



REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

NUMÉRO SPÉCIAL

Les fictions en droit civil

Propos introductifs

Les fictions, réalité incontournable
du droit civil

Arnaud Tellier-Marcil, Shana Chaffai-Parent,
Laura Rizko

Notion et fonctions des fictions

Guillaume Wicker

Les contrats fictifs

Simulation et parénèse :
mauvaises fictions contractuelles?

André Bélanger

Les personnes fictives

Les sociétés contractuelles :
de la fiction de la personnalité juridique au
débat sur le patrimoine d'affectation

Benjamin Lehaire

Les liens parentaux fictifs

Les liens parentaux en droit québécois :
quelle place pour la fiction biologique à l'aube
d'une réforme du droit de la famille?

Michelle Giroux, Clémence Bensa, Vanessa Gruben

Les preuves fictives

La présomption de vérité découlant d'une
décision antérieure : réalité ou fiction?

Guillaume Laganère

L'erreur (manifeste et déterminante)
est humaine

Shana Chaffai-Parent

Le langage fictif

Faire du Code civil une loi à la portée de tous :
une question de mots?

Mélanie Samson

Langage, langage du droit et traduction :
matières à fiction?

Jean-Claude Gémar

Les fictions, réalité incontournable du droit civil

*Arnaud TELLIER-MARCIL,
Shana CHAFFAÏ-PARENT et Laura RIZKO**

C'est en 2019 que nous avons lancé ce projet collaboratif sur les fictions en droit civil. À ce moment, les pandémies et les mesures de confinement ne faisaient pas partie de notre réalité. Elles n'étaient pas inconnues pour autant. Ancrées dans les livres d'histoire et les œuvres de fiction, elles meublaient notre imaginaire collectif. On connaît la suite : elles sont rapidement devenues réalité. Une réalité omniprésente. Incontournable.

Notre projet n'a pas échappé à l'emprise de cette nouvelle réalité. Il devait initialement prendre la forme d'un colloque, qui devait se tenir dans les locaux de l'Université de Montréal en mars 2020. À l'instar de tant d'autres activités, le colloque a dû être annulé à la dernière minute en raison de la pandémie de coronavirus. Au terme d'un parcours truffé d'embûches, nous avons finalement pu présenter un cycle de conférences virtuelles en 2021 grâce aux nouvelles réalités technologiques et, surtout, à la générosité des conférenciers, que nous ne saurions remercier assez. Nous tenons également à remercier la professeure Brigitte Lefebvre, titulaire de la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil, de nous avoir soutenus dans ce projet et de nous avoir encouragés à persévérer malgré les obstacles. Remercions également la professeure Élise Charpentier ainsi que Madame Valerie Parent de la *Revue juridique Thémis* pour leur appui et leur collaboration dans le cadre de ce projet. Il importe enfin de mentionner que ce projet a été appuyé financièrement par le Fonds d'études notariales de la Chambre des notaires du Québec ainsi que par le Vice-rectorat à la recherche, à la découverte, à la création et à l'innovation de l'Université de Montréal.

* Les auteurs sont avocats et doctorants à l'Université de Montréal. Ils sont à l'origine du présent numéro spécial, lequel fait suite à un cycle de conférences qu'ils ont conçu et organisé sous l'égide de la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil.

Nous les remercions pour leur soutien financier dans la réalisation de ce projet.

*
* * *

Les fictions sont incontournables pour comprendre la réalité du droit. Aussi contre-intuitif que cela puisse paraître, le droit a recours à des fictions pour rendre compte des réalités les plus diverses. À titre d'exemple, pensons aux nombreuses règles qui s'articulent autour du comportement hypothétique de cette fameuse « personne raisonnable » que nul n'a jamais rencontrée. Le phénomène occupe une place prépondérante sur le terrain du droit civil, qui est particulièrement fertile en fictions juridiques. Destinés à organiser le droit commun de façon générale, structurée et cohérente, les codes civils font abondamment appel aux fictions juridiques pour relier les concepts entre eux ou assurer la logique et l'harmonie du droit civil, entre autres fonctions. De fait, les fictions sont enracinées si profondément dans le droit civil qu'il est possible d'avancer qu'elles participent de son essence même.

