

L'oublié de l'article 86 C.c. L'absent étranger

Thierry Reiter, Robert Boulay and Jean-Guy Fréchette

Volume 1, 1970

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1110953ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/19360>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Reiter, T., Boulay, R. & Fréchette, J.-G. (1970). L'oublié de l'article 86 C.c. L'absent étranger. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 1, 55-75. <https://doi.org/10.17118/11143/19360>

L'oublié de l'article 86 C.c.: **L'absent étranger ***

En matière d'Absence le titre IV du Livre I de notre Code Civil nous propose une réglementation assez substantielle;¹ pourtant, l'art. 86 passe sous silence un personnage qui conserve une certaine importance: l'absent étranger.² Ce personnage méritait que l'on s'occupât de lui, car s'il n'a pas joui des faveurs du Législateur, il n'en conserve pas moins une présence de fait que les tribunaux ont dû reconnaître.

Afin de mieux cerner les contours de notre personnage, il nous semble nécessaire de partir de certaines notions générales.

Qu'est-ce que l'Absence?

L'Absence est un état qui se caractérise par une incertitude prolongée "sur le point de savoir si la personne absente est morte ou vivante".³ Cet

* Article écrit en collaboration par Thierry Reiter LL.L., et Robert Boulay LL.L., dans le cadre du Programme de Recherche en Droit International Privé de la Faculté de Droit de l'Université de Sherbrooke, sous la direction de Me Jean-Guy Fréchette, professeur agrégé.

1. Le Titre IV "Des Absents" comprend 28 articles, de l'article 86 à l'article 114.
2. Nous entendons le mot "étranger" dans le sens de "non domicilié au Québec"; il est nécessaire de faire une différence entre le statut politique et le statut civil d'une personne, dans les pays d'Amérique du Nord, le statut civil d'un individu est rattaché à son domicile; nous ne traitons, pour les fins du présent article, que du statut civil; en conséquence, nous emploierons le terme d'étranger pour toute personne domiciliée hors du Québec.
3. ROCH, Hervé, "*L'absence*", Montréal, 1951, p. 33. Voir aussi une définition similaire dans l'Ouvrage de Baudoin, L., "*Le Droit civil de la Province de Québec, modèle vivant de Droit comparé*", Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 118.

état d'incertitude sur l'existence d'une personne a donc retenu l'attention du législateur, et ce dernier a donné, dans l'article 86, la définition de l'absent à qui il entendait faire bénéficier des dispositions du Code civil:

Art. 86 C.c.: "L'absent, dans le sens du présent titre, est celui qui, ayant eu un domicile dans le Bas-Canada, a disparu sans que l'on ait aucune nouvelle de son existence".⁴

Cet article donne une définition précise de l'absent qui n'est pas seulement "un non présent",⁵ mais aussi une personne qui doit remplir certaines conditions, dont celle d'avoir eu un domicile dans le Bas-Canada.⁶ A la lecture de l'article 86 C.c., on comprend que le législateur s'est soucié de résoudre les problèmes posés par l'absence des personnes domiciliées dans notre province, mais a forçlos l'usage du Titre IV du Livre I de notre Code à toute personne n'ayant pas de domicile au Québec, au moment de sa disparation.⁷ Cet article indique que si une personne disparaît, qui n'avait pas de domicile dans notre province, nos tribunaux ne peuvent pas lui donner le secours du titre IV du livre I de notre code civil.⁸

C'est ainsi que de nombreuses questions se posent, par exemple: que va-t-il advenir des biens d'un étranger qui a disparu? Comment nos tribunaux vont-ils résoudre le problème? Ou bien, que vont faire nos tribunaux devant le cas d'une personne qui arrive avec un jugement étranger de déclaration d'absence de son père, et demande à se faire

4. Il faut prendre garde au texte français; sa formulation peut laisser supposer que, une personne ayant eu jadis un domicile dans le Bas-Canada et qui a établi un domicile à l'étranger avant sa disparition, est comprise dans l'article 86 C.c. En fait, le législateur ne comprend dans son article que les personnes domiciliées au Bas-Canada au moment de leur disparition. Le texte anglais reproduit mieux la pensée du législateur: "An absentee, within the meaning of this title, is one who, *having a domicile* in Lower Canada, has disappeared. . ."

5. ROCH, Hervé, "*L'absence*", Montréal, 1951, p. 31.

6. L'arrêt *La Banque de Québec v. Bryant*, (1892) 1 C.S. 53, nous montre que la définition contenue dans l'article 86 C.c. doit être entendue dans un sens très strict.

7. Cette liaison que le législateur québécois effectue entre les notions de domicile et d'absence est faite aussi dans les pays qui nous entourent. *The Absentee Act* de la Province de l'Ontario du 19 mai 1920 offre une définition semblable à celle de notre Code: "An absentee within the meaning of this Act shall mean one who, having had his usual place of residence or *domicile* in Ontario, has disappeared; whose whereabouts are unknown and as to whom there is no knowledge as to whether he is alive or dead". Le droit américain, lui aussi, rapproche ensemble les notions de domicile et d'absence; Voir à ce propos GOODRICH, H. E. "*Handbook of the Conflict of Laws*", 3rd Ed., St. Paul Minnesota, 1949, p. 192.

8. JOHNSON W. S., "*Conflict of Laws*", 2nd Ed., Montreal, Wilson et Lafleur, 1962, p. 161. Voir aussi, *Re Caillé et Procureur Général de Québec v. Banque de Montréal* où le juge Chase-Casgrain déclare au sujet d'un absent non domicilié au Québec: "il est évident que ledit Elie Caillé n'était pas domicilié dans la province de Québec et, partant, n'est pas un absent aux termes de l'article 86 C.c.," *Re Caillé et Procureur Général de Québec v. Banque de Montréal*, (1938) 76 C.S. p. 158. Voir aussi *Re Massot et Procureur Général de Québec v. Banque d'Épargne de la Cité et du district de Montréal*, (1938) 76 C.S. p. 165 où il est écrit à propos d'un absent: "Aucune preuve quelconque n'a établi qu'il avait élu domicile au Canada. Donc, il n'est pas un absent aux termes de l'article 86 C.c."

envoyer en possession des biens de cet absent qui se trouvent dans notre province?

Voici les problèmes que notre article se propose de résoudre. En matière de droit international privé québécois, les deux principaux problèmes concernant l'absence, sont:

1. Le cas d'un étranger qui a disparu laissant des biens au Québec, et,
2. Le cas d'un étranger, déclaré absent par un tribunal étranger, et qui laisse des biens dans notre Province.

Un examen approfondi de la jurisprudence québécoise sur l'absence en matière de Droit international privé nous enseigne que les deux cas mentionnés plus haut sont les seuls à s'être présentés devant nos tribunaux.⁹

C'est donc en ayant toujours ces deux hypothèses présentes à l'esprit que nous traiterons des différents aspects de l'absence. Ainsi, dans le cas d'une personne non domiciliée au Québec, nous tenterons de définir les effets de son absence; tout d'abord sur ses biens situés dans nos limites territoriales, et ceci, à travers la curatelle aux biens d'un absent, l'envoi en possession; et ensuite nous verrons les effets quant à sa personne, c'est-à-dire sur son mariage et ses enfants.

À chaque stade de notre exposé, nous montrerons si nos tribunaux ont la compétence juridictionnelle pour résoudre le problème en question, puis s'ils doivent appliquer notre droit interne ou une loi étrangère; par exemple: nos tribunaux peuvent-ils nommer un curateur aux biens d'un absent non domicilié au Québec, et si oui, suivant quel système de lois?

