qu'elles les modifient en faveur de la solution américaine à la fin des années 1980.

La position américaine, proposée dans le *Uniform Simultaneous Death Act* de 1940 et telle que modifiée en 1991, diffère quelque peu de la solution anglaise. Les lois américaines s'intéressent à la

41. *United Kingdom Law of Property Act* (R.-U.), 1925, art. 184.

42. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol 17, par. 856.

43. Voir *Administration of Estates Act* (R.-U.), 1925, c. 23, art. 46(3) tel qu'amendé par *Intestates' Estates Act* (R.-U.), 1952, c. 64.

gestion des biens des personnes décédées simultanément. Ces lois disposent que la succession de chacune des personnes décédant simultanément doit être traitée comme si elle avait survécu aux autres personnes avec qui elle est morte simultanément. De plus, lorsque deux ou plusieurs personnes décèdent dans les dix jours l'une de l'autre, elles sont réputées être décédées en même temps. Par ailleurs, les biens matrimoniaux sont réputés avoir été détenus par les conjoints en commun à parts égales de sorte que les familles de chacun des conjoints héritent d'une part égale des biens matrimoniaux. Quant aux assurances, les sommes assurées payables aux termes du contrat au décès de la personne assurée doivent être payées comme si la personne assurée avait survécu au bénéficiaire. Toutes ces dispositions peuvent cependant être remplacées par des dispositions testamentaires spécifiques qui précisent la marche à suivre lorsque deux personnes décèdent en même temps ou dans une courte période l'une de l'autre. La loi prévoit que les dispositions testamentaires ont préséance sur les dispositions législatives. Certaines provinces canadiennes comme la Colombie-Britannique et l'Alberta ont conservé le modèle anglais alors que d'autres, depuis le début des années 1990, ont opté pour le modèle américain<sup>44</sup>.

### 4.3 La perte de la personnalité juridique par des moyens juridiques

La common law ancienne prévoyait qu'une personne condamnée pour crime grave (félonie) perdait sa personnalité juridique. Ainsi, une peine d'emprisonnement à vie avait pour conséquence la confiscation de tous les biens du condamné au motif que sa personnalité juridique s'était éteinte. Le droit de propriété d'une personne revenait, à sa mort, au seigneur. Par ailleurs, la mort civile avait pour conséquence la confiscation des biens par les autorités royales. C'est pour éviter cette confiscation que certains accusés préféraient plaider non coupable et être mis à mort sans procès. Étant donné

---

44. Voir *Canadian Encyclopedic Digest (Western)*, 3<sup>e</sup> éd. [ci-après cité comme *C.E.D. (West)*, 3<sup>e</sup> éd.], vol. 11A, titre 48, par. 19-30 et *C.E.D. (Ont.)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 9, titre 46, par. 83-89. Pour un exemple récent de l'adaptation de la formule américaine, voir la *Loi sur les présomptions de survie*, L.N.-B. 1991, c. S-20.

qu'on ne les avait pas déclarés coupables, ils ne perdaient pas leur personnalité juridique même s'ils perdaient leur vie.

Aujourd'hui, la common law a été humanisée et les prisonniers à vie n'en sont pas pour autant privés de tous leurs droits civils. Au contraire, les prisonniers, mêmes ceux condamnés à vie, continuent de jouir des mêmes protections sur le plan civil que les autres citoyens en ce qui a trait aux garanties juridiques et à l'application régulière du droit dans le traitement de leurs cas en matière disciplinaire<sup>45</sup>. Au Canada, les détenus qui purgent des peines de moins de deux ans peuvent même voter dans les élections fédérales. Lors des élections fédérales de 1997, la Cour fédérale d'appel a autorisé les prisonniers à voter. Il a toutefois été interjeté appel de cette décision devant la Cour suprême du Canada. Les provinces ne leur ont toutefois pas encore consenti ce droit<sup>46</sup>.

Par ailleurs, certains États américains prévoient qu'un prisonnier condamné à perpétuité ne peut hériter ou ne peut plus disposer de ses biens et que le mariage d'une personne condamnée à perpétuité est automatiquement dissous<sup>47</sup>.

Une personne peut éventuellement être privée d'exercer sa capacité juridique par une procédure judiciaire, comme nous le verrons dans la partie portant sur les incapacités des majeurs. Elle ne perd toutefois pas sa capacité juridique.

## 5. Conclusion

Si la common law ne connaît pas le concept de la personnalité juridique des personnes physiques, comment pourrait-elle la protéger comme une entité indépendante de la personne comme ce semble être le cas dans les droits romanistes? En common law, c'est la personne humaine qui est protégée. La personnalité juridique n'est pas une catégorie connue en common law. Cependant, la

45. Voir *C.E.D. (Ont.)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 27, titre 116, par. 145-149.

46. *Id.*, par. 165-166.

47. Voir 21 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Criminal Law», par. 1034 et 63 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Property», par. 46.

common law protège effectivement la personne humaine même si elle ne protège pas la personnalité juridique proprement dit.

Cette distinction a des conséquences importantes. Ainsi, la common law protège effectivement, et depuis très longtemps, la vie, la liberté et la sécurité de la personne humaine. Le troisième chapitre, portant sur la protection de l'individu et de son intégrité physique, expose brièvement les principaux recours juridiques disponibles à cette fin dans les systèmes de common law. Le deuxième chapitre témoigne aussi de certaines protections du nom d'une personne. Cette dernière protection est toutefois beaucoup moindre et moins bien articulée que celle que procurent les pays de droit romaniste.

## **CHAPITRE 2**

### **L'INDIVIDUALISATION DES PERSONNES PHYSIQUES ET L'ÉTAT CIVIL**

#### **1. Introduction**

Les individus qui vivent dans les systèmes de common law disposent à peu de chose près des mêmes moyens d'identification que ceux qui vivent dans des systèmes de droit romaniste. Tous ces systèmes ont en effet mis en place des dispositifs pour identifier leurs citoyens, tels l'établissement d'un système d'enregistrement de l'état civil des personnes.

La différence entre les systèmes de common law et ceux de droit romaniste réside principalement dans l'histoire de la constitution des registres de l'état civil et la façon dont ils sont utilisés. Par ailleurs, du point de vue juridique, les systèmes de common law n'ont pas développé de théorie entourant les registres de l'état civil et le nom des individus. Dans la formation des juristes des systèmes de common law, ces aspects du droit ne sont enseignés nulle part, sauf accidentellement en ce qui a trait au nom des enfants et au changement de nom.

#### **2. Modes de fonctionnement de l'enregistrement**

##### **2.1 L'historique des registres de l'état civil**

Les registres de l'état civil sont une création de la Révolution française. Avant cette époque, il n'existait pas de registres civils. Cela ne signifie toutefois pas qu'aucun registre n'était tenu. La tenue

régulière des registres de naissances, de mariages et de décès remonte au Moyen-Âge; elle se faisait en principe dans chaque paroisse. Une uniformisation des registres fut décrétée par les synodes de la deuxième moitié du XV<sup>e</sup> siècle et fut introduite en Grande-Bretagne en 1538 par Thomas Cromwell, représentant Henry VIII à la tête de l'Église anglicane<sup>48</sup>.

L'influence de la Révolution française en matière de registres de l'état civil se fit sentir progressivement en Europe et atteignit la Grande-Bretagne en 1837<sup>49</sup>. Cependant, encore à ce jour, dans plusieurs pays de common law, l'enregistrement se fait partiellement par l'intermédiaire des églises, notamment en ce qui a trait aux mariages.

## 2.2 Le fonctionnement des registres dans les pays de common law

Le mode de fonctionnement de l'enregistrement dans les systèmes de common law varie selon qu'il s'agit d'un pays unitaire ou fédéral. Ainsi, au Royaume-Uni, un registraire (fonctionnaire en charge de l'état civil) central reçoit, tous les trois mois, des registraires régionaux les renseignements pertinents de façon à centraliser ces renseignements et les statistiques de l'état civil<sup>50</sup>.

Par ailleurs, dans les pays fédéraux, ce sont les provinces ou les États, selon le cas, qui ont la compétence pour tenir les registres de l'état civil. Afin d'éviter des problèmes, les provinces ou États des pays fédéraux s'entendent sur des formulaires standardisés pour l'ensemble du pays<sup>51</sup>. Aux États-Unis, chaque État est divisé en régions auxquelles un registraire régional est affecté sous l'autorité d'un directeur des statistiques de l'état civil. Ce dernier est lui-même

---

48. Voir W. ZEYRINGER, «The registration of civil status» dans A. HELDRICH et al., *supra*, note 7, par. 358.

49. *Id.*, par. 359.

50. *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 39, par. 1001 et 1002.

51. Voir notamment pour les provinces canadiennes, *C.E.D. (West)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 34, titre 147, par. 2.

responsable devant une autorité administrative. Les tribunaux ont un ultime droit de regard sur les actions des registraires<sup>52</sup>.

### 2.3 Les entrées aux registres

Les entrées au registre portent sur les naissances, les mariages et les décès. Les entrées supplémentaires, comme celles relatives au changement de noms, sont habituellement insérées en marge des entrées principales.

Les entrées sont faites à la suite de déclarations de témoins des événements qui doivent être rapportés, tels la naissance, le mariage et le décès. Dans les pays de common law, le registraire est lié par les déclarations des parties<sup>53</sup>. Les naissances doivent être déclarées par toute personne présente à l'accouchement, habituellement le médecin ou la sage-femme. Comme la plupart des naissances ont lieu à l'hôpital, le personnel de l'établissement fait compléter la fiche de renseignements par les parents. Ainsi, les noms des parents, celui de l'enfant, les adresses des parents et d'autres renseignements de nature personnelle sont inclus dans cette fiche qui est ensuite envoyée au registraire. Si l'accouchement a lieu hors de l'hôpital, les parents doivent remplir la fiche de renseignements<sup>54</sup>.

Les renseignements relatifs au décès d'une personne sont fournis par les témoins de la mort. Dans les pays de common law, il s'agit habituellement d'un médecin qui constate le décès. Un proche parent pourrait aussi être tenu de fournir ces renseignements. La mort d'un enfant mort-né doit aussi être inscrite au registre<sup>55</sup>. La

---

52. 39 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Health», par. 51.

53. Voir ZEYRINGER, *supra*, note 48, par. 382 et 383.

54. Voir, pour le Royaume-Uni, *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 39, par. 1025. Pour les États-Unis, voir 39A *Corpus Juris Secundum* [ci-après cité comme *C.J.S.*], «Health & Environment», par. 41 et pour le Canada, *C.E.D (West)*, *supra*, note 51, par. 8.

55. Voir, pour le Royaume-Uni, *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 39, par. 1045-1051. Pour les États-Unis, voir 39A *C.J.S.*, *supra*, note 54, par. 41 et pour le Canada, *C.E.D (West)*, *supra*, note 51, par. 25-46.

date et l'heure du décès ne peuvent toutefois pas toujours être indiquées de façon précise.

Les mariages doivent aussi être enregistrés. Dans les pays de common law, le mariage est le plus souvent religieux et ce dernier est reconnu par les autorités civiles comme valide. Dans la majorité des cas, c'est donc le ministre du culte qui préside à la célébration du mariage qui fait parvenir les renseignements pertinents au registraire des statistiques de l'état civil. La date du mariage, les noms des mariés avant leur mariage, celui du célébrant et des témoins sont inscrits sur la fiche de renseignements<sup>56</sup>.

Des entrées supplémentaires peuvent être inscrites dans la marge, notamment les modifications faites à la suite de décisions judiciaires portant sur la paternité, la légitimité, l'adoption ou le changement de nom, l'annulation du mariage ou le divorce<sup>57</sup>. Certains États ou provinces prévoient qu'en cas de changement de sexe d'une personne, mention doit en être faite dans les registres de l'état civil.

## 2.4 La consultation des registres et la valeur probante des certificats

Les pays de common law ne considèrent pas nécessairement les registres de l'état civil comme des documents auxquels le public a accès. Ainsi, au Royaume-Uni, les registres de naissance, de décès et de mariage peuvent être consultés par quiconque paie les droits prescrits<sup>58</sup>. Par ailleurs, aux États-Unis, le droit en la matière varie selon les États: dans certains, les registres des naissances et des décès sont publics alors que dans d'autres États, la naissance d'enfants illégitimes ne peut être dévoilée que sur ordonnance de la cour, ce qui implique que les registres des naissances ne sont pas ouverts au public<sup>59</sup>.

---

56. Voir, pour le Royaume-Uni, *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 39, par. 1006. Pour les États-Unis, voir 39A *C.J.S.*, *supra*, note 54, par. 41 et pour le Canada, *C.E.D (West)*, *supra*, note 51, par. 22-24.

57. Voir ZEYRINGER, *supra*, note 48, par. 396.

58. *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 39, par. 1014-1016.

59. 39A *C.J.S.*, *supra*, note 54, par. 41.

Les registres de l'état civil sont plutôt considérés comme des documents à partir desquels le registraire des statistiques de l'état civil peut émettre des certificats de naissance, de décès ou de mariage à l'avantage des personnes, de leurs proches parents ou des agences gouvernementales. Toute autre personne n'aura accès aux registres que si elle peut démontrer qu'elle a un intérêt suffisant.

Les certificats dispensés par le registraire ne contiennent pas tous les renseignements figurant sur les fiches de renseignements ou dans les registres. Cependant, les lois prévoient que le certificat dûment délivré par le registraire doit être accepté comme preuve des renseignements qui y sont contenus, à moins qu'on ne puisse démontrer le contraire<sup>60</sup>.

## 2.5 Les moyens d'identification dans les systèmes de common law

Contrairement à la plupart des pays de droit romaniste, les pays de common law n'ont pas de moyens officiels et obligatoires permettant aux individus de s'identifier tels que cartes d'identité ou passeports. Seuls ceux qui voyagent à l'étranger détiennent un passeport, ce qui représente une faible proportion des populations des systèmes de common law. Ainsi, les Canadiens qui entrent aux États-Unis à titre de vacanciers n'ont pas besoin de passeport. L'inverse est aussi vrai pour les Américains qui entrent au Canada.

Par ailleurs, les pays de common law comme le Royaume-Uni, les États-Unis, le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande ne connaissent pas la carte d'identité. Une carte d'identité est toutefois délivrée en certains cas aux étrangers qui travaillent dans le pays. Aux États-Unis, il s'agit d'une carte verte (*green card*) comprenant une photo de la personne, ses noms et adresse ainsi que la période pour laquelle le permis de séjour ou de travail est valide.

---

60. Voir, pour le Royaume-Uni, *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 17, par. 168, pour les États-Unis, 39A *C.J.S.*, *supra*, note 54, par. 41, note 62 et pour le Canada, *C.E.D. (West)*, *supra*, note 51, par. 105-109.

Depuis la fin des années 1980, les pays de common law discutent de la possibilité d'introduire une carte d'identité. En 1986, le gouvernement australien a tenté d'introduire, sur une base volontaire, une carte d'identité australienne. Cette tentative s'est soldée par un échec. Malgré plusieurs tentatives, le Royaume-Uni n'a pas encore réussi à faire accepter une carte d'identité. Cette démarche anglaise est rendue nécessaire pour voyager à l'intérieur de l'Europe, mais les Anglais continuent de résister à cette initiative qui est considérée comme contraire à leur système de droit. Cette résistance est reflétée dans l'opinion d'une Cour d'appel de sept juges qui devait se prononcer sur la condamnation d'un candidat libéral au Parlement anglais qui, en 1950, avait refusé de produire sa carte d'identité émise pendant la guerre en vertu d'une loi d'urgence, arguant que la guerre était terminée et que la loi d'urgence devrait être abolie. La Cour d'appel a soutenu que la loi était valide, mais Lord GODDARD a constaté, à cette occasion, que la police demande la carte d'identité de façon routinière, ce qui amène d'honnêtes citoyens à se rebeller contre la police, ce qui est dommageable à la société<sup>61</sup>. Deux mois plus tard, le Parlement abolissait la loi rendant obligatoire la carte d'identité<sup>62</sup>.

Au cours des années 1990, la carte d'identité volontaire a refait surface de manière indirecte, dans les pays de common law. Ainsi, plusieurs provinces canadiennes émettent des permis de conduire avec photo pour ceux qui le veulent. Le permis de conduire sert alors de carte d'identité. Les jeunes qui atteignent l'âge de la majorité s'empressent habituellement d'obtenir une carte d'identité aux fins d'entrer dans des débits d'alcool. Cette carte émise par la Commission de contrôle des alcools devient en fait une carte d'identité. La carte d'assurance sociale (ou celle d'assurance-maladie délivrée à chaque adulte canadien) sert aussi de carte d'identité dans les pays de common law. Ces dernières ne comportent toutefois pas encore de photo.

---

61. *Willcock c. Muckle*, [1952] 1 K.B. 367.

62. Voir P.A. THOMAS, «Identity Cards», (1995) 58 *Modern Law Review* 702-713.

### 3. Le nom

Le nom est cet «usage de mot ou d'une série de mots qui participe du système d'identification des personnes»<sup>63</sup>. Le nom ne peut être constitué uniquement de chiffres ou de symboles. Par ailleurs, des chiffres ou des symboles peuvent être associés à des mots pour constituer le nom comme dans le cas de Henry Ford II<sup>64</sup>.

Pendant des siècles, les personnes étaient identifiées uniquement par leur prénom désigné sous l'appellation de nom ou nom de baptême<sup>65</sup> devenu par la suite le prénom<sup>66</sup>. Ainsi, très tôt, par ce lien étroit établi entre l'imposition du nom et l'administration du sacrement de baptême, le prénom passe sous le contrôle de l'église. Il devient sa créature: c'est elle qui décide de l'accepter ou non, elle qui l'attribue lors de la cérémonie du baptême, elle qui en assure par la suite la fixité en le consignand dans un registre, elle seule qui est à même de le modifier à l'occasion de la confirmation jusqu'à ce que l'usage, et par la suite les lois privées, soient aussi autorisés à le faire<sup>67</sup>. Le prénom appartient donc principalement à l'église en Angleterre, jusqu'en 1874, année où une loi crée un registre différent de celui tenu par les ministres du culte et prévoit l'éventualité d'un prénom choisi par les parents ou les tuteurs lorsque l'enfant n'est pas baptisé<sup>68</sup>.

Le nom patronymique ou nom de famille est une création postérieure à celle du prénom. Le nom de famille apparaît afin de lutter contre les homonymies de plus en plus fréquentes dans les noms de baptême. Le nom de famille commence à être utilisé en

---

63. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1987, p. 523.

64. *57 Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Name», par. 1.

65. Voir *Encyclopaedia of the Laws of England*, (1897) vol. 3, p. 9 au mot «Name».

66. R. MUNDAY, «The girl they named Manhattan : the law of forenames in France and England», (1985) *5 Legal Studies* 331.

67. Voir *R. c. Billingshurst*, (1814) 3 M. & S. 250 et *In Re Parrott's Will Trusts*, (1946) 62 T.L.R. 189. Pour un exemple de loi privée, voir le *Baines Name Act 1907*.

68. Voir *Birth and Death Registration Act 1874*, 37 et 38 Vict., (R.-U.), c. 88.

Angleterre vers la fin du XIV<sup>e</sup> siècle et, dans la quatrième année du règne d'Édouard IV (1465), des lois sont adoptées rendant l'usage du nom patronymique obligatoire<sup>69</sup>. Le surnom se choisit sur la base d'une particularité morale ou physique de l'individu (c'est le sobriquet, par exemple *Legros*), sur la base du lieu d'origine ou de résidence (par exemple *Deliège* ou *Dupont*), sur la base du nom de baptême, ou enfin à partir de la profession ou de l'état<sup>70</sup>.

### 3.1 L'acquisition du nom par l'enfant

Chaque personne acquiert ses noms et prénoms à la naissance. Dans certains cas, c'est par l'adoption que cette acquisition se fait.

Selon la common law, les parents peuvent donner à l'enfant le nom qu'ils veulent. Rien ne les force donc à donner le nom du père plutôt que celui de la mère. Cependant, la coutume se répandit de donner à l'enfant le nom de famille de son père si ses parents étaient mariés et le nom de sa mère s'il s'agissait d'un enfant illégitime ou né hors mariage. Il s'agissait là d'une coutume qui reflétait la constitution des familles au départ de la lignée du père plus que d'une donnée juridique. L'enfant illégitime prend le nom de sa mère parce que cette dernière est connue alors que le père ne l'est pas nécessairement. L'enfant illégitime n'est l'enfant de personne d'autre que sa mère<sup>71</sup>.

La coutume voulant que l'enfant légitime prenne le nom de son père et l'enfant illégitime celui de sa mère a toutefois eu des répercussions en droit. Avec le temps, cette coutume a été codifiée dans les lois relatives aux statistiques de l'état civil. À la fin des années 1970, de grands débats ont eu lieu en Amérique du Nord au sujet du droit de la femme mariée de donner son nom de famille à l'enfant. Il a fallu des modifications législatives au début des années 1980 pour assurer que la femme mariée puisse aussi donner son nom à l'enfant ou pour que ce dernier puisse prendre le nom composé de ses deux parents. Ces lois prévoient toutefois que tous les enfants

69. Voir 57 *Am. Jur.*, «Name», par. 2.

70. *Ibid.*

71. *Id.*, par. 15.

issus de mêmes parents doivent porter le même nom de famille<sup>72</sup>. Par ailleurs, l'abolition de l'illégitimité a ouvert au père le droit de donner aussi son nom à l'enfant.

### 3.2 Le nom de la femme mariée

La notion chrétienne du mariage, voulant qu'il soit l'union d'un homme et d'une femme pour la vie et qu'ils ne fassent qu'une seule et même chair, se traduit en common law par l'unité du couple. Cette unité du couple veut que l'un des conjoints, la femme en l'occurrence, voie sa personnalité juridique absorbée par celle du mari. Suivant cette doctrine, il s'ensuit que la femme mariée prenait, au mariage, le nom de son mari.

Puisque la common law autorise une personne à prendre tout nom à condition qu'elle ne le fasse pas pour des motifs frauduleux, il en résulte que c'est par réputation que la femme mariée prend le nom de son mari. La femme est toutefois autorisée, selon la common law, à garder son nom de jeune fille à son mariage. Ainsi, elle conserve son nom de jeune fille si elle continue de l'utiliser systématiquement après son mariage. Cependant, elle peut prendre le nom de son mari en utilisant ce dernier de façon systématique et constante<sup>73</sup>.

Depuis la fin des années 1970, le fait de porter le nom du mari est vu comme une contrainte à la personnalité de la femme, à son autonomie et à son développement de personne libre et mûre. Des mouvements de femmes ont demandé des clarifications législatives à ce sujet. Au Royaume-Uni et aux États-Unis, il n'a pas été jugé nécessaire d'amender la common law puisque la femme mariée, à l'instar de toute autre personne, peut changer de nom. Cependant, certains États américains ont modifié leurs lois pour permettre à la femme mariée d'indiquer sur le certificat de mariage si elle désire conserver son nom de jeune fille, prendre le nom de son mari ou

---

72. *Id.*, par. 14. Pour le Canada, voir *C.E.D. (West)*, *supra*, note 51, par. 8-10 et *C.E.D. (Ont.)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 33, titre 146, par. 16-17.

73. *57 Am. Jur.*, «Name», par. 10.

joindre par un trait d'union son nom de jeune fille à celui de son mari<sup>74</sup>.

À l'instar de certains États américains, les provinces canadiennes de common law ont été amenées à préciser qu'au mariage, la femme peut garder son nom de jeune fille, prendre celui de son mari ou prendre un nouveau nom composé du sien et de celui de son mari. Par ailleurs, la femme qui prend le nom de son mari peut reprendre son nom de jeune fille une fois pendant son mariage<sup>75</sup>.

### 3.3 Le droit de propriété dans un nom

Toute personne a droit à un nom. Bien plus, il existe actuellement une obligation d'avoir un nom afin d'être identifié. Cette obligation se traduit-elle par un droit de propriété sur le nom?

La première décision anglaise rapportée portant sur le droit de propriété sur un nom remonte à 1869, dans l'affaire *Du Boulay c. Du Boulay*<sup>76</sup>. Dans cette affaire, les appelants, membres de la famille Du Boulay, introduisent une action contre l'intimé, fils d'un ancien esclave de la famille, qui se faisait appeler Du Boulay. Les appelants prétendaient que le patronyme était la propriété de la famille et demandaient une déclaration de la cour à l'effet que leur nom de famille ne puisse être utilisé par une personne qui ne leur était pas apparentée. La décision finale énonce le principe selon lequel le droit anglais ne reconnaît à personne le droit absolu à porter un nom de façon à interdire à un étranger de se servir du même nom. Le simple fait pour un étranger d'utiliser un patronyme ne donne aucun recours connu en droit quels que soient les ennuis que peut causer cet usage<sup>77</sup>.

Au Royaume-Uni, le nom se trouve dans le *Halsbury's Laws of England* sous la rubrique de la propriété personnelle<sup>78</sup>. Cela

74. *Ibid.*

75. *C.E.D. (Ont.)*, *supra*, note 72, par. 56 et *C.E.D. (West)*, *supra*, note 51, par. 52-56.