Outil versatile, la fiction juridique est source de débats, à commencer par l'épineuse question de sa définition. Plusieurs auteurs ont tenté au fil du temps de tracer les contours de cette notion complexe dont l'existence même défie notre conception du réel. L'une des figures incontournables en la matière, le professeur **Guillaume Wicker** de l'Université de Bordeaux, signe l'article introductif du présent numéro spécial.

L'article du professeur Wicker met parfaitement la table pour la suite. Avec une approche rigoureuse et didactique, il examine les différentes *définitions* de la fiction proposées par la doctrine juridique. Après en avoir dégagé les points de convergence, il s'appuie sur leurs points de divergence pour mettre en exergue les diverses *fonctions* exercées par la fiction en droit. Il ressort notamment de son exposé que les fictions juridiques ont une utilité bien réelle pour l'étude et l'élaboration du droit. Les articles qui suivent en sont autant d'exemples !

Un voyage au pays des fictions du droit civil serait incomplet sans une exploration de la question des contrats fictifs. En effet, le droit des contrats, du fait peut-être de la diversité des situations qu'il est appelé à régir, semble constituer un habitat naturel pour la fiction. La définition même du contrat

donne lieu à une panoplie de fictions juridiques. Il suffit de penser aux contrats que le droit civil établit entre des personnes qui n'ont nullement échangé leur consentement, celui-ci étant pourtant une exigence de formation du contrat (art. 1385 C.c.Q.). Entre autres exemples, le mécanisme du « mandat apparent » (art. 2163 C.c.Q.) crée un contrat de mandat en l'absence du consentement voire à l'insu du « mandant ». Plus largement, le droit civil soumet le « contrat d'adhésion » au régime général des contrats, ce qui suppose qu'une simple adhésion équivaut à un consentement. Dans ce contexte, il est difficile de départager la réalité de la fiction¹.

Le professeur **André Bélanger** propose un article sur ce qui peut paraître comme la fiction par excellence du droit des contrats : la simulation. Il s'agit d'une pratique autorisée par les articles 1451 et 1452 du *Code civil du Québec* consistant à laisser faussement croire à l'existence d'un contrat. En temps normal, la doctrine s'intéresse essentiellement aux aspects techniques de la simulation. Par contraste, le professeur Bélanger sort des sentiers battus ; en fait, il circule même en sens inverse ! Ses propos ne manqueront pas de dérouter le lecteur au premier abord, car il soutient que contrairement aux apparences, la simulation est la forme contractuelle la plus aboutie, la plus réelle. Utilisant la simulation comme fil conducteur, il démontre que les véritables fictions du droit des contrats sont plutôt les parties contractantes, la volonté contractuelle et la moralité contractuelle. Au fil d'arrivée, c'est le contrat dans son ensemble qui apparaît comme une immense fiction !

Comme le relève le professeur Bélanger, les parties à un contrat peuvent revêtir un caractère fictif, ce qui soulève la question plus large des personnes fictives, ces êtres inanimés qui n'existent que sur papier mais qui n'en sont pas moins actifs dans le monde réel. L'article 352 du *Code civil du Bas-Canada* ne laissait planer aucun doute quant à la volonté du législateur de recourir à une telle fiction : « Toute corporation légalement constituée forme une *personne fictive* ou morale [...] ». Sous l'empire du *Code civil du Québec*, cette fiction semble moins assumée, le vocable « personne fictive » n'étant pas employé expressément. L'imaginaire juridique demeure néanmoins peuplé de nombreuses personnes inanimées. Il y a d'abord les

¹ Cet enjeu fondamental est une source inépuisable de débats, complexes mais passionnants, dans lesquels Marc-Antoine Picotte, doctorant à l'Université d'Ottawa, n'a pas craint de s'engager dans le cadre du cycle de conférences

personnes morales au sens juridique du terme, telles que les sociétés par actions².