Afin de pouvoir répondre à ces questions, il est nécessaire au préalable de déterminer à quel statut se rattache la notion d'Absence. Cette qualification conserve son importance, car celle-ci nous donne accès à la règle

9. Les questions concernant l'absence de personnes domiciliées hors du Québec se posent toujours à l'occasion de litiges portant sur des biens situés dans notre province:

Dans l'arrêt *Bauron v. Davis* (1897) 11 C.S. 123, et en appel, (1897), 6 B.R. 547, il s'agit d'un absent domicilié en France dont la femme vient réclamer un leg de \$5,000. ici, au Québec.

Dans l'arrêt *Caillé et Procureur général de Québec v. Banque de Montréal*, (1938) 76 C.S. 156, il s'agit d'une personne disparue, non domiciliée dans la province, dont la Couronne demande l'envoi en possession du dépôt en Banque.

Dans l'arrêt *Ex parte Clavet* (1935), 39 R.P. 115, il s'agit de deux mineurs absents non domiciliés dans la province dont on veut nommer un curateur aux biens situés dans la province.

Dans l'arrêt *A. Lefebvre-Descoteaux v. C. Lefebvre-Descoteaux*, (1907), 11 R.P. 291, il s'agit de trois absents domiciliés aux États-Unis, et d'une succession qui s'est ouverte au Québec.

Dans l'arrêt *Massot et Procureur Général de Québec v. Banque d'Épargne de la Cité et du district de Montréal*, (1938), 76 C.S. 163, il s'agit d'une requête de la Couronne pour être envoyée en possession des biens d'un absent domicilié hors du Québec.

Dans l'arrêt *E. D. Tétrault v. H. Rochon*, (1905), 6 R.P. 215, et (1905), 6 R.P. 235, il s'agit d'un absent qui est domicilié hors de la province et d'une contestation sur un testament.

de conflit québécoise, et partant, à la loi applicable; de plus, elle nous servira de guide, tout au long de notre exposé.

I — L'absence relève du statut personnel

Il semble ne faire aucun doute pour les auteurs que l'absence est un état qui se rapporte à la personne. Le législateur en a intégré la réglementation dans le Livre I traitant "Des personnes", et le rattachement qu'effectue l'article 86 entre le domicile et la notion d'absence ne peut laisser aucun doute sur les intentions du législateur. Il en va de même pour les auteurs et la jurisprudence; de façon unanime, le droit québécois considère que l'institution de l'absence relève du statut personnel.¹⁰

Pourtant, il nous semble que classer l'absence dans le statut personnel manque encore de précision. Comme nous le savons, le statut personnel regroupe l'état et la capacité, mais la question importante est de savoir laquelle de ces deux branches du statut personnel est affectée par l'absence; en bref: l'absence touche-t-elle l'état ou la capacité de la personne?

Il va de soi que nos conclusions différeront sensiblement suivant la réponse donnée; par exemple, si nous concluons que l'absence est une

10. La doctrine semble unanime sur le fait que l'absence relève du statut personnel de l'individu: Voir:

BEAUDOIN, L. *Le droit civil de la Province de Québec, Modèle vivant droit comparé*, Wilson et Lafleur, Montréal, 1953, p. 118.

COMTOIS, R., *Questions et réponses* (1957-58), 60 R. du N. p. 113: "La déclaration d'absence décide de la capacité juridique d'une personne".

FRECHETTE, J-G., *Loi régissant les biens*, mémoire soumis au Comité de Droit International Privé de l'Office de Révision du Code civil, 1967, p. 190.

GUY, M., *La capacité d'aliéner les biens et d'en disposer en droit comparé et en droit internation privé*, (1970) R. du N., vol. 72, p. 365.

JOHNSON, W. S. *The Conflict of Laws*, 2nd Ed., Wilson et Lafleur, Montréal, 1962 p. 162. "The absentee has a definite status. Absence effects a modification of his normal status and capacity".

LANGELIER, F. Cours de droit civil, Tome I, Wilson et Lafleur, Montréal, 1905, p. 200.

MIGNAULT, P. B. *Le Droit civil canadien*, Tome I, ed. C. Théorêt, Montréal, 1895, p. 254, considère l'absence comme étant une question de capacité.

ROCH, H., *L'absence*, Montréal, 1951, p. 33: "Il s'agit, en effet, de l'état et de la capacité des personnes". . .

SIROIS, L. P., *Tutelles et curatelles* Imprimerie de l'action sociale, Québec, 1911, dit à la page 450 en parlant de l'article 88 traitant de la curatelle aux absents: "C'est dans la limite de ce district que se font tous les actes qui affectent l'état civil et la capacité de cet individu".

TRUDEL, G., *Traité de Droit civil du Québec*, Tome I, Wilson et Lafleur, Montréal, 1942, p. 270, 271.

TURGEON, H. *Le domicile et la compétence judiciaire en matière non contentieuse*, (1952-53) 55 R. du N. p. 452-453.

Il en va de même pour la jurisprudence, celle-ci considère que la liaison effectuée par le législateur entre le domicile et l'absence manifeste le rattachement de cette dernière notion au statut personnel.

Voir sur la question les arrêts: *Bauron v. Davis*, (1897), 11 C.S. 123; 6 B.R., 547. *Caillé v. Banque de Montréal*, (1938), 76 C.S., 156, *Ex Parte Clavet*, (1935), 39 R.P. 115. *Massot v. Banque de Montréal*, (1938), 76 C.S., 163. Voir aussi, sur l'état et la capacité d'une personne une cause qui peut s'appliquer à l'absence par analogie: *R. v. Dame R.*, (1955), C.S. 447.

question de capacité, cela tendrait à désintéresser les tribunaux du lieu de la situation des biens; mais si nous concluons que l'absence n'est pas une question de capacité, nous éviterons de la sorte toute assimilation abusive de la curatelle à l'absent à la curatelle ou tutelle au mineur; cette assimilation, parfois faite par les auteurs, peut conduire à des conclusions dangereuses.

À notre avis, l'Absence n'affecte pas la capacité, mais seulement l'état de la personne.¹¹ Ainsi, une personne déclarée absente et dont les biens sont sous curatelle, peut valablement, même pendant sa période d'absence disposer de ses biens. Donc "l'absence n'est pas à proprement parler un problème d'incapacité juridique, mais un problème de diminution progressive de la personnalité de l'absent".¹² Plusieurs auteurs expriment l'idée que l'absence est un état, état assez spécial d'ailleurs, sensiblement plus flou que l'état de célibataire. Baudoin parle de l'absence comme d'un "état intermédiaire";¹³ DeLorimier énonce au dessous de son commentaire de l'art. 86 que l'absence est considérée comme une modification de l'état des personnes, . . .";¹⁴ Guy parle d'"état d'absence";¹⁵ Johnson nous dit que "This matter of absence is a matter of status".¹⁶ À notre sens, l'absence est un état de fait que la loi, afin d'éviter des conséquences trop dommageables pour les biens de l'absent et pour ses proches, est obligé de prendre en considération. Notons au passage que les conséquences de l'absence sont au moins aussi importantes, sinon plus, sur les biens et les personnes gravitant autour de l'absent que sur la personne même de l'absent. En conséquence, le fait d'avoir conclu que l'absence est une question d'état et non de capacité nous amènera à nous méfier de toute comparaison ou analogie de cette institution avec les règles concernant les incapables et les interdits.

-
11. BRIERE, G., "*Le conflit des lois quant aux biens et aux personnes*", (1958), 3 C. de D. p. 137, définit la capacité comme "le degré de compétence qu'une loi particulière attache à un certain état d'une personne; c'est l'habileté d'une personne à contracter, à disposer, . . ."; et il définit l'état d'une personne comme "la condition légale en tant que membre d'une famille ou d'une société organisée; cette condition dépend généralement de l'âge, du sexe, . . .". On voit tout de suite que c'est la définition de l'état qui s'adapte le mieux à l'absence car cette institution ne touche pas directement à l'habileté de l'absent à contracter ou à disposer de ses biens.
 12. GUY, M., *La capacité d'aliéner les biens et d'en disposer en droit comparé et en droit international privé*, 72 R. du N. p. 365.
 13. BAUDOIN L. *Le Droit civil de la Province de Québec, modèle vivant de droit comparé*, Wilson et Lafleur, Montréal, 1953, p. 118.
 14. De LORMIER, *Bibliothèque du Droit civil*, Vol. I, Des presses à la vapeur de la Minerve, Montréal, 1871, p. 552.
 15. GUY, M., *La capacité d'aliéner les biens et d'en disposer en droit comparé et en droit international privé*, 72 R. du N. p. 368.
 16. JOHNSON, W.S., *The Conflict of Laws*, 2nd Ed., Wilson et Lafleur, Montréal, 1962, p. 162.