76. (1869) L.R. 2 P.C. 430; 16 E.R. 638.

77. *Id.*, p. 644-645.

78. 4<sup>e</sup> éd., vol. 35, sous le titre «Personal Property», par. 1202 (nom comme propriété personnelle) et 1272-1279 (changement de nom).

montre que le nom est bel et bien objet de propriété particulièrement lorsque le nom est relié aux affaires ou à une profession. Ainsi, le droit de propriété dans un nom est reconnu par la common law lorsqu'il s'agit d'un nom d'affaire ou un pseudonyme<sup>79</sup>. Pour qu'un droit de propriété exclusif soit reconnu dans un tel nom, son propriétaire doit toutefois démontrer qu'il a acquis une réputation en utilisant ce nom ou ce pseudonyme. Les lois relatives à l'enregistrement des entreprises en nom collectif et celles relatives aux marques de commerce réglementent le droit de propriété sur les noms à usage commercial ou professionnel<sup>80</sup>. La notion de propriété personnelle est toutefois limitée comme moyen de protéger le droit au nom puisqu'elle se limite à protéger les intérêts économiques et commerciaux que les individus ont dans leur nom.

Les tribunaux américains ont voulu élargir la protection juridique de la personnalité juridique et, pour y parvenir, ils ont développé la notion de droit à l'intimité (*right to privacy*). Celle-ci reconnaît que le droit au nom est un droit personnel et pas seulement un droit de propriété. Le droit à l'intimité est défini comme le droit de tout individu d'une sensibilité ordinaire d'être libre de toute appropriation ou exploitation non désirées de sa personnalité ou de toute intrusion illicite dans ses activités privées qui auraient pour effet de lui causer des souffrances morales, de lui faire honte ou de l'humilier<sup>81</sup>.

Les autres pays de common law n'ont toutefois pas encore adopté la notion de droit à l'intimité pour protéger le nom et, au-delà de celui-ci, la personnalité juridique et s'en tiennent à la notion de propriété développée par la common law originelle.

## 4. Le changement de nom

### 4.1 Les règles de la common law

La common law définit le patronyme comme le nom commun à tous les membres d'une même famille. Un individu porte d'habi-

---

79. *Id.*, par. 1202.

80. *Ibid.* Voir aussi 65 *C.J.S.*, sous le titre «Name», par. 13 et 33.

81. 62A *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Privacy», par. 1.

tude le nom de son père, mais il peut à sa guise en adopter un autre sans qu'il lui soit nécessaire de remplir la moindre formalité<sup>82</sup>.

Telle est la position de principe du droit anglais en ce qui concerne le nom de famille: ce nom est laissé aux vœux des sujets de droit<sup>83</sup>. Il est évident qu'en pratique, en Angleterre comme ailleurs, le nom de famille a tendance à se transmettre de génération en génération et que les citoyens britanniques ne passent pas le plus clair de leur temps libre à changer de nom. Il n'en demeure pas moins que la common law pose avec fermeté le principe de la mutabilité inconditionnelle du nom. La common law n'impose pas de limite au choix du nom de famille. Peu importe qu'il soit déjà celui d'un tiers et que ce tiers s'avère fort mécontent de cet emprunt puisqu'en common law il n'existe aucun droit de propriété sur le nom<sup>84</sup>. Aucune formalité n'est requise aux fins de changer de nom. Dès le début du XVIII<sup>e</sup> siècle, les tribunaux anglais ont affirmé qu'une personne peut changer de nom à sa guise en autant qu'il n'agit pas ainsi dans un but frauduleux<sup>85</sup>. Ainsi, le mode de changement de nom le plus courant en common law est par l'usage, de manière progressive. Un nouveau nom est-il même adopté avec ou sans formalités, il ne prive pas son porteur de réutiliser à l'occasion l'ancien, par exemple pour recevoir un legs<sup>86</sup>.

Voici, en résumé, la façade libérale qu'offre de prime abord la common law originelle: pas de loi qui traite expressément du changement de nom, pas de précédent restrictif. Mais les choses ne sont pas si simples: il existe, et dans la common law elle-même, et dans la loi, de nombreuses dispositions régissant le changement de

82. Voir *Encyclopaedia of the Laws of England*, (1897) vol. 12, p. 53 au mot «Name». Voir aussi *Davies c. Lowndes*, (1835) 1 Bing. N.C. 618.

83. *Halsbury's Laws of England*, 1<sup>re</sup> éd., 1912 [ci-après cité comme *Halsbury's*, 1<sup>re</sup> éd.], vol. 21, par. 616 et 618.

84. Voir *Cowley c. Cowley*, [1901] A.C. 450 (Lord Lindley) reprenant la décision dans l'affaire *Du Boulay c. Du Boulay*, (1869) L.R. 2 P.C. 430.

85. Voir *Barlow c. Bateman*, (1730) 3 P. Wins. 65; *Gulliver c. Ashby*, (1766) 4 Burr. 1929; *Doe d. Luscombe c. Yates*, (1822) 5 B. & Ald. 544, 556 et *Davies c. Lowndes*, (1835) 1 Bing. (N.C.) 597, 618 (Lord Tindal).

86. Voir *Leigh c. Leigh*, (1808) 15 Ves. 100, où le changement avait été effectué par une loi privée.

nom. Ces normes sont dispersées entre divers domaines, qui vont des testaments aux formules des *deeds*, en passant par la loi sur le divorce. Cette approche incidente caractérise la common law originelle. L'approche systématique et générale qui embrasse *a priori* la totalité d'un concept est écartée au profit d'une démarche casuistique *a posteriori*, qui appréhende chaque problème de manière individuelle. Le droit anglais n'envisage pas le changement de nom dans son intégralité, il ne le considère qu'indirectement, à travers les problèmes concrets qui peuvent se poser à son sujet.

## 4.2 Les procédures générales

Il est très significatif de constater que les deux premières éditions de *Halsbury* ne comportent pas de chapitre consacré au changement de nom considéré séparément (ni même au nom en tant que tel), mais l'envisagent dans le cadre de la *Name and Arms Clause*. Celle-ci se définit comme une clause par laquelle le testateur ou le disposant (*settlor*) impose aux bénéficiaires successifs l'obligation de porter son nom et ses armoiries<sup>87</sup>.

Il arrive aussi qu'une clause d'un document (testament, contrat, acte de transfert de propriété, etc.) requière un changement de nom sans référence à un changement d'armes. Quel que soit son libellé (formalité prescrite ou non à peine de déchéance), il est conseillé d'observer pour changer de nom l'une des trois formalités suivantes: obtenir une autorisation royale (*Royal Licence*)<sup>88</sup>, avoir recours à une loi privée du Parlement ou effectuer un acte formel unilatéral (*deed poll*)<sup>89</sup>.

### 4.2.1 L'autorisation royale et la loi privée

Si un changement d'armes est requis, il ne peut s'effectuer que sur autorisation du roi puisque l'octroi d'armoiries fait partie de la prérogative du souverain<sup>90</sup>. La permission du souverain d'effec-

87. *Encyclopaedia of the Laws of England*, (1897) vol. 9, au mot «Name and Arms Clause», p. 41.

88. *Ibid.*

89. *Halsbury's Laws of England*, 1<sup>re</sup> éd., vol. 21, par. 627.

90. Voir *Re Croxon, Croxon c. Ferrers*, (1904) 1 Ch. 252.

tuer des changements aux armoiries s'accorde par l'entremise d'une autorisation royale (*Royal Licence*)<sup>91</sup>, qui doit ensuite être enregistrée à la confrérie des armoiries (*College of Arms*)<sup>92</sup>. Dans un tel cas, le changement de nom est accessoire au changement d'armoiries, il est donc accordé incidemment et ne prive pas le requérant d'utiliser par la suite son ancien nom<sup>93</sup>.

La loi privée est aussi à même de satisfaire à la publicité requise suite à un changement de nom ou aux exigences d'une *Name and Arms Clause*<sup>94</sup>. Une loi privée est une loi qui porte sur des questions qui ont un intérêt particulier pour une personne ou pour un groupe. Ainsi, avant que des lois d'intérêt général réglementent le divorce dans les pays de common law, le divorce d'un individu était prononcé par une loi privée. Quoique d'usage moins fréquent, il pouvait en être de même du changement de nom.

Concrètement, s'il est vrai que le patronyme peut être modifié à volonté, il n'en demeure pas moins que pour opposer ce changement de nom aux tiers, l'accomplissement d'une formalité quelconque peut s'avérer fort utile. En pratique toujours, les procédés de l'autorisation royale ou de la loi privée, à la fois très lourds et relativement coûteux, devaient paraître peu accessibles au citoyen ordinaire. Il lui restait donc à faire constater le changement de nom par acte formel unilatéral (*deed poll*) et à enregistrer celui-ci auprès du bureau central de la Cour suprême. Par exemple, une autorisation royale revenait en 1927 à £ 54.13 s alors que l'enregistrement ne coûtait que 1 s. par folio de 72 mots<sup>95</sup>.

---

91. La première autorisation royale (*Royal Licence*) connue date de 1679, par laquelle le duc d'Ogle, fils du duc de Newcastle, fut autorisé à prendre le nom de Percie.

92. *Halsbury's*, 1<sup>re</sup> éd., vol. 21, par. 625. L'octroi de la *Royal Licence* est discrétionnaire, mais la demande introduite aux fins de se conformer à une *Name and Arms Clause* (prescrite à peine de déchéance) est en pratique toujours honorée.

93. *Id.*, 1<sup>re</sup> éd., vol. 21, par. 624.

94. *Ibid.*

95. *Id.*, par. 627.

#### 4.2.2 L'acte formel unilatéral (*deed poll*)

L'acte formel unilatéral est un acte posé unilatéralement par une seule partie (plusieurs personnes peuvent aussi s'associer dans cet acte), dans lequel elle manifeste une intention, en l'occurrence son intention de changer de nom. L'acte formel unilatéral de changer de nom (*deed poll*) est la plus simple des trois formalités prévues par la common law. Une publicité quant à l'exécution et l'enregistrement de cet acte formel unilatéral est assurée dans la *London Gazette* et un ou plusieurs autres journaux. Cette publicité permettra d'éviter les contestations de la part de tiers.

L'efficacité de l'acte formel unilatéral se situe au niveau probatoire puisqu'il agit comme preuve du changement de nom<sup>96</sup>. Sa forme n'est pas régie par une loi, mais par un recueil de formulaires destiné aux praticiens<sup>97</sup>. Dès 1949 cependant, la forme de l'acte formel unilatéral de changement de nom est fixée par un règlement<sup>98</sup>. Celui-ci exige notamment que l'acte soit signé des deux noms (ancien et nouveau) et qu'il soit scellé. Lors de l'enregistrement, le requérant doit apporter la preuve de sa nationalité anglaise, et fournir une déclaration authentifiée par un propriétaire résidant en Grande-Bretagne ayant connu personnellement le requérant pendant une période d'au moins dix ans. L'acte doit être porté à la connaissance du public par le biais d'un journal (la *London Gazette*), et doit être en sus enregistré au *College of Arms*. Différents cas particuliers sont prévus par les règlements, notamment celui des enfants et des femmes mariées<sup>99</sup>.

La procédure d'acte formel unilatéral était utilisée dans les provinces canadiennes de common law avant que ces dernières n'adoptent, au cours des années 1940, des lois relatives au changement de nom. Aujourd'hui, l'Île-du-Prince-Édouard est la seule

---

96. *Ibid.*

97. *Encyclopaedia of Forms and Precedents*, vol. IX, p. 2-5.

98. *Enrolment of Deeds (Change of Name) Regulations 1949* (S.I. 1949.316) et l'*Enrolment of Deeds (Change of Name) Regulations 1951* (S.I. 1951.377). Cependant les précédents pertinents se trouvent toujours dans l'*Encyclopaedia of Forms and Precedents*, *supra*, note 97.

99. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 35, «Personal property», par. 1279.

province à conserver l'acte formel unilatéral. Il doit être enregistré auprès du directeur de l'état civil, notifié au registraire des actes du comté de résidence du requérant, et auprès du bureau de la Cour supérieure (semblable en cela au système anglais). Mention de l'acte doit être faite dans le Journal officiel de la province<sup>100</sup>.

Sauf dans la province canadienne de l'Île-du-Prince-Édouard, la pratique anglaise en matière de changement de nom n'a pas été conservée en Amérique du Nord. La plupart des provinces canadiennes et des États américains ont en effet adopté des lois relatives au changement de nom. Ces dernières prévoient un seul mode de changement de nom, celui prévu par les procédures énoncées dans la loi, abolissant ainsi les autres modes jusqu'alors en vigueur et notamment la procédure par acte formel unilatéral. Ces lois prévoient l'une ou l'autre des procédures suivantes pour effectuer le changement de nom: la procédure judiciaire ou la procédure administrative.

#### 4.2.3 *La procédure judiciaire*

La procédure de changement de nom prévue en vertu des lois américaines et canadiennes exige habituellement qu'une demande de changement de nom soit introduite devant une cour supérieure<sup>101</sup>. C'est aussi le choix de l'Ontario dès 1939<sup>102</sup>, imité par les provinces de l'Est du pays<sup>103</sup> et par le Yukon et les Territoires du Nord-Ouest<sup>104</sup>. Depuis quelques années cependant, la plupart des provinces canadiennes ont abandonné la procédure judiciaire, très onéreuse, en faveur d'une procédure administrative<sup>105</sup>.

100. Voir *Change of Name Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-3.

101. Voir *57 Am. Jur.*, 2d, «Name», par. 18.

102. Voir *An Act Respecting the Changing of Names*, S.O. 1939, c. 6, art. 3.

103. *An Act to Provide for the Change of Name*, S.N.S. 1943, c. 4; *An Act to Provide for the Change of Name*, R.S.N. 1952, c. 165; *Change of Name Act*, S.N.B. 1955, c. 5, par. 10(1).

104. *An Ordinance to Provide for Change of Name*, R.O.N.W.T. 1956, c. 10, art. 13, *An Ordinance to Provide for Change of Name*, R.O.Y.T. 1958, c. 14, art. 13.

105. Voir *C.E.D. (West)*, *supra*, note 51, par. 65-75 et *C.E.D. (Ont.)*, *supra*, note 72, par. 70-79.

Cette procédure protège le droit au nom par la publicité et le mécanisme de l'opposition. Toute personne souhaitant s'opposer au changement (ou fournir des informations à la cour) peut se rendre à l'audience et doit être entendue.

Les lois relatives au changement de nom énoncent les motifs pour lesquels le juge est susceptible de refuser une ordonnance de changement de nom. Il s'agit manifestement de protéger le droit des tiers et le droit au nom en général: si le nom demandé est identique à celui d'autrui de manière à être raisonnablement source d'erreur ou de confusion, à être source de gêne ou à constituer un inconvénient pour autrui, le juge doit refuser la demande de changement de nom. De même si les raisons du changement sont inadéquates ou discutables ou enfin, pour tout motif estimé valable par le juge<sup>106</sup>.

Ces nouvelles façons d'opérer le changement de nom ont posé de nombreux problèmes aux juges de common law. Il fallait d'abord décider si les lois relatives au changement de nom abolissaient la règle de common law permettant à tout individu de changer de nom sans autres procédures. Il est maintenant reconnu que ces lois ne modifient en rien la common law, mais qu'elles offrent un autre moyen d'effectuer le changement de nom<sup>107</sup>.

Le deuxième problème est de savoir si un individu peut adopter n'importe quel nom, fût-ce celui d'un tiers, comme c'était le cas en vertu de la common law. Dans l'affaire *In Re Rezek or Rennie*<sup>108</sup>, REZEK est un immigrant qui, soucieux de son intégration, souhaite modifier son nom en «Rennie», empiétant ainsi sur les plates-bandes d'une ancienne famille écossaise qui, fort mécontente, fait opposition à sa requête. Le juge FACTOR, très ennuyé,

---

106. Voir 57 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Name», par. 26-37; *C.E.D. (Ont.)*, *supra*, note 72, par. 73-74 et *C.E.D. (West)*, *supra*, note 51, par. 65-67.

107. Voir 57 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Name», par. 17. Au Canada, voir au même effet *Re Dillon*, (1975) 57 D.L.R. (3d) 737 (N.-É.); *P.G. du Canada c. Cormier*, (1984) 53 R. N.-B. (2d) 324. Une seule décision est rapportée qui énonce que la loi relative au changement de nom a modifié la common law, il s'agit de *Re Kaptein*, (1976) 23 R.F.L. 106 (T.N.-O.)

108. *In Re Rezek or Rennie*, (1947) O.W.N. 21.

hésite et se demande si REZEK a des raisons inadéquates de vouloir changer de nom au sens de la loi de l'Ontario. La similitude avec le nom des tiers sera-t-elle pour ces derniers source d'inconvénient, voire d'une certaine gêne? Mais on ne se défait pas aisément de traditions aussi séculaires que celles de la common law anglaise, et le juge interprète la loi à la lumière de la common law: il autorise donc le changement.

#### 4.2.4 *Les procédures administratives*

La toute première loi canadienne relative au changement de nom, celle de l'Alberta adoptée en 1916, confie le pouvoir d'opérer le changement au Secrétaire provincial ou à autre ministère selon les provinces.

Ces systèmes vont à terme s'orienter vers la concentration des changements de nom au seul état civil, la décision relevant alors du directeur ou registraire de celui-ci. Il s'agit d'une procédure rationnelle et pratique mais subordonnée à la mise sur pied d'un état civil laïque et efficace.

Le directeur ou registraire de l'état civil est investi d'un pouvoir discrétionnaire important et c'est lui qui décide si les prescriptions de la loi sont rencontrées aux fins de permettre le changement de nom.

### 4.3 **Quelques cas particuliers**

Nous examinerons brièvement quelques cas particuliers qui posent problème. Parmi ces derniers, les femmes mariées, l'adoption des enfants et les transsexuels.

#### 4.3.1 *Les femmes mariées*

Vers la fin des années 1970, la question s'est posée à savoir si la femme mariée qui a pris le nom de son mari peut reprendre son nom de jeune fille sans avoir à faire une demande en vertu de la loi relative au changement de nom. La common law n'était pas claire

à ce sujet. En fait, deux tendances jurisprudentielles s'opposent. Ainsi, dans l'affaire *Fendall c. Goldsmid*<sup>109</sup>, le juge anglais laisse entendre que le nom s'acquiert par réputation et que si femme mariée utilise le nom de son mari, ce dernier devient le sien et qu'elle peut seulement en acquérir un autre par réputation. Au moins deux juges canadiens se sont appuyés sur cette position anglaise pour rendre leur jugement<sup>110</sup>. Par ailleurs, une autre lignée de jurisprudence prévoit que la femme mariée ayant porté le nom de son mari ne peut reprendre son nom de jeune fille qu'en demandant un changement de nom en vertu de la loi relative au changement de nom<sup>111</sup>. C'est pour éviter tout malentendu que les législateurs ont précisé que la femme mariée peut reprendre son nom de jeune fille après avoir pris celui de son mari<sup>112</sup>.

Une autre question se pose également relativement au nom de la femme mariée: la femme mariée peut-elle conserver le nom de son mari même après que ce dernier soit mort ou qu'elle en ait divorcé? La question a reçu réponse de la Chambre des Lords en 1901 dans l'affaire *Cowley c. Cowley*<sup>113</sup>. Dans cette affaire, le comte COWLEY demandait une injonction pour interdire à son ex-épouse, qui avait épousé en seconde noce un homme sans titre, d'utiliser le titre de comtesse COWLEY. La plus haute cour du pays a jugé que les cours de justice n'ont pas compétence en la matière puisque le nom relève de la coutume et non du droit. La coutume en question prévoit que toute personne est autorisée à porter le nom qui lui plaît en autant qu'elle n'agit pas pour des motifs frauduleux.

Les lois relatives au changement de nom prévoient que la femme mariée peut reprendre son nom de jeune fille à son divorce ou au décès de son mari. Rien toutefois ne l'oblige à abandonner le nom de son mari.

---

109. (1877) 2 P.D. 263.

110. Voir l'affaire *In re Dalglish Estate*, (1975) 57 D.L.R. (3d) 739 (C.-B.).

111. Voir *Re Kaptein*, (1976) 23 R.F.L. 106 (T.N.-O.).

112. Voir *C.E.D. (West)*, *supra*, note 51, par. 53.

113. [1901] A.C. 450 (Ch. des Lords).

#### 4.3.2 *Le changement de nom des enfants mineurs*

Le divorce, le remariage des parents et l'adoption sont les principales raisons militant en faveur du changement de nom d'un enfant mineur. La common law n'a pas de règle particulière en ce qui a trait au changement de nom des enfants. Ainsi, à moins d'indication contraire dans une loi, un mineur peut changer de nom en autant qu'il ait atteint l'âge, la maturité et l'intelligence suffisantes pour faire un choix éclairé. Les tribunaux seront toutefois plus hésitants à autoriser un changement de nom d'un très jeune enfant pour éviter des problèmes familiaux<sup>114</sup>.

En vertu des lois relatives au changement de nom, les deux parents doivent normalement consentir au changement de nom<sup>115</sup>. Cependant, dans la plupart des cas, le problème survient lorsque le parent qui a la garde de l'enfant à la suite d'un divorce se remarie et décide de changer le nom de l'enfant pour qu'il prenne celui du nouveau mari. En de tels cas, les tribunaux appliquent le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant en tenant compte des droits de l'enfant de maintenir des liens avec son père biologique<sup>116</sup>. En décidant ou non d'accorder le changement de nom, le juge dispose d'une vaste discrétion. Il doit généralement tenir compte de l'amour, de l'affection et des liens qui existent entre l'enfant et chaque parent avec qui il entretient des liens, des besoins pour l'enfant d'être en sécurité, de l'effet sur l'enfant de toute atteinte à sa stabilité, des vues et préférences de l'enfant et du patrimoine culturel et religieux de l'enfant<sup>117</sup>. L'autorisation de changer de nom sera plus facile lorsque le père a abdicqué ses droits par son comportement délinquant envers la société et particulièrement envers l'enfant en l'abandonnant ou en ne payant pas de pension alimentaire<sup>118</sup>.

Lors de l'adoption, les parents adoptifs du Royaume-Uni et des États-Unis sont généralement autorisés à changer le nom de

---

114. Voir 57 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Name», par. 42.

115. *Id.*, par. 43.

116. *Id.*, par. 45. Voir aussi *C.E.D. (West)*, *supra*, note 51, par. 57.

117. *Id.*, par. 46-54. Voir aussi *C.E.D. (West)*, *supra*, note 51, par. 58-64.

118. *Ibid.*

famille de l'enfant<sup>119</sup>. Au Canada cependant, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire de changer ou non le nom de famille de l'enfant selon qu'il considère ce qui est dans l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>120</sup>. Le prénom peut aussi être changé, mais plus difficilement.

#### 4.3.3 *Le changement de nom des transsexués*

Le système d'enregistrement des personnes des systèmes de common law prévoit que le nom des individus doit être enregistré en même temps que leur naissance. Les systèmes d'enregistrement prévoient cependant que des correctifs peuvent être apportés au registre sans toutefois pouvoir les altérer. Le nom des individus est étroitement lié à leur sexe. Ainsi une personne qui subit une intervention destinée à changer son sexe voudra habituellement faire changer la mention de son sexe à son acte d'enregistrement de naissance en même temps qu'elle change de nom.

Dans les pays de common law, la notion de sexe ne fait l'objet d'aucune loi, mais elle a été définie par la jurisprudence. Ainsi, la décision dans l'affaire *Corbett c. Corbett*<sup>121</sup>, où un homme a changé de sexe et s'est marié. Découvrant la vérité, son partenaire a demandé une annulation du mariage. La cour lui a donné raison en précisant que le sexe d'une personne est déterminé en utilisant des critères biologiques tels le sexe chromosomique, gonadique et génital et non des critères psychologiques de sorte qu'une intervention chirurgicale destinée à changer le sexe d'une personne n'a aucun effet sur le sexe biologique et légal d'une personne. Se fondant sur cette décision, les tribunaux anglais refusent d'autoriser une personne à changer l'inscription de son sexe sur son acte de naissance.

Deux cas ont été portés par le Royaume-Uni devant la Cour européenne des Droits de l'Homme dans le but de renverser la

---

119. Voir W. PINTENS et M.R. WILL, «Names» dans A. HELDRICH et al., *supra*, note 7, par. 139.

120. *Id.*, par. 136.

121. [1970] All E.R. 33 (P.D. & A. Div.).

décision de la Commission européenne des Droits de l'Homme favorable au changement du sexe sur l'acte de naissance à la suite d'une intervention chirurgicale destinée à changer le sexe de l'individu. Dans sa décision, la Cour européenne des Droits de l'Homme reconnaît l'importance du problème, mais reconnaît aussi la particularité de la common law et le problème de modifier une pratique au sujet de laquelle il n'a pas été légiféré<sup>122</sup>.

