

RDUS**Revue de DROIT**
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**Volume 43 – Numéro 1-2****Année :** 2013**ISSN :** 0317-9656**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/10224>**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/10224>

Page vide laissée intentionnellement.

AVANT-PROPOS	2
Par Nathalie VÉZINA	
QUEL DROIT COMPARÉ?	23
Par H. Patrick GLENN	
L'ABSENCE DU MAÎTRE. HOMMAGE À PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU	45
Par Jean-Guy BELLEY	
 Considérations pédagogiques autour du droit comparé	
COMMENT ENSEIGNER LE DROIT COMPARÉ? UNE PROPOSITION	61
Par Thomas KADNER GRAZIANO	
QUELLE PLACE POUR LE DROIT NATIONAL DANS L'ENSEIGNEMENT DU DROIT EN EUROPE?	89
Par Pascal ANCEL	
IMPLICIT COMPARATIVE LAW	123
Par Roderick A. MACDONALD Kate GLOVER	
 Analyse doctrinale et droit comparé	
PETER BIRKS AND COMPARATIVE LAW	193
Par Lionel SMITH	
LA CONSTRUCTION PAR LA DOCTRINE DANS LES MANUELS DE DROIT CIVIL FRANÇAIS ET QUÉBÉCOIS DU STATUT JURIDIQUE DE L'EMBRYON HUMAIN. VOLET 1 : LA MAXIME "INFANS CONCEPTUS"	209
Par Gaële GIDROL-MISTRAL Anne SARIS	
 Diversité et droit comparé : féminisme, pluralisme, jurilinguistique	
FÉMINISME ET DROIT COMPARÉ : UN MARIAGE POSSIBLE?	343
Par Louise LANGEVIN	
LE DROIT COMPARÉ COMME INSTRUMENT DE MODERNISATION : L'EXEMPLE DES CODIFICATIONS CIVILES DES ÉTATS ARABES DU MOYEN-ORIENT	387
Par Harith AL-DABBAGH	

DE LA DIFFICULTÉ DU BON USAGE DES MOTS ET DE LEUR INCIDENCE SUR LA COMPRÉHENSION ET L'APPLICATION D'UNE NORME JURIDIQUE AUTRE : LA SHARÎ'A ISLAMIQUE, PLUS ET AU-DELÀ DU DROIT	443
Par Muriel PARADELLE	
LOST IN TRANSLATION : LA COMPARAISON DES DROITS EN CONTEXTE DE DIVERSITÉ LINGUISTIQUE.....	479
Par Catherine PICHÉ	
Modélisation et mise en application du droit à travers le prisme comparatif : processus d'harmonisation, droit administratif, droit judiciaire	
L'HARMONISATION DES LOIS PROVINCIALES ET TERRITORIALES CANADIENNES ET LE DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS.....	511
Par Frédérique SABOURIN	
LE RÔLE DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS ET L'UTILISATION DU DROIT COMPARÉ EN DROIT MARITIME CANADIEN.....	561
Par André BRAËN	
COMPARATIVE LAW IN DEVELOPING COURT PRACTICE IN SMALL JURISDICTIONS - MISSION POSSIBLE.....	585
Par Irene KULL	

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : AVANT-PROPOS : Actes du colloque du 50^e anniversaire de l'Association québécoise de droit comparé = Proceedings of the 50th Anniversary Conference of the Quebec Society of Comparative Law

Auteur(s) : Nathalie VÉZINA

Revue : *RDUS*, volume 43, numéro 1-2

Pages : 1-21

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI :

DOI :

Page vide laissée intentionnellement.

Revue de Droit

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

volume 43 - numéros 1-2

POLITIQUE DE RÉDACTION

La RDUS est publiée par la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Les articles sont aussi disponibles sur le site internet de la RDUS et dans les banques de données suivantes : LexisNexis et Westlaw, H.W. Wilson, EBSCO et SOQUIJ. Les articles publiés dans la RDUS sont répertoriés dans : Annuaire de jurisprudence et de doctrine du Québec, Index of Canadian Legal Periodical Literature, Index of Legal Periodicals, Repère, Index of Foreign Legal Periodicals, Current Law Index et Index à la documentation juridique au Canada / Index of Canadian Legal Literature. Les textes soumis à la RDUS font l'objet d'une double évaluation : l'équipe de rédaction de la Revue effectue d'abord une évaluation interne, puis procède à la formation du comité de lecture, composé de spécialistes dans le domaine du droit pertinent, pour les fins d'une expertise externe. Au moment de la publication, l'auteur reçoit deux (2) exemplaires de la revue, dix (10) tirés à part et un fichier électronique correspondant à la mise en page de la version publiée.

Directives aux auteurs

La RDUS reçoit des textes à tout moment de l'année pour la publication dans l'un des numéros annuels. Les auteurs qui soumettent des textes doivent se conformer aux directives suivantes :

1. Les textes soumis à la RDUS doivent l'être en exclusivité. L'auteur doit informer le directeur de la Revue dans le cas contraire, et ce, dès la soumission. L'auteur recevra un contrat de cession des droits d'auteur si le texte est accepté pour publication.
2. Les textes doivent être soumis par courrier électronique, à l'attention du directeur de la RDUS, à l'adresse suivante : revue.droit@USherbrooke.ca.
3. La RDUS publie des articles en français et en anglais. Chaque article est accompagné d'un résumé bilingue rédigé par l'auteur ou l'équipe de rédaction. Le résumé est environ de 150 mots.
4. La RDUS publie généralement des articles de moins de 20 000 mots (incluant les notes infrapaginales). Les commentaires d'arrêts doivent être d'au plus 10 000 mots et les recensions bibliographiques d'au plus 5 000 mots.
5. Les références et citations doivent être conformes à la plus récente édition du *Guide des références pour la rédaction juridique* de Didier Lluellas (Éditions Thémis).

La Revue de Droit est située à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, 2500, boul. de l'Université, Sherbrooke, Québec, Canada, J1K 2R1, tél.: (819) 821-7508, téléc. : (819) 821-7578, courriel : revue.droit@USherbrooke.ca. Le coût de l'abonnement annuel est de cinquante-quatre dollars (T.P.S. et T.V.Q. en sus) pour le Canada et soixante-trois dollars pour l'étranger. Le prix unitaire de chacun des numéros de l'année 2013 est de vingt-deux dollars (T.P.S. et T.V.Q. en sus) pour le Canada et vingt-cinq dollars pour l'étranger. Tout abonné doit donner avis s'il désire interrompre son abonnement. Tous les chèques doivent être faits payables au pair à Sherbrooke au nom de la «Revue de Droit».

Dépôt légal - Bibliothèque et Archives nationales du Québec.
- Bibliothèque et Archives Canada.

ISSN 0317-9656

Les opinions exprimées dans
cette revue n'engagent que
la responsabilité des auteurs.

© RDUS, 2014.

Tous droits réservés

Maquette de la couverture: Anne Paillart

Mise en page: La Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

Impression: Imprimerie HLN

REVUE DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 43 numéros 1-2

2013

Actes du Colloque du 50^e anniversaire de l'Association Québécoise de droit comparé / Proceedings of the 50th Anniversary Conference of the Québec Society of Comparative Law	1
Avant-propos / Foreword <i>Nathalie Vézina</i>	2
Allocution d'ouverture / Opening Address Quel droit comparé? <i>H. Patrick Glenn</i>	23
L'absence du maître. Hommage à Paul-André Crépeau <i>Jean-Guy Belley</i>	45
Considérations pédagogiques autour du droit comparé	
Comment enseigner le droit comparé? Une proposition <i>Thomas Kadner Graziano</i>	61
Quelle place pour le droit national dans l'enseignement du droit en Europe? <i>Pascal Ancel</i>	89
Implicit Comparative Law <i>Roderick A. Macdonald et Kate Glover</i>	123
Analyse doctrinale et droit comparé	
Peter Birks and Comparative Law <i>Lionel Smith</i>	193
La construction par la doctrine dans les manuels de droit civil français et québécois du statut juridique de l'embryon humain. Volet 1 : La maxime « <i>infans conceptus</i> » <i>Gaële Gidrol-Mistral et Anne Saris</i>	209

**Diversité et droit comparé : féminisme, pluralisme,
jurilinguistique**

Féminisme et droit comparé : un mariage possible?
Louise Langevin..... 343

Le droit comparé comme instrument de modernisation :
l'exemple des codifications civiles des États arabes du
Moyen-Orient
Harith Al-Dabbagh..... 387

De la difficulté du bon usage des mots et de leur incidence
sur la compréhension et l'application d'une norme juridique
autre : la *shari'a* islamique, plus et au-delà du droit
Muriel Paradelle..... 443

Lost in Translation : la comparaison des droits en contexte
de diversité linguistique
Catherine Piché..... 479

**Modélisation et mise en application du droit à travers
le prisme comparatif : processus d'harmonisation,
droit administratif, droit judiciaire**

L'harmonisation des lois provinciales et territoriales
canadiennes et le droit civil québécois
Frédérique Sabourin..... 511

Le rôle du droit civil québécois et l'utilisation du droit
comparé en droit maritime canadien
André Braën..... 561

Comparative Law in Developing Court Practice in Small
Jurisdictions – Mission Possible
Irene Kull..... 585

DIRECTION

DAVID GILLES, directeur

COMITÉ SCIENTIFIQUE

JEAN-LOUIS BAUDOIN
Associé, Fasken Martineau
L'honorable NICHOLAS KASIRER
Cour d'appel du Québec
ROBERT P. KOURI, professeur titulaire
Université de Sherbrooke
LUCIE LAMARCHE, professeure et
titulaire de la Chaire Gordon F.
Henderson, Université d'Ottawa
LOUIS MARQUIS
Secrétaire général
École de technologie supérieure

COMITÉ DE RÉDACTION

STÉPHANE BERNATCHEZ
LOUISE BERNIER
SUZANNE COMTOIS
MATHIEU DEVINAT
ÉDITH GUILHERMONT
SÉBASTIEN LANCTÔT
CARMEN LAVALLÉE
SÉBASTIEN LEBEL-GRENIER
CATHERINE RÉGIS

VÉRIFICATION DES RÉSUMÉS

ROBERT P. KOURI

SECÉTAIRE

RENÉE PRUNEAU

ÉQUIPE DE RÉDACTION**Trimestre été 2013**

George DOLHAN,
rédacteur en chef
Alice Mihaela LIVADARU,
rédactrice en chef adjointe
Geneviève AUMOND
Bianca BARIL
Sophie BEAUVAIS
Nada BOUMEFTAH
Anne-Sophie DROUIN
Ngoc Phuong Thuy LE
Marc-Étienne LÉVESQUE

Trimestre automne 2013

Geneviève AUMOND,
rédactrice en chef
Kim BOUCHER,
rédactrice en chef adjointe
Raphaëlle LÉVESQUE,
rédactrice en chef adjointe
Christophe ACHDJIAN
Valérie BÉLIZAIRE-JOSEPH
Julie CHAMBERLAND
Johanne OBAS

Trimestre hiver 2014

Ermioni TOMARAS,
rédactrice en chef
Lydia LAQUERRE,
rédactrice en chef adjointe
Sarah DE VILLERS
Amanda GAUDET
Véronique PAYETTE

FONDATEUR DE LA REVUE DE DROIT

Marcel GUY, Doyen de la Faculté de droit 1968-1971

DIRECTEURS DE LA REVUE DE DROIT

Jacques LEMAY 1970-1974
Michel POIRIER, Co-directeur 1974-1976
Jean-Denis ARCHAMBAULT, Co-directeur 1975-1976
Jean-Guy BERGERON 1976-1985
Nicola DI IORIO 1984-1987
Normand RATTI 1987-1988
Pierre BLACHE, Directeur intérimaire 1987-1988
Suzanne COMTOIS 1988-1990
Claude BOISCLAIR 1990-1996
Louis MARQUIS 1996-2004
Daniel PROULX 2004-2005
Robert TÉTRAULT 2005-2006
Stéphane BERNATCHEZ 2006-2010
David GILLES 2010-

DOYENS DE LA FACULTÉ DE DROIT

Albert LEBLANC	1954-1964	Pierre BLACHE	1986-1990
Richard CRÉPEAU	1964-1968	Normand RATTI	1990-1996
Marcel GUY	1968-1971	Jean-Guy BERGERON	1996-2000
Jacques J. ANCTIL	1971-1971	Louis MARQUIS	2000-2004
Jean MELANSON	1972-1979	Daniel PROULX	2004-2011
Jacques J. ANCTIL	1979-1982	Sébastien LEBEL-GRENIER	2011-
Jean-Marie LAVOIE	1982-1986		

DIRECTION DE LA FACULTÉ

LEBEL-GRENIER, Sébastien, LL.L., LL.B. (Ottawa), D.E.A. théorie juridique (Aix-Marseille III), D.C.L. (McGill), Doyen, professeur agrégé.

KOURI, Robert P., B.A. (Bishop's), LL.L. (Sherbrooke), M.C.L., D.C.L. (McGill), Vice-doyen à la recherche, professeur titulaire.

OULAÏ, Arthur, Licence en droit public, Maîtrise en sciences juridiques (Abidjan), LL.M., LL.D. (Laval), Vice-doyen à l'enseignement, professeur agrégé.

GAULIN, Éliane-Marie, LL.B., LL.M. (Sherbrooke), Secrétaire et directrice des affaires étudiantes.

PROFESSEURS ASSOCIÉS

DESCHAMPS, Marie, LL.L. (Montréal), LL.M. (McGill), juge à la Cour suprême du Canada (2002-2012).

MARQUIS, Louis, LL.B. (Sherbrooke), LL.M. (Cambridge), Ph.D. (British Columbia).

PHILIPS-NOOTENS, Suzanne, M.D. (Louvain), LL.B. (Sherbrooke), LL.M. (McGill).

RIGAUD, Marie-Claude, B.C.L., LL.B. (McGill), Doctorat (Paris-Est).

RIVET, Michèle, LL.L. (Montréal), D.E.S. (Paris), juge et première présidente du Tribunal des droits de la personne (1990-2010).

PROFESSEURS ÉMÉRITES

AUGER, Jacques, B.A. (Montréal), LL.L. (Sherbrooke), Diplôme de droit comparé (Italie), LL.M. (Montréal). Décédé.

BERGERON, Jean-Guy, B.A., LL.L. (Laval), LL.M. (Montréal).

BLACHE, Pierre, B.A., LL.L. D.E.S. LL.D. (Montréal).

CHARRON, Camille, B.A., LL.B. (Laval), LL.M. (Montréal).

GUY, Marcel, B.A., LL.L. (Laval). Décédé.

PHILIPS-NOOTENS, Suzanne, M.D. (Louvain), LL.B. (Sherbrooke), LL.M. (McGill).

PATENAUDE, Pierre, B.A., LL.L., D.E.S. (Montréal).

PROFESSEURS TITULAIRES

- CARTIER, Geneviève, LL.B. (Sherbrooke), LL.M. (Cambridge), S.J.D. (Toronto).
CASSAN, Hervé, Doctorat d'État de droit international (Montpellier), Agrégation de Droit public (Paris).
CODÈRE, Danielle, B.A., LL.L., D.D.N. (Sherbrooke), M. Jur. (Birmingham).
COMTOIS, Suzanne, LL.L. (Sherbrooke), LL.M. (Montréal), LL.M. (New York University).
LAFLAMME, Lucie, LL.B., D.D.N. (Laval), D.E.S.S. (Montpellier I), LL.D. (Laval).
LALONDE, Louise, LL.B. (Sherbrooke), LL.M. droit international (UQÀM), Doctorat en droit (Paris I), cotitulaire de la Chaire de droit et gouvernance de la santé.
LAVALLÉE, Carmen, B.A., LL.B. (Sherbrooke), D.E.A., Doctorat de droit de la famille (Lyon III).
LEMIEUX, Charlotte, B.A. littérature, M.A. études françaises, LL.B. (Sherbrooke), LL.M. (Toronto).
MERCURE, Pierre-François, LL.B., M. Env. (Sherbrooke), D.E.A. droit international, Doctorat de droit international du développement (Nice).
PEPIN, René, B.A., LL.L. (Sherbrooke), LL.M. (Montréal).
PRATTE, Denise, LL.B. (Sherbrooke), LL.M. (Louvain).
PROULX, Daniel, LL.L. (Sherbrooke), LL.M. (Montréal).
TÉTRAULT, Robert, LL.L. (Sherbrooke), LL.M. (Queen's), LL.D. (Laval).
VÉZINA, Nathalie, B.C.L., LL.B. (McGill), D.E.A. droit privé (Strasbourg III), Doctorat de droit comparé (Paris II).

PROFESSEURS AGRÉGÉS

- BERNATCHEZ, Stéphane, LL.B., M.Sc. science politique, LL.M., LL.D. (Montréal).
BERNIER, Louise, LL.B. (Laval), LL.M. Droit des biotechnologies (Montréal), D.C.L. (McGill).
BUREAU, Marie-France, LL.B. (UQÀM), D.C.L. (McGill).
CHOQUETTE, Catherine, B. Sc. Biologie (Sherbrooke), LL.B. (Montréal), M. Sc. Natural Sciences (McGill), LL.M. (Chicago), J.S.D. (Chicago).
DEVINAT, Mathieu, LL.B. (Montréal), D.E.A. théorie juridique (Aix-Marseille III), LL.D. (Aix-Marseille III – Montréal).
GRENON, Luc, LL.L. (Ottawa), M. Fisc. (Sherbrooke).
LANCTÔT, Sébastien, LL.B., LL.M., D.E.S.S. common law (Montréal), D.C.L. (McGill).
ROBERGE, Jean-François, LL.B., LL.M. (Sherbrooke), M. Sc. psychologie (Montréal), LL.D. (Laval – Sherbrooke).
ROBERT, Marie-Pierre, LL.B., LL.M. (Montréal), D.C.L. (McGill).
ROY, Simon, LL.B. (Sherbrooke), LL.M. (Laval), LL.D. (Ottawa).

PROFESSEURS ADJOINTS

- BOURASSA FORCIER, Mélanie, LL.L. (Ottawa), LL.M. Droit des biotechnologies (Montréal), M.Sc. International Health Policy (Londres), D.C.L. (McGill).
COUTURE-MÉNARD, Marie-Ève, LL.B. (Montréal), LL.M. Droit des biotechnologies (Montréal), D.C.L. (McGill).
DESJARDINS, Marie-Claude, B.C.L., LL.B. (McGill), LL.M. (Laval), Doctorat en droit (Montesquieu-Bordeaux IV), LL.D. (Laval).
DUFOUR, Geneviève, LL.B., LL.M. (UQÀM), Doctorat en droit (Paris XI – Paris-Sud).
GILLES, David, Licence en droit (Strasbourg III), Maîtrise en droit public et européen (Strasbourg III), Master I (D.E.A.) Histoire des institutions et des idées politiques (Aix-Marseille III), Diplôme européen de doctrine politique (Milan), Doctorat en droit privé (Aix-Marseille III).
MAKELA, Finn, B.A. philosophie (McGill), M.A. philosophie (Carleton), B.C.L./LL.B. (McGill), LL.D. (Montréal).
MAYRAND, Hélène, LL.B. (Sherbrooke), LL.M. (Cambridge), S.J.D. (Toronto).
McKEE, Derek, A.B. (Harvard), B.C.L./LL.B. (McGill), S.J.D. (Toronto).
MIGNAULT, Patrick, LL.B., M.B.A., M.Sc. mathématique (Laval), LL.D. (Montréal).
ROUSSEAU, Guillaume, LL.B. (Sherbrooke), LL.M. (McGill), Doctorat en droit (Paris I Panthéon-Sorbonne – Sherbrooke – Laval).
SAVARD, Anne-Marie, LL.B. (Laval), LL.M. (Sherbrooke), LL.D. (Laval).
ST-HILAIRE, Maxime, LL.B. (Laval), LL.M. (Laval), LL.D. (Laval).
VÉZINA, Édith, LL.B. (Sherbrooke), D.D.N. (Sherbrooke), LL.M. (Laval), LL.D. (Laval).

**Actes du Colloque du 50^e anniversaire
de l'Association québécoise de droit comparé**

Nathalie VÉZINA et David GILLES (dir.)

**Proceedings of the 50th Anniversary Conference
of the Québec Society of Comparative Law**

Nathalie VÉZINA and David GILLES (eds.)

AVANT-PROPOS

Nathalie VÉZINA, présidente
Association québécoise de droit comparé

À l'automne 2011, se tenait à Sherbrooke un colloque international visant à célébrer les 50 années d'existence de l'Association québécoise de droit comparé. Ce colloque a permis de constater la grande vitalité de l'étude comparative du droit, au Québec et ailleurs dans le monde, tout en soulignant la contribution de l'Association au rayonnement du droit comparé au sein de communauté juridique québécoise et à l'échelle internationale.

Un peu d'histoire

L'Association, créée au début des années 1960 sous le nom d'Association québécoise pour l'étude comparative du droit, est issue de l'initiative de juristes qui souhaitaient enrichir l'analyse juridique par un regard sur le droit au-delà des frontières québécoises. Des universitaires – à une époque où une première génération de professeurs de carrière faisait son apparition dans les facultés de droit québécoises – ont donc uni leurs efforts à ceux d'autres juristes issus de la pratique et de la magistrature pour encourager le regard sur l'autre, l'exploration de différentes façons de concevoir le droit à travers le monde. Plusieurs grands noms du droit québécois ont contribué à la création de l'Association. Ainsi, dans un numéro de la *Revue internationale de droit comparé* publié en 1960, on lisait que « [l]e Conseil de direction de l'Association québécoise a un président en la personne de l'hon. Juge Roger Brossard; deux vice-présidents, l'un de langue française : M. le Bâtonnier L. Ph. Pigeon, l'autre de langue anglaise : l'hon. Juge G. Challies; un secrétaire général : le professeur L. Baudouin, de l'Université McGill; un professeur de l'Université de Montréal : M. A. Mayrand; un professeur de l'Université Laval : M. H. Turgeon; un représentant officiel du Barreau et un représentant du Notariat¹. »

1. « Actualités et informations : l'Association québécoise pour l'étude comparative du droit », (1960) *R.I.D.C.* 769.

FOREWORD

Nathalie VÉZINA, President
Québec Society of Comparative Law

In the fall of 2011, a conference took place in Sherbrooke to celebrate the 50th anniversary of the Québec Society of Comparative Law. This conference bore witness to the great vitality of the field of comparative legal analysis, in Québec and elsewhere in the world, while outlining the contribution of the Society to the advancement of comparative law within Québec's legal community and on an international level.

Some Historical Facts

The Society, created at the beginning of the 1960s under the name of Québec Association for the Comparative Study of Law, resulted from the initiative of members of the legal community who wished to enrich the analysis of the law by looking beyond the province's boundaries. Scholars – in an era when a first generation of academics were entering Québec's faculties of law – joined their efforts with those of practitioners and members of the judiciary to encourage openness to other legal systems and exploring different perspectives on the law throughout the world. Major figures from Québec's legal community contributed to the creation of the Society. As noted in an issue of the *Revue internationale de droit comparé* published in 1960, “[translation] [t]he Board of Directors of the Association has a president in the person of the Hon. Justice Roger Brossard; two vice-presidents, one French-speaking: Mr. Batonnier L. Ph. Pigeon, the other English-speaking: the Hon. Justice G. Challies; a secretary general: Professor L. Baudouin, from McGill University; a professor from Université de Montréal: Mr. A. Mayrand; a professor from Université Laval: Mr. H. Turgeon; an official representative of the Barreau and a representative of the notarial profession.”¹

1. “Actualités et informations : l'Association québécoise pour l'étude comparative du droit”, (1960) *R.I.D.C.* 769.

Plusieurs autres juristes de renom ont contribué à l'essor de l'Association, au cours des cinq décennies qui ont suivi sa création. Il serait trop long d'énumérer le nom de tous ceux et celles qui, par leur implication au sein du conseil d'administration, ou encore à titre de conférenciers lors de colloques de l'Association ou de rapporteurs dans le cadre de congrès de l'Académie internationale de droit comparé, auront permis à l'Association de promouvoir l'étude comparative du droit².

Le 50^e anniversaire de l'Association constitue néanmoins un moment privilégié pour souligner sa contribution à l'essor du droit comparé au Québec, ainsi qu'au rayonnement des recherches de juristes québécois en la matière au Québec comme ailleurs dans le monde.

L'appui de l'Association aux activités de l'Académie internationale de droit comparé

L'Association québécoise de droit comparé a le statut de comité national auprès de l'Académie internationale de droit comparé pour la communauté juridique québécoise, œuvrant de concert avec l'Association canadienne de droit comparé qui assume le même rôle pour les juristes hors Québec.

À titre de comités nationaux, ces deux associations ont la responsabilité de proposer des thèmes et des rapporteurs généraux, ainsi que de désigner des rapporteurs nationaux, à l'occasion des congrès généraux et thématiques de l'Académie tenus en alternance aux deux ans.

2. Pour une liste des personnes qui ont assumé la présidence ou siégé au conseil d'administration à titre de vice-présidents de l'Association québécoise de droit comparé depuis sa création, consulter le site de l'Association : www.aqdc.qc.ca.

Many famous members of the legal community have contributed to the growth of the Society during the five decades that followed its creation. It would be too long to list all those who, through their involvement as members of the Board of Directors, as speakers during conferences or as reporters at congresses of the International Academy of Comparative Law, have helped the Society to promote comparative law.²

However, the Society's 50th anniversary constitutes a privileged moment to outline, in a few paragraphs, its contribution to the growth of comparative law in Québec, as well as the influence of Québec's scholars in this field at home or abroad.

Support by the Society to the Activities of the International Academy of Comparative Law

The Québec Society of Comparative Law is a national committee of the International Academy of Comparative Law for Québec's legal community, alongside the Canadian Association of Comparative Law, the national committee for the rest of Canada.

As national committees, these two associations propose themes and general reporters, and designate national reporters for the general and thematic congresses organized by the Academy alternately every two years.

2. For the list of those who served as presidents or sat on the Board of Directors as vice-presidents of the Québec Society of Comparative Law since its creation, see the Society's website: www.aqdc.qc.ca.

En 1990, le congrès mondial de l'Académie avait lieu à Montréal. Organisé par l'Université McGill en collaboration avec l'Association québécoise de droit comparé, et avec l'appui de différents partenaires, parmi lesquels le ministère de la Justice du Canada, cet événement majeur a réuni plus de 550 participants en provenance du monde entier, sous la présidence d'honneur du juge en chef Brian Dickson de la Cour suprême du Canada. L'honorable juge Claire L'Heureux-Dubé, alors présidente de l'Association québécoise de droit comparé, était présidente du congrès. Le professeur Pierre-Gabriel Jobin, qui allait par la suite prendre la relève de la juge L'Heureux-Dubé à titre de président de l'Association, agissait comme directeur-général du congrès. Au sein du comité d'organisation figuraient également les professeurs Paul-André Crépeau, H. Patrick Glenn, Jacques Frémont et Rosalie Jukier.

Ce congrès aura été l'occasion de consolider la réputation de premier plan des juristes québécois dans le domaine du droit comparé. Pendant le congrès, le professeur Crépeau était élu président de l'Académie par ses membres titulaires. Le succès du congrès a également permis de dégager des surplus qui ont été affectés à la promotion de l'étude comparative du droit. Ainsi, le « Prix Canada » a été créé pour couronner, à tous les quatre ans, une œuvre de langue française ou anglaise portant sur une étude critique comparative de systèmes du droit civil et de la common law³. L'Association québécoise de droit comparé a également profité des retombées de ce congrès, grâce à l'établissement d'un fonds réservé dont les revenus servent à soutenir ses activités – notamment à travers un appui financier à des membres de l'Association qui participent aux congrès de l'Académie à titre de rapporteurs nationaux ou généraux, le concours de droit comparé, et la tenue d'événements scientifiques.

3. Même si le concours est ouvert à l'échelle internationale, les juristes canadiens ont souvent figuré parmi les lauréats de ce prestigieux prix depuis sa création : H. Patrick GLENN pour *Legal Traditions of the World* en 1998, Anne-Françoise DEBRUCHE pour *Équité du juge et territoires du droit privé : Le paradoxe de l'empiètement immobilier dans les systèmes romanistes et de common law* en 2006, et Robert LECKEY pour *Contextual Subjects: Family, State and Relational Theory* en 2010.

In 1990, the Academy's world congress took place in Montreal. Organized by McGill University in collaboration with the Québec Society of Comparative Law, with the support of different partners, including Canada's Department of Justice, this major event gathered over 550 participants from around the world, under the honorary presidency of Chief Justice Brian Dickson from the Supreme Court of Canada. The Honourable Justice Claire L'Heureux-Dubé, who was then president of the Québec Society of Comparative Law, was president of the congress. Professor Pierre-Gabriel Jobin, who would later take over from Justice L'Heureux-Dubé as president of the Society, acted as director general of the congress. The organizing committee also included Professors Paul-André Crépeau, H. Patrick Glenn, Jacques Frémont and Rosalie Jukier.

This congress consolidated the reputation of Québec's scholars as leaders in the field of comparative law. During the congress, Professor Crépeau was elected president of the Academy by its titular members. The success of this event generated surpluses which were used to promote the comparative study of law. Among others, the « Canada Prize » was established to recognize, every four years, a critical comparative study in a field of private or public law, written in English or French, in the context of common law and civil law systems.³ The Québec Society of Comparative Law also derived benefits from the congress, with the creation of a reserved fund whose income supports its activities – among others, through financial aid to members of the Society who act as national or general reporters at the Academy's congresses, the Society's comparative law contest, as well as the organization of scientific events.

