

Le droit qui s'écrit

Hugo VAILLANCOURT

Étudiant à la Faculté de droit de l'Université de Montréal*

**Alexandra POPOVICI, Lionel SMITH et Régina TREMBLAY (dir.),
Les intraduisibles en droit civil, Montréal, Éditions Thémis, 2014,
286 pages.**

Les intraduisibles en droit civil est un ouvrage collectif qui réunit les pensées de comparatistes de renom sur la question des concepts juridiques qui ne connaissent pas d'égal à l'extérieur de leur tradition juridique respective. Les neuf textes qui y sont présentés proviennent de réflexions ayant pris naissance aux Ateliers 2010-2012 du Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé de l'Université McGill. La tradition bilingue du Centre transparait à travers l'ouvrage, dans lequel on retrouve autant des textes dans la langue de Portalis que dans celle de Blackstone.

**Translating Sui Generis Aboriginal Rights in the Civilian Imagination
– Kristen ANKER**

La professeure Anker ouvre le bal en abordant succinctement le caractère intraduisible des droits autochtones en common law, pour ensuite imaginer une conception civiliste de ces droits dans une visée épistémologique. Arrangement constitutionnel oblige, les Autochtones sont encadrés juridiquement par la common law fédérale. Le résultat selon l'auteure est une common law *sui generis*, qui incorpore les droits reconnus aux Autochtones, comme les permis de chasse et de pêche, au droit fédéral. L'emploi du terme *sui generis* est bien choisi, parce que les droits en question s'inspirent du schéma conceptuel autochtone, tout en n'étant pas si étrangers pour autant à la common law. L'impossibilité de traduire complètement le

* Je tiens à remercier tout particulièrement M^e Didier Lluelles pour cette occasion en or de laisser mes traces dans la *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*. Un autre remerciement doit être adressé à Martin Gibert pour m'avoir donné l'idée de rédiger une recension durant la période estivale.

génie des pratiques autochtones illustre son caractère intraduisible. Ensuite, Anker tente d'exprimer en termes civilistes, ce que pourrait équivaloir à un droit de pêcher. L'usufruit doit s'incliner parce qu'il est par définition limité dans le temps, alors que le droit de pêcher est perpétuel. Le titre de propriété ne convient pas non plus, à défaut d'objet sur lequel porte le droit. Le concept se rapprochant le plus est la servitude personnelle, comme l'arrêt *Matamajaw* en avait émis l'hypothèse. Par après, la propriété propre aux Autochtones offre un autre laboratoire comparatif pour l'auteure. La propriété, pour le civiliste, est en principe individuelle et exclusive, contrairement au caractère collectif des terres, pour les Autochtones. Anker arrive ainsi à la conclusion que, si les droits autochtones devaient s'exprimer en droit civil, ils le seraient à titre *sui generis*.

L'autre faute – Jimena Andino DORATO

Madame Dorato se penche sur l'ambiguïté du terme « faute » en droit civil québécois, en prenant comme point de référence son caractère difficilement traduisible en espagnol. La faute reçoit deux acceptions à travers le *Code civil du Québec*: (1) son *sens large* renvoie au manquement à un devoir, et (2) son *sens strict* renvoie à une négligence reprochable. Le *sens large* ou le *sens strict* de la faute, une fois réunie à un préjudice et à un lien de causalité, donne ouverture à la responsabilité civile au Québec. En Argentine par exemple, le *sens large* de la faute (traduit par *falta*) doit plutôt s'ajouter au *sens strict* (traduit par *culpa*) et aux deux autres conditions susceptibles de donner ouverture à la responsabilité civile. La traduction de faute en *culpa*, en droit québécois, n'est donc pas adéquate, en ce que la faute inclut aussi la *falta*. Cette difficulté offre à l'auteure un terrain de prédilection pour disserte plus avant sur la nécessité d'uniformiser, dans le *Code civil du Québec*, l'utilisation du terme « faute ». Le législateur devrait, à son avis, employer ce terme exclusivement dans son *sens strict*, alors que son acception *large* serait remplacée par un terme équivalent, comme « fait illicite ». Cette manière de procéder permettrait ainsi de mieux distinguer ces deux notions phares de la responsabilité civile.