Au moins la moitié des États américains reconnaissent la possibilité pour un transsexuel de changer la mention de son sexe sur son certificat de naissance. Ces États américains reconnaissent que les critères biologiques ne peuvent être les seuls facteurs déterminants et qu'il faut aussi prendre en compte les aspects psychologiques, émotionnels et le fait que la société accepte de telles pratiques de changement de sexe<sup>123</sup>. La plupart des provinces canadiennes, sauf les moins peuplées (Île-du-Prince-Édouard, Terre-Neuve, et les deux territoires) ont modifié leur loi pour autoriser le changement de nom et la mention du sexe des transsexués<sup>124</sup>. L'Australie a aussi adopté une loi en 1988 autorisant ce changement<sup>125</sup>.

## 5. Le domicile

Depuis toujours, le rattachement à un territoire a une importance autant pour les individus que pour les États et leur gouvernement. Des droits et des obligations sont en effet dévolus à un individu selon les liens qu'il entretient avec un territoire donné. Le droit d'ester en justice ou d'être protégé par la constitution de même que ses obligations peuvent varier selon l'étendue des liens qu'un particulier établit avec un territoire. Ainsi, la personne qui est en vacances dans un pays n'a pas les mêmes droits ni les mêmes obligations que celle qui cherche à y immigrer. Le particulier qui

---

122. Voir *Rees c. United Kingdom*, (1986) Cour Eur. D.H. Sér. A., n° 106 et *Cossey c. United Kingdom*, (1990) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 184.

123. Voir ZEYRINGER, *supra*, note 48, par. 396 et note 1483.

124. *C.E.D. (Ont.)*, *supra*, note 72, par. 86-87; *C.E.D. (West)*, *supra*, note 51, par. 84-86.

125. *Sexual Reassignment Act*, Australie, 1988.

possède le droit de travailler dans un territoire n'a pas encore les mêmes droits que le citoyen.

Les critères utilisés pour déterminer l'intensité des droits et des obligations de l'individu peuvent varier d'un pays à l'autre. Généralement cependant, ces critères se rejoignent. Ils s'articulent habituellement autour des notions de domicile, de résidence et de nationalité. L'emphase sur la nationalité et la résidence caractérise surtout les pays de tradition romaniste, alors que les pays de common law insistent plutôt sur la notion de domicile.

Si les pays de common law retiennent surtout la notion de domicile, c'est dû au fait qu'il n'existe pas, chez les Anglais, un droit privé qui intéresse particulièrement la personne physique ni de droit «britannique» bien qu'il existe une nationalité britannique. Un sujet britannique peut en effet relever, pour tout ce qui concerne son statut personnel, aussi bien du droit anglais que du droit écossais, lesquels sont, sur ce point et bien d'autres, différents malgré l'union des deux royaumes au début du XVIII<sup>e</sup> siècle. Se référer à une nationalité britannique pour déterminer la loi applicable ou le for compétent en droit international privé étant impossible, le choix du domicile comme facteur de rattachement s'imposait donc.

La notion de domicile est, en droit anglais, une création des tribunaux à qui des problèmes de droit international privé, particulièrement entre Anglais et Écossais, étaient et sont encore soumis. La notion de domicile renvoie au lieu où une personne peut exercer ses droits<sup>126</sup>. Dans de telles affaires, les tribunaux devaient essentiellement décider deux choses: la compétence de la cour d'entendre la cause et le droit applicable à la cause. La détermination de la question de la compétence était essentielle puisqu'elle établissait le droit du justiciable à être ou non entendu par le tribunal. En outre, la détermination du domicile d'un particulier permettait de décider la loi du pays s'appliquant à lui<sup>127</sup>.

---

126. Voir D.M. WALKER, *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 373.

127. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 8(1), par. 680.

Les différentes notions de résidence, de domicile, de citoyenneté et de nationalité méritent d'être définies. La notion de résidence signifie plus qu'une présence passagère sur un territoire. La présence est un aspect important de la notion de résidence et peut suffire selon la common law pour donner aux tribunaux le pouvoir d'exercer leur compétence sur la personne présente sur son territoire, ne fût-ce que de manière accidentelle ou passagère, soit parce qu'elle est soupçonnée d'avoir commis un crime ou encore parce qu'un acte introductif d'instance lui a été signifié dans le ressort. Si la présence seule peut suffire à établir la compétence du tribunal, elle est toutefois insuffisante, en règle générale, pour lui permettre d'ester en justice dans le ressort.

La résidence exige plus qu'une simple présence. Un certain degré de permanence est requis pour reconnaître à un particulier la résidence dans un territoire. La permanence de la relation qu'il entretient avec le territoire s'apparente aux exigences requises dans les pays de droit romaniste de résidence habituelle, voire, dans certains cas, du domicile. La permanence du lien avec le territoire s'explique aussi par les conséquences importantes du point de vue de l'impôt qui sont imposées aux résidents.

## 5.1 Le domicile de naissance

La doctrine de common law relative au domicile veut que tout individu ait un domicile et que personne ne soit sans domicile. Cette doctrine s'appuie sur le fait qu'un enfant prend le domicile de ses parents au moment de sa naissance; ce domicile est à la fois dit domicile d'origine, puisqu'il est le premier acquis et de dépendance puisqu'il dépend d'un autre, celui des parents. Si les parents élisent un nouveau domicile après sa naissance, l'enfant prend pour domicile de dépendance celui de ses parents<sup>128</sup>.

Deux solutions différentes existent dans les systèmes de common law quant à la solution à donner lorsqu'une personne abandonne son domicile de dépendance sans en élire un autre. Le

---

128. *Id.*, par. 684. Voir aussi 25 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Domicil», par. 9.

Royaume-Uni et la plupart des pays de common law maintiennent que lorsqu'une personne abandonne le domicile qu'elle a élu, elle retrouve son domicile de naissance. Cette solution est rendue possible parce qu'en common law, le domicile de naissance est immuable. Il demeure toujours attaché à la personne jusqu'à sa mort. Ce domicile d'origine peut devenir latent lorsqu'un particulier élit un nouveau domicile. Cependant, s'il abandonne le nouveau domicile, le domicile d'origine, qui était latent, refait surface de façon à ne jamais laisser quelqu'un sans domicile<sup>129</sup>.

La position américaine prévoit aussi qu'une personne ne peut être sans domicile. Cependant, le droit américain adopte une position différente de la position originelle anglaise. Selon le droit américain, lorsqu'elle choisit un nouveau domicile et l'abandonne par la suite, la personne retrouve le dernier domicile qu'elle avait avant son abandon. Le domicile antérieur peut évidemment être le domicile d'origine, mais il se peut que ce soit un autre domicile d'élection, comme il arrive souvent chez les immigrants<sup>130</sup>. Lorsque la Nouvelle-Zélande<sup>131</sup> et l'Australie<sup>132</sup> ont légiféré en matière de domicile, elles ont abandonné la position anglaise pour se rallier à la position américaine. Cependant, même si la position originelle de common law a été critiquée, plusieurs pays, dont le Canada, continuent de l'appliquer<sup>133</sup>.

## 5.2 Le domicile par effet de la loi

Certaines catégories de personnes se voient attribuer un domicile par effet de la loi. Pour ces catégories de personnes, la loi leur attribue un domicile dans le ressort où elle présume qu'elles exercent leurs droits civils et qu'elles accomplissent leurs obligations, même si elles ne sont en fait pas présentes dans le ressort. C'est le cas des personnes à charge, notamment des enfants mineurs et, jusqu'à récemment, des femmes mariées. On nomme ce domicile, domicile de dépendance.

---

129. *Id.*, par. 680.

130. 25 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Domicil», par. 15.

131. *Domicile Act 1976*, Nouvelle Zélande 1976, art. 11.

132. *Domicile Act 1982*, Australie 1982, art. 7, 11.

133. *C.E.D. (Ont.)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 4A, titre 28, par. 116-120.

Le mariage chrétien, le seul reconnu par la common law d'origine, était fondé sur le principe de l'unité du couple. Lorsque la femme se mariait, son domicile d'origine devenait latent et elle acquérait le domicile de son mari par effet du droit<sup>134</sup>. Même si elle se séparait par la suite, la femme mariée devait intenter sa demande en divorce dans le ressort de la cour du domicile de son mari, parce que le droit ne lui reconnaissait pas d'autre domicile que celui de son conjoint<sup>135</sup>. Les juges anglais et les législateurs des pays de common law ont progressivement modifié la common law en la matière en reconnaissant à la femme mariée un domicile propre aux fins du divorce<sup>136</sup>, puis à toutes fins pratiques<sup>137</sup>. Cependant au Canada, puisque le domicile relève du droit privé et donc de la compétence des provinces, chacune a dû modifier la common law en adoptant une loi reconnaissant à la femme mariée un domicile propre comme si elle était célibataire<sup>138</sup>.

La position anglaise relativement au domicile de la femme mariée était aussi appliquée aux États-Unis même si elle a maintenant été abandonnée<sup>139</sup>. Certains auteurs américains estiment toutefois qu'aux États-Unis, la femme mariée a toujours conservé son domicile propre et que la doctrine originelle de common law n'a jamais eu plein effet. Le droit américain reconnaissait que la femme mariée séparée pouvait acquérir un domicile propre<sup>140</sup>.

134. Voir *Restatement of the law, Conflict of laws*, 2<sup>e</sup> éd., Philadelphia PA, The American Law Institute, par. 21.

135. *Robinson-Scott c. Robinson-Scott*, [1957] 3 W.L.R. 842, 3 All E.R. 473.

136. Cette modification a été opérée par la *Loi sur le divorce* du Canada, L.C. 1968, c. D-8, art. 6(1). La Nouvelle-Zélande a suivi avec la *Matrimonial Proceedings Amendment Act 1970*, par. 1(1). Le Royaume-Uni a modifié sa *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973* (R.-U.) 1973, par. 1(1) pour opérer cette modification alors que l'Australie a modifié sa *Family Law Act* en 1975, al. 4(3) (b). Cité par A. HELDRICH et A.F. STEINER, «Domicile and residence» dans A. HELDRICH et al., *supra*, note 7, par. 263.

137. Voir *Domicile and Matrimonial Proceeding Act 1973* (R.-U.), 1973; *Domicile Act 1976*, Nouvelle-Zélande, art. 5 et *Domicile Act 1982*, Australie, art. 6.

138. *Family Law Reform Act*, S.O. 1978, c. 2, al. 65(3)c) et *C.E.D. (West)*, vol. 6, titre 30, par. 131.

139. Voir 25 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Domicil», par. 40.

140. Voir HELDRICH et STEINER, *supra*, note 136, par. 263.

La notion d'unité du couple développée par le droit anglais avait aussi des effets sur les enfants mineurs. Ces derniers acquerraient le domicile de leur père<sup>141</sup>. Encore aujourd'hui, l'enfant dont les parents sont mariés prend le domicile de son père<sup>142</sup>, alors que l'enfant dont les parents ne sont pas mariés acquiert le domicile de sa mère<sup>143</sup>. La plupart des provinces canadiennes ont par contre spécifiquement modifié leurs lois pour accorder aux deux conjoints le droit de donner leur domicile conjoint à l'enfant<sup>144</sup>. Par ailleurs, en cas de séparation ou de divorce, les enfants ont le domicile du parent qui en a la garde légale<sup>145</sup>. Les orphelins, à moins d'être adoptés, se trouvent dans la difficile situation de conserver le domicile de leurs parents jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge requis pour être en mesure d'élire un nouveau domicile<sup>146</sup>. Cet âge était celui de la majorité pour les pays qui n'ont pas modifié la common law, mais a été abaissé à 16 ans au Royaume-Uni et en Nouvelle-Zélande et 18 ans en Australie<sup>147</sup>.

La common law a également développé des règles particulières pour les personnes incapables. Ces règles sont différentes selon que la personne est devenue incapable avant ou après l'âge requis pour être en mesure d'élire un nouveau domicile. Selon la common law originelle, si l'incapacité est apparue avant l'âge légal, cette personne sera considérée comme un mineur. Par ailleurs, si l'incapacité apparaît après que la personne a atteint l'âge requis pour choisir un nouveau domicile, le droit fige le domicile de la personne incapable au moment de son incapacité<sup>148</sup>.

---

141. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 8(1), par. 701.

142. *Ibid.*, voir aussi 25 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Domicil», par. 41.

143. *Ibid.*, voir aussi 25 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Domicil», par. 45.

144. Voir *C.E.D. (Ont.)*, vol. 4A, titre 28, par. 125-127.

145. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 8(1), par. 701 et 25 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Domicil», par. 42.

146. *Ibid.* et 25 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Domicil», par. 46.

147. Voir HELDRICH et STEINER, *supra*, note 135, par. 257.

148. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 8(1), par. 702 et 25 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Domicil», par. 51.

### 5.3 Le domicile de choix

Selon la common law, l'intention est une considération très importante dans le processus judiciaire visant à déterminer le domicile d'une personne. Comme nous l'expliquerons plus loin, l'intention a surtout de l'importance lorsqu'un particulier veut établir un nouveau domicile ou s'il veut abandonner son domicile de naissance. Le droit anglais est particulièrement intransigeant lorsqu'il s'agit de prouver l'intention d'abandonner son domicile et d'en choisir un nouveau. En ce sens, pour prouver l'intention d'élire un nouveau domicile, la personne doit démontrer qu'elle a coupé tous ses liens avec son ancien domicile et qu'elle a l'intention bien arrêtée de demeurer dans son nouveau lieu de séjour de façon permanente.

La preuve exigée pour démontrer l'intention d'élire domicile aux États-Unis est toutefois moins exigeante que dans les autres pays de common law, plus fidèles à leur souche. Aux États-Unis, il suffit de démontrer que la personne a l'intention de s'établir ici et maintenant, sans avoir à démontrer qu'elle n'a pas l'intention de changer de domicile à nouveau<sup>149</sup>. Cette position se comprend par la nature très mobile de la société américaine, alors que la position anglaise est le fait d'une société engagée dans la colonisation qui insiste sur le maintien des liens avec la patrie d'origine. L'Australie<sup>150</sup> et la Nouvelle-Zélande<sup>151</sup> ont d'ailleurs codifié cette exigence.

La preuve de l'intention est souvent difficile à faire, particulièrement dans le cas des prisonniers, des soldats, des personnes en convalescence, des élèves dans des pensionnats et des étudiants universitaires. La common law américaine en particulier reconnaît que les situations mentionnées peuvent, dans certains cas précis, ouvrir la possibilité de former l'intention de choisir un domicile<sup>152</sup>.

---

149. Voir 25 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Domicil», par. 19-23.

150. *Domicile Act 1982*, Australie, 1982, art. 10

151. *Domicile Act 1976*, Australie, 1976, art. 10.

152. Voir 25 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Domicil», par. 30-39.

## 6. La nationalité

En common law, les notions de domicile et de résidence habituelles sont beaucoup plus utilisées que celle de nationalité. La notion de nationalité désigne les liens juridiques (les droits et obligations) qui découlent du fait d'appartenir à un État particulier. Ainsi, la citoyenneté permet à un individu de voter, de se présenter à des postes dans la fonction publique, de participer à certaines activités requérant la citoyenneté et de détenir un passeport.

La notion de citoyenneté est parfois dissociée de la nationalité, comme c'est notamment le cas aux États-Unis. Par ailleurs, dans la plupart des pays de common law, nationalité et citoyenneté sont des termes interchangeables.

Les objectifs auxquels répond la notion de nationalité sont de quatre ordres. Premièrement, la nationalité est un moyen d'intégrer les citoyens vivant dans un même pays, particulièrement les immigrants. Deuxièmement, elle vise la préservation des liens familiaux et à faciliter l'entrée au pays des membres d'une même famille. Troisièmement, elle tente d'empêcher les problèmes liés aux personnes qui ont des nationalités multiples ou qui sont sans nationalité. Enfin, elle tente de faire reconnaître l'égalité des femmes et des enfants nés hors mariage.

### 6.1 L'acquisition de la citoyenneté par la naissance

En règle générale, la nationalité s'acquiert de trois façons. Premièrement, la citoyenneté est habituellement acquise par les liens qu'une personne entretient avec le pays, particulièrement en y étant né. C'est ce qu'on appelle en droit international le droit du sol (*jus soli*). Deuxièmement, la citoyenneté peut aussi être acquise par les liens du sang avec une personne qui est déjà citoyen du pays (*jus sanguinis*). Troisièmement, la citoyenneté peut être acquise par effet de la loi, comme dans les cas du mariage à un citoyen. Enfin, chaque pays possède sa loi relative à l'immigration qui permet de naturaliser les personnes qui remplissent les conditions qui y sont énumérées.

Les pays de common law ont pour principe de reconnaître comme citoyens, d'une part toutes les personnes nées sur leur territoire (*jus soli*) et d'autre part, les enfants de citoyens de leur pays mais qui sont nés à l'étranger (*jus sanguinis*)<sup>153</sup>. La plupart des pays de common law, sauf le Canada<sup>154</sup>, ont toutefois modifié quelque peu ces principes de common law. Le Royaume-Uni, par exemple, restreint le principe de *jus soli* en précisant dans sa loi que la citoyenneté est accordée aux personnes nées sur son territoire si au moins un parent est citoyen britannique ou est établi dans le pays<sup>155</sup>. Les États-Unis, pour leur part, restreignent l'acquisition de la nationalité par les liens du sang (*jus sanguinis*) en ne reconnaissant la citoyenneté aux descendants nés hors des États-Unis qu'aux seuls cas où les deux parents sont américains et au moins l'un d'eux réside habituellement aux États-Unis depuis un certain temps<sup>156</sup>.

## 6.2 L'acquisition de la citoyenneté par opération de la loi: le mariage et l'adoption

La common law originelle conférait la citoyenneté par le biais du mariage. Afin de reconnaître l'égalité des hommes et des femmes, les pays de common law se sont conformés aux déclarations des Nations Unies et ne reconnaissent plus automatiquement la citoyenneté au conjoint. Les États favorisent cependant l'acquisition de la citoyenneté par les personnes mariées à l'un de leurs citoyens<sup>157</sup>.

Selon les règles de droit en vigueur dans les pays de common law, l'adoption a pour conséquence de rompre tout lien avec les parents biologiques et de faire des parents adoptifs les nouveaux parents de l'enfant adopté. Étant donné la pénurie d'enfants à adopter dans les pays développés, de plus en plus de parents désirant adopter ont recours à l'adoption internationale. Ce type d'adoption

---

153. A. HELDRICH et A.F. STEINER, «Nationality» dans A. HELDRICH et al., *supra*, note 7, par. 295.

154. Voir *C.E.D. (Ont.)*, vol. 4, titre 27, par. 409.

155. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 4(2), par. 11.

156. Voir *3A Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Aliens & Citizens», par. 1435.

157. *Id.*, par. 1545. Voir aussi *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 4(2), par. 25.

peut être régularisé dans le pays d'adoption de l'enfant ou dans son pays d'origine. L'adoption dans un ressort de common law a pour conséquence de conférer la citoyenneté aux enfants adoptés par des parents citoyens de ce ressort. Cependant, les adoptions internationales ont de plus en plus lieu dans le pays d'origine de l'enfant, auquel cas, deux solutions sont possibles. La première solution est de reconnaître les enfants adoptés à l'étranger comme les enfants des parents adoptifs en utilisant la fiction selon laquelle l'enfant adopté est né à l'étranger de citoyens du ressort. C'est notamment cette approche que favorisent l'Australie et la Nouvelle-Zélande<sup>158</sup>. Les autres pays de common law traitent l'enfant adopté à l'étranger de la même manière que les personnes qui épousent un citoyen à l'étranger. L'enfant adopté à l'étranger est admis au pays avec ses parents adoptifs mais doit suivre les procédures prévues en matière de naturalisation pour devenir citoyen du ressort<sup>159</sup>. Au Royaume-Uni, il semble que la naturalisation d'un enfant adopté à l'étranger puisse se réaliser par l'enregistrement de l'adoption auprès du registraire des statistiques de l'état civil.

### 6.3 La naturalisation

La naturalisation est le moyen prévu dans tous les pays pour permettre aux immigrants d'acquérir les mêmes droits que ceux qui ont acquis la citoyenneté par leur naissance dans le ressort. Ce mode d'acquisition de la citoyenneté est précisée dans les lois relatives à l'immigration. Cette loi prévoit les conditions minima requises pour devenir citoyen. Parmi ces dernières, la plus importante est sans doute une période de probation plus ou moins prolongée qui est de quatre ans au Royaume-Uni et au Canada<sup>160</sup> et de cinq ans aux États-Unis<sup>161</sup>. Parmi les autres conditions peuvent figurer la renonciation à la nationalité antérieure, la prestation d'un serment d'allégeance au pays, la maîtrise d'au moins une des langues offi-

---

158. HELDRICH et STEINER, *supra*, note 153, par. 317.

159. Voir 3A *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Aliens & Citizens», par. 1554 et *C.E.D. (Ont.)*, vol. 4, titre 27, par. 409.

160. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 4(2), par. 101 et *C.E.D. (Ont.)*, *supra*, note 158, par. 412.

161. Voir 3A *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Aliens & Citizens», par. 1500.

cielles du pays, l'absence d'activité criminelle, une bonne santé physique et mentale, et la capacité financière de subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille<sup>162</sup>.

#### 6.4 La perte de la citoyenneté

La nationalité ou la citoyenneté peut être perdue de plusieurs façons: l'abandon volontaire, l'acquisition d'une autre nationalité ou une activité criminelle dans l'obtention de la citoyenneté.

Selon la doctrine de la common law, un citoyen ne peut abandonner sa nationalité. Les États-Unis sont toutefois plus libéraux sur ce point et prévoient dans leur loi qu'un citoyen américain peut abdiquer sa citoyenneté américaine<sup>163</sup>. Le Canada a suivi les traces des Américains sur ce point<sup>164</sup>.

Dans plusieurs États, l'acquisition de la nationalité dans un autre pays conduit automatiquement à la perte de la citoyenneté originelle. Tel est notamment le cas aux États-Unis où un citoyen américain peut perdre sa citoyenneté en s'expatriant, ou en prêtant serment d'allégeance à un autre pays<sup>165</sup>.

La citoyenneté peut aussi être perdue comme sanction contre une activité frauduleuse ou criminelle dans l'obtention de la nationalité. Cette sanction est habituellement réservée aux personnes qui ont obtenu leur naturalisation sous de faux prétextes ou en cachant certaines informations, notamment des activités criminelles ou terroristes antérieures à leur entrée au pays<sup>166</sup>.

En conservant les deux modes d'acquisition de la citoyenneté, les pays de common law ouvrent la porte au problème de la double nationalité. Cette double nationalité peut être acquise par la natura-

162. Voir HELDRICH et STEINER, *supra*, note 153, par. 322.

163. Voir 3A *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Aliens & Citizens», par. 1711.

164. *C.E.D. (Ont.)*, *supra*, note 158, par. 424.

165. Voir *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Aliens & Citizens», par. 1719-1738.

166. *Id.*, par. 1698. Voir aussi *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 4(2), par. 121 et *C.E.D. (Ont.)*, *supra*, note 158, par. 425.

lisation d'un citoyen d'un autre pays particulièrement au Royaume-Uni et au Canada ou par la naissance dans le pays d'un enfant issu de parents étrangers ou la naissance à l'étranger d'un enfant issu de citoyens du pays. De plus en plus, c'est par le mariage à l'étranger que la double nationalité est acquise surtout lorsque le pays d'origine, à l'instar du Royaume-Uni et du Canada, ne prévoit pas que l'acquisition d'une nouvelle citoyenneté abolit la nationalité d'origine.

## 7. Conclusion

Les éléments qui distinguent les systèmes de common law en matière d'identification des personnes sont au nombre de quatre. Mentionnons en premier lieu le fait que dans les pays de common law, les registres de l'état civil sont tenus en fonction des statistiques de la population et non, à l'instar des pays de droit romaniste, en fonction de l'enregistrement du statut civil des personnes. Cette distinction est illustrée par le titre même des lois qui créent les registres de l'état civil, désignées comme la *Loi sur les statistiques de l'état civil* et par le fait que ce ne sont pas des fonctionnaires qui ont pour mission de recueillir les renseignements pertinents, mais les professionnels qui assistent à la naissance, célèbrent les mariages ou constatent les décès.

La deuxième caractéristique qui distingue les pays de common law est le traitement du nom. Tout d'abord, contrairement aux pays de droit romaniste, ceux de common law formalisent peu le nom des personnes. Chacun a un nom, mais peut le changer à volonté et sans autres formalités en autant que le changement ne vise pas à frauder ou à échapper à ses responsabilités. Le changement de nom par la simple réputation est encore possible en Amérique du Nord même si les États américains et les provinces canadiennes ont adopté des lois relatives au changement de nom dont les procédures se rapprochent de celles que l'on peut retrouver dans les pays de droit romaniste.

Une troisième caractéristique distingue les pays de common law des pays de droit romaniste. Il s'agit de la façon d'identifier les

personnes. Ces pays n'ont pas institué la pratique du passeport ou d'autres moyens officiels d'identification. Les moyens d'identification dépendent de la raison pour laquelle la police exige une identification. Ainsi, l'individu arrêté au volant de sa voiture devra fournir un permis de conduire, mais s'il est arrêté dans un bar, il pourrait devoir présenter une carte d'identité délivrée par la régie des alcools; dans ses transactions commerciales, le même individu présentera une carte portant son numéro d'assurance sociale ou encore une carte de crédit. Même s'ils envisagent la possibilité d'émettre une carte d'identité avec photo (qui pourrait aussi être le permis de conduire), les pays de common law sont encore loin des cartes d'identité utilisées dans les pays de droit romaniste.