Par ailleurs, "notre droit en cette matière étant à plusieurs points de vue notoirement différent du Code Napoléon, on doit recourir avec prudence à la doctrine française".¹⁷ En effet, le droit français exige, préalablement à l'envoi en possession des biens de l'absent, un jugement en déclaration d'absence¹⁸ qui n'existe pas dans notre droit; "La déclaration d'absence comme acte distinct, indépendant et isolé d'un résultat pratique, comme la nomination d'un curateur, l'envoi en possession, et la dissolution provisoire de la communauté, n'existe pas, suivant les principes de notre code".¹⁹

Ceci étant acquis, nous n'examinerons donc point la question du jugement déclaratif d'absence parfois reprise dans les ouvrages de doctrine; car non seulement cette déclaration d'absence n'existe pas telle quelle dans notre droit, mais encore le terme peut prêter à confusion: quand un tribunal prononce l'envoi en possession des biens d'un absent, implicitement, il constate l'absence de cette personne; mais cette déclaration implicite ne modifie pas l'état de la personne absente; son état est déjà modifié par le fait de sa disparition prolongée et le tribunal ne fait que reconnaître cette situation. À nos yeux, ce sont des effets juridiques tels que la nomination d'un curateur ou l'envoi en possession qui révèlent si une personne est absente. C'est donc tout d'abord à travers la curatelle que nous allons examiner le problème de l'absence d'une personne non domiciliée au Québec.

II — La curatelle aux biens des absents n'ayant pas eu de domicile au Québec

Puisque notre Code, par son art. 86, ne permet pas l'application du Titre IV des absents aux personnes n'ayant pas eu de domicile au Québec, que va-t-il se passer dans le cas où elles disparaissent laissant des biens au Québec? Nous allons tenter d'y répondre en déterminant si le tribunal

17. ROCH, H., *L'absence*, Montréal, 1951, p. 73.

18. Article 115 du Code Napoléon: "Lorsqu'une personne aura cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, et que depuis quatre ans on n'en aura point eu de nouvelles, les parties intéressées pourront se pourvoir devant le tribunal de grande instance, afin que l'absence soit déclarée".

19. De LORIMIER, *Bibliothèque du Droit Civil*, Vol. 1, Des presses à la vapeur de la Minerve, Montréal, 1871, p. 552. D'après cet auteur, la déclaration d'absence pourrait résulter implicitement soit de la nomination d'un curateur, ou de l'envoi en possession, ou de la dissolution de la communauté.

québécois est compétent pour nommer le curateur aux biens;²⁰ puis, connaissant la compétence juridictionnelle, nous nous occuperons de la compétence législative.

A – Tribunal compétent pour nommer le curateur

Nous avons déjà vu qu'il y avait une liaison naturelle entre la notion d'absence et le domicile;²¹ cette liaison se retrouve à un autre niveau: l'art. 88 C.c.²² qui traite de la nomination du curateur nous réfère au titre "De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation", pour la composition et la convocation du conseil de famille appelé à statuer sur la nécessité de nommer un curateur à l'absent. Et dans ce titre, au chapitre II traitant de la tutelle se trouve l'art. 249 C.c.²³ qui dispose que le tribunal compétent pour nommer un tuteur est celui du district du domicile du mineur. Certains ont effectué un rapprochement entre ces deux articles et en ont conclu que, en règle générale, le tribunal compétent pour nommer le curateur à l'absent est celui de son dernier domicile. La doctrine paraît s'accorder sur ce point, à savoir que le tribunal du dernier domicile de l'absent est le tribunal compétent pour la nomination du curateur, bien que les motivations qui poussent les auteurs à de telles conclusions soient variées. Ainsi pour De Lorimier, "L'on sent que c'est la nature même de la chose et la nécessité qui exigent que lorsqu'il s'agit de déterminer l'état et la condition des personnes, il n'y ait qu'un juge qui doit être celui du domicile, à qui ce droit puisse appartenir".²⁴ Johnson, pour sa part annonce que "The curator, we would recognize, is appointed by the Court of the last domicile of the absentee".²⁵ Mignault, après avoir souligné que

20. Nous ne tenterons point de définir les compétences juridictionnelles pour exercer un recours contre un absent non domicilié au Québec; cette question est hors de notre propos car il s'agit en fait du problème général des recours exercés contre un étranger domicilié hors de notre province, le fait que cet étranger soit un absent ne change en rien la détermination des compétences juridictionnelles. Sur ce point, voir la cause, *Paradis v. Cuesteau*, (1883), 9 Q.L.R., p. 117 où il a été jugé que, pour une dette contractée à l'étranger, le créancier peut poursuivre l'absent soit devant le tribunal du district où il avait son domicile, soit devant celui du district où sont situés ses biens. Dans cet arrêt, l'absent dont on parle, semble n'être qu'une personne non présente dans la province, ou domiciliée hors de la province.

21. Voir par exemple l'article 86 C.c. et l'article 93 C.c. Dans ces deux articles, le législateur nous montre clairement qu'il considère l'absence comme un fait localisé au domicile.

22. Article 8 C.c. "Il est statué sur la nécessité de cette nomination à la demande des intéressés, sur l'avis du conseil de famille, composé et convoqué en la manière pourvue au titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation, avec l'homologation du tribunal, ou de l'un de ses juges ou du protonotaire".

23. Article 249 C.c. "Toutes les tutelles sont datives. Elles sont déferées, conformément au Code de procédure civile, sur avis du conseil de famille par un juge ayant juridiction dans le district où le mineur a son domicile ou par le protonotaire de ce district".

24. De LORIMIER, *Bibliothèque du Droit civil*, Vol. I, Des presses à vapeur de la Minerve, Montréal, 1871, p. 114.

25. JOHNSON W. S. *The Conflict of Laws*, 2nd Ed., Wilson et Lafleur, Montréal, 1962, p. 164.

la loi semble peu claire sur le point de savoir si c'est le tribunal du lieu de la situation des biens ou celui du dernier domicile de l'absent qui est compétent pour organiser les mesures d'administration des biens de l'absent, opte pour le tribunal du dernier domicile de l'absent en s'appuyant sur deux considérations; d'une part, il reconnaît que c'est le tribunal le mieux placé pour apprécier la qualité de la preuve apportée; d'autre part, il effectue la liaison entre les art. 88 et 249 C.c. et conclut: "Il ne me paraît pas douteux que le seul tribunal compétent est celui du dernier domicile de l'absent"²⁶ Hervé Roch effectue lui aussi le rapprochement entre les art. 88 et 249 C.c., et, s'appuyant sur un nombre impressionnant d'auteurs, affirme que le Tribunal compétent pour la nomination du curateur à l'absent, "c'est le tribunal du district où l'absent avait son domicile au moment de son départ"²⁷ Sirois et Trudel sont du même avis, et, s'appuyant sur les art. 88 et 249 C.c., concluent que le tribunal compétent en cette matière est celui du dernier domicile de l'absent.²⁸

Nos juges, eux, ont fait preuve de moins de dogmatisme et d'assurance que nos auteurs. Ils paraissent avoir tenu compte du fait que la curatelle aux absents est une curatelle aux biens et non pas à la personne²⁹ et que par conséquent toute assimilation trop étroite entre la tutelle et la curatelle aux absents risquerait de mener à des conséquences excessives, car l'une est faite pour la personne, et l'autre pour administrer des biens.³⁰ C'est ainsi que dans l'arrêt *Ex parte Clavet*,³¹ l'autorité judiciaire s'est reconnue compétente pour nommer un curateur à des biens situés au Québec et appartenant à deux mineurs absents n'ayant jamais eu de domicile dans la province. D'un autre côté, nos tribunaux reconnaissent le curateur nommé par le tribunal du dernier domicile de l'absent.³²

On peut donc définir la compétence juridictionnelle en matière de curatelle à l'absent comme suit: le tribunal compétent pour nommer un

26. MIGNAULT, P. B. *Le Droit civil canadien*, Tome I, Ed. C. Théorêt, Montréal, 1895, p. 260.

27. ROCH, H. *L'absence*, Montréal, 1951., p. 45.

28. SIROIS, L. P., *Tutelles et curatelles*, Imprimerie de l'Action Sociale, Québec, 1911, p. 450.

TRUDEL, G., *Traité de droit civil du Québec*, Tome I, Wilson et Lafleur, Montréal, 1942, p. 278.