The *Fondement* – Richard HYLAND

Le professeur Hyland s'intéresse à la notion de *fondement* à travers l'édifice civiliste. Le *fondement* renvoie au principe de droit sous-jacent d'une institution juridique. La possession représente, par exemple, le *fondement* du droit de rétention, suivant lequel le créancier peut retenir le bien du

débiteur jusqu'à parfait paiement. Il en est ainsi parce que, sans possession, le droit de rétention ne peut exister. Le deuxième exemple utilisé par l'auteur est la délicate question de la vente par un héritier apparent des biens du *de cuius* à un tiers de bonne foi, lorsque l'héritier réel refait surface. Le droit civil tranche le nœud gordien en faveur de l'héritier réel en prenant pour *fondement* l'idée qu'on ne peut vendre le bien d'autrui. Hyland constate le caractère intraduisible de cette notion civiliste en common law en raison des différences fondamentales entre les deux traditions juridiques. Le *fondement* va de soi dans un système déductif, où les principes généraux sont appliqués aux situations juridiques. Dans un système inductif comme celui de la common law, où les cas singuliers sont généralisés en règle de droit, la notion de *fondement* est moins évidente. L'auteur démontre également que le *fondement* a une place toute naturelle en droit civil en raison de l'utilisation coutumière des plans cartésiens. Le plan entraîne, par voie de conséquence, la hiérarchisation des principes et, par là même, la notion de *fondement*. Cette réalité ne se rencontre pas en common law, où les classifications sont plutôt instrumentalisées à des fins pédagogiques à l'Université, sans plus. Ainsi, Hyland élève la notion de fondement au rang des *intraduisibles* du droit civil.

Le testament : instrument de traduction – Christine MORIN

La professeure Morin se penche sur le testament comme l'instrument par excellence pour traduire les dernières volontés du défunt. Comme la liberté de tester a force de loi d'un océan à l'autre, le souhait du testateur a souvent été le seul mot d'ordre. Les atomes crochus entre le don et le testament militaient en effet pour une parfaite discrétion. La tendance actuelle apporte cependant un bémol à cette tradition, en encadrant par des mesures sociales la liberté illimitée de tester. Un enfant à charge exhérédé pourra ainsi réclamer des aliments à la succession et dans le cas du Québec les dispositions à propos du patrimoine familial protègent une épouse volontairement exclue. Le pouvoir judiciaire peut également se mettre de la partie si la division du patrimoine proposée au testament est en inadéquation avec les rapports entretenus par le *de cuius* et ses proches. Cette nouvelle réalité permet ainsi au défunt d'assumer une solidarité minimale envers sa famille, obligation qui serait autrement retombée sur les épaules de l'État. L'auteure conclut en soulevant l'hypothèse que le droit ne saurait en certaines circonstances traduire la plus intime volonté du défunt, comme celle par exemple qu'il préfère tout simplement un de ses enfants.