Enfin, la nationalité n'a pas tellement d'importance en common law. Il s'agit d'un concept qui a très peu de résonance. Il en prend davantage par les lois relatives à la citoyenneté pour déterminer le droit de vote et celui d'occuper certaines fonctions importantes. Cependant, les notions de résidence et de domicile sont beaucoup plus importantes. La notion de domicile en common law possède à peu près la même signification que la notion de nationalité dans les pays de droit romaniste. Cela a fait dire que la notion de domicile d'origine en droit anglais est aussi stable que la notion de nationalité dans les pays de droit romaniste.

## CHAPITRE 3

### LA PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNALITÉ: LA PROTECTION DE L'INDIVIDU ET DE SON INTÉGRITÉ PHYSIQUE ET MORALE

#### 1. Introduction

BLACKSTONE ouvre le chapitre premier du premier livre de ses *Commentaires sur les lois de l'Angleterre*<sup>167</sup> en insistant sur les droits de la personne humaine. Selon ce grand maître du droit anglais, les droits de la personne comportent deux catégories: les droits absolus des individus et leurs droits relatifs. Les droits relatifs échoient aux individus parce qu'ils sont membres de la société. Ces droits sont relatifs parce qu'il est impossible de régler la conduite des humains comme membres de la société s'ils disposent de droits absolus. Selon BLACKSTONE «les droits sociaux et relatifs résultent de la formation des États et des sociétés, ils sont postérieurs à cette formation»<sup>168</sup>. Aussi, ce qu'il convient de qualifier aujourd'hui de droits fondamentaux, qui opposent les individus à l'État, est considéré comme des droits relatifs et n'est pas traité par lui dans son livre premier portant sur les droits de la personne. En common law contemporaine, ce que BLACKSTONE appelle droits relatifs est normalement couvert par le droit constitutionnel, le droit administratif et les chartes des droits de la personne, qu'elles soient constitutionnalisées ou non. Cette façon de considérer la protection de la personnalité n'est d'ailleurs pas tellement différente de la perspective adoptée par les juristes de formation romano-germanique.

---

167. Voir BLACKSTONE, *supra*, note 1, p. 207 et s.

168. *Id.*, p. 212-213.

Selon BLACKSTONE, par droits absolus des individus, nous entendons les droits qui sont de ce genre dans leur signification première et stricte, ceux qui appartiendraient aux individus dans le simple état de nature, à la jouissance desquels tout homme peut prétendre, soit dans la société, soit en dehors d'elle<sup>169</sup>.

Il précise que le but principal de la société et du droit anglais «est de protéger les individus dans la jouissance des droits absolus dont les ont investis les lois immuables de la nature»<sup>170</sup>. Il réduit à trois ces droits absolus de l'individu: le droit à la sécurité personnelle, le droit à la liberté personnelle, et le droit à la propriété privée<sup>171</sup>. Ce chapitre est principalement consacré aux droits à la liberté et à la sécurité personnelle. Le droit à la liberté personnelle «consiste dans le pouvoir de changer de lieu et de situation, ou de se transporter en quelque lieu qu'on le désire, sans empêchement, sans emprisonnement, à moins que la loi ne l'ait dûment ordonné»<sup>172</sup>. Le droit à la sécurité personnelle «consiste dans la jouissance légale et non interrompue de la vie, des membres, du corps, de la santé, et de la réputation»<sup>173</sup>.

BLACKSTONE l'a bien démontré: l'absence d'un concept de la personnalité juridique ne laisse pas sans recours les citoyens des pays de common law pour protéger les droits de la personne. Le droit anglais en matière de protection des droits fondamentaux s'est développé grâce à la vigilance des tribunaux. Ainsi, le droit de propriété a été l'un des premiers à être reconnu et protégés par le bref d'atteinte à la propriété (*writ of trespass*) destiné à protéger la propriété foncière et les biens personnels. Par ailleurs, l'intégrité de la personne humaine a été protégée par l'action pour voies de fait (*action for assault*) ou pour menace de voies de fait. L'action en diffamation (*action for defamation*) visait à protéger la réputation des citoyens. L'action en séquestration ou emprisonnement illégal (*action for false imprisonment*) visait à protéger la liberté physique

---

169. *Id.*, p. 211.

170. *Id.*, p. 212.

171. *Id.*, p. 224.

172. *Id.*, p. 234.

173. *Id.*, p. 224.

des personnes. Il faut toutefois reconnaître que la common law a été moins active dans la protection de la vie privée et des libertés d'expression, de religion et d'association.

Ce chapitre porte principalement sur les protections offertes aux personnes par la common law sans faire appel au droit constitutionnel ou aux chartes des droits et libertés, sauf en ce qui a trait à la protection de la vie privée, principalement aux États-Unis. Conformément à la définition que BLACKSTONE donne des droits que la common law vise prioritairement à protéger, nous aborderons brièvement le droit à la liberté et celui relatif à la sécurité de la personne humaine. Ces droits seront étudiés principalement dans le contexte de la responsabilité civile délictuelle et particulièrement dans le contexte du droit médical. Ce chapitre est donc placé sous le principe de la protection de l'inviolabilité de la personne humaine. Cette dernière se concrétise de quatre principales façons.

## **2. La protection de la liberté personnelle**

L'inviolabilité de la personne humaine et le respect de la personne sont des revendications qui sont aussi vieilles que le monde. Tout être vivant revendique un espace vital minimum et un respect de son identité. De tout temps, il a défendu son être contre les intrusions non autorisées. Ce principe se retrouve en droit dans la reconnaissance à toute personne du droit à la liberté et du droit de se défendre lorsqu'elle est attaquée.

### **2.1 Le délit civil de séquestration**

Règle générale: nul ne doit être privé de sa liberté de mouvement. Le délit civil de séquestration est l'une des formes de poursuite civile les plus anciennes de la common law. Son but est de protéger la liberté de mouvement contre les atteintes non autorisées et non justifiées de toute personne, y inclus la police. Sera tenue responsable de séquestration, toute personne qui en détient une autre de façon à l'empêcher de sortir du lieu où elle se trouve. L'élément de contrainte s'élargit au champ psychologique, sous la forme d'une perception raisonnable de l'absence de tout choix, qui suffit à rendre

involontaire la privation de liberté. Il peut donc y avoir détention sans qu'il y ait contrainte physique, si la personne intéressée se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu'elle n'a pas le choix d'agir autrement<sup>174</sup>.

Ce principe s'applique notamment au milieu hospitalier. Nul, s'il n'est autorisé par la loi ou par quelque autre justification juridique, ne doit entraver la liberté de mouvement d'un patient. Ainsi, ce serait détenir illégalement un patient que de l'enfermer dans une chambre, de l'empêcher de quitter l'établissement ou de l'attacher à son lit ou à une chaise, à moins qu'il n'existe une justification juridique ou légitime d'utiliser de tels moyens.

## 2.2 L'autorisation légale comme moyen d'exonération

Il existe plusieurs justifications légales autorisant la restriction de la liberté de mouvement d'un individu. Lorsqu'elle est soupçonnée par la police d'avoir commis un crime, une personne peut être arrêtée légitimement pour autant que les dispositions de la loi soient respectées<sup>175</sup>.

De nombreuses lois particulières, outre le Code criminel de l'État ou de la province, autorisent également les policiers à limiter la liberté de mouvement des citoyens. Ainsi, en vertu des lois relatives aux véhicules à moteur, les policiers sont autorisés à intercepter tout véhicule pour vérifier la voiture, son immatriculation et le permis de conduire du chauffeur<sup>176</sup>. Des lois ou des arrêtés municipaux, selon le cas, autorisent aussi les policiers à détenir pendant 24 heures toute personne trouvée en état d'ébriété en public<sup>177</sup>.

---

174. Voir *R. c. Terens*, [1985] 1 R.C.S. 613. Voir aussi *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 45, par. 1325 et 35 *C.J.S.*, «False imprisonment», par. 11-12.

175. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 45, par. 1328 et 35 *C.J.S.*, «False imprisonment», par. 27.

176. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 40, par. 267-269; *C.E.D. (Ont.)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 14, titre 70, par. 52-54.

177. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 26, par. 413-414 et *C.E.D. (Ont.)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 19, titre 88, par. 63. Aux États-Unis, l'état d'ébriété en public est une infraction autorisant l'arrestation, 5 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., par. 64.

De nombreuses lois portant sur la protection de la santé donnent aux autorités médicales le pouvoir de limiter la liberté des citoyens. Ainsi, les lois relatives aux maladies à déclaration obligatoire, dont les lois sur les maladies vénériennes, constituent un cas particulier, autorisent les personnes désignées à arrêter toute personne atteinte d'une maladie à déclaration obligatoire qui refuse de se faire traiter<sup>178</sup>. Les lois relatives à la protection du malade mental en vigueur dans chaque pays, État ou province de common law permettent d'interrompre la liberté de mouvement de toute personne atteinte d'un désordre mental et qui est considérée dangereuse pour elle-même ou pour autrui et de la détenir dans un établissement psychiatrique. Une personne peut être admise de son plein gré dans un tel établissement, mais elle peut aussi y être admise sans son consentement. Tout patient admis dans un hôpital général peut le quitter en tout temps. S'il y est détenu de force, il peut poursuivre en responsabilité civile délictuelle pour séquestration. Le patient admis de son plein gré dans un établissement psychiatrique peut partir sans restriction, sauf lorsqu'un psychiatre estime que ce malade devrait être détenu contre son gré<sup>179</sup>.

Il existe une autre situation, non prévue par la loi mais développée par les tribunaux, où un patient peut être retenu contre son gré. La common law permet en effet à toute personne de porter atteinte à la liberté d'autrui lorsqu'il y a nécessité de protéger sa vie ou sa santé ou celle des autres. Ainsi, la jurisprudence reconnaît au personnel médical le droit d'user de la contrainte pour contrôler un patient suicidaire ou agité qui risquerait autrement de porter atteinte à sa vie ou à sa santé<sup>180</sup>.

Le principe général demeure que les citoyens ont le droit d'être libres et ce sera toujours à la personne qui a enfreint la liberté du demandeur de prouver qu'elle était autorisée à agir ainsi par la loi ou par nécessité.

---

178. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 38, par. 74-77 et 39A *C.J.S.*, «Health & environment», par. 23.

179. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 45, par. 1335; 35 *C.J.S.*, «False imprisonment», par. 16b et 32 *Am. Jur.*, «False imprisonment», par. 72.

180. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 45, par. 1338 et 32 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «False imprisonment», par. 68.

### 3. La protection de l'intégrité physique de la personne: la notion de consentement

#### 3.1 Le délit civil de voies de fait

La common law protège la dignité humaine en reconnaissant à quiconque est touché ou menacé par autrui le droit de poursuivre celui qui a enfreint l'inviolabilité de sa personne. L'action en voies de fait (*battery*) et celle de menace et tentatives de voies de fait (*assault*) est sans contredit à l'origine de la responsabilité civile délictuelle en droit anglais. Le simple fait de toucher autrui sans son consentement et sans justifications légales peut entraîner la responsabilité civile délictuelle de celui qui enfreint les droits d'une personne à son inviolabilité<sup>181</sup>.

Toute règle générale souffre des exceptions. La jurisprudence a établi que le simple fait de toucher autrui dans une foule par accident ne constitue pas des voies de fait. De même, à celui qui consent, nul mal ne peut être fait. Le consentement opère donc comme moyen d'exonération<sup>182</sup>. C'est surtout en matière de droit médical que la notion contemporaine de consentement a été développée.

#### 3.2 Le consentement éclairé: ses composantes

Le consentement du patient doit être obtenu avant que le personnel médical ou hospitalier pratique un traitement sur un patient.

Il va sans dire que le consentement n'est pas formellement obtenu avant chaque traitement. Le consentement général donné lors de l'admission du patient, de même que le consentement implicite accordé du fait que le patient se prête au traitement sans rien dire, suffit pour rendre valide le consentement aux examens médicaux et aux actes infirmiers mineurs dont tout le monde connaît la nature et la portée et dont les conséquences sont généralement

181. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 45, par. 1310-1311.

182. *Id.*, par. 1312-1213.

sans risques inhabituels. Il faut cependant se rappeler que le patient a toujours le droit de revenir sur sa décision et refuser un traitement auquel il a préalablement consenti. L'affaire *Mulloy c. Hop Sang*<sup>183</sup> illustre bien ce qui précède. Dans cette affaire, un travailleur d'origine chinoise s'était fait écraser la main lors d'un accident de travail. Il fut transporté à l'hôpital où il demanda au médecin de lui faire un pansement, précisant qu'il ne voulait absolument pas qu'on lui ampute la main. Il voulait d'abord consulter un autre médecin. Le médecin jugea qu'il était nécessaire d'amputer la main, ce qu'il fit. La cour décida que le médecin avait agi sans autorisation même si l'amputation s'avérait nécessaire. Lorsque le patient refuse spécifiquement un traitement, il a le droit de faire respecter ses vœux et celui ou celle qui porte atteinte à sa personne sans son consentement est coupable du délit civil de voies de fait.

Le consentement, pour être valide, doit rencontrer les conditions suivantes: il doit être accordé librement par une personne possédant la capacité légale et mentale d'accorder un consentement et, enfin, ce consentement doit être donné en connaissance de cause.

### 3.2.1 *Le consentement libre et volontaire*

Le consentement doit être accordé librement en ce sens que celui qui donne son consentement ne doit pas être forcé à le faire. La force physique, psychologique ou autre ne doit pas être exercée sur le patient pour l'obliger à consentir. Cependant, des pressions plus subtiles peuvent être exercées. Un des moyens utilisés est d'obtenir le consentement alors que le patient est sous l'effet de sédatifs. L'usage de cette méthode a été critiqué par les tribunaux. Dans l'affaire *Beausoleil c. Sisters of Charity*<sup>184</sup>, une patiente, requérant une intervention chirurgicale au niveau de la colonne vertébrale, spécifia à l'anesthésiste qu'elle voulait une anesthésie locale et non une anesthésie générale. Une demi-heure avant l'in-

---

183. [1935] 1 W.W.R. 714 (C.S.C.-B.). Voir aussi *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 30, par. 39. Voir aussi 61 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Physicians, surgeons, etc.», par. 175.

184. (1964) 53 D.L.R. (2d) 65. Voir aussi, au même effet, 61 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Physicians, surgeons, etc.», par. 176.

tervention, l'anesthésiste en chef réussit à convaincre la patiente de consentir à une anesthésie générale. La cour déclara que le consentement n'avait pas été donné librement et volontairement parce qu'au moment de consentir, la patiente était sous l'effet d'un sédatif qui avait diminué ses capacités mentales et sa résistance. Le fardeau de la preuve repose sur le médecin ou sur l'infirmière, selon le cas, de démontrer clairement que l'effet d'un sédatif n'a probablement pas affecté le patient en ce qui a trait à sa capacité de comprendre la nature et les conséquences de l'intervention contemplée<sup>185</sup>.

La personne qui accorde son consentement doit non seulement le faire librement, mais encore doit-elle être en mesure de donner son consentement. Le consentement doit être donné par une personne qui a la capacité juridique et la capacité mentale de consentir.

### 3.2.2 *La capacité juridique de consentir*

Certaines personnes n'ont pas la capacité juridique de donner leur consentement. Les enfants mineurs font partie de cette catégorie de même que les personnes majeures qui ont été privées de l'exercice de leur capacité par la loi. Le consentement dans ces deux cas doit être obtenu du tuteur ou d'un proche parent.

Le chapitre suivant aborde plus en détail la capacité des mineurs de consentir au traitement médical. Pour l'instant, qu'il suffise de préciser qu'en règle générale, en cas d'urgence, le consentement n'est pas nécessaire si les parents ne peuvent être rejoints. Cependant, dans chaque pays, État ou province, la loi relative à la protection des enfants prévoit que lorsque les parents refusent leur consentement, l'enfant peut être placé sous un régime de protection et une demande peut être adressée à la cour pour autoriser les autorités civiles à substituer leur consentement à celui des parents<sup>186</sup>.

---

185. Voir *Kelly c. Hazlett*, (1976) 1 C.C.L.T. 1 (C.A. Ont.) et 61 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Physicians, surgeons, etc.», par. 176.

186. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 5(2), par. 604; *C.E.D. (West)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 18, titre 77, par. 11 et 61 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Physicians, surgeons, etc.», par. 178.

Les enfants mineurs ne sont pas les seuls qui ne peuvent juridiquement donner leur consentement. Certains adultes peuvent perdre leur capacité juridique lorsque les lois l'autorisent. Cet aspect fait l'objet d'un traitement particulier dans la partie du chapitre suivant portant sur les majeurs inaptes. Par ailleurs, les lois récentes des pays, États et provinces de common law relatives à la santé mentale précisent que les psychiatres peuvent administrer, sans consentement préalable, le traitement médical de routine à un patient, en attendant une décision du tribunal à l'égard d'une demande d'internement. L'administration sans consentement de traitement de routine est aussi prévue pour les personnes admises contre leur gré dans un établissement psychiatrique<sup>187</sup>.

Même si le patient admis involontairement perdait sa capacité juridique de consentir au traitement, ce qui est douteux, l'affaire *Rennie c. Klein*<sup>188</sup> pourrait limiter considérablement les pouvoirs de l'État. Dans cette affaire américaine, le patient demandait une injonction pour empêcher les autorités de l'hôpital psychiatrique de lui administrer un traitement reconnu pour ses effets secondaires sérieux et permanents. La cour exprima l'avis que même si la loi autorise à porter atteinte à la liberté de mouvement du patient admis contre son gré dans un établissement psychiatrique, elle n'autorise pas celui-ci à consentir à la place du patient à des traitements dont les conséquences peuvent être graves et permanentes. Au Royaume-Uni, le consentement du patient et une seconde opinion sont requis pour des interventions dont les conséquences sont sérieuses et permanentes<sup>189</sup>. Dans la plupart des provinces canadiennes, l'autorisation d'un tribunal administratif est requise en de telles circonstances<sup>190</sup>.

### 3.2.3 *La capacité mentale de consentir*

Une personne majeure peut avoir la capacité juridique de consentir et en être incapable parce que mentalement incapable

---

187. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 30, par. 1345-1450 et 56 *C.J.S.*, «Mental health», par. 93-96.

188. (1981) 653 F. 2d, n° 2, 836.

189. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 30, par. 1346.

190. *C.E.D. (West)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 22, titre 89, par. 168-171, 179-182.

d'exercer son droit. C'est le cas des personnes adultes qui sont incapables de comprendre la nature et les conséquences des traitements ou des interventions à cause d'une déficience mentale ou pour toute autre raison.

Lorsqu'un patient n'a pas la capacité mentale de comprendre la nature et les conséquences des interventions médicales ou chirurgicales, le consentement doit être accordé par un tuteur ou par le plus proche parent. Le tuteur ne peut cependant consentir à des traitements qui représentent des dangers pour la vie ou la santé du patient surtout si les avantages qu'il doit en retirer sont douteux. Dans l'affaire *Kaimowitz*<sup>191</sup>, une cour américaine refusa au proche parent de consentir à ce qu'une personne handicapée mentalement subisse une psychochirurgie dont les résultats auraient pu être nuisibles au patient et dont le caractère thérapeutique était grandement contesté. Dans les cas douteux, la jurisprudence américaine et les lois canadiennes récentes en matière de santé mentale obligent les psychiatres à obtenir le consentement d'un tribunal avant de pratiquer certains traitements contre la volonté du patient.

Le tuteur d'une personne incapable pourrait donc consentir à son traitement à condition que le traitement thérapeutique lui soit bénéfique. La Cour suprême du Canada a précisé, dans l'affaire *Eve*<sup>192</sup>, que ni un tuteur ni la cour ne peuvent consentir à la stérilisation d'une personne intellectuellement handicapée, puisqu'une telle intervention n'est pas un traitement nécessaire pour le maintien de la vie ou de la santé de cette personne. Par contre, la plus haute cour du Royaume-Uni a déclaré que même si les parents n'étaient pas autorisés à donner leur consentement, la cour pouvait permettre la stérilisation dans un cas tout à fait semblable<sup>193</sup>.

### 3.2.4 *Le consentement accordé en connaissance de cause*

Le consentement, pour être valide, ne doit pas seulement être donné librement et volontairement par une personne ayant la ca-

191. (1973) 42 U.S.L.W. 2063.

192. [1986] 2 R.C.S. 388.

193. *In re B (A Minor) (Wardship Sterilization)*, [1987] 2 W.L.R. 1213 (Ch. des Lords). Voir au même effet, aux États-Unis, 61 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Physicians, surgeons, etc.», par. 180.

pacité juridique et mentale de consentir. Il doit être accordé en connaissance de cause. La Cour suprême du Canada a fait le point sur cette question dans l'affaire *Reibl c. Hughes*<sup>194</sup>. Cette décision est conforme au droit anglais, qui rejette la doctrine américaine du consentement éclairé<sup>195</sup>. Cette doctrine américaine veut qu'en l'absence d'urgence, le chirurgien obtienne le consentement éclairé de son patient avant de procéder à une intervention chirurgicale. Pour que le consentement soit éclairé, le patient doit obtenir des explications justes et raisonnables du traitement et des procédures qui seront utilisées. À moins que le patient ne soit mis au courant de tous les dangers associés à l'intervention, le consentement n'est pas éclairé et est par conséquent vicié et sans effet<sup>196</sup>. La Cour suprême du Canada s'inscrit à la fois dans la lignée du droit anglais en matière de voies de fait, mais adopte la doctrine américaine pour les causes en négligence.

La Cour suprême du Canada est d'avis que les actions fondées sur les voies de fait relatives à une opération ou à un autre traitement médical devraient être limitées au cas où l'opération a été pratiquée ou le traitement administré sans aucun consentement ou, exception faite des urgences, lorsque l'opération ou le traitement va au-delà de ce à quoi le patient a consenti.

Cette forme comprendrait les cas où il y a eu une présentation inexacte de l'opération ou du traitement pour lequel un consentement a été obtenu et une intervention chirurgicale ou un traitement différent. Voir par exemple, *Marshall c. Curry* (consentement à une opération pour traiter une hernie; le médecin procède à l'ablation des testicules du patient; action pour voies de fait); *Murray c. McMurchy* (consentement à une césarienne; le médecin pratique la stérilisation de la patiente; le médecin est responsable d'atteinte à l'intégrité physique de la personne); *Mulloy c. Hop Sang* (on demande au médecin de remettre une main en état, et non pas d'amputer; il procède à l'amputation, il est jugé responsable d'atteinte à l'intégrité physique); *Winn c. Alexander and the Soldiers'*

194. [1980] 2 R.C.S. 880.

195. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 30, par. 39, note 3.

196. Voir *Schloendorff c. Society of N.Y. Hospital*, (1914) 211 N.Y. 123; 105 N. E. 92; *DeGrella c. Elston*, (1993) 858 S.W. 2d 698 (Ky); *In re Martin*, (1993) 200 Mich. App. 703, 504 N.W. 2d 917. Voir aussi 61 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Physicians, surgeons, etc.», par. 187.

*Memorial Hospital* (consentement à une césarienne; le médecin procède ensuite à la stérilisation de la patiente); *Schweizer c. Central Hospital et al.* (le patient consent à une opération à l'orteil; le médecin pratique une opération dans le dos (arthrodèse); le médecin est responsable d'atteinte à l'intégrité physique de la personne).<sup>197</sup>

Le juge en chef LASKIN exprima aussi l'avis que dans tous les autres cas, en l'absence de présentation inexacte ou de fraude pour obtenir le consentement ou le traitement, l'omission de divulguer les risques que comporte l'intervention, quelle que soit leur importance, devrait relever de la négligence et non des voies de fait.

La Cour suprême du Canada reprend toutefois la doctrine américaine du consentement éclairé en ce qui a trait aux poursuites en négligence. Le médecin ou le chirurgien pourra être négligent s'il n'a pas suffisamment renseigné le patient pour lui permettre de choisir de subir ou de refuser l'opération ou le traitement. Le critère utilisé pour déterminer si le médecin ou le chirurgien a rencontré les exigences de son devoir de divulgation est plutôt un critère objectif en ce sens que la cour se demandera si le médecin a fourni dans les circonstances suffisamment de renseignements pour qu'un patient raisonnable, se trouvant dans la condition du demandeur, puisse prendre une décision éclairée quant à la chirurgie qu'il a subie. Le juge LASKIN résume ainsi l'état du droit dans l'affaire *Hopp c. Lepp*<sup>198</sup>.

En résumé, la jurisprudence indique qu'en obtenant le consentement d'un patient à une opération chirurgicale sur sa personne, un chirurgien doit, généralement, répondre aux questions précises que lui pose le patient sur les risques courus et doit, sans qu'on le questionne, lui divulguer la nature de l'opération envisagée, sa gravité, tous risques importants et tous risques particuliers ou inhabituels que présente cette opération. Cependant, ceci dit, il faut ajouter que l'étendue du devoir de divulguer et la question de savoir s'il y a eu manquement sont des questions qu'il faut décider en tenant compte des circonstances de chaque cas particulier.<sup>199</sup>

---

197. *Id.*, p. 890.