29. Il ne faut pas oublier que l'article 347 C.c. dispose que: "les curateurs aux biens sont ceux que l'on nomme:

1. Aux biens des absents;

2. ..."

30. LORANGER, 3 *Revue Légale*, à la page 102 explique très bien que l'analogie entre le curateur à l'absent et le tuteur et le curateur à l'interdit est fautive, puis il ajoute que la loi "laisse l'absent dans la plénitude de sa capacité et le libre exercice de ses droits".

31. *Ex parte Albert Clavet*, (1935), 39 R.P., 115.

32. *A. Lefebvre-Descoteaux v. C. Lefebvre-Descoteaux*, (1907), 11 R.P., p. 291.

curateur aux biens d'un absent est, d'une part, le tribunal du dernier domicile de l'absent; mais, d'autre part nous pensons qu'il est nécessaire d'ajouter un second facteur de rattachement: le lieu de la situation des biens; la jurisprudence est de notre avis puisqu'elle a reconnu que le tribunal du district où sont situés les biens de l'absent est, lui aussi, compétent.

Cette attitude de nos tribunaux nous paraît très logique, car les raisons qui excluaient tout recours au tribunal du lieu de la situation des biens n'ont jamais emporté notre conviction. Le rapprochement entre les art. 88 et 249 du Code civil n'est pas déterminant car l'art. 88 ne renvoie au titre "De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation" que pour la composition et la convocation du Conseil de famille, mais non pour la nomination du curateur.

D'autre part, si nos juges ont décidé en Cour d'Appel que "The courts in this Province have no jurisdiction to grant a status or capacity to a person domiciled outside the Province"³³ cela ne concerne pas notre matière, car la nomination d'un curateur aux biens n'a jamais modifié ou accordé un nouvel état à l'absent. L'état de la personne absente est modifié du fait de sa disparition, la nomination du curateur est seulement un effet de ce changement d'état.³⁴ Par ailleurs, si l'état de la personne absente devait être modifié après sa disparition, ce devrait être au moment de l'envoi en possession de ses biens à ses ayants-droit, car c'est à partir de ce moment là que des doutes sérieux commencent à planer au sujet de la vie de l'absent; pourtant, l'art. 923 du Code de Procédure civile dispose que: "La demande d'envoi en possession se fait à un juge du district où se trouvait le domicile de l'absent ou du défunt, ou, à défaut de domicile dans la province, *de celui où sont situés les biens.*" Si donc, pour un envoi en possession des biens – mesure beaucoup plus sévère pour l'absent que l'octroi d'un curateur – la loi permet de s'adresser au tribunal du lieu de la situation des biens de l'absent, on ne voit vraiment pas pourquoi le tribunal du dernier domicile de l'absent serait seul et exclusivement compétent pour la nomination du curateur!

33. *Coslett v. Germain*, (1949), B.R., p. 521. Dans l'arrêt *R. v. Dame R.*, (1955) C.S., p. 447, nos juges refusent de prononcer l'interdiction d'une femme mariée dont le domicile est dans un pays étranger car ils estiment que le tribunal compétent pour accorder ou modifier un état ou une capacité est celui du domicile de la personne.

34. Il ne faut pas oublier qu'après tout le curateur aux biens d'un absent n'est qu'une sorte de procureur et ne peut être nommé qu'à défaut de procureur prévu par l'absent lui-même. Art. 87 C.c. "S'il y a nécessité de pourvoir à l'administration des biens d'un absent *qui n'a pas de procureur fondé*, ou dont le procureur n'est pas connu, ou refuse d'agir, il peut, à cette fin, être nommé un curateur".

Depuis quand, le fait d'avoir un procureur changerait-il l'état de la personne?

B – Compétence législative

Maintenant que nous savons à quel tribunal nous adresser, nous allons tenter de déterminer suivant quelle loi le curateur sera nommé, et quelle est la loi qui régira ses droits et obligations.

1) Nomination du curateur

Nous avons, dans les paragraphes précédents, établi que l'absence relève de l'état des personnes. Or la règle de conflit contenue dans l'art. 6 alinéa 4 C.c.³⁵ nous enseigne que l'état d'une personne est régi par la loi de son domicile; ainsi en est-il de l'absent. L'absent, par rapport aux mesures qui sont édictées à son égard, reste soumis à la loi de son domicile, hormis pour les matières où notre loi se réserve l'exclusive compétence. La doctrine semble s'accorder sur ce point,³⁶ de même que la jurisprudence qui a toujours considéré que l'absence et ses effets, sauf les questions que notre loi se réserve expressément, sont régies par la loi personnelle de l'absent, tel que défini au moyen de l'art. 6 C.c. 4e alinéa.³⁷

C'est ainsi que les conditions de fond pour la nomination du curateur sont définies par la loi du dernier domicile de l'absent. La raison en est simple; il est évident que la loi personnelle d'un individu est toujours la plus à même de définir quel genre de protection nécessite cet individu, qu'il soit présent ou absent; c'est donc la loi personnelle de l'absent qui peut le mieux nous dire quel genre de personne, dans l'entourage de l'absent, est le plus apte à administrer ses biens et les protéger; c'est encore la loi personnelle de l'absent qui est la plus intéressée à nous dire quelles qualités doit remplir le curateur à l'absent afin que son administration soit conforme aux intérêts de l'absent et de ses proches. Cette loi nous indique donc les qualités personnelles que doit remplir le curateur; elle nous renseigne sur le point de savoir s'il peut être un aubain ou non,

35. Art. 6 C.c. al. 4 "L'habitant du Bas-Canada, tant qu'il y conserve son domicile, est régi, même lorsqu'il en est absent, par les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes; mais elles ne s'appliquent pas à celui qui n'y est pas domicilié, lequel y reste soumis à la loi de son pays quant à son état et à sa capacité".

36. COMTOIS, R., *Questions et Réponses*, 60 R. du N. p. 113 écrit que la condition d'absence s'infère de l'art. 6 C.c. GUY, M., *La capacité d'aliéner les biens et d'en disposer en droit comparé et en droit international privé*, 72 R. du N. p. 368 "L'absent est soumis quant à son état et à sa capacité à la loi de son domicile. C'est l'application pure et simple de la loi générale relative à l'état et à la capacité des personnes au Québec. (art. 6, 3e et 4e al. C.c.)." Sont aussi de cet avis: JOHNSON, W.S., *Conflict of Laws*, 2nd Ed., 1962, Montréal, Wilson et Lafleur, p. 163.

LAFLEUR, E., *The Conflict of Laws*, C. Théorêt, Montréal, 1898, p. 214. ROCH, H., *L'absence*, 1951, Montréal, p. 33.