En outre, le droit civil donne vie à des entités qui ne sont pas dotées de la personnalité juridique mais qui en possèdent plusieurs attributs, telles que les sociétés de personnes. C'est sur celles-ci que se penche le professeur **Benjamin Lehaire**. Dans son article, il dresse un portrait historique, puis contemporain, de la situation, mettant en opposition la *théorie de la fiction* et la *théorie de la réalité*. Il démontre ainsi comment le *Code civil du Québec* permet désormais d'encadrer les biens des sociétés de personnes sans recourir à la fiction de la personnalité juridique, en s'appuyant plutôt sur les notions de patrimoine d'affectation ou de division. L'ambiguïté du statut juridique de la société de personnes demeure toutefois une réalité incontournable, et le professeur Lehaire invite le législateur à y remédier.

On pourrait être tenté de croire que dans les relations familiales qui unissent des personnes de chair et de sang, la fiction n'a pas droit de cité. Pourtant, la question des liens parentaux fictifs bouscule plus que jamais la réalité des familles. Traînant des fictions juridiques d'une autre époque, le droit de la famille québécois peine à s'adapter à l'évolution et à la multiplication des modèles familiaux. Comme figé dans le temps, le *Code civil du Québec* prévoit seulement deux types de filiation : par le sang (biologique) et par adoption. Parmi les nombreux problèmes découlant de la rigidité de ce cadre juridique figure par exemple l'enjeu de la procréation post-mortem, rendue possible grâce aux avancées des techniques médicales³.

De façon plus générale, le droit civil québécois enferme les liens parentaux dans le carcan de la réalité biologique. Dans leur article, les professeurs **Michelle Giroux** et **Vanessa Gruben** et la post-doctorante **Clémence Bensa** démontrent que, ce faisant, il s'éloigne paradoxalement de la réalité des familles. Elles mettent à mal la fiction selon laquelle le titre de parents revient naturellement aux parents biologiques, étayant leurs propos à la lumière de certains modèles familiaux devenus courants, notamment les

² Dans le cadre du cycle de conférences, la professeure Pascale Cornut St-Pierre a expliqué comment une conception plus réaliste de la personnalité morale pourrait fournir une limite interne au principe de libre constitution des personnes morales.

³ Dans le cadre du cycle de conférences, la professeure Brigitte Lefebvre a exposé les questions complexes que cet enjeu soulève sur le plan juridique, et nous a permis de constater que le *Code civil du Québec* n'offre guère de solutions, d'où l'urgence de réformer les règles du droit de la famille et des successions.

couples de même sexe, les personnes célibataires, les couples ayant recours à la procréation assistée ou à une convention de gestation pour autrui de même que les modèles multiparentaux. Il paraît alors évident qu'une réforme législative s'impose. Pour guider le législateur québécois à cet égard, les auteurs font une analyse critique de certains régimes qui ont été adoptés en common law.

Il était difficile de résister à la tentation d'explorer le paradoxe des paradoxes, les preuves fictives. L'idée peut sembler saugrenue puisque, par définition, la preuve est « ce qui sert à établir qu'une chose est vraie » (*Le Robert*). Or, il existe des situations où la preuve directe d'un fait est difficile à faire, voire impossible. Le droit de la preuve peut alors se satisfaire de présomptions. À la manière d'une fiction juridique, la présomption brouille le réel. Il s'agit d'un mécanisme de preuve indirecte qui permet, à partir d'indices, d'inférer l'existence d'un fait nécessaire à la démonstration de l'existence d'un droit ou d'une obligation. À titre illustratif, on peut penser à la présomption de paternité évoquée dans l'article des professeurs Giroux et Gruben et de madame Bensa. Parfois outil de démocratisation, la présomption peut avoir la fonction d'égaliser les chances entre les parties à un litige ou encore de faciliter le déroulement du procès. La question demeure toutefois entière : s'agit-il d'une fiction juridique ?

Dans son article, le professeur **Guillaume Laganière** se garde de donner une réponse tranchée. Pour lui, la présomption oscille entre la réalité et la fiction. Elle est certes susceptible de créer une fausse réalité pour les besoins de l'administration de la justice, mais elle comporte une part de vérité puisqu'elle reflète une certaine probabilité. Il s'intéresse de plus près à une présomption intimement liée au système judiciaire, à savoir la « présomption de vérité » qui découle d'une décision antérieure. Il relève certains problèmes conceptuels dans la jurisprudence relative à cette présomption. Son appellation est d'ailleurs trompeuse, note-t-il, puisqu'au sens du Code civil, il n'y a guère de « présomption de vérité », seulement des présomptions de fait devant répondre aux critères de l'article 2849 du Code civil. En fin d'analyse, il conclut que la présomption découlant d'une décision antérieure est plus près de la réalité que de la fiction.