3. Although the contest is international in nature, Canadian scholars have often been the recipients of the award since its creation: H. Patrick GLENN for *Legal Traditions of the World* in 1998, Anne-Françoise DEBRUCHE for *Équité du juge et territoires du droit privé : Le paradoxe de l'empiètement immobilier dans les systèmes romanistes et de common law* in 2006, and Robert LECKEY for *Contextual Subjects: Family, State and Relational Theory* in 2010.

Le concours de droit comparé

L'Association québécoise de droit comparé tient, depuis plusieurs années, un concours qui s'adresse aux étudiants en droit inscrits aux trois cycles d'études.

Ce concours est principalement ouvert à des étudiants des facultés de droit québécoises (incluant la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa) ou de l'École du Barreau, et permet désormais la participation d'étudiants de l'étranger qui participent à un programme d'échange au Québec ou qui abordent des aspects du droit québécois dans le cadre d'un programme d'études ailleurs dans le monde

Les colloques thématiques de l'Association

L'Association tient régulièrement des colloques thématiques qui permettent d'aborder le droit sous un angle comparatif, soit en lien avec des problématiques du droit public ou du droit privé⁴, soit encore au sujet de différents enjeux liés à la méthode comparative⁵.

-
4. Par ex. *Dans la foulée des réformes municipales* (20 avril 2001); *Le Code civil du Québec, dix ans après son adoption* (15 mars 2002); *La réforme de la procédure civile à la lumière du droit comparé* (23 janvier 2003); *Liberté d'expression et responsabilité civile : conflit de valeurs en mouvance* (23 janvier 2004); *L'intervention du juge dans le contrat* (6 avril 2005); *Disparités de traitement des victimes en responsabilité contractuelle et extracontractuelle* (10 mars 2006); *Le droit comparé au Canada à l'aube du 21^e siècle : droit des biens et des fiducies* (30 mars 2007); *La demande en justice, l'évolution du droit judiciaire et l'éclairage du droit comparé* (19 mars 2010).
 5. Par ex. *L'enseignement du droit comparé* (6 avril 2001); *Le droit uniforme : limites et possibilités* (4 avril 2008); *La circulation des modèles juridiques : thème classique, réalités contemporaines* (24 avril 2009).

Comparative Law Contest

The Québec Society of Comparative Law has organized, for several years, a contest aimed at law students registered at the three cycles of study.

This contest is mainly open to students of law faculties in Québec (including the Civil Law Section at Ottawa University) or the École du Barreau, and now allows for submissions by foreign students who participate in an exchange programme in Québec or study aspects of Québec law as part of their programme elsewhere in the world.

Thematic Conferences of the Society

The Society organizes, on a regular basis, conferences which shed light on the law from a comparative perspective, on aspects of public or private law,⁴ or on issues specific to the comparative method.⁵

-
4. E.g. *Dans la foulée des réformes municipales* (20 April 2001); *Le Code civil du Québec, dix ans après son adoption* (15 March 2002); *La réforme de la procédure civile à la lumière du droit comparé* (23 January 2003); *Liberté d'expression et responsabilité civile : conflit de valeurs en mouvance* (23 January 2004); *L'intervention du juge dans le contrat* (6 April 2005); *Disparités de traitement des victimes en responsabilité contractuelle et extra-contractuelle* (10 March 2006); *Le droit comparé au Canada à l'aube du 21^e siècle : droit des biens et des fiducies* (30 March 2007); *La demande en justice, l'évolution du droit judiciaire et l'éclairage du droit comparé* (19 March 2010).
 5. E.g. *L'enseignement du droit comparé* (6 April 2001); *Le droit uniforme : limites et possibilités* (4 April 2008); *La circulation des modèles juridiques : thème classique, réalités contemporaines* (24 April 2009).

Les actes de certains de ces colloques ont fait l'objet d'une publication sous forme d'ouvrage collectif ou de numéro spécial dans les pages d'une revue scientifique.⁶

Un colloque international pour souligner les 50 ans de l'Association

Le colloque du 50^e anniversaire de l'Association québécoise de droit comparé réunissait 25 conférenciers provenant de huit pays et trois continents. Ces conférenciers ont été triés sur le volet par un comité scientifique, à la suite d'un appel à communications lancé à l'échelle internationale. Près d'une centaine de personnes étaient inscrites à cet événement majeur qui s'est tenu à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke du 27 au 29 octobre 2011.

Seize conférenciers ont choisi de produire des textes qui, à l'issue d'un processus d'évaluation externe anonyme par des spécialistes du domaine, constituent le présent numéro spécial de la *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*.

Le premier texte de ce numéro est celui du professeur **H. Patrick GLENN** de l'Université McGill, qui prononçait l'allocution introductive du colloque. Spécialiste de renommée mondiale en droit comparé et ami de longue date de l'Association, le professeur Glenn pose une question très pertinente en ce début de 21^e siècle : « Quel droit comparé? ». Son texte constitue une analyse très fine de l'évolution du droit comparé et de l'émergence de nouvelles finalités qui tendent au rapprochement – plutôt qu'à l'opposition – des systèmes juridiques dans un monde en constante évolution. Lors de son allocution, le professeur Glenn y allait d'ailleurs d'une très belle formule qui augure bien pour l'avenir de la discipline : « Le droit comparé, c'est l'art du vivre ensemble ».

6. Par ex. Pierre-Gabriel JOBIN, Peter P.C. HAANAPPEL, Jacques GHESTIN et Michael G. BRIDGE, « Special Issue on the Kravitz Decision / Numéro spécial sur l'arrêt Kravitz », (1979-80) 25 (3) *R.D. McGill* 295; Paul-André CRÉPEAU, H. Patrick GLENN, Jean-Louis BAUDOIN, Pierre-Gabriel JOBIN, Maurice TANCELIN, Christian LARROUMET et Michael BRIDGE, « Wabasso Ltd v. The National Drying Machinery Co. », (1981-82) 27 (4) *R.D. McGill* 788; Élise CHARPENTIER, Aline GRENON, Fabien GÉLINAS, Frédérique SABOURIN et Michel DESCHAMPS dans Nathalie VÉZINA (dir.), *Le droit uniforme : limites et possibilités*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.

The proceedings of some of these conferences have been published as collective works or in special issues of scientific journals.⁶

An International Conference to Celebrate the 50 Years of the Society

The conference celebrating the 50th anniversary of the Québec Society of Comparative Law gathered 25 speakers from eight countries and three continents. These speakers were selected by a scientific committee, following a call for proposals circulated on an international level. Close to a hundred people registered for this major event that was held at the Faculté de droit of Université de Sherbrooke from 27 to 29 October 2011.

Sixteen speakers chose to submit a text which, after an external and anonymous peer-review process, are published in this special issue of the *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*.

The first text of this issue is that of Professor **H. Patrick GLENN** from McGill University, who pronounced the opening address of the conference. A world renowned specialist in the field of comparative law and long-time friend of the Society, Professor Glenn raises a very relevant question at the beginning of the 21st century: “Quel droit comparé?” [“Which Comparative Law?”]. His text consists of an insightful analysis of comparative law’s evolution and the emergence of new finalities geared at the rapprochement – rather than the opposition – of legal systems in a continuously evolving world. During his speech, Professor Glenn coined an inspirational phrase: “Comparative law is the art of living together”.

6. E.g. Pierre-Gabriel JOBIN, Peter P.C. HAANAPPEL, Jacques GHESTIN and Michael G. BRIDGE, « Special Issue on the Kravitz Decision / Numéro spécial sur l'arrêt Kravitz », (1979-80) 25 (3) *McGill L.J.* 295; Paul-André CRÉPEAU, H. Patrick GLENN, Jean-Louis BAUDOIN, Pierre-Gabriel JOBIN, Maurice TANCELIN, Christian LARROUMET and Michael BRIDGE, « Wabasso Ltd v. The National Drying Machinery Co. », (1981-82) 27 (4) *McGill L.J.* 788; Élise CHARPENTIER, Aline GRENON, Fabien GÉLINAS, Frédérique SABOURIN and Michel DESCHAMPS in Nathalie VÉZINA (ed.), *Le droit uniforme : limites et possibilités*, Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2009.

La tenue du colloque du 50^e anniversaire de l'Association québécoise de droit comparé offrait l'occasion parfaite pour rendre hommage à un de ses grands bâtisseurs récemment disparu, le professeur Paul-André Crépeau (1926-2011). Cette tâche a été confiée au professeur **Jean-Guy BELLEY** qui a reçu un mandat précis du comité scientifique : au-delà des qualités que tous reconnaissaient à l'homme, il était appelé à analyser la contribution scientifique du professeur Crépeau en matière d'étude comparative du droit. Le professeur Belley, avec l'intelligence et l'esprit critique que tous lui connaissent, a relevé le défi avec brio avec une allocution intitulée « L'absence du maître ». La forme orale de son intervention a été conservée pour l'essentiel dans les pages de ce numéro, sauf quant à l'ajout de références. Ce regard – empreint de respect tout en étant dénué de complaisance – aurait certainement plu au maître.

L'enseignement du droit comparé a occupé une place de choix lors du colloque, signe que l'avenir de la formation en droit suppose, plus que jamais, de développer la capacité des futurs diplômés à poser un regard éclairé sur d'autres systèmes. Deux conférenciers européens – les professeurs **Thomas KADNER GRAZIANO** de l'Université de Genève et **Pascal ANCEL** de l'Université du Luxembourg – ont plaidé avec éloquence pour l'ouverture des programmes d'études sur les systèmes juridiques étrangers, à la lumière d'expériences menées dans leur faculté respective; les textes produits par ces deux spécialistes en matière d'internationalisation de la formation font bien ressortir les retombées, tout autant que les défis, que pose une telle intégration dans le cursus universitaire. L'allocution du professeur **Roderick A. MACDONALD**, professeur à l'Université McGill, accompagné de **Kate GLOVER**, étudiante au doctorat, aura constitué un des temps forts du colloque. À travers un dialogue intergénérationnel marqué par une belle complicité, ils ont présenté le syllabus d'un cours de droit comparé intitulé « Implicit Comparative Law » – un projet pédagogique inédit qui se situe à la jonction de grands thèmes dans l'œuvre du professeur Macdonald, soit la pédagogie universitaire et le pluralisme juridique.

Holding the 50th anniversary of the Québec Society of Comparative Law offered a perfect opportunity to pay tribute to one of its great builders, the recently deceased Professor Paul-André Crépeau (1926-2011). The task was entrusted to Professor **Jean-Guy BELLEY** who received a specific mandate from the scientific committee: beyond the attributes that all recognized in the man, he was asked to analyse the scientific contribution of Professor Crépeau in the field of comparative law. Professor Belley, with the brilliant mind and critical sense for which he is recognized, skilfully met the challenge by delivering a speech entitled “L’absence du maître” [“The absence of the master”]. The verbal tone of his speech was essentially maintained in this issue, save for the addition of citations. This outlook – respectful yet devoid of complacency – would certainly have pleased the master.

The pedagogy relating to comparative law was a prominent theme during the conference, an indication that the future of legal education demands, more than ever, the capacity of graduates in law to have an informed knowledge of other legal systems. Two European speakers – Professors **Thomas KADNER GRAZIANO** from Université de Genève and **Pascal ANCEL** from Université du Luxembourg – made strong pleas in favor of integrating the study of foreign legal systems into educational programmes, in light of experiences lead in their respective institutions; the articles of these two specialists in the field of global legal training clearly outline the benefits, but also the challenges, raised by such an integration in university curriculums. The presentation made by Professor **Roderick A. MACDONALD**, from McGill University, in collaboration with doctoral candidate **Kate GLOVER**, was one of the highlights of the conference. Through an intergenerational dialogue filled with mutual understanding, they presented the outline of a course entitled “Implicit Comparative Law” – a course yet unseen, which is at the intersection of two major themes in Professor Macdonald’s scholarship, that is, legal pedagogy and legal pluralism.

Certains textes abordent la doctrine comme objet d'étude en lien avec l'analyse comparative du droit. Dans une étude tout en finesse consacrée à l'œuvre de Peter Birks – l'un des plus grands auteurs du droit anglais – le professeur **Lionel SMITH** de l'Université McGill se penche sur la relation entre le droit romain et le droit comparé; tout en notant le regret exprimé par Peter Birks face au déclin du droit romain dans le cursus universitaire, il avance que le droit comparé pourrait constituer un substitut permettant d'éveiller les étudiants à d'autres approches au droit que celles propres au système juridique anglais. Dans un tout autre registre, mais encore avec la contribution doctrinale comme objet d'étude, les professeures **Gaële GIDROL-MISTRAL** et **Anne SARIS**, de l'Université du Québec à Montréal, procèdent à une étude comparative et critique de textes de doctrine français et québécois consacrés au statut juridique de l'embryon.

Le droit comparé peut s'avérer un lieu privilégié pour entrevoir le droit dans toute sa diversité. Certaines contributions font ressortir cet aspect avec force. La professeure **Louise LANGEVIN** de l'Université Laval aborde la question délicate mais extrêmement pertinente des rapports entre l'approche comparative et l'analyse féministe du droit, en illustrant son propos à travers une problématique concrète, soit celle de la prescription extinctive en matière de responsabilité pour violence sexuelle ou conjugale. **Harith AL-DABBAGH** de l'Université de Montréal explore le rôle du droit comparé comme instrument de modernisation, à partir de l'expérience des États arabes du Moyen-Orient, soulevant ainsi la problématique de la coexistence du droit traditionnel islamique et des codifications inspirées principalement de modèles européens. Dans un texte qui met également à l'avant-plan le droit islamique, la professeure **Muriel PARADELLE** de l'Université d'Ottawa propose une analyse jurilinguistique qui l'amène à aborder la conception sous-jacente du droit et les défis de la traduction en lien avec la notion de « shari'a ». Enfin, toujours dans une perspective jurilinguistique, la professeure **Catherine PICHE** de l'Université de Montréal fait état de ses recherches empiriques quant à la terminologie propre aux recours collectifs dans la pratique judiciaire, en français et en anglais, dans le contexte du droit civil québécois et celui des juridictions de common law du Canada et des États-Unis.

Some texts explore legal scholarship as an object of study in relation to comparative legal analysis. In a very insightful study devoted to the scholarship of Peter Birks – one of the great minds in the history of English law – Professor **Lionel SMITH** from McGill University examines the relations between Roman law and comparative law; he suggests that while Peter Birks regretted the decline of Roman law in university curriculums, comparative law could serve as a substitute in developing students' ability to discover approaches other than those offered by the English legal system. In an entirely different range, but still with doctrinal contributions as an object of study, Professors **Gaële GIDROL-MISTRAL** and **Anne SARIS**, from Université du Québec à Montréal, undertake a comparative and critical study of legal texts, both in French and Québec law, relating to the legal status of the embryo.

Comparative law can be a privileged vantage point to observe the law in all its diversity. Some texts express this idea forcefully. Professor **Louise LANGEVIN** from Université Laval addresses the delicate yet entirely relevant issue of interrelations between the comparative approach and the feminist legal analysis, along with an illustration based on the problem of limitation periods in the context of civil liability claims for sexual and spousal violence. **Harith AL-DABBAGH** from Université de Montréal explores the role of comparative law as an instrument of modernization, based on the experience of Arabic states in the Middle-East, and raises the issue of the coexistence between traditional Islamic law and codifications inspired mainly by European models. In a text also devoted to Islamic law, Professor **Muriel PARADELLE** from Ottawa University presents a jurilinguistic analysis geared at the underlying concept of law and the challenges of legal translation regarding the notion of “sharī’a”. Finally, still in a jurilinguistic perspective, Professor **Catherine PICHÉ** from Université de Montréal presents her empirical research on the terminology relating to class actions as used in judicial practice, in French and English, in the context of Québec’s civil law as well as common law jurisdictions of Canada and the United States.

L'analyse comparative joue un rôle dans la modélisation et la mise en œuvre du droit. Cette réalité est rappelée dans trois textes qui font état de cet apport concret du droit comparé au développement du droit positif dans des contextes très variés. Maître **Frédérique SABOURIN**, avocate au ministère de la Justice du Québec, aborde le défi de l'harmonisation des lois provinciales et territoriales canadiennes et du droit civil québécois, en dressant un portrait très instructif des travaux de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Le professeur **André BRAËN** de l'Université d'Ottawa aborde l'épineuse question de la coexistence des règles du droit civil québécois et de l'utilisation du droit comparé dans le contentieux du droit maritime canadien. La professeure **Irene KULL**, de l'Université de Tartu en Estonie, souligne le rôle du droit comparé dans la pratique judiciaire de petits États dotés d'une tradition juridique récente qui, comme l'Estonie, ont eu à rebâtir leur droit en faisant largement appel aux *legal transplants*; elle aborde la pratique judiciaire qui consiste à se référer à l'expérience d'autres systèmes juridiques, tout en soulignant les limites de l'analyse comparative là où le contexte ne s'avère pas propice aux emprunts.

Le colloque du 50^e anniversaire de l'Association québécoise de droit comparé a amené nombre de participants à souligner le haut niveau des présentations entendues. Ceci est attribuable non seulement aux conférenciers eux-mêmes, mais aussi au comité scientifique qui a veillé à assurer la pertinence et la qualité du programme aux étapes cruciales de l'appel à communications et de la sélection des propositions. Qu'il me soit donc permis d'adresser mes plus sincères remerciements aux personnes qui ont accepté de se joindre à moi au sein de ce comité, soit les professeurs Michelle Cumyn de l'Université Laval, Mathieu Devinat et David Gilles de l'Université de Sherbrooke, et Michel Morin de l'Université de Montréal.

Comparative analysis plays a key role in modeling and implementing the law. This reality is at the core of three texts that describe this concrete input of comparative law to the development of positive law in various contexts. Maître **Frédérique SABOURIN**, attorney with Québec's ministère de la Justice, evokes the challenges of harmonizing provincial and territorial laws of Canada and the civil law of Québec, through a very instructive portrait of the Uniform Law Conference of Canada. Professor **André BRAËN** from Ottawa University addresses the litigious question of the co-existing rules in Québec civil law and the use of comparative law in the case-law relating to Canadian maritime law. Professor **Irene KULL**, from the University of Tartu in Estonia, outlines the role of comparative law in court practice of small states with a recent judicial tradition which, like Estonia, had to rebuild their legal system with a frequent use of legal transplants; she analyses the court practice of referring to foreign legal systems, while recalling the limits of the comparative analysis where the context is not suitable for legal transplants.

The 50th anniversary conference of the Québec Society of Comparative Law generated enthusiastic comments from numerous participants as to the high caliber of the presentations. This can be attributed not only to the speakers themselves, but also to the scientific committee which ensured the relevance and quality of the programme at the crucial steps of the call for proposals and the selection of speakers. I would like to thank those who accepted to join me on this committee, Professors Michelle Cumyn from Université Laval, Mathieu Devinat and David Gilles from Université de Sherbrooke, and Michel Morin from Université de Montréal.

Je tiens également à exprimer ma gratitude aux commanditaires qui ont contribué à la tenue du colloque⁷ et j'adresse des remerciements tout particuliers à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, partenaire de l'Association québécoise de droit comparé dans l'organisation cet événement majeur, pour son soutien inestimable.

Enfin, eu égard à la publication des actes du colloque, je me permets de souligner l'apport de mon collègue David Gilles, directeur de la *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, avec qui j'ai assumé la direction conjointe du présent numéro, et de Renée Pruneau, secrétaire de direction de la *Revue*, qui en a assuré la présentation matérielle avec compétence et dévouement.

L'avenir de l'Association québécoise de droit comparé et de l'étude comparative du droit au Québec

Le Québec, disait le grand comparatiste Louis Baudouin, constitue un « modèle vivant de droit comparé »⁸. Ces mots, venant de celui que plusieurs considèrent comme le fondateur de l'Association québécoise de droit comparé⁹, expriment bien la position privilégiée des juristes québécois en matière d'analyse comparative du droit. Dans un environnement bilingue et bi-juridique, les juristes québécois apprennent très tôt l'art de la comparaison, la richesse des rapprochements entre les systèmes juridiques, les défis que pose l'évolution d'un système juridique sous l'influence de systèmes étrangers tout en respectant ses spécificités.

-
7. Le ministère de la Justice et le ministère des Relations internationales du Québec, les Éditions Yvon Blais, Lexis-Nexis Canada, les cabinets d'avocats Heenan Blaikie (Sherbrooke) et Lavery (Montréal), ainsi que l'Association du Barreau canadien.
 8. Louis Baudouin, *Le Droit civil de la province de Québec : Modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953.
 9. Voir la nécrologie publiée dans la *Revue internationale de droit comparé* : Henri DESBOIS, « Louis Baudouin », (1970) 22 *R.I.D.C.* 555.

I also wish to express my gratitude to the sponsors who helped make this event possible,⁷ and most particularly the Faculté de droit of Université de Sherbrooke, a partner of the Québec Society of Comparative Law in the organization this major event, for its invaluable support.

Finally, regarding the publication of the proceedings of the conference, I would like to mention the significant contribution of my colleague David Gilles, director of the *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, who codirected this special issue with me, as well as Renée Pruneau, executive secretary of the *Revue*, who ensured the formatting of the texts with skill and generosity.

The Future of the Québec Society of Comparative Law and of the Comparative Study of Law in Québec

Québec, said the great comparatist Louis Baudouin, constitutes a « [translation] living model of comparative law ».⁸ These words, coming from the person considered by many as the founder of the Québec Society of Comparative Law,⁹ translate with much accuracy the privileged position of Québec's scholars in the comparative study of law. In a bilingual and bijuridical environment, members of Québec's legal community learn at a very early stage the art of comparison, the richness of bringing legal systems together, as well as the challenges raised by the evolution of a legal system under the influence of foreign systems while maintaining its specificities.

-
7. Québec's ministère de la Justice and ministère des Relations internationales, Éditions Yvon Blais, Lexis-Nexis Canada, lawfirms Heenan Blaikie (Sherbrooke) and Lavery (Montreal), as well as the Canadian Bar Association.
 8. Louis Baudouin, *Le Droit civil de la province de Québec : Modèle vivant de droit comparé*, Montréal : Wilson et Lafleur, 1953.
 9. See the obituary published in the *Revue internationale de droit comparé*: Henri DESBOIS, "Louis Baudouin", (1970) 22 *R.I.D.C.* 555.

Née du désir de juristes québécois de contribuer à la compréhension et à l'évolution du droit au moyen d'un regard sur l'étranger, l'Association québécoise de droit comparé était déjà appelée à jouer un rôle fondamental au moment de sa création – laquelle coïncidait avec la Révolution tranquille et le développement de la carrière professorale au sein des facultés de droit québécoises. Cinquante ans plus tard, alors que le phénomène de globalisation constitue une tendance majeure de l'évolution du droit, l'Association se révèle plus pertinente que jamais. Elle contribue, avec d'autres associations scientifiques québécoises et canadiennes, à soutenir les juristes québécois – professeurs, praticiens, membres de la magistrature, chercheurs, étudiants – dans leur désir de poser un « regard sur l'autre » et ce, peu importe qu'ils se définissent ou non comme des comparatistes. Car comme monsieur Jourdain et sa prose, plusieurs juristes font du droit comparé sur une base régulière sans nécessairement le savoir. On ne peut que se réjouir d'un mouvement aussi vaste et souhaiter longue vie à l'Association dans la promotion de l'étude comparative du droit.

Born from the desire of members of the legal community to contribute to the understanding and evolution of the law through a comparison with foreign legal systems, the Québec Society of Comparative Law was destined to play a fundamental role at the time of its creation – which coincided with the Quiet Revolution and the development of the academic career within faculties of law in Québec. Fifty years later, while globalization constitutes a major trend in the evolution of the law, its existence is more relevant than ever. Along with other scientific associations in Québec and elsewhere in Canada, it supports members of the legal community – academics, practitioners, members of the judiciary, researchers, students – in their wish to find inspiration in an “outlook on the world”, whether or not they define themselves as comparatists. As for Molière’s Mr. Jourdain and his prose, many members of the legal community engage in comparative law on a regular basis without necessarily being aware of it. We can only rejoice in this widespread practice and wish a long life to the Society in promoting the comparative study of law.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : QUEL DROIT COMPARÉ?

Auteur(s) : H. Patrick GLENN

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 1-2

Pages : **23-44**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10205>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10205>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

QUEL DROIT COMPARÉ?

par H. Patrick GLENN*

Il y a un choix à faire entre des types différents de droit comparé. Il y a d'abord le droit comparé qui a prévalu pendant les deux derniers siècles, un droit comparé dominé par le positivisme juridique et la logique dite classique, qui vise la description de systèmes juridiques conçus comme entités statiques. Il y a cependant un autre droit comparé, dominé par la comparaison normative et la logique paraconsistante. L'article examine d'abord l'état actuel du sujet pour ensuite se tourner vers le choix à faire entre ces types de droit comparé et les conséquences d'un tel choix.

There is a choice to be made between different types of comparative law. There is first of all the comparative law which has prevailed during the last two centuries, a comparative law dominated by legal positivism and so-called classical logic, which aimed at the description of legal systems conceived as static in character. There is, however, another comparative law, dominated by normative comparison and paraconsistent logic. The article examines the present state of the subject before turning to the choice to be made between these two types of comparative law and the consequences of such a choice.

* . Titulaire de la Chaire Peter M. Laing, Faculté de droit et Institut de droit comparé, Université McGill.

SOMMAIRE

I.	L'état actuel du sujet	26
II.	Les options pour un droit comparé contemporain	32
III.	Les conséquences du choix d'une notion de droit comparé	36
	Conclusion	44

On parle souvent de *la* méthode comparative en droit, et l'expression est révélatrice de l'emprise de la pensée étatisée des deux derniers siècles. Charles Taylor nous a enseigné que la pensée normative ou pratique est par sa nature comparative¹, mais l'étatisation du droit a gommé cette vérité en faveur de l'idée que la normativité juridique est locale et univocale. La comparaison des normes aurait donc son rôle à partir de la frontière, et à toutes fins utiles, mais nullement à l'intérieur des Pyrénées². Le droit comparé devient nécessairement, dans cet environnement intellectuel, une poursuite noble ouverte vers le monde, mais périphérique aux préoccupations juridiques principales. Il est à la remorque de l'idée dominante qu'il n'y a pas de place pour la comparaison dans le droit qui *existe*, isolé à l'intérieur de chaque État. Le titre de ces remarques est donc subversif, se joignant ainsi à d'autres propositions récentes³, en suggérant que le droit comparé ne doit pas nécessairement être compris dans ce sens, qu'il y a *un choix* à faire en parlant du droit comparé. C'est un choix qui doit être fait en fonction premièrement de l'état actuel du sujet (I), deuxièmement des options à considérer en effectuant ce choix (II) et troisièmement des conséquences prévisibles d'un tel choix (III).

-
1. Charles TAYLOR, *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*, Harvard University Press, 2009, p. 72 (« Practical reasoning ... is a reasoning in transition. It aims to establish, not that some position is correct absolutely, but rather that some position is superior to some other. It is concerned, covertly or openly, implicitly or explicitly, with comparative propositions »).
 2. Blaise PASCAL, *Les Pensées*, Paris, Chez Lefèvre, 1826, p. 95 (« Plaisante justice qu'une rivière ou une montagne borde! Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà! »). Il n'y aurait donc pas de découverte de la vérité, qui est déjà donnée à l'intérieur des Pyrénées, et, si la comparaison devient possible à la frontière, elle est essentiellement inutile, sauf aux fins de constatation.
 3. Horatia MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », R.I.D.C. 2000. 503; G. FLETCHER, « Comparative Law as a Subversive Discipline », 46 *Am. J. Comp. L.* 683 (1988).

I. L'état actuel du sujet

Selon des commentaires récents et autorisés, le droit comparé tire à sa fin, du moins comme discipline autonome et scientifique. Il y a plus d'une décennie, Mathias Reimann écrivait au sujet de la fin du droit comparé comme sujet autonome⁴ et, plus récemment, Mathias Siems l'a formulée comme la fin du droit comparé tout court⁵. Peer Zumbansen, pour sa part, a dit qu'après un siècle d'existence, le droit comparé « is not dead – or, is it? »⁶ et William Twining s'en moque gentiment pour sa « country and western tradition »⁷. Annalise Riles trouve tout simplement que les grands projets comparatifs ont trop souvent désintégré « into a plethora of minutely detailed factual inquiries »⁸. Comment comprendre ces prises de position et leur pertinence pour l'état actuel du droit comparé?

Ces critiques de droit comparé se situent elles aussi dans un contexte intellectuel, et notamment à une époque où le rôle du droit étatique est mis sérieusement en question. On parle de plus en plus de droit transnational sinon plus généralement d'un processus de mondialisation, et avec raison⁹. La critique du droit comparé, un droit comparé qui regarde au-delà de l'État, a lieu en même temps que l'État lui-même est critiqué de plus en plus. Le

4. Mathias REIMANN, « The End of Comparative Law as an Autonomous Subject », (1996) 11 *Tul. Eur. & Civ. L. F.* 49; voir: M. REIMANN, « The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century », (2002) 50 *Am. J. Comp. L.* 671.

5. Mathias SIEMS, « The End of Comparative Law », (2007) 2 *J. Comp. L.* 133.

6. Peer ZUMBANSEN, « Transnational Comparisons : Theory and Practice of Comparative Law as a Critique of Transnational Governance », (2012) p. 2, en ligne : <<http://ssrn.com/abstract=2000803>>.

7. William TWINING, *General Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2009, p. 10.

8. Annalise RILES, « Wigmore's Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information », (1999) 40 *Harv. J. Int. L.* 221, p. 239.