37. *Coslett v. Germain* (1949) B.R., p. 525: "Art. 6 C.c. enacts that persons domiciled out of this province remain subject to the law of their country as to their status and capacity". Dans ce sens *R. v. Dame R.*, (1955), C.S. p. 447.

s'il peut être une femme ou non, et si l'exercice de certaines activités est incompatible avec la fonction de curateur. Bien entendu, si la nomination du curateur est effectuée par nos tribunaux, la loi étrangère doit être alléguée et prouvée à défaut de quoi ce sera notre loi qui s'appliquera.³⁸

2) Obligations et pouvoirs du curateur

Il serait agréable et pratique de définir les obligations et pouvoirs du curateur "in toto", indépendamment de la nature des biens sur lesquels ils portent. Mais, l'art. 6 C.c. qui soumet les meubles et les immeubles à des régimes différents nous impose d'examiner séparément le cas des meubles et celui des immeubles.

En ce qui concerne les meubles, les pouvoirs et obligations du curateur sont définis par la loi personnelle de l'absent car "les meubles suivent la loi du domicile de leur propriétaire"³⁹ C'est l'art. 6 alinéa 2 C.c.⁴⁰ dont la première phrase s'applique aux biens meubles ut universi qui détermine la compétence législative et nous renvoie à la loi personnelle de l'absent. Cette règle s'applique "parce qu'alors la relation juridique qui existe entre la personne et l'universalité des meubles s'impose. Mais du moment que cette relation — ce rapport de droit — n'existe point ou qu'elle est brisée, les meubles considérés individuellement ne sont plus régis que par la loi de la situation actuelle".⁴¹ Le curateur étant nommé à la tête d'une universalité de biens, ce sera la loi personnelle de l'absent qui, pour les meubles, dira s'il doit faire un inventaire ou fournir caution, et si ses pouvoirs se limitent aux actes de pure administration ou si certains actes de disposition lui sont permis.

Cette opinion semble être confirmée par la jurisprudence. Dans l'arrêt *Re: Caillé et Procureur Général de Québec v. Banque de Montréal*,⁴² la

38. Il est d'un principe unanimement admis que lorsqu'une action est basée sur une loi étrangère et que cette loi n'est pas prouvée, on présume qu'elle est identique à la nôtre: *Babineau v. Railway Center Park Ltd.*, (1915), 47 C.S., 161. Dans le cas de la nomination d'un tuteur à un mineur non domicilié au Québec, voir l'application de ce principe dans l'arrêt *Coslett v. Germain*, (1949), B.R., p. 522; et son application en matière d'absence voir l'arrêt *Bauron v. Davies*, (1896), 11 C.S., p. 126.

39. BEAUDOIN, Y., *Propos sur la loi de la curatelle publique du Québec* 70 R. du N., p. 191.

40. Art. 6 al. 2 C.c. "Les biens meubles sont régis par la loi du domicile du propriétaire".

41. TRUDEL, G., *Traité de droit civil du Québec*, Tome I, Wilson et Lafleur, Montréal, 1942, p. 35. Sont du même avis:

JETTE, L. A. (1923), 1 R. de D., p. 198.

FRÉCHETTE, J.-G., *La détermination d'une règle de conflits de lois en matière de biens successoraux et de régimes matrimoniaux*, Thèse de doctorat, Université de Montréal, 1970, p. 29.

CRÉPEAU, P.-A., *Recueil de documents et arrêts en droit international privé québécois*, McGill University, 1968, p. 426.

42. (1938), 76 C.S., 156.

Cour Supérieure a décidé que le dépôt en banque (meuble ut universi) d'une personne disparue qui n'a jamais eu de domicile dans la province est régi par la loi du domicile de la personne concernée. Dans cette cause, il s'agissait d'une demande d'envoi en possession, mais nous pensons que le jugement aurait été identique s'il s'était agi de curatelle aux biens. Cependant, dès qu'une question portera sur un meuble considéré ut singuli, ou qui sera individualisé à l'occasion d'une contestation sur des droits réels portant sur ce bien, la loi de la situation du bien (en l'occurrence la nôtre) reprendra tous ses droits, et ceci en vertu de la 2e partie du 2e alinéa de l'art. 6 C.c.⁴³

En ce qui concerne les immeubles, le Code civil ne nous laisse pas le choix: dans son art. 6 alinéa 1er C.c. il dispose que: "Les lois du bas-Canada régissent les biens immeubles qui y sont situés" Ce qui veut dire que pour les immeubles, qu'ils soient pris dans leur universalité ou non, c'est la loi du lieu de leur situation qui définira les pouvoirs et obligations du curateur quant à ces biens.⁴⁴ Dans notre cas, donc, ce seront les lois de la Province qui, s'appliquant sur les immeubles y étant situés, nous indiqueront si le curateur doit faire un inventaire des biens, fournir caution⁴⁵ et si ses pouvoirs se limitent à ceux d'un simple administrateur ou non.

La jurisprudence paraît entériner le fait que les immeubles possédés par un absent non domicilié au Québec restent soumis à la "lex rei sitae"; en effet, la Cour Supérieure, dans la cause *Ex parte Albert Clavet*,⁴⁶ a donné l'autorisation, au curateur à deux absents n'ayant jamais eu de domicile dans la Province, de vendre deux immeubles appartenant à ces derniers.

43. La deuxième partie du 2e alinéa de l'art. 6 C.c. s'adresse aux biens meubles "ut singuli": "C'est cependant la loi du Bas-Canada qu'on leur applique dans les cas où il s'agit de la distinction et de la nature des biens, des privilèges et droits de gage, de contestation sur la possession. . ."

44. BEAUDOIN, Y., *Propos sur la loi de la curatelle publique du Québec*, 70 R. du N. p. 191 nous dit que "en règle générale, le curateur étranger peut administrer sous les réserves déjà exprimées, les immeubles situés dans le Québec". Ces réserves déjà exprimées sont: "en matière de biens immobiliers, c'est la loi de leur situation qui s'applique". Sont aussi du même avis: JOHNSON, W. S., *Conflict of Laws*, 1962, Montréal, Wilson et Lafleur, p. 168: "the right to the moveables will depend upon the Law of the domicile of the absentee, and the right to the immoveables upon the Law of their situation". COMTOIS, R., *Questions et Réponses*, 60 R. du N. p. 113.

45. En fait, le Code civil n'exige pas de fournir caution, ROCH, H. *L'absence*, Montréal, 1951, p. 50. Evidemment, en cas d'instance en justice, un curateur étranger qui ne résiderait pas dans la province serait tenu de fournir cautionnement pour frais comme n'importe quel étranger plaidant devant nos cours. Voir sur ce sujet: *Tétreault v. Rochon*, (1905), 6 R.P., p. 213.

46. (1935), 39 R.P., p. 115.

III – L'envoi en possession

Après l'écoulement d'une certaine période qui varie suivant les législations,⁴⁷ le droit regarde l'absent avec des yeux beaucoup plus circonspects que pendant la période de la curatelle, et commence à émettre certains doutes sur la survie de l'absent. Ces doutes se concrétisent par l'envoi en possession, mesure sérieuse pour les biens de l'absent puisque c'est en quelque sorte une succession fantôme.

Nous étudierons sous le titre générique de "envoi en possession" à la fois l'envoi en possession provisoire et l'envoi en possession définitif car, par rapport au Droit international privé, il n'existe que peu de différences entre ces deux envois en possession, tous deux étant soumis aux mêmes règles de compétence juridictionnelle et législative. Ajoutons qu'il n'y a pas forcément de suite chronologique entre ces trois étapes et que "l'envoi en possession provisoire peut être accordé sans qu'il y ait eu d'abord un curateur, de même la possession définitive peut avoir lieu sans curatelle ou possession provisoire antérieures".⁴⁸

Dans un premier temps, nous définirons quel est le tribunal compétent pour l'envoi en possession; puis, dans un second temps, nous déterminerons la loi qui doit régir cet envoi en possession.