198. [1980] 2 R.C.S. 192.

199. *Id.*, p. 210.

Le juge LASKIN émet aussi l'opinion que le patient a le droit d'être informé et que le médecin ne doit pas décider à sa place.

Je ne suis pas du tout convaincu que le médecin devrait décider de lui-même de ne pas prévenir le patient du risque probable pour l'ouïe ou d'autres risques si le traitement est administré. Il est préférable qu'un chirurgien fasse une mise en garde, qu'il peut assortir d'une autre mise en garde quant aux conséquences vraisemblables du refus de subir le traitement. Le patient peut désirer demander une deuxième opinion, quelque éminent que soit son médecin traitant. Ce médecin ne devrait pas décider que le patient est incapable de faire un choix et, en conséquence, omettre de le prévenir des risques.<sup>200</sup>

Plusieurs facteurs sont pris en considération pour déterminer si, en l'occurrence, le médecin se devait de dévoiler davantage de renseignements. Le juge LASKIN mentionne, entre autres, les risques inhérents à la procédure utilisée, les conséquences si le patient refuse le traitement, les autres moyens de traitements et leur risque, l'urgence de la situation, les conséquences sur le patient s'il est mis au courant des risques associés au traitement.

### 3.3 Les situations où le consentement n'est pas requis

En règle générale, le consentement au traitement est obligatoire. Il existe cependant des situations où le consentement n'est pas requis et où l'intervenant est autorisé par la loi à faire son travail même en l'absence de consentement.

Lorsqu'une situation d'urgence se présente et que le patient n'est pas en mesure de consentir, le personnel médical n'a pas besoin d'obtenir le consentement du patient. Une situation d'urgence peut également se présenter lors d'une intervention chirurgicale au cours de laquelle le chirurgien peut se trouver dans l'obligation de sauver la vie ou de maintenir la santé du patient, ou encore d'effectuer une intervention plus poussée que celle pour laquelle il a obtenu le consentement. Ainsi, dans l'affaire *Marshall c. Curry*<sup>201</sup>, le mé-

200. *Id.*, p. 208.

201. [1933] 3 D.L.R. 260. Voir au même effet 61 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Physicians, surgeons, etc.», par. 184-186.

decin, au cours d'une opération pour une hernie, découvre que le malade a un testicule atteint. Il en fait l'ablation et est par la suite poursuivi pour voies de fait. La cour décida que l'opération était nécessaire à la santé du patient et que le médecin avait eu raison de la pratiquer pour lui sauver la vie.

Pour éviter d'accorder un trop grand pouvoir aux médecins, les tribunaux ont précisé la notion d'urgence dans les affaires *Tabor c. Schobee*<sup>202</sup> et *Murray c. McMurchy*<sup>203</sup>. Il y a urgence lorsque i) il existe un danger pour la vie ou la santé du client; ii) ce danger doit être immédiat et le chirurgien ne doit pas pratiquer l'intervention simplement parce que cela lui convient mieux; iii) et dans tous les cas, le patient ne doit pas avoir indiqué un refus au traitement.

### 3.4 Le refus de consentir au traitement médical et l'euthanasie

Le principe de l'inviolabilité de la personne humaine est très exigeant. On s'est toutefois longtemps demandé si la volonté de la personne qui refuse un traitement devait l'emporter sur son intérêt supérieur qui exigerait de lui sauver la vie. Comme l'indique la décision dans l'affaire *Mulloy c. Hop Sang*, lorsqu'une personne adulte et saine d'esprit refuse un traitement, il faut respecter sa volonté et le médecin n'a pas le droit de la traiter sans son consentement sous peine d'être poursuivi en responsabilité civile délictuelle.

Ce droit a été affirmé tant aux États-Unis que dans les autres pays de common law dans de nombreuses causes impliquant des témoins de Jéhovah qui refusent des transfusions sanguines même si ce refus peut entraîner leur décès. Une cause canadienne illustre l'importance que les tribunaux canadiens et américains accordent au droit de refuser tout traitement. À la suite d'un accident de la circulation, M<sup>me</sup> MALETTE, témoin de Jéhovah, arriva inconsciente à l'hôpital. La patiente avait été grièvement blessée et le médecin

202. (1952) 254 S.W. 2d 474 (Ky. C.A.).

203. [1949] 2 D.L.R. 442.

craignait que l'hémorragie mette ses jours en danger. Avant la transfusion, une infirmière avait informé le médecin que M<sup>me</sup> MALETTE avait sur elle une carte signée qui précisait, que «en tant que Témoin de Jéhovah ayant des convictions religieuses profondes, je refuse que l'on m'administre du sang ou des produits sanguins, quelles que soient les circonstances». Remise sur pied, M<sup>me</sup> MALETTE intenta une poursuite contre le médecin, l'hôpital et quatre infirmières pour voies de fait. Dans une décision unanime, la Cour d'appel de l'Ontario a maintenu le jugement de la cour supérieure donnant gain de cause à M<sup>me</sup> MALETTE. Fondant sa décision sur le principe du consentement éclairé, la Cour a statué que le médecin n'est pas libre de passer outre aux directives préalables du patient, pas plus qu'il n'est libre de passer outre aux instructions que lui donne le patient en situation d'urgence<sup>204</sup>.

Si une personne mentalement capable peut refuser un traitement dont les conséquences entraîneront sa mort, elle peut aussi demander qu'un traitement soit interrompu. Cette question a été résolue aux États-Unis au début des années 1980. Il a toutefois fallu attendre 1992 au Canada pour qu'une décision canadienne vienne confirmer ce droit. Le problème qui se posait alors était de décider si une telle interruption constituait pour le médecin un acte d'euthanasie, prohibé par le Code criminel.

La question la plus épineuse consiste à savoir si des parents peuvent demander d'interrompre les traitements qui maintiennent en vie un enfant. C'est encore aux États-Unis, dans l'affaire *Quinlan*<sup>205</sup>, que cette question a reçu une réponse pour la première fois. Après avoir pris de l'alcool et des tranquillisants, Karen Ann QUINLAN sombra dans le coma. Lorsque les médecins ont diagnostiqué qu'elle ne sortirait jamais de son état végétatif, ses parents ont voulu qu'on débranche son respirateur et qu'on lui permette de mourir. Devant le refus des médecins, les parents s'adressèrent aux

---

204. *Malette c. Shulman*, (1990) 72 O.R. (2d) 417 (C.A. Ont.). Voir aussi, au même effet, aux États-Unis: *In re Farrell*, (1987) 108 N.J. 335, 529 A. 2d 404; *In re Dubreuil*, (1993) 629 So. 2d 819 (Floride); *Lasley c. Georgetown Univ.*, (1994) 842 F. Supp. 593 (D.D.C.).

205. (1976) 70 N.J. 10, 355 A. 2d 647.

tribunaux. La Cour suprême du New Jersey consentit à ce que le respirateur soit débranché, si, de l'avis des médecins du comité d'éthique de l'hôpital, il n'existait aucune possibilité raisonnable que la patiente reprenne conscience et si elle avait préalablement exprimé sa volonté de ne pas être maintenue en vie dans de telles conditions. La patiente fut privée du respirateur, mais elle ne mourut pas et vécut encore treize ans dans un état végétatif, alimentée par un tube, mais sans autres soins médicaux.

Quinze ans plus tard, soit en 1990, la Cour suprême des États-Unis était amenée à se prononcer sur la demande des parents de Nancy CRUZAN qui demandaient l'arrêt de nutrition artificielle chez leur fille, qui vivait dans un état végétatif depuis sept ans. La Cour suprême aurait été prête à reconnaître la demande des parents moyennant une preuve claire et convaincante que cette patiente n'aurait pas voulu d'un tel traitement, preuve qui faisait défaut en l'occurrence<sup>206</sup>. Quelques mois plus tard, les parents de Nancy CRUZAN revenaient devant le tribunal de première instance, soutenus dans leur démarche par les témoignages du médecin et de trois amis de Nancy, à l'effet qu'elle n'aurait jamais voulu être maintenue en vie dans cet état. Le juge abonda dans le sens de ces nouveaux témoignages et ordonna que l'on cesse toute alimentation artificielle<sup>207</sup>.

Ces deux décisions importantes montrent que les tribunaux américains accordent une place prépondérante aux principes de l'autodétermination. L'expression de la volonté d'un malade doit être respectée, que cette dernière soit exprimée de vive voix ou par tout autre moyen avant qu'elle devienne inconsciente. Ces moyens peuvent être des documents écrits (testament biologique, lettres, carte de témoin de Jéhovah, bracelet, etc.) ou des paroles exprimées à ce sujet alors que le patient était encore conscient.

En l'absence de cause provenant des provinces canadiennes de common law en la matière, référence est souvent faite par les

---

206. (1990) 110 S. Ct. 2841.

207. *Ibid.* Voir aussi *In re Warren*, (1993) 858 S.W. 2d 263 (Mo. App.).

ressorts de common law canadiens à la décision rendue par un juge de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*<sup>208</sup>. Dans cette affaire, la patiente, paralysée de la tête au pied mais dont les capacités mentales étaient intactes, exigeait le retrait des appareils qui la maintenaient en vie. Les médecins refusaient d'obtempérer parce qu'ils craignaient que ce retrait ne constitue une forme d'euthanasie, sanctionnée par le Code criminel canadien. Dans l'affaire *Nancy B.*, le juge a qualifié d'arrêt de traitement le retrait de l'appareil. Or le patient a toujours été en mesure de décider d'interrompre les traitements en autant qu'il dispose de ses facultés mentales.

Enfin, certains patients veulent vivre jusqu'à ce qu'ils deviennent mentalement incapables mais voudraient qu'un médecin les aide à mettre fin à leurs jours lorsqu'ils auront perdu leur capacité mentale. C'est notamment le cas de malades atteints de la maladie d'Alzheimer, de la maladie de Lou Gehrig ou encore du Sida. La Cour suprême du Canada a été la première des pays de common law à être confrontée à cette question. Elle a répondu par la négative en 1993 à une telle demande formulée par Sue RODRIGUEZ dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*<sup>209</sup>. Les cinq juges de la majorité ont motivé leur réponse en disant que la vie est le plus grand bien qu'un être humain puisse recevoir. Les quatre juges minoritaires auraient opté pour faire passer le principe de la liberté avant celui de la vie. La Cour suprême des États-Unis a rendu une décision unanime en juillet 1997 rejetant, pour des raisons semblables, une demande de déclarer inopérantes les lois de deux États punissant l'aide au suicide et l'euthanasie<sup>210</sup>.

### 3.5 L'expérimentation sur les humains

Dans les régimes de common law, il existe peu de dispositions législatives réglemant l'expérimentation sur les humains. Comme pour le droit médical, la réglementation est laissée aux

---

208. [1992] R.J.Q. 361 (C.S.Q.).

209. [1993] 3 R.C.S. 519.

210. Voir les affaires *Vacco c. Quill* et *Washington c. Glucksberg*, décidées par la Cour suprême des États-Unis le 26 juin 1997.

tribunaux qui appliquent les principes de la common law. Les règles juridiques traitant de l'expérimentation sur les êtres humains ne sont pas tellement différentes de celles se rapportant à l'intervention médicale. Leur application peut toutefois être plus exigeante. Ainsi, la Commission de réforme du droit du Canada formule la recommandation suivante dans le but de codifier l'état de la common law sur le sujet:

l'expérimentation biomédicale non thérapeutique devrait être considérée comme légale et permise par le droit pénal lorsque les conditions suivantes sont réunies:

- a) Le consentement libre et éclairé du sujet a été régulièrement obtenu;
- b) Il existe une proportionnalité acceptable entre les risques courus par le sujet et les avantages que l'on espère tirer de l'expérience.<sup>211</sup>

En matière d'expérimentation biomédicale non thérapeutique, la décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'affaire *Halushka c. University of Saskatchewan*<sup>212</sup> énonce la position traditionnelle de la common law sur la question. Dans cette affaire, la Cour devait se prononcer sur l'étendue de l'obligation d'informer le patient. Elle écrit que ce devoir est aussi étendu, sinon davantage, que dans le cas d'un traitement ordinaire.

À mon avis, la personne qui [...] se livre à des recherches médicales assume, à l'endroit des personnes qui, comme l'intimé en l'espèce, acceptent de se prêter à l'expérience, une obligation au moins aussi lourde, sinon encore plus lourde que celle qui lie le médecin ordinaire ou le chirurgien à son patient. Les exceptions qu'admet la pratique usuelle de médecine à la règle de la divulgation ne peuvent trouver leur application dans le cas de la recherche. Le chercheur n'a pas à s'interroger sur l'opportunité de renoncer à tout traitement, au regard de la gravité des risques que comporte le traitement lui-même.<sup>213</sup>

211. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *L'expérimentation biomédicale sur les êtres humains*, Ottawa, 1989, p. 26.

212. (1965) 53 D.L.R. (2d) 436 (C.A. Sask.).

213. *Id.*, p. 443-444. Traduit par la COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *supra*, note 211, p. 34.

Comme le mentionne la Cour d'appel dans l'affaire *Halushka*, la recherche de la proportionnalité du risque implique une analyse à deux niveaux. Le risque doit être acceptable par rapport à sa gravité et à la probabilité de sa réalisation. Il doit en outre être acceptable par rapport au bénéfice qu'on espère tirer de l'expérience. La gravité des risques doit aussi être pesée au regard des avantages de l'expérimentation pour l'individu et pour la société en général. L'accent est toutefois mis sur les avantages pour l'individu plutôt que sur ceux de la société en général, tout au moins en Amérique du Nord<sup>214</sup>.

Les règles juridiques consistant à apprécier la proportionnalité du risque s'appliquent aussi aux personnes dont la capacité mentale de consentir est limitée. Trois groupes méritent une considération particulière: les prisonniers, les enfants et les personnes inaptes.

Les prisonniers sont placés dans une catégorie particulière non parce qu'ils ont perdu leur capacité juridique ou mentale de consentir, mais parce qu'ils sont plus sujets aux pressions sociales et que leur consentement est en conséquence sujet à caution. Afin d'éviter tout problème éthique, plusieurs États américains proscrivent toute expérimentation sur les prisonniers. Les autres juridictions de common law n'interdisent pas la participation des prisonniers aux expérimentations, mais les soumettent à des restrictions très sévères.

L'expérimentation sur les enfants et les personnes inaptes pose aussi problème. Ceux-ci n'étant pas légalement habilités à consentir à cause de leur âge ou de leur inaptitude à comprendre la nature et les conséquences de l'expérimentation, le consentement reviendrait normalement aux personnes qui en ont la charge, habituellement les parents. Deux théories s'opposent. La première, qui a été reprise par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Eve*<sup>215</sup>, interdit toute forme d'expérimentation sur les personnes inaptes au

---

214. Voir *Karp c. Cooley*, (1974) 493 F.2d 408 (5th Circuit).

215. [1986] 2 R.C.S. 388.

motif que le tuteur ne peut consentir qu'aux traitements dont on peut attendre un avantage pour le pupille. Ainsi, dans l'affaire *Eve*, la Cour suprême a refusé qu'une femme intellectuellement handicapée ne soit stérilisée, estimant que la stérilisation n'était pas à son avantage. La seconde théorie estime qu'interdire toute expérimentation sur les enfants et les personnes inaptes équivaut à condamner d'autres enfants puisque cela paralyserait le traitement des maladies infantiles. C'est la position qu'a prise la Chambre des Lords dans l'affaire *B (une mineure)*<sup>216</sup>. Cette affaire était presque en tout point semblable à l'affaire *Eve*. La Chambre des Lords a critiqué la position de la Cour suprême du Canada et s'est prononcée en faveur de la stérilisation. La position américaine est semblable à celle adoptée par la Chambre des Lords et est contenue dans le *Code of Federal Regulations for the Protection of Human Subjects*<sup>217</sup>. La position américaine a été reprise par les recommandations de la Commission de réforme du droit du Canada<sup>218</sup> et s'énonce comme suit:

la légalité de l'expérimentation biomédicale non thérapeutique sur l'enfant ou la personne souffrant de déficience mentale devrait être reconnue lorsque les conditions suivantes sont réunies:

- a) la recherche est d'une grande importance scientifique et ne peut être menée à bien sur des sujets adultes et aptes à consentir;
- b) la recherche est en rapport direct et étroit avec la maladie infantile ou la déficience mentale du sujet;
- c) l'expérimentation ne présente aucun risque grave pour l'enfant;
- d) le consentement du détenteur de l'autorité parentale ou le représentant de la personne inapte et d'un tiers indépendant (juge, ombudsman ou l'avocat de l'enfant ou de la personne inapte) ont été obtenus;
- e) lorsque la chose est possible, l'assentiment de l'enfant ou de la personne inapte doit être obtenu. De plus le refus de l'enfant ou de la personne inapte doit toujours être respecté.

216. [1987] 2 All E.R. 206.

217. Titre 45, Partie 46 (1975), rév. 1983.

218. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *supra*, note 211, p. 66.

Si les Américains ont légiféré pour réglementer l'expérimentation biomédicale sur les êtres humains, la plupart des pays de common law ne l'ont pas encore fait et laissent au juge le soin de poser les balises de ce qui est acceptable ou non en la matière.

#### **4. Le droit relatif au prélèvement d'organes humains et leur utilisation**

Le respect de l'intégrité de la personne humaine constitue un principe tellement important qu'il ne s'arrête pas avec la mort de la personne et s'étend même au cadavre. Cette réalité juridique est mise en évidence dans le contexte du droit relatif au prélèvement d'organes humains, que les donateurs soient vivants ou décédés.

##### **4.1 Le consentement du donneur vivant**

Les systèmes de common law appliquent au consentement du donneur vivant les principes qui sont utilisés pour le consentement à l'expérimentation sur les êtres humains<sup>219</sup>. Par ailleurs, le droit pénal assujettit le consentement volontairement donné au critère de la proportionnalité, «c'est-à-dire que les bienfaits procurés par le don et la greffe ou la transplantation ne doivent pas être disproportionnés aux préjudices causés par ailleurs»<sup>220</sup>.

Le consentement au prélèvement d'organe doit être donné en toute connaissance de cause et ne peut être exigé. Les tribunaux américains ont en effet rejeté plusieurs causes dans lesquelles une personne demandait que la cour ordonne à une autre de consentir au prélèvement d'un organe<sup>221</sup>. Les tribunaux américains n'ont même pas acquiescé à la demande d'expertises sanguines pour déterminer si des jumeaux de trois ans étaient d'éventuels donateurs de moelle

---

219. Voir la recherche exhaustive et très fouillée effectuée sur le sujet par la COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Prélèvement et utilisation médicale de tissus et d'organes humains*, Ottawa, ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1992.

220. *Id.*, p. 101.

221. Voir *McFall c. Shrimp*, (1978) 10 Pa. D. & C. 3d 90 (Allengheny County Ct). Voir aussi *Head c. Colloton*, (1983) 331 N.W. 2d 870 (Iowa).

osseuse pour leur demi-frère<sup>222</sup>, ni même à une demande de renseignements au sujet d'une personne susceptible de devenir un donneur potentiel<sup>223</sup>.

Le problème est évidemment plus compliqué lorsqu'il s'agit de prélever un organe sur un enfant ou sur une personne inapte ou encore lorsqu'il s'agit de décider d'effectuer une greffe sur eux. La règle de la proportionnalité doit être appliquée avec vigilance afin d'empêcher de nuire à la santé de l'enfant ou de la personne inapte.

Un deuxième problème soulevé par le prélèvement d'organes sur les humains consiste à savoir si le donneur possède un droit de propriété sur les tissus humains prélevés. Les tribunaux de common law étaient réticents à accorder un droit de propriété sur les tissus humains pour éviter que la personne humaine ne soit considérée comme un objet. Cependant, depuis que la possibilité de prélever et conserver des tissus humains s'est développée, la question s'est posée, particulièrement aux États-Unis. Un couple américain a réussi à se faire reconnaître le droit de disposer d'un embryon congelé et de le transporter d'une clinique de fertilité de la côte Est à une clinique de la côte Ouest<sup>224</sup>. Contrairement à la perception traditionnelle, la position contemporaine prétend que le concept de propriété permet de protéger les valeurs fondamentales liées à la dignité de la personne humaine en matière de prélèvement et d'utilisation des tissus humains. Dans l'affaire *Moore c. Regents of the University of California*<sup>225</sup>, un patient atteint de leucémie prétendait que, à son insu et sans son consentement, ses médecins traitants avaient utilisé ses cellules et ses tissus en vue de développer et de breveter un médicament anticancéreux doté d'une grande valeur commerciale. Il prétendait avoir droit à une part des fruits du brevet. La cour lui a reconnu le droit d'intenter une poursuite sur la base du droit de propriété parce que «l'essence d'un droit de propriété, le droit ultime qu'on peut avoir sur une chose, existe à l'égard de son propre corps [...] Le patient doit avoir le droit de regard ultime quant

222. *Curran c. Bosze*, (1990) 566 N.E. 3d 1319 (Illinois).

223. Voir *Head c. Colloton*, (1983) 331 N.W. 2d 870 (Iowa).

224. *York c. Jones Institute*, (1989) 717 F. Supp. 421 (E.D. Va).

225. (1990) 793 P. 2d 479.

à l'usage qui est fait de ses tissus. En décider autrement risquerait de conduire, au nom du progrès médical, à une atteinte massive à la dignité de la personne et aux droits fondamentaux»<sup>226</sup>.

Admettre un droit de propriété sur les tissus humains ne signifie pas que leur vente soit autorisée pour autant. Selon la common law, une telle vente serait contraire à l'ordre public et par conséquent nulle et non avenue. Il se peut aussi que le tribunal considère que la pauvreté de la personne qui vend ses organes l'empêche de consentir librement à la transaction. C'est de cette dernière façon que les tribunaux américains ont évalué les contrats d'adoption d'enfants<sup>227</sup> et de maternité de substitution<sup>228</sup>. Le remboursement raisonnable des frais de déplacement (repas, hébergement, etc.) et des autres frais afférents au don d'organe ou de tissus humains (pertes de revenus) sont toutefois permis. De même, la rémunération pour le service rendu que constitue le don de produit sanguin ou d'autres tissus humains n'est pas considérée comme un paiement pour la vente d'un bien<sup>229</sup>.

La plupart des pays de common law estiment qu'il n'est pas nécessaire de légiférer en matière de vente de tissus humains étant donné l'état de la common law. Toutefois, à la suite de rumeurs selon lesquelles des pauvres auraient vendu un de leurs reins à des personnes mieux nanties, le Royaume-Uni a adopté une loi interdisant la vente d'organes<sup>230</sup>. Cette loi n'interdit toutefois pas le remboursement des frais engagés pour le prélèvement, le transport ou la conservation des organes, ni celui des frais directs ou de la perte de salaire raisonnable du donneur. Des dispositions semblables sont contenues dans une loi fédérale des États-Unis interdisant l'achat et la vente d'organes humains entre les États sous peine d'amendes

---

226. *Moore c. Regents of the University of California*, (1988) 249 Cal. Rptr. 494 (App. 2d Dist.), p. 506 et 508 cité et traduit par COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *supra*, note 219, p. 85.

227. Voir *In Re G.*, (1965) 389 S.W. 2d 63 et *Gray c. Maxwell*, (1980) N.W. 2d 90.

228. Voir *Baby M.*, (1988) 537 A. 2d 1249 (N.J.).

229. Voir *Perlmutter c. Davis Hospital*, (1954) 123 N.E. 2d 792 (N.Y.) et *McKee c. Cutter Laboratories*, (1989) 866 F. 2d 219 (6th Circuit).

230. Voir *Human Organ Transplants Act 1989*, (R.-U.) c. 31.

pouvant atteindre 50 000\$ ou d'un emprisonnement d'au plus cinq ans<sup>231</sup>.

## 4.2 Les donateurs décédés et les infractions contre le cadavre

La common law reconnaît la dignité de la personne humaine même après la mort. Le caractère sacré du cadavre humain trouve ses origines dans les coutumes chrétiennes dont les cours ecclésiastiques assuraient le respect. L'impossibilité de traiter l'être humain comme objet se poursuit au-delà de la mort et en conséquence, aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, la jurisprudence établit que le cadavre humain n'est pas susceptible d'appropriation<sup>232</sup>. La common law reconnaît cependant que c'est à l'exécuteur testamentaire ou à un membre de la famille immédiate qu'il revient de veiller à une inhumation décente<sup>233</sup>. Ce droit de «quasi-propriété» sur le cadavre détermine aussi que c'est l'exécuteur testamentaire ou un membre de la proche famille qui peut consentir au prélèvement d'organes sur le cadavre en vue d'en faire don<sup>234</sup>.

La question qui se pose est évidemment de savoir si l'on peut contourner le refus d'un exécuteur testamentaire ou d'un parent de la famille immédiate de consentir au prélèvement d'organes. Une façon de le faire est de permettre à la personne de préciser dans un document testamentaire qu'elle fait don de certains organes après sa mort et qu'elle autorise les médecins à en faire le prélèvement. Par ailleurs, en l'absence de la preuve que le défunt ou sa famille a expressément consenti au prélèvement, la société n'autorise pas le prélèvement de tissus ou d'organes sur le cadavre. Les premières lois à cet effet sont inspirées de la loi britannique de 1952 autorisant le prélèvement de la cornée sur les cadavres<sup>235</sup>. Cette loi a été étendue à tous les tissus humains en 1961<sup>236</sup>.