9. Voir H. Patrick GLENN, « A Transnational Concept of Law », dans P. CANE et M. TUSHNET, *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2003, à la p. 839; voir notamment Martin VAN CREVELD, *The Rise and Decline of the State*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1999, p. 441.

déclin de l'État ne semble pas impliquer un rôle accru pour le droit comparé. Il y aurait donc, paradoxalement, un lien étroit entre l'État moderne et le droit comparé. Les deux n'existeraient pas en opposition l'un à l'autre, comme visions différentes du monde juridique, mais plutôt en collaboration. La critique du droit comparé serait d'ailleurs une *conséquence* du déclin du droit étatique. Il faut chercher les origines de ce développement dans certaines idées qui entourent (et influencent) nos conceptions actuelles du droit.

Une première idée importante est celle du positivisme scientifique. Léontin-Jean Constantinesco a magistralement démontré les liens entre le droit comparé, tel qu'il a été conçu au dix-neuvième siècle, et des disciplines scientifiques comme l'anatomie comparée, la biologie comparée et la linguistique comparée¹⁰. Ces dernières ont joué un rôle de modèle pour le premier, comme d'ailleurs les sciences dures ont joué un rôle important dans le développement de l'idée de la *science* juridique. La science se caractériserait par ses méthodes en examinant les objets de la nature, et notre compréhension moderne de la comparaison est tirée directement de cette idée fondamentale d'objets d'étude. La comparaison, comme l'enseignent même les dictionnaires modernes, c'est la constatation de similarités et de différences entre les objets examinés¹¹. C'est tout. Il n'y aurait pas de normativité dans le processus et les sciences comparatives seraient essentiellement des sciences descriptives¹². Comparer les

10. Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit compare*, t. 3, *La science des droits comparés*, Paris, Economica, 1983, p. 52-3, et pour le droit comparé p. 42-43.

11. Jean-Marie PRUVOST-BEAURAIN, *Dictionnaire usuel illustré*, Paris, Quillet/Flammarion, 1980 sous « comparer » (« Examiner les rapports de ressemblances existant entre des personnes, des choses »); *Petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 1980 sous « comparer » (« Examiner, établir les ressemblances ou les différences qui existent entre des personnes ou des objets »; Joyce M. HAWKINS, *The Oxford Reference Dictionary*, Oxford, Clarendon Press, 1986 sous « compare » (« to estimate the similarity of one thing *with* or *to* another; two things »).

12. Il y aurait cependant une normativité implicite ou cachée dans l'opposition de constatations ou de descriptions différentes.

droits serait ainsi un processus de description ou de constatation de similarités et de différences des droits examinés. Si l'étudiant qui commence ses études en droit a l'idée que le droit est par sa nature normative, la notion de droit comparé paraît comme un oxymoron. En conséquence, les cours de droit comparé sont souvent boudés par les étudiants en droit. Ils sont périphériques aux préoccupations principales des étudiants, qui ont bien compris l'enseignement de la plupart de leurs professeurs.

Une deuxième idée importante est celle qui enseigne que la logique dite « classique » doit jouer un rôle important dans le droit. Cette logique classique a renforcé de manière importante le positivisme scientifique. Le positivisme scientifique enseigne qu'il faut étudier les objets de la nature; la logique classique enseigne, à travers sa « loi d'identité », qu'il y a des objets à étudier. A est A, nous dit la loi d'identité, en écartant toute idée du caractère flou ou non statique de l'objet d'étude. Une fois acceptée la loi d'identité, d'ailleurs, suivent inexorablement les lois dites de la non-contradiction et du tiers (ou milieu) exclu¹³. On ne peut pas affirmer, logiquement, une proposition et sa contradiction (non [A et non-A]), et entre une proposition et sa contradiction il n'y a pas d'espace au milieu [A ou non-A]. L'importance de ces idées de la logique dans la construction des systèmes juridiques étatiques est incontestable. Kelsen a même enseigné que le système juridique moderne se caractérise par sa conformité avec la loi de la non-contradiction¹⁴. Le mouvement de codification nationale avait

13. Le processus est inexorable une fois qu'une délimitation nette entre les objets ou les propositions est acceptée. Deux choses distinctes ne peuvent pas occuper le même espace, et entre une chose et sa contradiction le milieu est exclu car la contradiction commence là où la chose prend fin.

14. Hans KELSEN, *La théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 274 (« [...] la norme fondamentale assure l'unité de ces normes dans leur pluralité. Cette unité s'exprime aussi dans le fait qu'un ordre juridique peut être décrit en propositions de droit qui ne se contredisent pas ».) et à la p. 275 : « Tout de même qu'une contradiction logique, un conflit de normes représente une absurdité ». Plus tard dans ses écrits, cependant, Kelsen a admis la possibilité de normes à la fois contradictoires et valides; voir H. KELSEN, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, choisis par

comme objet principal l'élimination de contradictions ou d'antinomies à l'intérieur du droit étatique¹⁵.

La combinaison du positivisme juridique et de la logique classique a largement conditionné nos idées des systèmes juridiques nationaux, des relations entre eux, et du droit comparé. Un système, selon la théorie des systèmes, est un cadre à l'intérieur duquel les éléments du système sont en interaction. Selon le positivisme juridique, le système juridique peut *exister* et, selon la logique classique, il est autonome et indépendant. La France est la France (« une et indivisible » selon la Constitution de l'an I)¹⁶. Une fois chaque système juridique national ainsi reconnu, il s'ensuit qu'un seul d'eux est applicable sur un seul territoire (le principe de la territorialité), puisque on ne peut pas affirmer une chose et sa contradiction (le droit français et le droit non français). Le principe est appliqué même aux relations juridiques internationales, car le droit international privé insiste que chaque relation juridique privée doit être soumise à un seul des systèmes juridiques qui seraient en cause. En plus, il n'y aurait pas de milieu inclus entre deux droits étatiques, et seules les réponses des deux droits étatiques peuvent être prises en considération par le juge étatique. Le principe a exclu pendant très longtemps l'arbitrage, où l'arbitre est libre de chercher la solution particulière qui s'impose¹⁷. Les relations entre les droits étatiques sont ainsi conçues de manière conflictuelle, et la dite science du droit

-
- O. Weinberger, trans. Heath, Dordrecht, D. Reidel, 1973, à la p. 235 (« that two mutually conflicting norms should both be valid, is possible »).
15. Pour les principes de la non-contradiction et du tiers exclu comme fondements de la codification française, Denys DE BÉCHILLON, « L'imaginaire d'un Code » (1998) 27 *Droits* 173 à la p. 182; et pour l'absence en général de contradictions à l'intérieur des codifications nationales, Giacomo GAVAZZI, *Delle antinomie*, Turin, G. Giappichelli, 1959, p. 106.
16. Raoul VAN CAENEGEM, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1995, p. 187.
17. Au Québec, l'arbitrage a été vu comme contraire à l'ordre public jusqu'aux années soixante du siècle dernier; voir John E.C. BRIERLEY, « Quebec Arbitration Law : A New Era Begins », (1985) 40 *Arb. J.* 31.

international privé est surtout caractérisée, depuis Huber au dix-septième siècle, par la notion de conflit de lois¹⁸.

Le caractère descriptif du droit comparé a suivi les mêmes principes. Il y aurait un objectif scientifique simplement dans la description des systèmes juridiques nationaux, conçus comme entités statiques en conflit les unes avec les autres. En plus, l'objectif de description pourrait être complété par un objectif plus large et ambitieux, qui serait la catégorisation des systèmes juridiques selon leurs caractéristiques, définies en termes de familles de droit du monde. Le système juridique français appartiendrait à la famille romano-germanique, et ainsi de suite. En procédant ainsi à la catégorisation des systèmes juridiques, la science du droit comparé suivrait le modèle taxonomique des sciences de la nature, et il y aurait naturellement une discipline scientifique autonome de droit comparé et des spécialistes de cette discipline. En comprenant le droit comparé de cette manière les liens entre le droit étatique et le droit comparé deviennent plus évident. En les décrivant et en les catégorisant, les spécialistes de droit comparé renforcent l'existence et l'autonomie des systèmes juridiques nationaux. Ils occupent tout le champ du droit, et même le regard du comparatiste, qui dépasse un seul système juridique pour mieux catégoriser tous les systèmes juridiques, est

18. Au point où, en certains droits du continent européen, le conflit est présumé dans chaque situation internationale même en l'absence de toute allégation de différence entre les droits, de sorte que le juge doit appliquer d'office les règles du droit international privé du for, une solution heureusement évitée dans l'article 2809 C.c.Q. Sur les droits européens, T. C. HARTLEY, « Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared », (1996) 45 *I.C.L.Q.* 271; et pour la position médiatrice du droit français actuel (règles du droit international privé applicable d'office seulement en cas de normes qui ne sont pas à la disposition des parties), Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris, L.G.D.J., 1998. Pour Huber et son texte: Ernest G. LORENZEN, « Huber's De Conflictu Legum », dans Ernest G. LORENZEN, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, New Haven, Yale Univ. Press, 1947, à la p. 136; et pour son œuvre comme un changement théorique complet, S. THORNE, « Sovereignty and the Conflict of Laws », dans S. E. THORNE, *Essays in English Legal History*, London, Hambleton Press, 1985, 171, à la p. 181.

parfaitement compatible avec l'existence et l'autonomie de chacun d'eux. D'ailleurs, la pratique de la comparaison est limitée à un champ restreint de spécialistes. Le praticien du droit n'aurait pas à s'occuper des droits étrangers. Dans certains pays, d'ailleurs, cette possibilité serait positivement exclue en insistant sur l'application d'office par le juge des règles de droit international privé et l'envoi du dossier régi par une loi étrangère à un institut universitaire pour la détermination de sa résolution selon le droit étranger¹⁹.

Le droit comparé sort de ce processus bien sûr comme une discipline noble, digne du nom de science, mais terriblement limité dans ses fonctions et dans ses ambitions. Même défini de cette manière, d'ailleurs, le projet taxonomique du droit comparé a donné lieu à un échec retentissant²⁰. Parmi les comparatistes du dix-neuvième et du vingtième siècles, il n'y avait pas d'accord sur la définition des familles de droit, et le débat sur cette question a largement épuisé les participants. Il y avait peu ou pas de taxonomie effectivement entreprise. Si les auteurs cités au début de cette section préconisent la fin du droit comparé, c'est donc en visant la discipline telle qu'elle a été définie pendant la plupart de son existence moderne. Il reste la question de savoir si le droit comparé peut être conçu d'une autre manière, et si une notion plus dynamique du droit comparé est compatible avec les circonstances actuelles du monde.

19. *Supra*, note 18.

20. Voir H. Patrick GLENN, « Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions », dans Mathias REIMANN et Reinhard ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2006, 421 notamment aux p. 424-425, et voir aussi aux p. 434-455 pour le caractère eurocentrique de la comparaison qui porte uniquement sur les États et leurs systèmes juridiques nationaux, axée ainsi presque exclusivement sur des sources de droit d'origine européenne. Pour la même critique en ce qui concerne la Chine contemporaine et la place des normes du « Sinomarxismus », H. VON SENGER, « Von der Vergleichung des Rechts zur Vergleichung der Gesellschaftsführung » (2006) *ZfRV* 43, notamment à la p. 55, citant Rheinstein.

II. Les options pour un droit comparé contemporain

Une première option pour un droit comparé contemporain est l'option que nous venons d'examiner, qui reste bien vivante, notamment sous forme du *Traité en trois volumes* du professeur Constantinesco, le troisième volume ayant été publié en 1983²¹. L'option est bien vivante aussi dans le caractère répandu de ses concepts et de son langage. Le langage de systèmes juridiques, de familles de droit et de sciences juridiques est aujourd'hui incontournable. Ce langage, il est vrai, n'est pas parfaitement compatible avec les phénomènes contemporains de droit transnational, de « dialogue judiciaire » et d'un droit dit « cosmopolite ». Nous ne pouvons pas, cependant, abolir les concepts et les mots, et ces concepts et ces mots auront une réception différente dans différents endroits du monde. Il faut donc vivre avec des options différentes de droit comparé. L'essentiel, c'est qu'il y a des options, sans que cela implique une frontière nette, à tous les égards, entre les options. Si la comparaison des droits peut viser et accommoder des droits très différents, elle est suffisamment large pour accommoder des notions différentes de droit comparé. Les gens qui font la comparaison des droits partagent certains objectifs, sinon tous les objectifs, de la comparaison.

Une autre option pour le droit comparé est nécessairement incomplète, parce qu'elle n'a pas été l'objet de développements poussés et récents. Puisque le droit n'existe pas en vase clos, cependant, il est possible de chercher des fondements d'une autre option dans les mêmes disciplines qui ont largement contribué à notre première option. Si ces fondements ont été ébranlés ailleurs et ont cédé à d'autres idées ou fondements, ces autres idées ou fondements devraient être intéressants eux aussi pour le droit comparé.

Où en est-on avec le positivisme scientifique et son processus taxonomique aujourd'hui? Les choses ont évolué depuis

21. *Supra*, note 10.

le dix-neuvième siècle. Si on ne peut être que schématique, une conclusion s'impose. Il y a moins de certitude aujourd'hui quant à l'existence des choses, et moins de certitude quant à leur catégorisation. Il y a moins de certitude quant à l'existence des choses parce que la physique contemporaine a mis en question la notion de masse et ses éléments constitutifs. Il y aurait un monde de l'infiniment petit, ce qui veut dire que nous ne pouvons plus séparer clairement les objets de l'examen des instruments de l'examen. Le proton ne peut plus être considéré simplement comme une boule en miniature mais comme un phénomène changeant et contradictoire²². Le travail de l'accélérateur géant de CERN à Genève a été construit à grands frais pour la recherche de l'infiniment petit. On ne connaît pas encore les résultats, et on ne connaît surtout pas leurs conséquences.

C'est aussi le cas, et on peut dire nécessairement, que la taxonomie biologique ne peut plus être ce qu'elle ne l'était. Si la taxonomie du dix-neuvième et du vingtième siècles rangeait les choses dans leur place dans le monde, la taxonomie du vingt-et-unième siècle est plus circonspecte. Les espèces aujourd'hui ne peuvent plus être vues comme des classes statiques ou simplement comme des organismes. Elles représentent plutôt des lignées en évolution (« evolving lineages ») et leur catégorisation est variable, impliquant souvent le « cluster analysis » (le groupement de caractéristiques similaires dont nulle n'est définitive) ou la situation par rapport à une communauté de descendance²³. Il y a donc un défi ontologique, en biologie aussi bien qu'en physique, au positivisme scientifique. Ce défi a nécessairement des conséquences pour les constructions intellectuelles, telles que le droit, qui se sont appuyées de façon métaphorique sur l'existence matérielle des choses. La métaphore n'a plus la même force.

22. Frank WILCZEK, *The Lightness of Being: Mass, Ether and the Unification of Forces*, 2010, p. 43 et 54. M. Wilczek est un lauréat du Prix Nobel en matière de physique.

23. Marc ERESHEFSKY, *The poverty of the Linnaean hierarchy: a philosophical study of biological taxonomy*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2001, aux p. 3 (pour les lignées en évolution) et 15 (pour le « cluster analysis » et les communautés de descendance).

Le défi ontologique a des conséquences aussi pour la logique « classique » et ses méthodes de travailler avec des concepts nets et éternels (« A », « non-A », etc.). Notamment la loi d'identité (A est A) a l'air remarquablement naïf face aux enseignements de la science moderne. Y a-t-il quelque chose d'aussi simple et net que « A » dans le monde, et sinon comment la logique classique peut-elle trouver application dans un monde complexe et même évolutif? Plus particulièrement, ladite loi de la non-contradiction et la loi du tiers exclu, qui ont tellement influencé la construction des systèmes juridiques contemporains, peuvent-elles garder leur validité si les frontières des « A » du monde n'ont plus la même fixité, en devenant floues et perméables?²⁴ On commence à avoir des réponses à ces questions, des réponses des « nouvelles logiques » qui mettent en question la logique dite classique.

Ce que les « nouvelles logiques » cherchent surtout à faire, c'est de fournir une manière de penser qui serait adéquate pour un monde en mouvement et plein de contradictions. Ces nouvelles logiques sont donc « paraconsistantes » ou « polyvalentes » en acceptant qu'il n'est pas illogique de vivre avec une ou des contradictions. On peut vivre, et rendre jugement, dans un nouveau milieu inclus, défini à ces extrémités par les éléments contradictoires. La démonstration est faite même avec les concepts nets de la logique classique, en insistant sur les paradoxes récursifs (« Cette phrase est fausse ») qui sont à la fois vrais et faux²⁵. Le choix univalent de leur caractère vrai *ou* faux ne s'impose pas. La loi du tiers ou du milieu exclu ne tient pas. Si la

24. Voir George KLIR, U. St. CLAIR et Bo YUAN, *Fuzzy Set Theory: Foundations and Applications*, Upper Saddle River NJ, Prentice Hall, 1997, p. 75 (« Moreover, if we allow objects, and sets generally, to have imprecise boundaries, then the two classically important principles – the laws of contradiction and excluded middle – will no longer always be true »).

25. Voir notamment Graham PRIEST, *In Contradiction [:] A Study of the Transconsistent*, Oxford, Clarendon Press, 2006, ch. 1 et 2, rejetant aux p. 5 et 6 ledit principe de l'explosion (ex contradictione quodlibet) à l'effet que n'importe quelle conclusion découle d'une contradiction, pour les motifs que toutes les conclusions ne sont pas vraies et que « inconsistency does not entail incoherence ».

démonstration peut ainsi être faite dans le monde formel et austère de la logique classique, il est d'autant plus évident qu'il peut être fait dans le monde informel de tous les jours, et notamment dans le monde du droit. Le droit au respect de la vie privée et la liberté d'expression sont évidemment contradictoires, mais on peut affirmer les deux en même temps (la loi de la non-contradiction ne tient pas) et la jurisprudence sur la question répond aux deux valeurs en situant chaque décision à un point précis dans le milieu inclus.

On dit que le défi des nouvelles logiques à la logique classique a déjà réussi²⁶. Il y aurait donc actuellement un « multi valued turn » dans la logique²⁷. Le mouvement date du début du vingtième siècle, mais s'est accéléré dans la deuxième moitié du siècle²⁸. Il a été propulsé notamment par les critiques sévères de Stephen Toulmin à l'égard de la logique classique, qui a contrasté sa stérilité avec la logique plus souple et complexe... du droit²⁹. Les juristes auraient donc toujours fait de la logique nouvelle, de la même manière que M. Jourdain faisait la prose. Ce qui semble fondamental dans la situation actuelle, c'est qu'il y a *des* logiques dans le monde et un choix de logique doit être fait dans chaque

-
26. Katalin BIMBÒ « Relevance Logics », dans Dale JACQUETTE (dir.), *Philosophy of Logic*, Amsterdam, Elsevier, 2007, à la p. 723 (« once the overpowering dominance of classical logic has been successfully challenged (and it has been) »).
27. Dov GABBAY et John WOODS, Jr., *The Many Valued and Nonmonotonic Turn in Logic*, Amsterdam, North-Holland, 2007.
28. Siegfried GOTTEWALD, « Many-Valued Logics » dans Dale JACQUETTE, *Philosophy of Logic*, Amsterdam, Elsevier B.V., 2007, p. 675-680 (citant Lukasiewicz et Post dans les années vingt) et p. 681 (« préhistoire » des situations futures d'Aristote); Grzegorz MALINOWSKI, « Many-valued Logic », dans GABBAY et WOODS; *The Many Valued and Nonmonotonic Turn in Logic*, à la p. 14 (pour la bataille marine d'Aristote comme fondement des logiques polyvalentes)
29. Stephen E. TOULMIN, *The Uses of Argument*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1958, aux p. 7 (« Logic (we may say) is generalized jurisprudence »), 39 (posant la question « How far is a *general* logic possible? ») et 147 (logiciens ayant une notion restreinte de la validité des arguments, cherchant à juger des arguments en termes qui sont « field invariant »).

situation de réflexion et de jugement. Il y aurait un pluralisme logique actuel³⁰. D'ailleurs, puisqu'il y a maintenant une logique polyvalente, le choix entre elle et la logique classique ne peut pas être un choix dicté par les méthodes de la logique classique. Seule une logique polyvalente de deuxième ordre permet l'affirmation des deux types de logique, d'un milieu inclus entre eux, et de la possibilité de choisir l'une ou l'autre dans des situations précises. On assiste déjà à un débat portant sur les vertus des deux types de logiques pour des domaines précis du droit³¹. La logique du droit fiscal ne doit pas être la logique du droit constitutionnel et des libertés publiques.

Dans le choix d'une notion de droit comparé, on peut donc vivre (comme il a été indiqué précédemment) avec une notion taxonomique et étatisée du droit comparé en parallèle avec une notion plus dynamique, plus polyvalente, et plus engagée du droit comparé. Il reste à déterminer les conséquences de ce choix de logique et de droit comparé dans différents domaines de droit.

III. Les conséquences du choix d'une notion de droit comparé

On connaît assez bien les conséquences du choix de droit comparé qui prévalait au dix-neuvième et au vingtième siècles. La notion de comparaison était fort restreinte; sa pratique était limitée aux spécialistes de la comparaison; les relations entre les systèmes juridiques étaient limitées et conflictuelles. Cette notion reste avec nous mais devient de plus en plus dépassée par la délocalisation du droit³². Que peut-on prévoir comme consé-

30. J.C. BEAL et G. RESTALL, *Logical Pluralism*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2006.

31. Voir Timothy A.O. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2000, p. 73 (au moins pour les causes de validité/invalidité, culpabilité/innocence « graded standards *might* be undesirable »).

32. Beck et Lau parlent peut-être plus précisément d'enlèvement des frontières ou « Entgrenzung »; voir U. BECK et C. LAU, *Entgrenzung und Entscheidung: Was ist neu an der Theorie reflexiver Modernisierung?*, Frankfurt, Suhrkamp, 2004.

quences du choix d'une notion polyvalente ou dynamique du droit comparé?

La conséquence principale d'un tel choix est l'ouverture vers d'autres droits et d'autres valeurs que ces droits incarnent. C'est l'engagement qui caractérise un droit comparé polyvalent, et non plus la séparation et l'exclusion. Le champ des droits reconnaissables est donc élargi, aussi bien que leurs champs possibles d'application, et la participation dans le monde de droit comparé devient plus inclusive et ouverte. On peut *pratiquer* le droit comparé en s'occupant, comme praticien, de l'application possible de plusieurs droits. Les occasions pour le faire se multiplient, dans tous les domaines du droit.

La place pour un droit comparé polyvalent est évidente dans le droit qui est connu comme international, et qui s'occupe des relations des systèmes juridiques nationaux du monde. Pendant deux siècles le droit international privé a été marqué par l'idée que les relations de droit privé peuvent être géographiquement localisées, selon des règles formelles de localisation. La logique, comme nous l'avons vu, est classique; un seul système juridique est applicable à chaque relation, le cumul de deux lois nationales est impossible. Il n'y a pas de comparaison, en principe, des droits quant à leur contenu, simplement un processus de localisation. Les changements dans la logique du droit international privé sont pourtant nombreux aujourd'hui et tous les changements comportent une notion de comparaison de droits qui est polyvalente en caractère. Cinq exemples peuvent être cités. Il y a d'abord la pratique de l'arbitrage, qui permet à l'arbitre de formuler une solution au litige qui n'est pas nécessairement la solution de l'un des systèmes juridiques nationaux en présence. Il peut comparer ces solutions en créant sa solution. Les parties à l'arbitrage sont aussi libres de choisir l'application des principes juridiques de *deux* systèmes juridiques nationaux, ce qui implique un processus actif de

comparaison³³. Ensuite, il y a le rôle de l'ordre public dans la résolution des causes de droit international privé. En principe l'ordre public joue un rôle très restreint, dans la formulation classique, et se limite simplement à écarter un droit étranger radicalement contradictoire avec le droit du for. La comparaison des droits a lieu, mais est soumise à la nécessité d'un choix unique. Récemment cependant, la Cour de cassation en France a admis que l'ordre public peut être un moyen de conciliation de lois fort différentes quant à leur contenu³⁴. Le divorce islamique qui serait contraire à l'ordre public du for, pour sa violation du principe de l'égalité des sexes, peut être reconnu en France si le mari a fourni une protection pécuniaire adéquate à la femme. On *évalue* les résultats de l'application des droits. Troisièmement, une tendance marquée consiste à choisir la loi applicable à une cause internationale en fonction du résultat visé. Le professeur Symeonides a constaté le phénomène de « result selectivism » sur le plan mondial³⁵; dans le Code civil du Québec, nous avons les articles 3091 (filiation), 3099 (successions), 3109 (forme des actes juridiques), 3117 (contrat de consommation), 3118 (contrat de travail) et 3128 (responsabilité civile) qui dictent tous l'application d'une loi, non pas en fonction de rattachements géographiques, mais en fonction de l'aptitude des lois en présence à fournir un résultat souhaité par le législateur. De plus, il y a la notion de l'« équivalence » des droits nationaux, selon laquelle il ne faut pas procéder au choix d'une seule loi applicable si les deux lois nationales sont équivalentes sur le fond. On arrive à cette conclusion par la comparaison, qui remplace la localisation. La notion est maintenant acceptée par la Cour de cassation en

-
33. Pour le choix de principes juridiques communs à la France et à l'Angleterre pour résoudre les différends dans la construction du Chunnel : C. C. SCHÜTZ, « The Effects of General Principles of Law », dans Dennis CAMPBELL, *International Dispute Resolution*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2010, p. 43-45.
34. Guy CANIVET, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », *R.I.D.C.* 2003.7.16-22 (« La fonction médiatrice de l'ordre public »).
35. S. SYMEONIDES, « Result Selectivism in Conflicts Law » 46 *Willamette L. Rev.* 1 (2009).

France³⁶. Finalement, existe la possibilité pour les parties de choisir une loi autre qu'une loi étatique et de voir ce choix respecté, au moins par les arbitres et possiblement par un juge étatique³⁷. Passer au-delà des sources étatiques à des sources non étatiques implique nécessairement un processus élargi de comparaison des droits.

Le droit international public est remarquable, comme le droit international privé, pour sa logique classique et exclusiviste. Seuls les États sont sujets de droit international public; en principe, le contenu de leurs lois internes n'entre pas en ligne de compte; le droit international public constituerait un bloc de normes, universelles en principe, qui ne comporte pas la nécessité de comparaison. On peut discerner l'idée d'un système de droit international qui partagerait des caractéristiques des systèmes nationaux : ils seraient tous les deux univoques dans leur articulation du droit. De nos jours, cependant, le langage du droit international public change; la comparaison entre dans ce droit, au point où on peut voir un changement même dans la nature de la discipline. D'abord, le droit international public n'est plus limité aux « pays civilisés », comme il l'était pendant une bonne partie des deux derniers siècles³⁸. Le droit international public des pays

36. Voir, pour la jurisprudence, S. GODECHOT-PATRIS, « Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes », *Rev. crit. d.i.p.* 2010.271-273 (qualifiant correctement la notion comme « un recul de la méthode conflictuelle »).

37. L'option est écartée pour le juge étatique par Rome I (malgré la position de la Commission européenne), mais toujours envisagée par le Groupe de Travail de la Conférence de La Haye sur les contrats internationaux; voir Nils W. VERNOOIJ, « Rome I: An Update on the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe » 15 *Col. J. Eur. L.F.* 71, note 20 (2009), en ligne à <<http://www.cjel.net>>; pour les travaux à La Haye : Hcch, *Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts*, 12-16 November 2012, en ligne : <<http://www.hcch.net>>.

38. Pour l'idée, et sa perte d'influence : Yasuaki ONUMA, « When was the Law of International Society Born? – An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective », (2000) 2 *J. Hist. of Int'l L.* 1, p. 26; Bret BOWDEN, « The Colonial Origins of International Law. European Expansion and the Classical Standards of Civilization », (2005)

occidentaux fait donc face à d'autres idées de communauté, sur le plan international. Il existe notamment l'umma, la communauté islamique, et des notions de loyauté personnelle qui n'ont jamais été écartées pleinement par la notion de l'État dans la pensée hindoue. Ces autres moyens de penser les communautés internationales se font sentir de manière inéluctable dans les négociations internationales et le comportement des États. Les internationalistes, et les diplomates, ont maintenant pour tâche de comprendre la perspective des autres, ce qui ne figurait pas dans la compréhension du droit international public durant la période active de sa construction. Le droit international public est cependant aujourd'hui fleurissant, du moins à l'égard de la multiplication de ses instances. Il existe de plus en plus de fors internationaux, de plus en plus de sources de droit international. On parle aussi donc de la « fragmentation » du droit international public, dans le sens qu'il n'y a plus de corpus uniforme de règles mais un vaste théâtre juridique, vulnérable à des influences venant de partout³⁹. Il faut donc comparer les sources du droit international public, à l'intérieur de ce droit, dans sa nouvelle conception large. La notion de « droit international comparé » est ainsi née⁴⁰. Inévitablement, dans son engagement avec d'autres notions de communautés humaines, et d'autres sources, le droit international public change dans son contenu. Il est affecté par la comparaison dynamique et polyvalente. Le résultat, dans le langage de Thomas Meron, c'est que le droit international public « s'humanise » en acceptant que la personne humaine devienne sujet et objet du droit international public⁴¹. Trois exemples viennent immédiatement à l'esprit : l'émergence d'un droit international des droits de la personne (avec des cours de justice

7 J. *Hist. of Int'l L. 1*; S. J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford Univ. Press, 2004, p. 27-31.

39. Pour la fragmentation, Martti KOSKENNIEMI et Päivi LEINO, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties », (2002) 15 *Leiden J. Int. L.* 553, 559 (« a kaleidoscope reality »).