A – Tribunal compétent pour l'envoi en possession des biens d'un absent étranger

À la différence du paragraphe que nous avons consacré à la compétence juridictionnelle en matière de curatelle, nous n'entrerons pas dans de grandes discussions doctrinales pour arbitrer l'éternel duel entre le tribunal du domicile et celui du lieu de la situation des biens, pour la bonne et simple raison que l'art. 923 C.P.C. le fait pour nous: "La demande d'envoi en possession se fait à un juge du district où se trouvait le domicile de l'absent ou du défunt, ou, à défaut de domicile dans la province, de celui où sont situés les biens".

Pour la jurisprudence, il n'a jamais fait de doutes que nos tribunaux peuvent être valablement saisis de demandes d'envoi en possession de biens d'absents étrangers, pourvu que ces biens soient situés dans notre province.⁴⁹ De façon réciproque, nous reconnaitrons la compétence juridic-

47. Notre droit exige que cinq ans se soient écoulés depuis la disparition de l'absent, art. 93 C.c.; le droit français lui exige quatre ans, art. 115 C.N.

48. ROCH, H. *L'absence*, Montréal, 1951, p. 74.

49. Il existe trois arrêts sur la question:

Caillé v. Banque de Montréal, (1938), 76 C.S., 156;

Chamberlain v. Banque de Montréal, (1938), 76 C.S., 167;

Massot v. Banque d'Épargne de Montréal, (1938), 76 C.S., 163.

tionnelle d'un tribunal étranger qui envoie en possession les biens d'un absent, pourvu que ces biens soient situés dans son ressort territorial. Ce n'est au fond que la bilatéralisation de la règle contenue dans l'art. 923 C.P.C.

L'art. 923 C.P.C. accorde aussi la compétence juridictionnelle au tribunal du dernier domicile de l'absent si ce dernier est domicilié au Québec. Peut-on, de la même façon, bilatéraliser cette règle? Cela ne pose pas de problème pour les meubles; au Québec, il est admis que le tribunal du dernier domicile de l'absent est compétent pour envoyer en possession tous les biens meubles de l'absent, quelque soit leur situation, car il s'agit en l'occurrence d'une universalité.⁵⁰ Pour les immeubles, la situation est différente; s'ils sont situés dans les limites territoriales du tribunal du dernier domicile de l'absent, il ne fait aucun doute que ce tribunal est compétent; mais le tribunal du dernier domicile de l'absent n'est absolument pas compétent pour envoyer en possession les immeubles, qu'il soient considérés "ut universi" ou "ut singuli", situés à l'étranger. Le seul tribunal compétent pour décider des titres, de la possession, et des droits portant sur un immeuble est le tribunal du lieu de la situation de l'immeuble.⁵¹

B – Selon quelle loi doit s'effectuer l'envoi en possession

Cette recherche de la loi applicable à l'envoi en possession des biens d'un absent étranger comprend plusieurs aspects que nous allons examiner séparément.

1) Le délai pour demander l'envoi en possession

Le délai au bout duquel les héritiers de l'absent peuvent demander l'envoi en possession des biens doit être le même pour tout le patrimoine de l'absent. En cette matière nous pensons qu'il ne faut pas distinguer entre les meubles et les immeubles, et qu'un seul et même délai doit

Dans ces trois causes, nos tribunaux se sont reconnus compétents pour juger d'une demande de la Couronne pour être envoyée en possession des biens d'un absent non domicilié dans la province.

50. CRÉPEAU, P.-A., *Recueil de documents et arrêts en droit international privé québécois*, 2e partie les conflits de juridictions, McGill University, 1969, p. 129.

Voir aussi un arrêt de la Cour du Banc de la Reine, *Bauron v. Davies*, (1897), 6 B.R., 547, où il s'agissait, en l'espèce, d'une femme domiciliée en France, dont le mari a été reconnu absent par un tribunal français qui a accordé à cette dernière l'autorisation d'aller recueillir, seule, un legs de \$5,000. La cour a reconnu les pouvoirs de cette femme.

51. JOHNSON, W. S., *Conflict of Laws*, 2nd edition, Wilson et Lafleur, Montréal, 1962, p. 490, écrit: "In both Quebec and Ontario the rule is undisputed that the title and ownership of, and real rights in, real estate can be decided only by the courts of the situs".

s'appliquer aux deux sortes de biens. Pourquoi? Parce que la loi qui fixe le délai au bout duquel les biens d'un absent peuvent être envoyés en possession n'est pas une loi régissant les biens, mais une loi touchant la personne. Fixer le délai, c'est définir quand la personne est vraiment absente, c'est établir quand la présomption de mort contrebalance la présomption de survie de l'absent. La fixation du délai touche l'état de la personne et a un effet direct contre l'absent, car ce délai nous indique quand les intérêts des ayant-droits l'emportent sur le souci de protéger l'absent.

Johnson pense aussi que le délai doit être le même pour tout le patrimoine de l'absent, sans qu'il soit nécessaire de faire une distinction entre la nature des biens; mais il base son argumentation sur le fait que l'ar. 93 C.C.⁵² ne fait pas de distinction entre les meubles et les immeubles.⁵³

Puisqu'il n'y a qu'un seul délai pour l'envoi en possession, cela veut dire qu'un seul système de lois doit le fixer. Selon quelle loi doit-on fixer le délai pour l'envoi en possession? Si une différence existe entre le délai prévu par nos lois et celui prévu par la loi du dernier domicile de l'absent, Johnson pense que le tribunal québécois doit choisir le plus court des deux délais.⁵⁴ Nous ne sommes pas de cet avis, nous venons d'établir que la loi qui fixe le délai pour l'envoi en possession est une loi qui touche à l'état de la personne, c'est donc la loi personnelle de l'absent qui doit s'appliquer. Suivant notre art. 6 C.c. dernier alinéa, ce sera la loi du dernier domicile de l'absent qui fixera les délais pour demander l'envoi en possession des biens. S'il s'agit pour nos cours de reconnaître un jugement d'envoi en possession prononcé par le tribunal du dernier domicile de l'absent, c'est le délai employé par ce tribunal que nous reconnaitrons.

2) La dévolution des biens de l'absent

Il ne fait aucun doute, ni pour la loi, ni pour la jurisprudence, ni pour la doctrine, que c'est une loi successorale qui doit régir l'envoi en pos-

52. Art. 93 C.c. "Lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, et que depuis cinq ans on n'en a point eu de nouvelles, ses héritiers présomptifs au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles peuvent se faire envoyer par le tribunal ou le juge, en possession provisoire de ses biens à la charge de donner caution pour la sûreté de leur administration".

53. JOHNSON, W. S., *Conflict of Laws*, 1962, Montréal, Wilson et Lafleur, 2nd Ed., p. 165, est de cet avis et base son argumentation sur le fait que "Art. 93 does not distinguish between moveables and immoveables".

54. *Ibid.* à la page 165.

session des biens de l'absent.⁵⁵ Mais là où les questions se posent, c'est sur le point de savoir quelle loi successorale appliquer.

Trudel, sans entrer dans les détails de l'envoi en possession, paraît être d'avis que c'est la loi du dernier domicile de l'absent qui doit régir l'envoi en possession puisqu'il déclare: "C'est pourquoi le domicile joue ici un rôle prépondérant: *seul* il détermine quelles lois régiront le fait et les conséquences de l'absence".⁵⁶

Nous ne sommes pas de cet avis; en cette matière, la loi nous impose de nouveau par son art. 6 C.c., la "summa distinctio" entre meubles et immeubles.⁵⁷ Ce sera donc la loi du dernier domicile de l'absent qui régira l'envoi en possession des biens meubles, qui définira quels sont les héritiers, l'ordre dans lequel ils seront appelés et s'ils sont présomptifs ou définitifs.