231. *National Organ Transplant Act*, 1984, 42 U.S.C., par. 274e).

232. Voir *Haynes*, (1614) 77 E.R. 1389; *Williams c. Williams*, (1882) 20 Ch. D. 659; *Re Atkins*, [1989] 1 All E.R. 14.

233. Voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *supra*, note 219, p. 77.

234. *Id.*, p. 78-80.

235. *Corneal Grafting Act*, (1952) 15 & 16 Geo. VI & Eliz. II, c. 28.

236. *Human Tissue Act*, 1961, (R.-U.) 9 & 10 Eliz. II, c. 54.

Cette approche consensuelle ne satisfait évidemment pas une société qui connaît une pénurie d'organes en vue d'en faire la transplantation. Afin d'encourager le don d'organes, le Congrès des États-Unis a adopté une loi visant à encourager les dons d'organes<sup>237</sup>. La plupart des États américains ont adopté des lois similaires qui, pour l'essentiel, prévoient deux mesures d'incitation. Premièrement, ces lois exigent qu'on demande à la famille de consentir au prélèvement des organes du patient qui est mourant ou qui est déjà mort. Deuxièmement, une politique de sensibilisation systématique doit être mise en place afin de d'encourager les dons d'organes<sup>238</sup>. Ces nouvelles lois, axées sur les mécanismes de sensibilisation, autorisent le coroner ou le médecin légiste à faire les prélèvements d'organes sur un cadavre dont il a légalement la garde pour autant que des efforts raisonnables aient été faits pour contacter les parents du défunt.

L'Australie a, quant à elle, adopté une approche à mi-chemin entre le Royaume-Uni et les États-Unis. En gros, la position australienne autorise le prélèvement d'organes ou de tissus humains sur les donneurs ayant donné leur consentement, même si les parents s'y opposent. Par ailleurs, des prélèvements sont aussi permis sur les donneurs potentiels qui n'ont pas exprimé leur volonté à condition de procéder tout d'abord à des vérifications raisonnables auprès des proches parents<sup>239</sup>.

Malgré les propositions de la Commission de réforme du droit du Canada d'imiter la position australienne tout en mettant en place des mécanismes de sensibilisation, aucune législation n'a encore été adoptée en ce sens.

## **5. Le droit à l'honneur, à la réputation et au respect de la vie privée**

La personnalité juridique mérite sans aucun doute une protection juridique. Comme le lecteur aura pu le constater, la common

237. Voir *National Organ Transplant Act* (1984), 42 U.S.C., par. 1320b-8.

238. Voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *supra*, note 219, p. 176-182.

239. Voir AUSTRALIA LAW REFORM COMMISSION, *Human Tissue Transplants*, Report n° 7, Brisbane, Watson Ferguson and Co., 1977.

law protège adéquatement l'intégrité physique des personnes. Elle protège aussi les droits commerciaux attachés au nom d'un individu. Par ailleurs, la protection de la vie privée, fort développée aux États-Unis, est encore dans un état embryonnaire dans les pays plus proches de la common law originelle. Cette section aborde brièvement la question de la protection de la vie privée premièrement selon la common law originelle, puis selon ses développements américains.

### 5.1 Le respect de la vie privée selon la common law originelle

Le Royaume-Uni, source originelle de la common law, ne reconnaît pas de droit général à la vie privée. Ce refus de reconnaître une protection particulière à la vie privée a été réitéré en 1996 par la Chambre des Lords dans l'affaire *Regina c. Brown*<sup>240</sup>. Dans cette affaire, la plus haute cour du Royaume-Uni précise que la common law ne connaît pas de droit général au respect de la vie privée et que le Parlement a été réticent à en reconnaître un. Les tribunaux australiens ont aussi énoncé récemment qu'il n'existe pas encore de droit général à la protection de la vie privée en Australie. À l'instar des tribunaux anglais et australiens, les tribunaux canadiens affirment aussi qu'il n'existe aucun délit d'atteinte à la vie privée<sup>241</sup>.

Si la common law de souche ne reconnaît pas encore de protections à la vie privée, il semble que les autres systèmes de common law qui en sont issus penchent vers la reconnaissance progressive d'un tel droit. En Nouvelle-Zélande, un tribunal a récemment reconnu l'existence d'une protection de la vie privée<sup>242</sup>. La nouveauté de cette reconnaissance ne permet toutefois pas encore de prévoir l'étendue qui lui sera conférée par les tribunaux supérieurs.

---

240. [1996] 1 All E.R. 545 (Ch. des Lords).

241. Voir A.M. LINDEN, *La responsabilité civile délictuelle*, 4<sup>e</sup> éd. (L. Savard, traductrice), Cowansville (Qc), Les Éditions Yvon Blais Inc., 1988, p. 64-67.

242. Voir *Bradley c. Wingnut Films*, [1992] 1 N.Z.L.R. 415.

Même si les tribunaux de common law ont refusé de reconnaître un droit de recours général pour protéger la vie privée, il n'en découle pas nécessairement qu'il n'existe aucune protection de la vie privée. La vie privée, dans les ressorts de common law, reçoit une protection limitée par le biais de certains délits civils particuliers, comme les délits civils de diffamation, d'intrusion à la propriété, de nuisance et de souffrances morales causées délibérément.

Devant l'inefficacité des recours de common law pour protéger le droit à la vie privée de leurs citoyens, plusieurs provinces canadiennes ont adopté une loi particulière à cette fin. La Colombie-Britannique a été la première à adopter une telle loi en 1968<sup>243</sup>. Le Manitoba, la Saskatchewan et Terre-Neuve ont suivi quelques années plus tard<sup>244</sup>. Ces lois visent toutes un même objectif, soit d'introduire dans la common law de ces provinces une protection généreuse du droit des individus d'être laissés en paix. Ces lois ouvrent des recours et autorisent des poursuites pour atteinte à la vie privée sans que le demandeur soit obligé de prouver qu'il a subi de dommage. L'inefficacité de ces lois semble être confirmée par le peu de jurisprudence qu'elles ont suscitée. La jurisprudence disponible semble par ailleurs démontrer une certaine réticence de la part des juges à appliquer ces lois de façon large et généreuse. Au contraire, ils ont plutôt tendance à en faire une interprétation restrictive<sup>245</sup>.

À l'instar des provinces canadiennes de common law, l'Australie a aussi adopté une charte de la protection du droit à la vie privée en 1988. Cette dernière énonce l'importance de ce droit pour les Australiens et en énonce les principes. Cependant, contrairement

243. *Privacy Act*, S.B.C. 1968, c. 39.

244. *C.E.D. (West)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 32, titre 139.1, par. 93-97.

245. Voir l'affaire *Davis c. McArthur*, (1969) 17 D.L.R. (3d) 760 (C.A.C.-B.) dans laquelle la Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait pas eu atteinte à la vie privée du demandeur lorsqu'un détective privé avait fait une surveillance discrète et raisonnable. Voir aussi *Silber c. B.C. Broadcasting System Ltd.*, (1986) 25 D.L.R. (4th) 345 (C.S.C.-B.) (Une bagarre filmée par un journaliste ne constitue pas une atteinte à la vie privée puisqu'elle a été filmée dans un lieu public); *Bingo Entreprises Ltd. c. Plaxton*, (1986) 26 D.L.R. (4th) 604 (C.A. Man.).

aux lois des provinces canadiennes en la matière, la charte australienne ne précise pas les recours disponibles en cas de violation. Compte tenu de l'expérience canadienne infructueuse, certains auteurs doutent de l'efficacité de cette charte australienne<sup>246</sup>.

Les pays de common law subissent des pressions pour la reconnaissance du droit à la vie privée. Au Royaume-Uni, ces pressions viennent de l'Union européenne. Quant aux provinces canadiennes, la pression provient du droit américain qui commence à exercer une grande influence sur les mentalités des citoyens et sur les juges.

## 5.2 Le respect de la vie privée aux États-Unis

C'est au début du XX<sup>e</sup> siècle que les tribunaux américains se sont séparés de la common law originelle en matière de protection du droit à la vie privée. Ils se sont laissé influencer par un article de WARREN et BRANDEIS<sup>247</sup> qui arguaient en faveur de la reconnaissance de ce droit dans la common law américaine. En 1905, dans l'affaire *Pavesich c. New England Life Insurance Co.*<sup>248</sup>, les tribunaux de la Géorgie ont reconnu, pour la première fois, la violation de l'intimité comme un délit civil.

Le *Restatement of the Law of Torts* de l'AMERICAN LAW INSTITUTE reconnaît quatre catégories de droit à la vie privée: l'intrusion déraisonnable dans le droit d'autrui d'être laissé seul, l'appropriation du nom ou de l'image d'autrui, la publicité déraisonnable sur la vie privée d'autrui et la publicité qui place déraisonnablement un autre dans une fausse position aux yeux du public<sup>249</sup>. Le cadre limité de ce petit livre ne permet toutefois pas un exposé plus détaillé de la position américaine sur le sujet.

246. Voir G. GREENLEAF, «The Australian Privacy Charter – A New Benchmark?», (1995) 69 *The Australian Law Journal* 90-92 et P. BAYNE, «Privacy Dimensions of Administrative Law», (1996) 69 *The Australian Law Journal* 13-19.

247. «The right to privacy», (1890) 4 *Harvard L.R.* 193-220.

248. (1905) 122 Ga. 190; 50 S.E. 68 (Géorgie).

249. *Restatement, Second, Torts*, par. 625A. Voir aussi 77 *C.J.S.*, «Right of Privacy and publicity», par. 8 et 16A *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Privacy», par. 38.

## 6. Conclusion

La protection des droits de la personnalité en common law n'est probablement pas aussi complète que celle qui est offerte dans les systèmes de droit romano-germaniques. Il ne faudrait toutefois pas en conclure que cette protection est inconnue des régimes de common law.

Ce qui distingue principalement les systèmes de common law de ceux du continent européen, c'est sans doute le fait que les recours permettant la protection des droits de la personnalité ne sont pas du tout reliés à la notion juridique de la personnalité juridique. Au contraire, les seuls recours dont les systèmes de common law disposent pour protéger la personnalité juridique relèvent du cadre général de la responsabilité civile délictuelle. Les délits civils généraux ont ainsi été adaptés à la protection du droit à la vie et à la sécurité de la personne, notamment dans les matières qui, dans les systèmes de common law, sont regroupées sous la rubrique du droit médical. Il s'agit principalement de la protection du droit de refuser les traitements médicaux, de protéger la volonté de la personne dans les choix qu'elle pose même si ces derniers risquent de causer sa mort. La protection de l'autonomie de la personne humaine se poursuit même après sa mort et protège le cadavre contre toute profanation.

La protection de la vie privée et de l'intimité des personnes s'effectue, dans les systèmes de common law, de façon indirecte, par le biais de délits civils spécifiques. Les tribunaux de common law ont eu de la difficulté à s'ajuster pour protéger ces aspects des droits de la personnalité. Même si les Américains y sont parvenus depuis près d'un siècle, la plupart des autres pays de common law en sont encore à leurs premiers balbutiements en la matière.

# CHAPITRE 4

## LES INCAPACITÉS JURIDIQUES

### 1. Introduction

Les systèmes de common law connaissent plusieurs définitions différentes de la notion d'incapacité d'exercice; ces notions varient selon les domaines du droit. Ainsi, le droit des contrats a développé ses propres critères en matière de capacité de passer un contrat valide. Ces critères sont différents de ceux que les tribunaux de droit pénal ont développés. Par ailleurs, les tribunaux ont aussi développé, particulièrement en matière de responsabilité civile, des critères particuliers pour déterminer l'imputabilité des enfants et des personnes faibles d'esprit.

Ces différentes notions de l'incapacité juridique n'empêchent toutefois pas qu'il existe des catégories de personnes que le droit considère comme n'ayant pas de capacité d'exercice ou comme l'ayant perdue. Ainsi, les mineurs sont généralement considérés comme n'ayant pas encore atteint la capacité d'exercice. De même, une personne majeure peut perdre sa capacité juridique. Avant la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les femmes qui se mariaient perdaient leur capacité juridique. Il a fallu l'adoption d'une loi relative aux biens de la femme mariée pour qu'elles retrouvent leur capacité juridique en matière contractuelle et en matière d'administration de leurs biens. Ce n'est toutefois que cent ans plus tard qu'une loi a aboli toute notion d'incapacité de la femme mariée. Les majeurs mentalement incapables peuvent aussi perdre leur capacité juridique si cette dernière leur est enlevée par une ordonnance judiciaire. Plusieurs lois permettent d'atteindre cet objectif.

## 2. Les mineurs

La common law ne connaît pas la notion générale de représentation des mineurs; il ne faut donc pas s'attendre ici à une théorie générale, mais plutôt à un traitement des points considérés comme les plus importants.

Compte tenu du fait que la common law ne connaît pas de notion générale de la représentation des mineurs, la tutelle ne sera pas abordée ici. En fait, la seule notion de tutelle que la common law utilise est reliée au problème de la garde des enfants en matière de séparation ou de divorce des parents ou lorsque la protection de l'enfant exige sa mise sous la tutelle de l'État. Cette mise sous tutelle n'a toutefois rien à voir avec la notion de tutelle utilisée dans les pays de droit romaniste. Tout ce qui touche les questions de tutelle et des droits des enfants sera donc traité dans le contexte du droit de la famille<sup>250</sup>.

La partie traitant de la capacité des mineurs se limitera donc aux questions suivantes: l'âge de la majorité, la notion de capacité progressive selon différentes lois, la responsabilité du mineur en matière commerciale et la sanction de ses actes et enfin la responsabilité pénale et délictuelle du mineur.

### 2.1 L'âge de la majorité

Les systèmes de common law traitent habituellement les mineurs comme n'ayant pas encore la capacité juridique. Cette dernière s'acquiert avec l'âge de la majorité. Si la majorité était habituellement atteinte à l'âge de 21 ans, ce n'est toutefois plus le cas et la plupart des pays de common law reconnaissent la majorité à 18 ans<sup>251</sup>. Cependant, dans certaines provinces canadiennes, la

---

250. Voir D. POIRIER, *Le droit de la famille*, dans cette même collection, à paraître en 1998.

251. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 24, par. 401. Voir aussi 42 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Infants», par. 3-4 et *C.E.D. (West)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 18, titre 77, par. 1.

majorité est atteinte à 19 ans<sup>252</sup>, alors que la *Loi sur les Indiens*<sup>253</sup> du Canada retarde la majorité à 21 ans pour les autochtones qui sont soumis à cette loi.

Les systèmes de common law ne connaissent pas la notion d'émancipation du mineur. La common law entretient la notion de tout ou rien. Une personne est ou bien mineure ou majeure. Aussi longtemps qu'elle est mineure, elle ne dispose pas de la capacité juridique. Étant donné que la common law ne reconnaît pas la notion de la représentation du mineur par un tuteur, ce dernier ne peut donc autoriser le mineur à poser certains actes. Tous les actes posés par le mineur sont considérés par la common law comme les siens et ce n'est qu'exceptionnellement qu'un parent sera tenu responsable pour les actes de ses enfants<sup>254</sup>.

Il ne faudrait toutefois pas croire que tous les enfants mineurs restent sous la responsabilité juridique de leurs parents jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de la majorité. Une certaine forme d'émancipation existe dans les pays de common law, mais cette dernière est limitée de deux manières: premièrement elle éteint certains droits et obligations parentaux et deuxièmement, elle ne s'applique qu'aux relations entre les parents et l'enfant et n'a donc aucune répercussion sur les tiers. Ainsi, un parent peut n'être plus responsable du soutien matériel d'un enfant après 16 ans si ce dernier quitte l'école pour entrer sur le marché du travail ou s'il se comporte envers ses parents de façon à avoir renoncé à ses droits<sup>255</sup>.

Le fait qu'une personne mineure n'ait pas la capacité juridique dans les systèmes de common law ne rend toutefois pas compte de toute la réalité. De nombreuses exceptions existent, ce qui fait dire à plusieurs que la règle générale est une passoire qui ne veut plus rien dire.

---

252. C'est notamment le cas dans les provinces de Colombie-Britannique, Nouveau-Brunswick, Nouvelle-Écosse, Terre-Neuve et dans les deux territoires canadiens. Voir *C.E.D. (West)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 18, titre 77, par. 1.

253. L.R.C. 1985, c. I-5, par. 15(3).

254. Voir A. HELDRICH et A.F. STEINER, «Capacity» dans HELDRICH et al., *supra*, note 7, par. 20.

255. Voir 59 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Parent and Child», par. 56.

## 2.2 La notion de la capacité juridique progressive

La notion de la capacité juridique progressive existe dans tous les systèmes de droit<sup>256</sup>. Cependant, étant donné l'absence de notion de représentation du mineur dans les systèmes de common law, la notion de capacité juridique progressive du mineur prend des formes différentes de celles qu'elle connaît dans les pays de droit romaniste. Deux formes de capacité juridique progressive sont fréquentes dans les systèmes de common law. La première consiste à imposer la responsabilité personnellement à l'enfant pour ses activités délictueuses ou pénales, en utilisant un critère qui n'a aucun lien avec l'âge de la majorité ou encore en adoptant une loi qui abaisse l'âge requis pour accorder la capacité juridique d'effectuer certains actes. La deuxième méthode consiste à formuler des exceptions dans les cas de nécessité; celle-ci est définie en fonction de la nécessité des choses en cause à l'existence de l'enfant.

### 2.2.1 La responsabilité pénale et délictuelle des mineurs

Selon la common law, les enfants ne bénéficient pas d'une immunité en ce qui concerne leur responsabilité civile ou pénale. En matière pénale toutefois, la loi du Royaume-Uni présume qu'un enfant âgé de moins de dix ans ne peut se rendre coupable d'un acte criminel. Par ailleurs, pour les enfants âgés entre 10 et 14 ans, la même loi prévoit une présomption réfutable qu'ils ne possèdent pas la capacité de reconnaître que l'acte qu'ils ont posé est mauvais. Enfin, la même loi présume que les enfants de plus de 14 ans ont la capacité de connaître la différence entre le bien et le mal qu'ils ont fait<sup>257</sup>. Le *Code criminel* canadien exempte de responsabilité pénale les enfants âgés de moins de douze ans<sup>258</sup>. Par ailleurs, la plupart des États américains ont conservé l'ancien système mis en vigueur vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle qui donne au juge des jeunes la compétence d'entendre aussi bien les affaires relevant du droit pénal que celles relevant de la protection des enfants, de sorte que tous les enfants

256. Voir HELDRICH et STEINER, note 254, par. 22.

257. *Children and Young Persons Act* 1933, tel qu'amendé par *Children and Young Persons Act* 1963.

258. L.R.C. 1985, c. C-46, art. 13.

de moins de 18 ans sont soumis à l'autorité du juge des jeunes. Ceux qui ont la capacité de distinguer entre le bien et le mal peuvent par ailleurs être poursuivis pour leurs activités criminelles<sup>259</sup>. Le Canada scinde ces deux domaines en deux catégories distinctes: la protection des enfants relève du tribunal ayant compétence en matière de droit familial et les infractions au droit pénal relèvent du tribunal de la jeunesse.

En matière de responsabilité civile délictuelle, les critères utilisés par les tribunaux pour déterminer la capacité d'un mineur varient selon qu'il s'agit d'une atteinte intentionnelle (voies de fait) ou d'un acte négligent.

En ce qui a trait aux atteintes intentionnelles, le mineur sera dégagé de toute responsabilité s'il est incapable de former l'intention spécifique nécessaire pour commettre le délit en question, mais sera tenu responsable s'il en est capable; cependant, en règle générale, les enfants de moins de quatre ans sont probablement à l'abri de toute responsabilité civile. Par ailleurs, il existe plusieurs cas où le tribunal a retenu la responsabilité civile d'un enfant de 5 ou 6 ans<sup>260</sup>.

Par ailleurs, en matière de négligence, la Cour suprême du Canada a déjà déclaré qu'on ne saurait affirmer qu'un enfant de six ans ne peut pas être tenu partiellement responsable<sup>261</sup>. Cependant, le critère à retenir n'est pas tant l'âge en soi que la capacité de l'enfant de comprendre et d'apprécier le danger que son acte représente. Les tribunaux ont adopté un critère objectif tout en tenant compte de certains éléments subjectifs. La formulation la plus courante du critère consiste à se demander si l'enfant a exercé la diligence à laquelle on est en droit de s'attendre de la part d'un enfant du même

---

259. Voir 43 *C.J.S.*, «Infants», par. 196-200. Voir aussi L.J. SIEGEL et J.J. SENNA, *Juvenile Delinquency: Theory, Practice and Law*, 5<sup>e</sup> éd., St-Paul, MN: West Publishing Co., 1994, p. 13-23.

260. Pour le Royaume-Uni, voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 5(2), par. 626 et vol. 24, par. 422. Pour le Canada, voir, LINDEN, *supra*, note 241, p. 45. Pour les États-Unis, voir 42 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Infants», par. 140-144.

261. Voir *McEllistrum c. Etches*, [1956] R.C.S. 787, 793.

âge, possédant une intelligence, des connaissances et une expérience semblables<sup>262</sup>. Une variante de ce critère a été adoptée en Australie où la norme applicable est celle du comportement normal pour un enfant du même âge<sup>263</sup>.

### 2.2.2 *Le droit d'effectuer certains actes réservés aux adultes*

Même si la common law ne connaît pas la notion d'émancipation du mineur, cela ne veut pas dire pour autant que les mineurs aient moins de droits dans les pays de common law que ceux qui vivent sous un régime de droit romaniste. Ainsi, de récentes décisions judiciaires ont modifié la common law originelle et ont établi qu'un mineur a la capacité juridique de prendre des décisions touchant sa vie personnelle pour autant qu'il possède l'intelligence suffisante pour former sa propre opinion et qu'il comprend la portée de ses décisions<sup>264</sup>.

Le critère moderne relativement à la capacité progressive du mineur a été énoncé dans des affaires portant sur le refus d'un mineur de consentir à un traitement médical. Des lois particulières ont été adoptées par la plupart des juridictions de common law reconnaissant aux mineurs la capacité de consentir aux traitements médicaux. Cet âge varie de 12 à 18 ans selon les ressorts: 41 États américains et deux provinces canadiennes reconnaissent l'âge de 18 ans, le Royaume-Uni, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, la plupart des provinces canadiennes et les autres États américains reconnaissent l'âge de 16 ans. Cependant, même avant l'adoption de telles lois, la common law reconnaissait à un mineur le droit de consentir au traitement médical ou de le refuser en autant qu'il disposait d'une intelligence suffisante pour comprendre la portée de sa décision.

La Chambre des Lords a précisé le critère à utiliser pour déterminer la capacité d'un mineur de consentir au traitement médical dans l'arrêt *Gillick c. West Norfolk and Wisbech Area Health*

---

262. *Ibid.* Pour les États-Unis, voir au même effet *Restatement, Second, Torts*, par. 283A et 42 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Infants», par. 141.

263. *McHale c. Watson*, (1966) 39 A.L.J.R. 459 (Haute Cour d'Australie).

264. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 5(2), par. 604.

*Authority*<sup>265</sup>. Dans cette affaire, la mère d'une adolescente de moins de 16 ans poursuit un médecin parce que ce dernier a fourni des conseils et prescrit une méthode de contraception sans en informer la mère et sans obtenir son consentement. La Chambre des Lords a remarqué que le contrôle des parents sur leurs enfants diminue graduellement au fur et à mesure que leur intelligence et leur compréhension se développent. La plus haute cour du Royaume-Uni a ensuite énoncé un principe suffisamment flexible pour tenir compte du développement intellectuel et social de cas particuliers. Il s'agit dans chaque cas de se demander si le mineur a l'intelligence suffisante pour prendre ses propres décisions et pour en comprendre les conséquences. Le tribunal a précisé qu'il est possible que le niveau de capacité varie selon les types d'informations et le type de procédures qui affectent un mineur. Ainsi, un mineur peut être capable de consentir à l'usage de méthodes contraceptives, mais non à certains autres actes médicaux dont les procédures et les conséquences sont plus difficiles à expliquer ou à saisir dans toutes leurs nuances.

Le critère énoncé dans l'affaire *Gillick* a été repris par la plupart des instances supérieures des pays de common law, notamment en Australie<sup>266</sup>, en Nouvelle-Zélande<sup>267</sup> et au Canada<sup>268</sup>.

265. [1986] 1 A.C. 112.

266. Voir *Secretary, Department of Health and Community Services c. JWB and Another*, (1992) 106 A.L.R. 385, 395 (C.A. Australie) où la Cour d'appel reprend le critère énoncé dans l'affaire *Gillick* en ces termes: «un mineur est capable de donner un consentement valide quand il atteint une compréhension et une intelligence suffisantes pour lui permettre de comprendre complètement ce qui est proposé» (traduction).