40. Martti KOSKENNIEMI, « The Case for Comparative International Law », (2009) 20 *Finnish Yearbook of Int. L.* 3.

41. Theodor MERON, *The Humanization of International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2006.

pour assurer son respect)⁴²; l'émergence d'un droit pénal international pour sanctionner notamment les crimes contre l'humanité⁴³; et la reconnaissance des peuples indigènes (et leur droit non écrit) comme participants dans la création du nouveau droit international public⁴⁴. Dans les trois cas, le droit en cause est nécessairement comparatif dans sa formulation, puisque le droit international public manquait un droit de fond applicable aux individus. Le nouveau droit doit nécessairement venir de l'enseignement des droits actuels, de manière comparative. Ainsi la jurisprudence sur les droits de l'homme circule de manière transnationale; le droit pénal international (tout comme la procédure pénale internationale) tire ses sources de multiples traditions juridiques; et les peuples indigènes participent activement dans les fors internationaux à partir des principes de leur droit non écrit. Le droit international public, comme le droit international privé, s'approche du droit comparé, qui lui doit s'occuper de vrais problèmes et non pas simplement de problèmes taxonomiques.

Si le droit international, privé et public, intègre de plus en plus la comparaison normative, le lien nécessaire avec une logique polyvalente n'est pas passé inaperçu. Ainsi, Mireille Delmas-Marty fait appel à la pleine « palette » de la logique moderne en ordonnant la multiplicité des droits du monde⁴⁵ et François Rigaux a écrit de « l'illusion » de la catégorisation par le moyen des dichotomies et de la « perversité » de taxonomies binaires⁴⁶; Christine Bell, dans son *Lex Pacificatoria*, écrit de la nécessité

42. Notamment la Cour européenne des droits de l'homme et la Corte interamericana de derechos humanos.

43. Voir Antonion CASSESE, *International Criminal Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford Univ. Press, 2008.

44. H. Patrick GLENN, « The Three Ironies of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », dans Stephen ALLEN et Alexandra XANTHAKI, *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, Hart, 2011, p. 171.

45. Mireille DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit; Le relatif et l'universel*, t. I, Paris, Seuil, 2004, p. 412.

46. François RIGAU, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 69 et 250-251.

d'aller au-delà des distinctions binaires pour développer une « ambiguïté constructive » dans les relations entre des peuples⁴⁷. De manière générale, dans le monde de la common law, Martin Krygier se fait critique des dichotomies « pernicieuses » qui « pourraient être simplement des aspects de phénomènes complexes capables d'inclure les deux »⁴⁸. Au niveau de la Cour internationale de justice, dans le jugement récent portant sur la déclaration d'indépendance de Kosovo⁴⁹, le juge Simma, tout en partageant l'avis de la majorité de la Cour, a mis en question tout le processus de raisonnement juridique binaire de cette majorité. Pour le juge Simma, l'absence d'une prohibition explicite d'une telle déclaration n'implique pas nécessairement son autorisation. Il a critiqué ce raisonnement binaire comme « obsolète » et a prôné une réponse plus nuancée et compréhensive qui permettrait une gamme de réponses, incluant ce qui serait « toléré », « permmissible » et « souhaitable »⁵⁰. Ainsi les nouvelles logiques entrent dans le raisonnement juridique et judiciaire, comme éléments indispensables d'une comparaison active des droits.

Ce qui est vrai au niveau international se révèle aussi être le cas sur le plan du droit interne, même au point que la dichotomie entre l'interne et l'international s'affaiblit. C'est le dit « dialogue des juges » qui représente son développement le plus significatif. S'il y avait toujours une pratique de citation de jugements étrangers à l'intérieur du monde de la common law, le processus est maintenant plus répandu et est accompagné de communications judiciaires plus intenses et plus... comparatives. Les juges s'organisent des colloques, des réunions annuelles, et

47. Christine BELL, *On the Law of Peace: Peace Agreements and the Lex Pacificatoria*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2008, p. 166, et voir aussi p. 302 (acceptant ce qui serait autrement un milieu exclu).

48. M. KRYGIER, « False Dichotomies, True Perplexities, and the Rule of Law », dans András SAJÓ, *Human Rights with Modesty: The Problem of Universalism*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, p. 251.

49. *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif, (22 juillet 2010), C.I.J. Recueil 2010, p. 403 (Cour internationale de Justice), en ligne : <<http://www.icj-cij.org>>.

50. <<Http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15993.pdf>>, aux par. 2 et 3.

même des organisations transnationales⁵¹. Le processus traverse non pas seulement les frontières nationales, mais aussi le *summa divisio* entre le droit privé et le droit public. Si le droit privé a toujours connu une certaine ouverture, le droit public a résisté plus vigoureusement, et Otto Kahn Freund a écrit au vingtième siècle que la comparaison en droit public constituait même un « abus » de droit comparé⁵². Aujourd'hui le droit constitutionnel comparé est devenu un champ actif de comparaison, et au niveau doctrinal et au niveau judiciaire⁵³. Au niveau de la pratique du droit, d'ailleurs, les professions juridiques ne sont plus cantonnées par les juges, les institutions universitaires et les frontières nationales dans leur appréciation des droits étrangers. L'arrivée de grands cabinets juridiques a fait en sorte que la comparaison des droits est pratiquée régulièrement à l'intérieur de ces cabinets, qui jouent un rôle important dans les choix d'un droit applicable et même, devant des arbitres, dans le choix d'une solution transnationale pour des causes transnationales⁵⁴. Ainsi, tous les acteurs du monde du droit voient la possibilité de faire le droit comparé, de manière active et polyvalente, s'ouvrir devant eux.

-
51. Guy CANIVET, « Trans-Judicial Dialogue in a Global World » dans Sam MULLER et Sidney RICHARDS, *Highest Courts and Globalisation*, The Hague, Hague Academic Press, 2010, 21, notamment p. 24 (sites web portant sur la collaboration judiciaire), 31 (sur le développement de la « diplomatie judiciaire ») et 34 (programmes d'échanges judiciaires, réseaux de juges).
 52. Otto KAHN-FREUND, « On Uses and Misuses of Comparative Law », (1974) *37 Mod. L. Rev.* 1.
 53. Pour la doctrine, voir notamment : Michel ROSENFELD et András SAJO, *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2012; et pour la pratique (établie mais controversée) de la citation des causes étrangères dans les décisions constitutionnelles de la Cour suprême des États-Unis : *Graham v. Florida*, 130 S. Ct. 2011 (2010), section D de l'avis de la Cour, où le juge Kennedy, pour la majorité, cite du droit étranger et la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, non ratifiée aux États-Unis.
 54. H. Patrick GLENN, « Comparative Law and Legal Practice: On Removing the Borders », (2001) *75 Tulane Law Review* 977.

Conclusion

Faut-il avoir peur de la comparaison des droits? Un monde où les sources de droit se multiplient et s'entrecroisent est-il un monde d'incertitude et de conflit? Il faut se rappeler que la notion de conflits de lois est d'origine récente et s'est développée en même temps que la construction des droits étatiques. Avant le 17^e siècle, il n'y avait pas de conflits de lois, seulement des domaines de droit, de sources différentes, applicables sur un même territoire. C'était une époque de conciliation, et non pas de conflits, de lois. La conciliation s'effectuait par un processus, actif, de comparaison. La comparaison des droits devient ainsi un moyen pour faciliter la coexistence, la convivencia, des peuples.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'ABSENCE DU MAÎTRE. HOMMAGE À PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU Jean-

Auteur(s) : Guy BELLEY

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 1-2

Pages : 45-58

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10206>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10206>

Page vide laissée intentionnellement.

HOMMAGE

L'ABSENCE DU MAÎTRE HOMMAGE À PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU

par Jean-Guy BELLEY*

Paul-André Crépeau a pratiqué l'étude comparative du droit pendant plus de cinquante ans. Il concevait le droit comparé comme une source privilégiée de la connaissance scientifique du droit. Il le considérait aussi comme un instrument très utile, voire indispensable à la réforme du droit en vigueur. Il a contribué activement à institutionnaliser la discipline, notamment en présidant l'Académie internationale et l'Association québécoise de droit comparé. Pour toutes ces raisons, il s'imposait sans aucun doute que cette Association lui rende hommage à l'occasion de ce colloque¹, la première manifestation scientifique majeure au sein de notre communauté juridique depuis son décès en juillet 2011.

Mais, il ne s'imposait pas d'emblée que la responsabilité de rédiger cet hommage soit confiée à un juriste plus proche de l'Association canadienne droit et société que de l'Association québécoise de droit comparé. La présidente du Comité scientifique de ce colloque, notre collègue Nathalie Vézina, m'a expliqué qu'on faisait appel à mon regard de sociologue du droit pour situer dans son contexte historique et social l'apport du professeur Crépeau au développement de l'approche comparative du droit et au rayonnement international de l'expertise québécoise acquise en ce domaine au cours des dernières décennies. J'ai accepté ce mandat en espérant être à la hauteur des attentes du Comité et surtout avec l'espoir de rendre justice à l'éminente contribution de Paul-André Crépeau.

* * *

* . Professeur invité à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Professeur émérite de l'Université McGill. Directeur du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec de 2003 à 2007.

1. Colloque du 50^e anniversaire de l'Association québécoise de droit comparé, Université de Sherbrooke, 27 au 29 octobre 2011. Le présent texte constitue une version écrite et enrichie de l'hommage rendu au professeur Crépeau lors du banquet tenu à l'occasion de ce colloque, le 28 octobre 2011.

Pour rédiger cet hommage, j'ai pensé qu'il me fallait d'abord rassembler un nombre significatif des travaux du professeur Crépeau. J'ai constitué à cette fin un corpus de textes échelonnés depuis 1956 jusqu'à 2005. Ces textes témoignent de la place qu'a occupé le droit comparé dans son œuvre et de sa conception du métier de juriste comparatiste en contexte canadien et québécois. Je rappelle les titres de ces textes, car ils sont révélateurs en eux-mêmes et l'on peut tenir pour certain que tous leurs mots furent choisis avec soin par l'auteur :

- « La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier. Étude comparée du droit français, du common law et du droit civil de la province de Québec »².

Il s'agit de la publication de sa thèse de doctorat préfacée par René David.

- « Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien »³.

L'auteur élargit et approfondit l'opposition déjà exprimée dans sa thèse de doctorat contre le cumul et l'option. En exergue se trouve une citation empruntée à Maurice Hauriou : « L'ordre prime l'équité ».

- « La renaissance du droit civil canadien »⁴.

C'est la préface d'un ouvrage collectif soulignant le centenaire du *Code civil du Bas-Canada*. Le texte est précédé de la citation suivante empruntée au juriste états-unien R.C. Crampton : « Law is no longer widely viewed as mysterious, sacred and relatively immutable, but as a

2. Montréal, Wilson et Lafleur, 1956, 261 p.

3. (1962) 22 *R. du B.* 501-557.

4. Dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale. Livre du centenaire du Code civil (I)*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. XIII-XXX.

rational tool that can assist in accomplishing social purposes ».

- « Les lendemains de la réforme du Code civil. Discours de réception à la Société Royale du Canada »⁵.

Avant de résumer les traits dominants de la réforme et de proposer les mesures qu'il juge essentielles à son succès, il exprime ainsi l'état d'esprit qui l'anime : « On voudra bien me permettre de m'en expliquer avec franchise, car, ainsi que le déclarait, en 1922, l'un de nos plus illustres juristes, M. le juge Mignault de la Cour suprême du Canada, dans une causerie portant précisément sur *l'Avenir de notre droit civil* : 'quand il s'agit de la conservation de notre droit civil, des intérêts majeurs sont en jeu et les questions de personnes ou de tribunaux importent peu' ».

- « L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie »⁶.

Cette monographie devait constituer le premier chapitre du *Traité sur les obligations* qui serait sa contribution propre au *Traité de droit civil du Québec* sous sa direction générale. L'ouvrage est dédié à ses étudiants depuis 1955. Il porte en exergue une citation empruntée à René Savatier : « À pouvoir accru [...] responsabilité croissante [...] ».

- « Comparative Law, Law Reform and Codification. National and International Perspectives »⁷.

5. Université McGill, Institut de droit comparé, Montréal, 24 avril 1981, (1981) 59 *R. du B. can.* 625-634 (texte ronéo disponible à la bibliothèque Nahum Gelber de l'Université McGill).

6. Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989, 232 p.

7. International Conference of Comparative Law, Peking University, Institute of Comparative Law and Sociology of Law, Law Department, 9 avril

Il s'agit de sa contribution à l'International Conference on Comparative Law organisée par l'Institut de droit comparé et de sociologie du droit de la Faculté de droit de l'Université de Pékin. En introduction, il s'assigne la tâche suivante : « Comparative law as a tool for law reform and codification is the topic that I should like to discuss with you today, both in the light of a recent law reform experience in my own jurisdiction, the Canadian civil law Province of Quebec, and of a fascinating international experience: *Unidroit's Principles for International Contracts* ». Concernant la réforme du *Code civil du Québec*, il ajoute d'entrée de jeu la note suivante : « It must be remembered that, from the point of view of private law, Quebec is the only province governed by civil law of the Franco-Civilian family; all other provinces and territories live under the Common Law system as received from England in the 18th and 19th Centuries ».

- « *Les Principes d'Unidroit et le Code civil du Québec : valeurs partagées? The Unidroit Principles and the Civil Code of Quebec: Shared Values?* »⁸.

Cet ouvrage réalisé avec la collaboration d'Élise Charpentier s'attarde surtout à montrer comment la recherche de la justice contractuelle est devenue une valeur maîtresse du droit contemporain des contrats, comme en attestent le *Code civil du Québec* et mieux encore les *Principes d'Unidroit*. L'ouvrage porte la dédicace « À mon collègue le Professeur Michael Joachim Bonell, de la Sapienza, Rome ».

- « *La réforme du droit civil canadien. Une certaine conception de la recodification 1965-1977* »⁹.

1992, (1994) *Special-1 Asia Pac. L. Rev.* 97-109 (texte ronéo disponible à la bibliothèque Nahum Gelber de l'Université McGill).

8. Avec la collab. d'Élise M. CHARPENTIER, Scarborough, Carswell, 1998, 200 p.

9. Montréal, Les Éditions Thémis, 2003, 211 p.

Il s'agit de la contribution du professeur Crépeau dans le cadre d'une initiative du ministère fédéral de la Justice visant à rassembler les réflexions rétrospectives des artisans de la recodification sur le processus et les méthodes d'élaboration du nouveau code¹⁰. En exergue, après avoir cité Raymond Saleilles et Philippe Rémy pour justifier une recodification qui se voulait réforme et non simple révision, il ajoute les mots suivants du professeur Jean Pineau : « [...] au commencement était l'Office de révision du Code civil [...] ». Dans le corps même du texte, il caractérise le programme de réforme du Code civil comme une codification qui se voulait moderne et qui devait être, tout à la fois, une œuvre démocratique, de commandement, d'ensemble, de prévision et de simplification.

- « Réflexion sur la définition législative du contrat »¹¹.

Livrée à l'occasion du colloque soulignant le 30^e anniversaire du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec – renommé « Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé » depuis le 22 novembre 2011 – cette communication scientifique faisait passer un mauvais quart d'heure à la définition du contrat ultimement retenue dans le *Code civil du Québec*. Les dernières lignes en résument bien le ton : « L'on ne peut donc que vivement regretter que le législateur ait cru devoir sacrifier l'exactitude dans un domaine où s'impose la rigueur. Le recours à la tradition est certes émouvant; le souci de la vérité a néanmoins ses exigences ».

-
10. Le livre précité du professeur Crépeau a été intégré avec l'ensemble des autres contributions dans Jean-Guy BELLEY, Nicholas KASIRER et Serge LORTIE (dir.), *Du Code civil du Québec. Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2005, 682 p.
11. Dans Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Regards croisés sur le droit privé. Cross-Examining Private Law. Colloque du trentenaire. Thirtieth Anniversary Conference 1975-2005*, Cowansville, Les Éditions Yvons Blais, 2008, p. 235-249.

Comme l'a déjà fait observer Nicholas Kasirer, qui partageait ce jour-là la même tribune, le « père spirituel du Code civil du Québec » pouvait aussi se conduire en « enfant terrible du Code »¹².

* * *

Lisant ou relisant les textes de ce corpus, j'ai eu le sentiment qu'il me serait utile de m'affranchir momentanément d'une pensée juridique remarquablement cohérente et rigoureuse pour en dégager la signification profonde, sans la dénaturer, mais en la replaçant dans son contexte. J'ai trouvé ce point d'appui externe dans la sociologie de la littérature québécoise et plus particulièrement dans l'essai lumineux que le professeur Michel Biron a consacré en 2000 à l'interprétation des œuvres de Saint-Denis Garneau, Ferron et Ducharme¹³.

Biron inscrit son analyse dans un cadre théorique qui identifie deux manières de pratiquer le métier d'écrivain, la manière institutionnelle et la manière liminaire. L'écrivain ou l'écrivaine qui adopte la posture institutionnelle aspire à une place dans la société littéraire. Il trouve ses modèles d'inspiration dans la capitale symbolique de cette société, par exemple à Paris pour la littérature d'expression française. Il ambitionne de reproduire localement une société littéraire à l'image de la société du centre, une société bien structurée au sein de laquelle s'institue une hiérarchie entre les personnes et surtout entre les textes, où se distinguent une élite et surtout des œuvres majeures. À l'opposé, l'écrivain ou l'écrivaine qui adopte la posture liminaire ne se reconnaît pas de maître à penser ou écrire. Il se tient à bonne distance de l'institution littéraire, dans une position périphérique animée par le désir de faire communauté, en toute sincérité et en

12. Nicholas KASIRER, « Introductory Essay : Values, Law Reform and Law's Conscience », dans P.-A. CRÉPEAU avec la collab. d'E. M. CHARPENTIER, préc., note 8, p. XIX-XXVII, à la page XXI.

13. Michel BIRON, *L'absence du maître. Saint-Denis Garneau, Ferron, Ducharme*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2000, 320 p.

dehors des rituels établis, avec les amis ou les voisins qui partagent le même destin.

Dans sa préface au *Nez qui voque* (1967), Réjean Ducharme fait dire à son narrateur : « Je ne suis pas un homme de lettres. Je suis un homme ». Michel Biron commente ainsi : « Si Mille Milles – c'est le nom du narrateur – ne veut pas passer pour un homme de lettres, c'est qu'il ne veut pas se définir comme un être d'institution »¹⁴. L'écrivain liminaire entend plutôt écrire avec une âme de rebelle, pratiquer son art comme s'il n'y avait pas de maître dans son monde, seulement des lecteurs aux âmes sœurs. « L'absence du maître », c'est la formule proposée par Michel Biron pour traduire la vision idéale d'une liminarité où l'aspiration à la gloire fait place au culte de l'authenticité.

Je me permets de transposer la thèse de Biron du champ de l'analyse littéraire à celui du droit comparé. Elle me semble utile pour caractériser la pratique de l'analyse comparative qui fut celle de Paul-André Crépeau. Utile aussi pour prendre conscience des options qui s'offrent à nous dans le contexte qui est le nôtre. Je suis d'avis que celui auquel nous rendons hommage a pratiqué le métier de juriste comparatiste en adoptant une posture institutionnelle. Il s'est reconnu des maîtres à l'extérieur de sa communauté juridique d'appartenance. Il a assumé en retour la position d'un maître au sein d'une société nationale de juristes privatistes qu'il a personnellement contribué à structurer. Je suis aussi d'avis que les options qui s'offrent à nous aujourd'hui relèvent fondamentalement d'une posture de liminarité, consentie ou recherchée, adoptée par réalisme ou par tempérament. Notre contexte sociologique rend plus crédible une pratique liminaire du droit comparé. Nos sensibilités rendent moins désirable l'aspiration institutionnelle. Mais, j'espère montrer qu'il y a malgré cela des enseignements précieux à tirer de la pratique exemplaire du maître désormais absent.

* * *

14. *Id.*, p. 10.

Paul-André Crépeau a acquis ses lettres de créances en droit civil comparé à Oxford où il a été reçu « Bachelor in Civil Law » et à Paris où il a obtenu son doctorat avec la thèse déjà citée. Moins de 10 ans après son retour au Québec, il accédait à la présidence de l'Office de révision du Code civil dont il a dirigé les travaux pendant 12 ans depuis son quartier général de McGill. À compter de 1985, parallèlement à la direction du Centre de droit privé et comparé, il s'est joint aux travaux d'Unidroit. Chaque étape de ce parcours scientifique et professionnel a été marquée par un recours très significatif à l'analyse comparative. Chacune révèle une facette particulière de sa conception du droit comparé. Chacune exprime un aspect de la présence du maître : celui qui inspire, celui qui surveille le fonctionnement du système juridique, distribuant les compliments et les réprimandes, celui qui rayonne à l'extérieur.

Il fut d'abord un admirateur résolu de la tradition juridique française au sein de laquelle il a choisi les maîtres qui inspireraient sa vocation de privatiste et ses recherches de droit civil comparé. Ce choix n'était pas seulement dicté par l'histoire de la Nouvelle-France, par l'ascendance du *Code Napoléon* sur le *Code civil du Bas-Canada* et par la dualité juridique inscrite dans la première loi constitutionnelle de la fédération canadienne. Ce choix n'était pas seulement rendu plus attrayant du fait qu'il y avait là, en Europe, une forte tradition qui par bonheur s'exprimait dans la langue du Canada français. Je crois qu'au-delà des raisons historiques et du confort identitaire, s'il lui avait fallu justifier à titre personnel le choix de la tradition juridique française, plutôt qu'une autre tradition de droit civil, à la place de l'autre tradition juridique du Canada, il aurait affirmé sa conviction que cette tradition-là était supérieure à toutes les autres en titres de gloire, en rayonnement international, par sa capacité de se renouveler dans la fidélité à son génie propre et par la virtuosité d'une langue exprimant le droit dans la clarté, dans la concision et dans la cohérence. Comme Mgr Camille Roy, qui en son temps exhortait les écrivains d'ici à se donner la littérature française

pour modèle¹⁵, Paul-André Crépeau ne concevait pas que les juristes civilistes du Canada puissent trouver ailleurs qu'en France le modèle idéal d'une tradition de droit savant au sein de laquelle l'élite de la doctrine assume une fonction dogmatique légitime, un rôle d'éminence grise, auprès du législateur, des juges et des praticiens¹⁶.

Conscient du chemin à parcourir, il acquit très tôt la conviction que le droit civil d'ici n'éviterait l'érosion et la désintégration qu'à la faveur d'une reprise en main de son évolution sur la base d'un code suffisamment réformé pour rétablir sa crédibilité. C'est pourquoi il fut, en second lieu, un réformateur ambitieux du

15. Sur le rôle institutionnel joué par Monseigneur Camille Roy dans le développement de la littérature québécoise au cours de la première moitié du 20^e siècle, lire M. BIRON, *id.*, p. 19-25.

16. Le professeur Crépeau exprime ainsi, en 1970, son admiration pour la tradition juridique française en déplorant « l'histoire fort attristante » du droit civil québécois qui n'aurait pas su recréer les conditions de la grandeur de la première : « sa vigueur rayonnante, son prestige éclatant, sa vocation universelle, de même que sa caractéristique essentielle : un 'droit savant', formé dans les universités par des maîtres (juristes, magistrats ou praticiens) à la recherche constante d'une synthèse tirée, dans les cadres de la science romaniste, des faits, de la réalité sociale et économique que le droit était appelé à régler. Nous n'avons pas cru devoir créer des facultés de droit vraiment dignes de ce nom, mais de simples écoles professionnelles toutes orientées vers la pratique du droit. À cause de cela, nous n'avons pas eu, en notre milieu, de véritables 'maîtres à penser' qui auraient pu jouer ici le rôle des grands juristes français du XIX^e et de la première moitié du XX^e siècle, attachés non seulement à l'analyse et à l'explication des textes, mais aussi à la 'libre recherche scientifique', à la critique des politiques législatives sur lesquelles étaient fondées les institutions de droit... Ce sont ces ouvrages qui, d'une part, donneront aux facultés de droit du Québec le prestige et l'autorité dont jouissent aujourd'hui les grandes facultés de droit du monde et qui, d'autre part, assureront, comme sous l'ancien droit, comme dans la France d'aujourd'hui, la vitalité, l'évolution cohérente et dynamique, de même que le rayonnement de notre droit civil ». Préc., note 4, p. XVI-XVII et XXVI-XXVII. Sur la valeur exemplaire de la doctrine française de la première moitié du 20^e siècle, voir le compte rendu par le professeur Crépeau du volume collectif *Le droit français* publié en 1960 sous la direction de René David dans (1962) 22 *R. du B.* 117-119.

Code civil et un promoteur énergique de son autorité au centre du droit privé conçu comme système intégré. Ce système, civiliste par nature et par destination, était protégé par la constitutionnalisation de la dualité juridique canadienne. Il s'imposait dès lors d'assumer pleinement la compétence de la province de Québec sur son droit privé. Ce « maître chez nous » de la modernité juridique québécoise exigeait à ses yeux la plus grande vigilance contre les infiltrations directes ou indirectes du *common law*. D'où qu'elles viennent, y compris de la Cour suprême du Canada, aussi bien intentionnées soient-elles, même au nom de la justice ou de l'utilité économique, ces influences étrangères au génie du droit civil restaient d'autant plus injustifiables qu'on pouvait le plus souvent y substituer une institution civiliste existante. À défaut d'un substitut adéquat, la libre recherche scientifique permettrait de repérer dans tout autre système juridique la solution que le système québécois ferait sienne non sans lui avoir d'abord imprimé une facture typiquement civiliste.

Maître de sa politique extérieure, le système du droit civil du Québec rétablirait à l'interne le statut de son code comme fondement des lois particulières, comme réceptacle d'un droit commun dont les principes ne seraient plus vidés de leur utilité pratique par la multiplication législative des régimes d'exception. Pour ne plus succomber à l'incohérence qui marquait les rapports du droit commun et des lois particulières sous l'ancien code, le système du droit privé se doterait d'une instance d'examen de toute législation nouvelle. Il conférerait à un autre organisme spécialisé la responsabilité d'assurer une révision permanente du code civil afin que les principes généraux du système restent en phase avec ses politiques sectorielles.

Une fois complété l'*aggiornamento* – le mot est de lui – d'un système qui reprend conscience de sa culture propre, qui impose sa présence aux sous-systèmes et qui assure sa durée, la pensée juridique québécoise aurait atteint la maturité lui permettant de rayonner à l'échelle internationale sans qu'il soit besoin de requérir un *imprimatur* fédéral. Faisant sienne la doctrine Gérin-Lajoie de l'extension internationale des compétences provinciales, Paul-

André Crépeau allait donner l'exemple en se faisant ambassadeur d'une culture civiliste raffermie par l'expérience de la recodification et capable d'entretenir des rapports constructifs plutôt que défensifs avec les autres cultures juridiques. Il a cautionné le rayonnement du *Code civil du Québec* de Sainte-Lucie à l'Argentine en passant par le Cambodge et la Russie. Il a participé très activement à la rédaction des *Principes d'Unidroit*, un code savant qui serait à ses yeux un vecteur d'ordre systémique dans la sphère normativement encombrée du commerce international. Je cite à ce propos la juge Anne-Marie Trahan, membre du Conseil de direction d'Unidroit : « Il a su mettre de l'avant les valeurs que notre nouveau Code civil a retenues. Dans plusieurs cas, le Groupe de travail les a retenues grâce à sa grande compétence et à son autorité morale. C'est tout à son honneur. Nous lui sommes redevables d'avoir su faire rayonner ce fondement de notre société. Il fut pour nous non seulement un porte-parole éloquent, mais aussi un ambassadeur remarquable »¹⁷.

* * *

Tout au long de sa carrière, Paul-André Crépeau a donc pratiqué et promu un comparatisme du type institutionnel. Son ambition était d'amener la collectivité juridique du Québec à « faire société », en renouant avec la tradition civiliste française, autour d'un système de droit privé doté d'une structure forte, en interaction dynamique avec les autres cultures juridiques du monde. En 2003, il écrivait, sans doute avec la fierté du travail accompli : « Le Québec vit donc, sur le plan du droit privé, en régime de droit recodifié dans la tradition civiliste française »¹⁸.

Dans le même ouvrage, il rappelait aussi que son ambition fut celle d'amener le Code civil à faire société avec l'esprit qui animait les transformations de la plupart des institutions du Québec à partir de 1960. Comme les autres chefs de file de sa génération, mais en tenant compte des particularités de la mentalité juridique,

17. Anne-Marie TRAHAN, « Avant-propos » dans P.-A. CRÉPEAU avec la collab. d'É. M. CHARPENTIER, préc., note 8, p. XVII.

18. Préc., note 9, p. 2.

il fut un intellectuel de la Révolution tranquille. Comme bien d'autres membres de cette élite moderniste, il lui arriva de fustiger le conservatisme de ses prédécesseurs de l'entre-deux guerres pour mieux démontrer la nécessité d'une réforme qui assurerait l'accès du Québec à la modernité, dans la fidélité bien comprise à ses traditions profondes¹⁹.

Comme la plupart des promoteurs de cette modernisation, il lui arriva aussi de constater, avant même que ses efforts aient porté fruit, que l'élite qui initie le changement peut en perdre le contrôle et devoir composer avec les nouvelles générations animées à leur tour d'un certain esprit de rupture. En moins de trois décennies, les courants d'idées indépendantiste, socialiste, féministe, écologiste, néolibéral, libre-échangiste, altermondialiste, sans oublier les prophéties de l'Ère du Verseau et de l'envolée vers le cyberspace, ont soumis son projet à la tourmente. En d'autres termes, l'époque avec laquelle Paul-André Crépeau voulut faire société n'était certainement pas celle de Léo Pelland ou d'Adjutor Rivard²⁰, mais elle n'était pas non plus celle des juristes d'aujourd'hui qui entreprennent ou poursuivent leur carrière dans un cosmos rythmé par *Arcade Fire*, dans un brouhaha où l'on n'entend plus le son des *Compagnons de la chanson*, dans un tourbillon où l'on ne s'arrête plus pour écouter *L'Heure du concert*²¹.