La fiducie québécoise, rebelle infidèle – Alexandra POPOVICI

La professeure Popovici s'intéresse au caractère intraduisible du *trust* anglo-saxon en droit civil québécois. Le *trust* renvoie à un concept juridique de common law située à la fois entre le droit et l'*Equity* et entre le droit de propriété et l'obligation. Rappelons que le *trust* est la situation où un *settlor* (constituant) transfère un bien à un *trustee* (fiduciaire) qui l'administre au profit d'un *beneficiary* (bénéficiaire). Les points de références étant par définition différents en common law et en droit civil, la greffe du *trust* dans le *Code civil du Québec*, à travers la fiducie, ne s'est pas faite sans heurts. Le législateur a repris les principales caractéristiques du *trust* pour construire un concept pouvant s'encaster dans la logique civiliste. La création du patrimoine d'affectation, à savoir un patrimoine indépendant du sujet de droit, est la principale invention juridique qui permet d'importer le *trust*. Il est ainsi en raison de la tradition en droit civil de joindre systématiquement le patrimoine à un sujet de droit. Cette manière de procéder permet aussi de ne pas considérer les biens sans propriétaire de la fiducie comme des biens sans maître. L'auteure critique la manière dont le législateur québécois s'y est pris pour importer le *trust*, car le patrimoine d'affectation remet en question les assises théoriques du patrimoine civiliste.

Translating the Untranslatable: Historical Aspects of the Protection of Honour and Other Extrapatrimonial Interests in Quebec Civil Law – Eric H. REITER

Le professeur Reiter se penche sur la manière dont le droit dans le Québec d'autrefois remédiait aux atteintes à l'honneur, de manière à mettre en exergue la genèse de la protection des droits extrapatrimoniaux. La difficulté d'exprimer une telle atteinte permet à l'auteur de classer cette situation comme intraduisible. L'arrêt *Corbeil* de 1909, impliquant un notable, humilié devant une foule en raison du zèle d'un agent de sécurité, est utilisé comme foyer d'analyse. Reither constate que de telles réclamations devant les tribunaux reflétaient fort bien une société dans laquelle l'honneur et la réputation possédaient une place d'importance. Ensuite, l'auteur revisite avec nous des causes tristement célèbres, dont par exemple l'arrêt *Christie* en 1938, où la Cour suprême refuse d'accorder une indemnité à un Noir qui s'est vu refusé tout service dans une taverne de Montréal. Ou encore le jugement *Switzman* en 1954 dans lequel la Cour du Banc de la Reine entérine la liberticide *Loi du Cadenas*. La Cour suprême se rachète néanmoins en 1959 avec l'arrêt *Duplessis*, où Roncalleri se voit indemnisé

pour ses pertes et l'atteinte à son honneur qu'il a subie. Ainsi, de fil en aiguille, le concept de droit à la réputation s'est construit. L'aboutissement se retrouve principalement à travers la *Charte des droits et libertés de la personne* en 1976 et ensuite dans quelques dispositions du Code civil du Québec en 1994.

Personnalité, Persönlichkeit, Personality – Giorgio RESTA

Le professeur Resta s'intéresse au caractère intraduisible en common law des droits de la personnalité. Cette notion renvoie, en droit civil, à des droits extrapatrimoniaux comme le droit à l'intégrité, au respect de sa réputation et à l'inviolabilité de la personne. Cela reprend, à quelques exceptions près, le concept de *persönlichkeit* en droit allemand. Le terme *personality rights* en common law renvoie plutôt au concept de *publicity rights*, suivant lequel un individu possède le monopole sur l'exploitation commerciale de sa personne. Une utilisation non autorisée de son image constitue ainsi un *tort*. L'équivalent théorique le plus proche des droits de la personnalité n'est donc pas les *publicity rights*, mais bien la source d'où a jailli ce concept, à savoir le *right to privacy*. Dans son sens traditionnel, le *right to privacy* encadre le droit à la dignité et au respect de la vie privée. Avec la montée du star-système dans les pays de common law, cette définition est aujourd'hui mise de côté au profit d'un *right to privacy* davantage relié aux *publicity rights*. La difficulté de traduction provient, selon l'auteur, d'une absence de concept juridique équivalent en common law. Cette situation s'explique d'une manière historique, en ce que le raisonnement fondé sur le *remedy* dans la common law cadre mal avec l'octroi de droits dans l'abstrait, réflexe typiquement civiliste.