Dans l'article suivant, **Shana Chaffai-Parent** envisage la fiction sous un tout autre angle. Elle la met en relation non pas avec la présomption mais avec un autre concept judiciaire fondamental : l'erreur, telle qu'elle est conceptualisée dans le cadre du processus d'appel d'un jugement. Elle

constate d'abord que l'erreur est une fiction qui se distingue par son caractère involontaire. Puis, elle observe que les juges d'appel n'ont pas tous la même conception de l'erreur, ce qu'elle illustre au moyen de l'arrêt *Résolu* de la Cour suprême du Canada, en comparant les motifs divergents des juges Kasirer et Côté. L'analyse qu'en fait l'auteure donne à penser que l'approche flexible du juge Kasirer tend davantage vers la fiction tandis que la juge Côté se montre plus réaliste en se plaçant dans la perspective de la juge de première instance. En fin d'analyse, elle en conclut que le processus suivi pour cerner l'erreur tend à avoir un effet sur la teneur même de la notion.

Chacune des fictions abordées jusqu'ici a été créée à l'aide du langage du droit civil, qui peut être perçu comme un langage fictif. Autrement dit, on a dans chaque cas attribué à des mots un sens qui ne correspond pas à la réalité qu'ils désignent dans la langue courante. Le maniement du langage est en effet un des grands pouvoirs dont le législateur est investi. Ainsi, les rédacteurs du *Code civil du Québec* se sont écartés à maintes reprises des usages de la langue générale, notamment pour exprimer des nuances juridiques ou à des fins stylistiques. C'est, dans une large mesure, ce phénomène jurilinguistique qui fait en sorte que le droit est un monde à part, en marge du monde réel. La communication entre professionnels du droit s'en trouve facilitée, mais une barrière linguistique s'érige du même coup entre les juristes et les non-juristes.

L'article de la professeure **Mélanie Samson** traite de ces enjeux communicationnels. Si l'adage selon lequel nul n'est censé ignorer la loi est manifestement irréaliste, elle nous rappelle que, pour que cette fiction se rapproche un tant soit peu de la réalité, encore faut-il que les destinataires de la loi en question soient en mesure de la comprendre. À titre illustratif, le recours dans le Code civil à des termes de la langue latine, qui s'apparente à une langue fictive du point de vue du citoyen, est à juste titre déploré par l'auteure. Du reste, elle signale que l'usage de termes bien connus des citoyens ne garantit pas que la loi sera pour eux plus compréhensible. Ils risquent d'interpréter ces termes dans leur sens courant sans comprendre leur sens juridique particulier. La professeure Samson souligne qu'il en va de même des termes qui acquièrent un sens technique en jurisprudence. En effet, il semble illusoire de s'attendre à ce que, devant un mot qu'il connaît bien, le citoyen s'aventure dans les méandres de la jurisprudence pour vérifier si, par hasard, un sens spécial lui aurait été donné!

Le professeur émérite **Jean-Claude Gémard** signe le dernier article de ce numéro thématique. Son texte permet de mettre les fictions juridiques en perspective. Il s'en dégage que, si les fictions sont si abondantes dans le domaine juridique, c'est notamment parce que le système linguistique dont dépend le droit est lui-même construit sur plusieurs couches de fictions. Pour les besoins de sa démonstration, le professeur Gémard s'appuie sur la double fiction que représentent le droit et son langage. Il va à la rencontre de différents peuples, des Indo-Européens, peuple lui-même possiblement fictif, aux Premières Nations d'Amérique du Nord, en revenant jusqu'au Canada d'aujourd'hui. Ainsi, la certitude que cherche à projeter le droit apparaît tout aussi fictive que la certitude qu'on voudrait trouver dans le langage utilisé pour l'exprimer, que ce soit le langage juridique en tant que langue de spécialité, les langues officielles du Canada ou même le langage dans son ensemble.

*
* * *

Il ne nous reste qu'à vous souhaiter une agréable lecture, tout en vous avisant qu'elle pourrait changer votre perception de la réalité...