19. *Id.*, p. 69-70 à la note 59.

20. Sur la doctrine québécoise de l'entre-deux guerres dont le professeur Crépeau, comme bien d'autres juristes des années 1960, entendait se démarquer fermement, voir Jean-Guy BELLEY, « Une croisade intégriste chez les avocats du Québec : la Revue du Droit, 1922-1939 », (1993) 34 *C. de D.* 183-217.

21. Au cours du 33^e gala de l'ADISQ (Association des distributeurs de disques du Québec), le « Félix de l'artiste québécois s'étant le plus illustré hors Québec » a été attribué à Arcade Fire. Le « plus important groupe jamais issu du Québec » était admissible au concours de l'ADISQ, bien qu'il chante en anglais, depuis une modification récente de la réglementation du concours. Sylvain CORMIER, « L'ADISQ agrandit sa vitrine », *Le Devoir. L'Agenda* (semaine du 29 octobre au 4 novembre 2011) 3 et « La grande famille éclatée, de Miron à Marie-Mai », *Le Devoir* (31 octobre 2011) B-10.

Heureusement pour sa sérénité, le *Code civil du Québec* fut tout de même adopté sans que la lettre et l'esprit du projet de 1977 ne soient trop flétris. Peut-on en dire autant du comparatisme institutionnel dont il fut un praticien assidu? Sa vision du droit comparé fait-elle encore du sens aujourd'hui, ici au Québec et dans le monde? Quel sera à l'avenir l'influence de son savoir-faire? J'ai déjà énoncé ma conviction personnelle à l'effet que le contexte qui est le nôtre et les sensibilités qui nous animent pointent aujourd'hui en direction d'un comparatisme liminaire plutôt qu'institutionnel. Au risque de vous laisser dans la plus grande perplexité, je ne m'en expliquerai pas davantage, puisque mon mandat n'est pas de faire honneur à ma propre pensée!

Je me limiterai plutôt à esquisser trois attitudes qu'il nous est loisible d'adopter vis-à-vis le maître, son projet et sa méthode, en essayant d'imaginer ce qu'il dirait de chacune d'elle.

La première attitude consisterait à *canoniser le mentor*, à se faire disciple pour mener à terme les projets qu'il n'a pu compléter lui-même, en particulier le grandiose *Traité de droit civil du Québec* auquel il travaillait encore dans sa dernière année. « Faire comme le maître : civiliste un jour, civiliste toujours! ». Bien, dirait-il, mais j'ai constaté depuis 1980 à quel point l'ampleur et la gravité de l'œuvre doctrinale des grands auteurs français ou belges font peur aux nouvelles générations de civilistes ou du moins ne suscitent pas leur enthousiasme. Et puis je m'interroge sur l'avenir de la tradition juridique française. Elle est maintenant tenue de se concilier avec le droit commun européen. Qui plus est, je la vois portée de plus en plus à se demander elle-même pourquoi et comment elle aurait manqué ses rendez-vous avec plusieurs grands courants de la pensée juridique du 20^e siècle²².

22. Pour des réflexions critiques de juristes français concernant les rendez-vous manqués de la tradition juridique française au cours du 20^e siècle, voir André-Jean ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975, 228 p.; Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, coll. « Méthodes du droit » (dirigée par le Doyen Jean Carbonnier) Paris, Dalloz, 2004, 314 p. Voir aussi la revue créée récemment à l'initiative de professeurs et maîtres de conférences de l'Université de Sa-

À l'opposé, la seconde attitude serait celle d'*oublier le censeur*, d'esquiver les exhortations et les interdits du maître pour se tenir, comme le narrateur de Réjean Ducharme, à mille milles de l'institution : « À chacun sa manière d'être juriste. Nul ne doit se sentir limité dans sa recherche scientifique ou dans sa quête du bon droit par la vision du monde ou la mentalité qui prévaut dans sa société d'appartenance. Le centre de gravité de la juridicité postmoderne et postcoloniale n'est plus dans le système, mais dans le sujet, qu'il soit juriste ou même simple justiciable ». Je ne suis pas sûr de bien vous comprendre, dirait-il, mais cela ressemble à une fuite en avant dans la poursuite de la connaissance pour elle-même, ou, pire encore, pour soi-même. Ne craignez-vous pas que le comparatiste dialogal, métissé ou cosmopolite que vous appelez de vos vœux, éprouve plus souvent qu'à son tour le désarroi de l'apatride et la déréliction de celui qui se demande à qui d'autre que lui-même peuvent bien servir les jeux de l'esprit auxquels il prend plaisir?

Entre les réflexes contraires du mimétisme et du solipisme, la troisième attitude tendrait à *garder en mémoire l'engagement exemplaire* de ce prédécesseur dans la communauté juridique de son époque. Il n'eut pas la prétention de penser que rien de ce qui l'avait précédé n'avait de valeur pour l'avenir. Il eut l'ambition d'exercer une influence personnelle sur l'évolution des choses. Le fait est qu'il a réussi à faire une différence, raison pour laquelle nous lui rendons hommage ce soir. Quel que soit notre engagement personnel, quelles qu'en soient la finalité et la méthode, nous sommes tous des successeurs à qui il incombe de « faire société » à notre tour, dans la situation qui est la nôtre : « Différents du maître, mais pas au point de confondre le droit et la littérature ». Pour ma part, dirait-il, j'avoue avoir ressenti comme des moments de grâce ces occasions où le législateur a fait évoluer le droit dans la direction que j'avais indiquée. Ce sont des moments de pur bonheur que je souhaite à tous²³.

voie : *Jurisprudence. Revue critique*, Chambéry, Université de Savoie, Lextenso Editions, 2010 et 2011.

23. Citant l'article 1375 du *Code civil du Québec* qui impose le respect de la bonne foi dans la naissance, l'exécution et l'extinction de l'obligation, no-

* * *

Ma conclusion sera très courte et je ne veux pas rester seul pour résumer cet hommage au maître dont notre communauté doit désormais assumer l'absence. Je vous invite à vous lever pour porter un toast à sa mémoire :

En souvenir de Paul-André Crépeau, dans l'honneur,
en toute reconnaissance et avec fierté. SALUT!

tamment en matière contractuelle, le professeur Crépeau ajoute : « Ce sont-là des moments de grâce dans l'évolution du droit civil québécois, notamment pour deux raisons. Tout d'abord, le Québec, suivant en cela les recommandations de l'Office de révision du Code civil et un fort mouvement jurisprudentiel, a renoué avec son passé : une tradition civiliste séculaire que la Codification de 1866, à l'époque où triomphait le libéralisme économique, avait abandonnée et oubliée. [...] Une deuxième raison de se réjouir de cette évolution spectaculaire du droit civil résulte de ce que le Québec s'insère dans une mouvance internationale qui vise à moraliser le droit contractuel », préc., note 8, p. 48 et 52.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : COMMENT ENSEIGNER ET ÉTUDIER LE DROIT COMPARÉ?
UNE PROPOSITION

Auteur(s) : Thomas KADNER GRAZIANO

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 1-2

Pages : 61-87

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10207>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10207>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

COMMENT ENSEIGNER ET ÉTUDIER LE DROIT COMPARÉ? UNE PROPOSITION

par Thomas KADNER GRAZIANO*

Le droit comparé est aujourd'hui une discipline bien établie. Cependant, parmi les enseignants, persistent des incertitudes concernant le contenu du cours de droit comparé ainsi que la méthode d'enseignement. La contribution suivante analyse d'abord les exigences pratiques pour les comparatistes d'aujourd'hui, afin d'en déduire ensuite des conséquences pour l'enseignement de la matière. L'auteur expose l'enseignement d'une méthode multilatérale et supranationale de droit comparé. Il propose d'enseigner cette méthode à l'aide de cas pratiques et d'une approche de learning by doing. Finalement, les atouts et les multiples avantages de cette méthode d'enseignement pour les étudiants seront soulignés.

Although comparative law has become a well-established discipline, there remain some uncertainties among teachers in relation to teaching methods as well as to the actual content of comparative law courses. This article analyzes the practical requirements facing today's comparatists and draws conclusions regarding the teaching of this subject. The writer describes a teaching approach based upon a multilateral and supranational comparative method. He proposes using scenarios drawn from domestic and foreign cases, thereby adopting a "learning by doing" approach. The writer concludes by delineating the various advantages of this method for students of comparative law.

*. Professeur ordinaire au Département de droit international privé et Directeur du Programme "Certificat de droit transnational (CDT), Université de Genève.

SOMMAIRE

I.	Introduction et point de départ	63
II.	Exigences pratiques : de la méthode nationale et bilatérale à une méthode multilatérale et supranationale de droit comparé	67
	A. Objectif : Permettre la résolution éclairée d'un problème juridique dans le contexte national ou international en connaissant les solutions possibles ainsi que leurs avantages et inconvénients respectifs	71
	B. Trois exemples pratiques.....	72
III.	Comment enseigner et apprendre le droit comparé? -- Une proposition	77
	A. Connaissances méthodologiques	78
	B. Combiner micro- et macro-comparaison.....	83
	C. Défis linguistiques	84
IV.	Bénéfices de l'approche proposée	84

« En lisant chaque auteur, je me fis une loi d'adopter et suivre toutes ses idées sans y mêler les miennes ni celles d'un autre, et sans jamais disputer avec lui. Je me dis, commençons par me faire un magasin d'idées, vraies ou fausses, mais nettes, en attendant que ma tête en soit assez fournie pour pouvoir les comparer et choisir. »¹

Jean-Jacques ROUSSEAU

I. Introduction et point de départ

Publier dans une revue canadienne des réflexions portant sur l'enseignement du droit comparé comporte un risque considérable de *carry coals to Newcastle* (ou de vouloir apporter du sirop d'érable au Canada). Il convient donc d'abord de préciser que les réflexions suivantes sont basées sur des expériences de l'enseignement du droit comparé tel qu'il est pratiqué en Europe.

Le droit comparé est aujourd'hui une discipline bien établie². Cependant, parmi les enseignants de cette discipline, il semble persister une incertitude concernant le *contenu* du cours de droit comparé ainsi que la *méthode d'enseignement*. Herbert

1. *Œuvres complètes* (éd. établie par Marcel RAYMOND), coll. Bibliothèque de la Pléiade, Paris, Gallimard, 1959-95, vol. 1, « Les Confessions VI », p. 237.

2. Pour la situation du droit comparé en Europe, voir Ewoud HONDIUS, « Comparative Law in the Court-Room : Europe and America Compared », dans Andrea BÜCHLER and Markus MÜLLER-CHEN, *Festschrift für Schweizer*, vol. 1, Bern, Stämpfli, p. 759 : « The increasing legal co-operation within Europe has led to a growing awareness of foreign law. »; *id.*, p. 765 : « From an esoteric elective course, Comparative Law has developed into a mainstream subject. »; Mathias REIMANN, « The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century », (2002), 50 *Am. J. Comp. L.* 671, p. 691-92 et *infra*, note 20; voir aussi Ralf MICHAELS, « Im Westen nichts Neues? 100 Jahre Pariser Kongress für Rechtsvergleichung – Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans », (2002) 66 *RabelsZ*, 97, p. 112 : « le droit comparé est *en vogue* » (« Rechtsvergleichung ist *en vogue* »).

Bernstein a constaté dans les années quatre-vingt du siècle passé : « Dans aucune autre discipline [...] ne règne une telle incertitude qu'en droit comparé quant aux méthodes d'enseignement ainsi qu'au contenu des cours »³. Mathias Reimann, comparatiste de l'Université du Michigan à Ann Arbor, a écrit il y a quelques années :

While comparative law has been a considerable success in terms of producing a wealth of knowledge, it has [...] failed to mature into an up-to-date, well-defined, and coherent discipline⁴. [...] [C]omparatists still have no overall theoretical framework explaining what kind of "law" to compare for what purpose, what to prove or disprove through comparison, and, most embarrassingly, how exactly to go about it⁵.

D'autres auteurs ont constaté un manque d'ouvrages et de recueils de cas pratiques destinés à un enseignement moderne⁶ de

-
3. Traduit de l'allemand : « An den deutschen Universitäten wird kein Lehrgebiet durch eine so große Divergenz in den Methoden des Unterrichts und der Auswahl des Vortragsstoffes verunsichert wie die Rechtsvergleichung. » (Konrad ZWEIGERT, Herbert BERNSTEIN, Ulrich DROBNIG et Hein KÖTZ (dir.), *Festschrift für Konrad Zweigert zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1981, p. 507.)
 4. M. REIMANN, préc., note 2, p. 686. Il poursuit : « Witness, for example, the structure and content of our standard books. They usually begin by talking about the character, history, goals, benefits, and tools of comparative law; almost suddenly, they lay these matters completely aside and launch into descriptions of legal families and traditions; then they add discussions of particular substance topics, and, along the way, they provide a fair amount of information about foreign law. The unifying theme in all this is hard to see. [...] When comparatists reiterate their standard lists of their subject's necessity, purposes, tools, and benefits, these mantras are so imprecise and long as to be virtually all-inclusive. The only agreement, it seems, is that anything goes, a few basic prohibitions aside». Voir aussi la critique de R. MICHAELS, préc., note 2, p. 106.
 5. M. REIMANN, préc., note 2, p. 689.
 6. Traditionnellement, une partie importante du cours général de droit comparé est dédié aux grands systèmes de droit. Dans cette partie sont présentés, souvent *ex cathedra*, les anciennes « familles de droit » ou, dans une vision plus moderne, les différentes cultures ou traditions juridiques, leurs origines historiques et leurs particularités. Ceci correspond

la matière⁷. Une collègue a écrit sur la situation aux États-Unis : « recent efforts to give comparative law a facelift are directed more towards scholars than classroom teachers. They bring to mind Roscoe Pound's insistence that this is a discipline for academics and legislators, not for law school class »⁸. Antoine Bullier, comparatiste à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, a constaté récemment que, pour les étudiants et futurs juristes, il ne serait souvent pas évident que l'emploi de la méthode comparative

à la structure des grands ouvrages de droit comparé qui consacrent une partie substantielle à la comparaison « macro-juridique » (*infra*, note 11). Ensuite, dans une partie spéciale du cours, sont souvent présentées et analysées quelques questions ou institutions du droit étranger particulièrement intéressantes, qui varient selon les intérêts de l'enseignant et selon le pays dans lequel le cours est dispensé. L'enseignement comparatif se focalise souvent encore sur l'ordre juridique de l'enseignant qui sera comparé avec un ou plusieurs des représentants principaux des anciennes « familles de droit », c'est-à-dire le droit français, allemand, anglais ou états-unien. Le *travail actif* des étudiants avec la méthode comparative est souvent encore limité à des cours spécialisés s'adressant à un nombre restreint d'étudiants. – Depuis les années 1990, suite à l'intégration économique et politique de l'Europe, les cours classiques de droit comparé ont cédé de plus en plus la place à des cours portant sur le droit privé européen, notamment en Belgique, aux Pays-Bas et au Luxembourg. D'autres cours portent sur des matières spécifiques enseignées dans une perspective comparative, tel que « Droit constitutionnel comparé », « Droit contractuel comparé », « Comparative Commercial Law », ou encore « Comparative Company Law », pour n'en nommer que quelques-uns particulièrement représentatifs. Des enseignements de la méthode comparative/*comparative methodology* sont encore rares. Pour plus d'informations sur l'enseignement du droit comparé dans les différents pays, voir James GORDLEY, « Comparative Law and Legal Education », (2000-01) 75 *Tul. L. Rev.* 1003; Hein KÖTZ, « Comparative Law in Germany Today », (1999) *RIDC* 753. – Pour une autre approche, innovante, voir la proposition de Michael P. WAXMAN, « Teaching Comparative Law in the 21st Century: Beyond the Civil/Common Law Dichotomy », (2001) 51 *J. Leg. Ed.* 305.

7. Voir Edith FRIEDLER, « Essay : Shakespeare's Contribution to the Teaching of Comparative Law – Some Reflections on *The Merchant of Venice* », (2000) 60 *Louisiana Law Review* 1087 et note 2. [Proposals for] « new approaches to comparative law [...] contain exciting ideas about new ways to look at comparative law, but a case book or other teaching tool has yet to materialize as a result of these efforts. ».
8. E. FRIEDLER, préc., note 7.

puisse mener à des résultats immédiats et tangibles et que des connaissances de droit comparé puissent avoir un véritable rendement⁹. À ces doutes s'ajoutent de nouveaux défis issus de la mobilité accrue des personnes ainsi que de l'internationalisation du commerce et du droit. Michael Waxman a remarqué à ce propos : « [T]he inexorable shift to transnational and global legal practice demands a comparable shift in our methods of teaching comparative law »¹⁰.

Il y a donc lieu de réfléchir au contenu du cours général de droit comparé et à la méthode d'enseignement. En effet, d'une part, et à l'exception de quelques données de base¹¹, en ce qui concerne l'enseignement du droit comparé, il n'y a pas de parcours de connaissances prédéfini que tout étudiant est censé avoir accompli à la fin de ses études. Le contenu du cours de droit comparé ainsi que la méthode employée sont laissés à l'appréciation de l'enseignant – qui dispose à cet égard d'une grande liberté pédagogique. D'autre part, se présente le défi de faire des choix par-

-
9. Antoine BULLIER, « Le droit comparé dans l'enseignement – Le droit comparé est-il un passe-temps inutile? », (2008) 85 *RDIC* 163, p. 164 : « cette matière souffre d'un déficit d'image [...] Les juristes sont avant tout des internistes. Ils veulent donner des solutions immédiates et tangibles à leurs étudiants ou clients. La spéculation intellectuelle, si elle est appréciée, ne correspond plus à un monde où l'efficacité et le rendement sont considérés comme essentiels et aller voir ailleurs relève de la curiosité intellectuelle comme pour les digressions élégantes et stimulantes de la philosophie ou de la théorie générale du droit ».
10. M. P. WAXMAN, préc., note 6.
11. En font partie, au niveau de la macro-comparaison, notamment les grands systèmes de droit et les différentes cultures et traditions juridiques, leurs origines historiques et leurs particularités. Voir notamment Konrad ZWIEGERT et Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law* (trad. Tony WEIR), 3^e éd., Oxford, OUP, 1998 (*Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 1996); René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002; Antonio GAMBARO et Rudolfo SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, 3^e éd., Turin, 2008; Antonio GAMBARO, Rudolfo SACCO et Louis VOGEL, *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, Paris, 2011; Gilles CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2011; innovateur et très inspirant : Patrick GLENN, *Legal Traditions in the World – Sustainable Diversity in the Law*, 4^e éd., Oxford, OUP, 2010.

mi le matériel étranger et comparatif et de trouver une méthode d'enseignement qui correspond aux besoins des étudiants et permet de les préparer aux exigences de leur future pratique.

Pour traiter de la question de savoir comment enseigner le droit comparé et quel but poursuivre, il paraît opportun d'analyser d'abord quelles sont les *exigences pratiques* pour les comparatistes aujourd'hui (II) pour ensuite en tirer des *conséquences pour l'enseignement* de la matière (III).

II. Exigences pratiques : de la méthode nationale et bilatérale à une méthode multilatérale et supranationale du droit comparé

Le droit comparé a toujours été indispensable pour toute tentative d'uniformisation ou d'harmonisation du droit. Il a aussi toujours été pratiqué dans le but d'étudier les différentes cultures juridiques, de remettre en question ou de mieux connaître et améliorer son propre droit national, d'élargir son horizon, ou encore de découvrir des notions de justice dépassant les frontières (le droit comparé est utilisé ici en tant qu'*école de vérité*)¹².

Pendant une grande partie du 20^e siècle, lorsque les juristes européens ont employé la méthode comparative, leur *point de départ* et *de référence* a souvent été *un seul ordre juridique*, celui de leur pays d'origine. Souvent le but de la comparaison était de combler des lacunes de ce droit national, de l'améliorer ou de le réformer. L'ordre juridique avec lequel ce droit était comparé était traditionnellement choisi parmi les grands représentants des anciennes « familles de droit », c'est-à-dire le droit français, le droit allemand et la *common law* (droit anglais ou droit états-unien notamment). Parfois, le choix a également été porté sur le droit suisse. On pourrait appeler cette méthode traditionnelle, employée dans le but d'améliorer un seul droit national, l'approche *natio-*

12. R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, préc., note 11, n° 3 et suiv.; Konrad ZWEIGERT et Hein KÖTZ, préc., note 11, p. 12 et suiv.

nale¹³ et bilatérale de droit comparé. On trouve cette approche aujourd'hui encore dans de nombreuses thèses de droit comparé.

L'approche nationale et bilatérale de droit comparé est toujours pertinente pour certaines recherches comparatives. Cependant, ces dernières années, d'autres objectifs du droit comparé ont pris de l'importance et l'horizon de la comparaison s'est élargi.

Un premier changement concerne les ordres juridiques qui sont à prendre en considération lors de la comparaison (ceci même si la comparaison est effectuée dans le but traditionnel d'améliorer un seul droit national). Les grandes codifications des ordres juridiques qui ont marqué toute une « famille de droit », comme notamment le Code civil français ou le BGB allemand, ont pris de l'âge et les différences entre les principaux représentants des « familles de droit » et les autres membres de ces anciennes familles se sont aujourd'hui considérablement accentuées sur de nombreux points. Vlad Constantinescu a constaté déjà au début des années quatre-vingt-dix du siècle dernier : « En effet, il est évident que certains membres des familles de droit peuvent évoluer au point que le comparatiste est obligé de les inclure eux aussi dans la comparaison »¹⁴. Ceci est le cas par exemple des droits italien, espagnol, belge et, en particulier, depuis la réforme du *Burgerlijk Wetboek*, du droit néerlandais, qui se sont tous distancés du droit français; c'est également le cas des droits suisse et autrichien par rapport au droit allemand. Certains États ont mis en vigueur, ces

-
13. Voir R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, préc., note 11, n° 16 et suiv.; Konrad ZWEIGERT et Hein KÖTZ, préc., note 11, p. 29; Hein KÖTZ, « Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung », (2002) *Juristen-Zeitung* 257, p. 259; Gian-Paolo ROMANO parle d'une « comparaison [...] nationaliste, puisqu'elle sert la cause du seul législateur national qui la pratique » (« Les justiciables face à la comparaison des droits : vers la démocratisation d'un droit savant », dans Eleanor CASHIN RITAINE, Laetitia FRANCK et Shaheez LALANI (dir.), *Legal Engineering and Comparative Law*, t. 1, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2008, p. 95, page 101).
14. Vlad CONSTANTINESCU, *Rechtsvergleichung, Bd. 2: Die rechtsvergleichende Methode*, Köln, Heymann, 1972, p. 50 (trad. de l'allemand) : « Tatsächlich ist es offensichtlich, dass manche abgeleiteten Rechtsordnungen einen Stand der Originalität erreichen können, der den Vergleichler zu ihrer unmittelbaren Untersuchung verpflichtet. »

dernières années, des codifications modernes, issues d'importants travaux comparatifs, avec des dispositions qui sont souvent plus nuancées que celles des principaux représentants des anciennes « familles de droit »¹⁵. La jurisprudence de ces pays a aussi suivi ses propres chemins à bien des égards¹⁶. Par conséquent, dans de nombreux domaines, il est difficilement justifiable de concentrer la comparaison sur les principaux représentants des anciennes familles qui n'offrent plus forcément les solutions les plus modernes et stimulantes pour la comparaison. Il faut donc *élargir l'horizon de la comparaison*. De plus, ces dernières années, des règles (ou principes) de droit non étatiques basées sur d'importantes recherches comparatives ont été présentées. Afin d'éviter de toujours devoir *réinventer la roue*, ces règles non étatiques doivent, aujourd'hui, également être intégrées à la comparaison.

Pour pouvoir gérer une telle multitude d'informations, la méthode nationale et bilatérale de droit comparé est inappropriée. Tout au contraire, il est nécessaire de remplacer l'approche bilatérale par une méthode multilatérale qui permet de bénéficier de cette diversité et de cette multitude d'informations.

15. Voir, pour n'en citer que quelques exemples, en Europe : le *Code civil néerlandais* (le *Burgerlijk Wetboek*) de 1992 ou les codifications récentes des pays baltes; dans d'autres régions du monde, notamment le *Code civil du Québec* de 1994, ou encore le *Contract Act* chinois de 1999, qui est largement inspiré par les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international.

16. En effet, les « Principes du droit européen du contrat » ainsi que le « Cadre commun de référence » de 2009 ne suivent souvent pas les solutions traditionnelles connues des représentants principaux des anciennes familles de droit, mais ont choisi des solutions plus nuancées qui s'inspirent de celles que l'on trouve dans les pays de petite ou moyenne taille; ils confirment ainsi l'importance des solutions en vigueur dans ces pays; pour des exemples, voir Thomas KADNER GRAZIANO, « L'europanisation du droit privé et de la méthode comparative - Étude de cas », (2004) *RSDIE* 233; Thomas KADNER GRAZIANO, « Introduction à la méthode comparative », dans: Th. KADNER GRAZIANO (dir.), *Le contrat en droit privé européen - Exercices de comparaison et d'harmonisation*, 2^e éd., Bâle/Bruxelles/Paris, Helbing Lichtenhahn, 2010, à la page 5.

Un deuxième changement est dû à l'internationalisation, voire à la mondialisation du commerce et de la pratique juridique¹⁷. Il n'est plus rare pour le comparatiste de se trouver face à des situations où il est nécessaire de mettre en évidence toute une palette de solutions en vigueur dans les différents ordres juridiques pour un même problème juridique, afin de pouvoir bénéficier des expériences qui ont été faites dans les différentes juridictions ou encore de découvrir des principes communs de droit qui existent à travers l'Europe ou d'autres régions du monde¹⁸. La méthode nationale et bilatérale de droit comparé est, ici aussi, inappropriée. Tout au contraire, la capacité d'effectuer une comparaison multilatérale est nécessaire.

Troisièmement, des projets de nombreux groupes de chercheurs ont vu le jour poursuivant le but de découvrir des « principes communs » de droit et de renouveler un *Ius Commune Europaenum*¹⁹, voire même de trouver des principes à vocation mondiale. Parmi les résultats de ces travaux, on peut citer les Principes du droit européen des contrats, les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, le Projet de cadre commun de référence et ensuite le Projet de code européen des contrats, les Principes du droit européen de la responsabilité civile extracontractuelle, les Principes du droit européen de la famille, les Principes du droit européen du trust ou encore les Principes de procédure civile transnationale, pour ne citer que les résultats les plus éminents de ces projets. Matthias Reimann a écrit par rapport à ces travaux et initiatives :

In Western Europe, comparative legal studies have [...] gained a momentum and a significance unprecedented in the last hundred years. [...] From an American perspective, one may [...] look across the Atlantic with envy these

-
17. Avec, comme conséquence, la « necessity of collaboration amongst jurists of all traditions in the resolution of many problems in the world. [...] [T]here now appears to be no area of law free of the possibility of extra-jurisdictional complication. » (P. GLENN, préc., note 11, p. xxvi.)
18. *Infra*, les exemples de la section B.
19. H. KÖTZ, préc., note 13, p. 259 et 264.

days. Comparative law in Europe is a hot topic. It is practically relevant, self-confident, and enjoys a high profile²⁰.

Lors de ces travaux, l'ordre juridique national n'est plus le point de référence pour la recherche comparative. Au contraire, ces groupes pratiquent une méthode comparative multilatérale par excellence.

Afin de pouvoir travailler avec tant d'informations et d'effectuer une comparaison multilatérale, il est nécessaire que le comparatiste adopte, dès le début de son analyse, une vision selon laquelle la solution présentée à une question de droit par chaque ordre juridique a, en principe, la même valeur. En étudiant les différents droits, le comparatiste doit se faire « une loi d'adopter et suivre toutes [les approches] sans y mêler les [s]iennes ». Il doit se « faire un magasin d'idées [...] nettes, en attendant que [sa] tête en soit assez fournie pour pouvoir les comparer et choisir »²¹. Pour atteindre cette objectivité, il est nécessaire d'abandonner le point de vue national et d'adopter une *perspective à vol d'oiseau* par rapport aux objets de la comparaison, ou, en d'autres termes, il doit adopter une perspective *supranationale* de droit comparé.

A. Objectif : Permettre la résolution éclairée d'un problème juridique dans le contexte national ou international en connaissant les solutions possibles ainsi que leurs avantages et inconvénients respectifs

Le but du recours à une méthode multilatérale et à une perspective supranationale de droit comparé n'est pas nécessairement l'harmonisation du droit sur le plan international. La méthode multilatérale permet de travailler avec de nombreux ordres juridiques dans le but d'identifier la solution la plus convaincante. Les solutions identifiées grâce à cet effort comparatif pourraient, par exemple, être introduites dans une législation nationale ou internationale, ou elles pourraient servir de source d'inspiration

20. M. REIMANN, préc., note 2, p. 691-92.

21. J.-J. ROUSSEAU, préc., note 1, p. 237.

pour la jurisprudence nationale²² ou internationale²³. La méthode de recherche comparative multilatérale est la même, qu'elle soit employée par un juge ou un législateur sur un plan national ou international²⁴. Pour résoudre un problème juridique donné, cette méthode révèle plusieurs (idéalement toutes) les solutions possibles ainsi que leurs avantages et inconvénients respectifs et permet ainsi de faire un choix éclairé.

B. Trois exemples pratiques

La palette de situations qui exigent une méthode multilatérale et supranationale de droit comparé est vaste : elle s'étend à des situations qui soulèvent des questions fondamentales de droit privé jusqu'aux grands conflits armés de notre époque. Examinons d'abord trois exemples pratiques qui exigent une approche multilatérale de droit comparé dans une perspective supranationale. Ensuite, il sera possible de réfléchir aux conséquences que ce changement de perspective pourrait avoir pour l'enseignement du droit comparé.