Nuptial Agreements, Comparative Law and the Notion of Contract – Anne SANDERS

La professeure Sanders se penche sur la différente approche que l'Allemagne et l'Angleterre ont prise au fil des siècles sur la question des contrats de mariage. De tels contrats ont pour objet de régler à l'avance les enjeux financiers des époux en cas de divorce. Dès les premières lignes, l'auteure note que le concept de contrat de mariage se conçoit aisément en droit civiliste, où le législateur propose un régime matrimonial légal pouvant être modifié ensuite par les époux à travers le contrat de mariage. Assez rapidement en Allemagne, le mariage se détache quelque peu de son caractère religieux à travers la vague de protestantisme. Cette situation

historique a favorisé une place de choix pour les contrats de mariage en Allemagne. Le Code civil allemand (BGB) proposait déjà en 1900, à titre d'exemple, cinq régimes matrimoniaux. À l'opposée, le caractère sacré et indissoluble du mariage en Angleterre milite en faveur d'une non-reconnaissance des contrats de mariage. L'auteure explique aussi, en se référant à la common law classique, que le contrat de mariage n'était pas considéré comme un *contract* en raison de son absence de *consideration* entre les parties. La séparation entre la famille et les affaires n'a pas été cependant un obstacle complet à toute forme de contrats de mariage. Les familles riches faisaient appel au *trust* pour éviter qu'au moment du mariage, la fortune de l'épouse fût transférée dans son entièreté à son mari. Les modalités d'une séparation privée préparée par les juristes anglais pouvaient aussi être utilisées à titre de succédané. Ensuite, les contrats signés malgré tout par les parties étaient utilisés en instance de divorce comme guide. Ce n'est qu'en 2010 que le plus haut tribunal d'Angleterre consacre l'importance à accorder aux contrats de mariage. Les deux pays en sont ainsi arrivés à un résultat similaire en fin de compte, tout en partant d'un point de départ complètement autre. De quoi dire que tous les chemins mènent à la reconnaissance des contrats de mariage!

Why are Remedies not a Legal Subject in Civilian Law?

– Ruth SEFTON-GREEN

Madame Sefton-Green termine le bal en s'interrogeant sur l'absence de *remedy* dans les droits civils québécois et français. Le *remedy* renvoie, en common law, à un redressement judiciaire dans une cause civile. Le concept civiliste le plus proche est la sanction, intervenant à la suite d'une action en justice. Les deux notions doivent cependant être distinguées. La sanction, en droit civil, possède une valeur morale, en ce qu'elle est avant tout, pour celui à qui elle est destinée, une punition pour ne pas s'être conduit comme la loi le prévoit. Autant le Code civil français que le Code civil québécois imposent une manière de se comporter qui sera punie si elle n'est pas respectée. Cette connotation morale est absente du *remedy*, qui se limite à résoudre la situation en cause à la suite d'un processus de pondération des intérêts des parties au litige. À l'opposé, à titre d'exemple en droit civil, l'exécution en nature pourra être choisie comme sanction par le créancier, même si le résultat pour le débiteur est disproportionné vis-à-vis une condamnation en dommages-intérêts. Cette situation découle du fait que le créancier a le *droit* à l'exécution de son contrat. Ceci étant dit,

l'auteure explique que l'exécution en nature, sanction par excellence en droit civil, se rapproche en règle générale du *remedy*, en ce que cette solution offre un bon compromis. Madame Sefton-Green arrive à la conclusion que la notion de *remedy* existe en droit civil, mais sous une forme autre. Un concept juridique clone n'est pas aux yeux de l'auteure nécessaire, en ce que les deux traditions juridiques arrivent, en dernière analyse, à un résultat équivalent par une rhétorique différente.

*
* * *

Les intraduisibles en droit civil est un ouvrage qui saura plaire à tous ceux qui sont attirés par le timbre d'une danse comparatiste. Pour terminer, même si la rigueur de l'analyse est élevée dans tous les textes ici recensés, la palme d'or revient, à mon avis, au texte de Hyland, qui nous guide à travers les *fondements* du droit civil avec grand brio.