Quant aux immeubles, ce sera la loi de leur situation, c'est-à-dire notre loi s'ils sont situés dans nos limites territoriales, qui régira leur envoi en possession, qui définira les parts de chaque héritier, s'ils doivent être "ab intestat" ou s'ils peuvent être aussi testamentaires etc. . . . Johnson est aussi de cet avis puisqu'il écrit: "the rights to the moveables will depend upon the law of the domicile of the absentee, and the right of the immoveables upon the law of their situation".⁵⁸ Puis il ajoute: "the result is that, as regards moveables, the law of the absentee's foreign domicile would decide who are his presumptive heirs, their order as among themselves, the extent of their respective rights".⁵⁹ Comtois partage cette opinion, il admet que les immeubles restent soumis à la "lex rei sitae", et que les meubles, pris dans leur universalité, sont dévolus suivant la loi du domicile de leur propriétaire.⁶⁰

La jurisprudence paraît vraiment partager nos vues; dans l'arrêt *Caillé et Procureur Général de Québec v. Banque de Montréal*,⁶¹ il a été jugé

55. JOHNSON, W. S., *Conflict of Laws*, 2nd Ed. 1962, Wilson et Lafleur, Montréal, p. 168: "We must observe the laws governing succession".

56. TRUDEL, G. *Traité de droit civil du Québec*, Tome I, Wilson et Lafleur, Montréal, 1942, p. 271.

57. Il ne faut pas oublier que nous appliquons ici une loi successorale. La Cour Suprême du Canada, dans le célèbre arrêt *Pouliot v. Cloutier* (1944), S.C.R. 284, appliqué la dualité de régime en matière successorale soumettant les meubles à la loi du dernier domicile du "de cuius", et les immeubles à la loi de leur situation.

58. JOHNSON, W. S., *Conflict of Laws*, 2nd Ed., Wilson et Lafleur, Montréal 1962, p. 168.

59. *Ibid.* à la page 168. Voir aussi dans le même sens: *Questions et Réponses*, (1944-45), 47 R. du N. p. 537.

60. COMTOIS, R., *Mélanges offerts à Me Raymond Cossette*, Chambre des Notaires de la Province de Québec, 1968, p. 127. Cependant, avant de se rallier à cette opinion, Me Comtois était d'avis que: "De plus, selon l'art. 6, les biens meubles sont régis par la loi du domicile du propriétaire sauf dans certains cas prévus par le Code; et la dévolution des biens est un de ces cas d'exception", *Questions et Réponses*, 60 R. du N., pp. 113-144.

61. (1938), 76 C.S., 156.

que les droits sur des biens meubles (dépôt de banque) appartenant à une personne disparue depuis 1919 et n'ayant jamais eu de domicile dans la province ne dépendent pas des lois de la province, mais de la loi du domicile de la personne concernée; par conséquent, La Couronne ne peut se faire envoyer en possession de ces biens. Le même cas s'est présenté une autre fois devant la Cour Supérieure,⁶² et il a été jugé que "la Couronne ne peut être considérée comme l'héritier présomptif",⁶³ car les biens meubles d'une personne disparue depuis 1914 et dont le domicile était à l'étranger restent régis par loi du domicile de leur propriétaire.⁶⁴

3) Capacité d'hériter et cautionnement

Pour connaître la capacité personnelle des héritiers d'acquérir les biens de l'absent, il faut se tourner vers la loi de leurs domiciles respectifs, "la capacité d'acquérir est réglée par la loi du domicile de chacune des personnes désignées comme héritières présomptives...";⁶⁵ ce n'est au fond que l'application pure et simple de l'art. 6 al. 4 C.c.

Suivant notre art. 93 C.c. les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent ayant eu un domicile au Québec doivent fournir caution. Quid, dans le cas d'un absent étranger? Là encore nous pensons que pour les meubles, il faut se retourner vers la loi du dernier domicile de l'absent; mais pour les immeubles situés dans la province, notre loi s'applique et exige une caution de la part des envoyés en possession provisoire.⁶⁶

4) Retour de l'absent

Il n'existe pas de jurisprudence, au Québec, sur le cas d'un absent domicilié à l'étranger, dont les biens ont fait l'objet d'un envoi en possession, et qui réapparaît. Il se trouve, cependant une cause de la Cour Suprême de l'Ontario,⁶⁷ qui pourrait apporter quelques lumières sur le sujet. Voici les faits: Samuel Jones, domicilié en Californie décède; un de ses héritiers, Samuel Jones Junior est un absent qui a disparu depuis 1910; aussi par un jugement de la Cour Supérieure de Californie du 9 novembre 1920, sa part d'héritage est répartie entre les autres héritiers.

62. *Massot et Procureur Général de Québec, v. Banque d'Épargne de la Cité de Montréal*, (1938) 76 C.S., 163.

63. *Ibid.* à la page 166.

64. Voir aussi, avec des faits identiques, un jugement dans le même sens: *Chamberlain et Procureur Général de Québec v. Banque de Montréal*, (1938), 76 C.S., 167.

65. COMTOIS, R., *Questions et Réponses*, 60 R. du N. p. 114.

66. JOHNSON, W. S., *Conflict of Laws*, 2nd Ed. Wilson et Lafleur, Montréal, 1962, p. 169 se pose la question sans pourtant y apporter de réponse bien claire.

67. *Jones v. Smith*, (1925), 2 D.L.R. p. 790.

Samuel Jones, Jr., réapparaît et intente une action devant les Cours de l'Ontario pour recouvrer sa part d'héritage. Il est débouté en appel. D'après Johnson,⁶⁸ la loi de Californie ne prévoit aucun recours pour l'absent dont les biens ont été envoyés en possession définitive, donc Samuel Jones Junior aurait aussi été débouté s'il avait plaidé devant les Cours de Californie.

Nous pensons, à l'instar de Johnson⁶⁹ que les tribunaux de la province de Québec auraient jugé de la même façon. À notre avis, c'est au système législatif qui a fourni les règles de l'envoi en possession des biens de définir les recours de l'absent s'il réapparaît.

Après ce bref examen des effets de l'absence sur les biens, nous allons nous tourner vers les effets personnels de l'absence à travers le mariage et les enfants de l'absent.

IV – Les effets de l'absence sur le mariage et les enfants de l'absent étranger

Cette partie des effets de l'absence est nettement moins controversée que celle des effets sur les biens, et ceci pour deux raisons: la première est que les auteurs n'y ont consacré que de brefs développements,⁷⁰ la seconde est que le cas d'un absent étranger dont les effets de son absence sur son mariage et sur ses enfants se seraient produits au Québec, ne s'est pas, à notre connaissance, encore présenté devant nos tribunaux. Néanmoins, ne voulant pas préjuger de l'avenir, et conscient des problèmes des juristes dont le travail s'effectue principalement hors des prétoires, nous allons tenter de définir les règles qui président aux effets personnels de l'absence en droit international privé québécois.

A – Effets de l'absence sur le mariage

Nous entrons dans un domaine qui sans conteste appartient au statut personnel de l'absent, donc peu controversé. Est-il besoin d'ajouter que dans notre droit l'absence "a été conçue et organisée juridiquement avant

68. JOHNSON, W. S., *Conflict of Laws*, 2nd Ed., Wilson et Lafleur, Montréal, 1962, p. 171: "It seems, from the above explanation, that under California law the absentee from and after the final decree became for all legal purposes "dead", so that he had no recourse, even in California, if "redivivus" he reappeared".

69. *Ibid.*, p. 172.

70. JOHNSON, W. S., *Conflict of Laws*, 2nd Ed., Wilson et Lafleur, Montréal, 1962, ne consacre que 2 pages (pp. 166-167) aux effets de l'absence sur le mariage et les enfants de l'absent, et la majeure partie de ces deux pages ne porte que sur de la réglementation de droit interne.

tout en fonction des intérêts pécuniaires et du patrimoine de l'absent"⁷¹ ? Aussi ne trouvons-nous que quatre articles dans le Code civil⁷² qui traitent des effets de l'absence sur le mariage.