267. Voir *Re J (An Infant): Director General of Social Welfare c. B. and B.*, [1995] N.Z.L.R. 72.

268. Dans l'affaire *C. (J.S.) c. Wren*, (1986) 49 Alta L.R. (2d) 289, la Cour d'appel de l'Alberta a statué qu'une jeune fille de 16 ans était capable de donner un consentement éclairé à un avortement malgré l'opposition de ses parents. Dans l'arrêt *Region 2 Hospital Corporation et al. c. Walker*, (1994) 150 R.N.-B. (2d) 362, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick déclare que la common law reconnaît la capacité progressive du mineur et en autant qu'il est en mesure de comprendre la nature et les conséquences du traitement envisagé; un mineur de 15 ans 10 mois, témoin de Jéhovah, s'est vu autorisé à refuser des transfusions sanguines.

Cependant, les tribunaux conservent toujours leur autorité en vertu de la compétence *parens patriae* de ne pas reconnaître les vœux du mineur si une telle reconnaissance n'est pas dans son intérêt supérieur<sup>269</sup>.

Aux États-Unis, la doctrine du mineur émancipé a été reconnue par la jurisprudence<sup>270</sup>. Cette doctrine a d'ailleurs été reprise dans les lois des différents États américains qui prévoient que le mineur qui subvient à ses propres besoins ou qui est marié doit être considéré comme majeur tout au moins en ce qui a trait au consentement au traitement médical<sup>271</sup>.

La reconnaissance de la capacité progressive du mineur s'applique à de nombreux domaines, notamment en matière de droit familial, comme le droit de se marier<sup>272</sup>, le droit d'avoir des rapports sexuels<sup>273</sup>, le droit de faire un contrat domestique (mariage, cohabitation ou séparation)<sup>274</sup> et le droit de consentir au changement de son nom<sup>275</sup>. Dans la plupart des cas cependant, l'âge minimal reconnaissant au mineur le droit de poser de tels actes est réglementé par des lois particulières.

Ainsi prévoient-elles qu'un mineur peut obtenir un permis de conduire une automobile lorsqu'il atteint l'âge de 16 ans à condition

269. Voir *Re J (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)*, [1992] 4 All E.R. 614 (C.A. R.-U.).

270. Voir *Smith c. Seibly*, (1967) 431 P. 2d 719 (Wash.).

271. Voir 59 *Am. Jur.*, «Parent and Child», par. 80-84.

272. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 14, par. 1003-1005; 42 *Am. Jur.*, «Infants», par. 9.

273. L'âge en deçà duquel les rapports sexuels constituent un viol ou une agression sexuelle statutaire varie d'un pays à l'autre. Ainsi, au Royaume-Uni, il est de 13 ans (voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 11(1), par. 526), au Canada, il est de 12 ans si le partenaire n'a pas plus de deux ans de différence et de 14 ans dans les autres cas (*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 150.1-153) et varie entre 10 et 18 ans selon les États américains (65 *Am. Jur.*, «Rape», par. 17).

274. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 22, par. 902.

275. *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 35, par. 1279, note 17; *C.E.D. (West)*, vol. 34, titre 147, par. 61, où il est précisé que le consentement des enfants de 12 ans et plus est requis.

que ses parents consentent; autrement, il devra attendre d'avoir atteint ses 18 ans. C'est notamment le cas au Royaume-Uni<sup>276</sup>, au Canada<sup>277</sup> et dans la plupart des États américains<sup>278</sup>.

### 2.3 La responsabilité du mineur en matière commerciale et la sanction des actes posés par le mineur

La règle d'incapacité juridique des mineurs peut difficilement être appliquée dans toute sa rigueur, car sinon les personnes n'ayant pas encore atteint l'âge de la majorité auraient des difficultés à vivre de façon autonome dans nos sociétés. C'est pourquoi, en matière de contrats, la common law prévoit qu'un mineur est tenu de payer pour les biens qu'il acquiert pour les choses nécessaires à son existence (les *necessaries*), à condition que ce contrat soit exclusivement à son avantage<sup>279</sup>. Dans tous les autres cas, les contrats sont annulables sur l'initiative du mineur.

#### 2.3.1 Règle générale: les choses nécessaires à l'existence

La notion de choses nécessaires à l'existence n'est définie nulle part. Cependant, les tribunaux ont adopté certains critères pour élucider la question. Ce critère prend en compte le niveau de vie auquel l'enfant est habitué, son âge et le fait qu'il ait besoin de ces biens au moment où il les a acquis<sup>280</sup>. Ainsi, les tribunaux ont considéré comme des choses nécessaires à l'existence la nourriture, le logement (même l'achat d'une maison), les vêtements, les soins médicaux, le matériel scolaire et même les leçons de billard ou de danse. Cependant, les tribunaux ont refusé de reconnaître comme nécessaires à l'existence l'achat d'une assurance-vie, les fournitures commerciales et la location d'une automobile même si cette dernière est utilisée pour se rendre au travail. Enfin, un contrat d'emprunt,

---

276. *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 40, par. 183.

277. *C.E.D. (West)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 23, titre 93, par. 29.

278. Voir 7A *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Automobile and highway traffic», par. 110.

279. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 5(2), par. 612 et s.

280. *Id.*, par. 618.

même si l'argent doit servir à l'achat de choses nécessaires à l'existence, n'a pas été jugé nécessaire<sup>281</sup>.

L'éducation est généralement considérée par les tribunaux comme une chose nécessaire à l'existence, de sorte que le contrat que le mineur passe avec une institution d'enseignement est valide; un tel contrat est considéré à son avantage<sup>282</sup>.

De même, un contrat de service ou un contrat d'emploi sera considéré comme valide s'il est à l'avantage du mineur. De nombreuses lois font déjà obstacle à l'entrée des enfants sur le marché du travail. Les lois relatives aux normes d'emploi établissent habituellement un âge minimum pour travailler. Cet âge est de 13 ans au Royaume-Uni<sup>283</sup> et varie de 14 à 17 ans selon les provinces canadiennes. D'autres provinces et États américains n'imposent pas d'âge minimum au travail des enfants, cependant les lois scolaires prévoient qu'un enfant d'âge scolaire obligatoire (habituellement 16 ans) ne peut être employé dans un emploi soit pendant plus de six heures par jour ou pendant plus de trois heures les jours de classe, soit pendant une période qui, ajoutée à la durée de fréquentation obligatoire à l'école, l'obligerait à consacrer plus de huit heures au total au cours d'une journée au travail et à la présence en classe, soit encore entre 22 h 00 et 6 h 00. De plus, le travail considéré dangereux ou nuisible au développement physique ou moral de l'enfant peut aussi être proscrit jusqu'à l'âge de 18 ans<sup>284</sup>.

Si un mineur réussit à vaincre les différents obstacles qui se dressent sur ses possibilités d'obtenir un emploi (sans compter le risque de chômage, très élevé chez les jeunes), le contrat d'emploi sera considéré comme nécessaire à son existence s'il est à son

281. *Id.*, par. 619. Voir aussi S.M. WADDAMS, *Le droit des contrats*, vol. 2, Vanier (Ont., Canada), Centre franco-ontarien de ressources pédagogiques, p. 486, note 4. *C.E.D. (West)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 18, titre 77, par. 53-61.

282. Voir les directives touchant les contrats d'éducation de mineurs énoncées dans *Practice Direction*, [1983] 2 All E.R. 679 et *Sherdley c. Sherdley*, [1988] A.C. 213 (H.L.).

283. Voir *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 5(2), par. 1341.

284. Voir *C.E.D. (West)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 11c, titre 54.1, par. 80-98 et 51 *C.J.S.*, «Labour relations», par. 4.

avantage. Le problème de la validité de ce contrat ne sera porté devant les tribunaux que dans des cas extrêmes, comme c'est parfois le cas de jeunes athlètes. Ainsi, le contrat signé par un jeune joueur de hockey, exigeant qu'il verse à un club amateur 20 % de ses revenus pendant ses trois premières années comme joueur professionnel, a été jugé non valide puisque non avantageux pour lui<sup>285</sup>.

### 2.3.2 *La sanction des contrats du mineur*

La règle générale relativement aux contrats passés par le mineur veut que tous les contrats du mineur, excepté ceux relatifs aux choses nécessaires à l'existence et qui lui sont avantageux, soient annulables sur l'initiative du mineur. Si le mineur veut répudier un contrat, il doit le faire dans un délai raisonnable après qu'il a atteint la majorité<sup>286</sup>.

Le droit anglais établit une distinction entre deux catégories de contrats annulables: ceux qui ont force obligatoire à moins d'être révoqués et ceux qui n'ont pas force obligatoire à moins d'être ratifiés. La première catégorie comprend des contrats qui se poursuivent et qui demeurent valides aussi longtemps que le mineur ne tente pas de les annuler. Il s'agit de contrat d'achat ou de location d'une propriété, de contrat pour l'achat d'actions dans une société commerciale, le contrat de société en nom collectif et le contrat de mariage. Cette catégorie de contrat peut cependant être annulée par le mineur en tout temps jusqu'à un délai raisonnable après avoir atteint sa majorité<sup>287</sup>.

L'autre catégorie de contrats comprend ceux qui sont présumés invalides à moins que le mineur les ratifie après avoir atteint sa majorité. Tout comme pour la répudiation des contrats autrement considérés comme valides, le mineur qui veut ratifier un

---

285. Voir l'affaire *Toronto Marlboro major Junior «A» Hockey Club c. Tonelli*, (1979) 96 D.L.R. (3d) 135 (C.A. Ont.).

286. Voir *Halsbury's*, vol. 24, par. 407; *C.E.D. (West)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 18, titre 77, par. 76-82. et 42 *Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Infants», par. 84-96.

287. Voir HELDRICH et STEINER, *supra*, note 254, par. 25.

contrat autrement présumé invalide doit le faire lui-même ou par l'intermédiaire de son mandant.

Selon la common law originelle, un mineur n'était pas obligé de restituer les avantages reçus en vertu du contrat qui n'avait pas de force exécutoire contre lui. Aux États-Unis, les tribunaux américains sont restés plus proches de la common law originelle et les mineurs peuvent insister pour que l'argent versé en contrepartie des biens achetés leur soit rendu même s'ils ont consommé, utilisé ou détruit ces biens<sup>288</sup>.

La nécessité de protéger le cocontractant adulte contre l'injustice a conduit les tribunaux canadiens à refuser tout redressement au mineur qui ne peut pas restituer les avantages qui lui ont été transférés en vertu du contrat<sup>289</sup>. Le Royaume-Uni a pour sa part adopté en 1987 le *Minor's Contracts Act* qui autorise le tribunal, selon qu'il le juge juste et équitable, d'ordonner au mineur de restituer au fournisseur, à condition que ce dernier lui remette sa contrepartie, tout bien acquis en vertu du contrat qu'il refuse de ratifier<sup>290</sup>.

### 3. Les majeurs inaptes

Même si elle n'a pas été vraie de tous temps, la règle voulant que toute personne humaine ait la capacité de participer pleinement à l'activité juridique relève d'une conception de l'humain qui n'a pas besoin d'être positivement exprimée aujourd'hui dans un texte de loi. S'il s'agit là d'une vérité de la Palisse dans les pays qui ont codifié leur droit, cette vérité a autant de force dans les systèmes, qui, à l'instar de ceux de common law, se refusent à le codifier.

La capacité présumée de la personne humaine est donc la règle générale. Cette règle souffre toutefois de nombreuses excep-

288. *Ibid.* Voir aussi *C.E.D. (West)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 18, titre 77, par. 76. et 42 *Am. Jur.*, «Infants», par. 100.

289. Voir WADDAMS, *supra*, note 281, p. 488.

290. (R.-U.) 1987, c. 13, art. 3.

tions. Ces exceptions ont été parfois tellement nombreuses que pendant des siècles seuls quelques privilégiés pouvaient exercer pleinement toutes les prérogatives juridiques attribuées à la personne humaine. Ainsi, les enfants mineurs ont depuis toujours et sont encore maintenant exclus de l'exercice des droits reconnus à la personne humaine capable. Jusqu'à l'adoption de lois relatives aux biens de la femme mariée vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle au Royaume-Uni et dans les États et provinces de common law, les femmes mariées étaient considérées comme incapables et soumises à la tutelle de leur mari<sup>291</sup>. En plus des incapacités juridiques reliées au statut de mineur ou de femme mariée, des lois prévoyaient aussi que des personnes pouvaient être déclarées inaptes par une procédure judiciaire. Par ailleurs, les tribunaux ont aussi développé des critères reconnaissant l'invalidité de certains actes juridiques pour cause d'incapacité de fait.

Essentiellement pragmatique et développée au fur et à mesure des cas soumis aux tribunaux, la common law originelle ne comportait que très peu de lois. La common law originelle s'intéresse donc principalement aux questions d'incapacité de fait et très peu à l'incapacité juridique. Dans cette partie, nous nous attarderons donc premièrement aux règles de common law régissant les inaptitudes de fait avant de passer aux inaptitudes de droit.

### 3.1 Les incapacités de fait

La common law originelle établit une distinction entre l'incapacité de droit et l'incapacité de fait. Les personnes sont réputées aptes à accomplir les divers actes juridiques. Il revient donc à ceux qui veulent s'y soustraire de prouver ou bien que la personne a été interdite (déclarée inapte ou incapable, dirions-nous dans le langage de la common law), ou bien que dans les faits elle n'avait pas la capacité de comprendre la nature ni d'évaluer les conséquences de la transaction dans laquelle elle s'engageait. La prodigalité n'a jamais constitué, dans les systèmes de common law, un motif

---

291. Le *Married Women Property Act* fut adopté par le Royaume-Uni en 1882 (45 & 46 Vict., c. 75). La plupart des États et provinces avaient adopté une loi semblable au début du XX<sup>e</sup> siècle.

d'interdiction ni un motif pour déclarer un contrat annulable ou nul<sup>292</sup>.

Ainsi, en matière de droit des contrats, une transaction pourra être annulée si, et seulement si, la victime peut démontrer que l'entente n'est pas la sienne (*non est factum*) ou qu'il serait inéquitable et déraisonnable de reconnaître le contrat eu égard à l'incapacité mentale d'une partie au moment de la signature du contrat. Si les tribunaux de common law ont reconnu qu'une personne mentalement incapable de comprendre la nature et les conséquences d'un acte juridique ne pouvait être liée par cet acte, ce sont les tribunaux d'equity qui ont élargi les motifs permettant d'annuler un acte juridique. Par ailleurs, depuis la fusion des cours d'equity et de common law en 1875, les principes d'equity ont préséance sur ceux de common law de sorte que le droit relatif à l'incapacité mentale peut être assimilé aux principes généraux qui permettent un redressement en cas d'inégalité de pouvoir de négociation<sup>293</sup>. Cette doctrine applicable en matière contractuelle veut que si deux personnes se trouvent dans une position où l'une d'elles peut abuser de l'autre et si une des parties a effectivement abusé de l'autre, l'acte issu d'un marché aussi inique sera invalidée. Parmi les facteurs permettant de conclure à l'inégalité du pouvoir de négociation se trouvent la vieillesse, l'affliction, l'alcoolisme, l'état d'ébriété avancé ou l'usage de drogues et le manque d'expérience dans les affaires<sup>294</sup>.

Le problème de l'incapacité mentale de la personne se présente aussi dans les cas d'acte juridique unilatéral comme un testament ou une procuration. Le critère généralement utilisé pour déterminer la capacité mentale du testateur consiste à évaluer s'il comprend la nature de l'acte, ses conséquences, l'étendue des biens dont il s'apprête à disposer et les demandes qu'il devrait reconnaître. Dans l'affaire *K*<sup>295</sup>, le tribunal reconnaît que la procuration est souvent rédigée et signée lorsque les facultés mentales du mandant

292. Voir LEHR, *supra*, note 4, p. 41.

293. Voir *supra*, WADDAMS, note 281, p. 493.

294. *Id.*, p. 374-376.

295. [1988] 2 W.L.R. 781 (Tribunal des successions R.-U.).

commencent à diminuer et qu'il s'aperçoit ne plus être en mesure d'administrer ses biens. Cependant, le tribunal reconnaît que le mandant, tout en étant incapable d'administrer ses biens, peut quand même décider de nommer un représentant pour gérer ses affaires plutôt que de demander au tribunal d'en nommer un.

### 3.2 Les incapacités de droit

La protection juridique des personnes âgées peut s'effectuer par divers mécanismes tels que les législations relatives à la tutelle et à la curatelle, l'utilisation de la compétence *parens patriae* des cours supérieures, les lois relatives à la protection du malade mental et les lois destinées à protéger les adultes négligés. Ces différentes approches ont été adoptées à des époques différentes et correspondent à des philosophies hétérogènes.

Les auteurs qui ont abordé la question de l'évolution du droit relatif à la question de la capacité des adultes s'entendent généralement sur le fait qu'on peut déceler au moins deux grandes tendances, la première relevant du modèle juridique et la seconde relevant du modèle socio-médical. Le modèle juridique comporte deux catégories, les lois relatives à la tutelle et la compétence *parens patriae* des cours supérieures. Par ailleurs, le modèle socio-médical comporte aussi deux types de lois, les lois relatives à la protection du malade mental et les lois visant la protection des adultes négligés.

#### 3.2.1 La loi relative à la tutelle (*guardianship*)

La première tendance se place à l'enseigne du modèle juridique et insiste sur l'inviolabilité de la personne humaine. Cette inviolabilité de la personne humaine est une conséquence de la liberté et du libre arbitre que chacune d'elles est présumée posséder. Il s'agit en fait d'un postulat fondé sur les notions jusnaturalistes et philosophiques de la nature et de la personnalité humaines.

Les autorités législatives de common law ont ainsi, elles aussi, mis en place des dispositifs législatifs dont les effets sont similaires à ceux des codes civils. En Angleterre, avant le XIV<sup>e</sup> siècle, c'était

le seigneur du manoir qui assumait l'obligation de protéger la personne et les biens de la personne incapable. La première mention d'une loi relative à la tutelle et à la curatelle dans les lois anglaises apparaît dans un texte intitulé *De Prerogativa Regis* dont le texte et la date d'adoption ont été perdus. Ce texte fait pour la première fois en Angleterre la distinction entre deux catégories de personnes mentalement incapables, les idiots, nés avec une incapacité mentale, et les lunatiques, nés sains d'esprit, mais devenus mentalement incapables depuis leur naissance. Cette *Prerogativa Regis* a été importée en Amérique du Nord et constitue le précurseur des diverses lois relatives à la tutelle et à la curatelle des personnes incapables en common law<sup>296</sup>. Au départ de ce prototype, des lois relatives aux personnes déficientes ont été adoptées, dont certaines sont encore en vigueur dans plusieurs provinces canadiennes<sup>297</sup>. Cette législation met l'accent sur la dignité de la personne humaine et sur le fait que c'est seulement lorsqu'on a démontré hors de tout doute raisonnable qu'une personne est malade mentale et incapable de gérer sa vie qu'on lui enlèvera son droit de le faire et qu'on nommera un tuteur pour exercer ce droit à sa place. Une telle législation ne s'applique qu'aux cas extrêmes et demande des démarches judiciaires longues et coûteuses. De plus, elle autorise le tribunal à enlever à la personne jugée incapable l'exercice de tous ses droits de citoyen. Enfin, aucun mécanisme de révision automatique n'est prévu en vertu de cette loi dont les fondements remontent aussi loin dans l'histoire de la common law.

Les lois relatives à la tutelle et à la curatelle ont connu trois phases dans leur évolution récente. La première apparaît au milieu des années 1970 avec la *Dependent Adults Act*<sup>298</sup> de l'Alberta. Cette loi tente de rendre le modèle classique beaucoup plus flexible en

296. Voir l'affaire *Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388, p. 407-409.

297. Voir *Loi sur les personnes déficientes*, L.R.N.-B. 1973, c. I-8; *Incompetent Persons Act*, R.S.N.S. 1989, c. 218; *Mental Health Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. M-6, art. 29-70.

298. S.A. 1976, c. 63, maintenant cité comme R.S.A. 1980, c. D-32. La Saskatchewan adopte le même modèle en 1989 (*Dependant Persons Act*, S.S. 1989, c. D-25.1) ainsi que les Territoires du Nord-Ouest (*Loi sur la tutelle*, L.T.N.-O. 1994, c. 29).

réduisant le fardeau de la preuve, en permettant de nommer un protecteur à la personne inapte pour l'aider à gérer ses activités quotidiennes pour lesquelles elle éprouve de la difficulté à se débrouiller seule et en permettant une réévaluation périodique de l'ordonnance. La deuxième vague apparaît au début des années 1980 et s'implante surtout dans les États américains et dans les provinces du Canada atlantique. Ces juridictions laissent intact l'ancien modèle juridique classique, mais adoptent des lois relatives à la protection des personnes âgées et handicapées. La troisième vague apparaît au début des années 1990. De nouvelles lois amalgament à la fois la protection sociale des personnes vulnérables que l'on trouve dans les lois relatives à la tutelle et les protections juridiques contenues dans l'ancien modèle juridique<sup>299</sup>.

### 3.2.2 *La compétence parens patriae de la Cour supérieure*

La notion de *parens patriae* se réfère à l'autorité et à l'obligation du roi puis de l'État de prendre soin de personnes faibles, notamment des enfants et des personnes qui ne sont pas saines d'esprit. Cette mission a été déléguée au chancelier puis à la cour de la chancellerie et elle en est restée investie jusqu'à nos jours. Après la fusion des cours d'equity et de common law, cette compétence a été transférée aux tribunaux de compétence supérieure qui exercent à la fois la compétence de la chancellerie et celle des cours de la common law<sup>300</sup>. Cette compétence n'a pas été abolie par les différentes lois relatives à la protection des personnes inaptes. Elle reste toutefois dormante lorsque des lois particulières ont été adoptées. Cependant, si les lois particulières ne couvrent pas adéquatement la protection des personnes inaptes, les tribunaux peuvent faire appel à leur compétence *parens patriae*.

---

299. Voir la *Loi prévoyant la prise de décisions au nom d'adultes*, L.O. 1992, c. 30, *Adult Guardianship Act*, S.B.C. 1993, c. 35, la *Loi concernant les personnes vulnérables ayant une déficience mentale*, L.M. 1993, c. 29 et *Advance Health Care Directives Act*, S.N. 1995, c. A-4.1.

300. Voir LEHR, *supra*, note 4, p. 41-42 et l'affaire *Eve*, *supra*, note 296, p. 407-409.

### 3.2.3 *La loi relative à la protection du malade mental*

Si les deux premières approches relèvent d'une conception philosophique de la personne, les lois relatives à la protection du malade mental consistent essentiellement en une prise en charge par la médecine du domaine des incapacités jusqu'alors géré par le droit. Plus particulièrement, il s'agit du passage d'un modèle juridique insistant sur les droits des patients à un modèle médical insistant sur le fait que la maladie mentale est une maladie et qu'il revient à la médecine de la gérer. Cette approche se distingue de celle centrée sur le libre arbitre en ce qu'elle postule que l'individu n'est pas aussi libre qu'on veut le dire et qu'il est plutôt le produit de son milieu; d'où l'importance de l'enlever à son milieu pour le guérir.

Le prototype des lois motivées par cette approche est le *Lunacy Asylum Act* adopté en Angleterre en 1845 et surtout le *Lunacy Act* de 1890. Selon de telles lois, une personne jugée malade mentale et dangereuse pour elle-même ou pour les autres peut être internée contre son gré sur l'avis d'un médecin. Jusqu'à récemment, une fois internée contre son gré, la personne perdait le droit d'exercice de la majorité de ses droits. Par définition, elle pouvait être non seulement internée contre son gré, mais elle pouvait aussi être traitée sans son consentement et même contre son gré.

Bien que les droits des malades mentaux soient mieux protégés depuis le début des années 1970 qu'ils ne l'étaient en 1890, le modèle du *Lunacy Act* de 1890 a pour l'essentiel été retenu. Il existe quatre méthodes d'admission contre le gré du malade dans un établissement spécialisé. La méthode la plus souvent utilisée consiste à voir un médecin qui, après examen du malade, certifie que cette personne est atteinte d'un désordre mental à un degré tel que l'hospitalisation s'avère nécessaire dans l'intérêt de sa propre sécurité ou de la sécurité d'autrui. Un agent de la paix, qui présume qu'une personne est atteinte de désordre mental et que cette personne devrait être examinée dans l'intérêt de sa sécurité où celle d'autrui, peut prendre cette personne sous sa garde et la conduire dans un lieu approprié en vue d'un examen psychiatrique. Un juge à qui une demande est faite peut ordonner l'examen d'une personne

souçonnée de troubles mentaux de nature à constituer un danger pour elle-même ou pour autrui. Enfin, un juge qui préside un tribunal et qui a raison de croire que la personne inculpée ou reconnue coupable d'une infraction est atteinte de troubles mentaux peut ordonner que cette personne se rende dans un établissement psychiatrique pour y être examinée<sup>301</sup>.

Depuis le début des années 1970 aux États-Unis et la fin des années 1980 au Canada, les lois des États et des provinces de ces deux pays ont été modifiées afin de se conformer aux exigences de la constitution relativement à la détention des personnes. Les nouvelles dispositions relatives à la protection du malade mental stipulent que lorsqu'une personne est admise dans un établissement psychiatrique, elle doit être examinée dans les plus brefs délais et, dans tous les cas, dans les 96 heures de son admission. Elle ne peut y être détenue plus longtemps à moins qu'un tribunal n'ordonne sa détention en vue d'un traitement psychiatrique.