1. Dans le premier exemple, une fille de six ans est admise à l'hôpital. Les médecins, par négligence, tardent à pratiquer les examens nécessaires. Quand ces examens sont finalement effectués, une tumeur au cerveau est diagnostiquée. La fille est opérée, mais souffre de lésions irréversibles. Elle demande des dommages-intérêts aux médecins. La question se pose de savoir si la faute des médecins a été la cause des lésions irréversibles.

-
22. Par exemple, pour remplir une lacune du droit national, pour affronter un nouveau problème, ou pour trouver du soutien lors d'un changement de la jurisprudence nationale; voir l'exemple donné par le cas australien soulevant la question de la « perte de chance », *infra*, section B.1. Pour un aperçu des buts de l'emploi de la méthode comparative dans la jurisprudence, voir Th. KADNER GRAZIANO, « Est-il légitime de comparer? », préc., note 16, p. 35 et suiv.
23. Par exemple dans un but d'harmonisation du droit, de son unification ou lors de l'interprétation comparative du droit international, voir nos deuxième et troisième exemples, *infra*, sections B.2 et 3.
24. Le justiciable peut, lui aussi, en bénéficier; voir à ce sujet G.-P. ROMANO, préc., note 13.

Ce cas a été porté devant les tribunaux australiens. Selon la *common law* australienne, il était exigé que la fille établisse qu'il était « more probable than not » que le dommage aurait pu être évité sans la négligence des médecins. La fillette n'a pas pu satisfaire ce test. La faute des médecins l'a pourtant privée d'une *chance* d'éviter certaines lésions. Ce cas a soulevé, pour la première fois en droit australien, la question de savoir s'il était possible de demander des dommages-intérêts pour la « perte de chance » ou « loss of a chance »²⁵. Lors de cette procédure devant la *High Court of Australia*, les juges ont demandé aux avocats de présenter les solutions au problème trouvées dans d'autres ordres juridiques, notamment aux États-Unis, en Angleterre, au Canada et dans les juridictions sur le continent européen.

Dans ce premier exemple, la comparaison était employée dans un *but classique* qui est de trouver de l'inspiration pour répondre à une question soulevée *dans le cadre d'un droit national*. Pourtant, pour effectuer la recherche exigée par la Cour, les avocats et les experts de droit comparé ont dû analyser et comparer non pas deux ou trois, mais un grand nombre d'ordres juridiques sur le plan mondial. Pour pouvoir gérer une telle multitude d'informations et de solutions dans la plus grande objectivité possible, il fallait maîtriser une méthode multilatérale et adopter, lors de la comparaison, une vision supranationale de droit comparé²⁶.

25. *Tabet v. Gett* [2010] High Court of Australia 12 (21 avril 2010), disponible sous <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2010/12.html> (dernière consultation : 20/03/2013).

26. Pour des études comparatives en cette matière, voir, avec de nombreuses références, Thomas KADNER GRAZIANO, « 'Alles oder nichts' oder anteilige Haftung bei Verursachungszweifeln – Zur Haftung für 'perte d'une chance' und eine Alternative. Urteile des schweizerischen Bundesgerichts vom 13.6.2007, des belgischen Hof van Cassatie vom 5.6.2008, des Supreme Judicial Court of Massachusetts vom 28.7.2008 und des High Court of Australia vom 21.4.2010 mit Anmerkung und einem Lösungsvorschlag », *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 2011 p. 171-200; « Loss of a Chance in European Private Law - "All or nothing" or partial liability in cases of uncertain causation », (2008) 16 *European Review of Private Law (ERPL)* 1009; « La "perte d'une chance" en droit privé européen : "tout ou rien" ou réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine », dans Christine CHAPPUIS et Bénédicte WINIGER

Des comparaisons multilatérales d'une telle ampleur ne sont pas limitées à la pratique des tribunaux australiens. Au Royaume-Uni, dans la jurisprudence de la *House of Lords* (ou, depuis 2009, de la *Supreme Court*), environ un quart à un tiers des arrêts rendus depuis 1995 recourent à la méthode comparative²⁷. Tout comme dans l'arrêt de la *High Court of Australia*, la jurisprudence anglaise limite rarement sa comparaison à un seul ordre juridique étranger; bien au contraire, les tribunaux cherchent de l'inspiration dans un nombre d'ordres juridiques étrangers aussi large que possible. Depuis environ 1995, la *House of Lords* inclut dans la comparaison non seulement des ordres juridiques appartenant à la tradition de la *common law*, mais aussi des ordres juridiques de tradition continentale. Ces recherches sont effectuées notamment dans le but de savoir s'il existe des principes communs sur le plan international qui pourraient ensuite servir de source d'inspiration lors de la solution d'un problème en droit anglais²⁸.

2. Le deuxième exemple concerne le droit international public : un État occupe des terrains voisins. En violation du droit international, des colonies sont construites dans les territoires occupés et des infrastructures y sont créées. Après plusieurs décennies, l'État occupant se retire des territoires occupés. La ques-

(dir.), *Les causes du dommage*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2007, p. 217-248.

27. Voir Marie NOUNCKELE, « De la légitimité de la comparaison par les juges. Etude de la jurisprudence de la House of Lords de 1996 à 2005 », *Revue de droit international et de droit comparé* (à paraître).

28. Voir notamment Lord BINGHAM dans l'arrêt *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd*, [2002] 3 All ER 305, à la page 334 (House of Lords, 20/06/2002) : « The law must be developed coherently, in accordance with principles so as to serve, even-handedly, the ends of justice. If, however, a decision [...] offends one's basic sense of justice, and if consideration of international sources suggests that a different and more acceptable decision would be given in most other jurisdictions, whatever their legal tradition, this must prompt anxious review of the decision in question. In a shrinking world [...] there must be some virtue of uniformity of outcome whatever the diversity of approach in reaching that outcome. »

tion se pose de savoir quelles sont les obligations de l'État occupant par rapport aux colonies et infrastructures créées.

La question s'est présentée lors du retrait d'Israël de la Bande de Gaza. Elle devait être résolue en application de la Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907²⁹ ainsi que de la quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre de 1949³⁰. Selon l'article 55 de la Convention de La Haye de 1907, l'État occupant est considéré comme *usufruitier* des territoires occupés. Or, il n'existe aucune jurisprudence internationale précisant cette disposition. En revanche, les ordres juridiques nationaux qui ont servi de modèle pour l'article 55 de la Convention de La Haye de 1907 connaissent des dispositions détaillées sur l'usufruit ainsi qu'une riche jurisprudence interprétant les droits et les devoirs de l'usufruitier.

Là encore, une comparaison multilatérale d'un nombre aussi important que possible d'ordres juridiques connaissant la notion d'usufruitier offrait des perspectives intéressantes dans la recherche d'une solution appropriée. Dans ce deuxième exemple concernant l'interprétation du droit international, il était dès le départ exclu de prendre un seul ordre juridique national comme point de référence pour la comparaison. Lors de l'interprétation du droit international, la perspective pour la comparaison est nécessairement multilatérale et supranationale.

3. Le troisième exemple concerne la demande de dommages-intérêts la plus importante qui ait jamais été présentée en droit jusqu'ici : en violation du droit international, un État a envahi un autre État et y a causé d'énormes dégâts. Une force internationale est intervenue et a obligé le premier État à se retirer des territoires occupés. Une fois la guerre terminée, l'État qui a été envahi ainsi que des États voisins ont réclamé de l'État occupant la réparation des préjudices subis lors de cette guerre.

29. En particulier les articles 42 à 56 de la Convention de La Haye.

30. En particulier la section III de la Convention de Genève.

Dans le cas d'espèce, il s'agissait de l'invasion du Koweït par l'Iraq lors de la guerre du Golfe de 1990-91. Le cas a été porté devant le Conseil de sécurité des Nations Unies qui a institué un organe subsidiaire, la Commission d'indemnisation des Nations Unies, établie en 1991 au siège européen des Nations Unies à Genève³¹. Selon le règlement établi pour cette procédure, l'État occupant était tenu d'indemniser les États voisins ainsi que leurs ressortissants, et ceci notamment au titre des atteintes à la santé subies par ces derniers. Le règlement ne précisait cependant pas dans le détail à quelles conditions les États voisins pouvaient réclamer une compensation pour des dommages subis à distance par leurs ressortissants (par exemple, pour les frais de traitement liés au syndrome de stress post-traumatique, *PTSD*).

Pour résoudre ce problème, il était nécessaire de procéder à une comparaison multilatérale et d'adopter une perspective nécessairement supranationale. Le but était de rechercher s'il existait, dans les différents systèmes de responsabilité délictuelle du monde, des principes juridiques communs quant au dédommagement pour le dommage subi à distance. De tels principes communs pouvaient ensuite servir de source d'inspiration pour guider la Commission des Nations Unies dans sa décision.

Il existe encore d'innombrables autres situations qui exigent une comparaison multilatérale dans une perspective supranationale : ainsi, dans l'Union européenne, lors de la préparation de chaque grand projet de législation, la Commission européenne exige des travaux préparatoires comparatifs prenant en considération les ordres juridiques des 27 États membres de l'Union. Pour la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des Droits de l'Homme, la comparaison multilatérale est un travail quotidien³². On pourrait citer encore les travaux de l'Institut in-

31. <http://www.uncc.ch> (dernière consultation : 20/03/2013).

32. L'exemple cité ci-dessus, issu de la jurisprudence australienne, ainsi que de nombreux arrêts anglais, illustrent bien que la méthode comparative multilatérale peut très bien être utilisée également par des tribunaux nationaux, lors de l'interprétation du droit interne. – En réponse à ces exigences pratiques, des recherches comparatives multilatérales, effectuées

ternational pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), les travaux des différents groupes de recherche européens sur des principes communs du droit européen, mentionnés ci-dessus³³, ou les innombrables projets de législation nationale qui ont été précédés de vastes recherches comparatives multilatérales. Enfin, dans une dimension plus modeste : toute éléction de droit dans un contexte international, par exemple lors de la conclusion d'un contrat international, peut créer le besoin d'une comparaison multilatérale et supranationale dans le but d'identifier le système le plus approprié pour régir le cas d'espèce.

III. Comment enseigner et apprendre le droit comparé? – Une proposition

Ces exigences pratiques sur le plan national et international ont des répercussions sur le droit comparé et sur son enseignement. La question se pose de savoir comment préparer les étudiants d'aujourd'hui, qui seront les juristes et juges de demain, aux défis que présentent ces situations ainsi que l'internationalisation du droit et du travail du juriste. Comment

dans une perspective supranationale, sont actuellement publiées en Europe, voir notamment : Christian VON BAR et Eric CLIVE (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Munich, Sellier, 2009; Bénédicte WINIGER, Helmut KOZIOL, Bernhard KOCH et Reinhard ZIMMERMANN (dir.), *Digest of European Tort Law*, vol. 1, "Essential Cases on Natural Causation", Vienne/New York, Springer, 2007; B. WINIGER, H. KOZIOL, B. KOCH et R. ZIMMERMANN (dir.), *Digest of European Tort Law*, vol. 2, "Essential Cases on Damage", Berlin, De Gruyter, 2011; voir aussi les nombreuses publications du *European Center for Tort and Insurance Law (ECTIL)*, <http://www.ectil.org> : Publications.

33. Voir notamment les travaux des groupes ou institutions suivants : « Commission pour le droit européen du contrat », « Society of European Contract Law (Secola) », « Groupe d'étude sur un *Code civil européen* », « Académie des privatistes européens », « Groupe de Trento » cherchant un *Common Core of European Private Law*, « European Groupe on Tort Law », « European Center for Tort and Insurance Law (ECTIL) », « International Working Group on European Trust Law », « Commission on European Family Law », « Working Group on the Approximation of the Civil Procedure Law », « International Working Group of European Insolvency Law » ou encore « CERP (Centrum für Europäisches Privatrecht) ».

pouvons-nous les préparer à une approche multilatérale et supranationale de droit comparé?

Une telle approche de droit comparé exige que les futurs comparatistes disposent de connaissances méthodologiques particulières (A), d'une connaissance des raisons des divergences entre les ordres juridiques (B), ainsi que de bonnes connaissances linguistiques (C).

A. Connaissances méthodologiques

La méthode multilatérale exige la capacité de travailler avec du matériel et des informations provenant de nombreux ordres juridiques à la fois. Une telle méthode ne s'acquiert pas de façon abstraite. Nous sommes, au contraire, persuadés que les capacités qu'exige cette méthode peuvent uniquement être apprises par une approche de *learning by doing*, c'est-à-dire par un travail actif des étudiants sur la base de situations pratiques³⁴.

34. Nous partageons pleinement la constatation de Denis TALLON selon laquelle « il est difficile d'enseigner une méthode dans l'abstrait. » (« Quel droit comparé pour le XXIème siècle? », (1998) 42 *Revue de Droit Uniforme* 704); voir aussi V. CONSTANTINESCO, préc., note 15 : « Nur wer selbst eine sich auf fremdes Recht erstreckende Untersuchung durchgeführt hat, wer sich selbst darum bemüht hat, die Geheimnisse fremder Rechte und ihrer Rechtsterminologie zu enträtseln, kann etwas Gütiges über die rechtsvergleichende Methode aussagen. Alle, die Rechtsvergleichung ohne Fremdsprachenkenntnisse und ohne die Kenntnis des fremden Rechts, d.h. ohne eigene rechtsvergleichende Studien betreiben und die sich nur auf rechtsvergleichende Monographien stützen, die andere Autoren in ihrer eigenen Sprache geschrieben haben, improvisieren lediglich über eine Sache, die sie nicht kennen. [...] Einzig und allein die persönliche Erfahrung in der Anwendung der rechtsvergleichenden Methode kann die wirklichen methodologischen Probleme aufdecken. Vorstellungskraft und Spekulation sind hier keine Hilfe. Die methodologischen Erkenntnisse, die durch persönliche Erfahrung erworben werden, sind eine Sache; die Vergleichung durch eine Zwischenperson ist eine andere ». Voir aussi R. MICHAELS, préc., note 2, p. 111 : « Über Nutzen und Berechtigung all dieser [theoretischen] Ansätze mag man geteilter Meinung sein. Vor allem fehlt bei allem theoretischen Niveau dieser neuen Ansätze häufig die Rückbindung an praktische Rechtsvergleichung. Kritiker herkömmlicher und Proponenten neuer Methoden

Pour enseigner la méthode multilatérale et supranationale, le droit des obligations, et notamment le droit contractuel, s'y prêtent particulièrement bien, étant donné la richesse du matériel que cette matière offre à la comparaison, à savoir :

- les droits nationaux;
- le droit international (en matière de vente : la Convention internationale sur la vente internationale des marchandises, CVIM);
- les principes de droit non étatiques (notamment les Principes du droit européen du contrat³⁵ et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international³⁶);
- ainsi que le projet du Cadre commun de référence (CFR) ou dorénavant la proposition d'un « Règlement relatif à un droit commun européen de la vente »³⁷.

L'ouvrage qui nous sert de base à l'enseignement à Genève³⁸ porte donc sur le droit contractuel comparé³⁹. Dans chaque

verzichten viel zu häufig darauf zu zeigen, wie ihre Methoden praktisch angewandt werden können und zu welchen – vielleicht neuen – Ergebnissen sie führen»; voir enfin E. HONDIUS, préc., note 2, p. 761 : « Much of the more theoretical writings on comparative law use language which is not quite the language which will appeal to a court considering to engage in comparative law. »

35. Commission pour le droit européen du contrat (dir.), *Principes du droit européen du contrat* (version française par Georges ROUHETTE et coll.), Paris, 2003.

36. UNIDROIT (Institut International pour l'unification du droit privé), *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, UNIDROIT, version de 2010, www.unilex.info.

37. http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/regulation_sales_law_en.pdf (dernière consultation : 20/03/2013).

38. À la Faculté de droit de l'Université de Genève, le cours de droit comparé a été, est ou sera enseigné par Christine CHAPPUIS, Bénédicte WINIGER, Gian-Paolo ROMANO et Thomas KADNER GRAZIANO. Il est offert au niveau du Master et dans le cadre du Certificat de droit transnational (CDT) qui s'adresse à des étudiants ayant suivi, avec succès, deux ans d'études de droit au moins; pour plus d'information : www.unige.ch/droit/transnational/index.html.

exercice de comparaison, un cas pratique issu de la jurisprudence des tribunaux d'Europe ou d'Amérique, qui soulève une question fondamentale du droit contractuel, sert de point de départ. Les exercices portent par exemple sur la question de savoir :

- si l'exposition d'une marchandise ou une publicité constitue une offre ou seulement une *invitatio ad offerendum*;
- si le contrat se forme, ou s'il peut être modifié, par la simple volonté des parties ou si d'autres exigences sont requises (telles qu'une « cause » ou une *consideration*);
- s'il y a l'obligation de maintenir une offre ou si l'offrant est libre de la révoquer;
- si des conditions générales, et dans l'affirmative lesquelles, sont intégrées au contrat en cas de « *battle of forms* ».

D'autres exercices portent :

- sur la question de savoir si et dans quelles conditions le créancier peut exiger l'exécution du contrat ou si la violation du lien contractuel se résume en une action en dommages-intérêts (question de la *specific performance*);
- sur le rôle de la faute du vendeur en cas de livraison d'une marchandise non conforme au contrat;
- sur la révision du contrat en cas de changement de circonstances;

39. Il s'agit de l'ouvrage de l'auteur de ces lignes : *Le contrat en droit privé européen – Exercices de comparaison*, 2^e éd., Bâle/Bruxelles/Paris, Helbing Lichtenhahn, 2010, 530 p.; disponible aussi en anglais, allemand et hongrois : *Comparative Contract Law – Cases, Materials and Exercises*, Basingstoke/New York, Palgrave Macmillan, 2009, 510 p.; *Europäisches Vertragsrecht – Übungen zur Rechtsvergleichung und Harmonisierung des Rechts*, Bâle/Genève/Munich, Helbing Lichtenhahn, 2008, 512 p.; et avec Janos BOKA : *Összehasonlító szerződési jog*, Budapest, Complex, 2010, 602 p.

- ou encore sur les conditions du transfert de la propriété de la chose vendue⁴⁰ et de l'acquisition de bonne foi d'un bien immobilier.

La première question dans chaque exercice invite les étudiants à *rechercher les solutions* du cas d'espèce appliquées dans les différents ordres juridiques nationaux et internationaux ainsi que dans les principes de *soft law* pour ensuite *résoudre les cas selon ces sources diverses*. Dans l'ouvrage utilisé pour le cours, les étudiants trouvent pour chaque cas pratique des informations sur le droit en vigueur dans une dizaine de pays environ, sur le droit uniforme en la matière et sur les règles de droit non étatiques. Le matériel comporte des dispositions légales ainsi que des extraits d'arrêts et de doctrine qui permettent de résoudre le cas selon ces différents systèmes de droit⁴¹. La diversité des lois et arrêts ainsi que la présentation du matériel, qui ne donne aucune priorité ou préférence à un ordre juridique particulier, amènent l'étudiant à prendre de la distance par rapport au droit de son propre pays et à adopter une vision supranationale⁴².

Dans un deuxième temps, l'étudiant est convié à *regrouper des solutions* qui se distinguent fondamentalement les unes des autres et à *les systématiser*. Ainsi, la complexité que présente la tâche de devoir travailler avec 10, voire 15 systèmes juridiques est concentrée, dans chaque exercice, sur trois ou quatre solutions qui sont fondamentalement différentes les unes des autres. L'étudiant est ensuite invité à *comparer ces solutions* et à identifier

40. D'autres exercices portent sur le droit applicable au contrat transfrontalier et sur l'avenir du droit européen des contrats.

41. Les auteurs de tels ouvrages de droit comparé portent la responsabilité d'assurer que le matériel fourni comporte toutes les données et informations nécessaires pour effectivement résoudre le cas dans les différents ordres juridiques respectifs.

42. Une des conséquences de cette approche est que l'ouvrage utilisé pour l'enseignement (*supra*, note 39) peut être sans problème utilisé dans différents pays (dans ses versions linguistiques anglaise, française, allemande ou hongroise). Il est, à ma connaissance, utilisé dans des universités en Suisse, en Allemagne, en France, aux Pays-Bas, en Angleterre, en Hongrie, en Lituanie, au Japon et à Taïwan.

d'éventuels principes communs concernant la question examinée. Lorsque les solutions divergent, l'étudiant est invité à analyser les arguments pour et contre les différentes approches et solutions et à *peser les intérêts* en présence, pour finalement *proposer une solution* qui lui semble la plus appropriée sur le plan national ou international.

Pour la plupart des exercices, le matériel fourni contient des informations sur les droits français, allemand, anglais, italien et suisse⁴³, étant donné l'importance de ces ordres juridiques en Europe. D'autres ordres juridiques européens, par exemple les droits néerlandais, belge, autrichien, espagnol, grec, polonais, lituanien, serbe ou russe, ainsi que les ordres juridiques d'autres régions du monde, notamment le droit des États-Unis d'Amérique, le droit québécois ou encore le droit chinois sont pris en considération en fonction du sujet abordé⁴⁴. Ainsi, lors de la résolution du cas, les étudiants se familiarisent, par exemple, à la fois avec des arrêts de la Cour de cassation française ou de la Cour de cassation belge, du Tribunal fédéral suisse, de la Cour suprême fédérale allemande, de la *High Court* ou de la *House of Lords*⁴⁵ anglaise, ou encore avec les arrêts états-uniens. Les étudiants travaillent avec la législation de ces pays, avec la CVIM et finalement avec les dispositions de la *soft law* issues des Principes européens de droit contractuel, des Principes d'UNIDROIT, du Cadre commun de référence ou encore des *Restatements* états-uniens⁴⁶.

43. Dans des situations dans lesquelles les parties à une relation contractuelle internationale choisissent un droit *neutre*, le droit suisse est le droit préféré dans environ un tiers (29 %) des cas, voir le sondage effectué par le journal « *Les Echos* » du 08/01/2009, p. 10; en deuxième place figure le droit anglais (23 %).

44. L'ouvrage utilisé dans le cours comporte, pour chaque exercice, entre 30 et 40 pages de lecture. Il serait aussi possible de proposer des exercices dans lesquels les étudiants ciblent eux-mêmes les objets de comparaison et expliquent par la suite leur choix.

45. Dorénavant : *Supreme Court (for England and Wales)*.

46. La préparation au cours exige environ quatre heures de lecture et de réflexion de la part de l'étudiant pour deux heures de cours. Ceci correspond à la charge de travail pour les étudiants au niveau Master à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

B. Combiner micro- et macro-comparaison⁴⁷

À l'aide des cas pratiques, les étudiants sont donc initiés à identifier, appliquer et ensuite comparer les solutions qu'apportent les différents systèmes de droit à un même problème juridique; ils sont également amenés à comparer les règles, principes et raisons d'être sur lesquels ces solutions reposent (*micro-comparaison*). Ensuite, lorsque deux ou trois cas auront été abordés, la résolution des cas pratiques est assortie d'un enseignement *ex cathedra* au cours duquel l'enseignant donne aux étudiants des informations de base qui aident à comprendre le matériel fourni et à saisir les raisons de la diversité du droit en vigueur. Lors des cours portant sur la *macro-comparaison*, sont fournies par exemple des informations et explications sur les différentes cultures et traditions juridiques, sur leurs origines historiques et leurs particularités, ainsi que sur les différents styles de législation et de jurisprudence, ou encore sur la place des précédents dans les pays de la *common law*. Dans ces parties plus théoriques du cours, les étudiants pourront bénéficier des expériences déjà acquises lors de leur travail actif avec les cas pratiques et avec le droit étranger⁴⁸.

47. La *macro-comparaison* porte sur des questions générales de droit comparé telles que la classification des différents ordres juridiques, leurs développements historiques et leurs particularités, l'organisation des procédures judiciaires respectives, des différentes techniques de législation et de la codification, etc.; voir, par exemple, K. ZWEIFERT et H. KÖTZ, préc., note 11, p. 4. La *micro-comparaison* s'intéresse par contre aux institutions et règles de droit permettant de résoudre des problèmes spécifiques et à la comparaison de solutions apportées par différents systèmes de droit à un même problème juridique; voir, par exemple, K. ZWEIFERT et H. KÖTZ, préc., note 11, p. 4-5.

48. C'est dans ces parties du cours, enseignées *ex cathedra*, que micro- et macro-comparaison se rejoindront. Voir aussi ESIN ÖRÜCÜ, « Developing Comparative Law », dans ESIN ÖRÜCÜ et DAVID NELKEN (dir.), *Comparative Law – A Handbook*, Oxford, Hart, 2007, p. 57 : « Ideally macro-comparison and micro-comparison should merge, since the micro-comparative topic must be placed within the entire legal system. » Pour de plus amples informations de base, les étudiants seront renvoyés à la lecture des grandes introductions au droit comparé (*supra*, note 11).

C. Défis linguistiques

Pour mieux saisir les particularités nationales des différents ordres juridiques, les étudiants sont invités à lire, dans la mesure du possible, le matériel en version originale⁴⁹. La méthode multilatérale exige donc, idéalement, de bonnes connaissances des langues étrangères. La maîtrise du français, de l'anglais et de l'allemand permet, par exemple, d'avoir accès à neuf ordres juridiques européens ainsi qu'au droit des États-Unis, plusieurs autres États de la *common law* ainsi que certains des États faisant partie de l'ancienne famille de droit français.

Dans l'ouvrage utilisé à Genève⁵⁰, les informations sur les pays francophones ainsi que sur les pays de la *common law* sont données en version originale uniquement. Le matériel provenant d'autres pays (lois, arrêts, extraits de doctrine) est accompagné d'une traduction.

IV. Bénéfices de l'approche proposée⁵¹

L'enseignement du droit comparé tel que proposé présente plusieurs bénéfices et avantages⁵² :

49. Ils pourront ainsi en même temps améliorer leurs connaissances de langues juridiques étrangères. Voir aussi A. BULLIER, préc., note 9, p. 166 : « Le droit comparé ne peut, en aucun cas, faire l'impasse sur le problème de la langue qui véhicule concepts, traditions, réflexes et façon de dire et de comprendre les choses. Le cours de droit comparé doit-il initier les étudiants à la traduction juridique? ».

50. Préc., note 39.

51. Pour de plus amples informations sur la méthode proposée ainsi que des études de cas qui servent à l'illustrer, voir l'auteur de ces lignes, *Le contrat en droit privé européen*, préc., note 39, p. 5-22; « L'europeanisation du droit privé et de la méthode comparative – Étude de cas », préc., note 16, p. 233-254.

52. L'expérience montre que cette approche peut être pratiquée non seulement dans des séminaires avec un nombre restreint de participants, mais aussi lors de grands cours. À Genève, jusqu'à 160 étudiants par année suivent le cours de droit comparé enseigné dans ce style.

- Les étudiants apprennent la comparaison à l'aide d'une approche de *learning by doing* et s'exercent activement dans l'emploi de la méthode comparative. Ils *perdent ainsi la gêne de s'approcher du matériel étranger* et de travailler avec ce matériel jusqu'alors inconnu pour eux.
- Lors de la résolution de cas pratiques selon les différents ordres juridiques, ils apprennent à *prendre du recul* par rapport à leur propre droit national et à *relativiser* la solution en vigueur dans leur pays. En étudiant les droits français, anglais, états-unien, chinois ou des instruments non étatiques, l'étudiant qui a suivi des études en Suisse, en Allemagne ou en Belgique apprend ainsi à se poser la question du bien-fondé du recours à la notion de faute quand il s'agit d'une action en dommages-intérêts contre le vendeur d'un bien défectueux⁵³. Celui ayant étudié en Allemagne, en Angleterre ou aux États-Unis apprend que l'exposition des marchandises dans une vitrine⁵⁴ ou des annonces publicitaires⁵⁵ peuvent constituer de véritables offres et que de

53. Pour des ordres juridiques qui prévoient une responsabilité objective du vendeur, voir Cour de cassation française, Ch. comm. 27.11.1973, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre commerciale n° 345 p. 308, pourvoi 71-12364; Angleterre : *Sale of Goods Act*, t. 14 et t. 53(1)(b); Guenter TREITEL, *An Outline of The Law of Contract*, 6^e éd., Oxford, 2004, p. 312 et suiv.; États-Unis : Uniform Commercial Code, §§ 2-313, 2-314, 2-315, 2-714, 2-715 et James J. WHITE et Robert S. SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 5^e éd., St. Paul/Minnesota, 2000, §§ 9-1, 9-7 ff., 10-2 ff.; voir aussi la CVIM, art. 36, 45, 74 et, par ex., BGH 24.3.1999, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990324g1.htm>; Principes d'UNIDROIT, art. 7.1.1, 7.4.1, 7.4.4 et 7.1.7; Principes du droit européen des contrats, art. 8:101(1), 9:501 à 9:503; Cadre commun de référence, art. III, 3:101, 3:104, 3:701-3:703.

54. Voir par exemple l'article 7 al. 3 du *Code des obligations suisse*; l'article 34 de la *Loi sur les relations obligationnelles serbe*; l'article 6.171 al. 1 du *Code civil lituanien*; pour le droit italien : Pietro RESCIGNO, *Codice Civile*, 7^e éd., Milano, 2008, n° 6.4 (art. 1336 du *Code civil italien*); voir aussi l'article 2:201(3) des Principes du droit européen des contrats; art. II.4:201(3) du Cadre commun de référence.

55. Voir pour le droit français Philippe LE TOURNEAU et coll., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 3713, et encore

bons arguments peuvent plaider pour une telle solution. Des étudiants ayant étudié sur le continent européen apprennent que, du point de vue comparatif, de bons arguments plaident en faveur d'une solution selon laquelle l'action en exécution du contrat est, en principe, limitée à la vente d'un bien unique⁵⁶, etc.