Les effets de l'absence sur le mariage sont définis par la loi personnelle de l'absent, qui est, d'après l'art. 6 al. 4 C.c., la loi de son dernier domicile.⁷³ Ce sera la loi personnelle de l'absent qui nous dira si, au bout d'une certaine durée d'absence, le mariage est dissout de plein droit² si le conjoint de l'absent peut demander la dissolution du mariage,³ si l'absence est une cause de divorce, ou si, au contraire, l'absence ne modifie en rien le lien matrimonial des époux. Donc, s'il s'agit d'un absent non domicilié au Québec, nos lois ne peuvent en aucun cas être intéressées à la détermination du statut personnel de l'absent quant à son mariage.⁷⁴

B – Quel est le tribunal compétent pour statuer sur les modifications que l'absence apporte au mariage?

Dans ce cas, il s'agit, d'une façon claire et nette, d'une modification du statut personnel de l'absent; si un époux demande la dissolution du mariage ou le divorce pour cause d'absence de son conjoint, il demande, "ipso facto", le changement d'état de son conjoint absent.

La compétence juridictionnelle est alors facile à déterminer: le seul tribunal compétent pour modifier ou accorder un état ou une capacité est le tribunal du domicile de la personne concernée. Ainsi, Brière déclare, s'appuyant sur l'arrêt *Coslett v. Germain*⁷⁵ que, "les tribunaux du Québec n'ont pas juridiction pour accorder un état ou une capacité à une personne domiciliée hors de la Province, sauf dans des cas exceptionnels. . ."⁷⁶ Johnson est du même avis: "Quebec Courts have not jurisdiction to touch the status and capacity of spouses of foreign domicile, though their marriage be void of an absolute nullity, "ab initio".⁷⁷ La jurisprudence a toujours été de cet avis; si nous remontons à un arrêt du Conseil Privé

71. BAUDOIN, L., *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Librairie Dalloz, Paris, 1967, p. 153.

72. Art. 108 – 109 – 110 – 111 C.c.

73. BRIÈRE, G., *Les conflits des lois quant aux biens et aux personnes*, (1958), 3 C. de D. p. 138. "C'est uniquement le domicile qui compte pour déterminer l'état et la capacité des personnes".

74. Hormis le cas de l'ordre public bien entendu. Voir Lafleur, E., *The Conflict of Laws*, C. Théorêt, Montréal, 1898, p. 46: "Our Courts will not as a rule, recognize or give effect here to a status which is repugnant to our Laws or institutions".

75. (1949), B.R., 521.

76. BRIÈRE, G., *Les conflits des lois quant aux biens et aux personnes*, (1958), 3 C. de D. P. 138. puis il cite l'art. 348a C.c. comme étant un cas exceptionnel.

77. JOHNSON, W. S., *Conflict of Laws*, 2nd Ed., Wilson et Lafleur, Montréal 1962, p. 245.

rendu en 1895,⁷⁸ nous constatons que le Conseil Privé a jugé que le seul vrai critère pour déterminer la juridiction qui peut prononcer le divorce, c'est le domicile actuel des époux.

C – Effets de l'absence sur les enfants de l'absent

Les mêmes règles prévalent que pour le mariage, ceci étant aussi une question de statut personnel. Ce sera la loi personnelle des enfants⁷⁹ qui définira qui a la garde des enfants, et si la nomination d'un tuteur est requise. Le tribunal compétent, là encore, pour nommer le tuteur est le tribunal du domicile du mineur.⁸⁰ Mais, à ce niveau-là, nous sommes déjà hors du domaine de l'absence.

V – Conclusion

Après avoir dessiné, à gros traits, les contours de notre personnage: "L'Oublié de l'art. 86", nous aimerions émettre quelques observations, voire même quelques critiques à son égard.

La première serait dirigée contre la constante scission entre biens meubles et immeubles qui est effectuée dans notre droit international privé. Cette dualité de régime, qui est un héritage de l'histoire, est une sorte de boulet que le droit traîne avec lui, et peut produire des effets plutôt surprenants.⁸¹

Reprenons, par exemple, le cas de notre monsieur Samuel Jones en supposant qu'il se soit présenté devant les Cours québécoises parce qu'un immeuble était situé au Québec. À son retour, Samuel Jones, se serait vu refuser tout recours sur les biens envoyés en possession sauf pour l'immeuble situé au Québec, où même après trente ans d'absence, Samuel

78. *Lemesurier v. Lemesurier*, (1895), Appeal Cases, p. 517. Voir aussi l'arrêt *Dame Trahan v. Vézina*, (1946), B.R. p. 14, où il a été jugé que les parties étant domiciliées dans la province de Québec, un décret de divorce obtenu par le défendeur dans l'État du Nevada en janvier 1944, ne saurait avoir d'effet à l'égard de la demanderesse.

79. La loi personnelle des enfants est la loi du domicile de leurs parents car l'art. 83 C.c. dispose que: "Le mineur non émancipé a son domicile chez ses père et mère ou tuteur".

80. Art. 249 C.c.: "Toutes les tutelles sont datives. Elles sont déferées, conformément au code de Procédure civile, sur avis du Conseil de famille par un juge ayant juridiction dans le district où le mineur a son domicile ou par le protonotaire de ce district". Voir aussi l'arrêt *Coslett v. Germain* (1949), B.R. p. 521 où il a été jugé que: "Under the Law of this Province a tutor must be appointed by the Court of the domicile of the minor".

81. JOHNSON, W. S., *Conflict of Laws*, 2nd Ed., Wilson et Lafleur, Montréal, 1962, à la page 168, pense que soumettre l'envoi en possession à une seule et même loi, quelque soit la nature des biens du patrimoine envoyé en possession, est le système le plus simple, puis il ajoute: "A priori, it is perhaps the better system".

Jones pourrait récupérer le bien.⁸² Nous pensons qu'il serait beaucoup plus logique que, en matière d'universalité, les meubles et les immeubles soient soumis à la même loi.⁸³

Ensuite, nous trouvons que notre droit interne fait la vie trop belle à cet "oublié de l'art. 86"; disparaître, c'est mourir un peu, dit-on, nous trouvons que notre "Oublié" met beaucoup de temps à mourir; trop de temps. . . "À notre époque, grâce aux moyens de communication, et à leur rapidité extrême, il est bien rare que le sort d'une personne demeure aussi longtemps dans l'incertitude";⁸⁴ il se pourrait fort bien que notre "Oublié de l'art. 86" soit un oublié volontaire;⁸⁵ aussi, le droit devrait, au moins à partir de l'envoi en possession des biens, cesser de préoccuper du sort de l'absent, et regarder son retour éventuel avec des yeux beaucoup moins favorables.

Les juges de la Cour Suprême de l'Ontario qui, en 1925 ont débouté Samuel Jones, étaient des sages.

-
82. Car ce serait notre droit interne qui s'appliquerait: art. 101 C.c.: "Si l'absent reparaît ou si son existence est prouvée, même après l'expiration des cent années de vie ou des trente ans d'absence, tel que porté en l'art. 98, il recouvre ses biens dans l'état où ils se trouvent, le prix de ceux qui ont été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi de ce prix".
83. Fréchette, J.-G., *les conflits de lois en droit international privé*, 1969, Cours de licence de la Faculté de Droit de l'Université de Sherbrooke, p. 79, propose de soumettre l'universalité des biens de l'absent à une seule et même loi: la loi du dernier domicile de l'absent.
84. BAUDOIN, L., *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, Dalloz, 1967, p. 158.
85. De nos jours, les disparitions non volontaires arrivent surtout à l'occasion, soit des catastrophes naturelles, de cataclysmes, ou de naufrages, et dans ces cas là, nos lois, par les art. 70, 71, 72, 73 C.c. ont prévu les procédures à suivre.