### 3.2.4 *La loi relative à la protection des adultes fragiles ou négligés*

Robert CASTEL estime que notre société a maintenant dépassé le stade de la thérapie pour s'engager dans celui de la prévention. Cette étape du développement de la protection des personnes serait caractérisée non plus principalement par l'intervention en vue de guérir, mais par des politiques de prévention qui consistent essentiellement en des procédures d'identification. Les spécialistes de la santé mentale aujourd'hui ne seraient qu'un simple instrument de gestion des populations, qui opère sans modifier lui-même les sujets visés<sup>302</sup>.

Dans cette perspective, la plupart des États américains, imités par les quatre provinces canadiennes de l'Atlantique, ont adopté des

---

301. *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 30, par. 1259-1268; *C.E.D. (Ont.)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 20, titre 93, par. 166-180; *C.E.D. (West)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 22, titre 89, par. 20-79; *53 Am. Jur.*, 2<sup>e</sup> éd., «Mentally impaired persons», par. 2-123.

302. Voir R. CASTEL, *La gestion des risques, de l'anti-psychiatrie à l'après-psychiatrie*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1981, p. 128.

lois destinées à protéger les adultes âgés ou souffrant de handicaps. Ces lois visaient dans un premier temps à remédier aux lacunes des lois relatives à la protection des personnes incapables dont il a été question plus haut. Par ailleurs, ces lois visaient à protéger les personnes âgées incapables de prendre soin d'elles-mêmes en raison d'une infirmité physique ou mentale. Cependant, les lois relatives à la protection des adultes vont plus loin en voulant aussi protéger toute personne âgée ou tout adulte souffrant d'un handicap qui, abstraction faite de sa capacité physique ou mentale, refuse ou est incapable de prendre des mesures concernant les soins et l'attention dont elle a besoin ou tarde à le faire. Ce n'est plus l'incapacité mentale qui devient le facteur principal pour déterminer l'intervention ou non d'un travailleur social.

### 3.3 Le mandat donné en prévision de l'incapacité

La notion nommée «mandat» en droit civil correspond à la notion de «procuration» (*power of attorney*) en common law. Une procuration est un écrit donné par une personne qui accrédite son mandataire. La procuration peut être soit très limitée, autorisant alors le mandataire à faire un ou des actes précis, soit très générale, autorisant le mandataire à faire tous les actes que lui-même pourrait faire pendant une période limitée ou illimitée. Le principal problème que pose la procuration dans les juridictions de common law est qu'elle cesse d'être valide lorsque le mandant perd sa capacité mentale<sup>303</sup>. Or, c'est précisément à ce moment que la procuration deviendrait importante.

303. Voir *Drew c. Nunn*, (1874) 4 Q.B.D. 661 (C.A. d'Angleterre); *Yonge c. Toynbee*, [1910] 1 K.B. 215 (C.A. d'Angleterre); *Parks, re, Canada Permanent Trust Co. c. Parks*, (1956) 8 D.L.R. (2d) 155 (C.A. N.-B.). Voir aussi *Cutler, re*, (1989) 92 R.N.-B. (2e) 76. Il s'agit d'une décision de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick qui établit qu'une procuration qui ne renferme pas de disposition permettant de l'exercer sur déclaration que la donatrice souffre d'incapacité mentale est révoquée par le tribunal sur pareille déclaration. Voir aussi R. MUNDAY, «Enduring Power of Attorney», (1989) 13 *New Zealand L. Rev.* 253-270.

### 3.3.1 *La procuration autorisant l'administration des biens*

Pour remédier à ce problème, des modifications législatives ont été adoptées dont l'effet est de reconnaître la validité d'une procuration même après que le mandant est devenu mentalement incapable. Des modifications législatives semblables ont été adoptées par toutes les juridictions de common law au cours des années 1970 et 1980.

Ces lois établissent comme principe que le pouvoir conféré à un mandataire au moyen d'une procuration ne prend pas fin si le mandant souffre d'incapacité mentale après l'établissement de la procuration lorsque celle-ci 1) est signée par le mandant, 2) est, selon les juridictions, attestée par une ou deux personnes adultes autres que le mandataire et 3) renferme une disposition permettant expressément de l'exercer pendant cette incapacité. La loi prévoit également que cette procuration peut être révoquée à tout moment par le mandant alors qu'il ne souffre pas d'incapacité mentale. Par contre, la procuration prend aussi fin lorsque le tribunal nomme un curateur aux biens du mandant, lorsque le curateur public devient le curateur aux biens ou lorsqu'une autre personne est substituée au mandataire. Des mesures de surveillance sont aussi prévues par cette loi pour éviter que le mandataire n'exploite économiquement le mandant. Ainsi, une personne qui a un intérêt dans les biens du mandant, le curateur public ou toute autre personne autorisée par le tribunal peut, durant l'incapacité mentale, solliciter une ordonnance exigeant du mandataire une reddition de comptes relative aux transactions qui ont entraîné l'exercice de la procuration pendant l'incapacité mentale du mandant<sup>304</sup>.

Ce type de procuration est particulièrement indiqué pour les personnes âgées ou les adultes qui se savent atteints d'une maladie dégénérative comme la maladie d'Alzheimer, le Sida ou simplement

---

304. Pour les États-Unis, voir *Uniform Power of Attorney Act*. Pour le Canada, voir *C.E.D. (West)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 1, titre 4, par. 93-98. Pour le Royaume-Uni, voir *Enduring Powers of Attorney 1985*, (R.-U.) 1985, c. 29 et pour la Nouvelle-Zélande, voir *Protection of Personal and Property Rights Act 1988*.

à titre de mesure préventive advenant une incapacité soudaine. Ce type de procuration est utilisé par le gouvernement fédéral américain et canadien en ce qui concerne les signatures des chèques de pensions de vieillesse lorsque la personne est en passe de devenir incapable d'administrer ses affaires. Il n'a toutefois d'effets que pour l'administration des biens et non pour autoriser une autre personne à gérer la vie du mandant.

### 3.3.2 *Les procurations autorisant le consentement aux actes médicaux*

La province de la Nouvelle-Écosse est la première province canadienne à avoir spécifiquement légiféré en matière de procuration relative au consentement aux actes médicaux. Le *Medical Consent Act* a été adopté en 1988<sup>305</sup>. Cette loi autorise une personne majeure à en désigner une autre pour consentir à sa place aux traitements médicaux lorsqu'elle ne sera plus en mesure de le faire elle-même. Pour être valide, cette procuration doit être rédigée, être signée par la personne qui donne procuration et attestée par une personne autre que celle qui est nommée pour représenter le mandant. La loi établit aussi que cette procuration est présumée donner au mandataire le statut de tuteur du mandant aux fins de consentement aux actes médicaux. Cette procuration prend fin lorsque le mandant ou le tribunal la révoque ou lorsque ce dernier nomme un tuteur qui est autorisé à consentir aux actes médicaux pour cette personne. Des dispositions semblables ont été adoptées par certains États américains, dont la Pennsylvanie et New York<sup>306</sup>.

De nombreuses critiques ont été adressées à ce type de loi. Tout en souscrivant au principe de la procuration, les critiques voudraient l'étendre à l'ensemble des décisions affectant la vie de la personne. Plusieurs États américains et provinces canadiennes ont suivi l'exemple de ces législations tout en allant plus loin que ces

---

305. S.N.S. 1988, c. 14; R.S.N.S. 1989, c. 279.

306. Voir (1992) 20 Pa. Cons. Stat. Ann. Par. 5404(b). Pour l'État de New York, voir *New York Health Care Proxy Act*, N.Y. Pub. Health Law, par. 2980-2994.

dernières de façon à étendre précisément le consentement à l'ensemble des décisions affectant la vie de la personne<sup>307</sup>.

### 3.3.3 *La procuration autorisant la gestion de la vie du mandant*

Les débats entourant l'adoption des procurations relatives aux soins médicaux font ressortir les avantages d'une procuration non restreinte à l'administration des biens, mais couvrant l'ensemble des actes que peut accomplir le mandant. Les critiques font en effet remarquer que des procurations aussi vastes auraient pour effet de nommer un tuteur au lieu d'être obligé de se présenter devant le tribunal pour en faire nommer un. De plus, de telles procurations permettraient au mandant de prévoir dans quel foyer de soins il veut être placé, qui doit administrer ses biens et à quels actes médicaux son représentant peut consentir.

Le genre de lois autorisant la gestion de la vie d'une personne est très proche du concept de *living will* ou de «testament biologique». Ce dernier autorise une personne nommée par le testateur à consentir aux actes médicaux ou à refuser certains actes médicaux au nom du testateur. Le «testament biologique» n'est toutefois pas valide puisqu'il s'agit d'une procuration qui perd sa validité lorsque le mandant devient incapable mental. De plus, le terme «testament biologique» est un illogisme puisque le testament ne prend effet qu'à la mort du testateur et est sans effet tant que le testateur est vivant<sup>308</sup>. De l'avis de certains médecins, les «testaments biologiques» sont dépassés, inefficaces et de peu d'utilité pour eux. Ils préfèrent une procuration valide même quand la personne perd ses facultés men-

---

307. Voir pour l'Ontario, la *Loi sur le consentement au traitement médical*, L.O. 1992, pour la Colombie-Britannique, la *Health care (consent) and care facilities (admission) Act*, 1993, S.B.C. 1993, c. 48, pour le Manitoba, la *Loi concernant les personnes vulnérables ayant une déficience mentale*, L.M. 1993, c. 29 et pour Terre Neuve, les *Advance health care directives*, S.N. 1995, c. A-4.1.

308. Voir *C.E.D. (Ont.)*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 1, titre 4 et *Final Report of the Advisory Committee on Substitute Decision Making for Mentally Incapable Persons*, Toronto, Attorney General, 1987, p. 240.

tales, dans laquelle sont élaborés des scénarios précis avec des choix pour chacune des possibilités de traitements préalablement définies. Ainsi, pour les scénarios d'état végétatif du patient, de coma avec peu de chances de recouvrer l'usage de ses facultés mentales, de maladie terminale avec dégénérescence organique ou d'incapacité mentale sans qu'il s'agisse d'une maladie terminale, le mandant peut indiquer s'il accepte ou refuse le traitement, s'il veut qu'on arrête le traitement ou s'il est indécis<sup>309</sup>.

Les lois autorisant la prise de décision au nom d'autrui se veulent cependant plus larges que le «testament biologique». Si le «testament biologique» s'intéresse principalement à la fin de la vie, ces lois, par contre, autorisent une procuration pour l'ensemble des actes médicaux et pas seulement pour ceux qui affectent la fin de la vie d'une personne. Une trentaine d'États américains ont adopté des lois reconnaissant les procurations autorisant le mandataire à prendre des décisions personnelles pour le mandant, évitant ainsi de devoir se présenter en cour<sup>310</sup>. Ces procurations ont été reconnues valides par la Cour suprême des États-Unis même quand elles impliquent la cessation des traitements ou le retrait de traitements nécessaires pour maintenir le mandant en vie<sup>311</sup>.

La généralité des clauses relatives à la capacité d'un représentant de prendre des décisions affectant la direction de la vie personnelle du mandant soulève toutefois bien des questions. D'abord, une telle procuration ne devrait pas pouvoir prendre effet aussi longtemps que le mandant est en possession de ses capacités mentales et en mesure de prendre ses propres décisions. Il n'est en effet

309. Voir L.L. EMMANUEL et E.J. EMMANUEL, «The medical directives: A new comprehensive advanced care document», (1990) 10:2 *Estate & Trust Journal*, 134-149.

310. Voir R.N. BROWN, D.R. MASON, T.V. TRAINER et B.B. VIGNERY, «Guardianship and Civil Commitment» dans R.N. BROWN, *The Rights of Older Persons. A Basic Guide to the Legal Rights of Older Persons under Current Law*, 2<sup>e</sup> éd., 1989, p. 349-354.

311. Voir *Cruzan c. Director, Missouri Dep't of Health*, (1990) 497 U.A. 261, 110 S. Ct. 2841. Voir aussi *In re Warren*, (1993) 858 S.W. 2d 263 (Mo. App.).

pas dans l'intérêt public qu'une personne mentalement capable renonce à son autonomie et accorde à un représentant le soin de prendre les décisions affectant la direction de sa vie. C'est pour cette raison que le *Enduring Powers of Attorney*<sup>312</sup> de la Grande-Bretagne prévoit que la procuration doit être déposée auprès du tribunal avant que le mandataire n'acquière le pouvoir de prendre des décisions affectant la direction de la vie du mandant. Le législateur ontarien exige aussi que la procuration soit validée. Cependant ce dernier a retenu une procédure administrative plutôt qu'une homologation par un juge: c'est le tuteur et curateur public qui délivre un certificat au mandataire après qu'il s'est assuré de l'incapacité du mandant, de la validité du mandat et de l'honnêteté du mandataire<sup>313</sup>.

De même, la partie IX du *Protection of Personal and Property Rights Act 1988*<sup>314</sup> de la Nouvelle-Zélande prévoit que le mandataire n'a pas une complète autorité en ce qui touche la prise de décisions relatives à la direction de la vie du mandant. Ainsi, un mandataire ne peut prendre une décision relative à un mariage, à un divorce, à une adoption; il ne peut consentir à une expérimentation médicale ni à un électrochoc sur la personne de son protégé ni refuser un traitement médical susceptible de lui sauver la vie. Ces dispositions sont d'ailleurs conformes au principe selon lequel le représentant doit agir dans le meilleur intérêt de son protégé. De même, la nouvelle loi ontarienne ne change pas l'état du droit concernant le fait de donner ou de refuser son consentement à un acte dont le but principal est la recherche, la stérilisation ou l'enlèvement d'un tissu régénératoire ou non régénératoire pour l'implanter dans le corps d'une autre personne.

---

312. *Enduring Powers of Attorney 1985*, (R.-U.) 1985, c. 29, art. 5-8. Voir aussi *Halsbury's*, 4<sup>e</sup> éd., Cumulative Supplement 1990, la partie I, p. 7-13.

313. *Loi prévoyant la prise de décision au nom d'adultes*, L.O. 1992, c. 30, art. 49-50.

314. *Protection of Personal and Property Rights Act 1988*, partie IX, par. 98(4) cité par W.R. ATKIN, «Enduring Powers of Attorney in New Zealand», (1988, octobre) *New Zealand Law Journal* 368, 370.

#### 4. Conclusion

La common law ne connaît sans doute pas de théorie générale des incapacités, mais cela ne l'a pas empêchée de développer des mécanismes pour protéger les personnes qui tombent dans ces catégories, soit les mineurs et les adultes qui, à cause de leur état d'esprit, ont besoin de protection juridique.

Les mineurs sont aussi bien protégés dans les systèmes de common law que dans ceux d'origine romano-germanique. Même si la notion de tuteur du mineur est pratiquement inconnue dans les systèmes de common law, des mécanismes de protection des actes juridiques du mineur ont été développés particulièrement en matière de droit des contrats. Par ailleurs, même si la common law ne reconnaît pas la notion d'émancipation du mineur, elle reconnaît toutefois la capacité juridique progressive du mineur selon son développement intellectuel, son âge et selon les activités dans lesquelles il s'engage.

Quant aux majeurs, la common law a développé des mécanismes de protection des adultes dont les capacités mentales sont réduites de façon permanente ou temporaire. Ces mécanismes vont de l'interdiction judiciaire du majeur à la protection du malade mental. Les lois adoptées plus récemment par les pays de common law se rapprochent toutefois de la loi française de 1968 relative à la protection des majeurs.

Par ailleurs, depuis le début des années 1980, les pays de common law adoptent des lois qui autorisent la mise en place de mesures consensuelles en vue de la protection des majeurs. De concert avec les procurations pour l'administration des biens, les procurations valides même quand le mandant devient inapte permettent un régime complet et consensuel de tutelle et de curatelle. Ce genre de régime consensuel est toutefois subordonné aux lois générales visant la protection des personnes inaptes, malades mentales ou âgées ou handicapées et qui risquent d'être négligées ou maltraitées.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

Au terme de ce livre, le juriste de common law s'étonnera sans doute qu'on puisse organiser les divers domaines couverts sous la seule notion du droit des personnes. Il s'agit là d'un exercice qui n'est pas habituel à la démarche des juristes de common law. Même si BLACKSTONE et quelques-uns après lui l'ont fait, cette démarche est considérée comme une imitation assez mal venue des juristes de formation romano-germanique.

Les juristes de common law ne reconnaissent pas de notion générale de la personne humaine. Non pas que la personne humaine leur soit étrangère; au contraire, la personne humaine est, pour eux, une réalité si concrète, si réelle, qu'elle ne mérite pas de faire l'objet d'une abstraction à la façon romano-germanique. Contrairement à cette dernière, la common law ne protège pas la personnalité juridique, mais la personne humaine dans sa liberté personnelle, dans son intégrité physique et, dans une moindre mesure, dans son intégrité morale. Les juristes de common law ne connaissent donc presque pas de recours pour protéger la personnalité juridique. Ils s'en remettent aux recours ordinaires développés par la common law en matière de responsabilité civile délictuelle. Ces derniers ont été adaptés lorsqu'ils sont devenus nécessaires suite aux changements technologiques, particulièrement par ceux de la médecine contemporaine.

Au contraire des juristes romano-germaniques, ceux de common law n'ont pas cherché à intégrer, en un seul ensemble, les notions relatives à la personne humaine, y inclus les incapacités. Ces notions existent toutefois en common law. Au grand dam des

praticiens de common law et des juristes d'obédience romano-germanique qui cherchent à comprendre la common law, ces différentes notions sont éparpillées sous différentes rubriques parmi lesquelles il est très difficile, même pour le spécialiste, de se retrouver.

Un meilleur regroupement des différentes notions rattachées aux personnes physiques permettrait aux juristes de common law de s'y référer plus facilement tout en favorisant la compréhension de leur système de droit aux juristes appartenant à des systèmes juridiques étrangers. Par ailleurs, la formation traditionnelle des juristes dans les facultés de common law ne touche presque pas le domaine des personnes physiques. Lorsque certains aspects du droit des personnes sont abordés, c'est par accident ou par ricochet. Ainsi, le début, la disparition et l'extinction de la personnalité juridique le sont éventuellement par accident ou en passant, dans le cadre d'un cours de droit pénal (où l'on touche à l'avortement), dans le droit de la famille (on y aborde en passant la disparition des personnes mariées). L'individualisation des personnes physiques (le registre de l'état civil, le nom et le changement de nom) est parfois abordée dans le cours de droit de la famille, en passant et sans remettre ces notions dans un ensemble ou dans une théorie plus générale. Les notions de domicile sont abordées en droit international privé et la nationalité dans le cours de droit international. Toutefois, ces deux derniers cours sont la plupart du temps facultatifs et ne sont généralement pas suivis par l'ensemble des étudiants en droit. Certains recours visant à protéger l'individu et son intégrité physique (surtout ceux visant la protection de la liberté personnelle et de l'intégrité physique) sont abordés brièvement dans le cours de responsabilité civile délictuelle. Enfin, les incapacités des mineurs et des majeurs ne sont abordées qu'en passant, principalement dans l'étude de la capacité contractuelle ou testamentaire d'une personne. Les inaptitudes ne font pas l'objet d'une étude systématique, de sorte que celles des majeurs sont en fait reléguées sous la rubrique du droit médical ou du droit de la santé mentale, notions qui ne font pas partie des cours de base offerts dans les facultés de droit. Il s'agit plutôt de notions spécialisées qui font l'objet de cours avancés, facultatifs pour les étudiants en droit.

---

Le regroupement des nombreuses notions de common law autour du modèle du droit des personnes physiques et des incapacités constitue une des rares tentatives en la matière. Des recherches plus poussées sont certes nécessaires. Nous espérons que ce livre montrera qu'il est possible de regrouper ces notions de common law à la manière romano-germanique sans trahir l'esprit de la common law.

## BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

*American Jurisprudence*, 2d, Rochester, Lawyers Cooperative Publishing Company (mise à jour permanente soit par la publication d'un nouveau volume, soit par un supplément cumulatif), aux rubriques suivantes: «Absentees», «Aliens & citizens», «Automobile and highway traffic», «Criminal law», «Death», «Domicil», «False imprisonment», «Health», «Infants», «Labour relations», «Marriage», «Mentally impaired persons», «Name», «Parent and child», «Physicians, surgeons, etc.», «Privacy», «Property».

BLACKSTONE, W., *Commentaires sur les lois anglaises*, 15<sup>e</sup> éd. (Traduit par N.M. CHOMPRÉ), tome 1 (p. 207-622), tome 2 (p. 1-265), Paris, Rey & Gravier, 1822.

*Canadian Encyclopedic Digest (Ontario)*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell (mise à jour permanente au moyen de feuilles volantes), aux rubriques suivantes: «Absentees», «Agency», «Citizenship», «Conflict of laws», «Devolution», «Employment law», «Hospitals», «Infants and children», «Medicine», «Mental incompetency», «Torts», «Vital statistics».

*Canadian Encyclopedic Digest (Western)*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell (mise à jour permanente au moyen de feuilles volantes), aux mêmes rubriques que le *Canadian Encyclopedic Digest (Ontario)*.

*Corpus Juris Secundum: A Complete Restatement of the Entire American Law as Developed by all Reported Cases*, St-Paul, Minn., West Publishing Co. (mise à jour permanente soit par la publication d'un nouveau volume, soit par un supplément cummulatif), aux rubriques suivantes: «Absentees», «Agency», «Aliens», «Death», «Domicile», «False improsonment», «Health and environment», «Infants»,

«Mental health», «Name», «Parent and child», «Physicians and surgeons», «Right of privacy and publicity».

GLASSON, E., *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, vol. 6, Paris, G. Pedone-Lauriel, 1883, p. 128-233.

*Halsbury's Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd., London, Butterworths (mise à jour permanente soit par la publication d'un nouveau volume, soit par un supplément annuel), aux rubriques suivantes: «Agency», «British nationality, immigration and race relations», «Children and young persons», «Conflict of laws», «Criminal Law», «Evidence», «Executors and administrators», «Infants», «Intoxicating liquor», «Medicine, pharmacy, drugs and medicinal products», «Mental health», «Personal property», «Public health», «Registration concerning the individual», «Tort».

HELDRIK, A., A.F. STEINER, W. PINTENS, M.R. WILL, et W. ZEYRINGER, *Persons* (chapter 2) of *Persons and Family* (vol. IV), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

JENKS, S. et al. (traduit par T. BAUMANN et P. GOULÉ), *Digeste de droit civil anglais*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1923, tome 1.

LEHR, E., *Éléments de droit civil anglais*, 2<sup>e</sup> éd., tome 1, Paris, J.B. Sirey, 1906.

METCALF, O.K., *General principles of English Law*, 11<sup>e</sup> éd., London, Cassell Ltd., 1980, p. 79-95.

REDMOND, P.W.D, J.P. PRICE, et I.N. STEVENS, *General principles of English Law*, 5<sup>e</sup> éd., Estover (Plymouth), MacDonald & Evans Ltd., 1979, p. 57-78.

RHEINSTEIN, M. et R. KÖNIG, *Introduction* (chapter 1) to *Persons and Family* (vol. IV), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Paris, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1974.

 **AGMV**  
**MARQUIS**  
Québec, Canada  
1997

Cet ouvrage n'étonnera peut-être que ... les juristes de common law. En effet, la common law ignore la notion de personne physique en tant que concept fondamental constitutif d'un éventuel droit civil aux côtés des biens. Le domicile et le nom n'appartiennent pas d'ailleurs, dans les systèmes de common law, au domaine que le juriste de formation romaniste rattache normalement à la personnalité. Le premier se définit par rapport au droit international privé en raison de la coexistence sur le territoire de la Grande-Bretagne de deux systèmes de droit civil, ceux de l'Angleterre et de l'Écosse, et de l'absence correlative, en de nombreuses matières, d'un droit civil britannique. Le second n'a jamais été coulé de manière systématique dans le moule du droit.

Tout en donnant à son exposé une structure romaniste, Donald Poirier a également eu à cœur d'éclaircir la notion, relativement étroite, du Code de 1804, et de prendre en compte des aspects de la personnalité vers lesquels son engagement personnel et ses travaux l'ont conduit. Le juriste romaniste sera donc peut-être étonné à son tour de rencontrer dans ces pages le délit civil de séquestration, le refus de consentir au traitement médical ou encore la protection des adultes fragiles ou négligés, toutes considérations inconnues ou ignorées du législateur d'il y aura bientôt deux siècles. Autres temps, autres préoccupations et, peut-être, autres mœurs.

**Donald Poirier** a obtenu sa licence en droit à l'Université du Nouveau-Brunswick, sa maîtrise à l'Université McGill et son doctorat à l'Université de Montréal. Indépendamment de sa contribution à cette Collection, il est l'auteur de nombreuses publications, dont *L'Introduction générale à la common law et Au nom de la loi, je vous protège! La protection des aînés au Nouveau-Brunswick*.