- Lors de la résolution des cas d'étude, les étudiants apprennent à travailler à la fois avec un grand nombre d'ordres juridiques et avec différents styles de raisonnements juridiques. Ceci leur permet de *mieux dialoguer* avec des collègues formés dans un grand nombre d'autres ordres juridiques⁵⁷ et de *mener une discussion* sur les problèmes juridiques *dans un contexte international* (par exemple européen, voire mondial). En fait, la méthode proposée enseigne une *science juridique* qui est *détachée des contingences liées à tel ou tel droit local* et qui appréhende chaque problématique à travers les différentes manières dont elles sont cadrées puis résolues dans les systèmes de droit positif.
- À la fin du cours, les étudiants devraient avoir acquis *la capacité et la compétence pour chercher* et mettre en évidence, idéalement, *toute une palette de solutions envisageables* pour un problème posé, ou encore pour *découvrir* éventuellement *des principes communs* de droit qui existent à travers l'Europe ou d'autres régions du monde.
- Lors du travail avec les cas pratiques et lors des discussions des arguments pour et contre les différentes solutions identifiées, ils auront *appris à bénéficier des*

l'art. 2:201(3) des Principes du droit européen des contrats ainsi que l'article II.4:201(3) du Cadre commun de référence.

56. Voir pour cette solution dans les ordres juridiques de la *common law*, par exemple, Guenter TREITEL, *An Outline of The Law of Contract*, 6^e éd., Oxford, OUP, 2004, p. 408 et suiv.; voir pour les États-Unis : *Uniform Commercial Code*, § 2-716 al. 1; *Restatement of the Law Second, Contracts*, §§ 357 al. 1, 359 al. 1, 360, 366, 367.

57. « Comparative law gives [them] a tool of communication. » (E. ÖRÜCÜ, *Developing Comparative Law*, préc., note 43, p. 43 et 45.)

expériences qui ont été faites avec les différentes solutions à l'étranger. Ils auront ainsi appris à *faire un choix informé et éclairé* parmi, idéalement, toutes les options à disposition pour résoudre un problème juridique donné.

- Un travail basé sur des cas pratiques *met l'accent sur l'importance que la discipline de droit comparé* occupe aujourd'hui dans la vie pratique du juriste; il met en évidence que l'emploi de la méthode comparative peut mener à des résultats immédiats et tangibles et que des connaissances de droit comparé peuvent avoir un véritable rendement.
- Les futurs juristes seront ainsi préparés à *faire face aux exigences méthodologiques qui se présentent dans des scénarios pratiques*, comme par exemple dans le cas de responsabilité civile ou les deux scénarios de droit international public décrits ci-dessus ainsi que dans de nombreux autres scénarios transnationaux⁵⁸.

Maîtriser une méthode comparative multilatérale et supra-nationale devrait ainsi faciliter aux étudiants leur futur travail dans un monde multijuridictionnel où le cadre d'un seul ordre juridique national est souvent dépassé – que ce soit dans leur travail d'avocat, de juge ou de juriste, dans une institution nationale ou une organisation internationale.

James Gordley, éminent comparatiste à l'Université Tulane à la Nouvelle-Orléans, a écrit : « A student confronted with only one solution to a legal problem has a tendency to assume it is the right one. When he is confronted with two, he is encouraged to think »⁵⁹. On pourrait ajouter : When he has acquired the capacity to compare the solutions of three, four or even more jurisdictions and to give these jurisdictions equal weight in his analysis, he is encouraged to “ think internationally ”.

58. *Supra*, section II.B.

59. « Comparative Law and Legal Education », préc., note 6.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : QUELLE PLACE POUR LE DROIT NATIONAL DANS
L'ENSEIGNEMENT DU DROIT EN EUROPE?

Auteur(s) : Pascal ANCEL

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 1-2

Pages : 89-121

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10193>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10193>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

QUELLE PLACE POUR LE DROIT NATIONAL DANS L'ENSEIGNEMENT DU DROIT EN EUROPE?

par Pascal ANCEL*

À l'heure d'une mondialisation accélérée, faut-il encore centrer la formation des étudiants juristes sur le droit national, sauf à en spécialiser ensuite certains sur le droit international et le droit comparé? Ne faut-il pas, en renversant la perspective, former d'abord les étudiants à être des juristes du monde, sauf à les spécialiser ensuite dans tel ou tel droit national? À partir de son observation du programme transsystémique de l'Université McGill et de son expérience actuelle à l'Université du Luxembourg, l'auteur examine cette question dans le contexte européen. Si, de son point de vue, il est exclu d'envisager aujourd'hui à grande échelle une transnationalisation de l'enseignement du droit en Europe, tant à raison des besoins encore limités que des obstacles importants au développement de ce type de formation, l'auteur plaide pour la mise en place, dans des contextes limités, d'expériences de transnationalisation dont il examine les conditions et les modalités.

In the face of increasing globalization, is the current focus on legal education of a national nature, with a secondary specialization in international or comparative law, still appropriate? Rather, should one invert the educational process by first giving students a transnational legal education and then providing them exposure to the various legal systems around the world, before offering them the opportunity to specialize in a particular national law? After observing the transsystemic program offered by McGill University, and building upon his current experience at the University of Luxembourg, the writer examines these questions from a European perspective. If, as he concludes, it is simply not possible to implement a large-scale transnationalization of the existing legal education system in Europe, not only because of a general lack of need for so called "international lawyers", but also due to the many structural obstacles thereto then, the writer submits, it should nonetheless be possible, within specific contexts, to provide an exposure to the phenomenon of transnationalization.

* . Professeur à l'Université du Luxembourg.

SOMMAIRE

I. Une transnationalisation impossible à l'échelle européenne	97
A. Des besoins encore limités	98
B. Des obstacles actuellement insurmontables	102
1. Obstacles pédagogiques	102
2. Obstacles culturels	107
II. Des expérimentations légitimes dans des contextes particuliers	111
A. Les conditions d'une expérimentation	112
B. Les modalités d'une expérimentation	117

Dans le cadre d'un colloque consacré au droit comparé, où on s'interroge notamment sur le rôle et la place de cette discipline dans l'enseignement et la recherche, le titre de cette contribution peut apparaître provocateur, et il a été évidemment choisi pour cela. S'agissant de l'enseignement du droit, il y a une longue tradition consistant à se demander quelle place le droit comparé doit y tenir et comment, selon quelles méthodes, il doit être enseigné. En France, cette problématique avait déjà été abordée par Adhemar Esmein lors du célèbre Congrès international de droit comparé de 1900¹, et elle est, à la même époque, reprise par plusieurs articles de Raymond Saleilles². Après une période de sommeil, l'ampleur du phénomène de mondialisation – ou de globalisation –, en même temps que le développement des processus d'harmonisation des droits nationaux en Europe, l'a fait ressurgir avec vigueur dans la littérature juridique contemporaine³. Toutes ces réflexions – dont il y a naturellement beaucoup à tirer, et qui se sont prolongées dans le cadre du congrès de Sherbrooke – partent cependant du présupposé selon lequel l'enseignement du droit est (et, pour beaucoup, doit être) d'abord l'enseignement du droit national, à côté duquel on cherche à introduire, au titre d'une ouverture vers le monde, une formation plus ou moins approfondie, et plus ou moins intégrée aux diverses matières, des systèmes juridiques étrangers. Telle est effectivement la situation dans l'immense majorité des facultés de droit (ou des écoles de droit), au Québec et en Europe, même si le droit national qu'on y enseigne à titre principal est aujourd'hui largement mâtiné de concepts venus d'ailleurs, et complété, à l'intérieur même de l'ordre juridique interne, par des règles supranationales ou transnationales invocables, parfois avec primauté de rang, devant les juridictions du

-
1. Adhémar ESMEIN, « Le droit comparé et l'enseignement du droit », *Congrès international de droit comparé*, 1900.
 2. Raymond SALEILLES, « Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse », *Revue internationale de l'enseignement*, (1902) t. 44, 313-329; « L'enseignement du droit. Lettre de M. R. Saleilles à M. P. Desjardins », *Revue internationale de l'enseignement*, (1908) t. 56, 289-310; « Droit civil et droit comparé », *Revue internationale de l'enseignement*, (1911) t. 61, 5-32.
 3. Voir notamment Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « L'enseignement du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, (2002) n° 2, 293-309.

pays⁴. Mais, à l'heure d'une mondialisation accélérée, on peut se demander s'il ne convient pas de commencer à dépasser cette approche, et à remettre en cause le présupposé : faut-il, dans notre village planétaire, continuer à centrer la formation des étudiants juristes sur le droit national, sauf à en spécialiser ensuite certains sur le droit international et le droit comparé? Ne faudrait-il pas, en renversant la perspective, les former d'abord à être des « juristes du monde », des « global lawyers », pour ensuite en faire (éventuellement) des spécialistes de droit français, québécois, luxembourgeois...?⁵

Si cette question mérite d'être posée au Québec, c'est parce qu'un tel renversement de perspective y a été expérimenté depuis quelques années, avec un certain succès, dans le cadre de l'Université McGill, avec la mise en place, à la fin des années 1990, du programme transsystémique. La Faculté de droit de McGill, qui a une longue tradition comparatiste, cherche depuis longtemps à répondre au défi de la formation des étudiants en droit dans un pays marqué par le bijuridisme, où les juristes sont inévitablement confrontés, au cours de leur vie professionnelle, aux deux systèmes du *common law* et du droit civil en vigueur au Québec. Dans ce but, cette faculté avait d'abord imaginé, dès 1968, un cursus dit « national » dans lequel les étudiants suivaient successivement une formation dans l'un et l'autre système, en commençant par celui de leur choix⁶. Cependant, l'expérience avait montré que, dans cette formule, la pensée juridique des étu-

-
4. Je songe naturellement aux règles du droit européen – qu'il s'agisse des règles de l'Union européenne ou de celles tirées de la Convention européenne des droits de l'homme – règles qui, en France comme dans tous les pays d'Europe, ont dû être intégrées, bon gré mal gré, dans les enseignements où elles sont mises sur le même plan que les règles nationales dont elles commandent du reste l'évolution.
 5. Sur la problématique de l'enseignement du droit à l'ère de la globalisation voir en général : Harry ARTHURS, «Law and Learning in an Era of Globalization», (2009) 10 *German Law Journal* 639.
 6. Sur ce programme national, voir RODERICK A. MACDONALD, « The National Law Programme at McGill: Origins, Establishments, Prospects », (1990) 13 *Dalhousie L.J.* 211. Adde : John E.C. BRIERLEY, «Developments in Legal Education at McGill, 1970-1980», (1982) 7 *Dalhousie L.J.* 364.

dians, leur manière de raisonner, d'argumenter, étaient irrémédiablement marquées, formatées, par le système auquel ils avaient été formés en premier lieu⁷. D'où l'idée d'aller plus loin et de créer un programme d'enseignement qui ne se situe pas, au départ, à l'intérieur d'un système juridique national, qui forme les étudiants, de manière intégrée, en même temps au *common law* et au droit civil québécois, et même, au-delà, au moins chez certains promoteurs du programme, à être des juristes aptes à appréhender n'importe quel système juridique, étatique, supra-, infra- ou trans-étatique⁸. J'ai eu la chance de pouvoir observer cette expérience *in vivo* parce que, dans le cadre d'un récent séjour d'études au Québec, j'ai pu me transformer en étudiant et suivre la plus grande partie du cours de droit des contrats de Jean-Guy Belley ainsi que, de manière plus épisodique, les enseignements d'autres collègues⁹. Même si je sais que ce programme est contesté ici même, au Québec, et même si je suis bien conscient qu'il est lié à un contexte tout à fait particulier, je dois dire que j'ai été quelque peu fasciné, après d'autres, par cette tentative de « dénationaliser » l'enseignement du droit, qui constitue une véritable révolution dans la manière d'appréhender la formation des juristes¹⁰. Que les objectifs ambitieux de ce programme aient été atteints ou non est

-
7. Helge DEDEK et Armand DE MESTRAL, « Born to be Wild: The Transsystemic Program at McGill and the De-Nationalization of Legal Education », (2009) *German Law Journal*, vol. 10, 889 s., spéc. 903-904 : «le programme juxtaposait (les deux traditions juridiques) de telle sorte que les étudiants à la faculté de droit étaient marqués comme appartenant à l'une ou l'autre des deux traditions... Au fil du temps, il était devenu apparent que les étudiants qui avaient été exposés à un an de formation juridique n'apprendraient pas les bases de l'autre tradition de la même manière que ceux qui l'avaient choisie en première année».
 8. Pour une telle approche : Roderick A. MACDONALD et Jason MACLEAN, « No Toilets in Park », (2005) 50 *McGill Law Journal* 721.
 9. Pour une réflexion plus complète à partir de cette expérience, je me permets de renvoyer à mon article : Pascal ANCEL « Dénationaliser l'enseignement du droit civil? Réflexions à partir d'une expérience québécoise », (2011) *RTD civ.* 701-724.
 10. Un professeur américain a pu comparer le programme transsystémique à l'introduction de la méthode socratique par Langdell à la fin du XIX^e siècle : Peter L. STRAUSS, « Transsystemia - Are We Approaching a New Langdellian Moment? Is McGill Leading the Way? », (2006) 24 *Penn State International Law Review* 763.

une question dans laquelle je me garderai bien de rentrer ici, et sur laquelle je n'ai du reste pas suffisamment d'éléments de réponse; l'aventure transsystémique, qui dure depuis plus de 10 ans, montre au moins qu'il est possible de concevoir une formation juridique qui ne soit pas centrée, au départ, sur la seule acquisition des savoirs locaux. Elle amène donc très directement à s'interroger sur la place que doit tenir aujourd'hui le droit national dans la formation des juristes, en dépassant la question classique de l'enseignement du droit comparé.

Cette manière nouvelle de poser la question devrait aujourd'hui tout particulièrement interpeller le monde universitaire européen. Au-delà de l'instauration progressive d'un nouvel ordre juridique qui, à l'intérieur de chaque pays membre de l'Union européenne, se superpose aux ordres nationaux, l'Europe d'aujourd'hui se caractérise par un développement sans précédent des activités et des relations transfrontalières, ainsi que par une circulation accrue des juristes (praticiens et universitaires), mais aussi (ceci expliquant cela) des idées et des concepts juridiques d'un pays à l'autre. Dans ce contexte, l'idée que les facultés de droit, en Europe, devraient d'abord former des juristes européens (plutôt que des juristes français ou allemands ou espagnols) peut exercer un certain pouvoir de séduction. Dès avant la mise en place de l'expérience de McGill, un certain nombre d'auteurs avaient déjà prôné une certaine dénationalisation de l'enseignement du droit dans le cadre européen. Ainsi, dans un article paru en Allemagne en 1996, Axel Flessner, reprenant des idées déjà exprimées par Heinz Kötz¹¹, se prononçait en faveur d'une « formation des juristes qui traite en premier des champs principaux du droit en Europe comme un système unifié dans lequel les systèmes juridiques nationaux sonnent comme des varia-

11. Heinz KÖTZ, « A Common Private Law for Europe: Perspectives for the Reform of European Legal Education » dans Bruno de WITTE & Caroline FORDERS (dir.), *The Common Law in Europe and the Future of Legal Education*, Kluwer, 1992, 31-38; du même auteur : « Europäische Juristenausbildung », *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 1993, 268-272.

tions de thèmes généraux plus larges »¹². Et depuis 1999, plusieurs auteurs (à vrai dire issus eux-mêmes de McGill) se sont interrogés sur la possibilité et l'opportunité de transposer le programme transsystémique dans le contexte européen¹³. Cependant, jusqu'à maintenant, très rares sont, en Europe, les expériences de formation juridique transnationale menées au stade des premières années. Certes, beaucoup d'universités ont mis en place des masters spécialisés en droit transnational (ou global), mais il s'agit de formations supérieures destinées à des étudiants avancés qui ont été, au départ, formés à leur droit national¹⁴. Plusieurs grandes universités européennes ont par ailleurs passé des accords permettant à leurs étudiants de suivre une formation binationale, par alternance dans l'une puis dans une autre université¹⁵. Mais quel que soit l'intérêt tout à fait considérable de ces cursus, ils restent

-
12. Axel FLESSNER, « Deutsche Juristenbildung : Die kleine Reform und die europäische Perspektive », 51 *Juristenzeitung*, (JZ) 689, 691.
 13. On consultera en particulier : Armand de MESTRAL, « Bisystemic Law Teaching - The McGill Programme and The Concept of Law in the EU », (2003) *Common Market Law Review*, vol. 40, 799-807; Helge DEDEK et Armand de MESTRAL, « Born to be Wild: the Transsystemic Program at McGill and the De-Nationalization of Legal Education », (2009) *German law journal*, vol. 10, 889 s.; Pierre LAROUCHE, « L'intégration, les systèmes juridiques et la formation juridique », (2000-2001) 46 *McGill Law Journal* 1011.
 14. On notera de même avec intérêt que certaines formations professionnelles aux « métiers du droit » intègrent désormais une dimension internationale, alors même que la profession à laquelle elles préparent doit s'exercer dans un cadre principalement national. Il en va ainsi du programme de formation initiale de l'École nationale de la magistrature (sur lequel on consultera le site Web de l'École : http://www.enm.justice.fr/_uses/lib/5762/Programme_pedagogique_2011.pdf). Mais il s'agit là encore d'une internationalisation *a posteriori*, qui s'adresse à des juristes déjà formés à l'université au droit national français).
 15. Sur ces programmes, voir Anne KLEBES-PELISSIER, « Double Degrees in the Context of the Bologna Process », 4 *European Journal of Legal Education (Eur. J. Leg. Educ.)*, (2007) 173; Audrey GUINCHARD, « The Double Degree Experience between England and France: A Contribution to an Integrated European Legal Education », (2007) 4 *Eur. J. Leg. Educ.*, 3. Voir, par exemple, le programme du partenariat entre Cologne et Paris I, consultable sur : <http://www.mastercologneparis.info/>, ou, en dehors de la France, le programme « hanséatique » entre Groningen, Bremen, et Oldenburg (http://www.hanse-law-school.de/about_hls.htm).

dans une logique de juxtaposition de formations axées sur un système national. Même si on peut trouver quelques éléments de transnationalisation dans le programme de l'École de droit de Sciences Po Paris créée en 2009¹⁶, le seul cursus de formation initiale véritablement détaché d'un droit national était jusque-là, à ma connaissance, le bachelor de l'European Law School de Maastricht, mis en place en 2006, qui offre, dès la première année, à des étudiants titulaires d'un diplôme de fin d'études secondaires (le baccalauréat français) une formation au droit des contrats, au droit de la responsabilité, au droit pénal... sans rattachement national¹⁷. Cependant, l'idée commence à faire son chemin¹⁸, et elle nourrit le projet de refonte du programme de bachelor qui est actuellement en cours d'élaboration au sein du Département de droit de l'Université du Luxembourg. Ce projet¹⁹, qui était déjà en discussion avant mon arrivée dans cette université, mais à la préparation duquel je suis maintenant directement associé, sera donc évidemment au cœur des réflexions que j'entends mener ici sur l'intérêt et la possibilité de mettre en place en Europe des programmes de formation transnationalisés plus ou moins inspirés de l'expérience de McGill.

Il est clair que, quelle que soit la fascination que peut exercer cette expérience, il faut faire preuve d'une grande prudence lorsqu'on réfléchit à la possibilité de la transposer dans le contexte européen. De mon point de vue, et ce sera le premier temps de ma

-
16. Sur laquelle on consultera Christophe JAMIN, *La cuisine du droit, L'école de Droit de Sciences Po : une expérimentation française*, Lextenso éditions, 2012.
 17. Sur le programme de Maastricht, voir : Aalt Willem HERINGA et Bram AKKERMANS (dir.), *Educating European Lawyers*, Intersentia, Metro, 2011.
 18. Un second programme transnational, plus radical encore, et fortement teinté de pluridisciplinarité, vient d'être mis en place à l'Université de Tilburg, sous la direction de Pierre LAROUCHE, issu lui-même de McGill (Bachelor in Global Law, sur lequel on consultera le site Web de l'Université de Tilburg : <http://www.tilburguniversity.edu/education/bachelors-programmes/globalaw/>).
 19. Je tiens à préciser qu'il ne s'agit pour l'instant que d'un projet interne au Département de droit, dont les modalités de mise en place sont actuellement en cours de discussion au sein des instances universitaires. L'objectif serait d'ouvrir ce nouveau bachelor à la rentrée 2014.

réflexion, il est aujourd'hui totalement irréaliste, et sans intérêt, d'imaginer une généralisation en Europe de formations juridiques transnationalisées, qui feraient passer au second plan la formation aux systèmes juridiques nationaux des différents États, de toute façon indispensable. Il n'est pas difficile de le montrer, tant les multiples arguments qu'on peut invoquer en ce sens correspondent à une conception de l'enseignement du droit profondément ancrée dans l'esprit de l'immense majorité des universitaires européens. Quitte à avoir l'air d'enfoncer des portes ouvertes, il vaut cependant la peine d'examiner dans le détail ces multiples arguments. Outre que certains d'entre eux doivent être dès maintenant relativisés, il faut en effet avoir conscience que, dans un contexte international en pleine évolution, ils sont susceptibles de perdre assez vite de leur pertinence. Aussi bien – et c'est ce que je voudrais développer dans un second temps – il y a actuellement place en Europe, dans certains contextes particuliers, pour des expérimentations qui pourraient ouvrir la voie à des évolutions futures à un niveau plus général. L'impossibilité actuelle d'une généralisation de formations transnationales en Europe (I) ne doit surtout pas conduire à remettre en cause la légitimité des expérimentations (II).

I. Une transnationalisation impossible à l'échelle européenne

Lorsqu'on évoque actuellement, dans des discussions avec des collègues européens, la possibilité de transposer en Europe un programme du type de celui de McGill, on s'entend généralement répondre que cela ne correspond ni aux besoins des étudiants que nous formons, ni aux attentes des praticiens qui les embaucheront, et, surtout, que la mise en place d'un tel programme se heurterait à des obstacles insurmontables dans la plupart des universités européennes. Ces arguments sont imparables, mais ils doivent être relativisés. S'ils sont actuellement limités, les besoins de formations transnationales peuvent très vite évoluer (A). Quant aux obstacles, ils ne sont aujourd'hui insurmontables que parce que la culture universitaire dominante ne peut guère envisager de les faire tomber (B).

A. Des besoins encore limités

De prime abord, une formation qui, dès le départ, n'est pas axée sur le droit national du pays où se déroule l'enseignement ne paraît apte à former qu'un nombre limité de juristes qui, dans le cadre de leur activité professionnelle future, seront spécialement confrontés à des rapports juridiques internationaux. En ce sens, le programme transsystémique de McGill paraît surtout avoir été conçu pour former les futurs collaborateurs de grands cabinets d'avocats internationaux, qui du reste, d'après les informations qu'on peut avoir, semblent particulièrement friands des étudiants ainsi formés. Dans son récent et passionnant ouvrage où il relate l'expérimentation de l'École de droit de Sciences Po Paris, Christophe Jamin note à juste titre la grande diversité des profils que la pratique attend des juristes formés à l'université²⁰. À cet égard, il est clair que les compétences attendues d'un futur notaire devant travailler dans un milieu rural n'ont rien à voir avec celles que devrait avoir un avocat ou un juriste d'entreprise spécialisé dans la rédaction de contrats ou dans le règlement de litiges internationaux. Or, dans l'Europe d'aujourd'hui, il paraît évident que l'immense majorité des juristes formés par les facultés de droit sont encore des juristes qui auront une activité essentiellement locale, de sorte qu'il serait absurde de concevoir, pour tous, des programmes de formation détachés du système juridique national. C'est ce que souligne à juste titre un professeur français en observant que

parmi l'ensemble des professionnels du droit recrutés chaque année, bien peu font du droit international... et, finalement, assez peu ont l'impérieuse nécessité de parler plusieurs langues. La vie quotidienne d'un magistrat, d'un avocat, d'un notaire français se déroule en français dans un cadre de droit français (... et communautaire et européen, mais en français) et ces activités nécessitent avant tout une connaissance technique des règles de droit positif, une capacité de raisonnement logique, une aptitude à

20. C. JAMIN, préc., note 16, 129-140.

l'expression écrite et orale claire, bref tout ce à quoi les facultés de droit savent former depuis leur origine²¹.

S'il est difficile de contester cette opinion, il faut cependant observer que tous les juristes européens, même ceux qui ont de prime abord une activité purement locale, sont aujourd'hui concernés par le phénomène de globalisation et d'internationalisation des relations juridiques. Je ne parle pas bien entendu ici du phénomène d'europanisation du droit auquel tous nos étudiants seront, dans leur vie professionnelle, inévitablement confrontés, dans la mesure où les règles d'origine européenne sont incorporées dans les ordres juridiques nationaux des pays membres de l'Union européenne, et où de toute façon, même une formation juridique strictement nationale doit (ou devrait) les intégrer²². Il n'y a là rien qui relève à proprement parler d'une transnationalisation, même si les progrès constants de l'harmonisation européenne sont de nature à favoriser une circulation des concepts et des modes de raisonnement entre les différents systèmes juridiques. Et sans doute peut-on penser qu'un juriste formé d'une manière non exclusivement nationale serait plus apte à appréhender un tel phénomène que celui à qui on a présenté le système national comme une vérité, faisant apparaître comme anormal tout ce qui vient d'ailleurs. Mais, abstraction faite de cette europanisation des droits nationaux, il faut avoir conscience que la facilité de circulation des personnes et des biens, le développement constant des échanges économiques transfrontaliers à l'intérieur et même au-delà de l'espace européen, aboutissent à multiplier les problèmes dont la solution ne suppose pas seulement l'habile maniement du droit national. Quel notaire français,

21. Hervé CROZE, « La diversité des Écoles de droit - À propos de l'école de droit de l'institut d'études politiques de Paris », (2009) *JCP G*, n° 44, 376.

22. Je dis « doit ou devrait », car je ne suis pas sûr que ces règles reçoivent toujours la place qu'elles méritent dans la formation des étudiants des différents pays d'Europe (et en tout cas en France), en dehors des enseignements de « droit communautaire » qui leur sont spécialement consacrés. Souvent vécues comme un facteur de perturbation, de désordre, des systèmes juridiques nationaux, elles sont parfois marginalisées dans les enseignements des différentes matières qu'elles affectent (spécialement dans l'enseignement du droit civil).

même travaillant à la campagne, n'a jamais eu l'occasion de rédiger une vente immobilière à des étrangers, de régler une succession présentant des éléments internationaux ou un partage de biens entre des époux de nationalité différente? Qui peut dire ce qu'il en sera dans 20 ans, et quelle place le règlement de questions internationales occupera dans l'activité des juristes que nous formons aujourd'hui? Cela bien entendu ne suffit pas à justifier une transnationalisation à grande échelle de nos programmes de formation actuels, mais cela doit faire prendre conscience que le modèle d'une formation centrée sur le droit national n'est peut-être pas un modèle éternel et que sa pertinence par rapport aux besoins de nos étudiants doit, à tout le moins, être périodiquement réinterrogée.

On pourrait du reste, même dans le contexte actuel encore largement marqué par la suprématie des droits nationaux, être tenté de nuancer l'affirmation liminaire selon laquelle une formation transnationalisée ne serait apte qu'à former des « global lawyers », donc pour l'instant une infime minorité de juristes. Contrairement à l'enseignement classique, qui (au moins dans les pays de *civil law*) est axé sur la présentation systématique aux étudiants des solutions du droit positif, une formation transnationale oblige l'enseignant à construire son enseignement à partir des problèmes, des questions auxquels les différents droits nationaux donnent des réponses²³. Certes, cette entrée à partir des problèmes semble familière aux juristes de *common law*, elle paraît être consubstantielle à la méthode socratique. Mais, dans une formation transnationalisée, les problèmes qui servent de grille à la construction des cours ne sont pas des problèmes internes à un système national, ce sont des problèmes communs à plusieurs systèmes, et la recherche des solutions actuelles ou prévisibles dans tel ou tel droit n'est pas le but premier de l'enseignement. Les solutions des différents droits nationaux ne sont que des exemples permettant de comprendre la problématique, de mesurer les enjeux des choix entre les différentes manières d'y répondre.

23. Voir là-dessus les exemples donnés dans P. ANCEL, préc., note 9, spec. nos 12-15.

Or, il n'est pas exclu qu'une telle manière de former les étudiants, au-delà de l'objectif premier consistant à former des juristes aptes à se mouvoir au sein de différents systèmes nationaux, ne leur permette pas aussi de mieux appréhender le système au sein duquel ils seront principalement amenés à évoluer au cours de leur activité professionnelle. Que l'on réfléchisse un instant aux défauts de la formation dogmatique que nous dispensons actuellement, et qui prétend donner aux étudiants la vision la plus complète possible des solutions du droit positif. Cette manière traditionnelle d'enseigner se heurte aujourd'hui au caractère de plus en plus complexe et à l'évolution de plus en plus rapide des solutions, même au sein des systèmes juridiques nationaux. Pour prétendre bien former les étudiants dans un tel contexte, la tentation est grande de multiplier les cours et les heures d'enseignement. Mais on se lance alors dans une course illusoire et perdue d'avance. L'expérience qu'on peut avoir des examens écrits ou oraux montre que les étudiants ont de plus en plus de mal à hiérarchiser au sein de l'immense masse de connaissances dont ils sont gavés tout au long de leurs études, à distinguer entre les principes de base, dotés d'une certaine permanence, et les solutions de détail susceptibles d'une rapide obsolescence. Elle montre aussi que les étudiants sont mal préparés à résoudre de manière imaginative les multiples problèmes dont la solution ne leur a pas été préalablement exposée par leur professeur, et auxquels pourtant, dans leur vie professionnelle, ils seront inévitablement confrontés. À tout le moins, l'observation de la manière dont peut fonctionner un programme transnationalisé devrait nous inciter, même dans le cadre des formations classiques axées sur le droit national, à centrer nos enseignements plus sur les problèmes que sur les réponses d'un droit positif marqué par une instabilité croissante. Cela, cependant, ne conduit pas nécessairement à renoncer à la focalisation de nos enseignements sur le droit national, surtout si on considère les obstacles auxquels se heurterait aujourd'hui, dans la plupart des universités européennes, une formation juridique transnationalisée.

B. Des obstacles actuellement insurmontables

Les obstacles qui viennent à l'esprit sont d'abord d'ordre pédagogique, tenant tant aux difficultés que les étudiants, dans la plupart des universités européennes, auraient à suivre une telle formation qu'à la difficulté de recruter des équipes de professeurs ayant les compétences pour l'assurer. Cependant, si ces difficultés tenant aux systèmes universitaires en place dans la plupart des pays sont incontestables, elles sont sans doute moins fondamentales que les obstacles d'ordre culturel liés aux systèmes juridiques constituant actuellement la base des enseignements.

1. Obstacles pédagogiques

D'un point de vue pédagogique, on mettra le plus souvent en avant les difficultés qu'un enseignement détaché des droits nationaux présenterait pour les étudiants, et les risques qu'il leur ferait encourir. Dans l'esprit des promoteurs de l'enseignement transsystémique à McGill, il s'agissait, à l'origine du moins, de former des juristes qui, au lieu d'être marqués, formatés *ab initio*, en tant que juristes de droit civil ou de *common law*, seraient aussi à l'aise dans les deux systèmes, parleraient en quelque sorte aussi parfaitement les deux droits – comme un enfant qui, dans un couple mixte, fait en même temps l'apprentissage des deux langues de ses parents²⁴. Cependant, la comparaison a ses limites et, à la différence de l'acquisition du langage, qui se fait en quelque sorte de manière naturelle, l'apprentissage de deux systèmes juridiques en même temps semble requérir de la part des étudiants une capacité d'attention et un travail considérables, beaucoup plus importants que ceux qui sont nécessaires pour la formation à un seul droit national. D'une part, le fait d'enseigner plusieurs systèmes juridiques en même temps conduit nécessairement à consacrer moins de temps à chacun d'entre eux, à faire des « coupes sombres » dans les matières enseignées, de sorte que l'étudiant sera obligé de se documenter par lui-même pour avoir

24. Pour cette comparaison, voir en particulier: Daniel JUTRAS, « Énoncer l'indicible : le droit entre langues et traditions », (2000) 52 *RIDC* 781-786.

de chaque système une connaissance suffisante. D'autre part, on peut craindre que le passage continuuel d'un système à l'autre ne conduise les étudiants à faire des mélanges entre les règles, les solutions ou les méthodes de raisonnement. Le risque, souvent évoqué ici même au Québec, est alors que les juristes ainsi formés ne maîtrisent correctement aucun des systèmes ou, pire, qu'ils les mélangent et ne parlent qu'une sorte de sabir qui ne serait compréhensible ni devant un tribunal d'un pays civiliste, ni devant une juridiction de *common law*. Ce risque paraît assez bien maîtrisé à McGill, comme l'attestent les résultats obtenus : non seulement les étudiants qui sortent de cette université semblent particulièrement prisés des grands cabinets d'affaires internationaux, mais, contrairement à ce que beaucoup de collègues québécois semblaient penser, ils connaissent une réussite remarquable aux examens professionnels de l'École du Barreau du Québec, pourtant fortement axé sur le droit national de la province²⁵. Ces résultats peuvent cependant s'expliquer par le contexte particulier de l'Université McGill, qui recrute des étudiants triés sur le volet, ayant déjà suivi, pour la plupart, une formation universitaire généraliste selon le modèle des États-Unis. Ces étudiants, par ailleurs parfaitement bilingues, sont censés avoir une capacité de travail et de réflexion suffisante pour jongler constamment entre les deux systèmes, sans les mélanger. Or, ces conditions ne se retrouvent pas dans l'immense majorité des universités européennes, l'exemple français étant à cet égard particulièrement significatif.

Dans le système universitaire français, les étudiants – qui commencent en principe les études de droit à 18 ans immédiatement après le baccalauréat – ne sont normalement pas sélectionnés à l'entrée dans l'enseignement supérieur : la réussite au

25. Pendant l'année de mon séjour au Québec, en 2010, McGill avait obtenu les meilleurs résultats de toute la province à ces examens. Elle avait, à la surprise de beaucoup, détrôné l'Université de Sherbrooke, axée sur une formation plus directement professionnalisante, et qui occupait traditionnellement la meilleure place.

baccalauréat donne le droit d'accès à l'université²⁶. Il en résulte, dans les premières années de la formation juridique dans les facultés de droit, des auditoires à la fois pléthoriques et très hétérogènes, devant lesquels, de l'avis général, il paraîtrait peu réaliste de conduire des enseignements transnationalisés. Seule une petite minorité d'étudiants semble disposer de suffisamment d'autonomie pour compléter par l'étude des manuels les connaissances forcément rudimentaires en droit national qui leur seraient présentées par leurs professeurs dans le cadre de tels enseignements. On imagine aisément, alors, que le taux d'échec des étudiants, déjà très élevé avec des enseignements de type classique, deviendrait catastrophique si les étudiants étaient confrontés à des cours naviguant sans cesse d'un système à l'autre, nécessairement plus complexes et plus « théoriques ». L'argument paraît d'autant plus fort que, dans le contexte européen, il n'y a pas de raison de centrer la formation des étudiants, comme c'est le cas au Québec, sur une confrontation des deux grands modèles que sont le *common law* et le *civil law*. Si on voulait sortir l'enseignement du droit des cadres nationaux, il faudrait tout autant l'ouvrir à la diversité des systèmes civilistes – l'opposition des traditions française et allemande étant au moins aussi prégnante en Europe que celle entre droit civil et *common law* – et cela rendrait la transposition en Europe d'un enseignement de type « transsystémique » plus difficile encore, et plus inaccessible à nos étudiants²⁷.

26. En Europe, les conditions d'accès à l'université varient énormément d'un pays à l'autre. On peut cependant considérer que la majorité des pays d'Europe continentale ne pratiquent aucune sélection à l'entrée dans l'enseignement supérieur (sous réserve de certaines filières où il existe un *numerus clausus*). Il en va autrement en Grande-Bretagne, où chaque établissement fixe de manière autonome ses conditions d'accès. Pour une description comparative des études de droit dans les différents pays européens, on pourra consulter : Christian BALDUS, Thomas FINKENAUER et Thomas RÜFNER (dir.), *Bologna und das Rechtsstudium*, Mohr Siebeck, 2011.

27. Comp. A. DE MESTRAL et H. DEDEK, préc., note 7, 910 : « the process of mixing, merging and blending is surely even more complex in the EU than in mixed jurisdictions where only two legal traditions meet ».

Ces arguments ne peuvent pas être négligés, mais ils doivent cependant être relativisés. À cet égard, sans prétendre répondre à toutes les objections précédentes, je voudrais faire deux remarques. D'une part, il y a beaucoup d'ambiguïtés sur ce que pourrait être un enseignement transnationalisé : beaucoup de collègues s'imaginent qu'il s'agit d'enseignements de droit comparé où on confronte systématiquement, sur chacune des questions abordées, les solutions des autres droits nationaux ou du moins de ceux qui apparaissent les plus représentatifs. Dans une telle représentation, les cours transnationaux paraissent, indépendamment de la difficulté qu'ils sont supposés représenter pour les étudiants, impossibles à assurer dans les contraintes horaires de l'enseignement universitaire, sauf à ne donner de chaque système qu'une vue extrêmement superficielle. L'objection tombe en partie cependant si on pose que ces cours doivent se focaliser davantage sur la présentation des problèmes que sur une comparaison systématique des solutions, celles-ci n'étant prises que comme des illustrations possibles de différents modèles de régulation, des différentes manières d'appréhender juridiquement telle ou telle question d'organisation sociale. Cela ne change rien, bien entendu, au fait que les étudiants ne se verraient présenter leur droit national que de manière très lacunaire et qu'ils devraient très largement le découvrir par eux-mêmes. Mais tout le pari de ce type de formation est qu'elle donnerait à ceux qui la suivent des clés plus adaptées pour leur permettre cette découverte que celles que procure la formation classique, de toute façon elle-même inévitablement incomplète. D'autre part, il faut peut-être soumettre à un examen critique l'opinion selon laquelle des cours transnationaux seraient nécessairement plus complexes, plus difficiles à suivre par les étudiants moyens que les cours traditionnels fondés sur une étude plus ou moins approfondie du droit national. Il faut avoir conscience que l'assimilation d'une science juridique nationale présente elle-même un degré élevé de complexité, et qu'il n'est peut-être pas *a priori* plus difficile de faire comprendre à un étudiant quel est le problème et quels sont les grands modèles de solutions possibles à l'aide de quelques exemples bien choisis que de lui faire assimiler tous les raffinements d'une analyse doctrinale ou d'une construction jurisprudentielle ainsi que toutes les dis-

tinctions conceptuelles internes à un système juridique donné. En France, comme dans d'autres pays, le premier semestre du cours de première année de droit constitutionnel est, depuis longtemps, consacré à la « théorie de l'État » : il ne s'agit pas d'exposer aux étudiants le détail du système constitutionnel français (cela viendra ensuite), mais de leur présenter, d'un point de vue historique et comparatiste, les différents modes d'organisation de l'État (monarchie/république, système parlementaire/présidentiel, etc.). Or, il n'est pas du tout certain que ce cours, bien que plus « théorique », soit plus difficile d'accès pour les étudiants que celui de droit civil, où on enseigne, par exemple, toutes les subtilités de la distinction, en droit français, des actes juridiques et des faits juridiques, ou des actes de disposition et d'administration... Si nous sommes naturellement portés à penser qu'il serait trop difficile d'enseigner de la même manière aux étudiants, dans le cadre d'une approche transnationale, les grands modèles de solutions en droit de la responsabilité civile ou de droit des contrats, c'est peut-être parce que nous avons été nous-mêmes formés à une approche nationale et dogmatique de ces matières et qu'il est évidemment plus facile pour nous de reproduire cette forme d'enseignement que de construire un tout autre type de cours. Il n'est pas sûr en revanche qu'un étudiant de première année, qui n'aurait pas connu autre chose, trouve plus difficile d'avoir un cours transnational de droit des contrats ou de la responsabilité civile que de devoir assimiler le système national dans toute sa complexité.

On débouche alors cependant sur une autre objection, sans doute plus importante que les précédentes, et qui tient cette fois non plus aux étudiants, mais au corps académique chargé de les former. L'expérience transsystème n'a pu être mise en place à McGill que parce que la Faculté de droit y rassemble une équipe de professeurs d'origines nationales très diverses, qui, même s'ils ont nécessairement été formés individuellement à l'intérieur d'un système, sont aptes, à travers les échanges et le travail collectifs, à concevoir et à pratiquer des enseignements qui sortent des cadres nationaux traditionnels. Rien de tel dans l'immense majorité des universités européennes, où le corps enseignant est presque exclusivement composé de juristes eux-mêmes formés dans le moule

du droit national. C'est sans doute le cas en France plus qu'ailleurs à raison du caractère national des procédures de recrutement, qui rend l'accès au grade de professeur ou même de maître de conférences très difficile à des juristes, même de très haut niveau, qui n'auraient pas été nourris au lait de la formation universitaire française. Même s'il ne manque évidemment pas, dans les universités françaises, de comparatistes de renom, ceux-ci ne couvrent pas l'ensemble des champs disciplinaires, et il paraît extrêmement difficile de constituer des équipes d'enseignants qui auraient les compétences nécessaires pour monter des cours transnationaux dans toutes les matières fondamentales. Le recours épisodique aux conférenciers étrangers et aux professeurs invités ne pourrait constituer qu'un pis-aller, clairement insuffisant pour assurer une cohérence dans les enseignements et un suivi suffisant des étudiants²⁸. Il faut ajouter que, au-delà de la question des compétences, on aurait du mal à trouver, dans la plupart des universités françaises, des enseignants suffisamment motivés pour mettre en place de tels enseignements transnationalisés, tant est prégnant le modèle universitaire traditionnel concevant la formation exclusivement sous l'angle d'une présentation dogmatique du droit national.

2. Obstacles culturels

On touche ici, au-delà des objections d'ordre pédagogique, à des raisons plus fondamentales, qui relèvent en quelque sorte du culturel, qui s'opposeraient à un tel renversement de perspective dans la formation des juristes. Ces raisons sont particulièrement prégnantes dans les pays qui sont marqués par une forte tradition juridique et où une longue et riche activité de systématisation doctrinale a abouti, à partir des textes et/ou de la jurisprudence, à la construction de systèmes élaborés et plus ou moins fermés vers l'extérieur. Je m'arrêterai ici à l'exemple du droit civil français parce que c'est celui que je connais un peu et parce que c'est en-

28. Sur ces difficultés, qui expliquent en partie que l'École de droit de Sciences Po Paris ait renoncé à établir dès la première année un programme de formation transnationalisé, voir C. JAMIN, préc., note 16, 239-240.

core un modèle de référence au Québec. Ce droit trouve ses racines dans un code particulièrement prestigieux, lui-même conçu, non comme une simple collection de textes, mais comme un système; mais, au moins dans les parties qui n'ont pas été modifiées depuis 1804 (le droit des biens et, surtout, le droit des obligations), il est aussi le produit d'une intense activité jurisprudentielle, qui, sur de nombreux points, a complètement transformé le sens de textes devenus obsolètes, et d'un considérable et incessant travail doctrinal qui cherche à introduire de la cohérence dans le fouillis des solutions à travers la construction d'un certain nombre de « théories »²⁹. En France (mais sans doute aussi en Allemagne), c'est principalement à travers ce travail de systématisation des solutions qu'est pensé le rôle des professeurs de droit, tant dans leurs productions de recherche que dans leur activité d'enseignement. Dans son ouvrage déjà plusieurs fois cité, Christophe Jamin montre comment ce « modèle doctrinal » s'est fixé à la fin du XIX^e siècle, à l'issue d'une grande crise où a été repensé le rôle des juristes dans l'interprétation des codes. Il montre aussi que ce modèle, plus ou moins abâtardi, n'a jamais été vraiment remis en cause, et qu'il bloque très largement les évolutions dans le domaine de l'enseignement du droit. Dans un tel modèle doctrinal, en effet, pour l'immense majorité des professeurs français, enseigner le droit civil, c'est former les étudiants au « système », en en faisant précisément ressortir, au-delà des solutions de détail, la logique et la cohérence d'ensemble (logique et cohérence qu'ils contribuent largement à introduire eux-mêmes)³⁰. À cela, qui fait la gloire, et, d'une certaine manière, comme l'a souligné l'un des promoteurs de l'enseignement transsystémique lui-même, la « valeur esthétique » du droit français³¹, la grande majorité des universitaires français ne sont sans doute pas prêts à renoncer. La

29. Comp. sur la rareté de ces « théories » en droit civil québécois : Mathieu DEVINAT et Edith GUILHERMONT, « Enquête sur les théories juridiques en droit civil québécois », (2010) 44-2 *R.J.T.* 11.

30. C. JAMIN, préc., note 16, 42 s. et 151-163.

31. Nicolas KASIRER (alors doyen de la Faculté de droit de McGill), lors d'un débat radiophonique avec Horatia MUIR WATT dans l'émission animée par Antoine GARAPON (Le bien commun) en décembre 2007 (accessible sur le site Web de McGill : <http://français.mcgill.ca/crdpcq/transsystemic/multimedia/>).

même observation pourrait sans doute être faite pour la plupart des « grands » pays européens, au moins ceux qui connaissent un système civiliste. S'interrogeant dans une revue allemande sur la possibilité de transposer en Europe un enseignement dénationalisé, Armand de Mestral et Helge Dedek observent ainsi que

in Europe, the “paradigm” of legal scholarship never completely shifted away from that of 19th century “legal science”. This “paradigm” implies that what makes a great scholar is the mastery of law as a “system”, and a command of the body of doctrine that surrounds the primary “sources of law”. But the law-as-science paradigm also implies that judges and lawyers should employ the “scientific” approach in their work as well, and that students, too, should be brought up in its spirit. Mindset gravitates naturally towards the law that is actually *in force*, and, consequently, to a strong focus on jurisdictional boundaries. This is not conducive to a way of thinking about law as transcending the nation state³².

Nous sommes d'autant moins prêts à renoncer à ce modèle qu'une formation juridique « dénationalisée » ne peut pas rester sans influence sur le système juridique lui-même. L'enseignement du droit, en effet, n'est pas seulement la transmission aux futurs juristes des règles, des catégories, des techniques propres au système dans le cadre duquel ils exerceront leur activité. L'enseignement participe aussi, d'une certaine manière, à la production de ces règles, de ces catégories, de ces techniques, et donc à l'évolution – ou à la non-évolution – du droit enseigné, à la fois par l'influence des professeurs sur ceux qu'ils forment, par les orientations qu'ils leur donnent et qui peuvent contribuer à déterminer la manière dont ces futurs juristes, dans leur activité professionnelle, feront évoluer les interprétations et les pratiques, et aussi en raison du lien très étroit qui existe, au moins dans les pays de tradition civiliste, et spécialement en France, entre l'enseignement et l'activité doctrinale. À cet égard, enseigner un

32. A. DE MESTRAL et H. DEDEK, préc., note 7, 893-894.

droit globalisé³³, c'est d'abord participer à la promotion de règles juridiques transnationales dans lesquelles on ira volontiers chercher les solutions les plus appropriées, marquées du sceau de la modernité face aux solutions nationales affectées d'une certaine obsolescence : on peut penser par exemple que les étudiants de droit des contrats ainsi formés se tourneront sans doute davantage, dans leurs futures pratiques, contentieuses et non contentieuses, vers les Principes d'Unidroit, la Convention de Vienne sur la vente internationale, ou vers le droit commun européen de la vente actuellement en gestation³⁴, au détriment de leur droit national dont le champ d'application pourrait ainsi se trouver de plus en plus réduit. Tout ce qui contribue à la promotion de ces droits transnationaux peut donc être (mal) vécu, dans les pays à forte tradition juridique, comme concourant à une certaine marginalisation du droit national : il suffit de songer aux réticences, voire à l'hostilité que suscitent dans la communauté doctrinale française, mais aussi dans d'autres doctrines de pays européens, les projets d'harmonisation européenne du droit des contrats et plus encore de la responsabilité délictuelle. Mais ensuite, de manière plus insidieuse, un enseignement dénationalisé peut avoir une incidence sur les structures mêmes du système national, qu'il

33. L'expression de droit global (*global law*) ou transnational est évidemment pleine d'ambiguïté. Il ne s'agit pas de désigner un système de droit complet et articulé à l'échelle mondiale, qui concurrencerait les droits nationaux, et qui pourrait à terme s'y substituer (une sorte de « droit commun mondial ») dont rêvaient les comparatistes au début du XX^e siècle. Il s'agit plutôt d'une idée qui désigne à la fois l'internationalisation croissante des relations juridiques (d'où résulte une interpénétration constante des systèmes juridiques nationaux), la tendance au rapprochement des solutions de ces droits nationaux, et le développement de règles internationales unifiées d'origine publique (conventions internationales) ou privées (*lex mercatoria*).

34. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente (2011)1165 du 11 octobre 2011. Cette proposition vise à mettre en place un instrument optionnel, qui constituerait, dans chacun des États membres, un second régime pouvant être choisi par les parties (consommateurs et petites ou moyennes entreprises) à la place du droit national. Le texte ne concerne que la vente et les contrats de services liés, mais il contient de nombreuses dispositions relevant du droit commun des contrats, et pourrait bien constituer l'amorce d'une réglementation uniforme beaucoup plus générale.

peut en quelque sorte contribuer à « corrompre » : non seulement parce qu'il est de nature à favoriser la pénétration dans ce système de multiples concepts venus d'ailleurs (l'enseignement du droit étant un des vecteurs de ce que R. A. Macdonald décrit comme la « contamination virale » d'un système³⁵), mais aussi parce que, en privilégiant, dans une approche fonctionnelle, les différentes réponses possibles aux problèmes sociaux, on cesse de mettre au premier plan, dans la présentation qu'on en donne, la logique d'ensemble du système. Si on considère que, au-delà des solutions positives qu'il relie, le système n'a pas d'existence propre, qu'il n'est qu'un produit de l'activité de systématisation opérée par la doctrine, en liaison directe avec l'enseignement qui en est donné, on peut soutenir qu'une formation des juristes détachée d'un système aboutirait inéluctablement à saper les systèmes eux-mêmes. On peut dès lors comprendre la difficulté qu'il y aurait à implanter de manière généralisée des enseignements de ce type dans les pays porteurs d'une forte tradition juridique nationale. Cela, cependant, ne devrait pas conduire à remettre en cause, dans des cadres particuliers, des expérimentations de telles formations.

II. Des expérimentations légitimes dans des contextes particuliers

Comme j'ai essayé de le montrer précédemment, des formations juridiques transnationalisées répondent d'ores et déjà à certains besoins en Europe, et elles pourraient présenter un intérêt même pour préparer des juristes ayant une activité principalement nationale face aux faiblesses des formations dogmatiques traditionnelles. Cependant, les nombreux obstacles à la mise en place de telles formations ne permettent pour l'instant de les envisager qu'à titre d'expériences limitées. Je voudrais ici, à partir de notre projet actuel dans le cadre luxembourgeois, proposer quelques réflexions sur les conditions dans lesquelles une telle

35. Roderick A. MACDONALD, « Three Metaphors of Norm Migration in International Context », (2008-2009) 34 *Brook. J. Int'l L.* 603.

expérimentation est envisageable (A) et sur les modalités qu'elle peut revêtir (B).

A. Les conditions d'une expérimentation

De mon point de vue, je l'ai dit, au-delà des difficultés pédagogiques qu'elles soulèvent, les obstacles au développement de formations transnationalisées en Europe sont principalement d'ordre culturel. Dès lors, la mise en place de telles formations apparaîtra plus facile dans des pays européens où la tradition juridique nationale est moins forte qu'elle n'est dans un pays comme la France ou l'Allemagne, soit que le droit national y soit le produit de l'importation plus ou moins volontaire d'un modèle étranger, soit qu'il soit en pleine reconstruction après les vicissitudes de l'histoire. Ces pays sont nécessairement plus ouverts vers les systèmes étrangers et vers le droit transnational, et sont sans doute plus réceptifs à l'idée de former des « juristes du monde », qui ne seraient pas, d'abord, des spécialistes de droit national. Il serait intéressant d'observer à cet égard la manière dont se développe actuellement le droit, et l'enseignement du droit, dans les pays de l'ancien « bloc de l'Est », surtout dans ceux où il n'existait pas, avant la période communiste, de tradition juridique assez solide pour résister à la tentative de socialisation du droit et où il a fallu, après la chute de l'empire soviétique, construire pratiquement à partir de rien un nouvel ordre juridique. L'exemple de l'Estonie, où la jurisprudence nationale fait officiellement place aux solutions d'autres systèmes juridiques, me semble particulièrement représentatif à cet égard³⁶. En Europe occidentale, il est significatif que les deux seuls véritables exemples d'une formation juridique dénationalisée au stade du bachelor, l'European Law School de Maastricht et le très récent bachelor « Global law » de Tilburg, se soient développés dans un pays comme les Pays-Bas, certes profondément marqué par la tradition française, mais où le nouveau Code civil de 1992 a marqué la volonté de reconstruire le système en mêlant aux éléments français du premier code les influences conjuguées du *common law* et du modèle germanique – un code

36. Voir à cet égard la contribution d'Irène KULL dans ce volume.

d'une certaine manière « transnationalisé » qui permet de regarder la tradition historique avec plus de distance qu'en France ou en Allemagne. Et je me dois bien sûr d'évoquer ici l'exemple du Luxembourg où le projet de réforme du bachelor actuellement à l'étude est directement relié au contexte juridique très particulier de ce pays³⁷.

Lorsqu'on enseigne à Luxembourg, on prend vite conscience que le droit national n'a pas nécessairement à occuper dans la formation des étudiants la même place que celle qui semble naturelle dans le cadre d'une faculté de droit française (ou allemande, ou anglaise). C'est que le droit national d'un petit pays, à peine grand comme un département français et peuplé d'un peu plus de 500 000 habitants, ne peut pas être mis sur le même plan que les systèmes juridiques des « grands » pays voisins. Si, dans certains secteurs (le droit des sociétés, le droit bancaire et financier) le Luxembourg a développé une législation spécifique (qui n'est pas pour rien dans l'attrait que le pays exerce auprès des investisseurs étrangers), il est en revanche resté très près du modèle français sur les matières de base du droit privé. Le droit civil, que j'y enseigne, y est fondé sur les mêmes bases textuelles que le droit français, puisque, comme la Belgique, le Luxembourg a conservé lors de son indépendance au XIX^e siècle le Code civil français et que, au moins dans les matières patrimoniales (biens, obligations), les articles du Code sont restés très largement les mêmes dans les trois pays. Mais bien sûr, en raison du faible nombre d'habitants, le contentieux est quantitativement limité, et ces textes n'ont pas donné lieu aux mêmes développements jurisprudentiels qu'en France ou même que dans la Belgique voisine. Et, là encore à la différence de la France ou de la Belgique, ces textes n'ont jamais été éclairés, travaillés, systématisés par une doctrine proprement luxembourgeoise, ne serait-ce que parce que, jusqu'à une période récente, il n'existait pas d'université (donc pas de corps acadé-

37. Pour une présentation des études juridiques actuelles au Luxembourg on pourra consulter : Elise POILLOT, « Le particularisme de l'enseignement du droit au Luxembourg », dans M. FLORES-LONJOU, C. LARONDE-CLÉRAC et A. DE LUGET (dir.), *Quelle pédagogie pour l'étudiant juriste : Expérimentations, modélisations, circulation*, Bruylant, 2012, 195-204.

mique savant) au Luxembourg. Il en résulte que, sur de très nombreuses questions, celui qui enseigne serait bien en peine de dire ce qu'est la réponse propre du droit luxembourgeois. Il est alors amené, très souvent, à aller chercher des sources d'inspiration ailleurs, dans la doctrine et dans la jurisprudence françaises ou belges, comme le font du reste, de manière en quelque sorte « naturelle », les juges luxembourgeois eux-mêmes formés jusque-là en France ou en Belgique. Cela donne à l'enseignement du droit à Luxembourg un caractère nécessairement, et d'emblée, comparatiste. Bien évidemment, pour les raisons précédemment évoquées, ce comparatisme « natif » reste très éloigné du transsystémisme, dans la mesure où il se meut principalement, pour l'instant du moins, à l'intérieur du cadre franco-belgo-luxembourgeois, qu'on peut considérer comme formant en lui-même un système au-delà des particularités nationales. Cependant, cette dépendance par rapport au modèle français n'a rien d'inéluctable. Dès lors que les réponses du droit luxembourgeois n'ont pas nécessairement à être les mêmes que celles du droit français, le professeur qui enseigne à Luxembourg a plus de liberté que celui qui, devant un auditoire français, se sent (à tort ou à raison) contraint de construire son enseignement à partir de la masse immense de la jurisprudence et de la doctrine françaises. À Luxembourg, on sera davantage porté, lorsqu'on traite de telle ou telle question de droit des contrats, à aller aussi chercher les réponses possibles dans le droit allemand, dans les Principes d'Unidroit, dans les différents projets doctrinaux européens ou dans la très récente proposition de règlement sur le droit commun européen de la vente... Même si elles ne sont pas aussi prégnantes, aussi naturelles que le modèle français, ces références n'ont évidemment rien d'incongru dans l'université d'une ville qui n'est pas seulement la capitale d'un petit État, mais qui est aussi le siège de la Cour de justice de l'Union européenne, en même temps qu'une place bancaire internationale.

Si le contexte juridique particulier d'un pays comme le Luxembourg, plus ouvert vers l'extérieur que celui des « grands pays » voisins, semble offrir un terrain favorable à une expérience de transnationalisation, il faut aussi tenir compte du contexte universitaire qui doit, lui aussi, présenter certaines caractéris-

tiques pour rendre possible une telle expérience. Il convient à la fois de considérer le public à qui on s'adresse et la composition de l'équipe enseignante. Sur les deux plans, l'exemple luxembourgeois peut servir de point de départ utile à la réflexion, par comparaison avec ce que l'on peut observer dans les autres universités européennes, et spécialement par rapport à la situation française précédemment évoquée. Au Luxembourg, où près de la moitié des habitants sont des résidents étrangers, les étudiants que nous formons ont, d'ores et déjà, un profil très différent de celui que l'on rencontre dans les facultés de droit européennes de taille comparable. N'étant pas tous luxembourgeois, ils n'exerceront pas nécessairement leur activité sur place et ils iront du reste souvent compléter leur formation ailleurs. Même s'ils n'ont pas tous vocation à devenir des « global lawyers », on peut supposer que tous ne viennent pas chercher à l'Université du Luxembourg une formation axée sur le seul droit national luxembourgeois, dont le champ d'application est nécessairement restreint. Un autre élément favorable est que, contrairement à ce qu'on observe dans les pays voisins, et spécialement en France, ces étudiants sont tous au minimum bilingues (français/anglais), et souvent trilingues (allemand)³⁸, ce qui faciliterait évidemment l'accès à des enseignements où on jonglerait constamment avec des droits de pays différents³⁹. Par ailleurs, pour l'instant, et alors même que l'Université ne pratique aucune sélection à l'entrée, les effectifs sont encore relativement peu nombreux, ce qui rend possible le développement de méthodes d'enseignement interactives indispen-

38. Le système d'enseignement primaire et secondaire au Luxembourg aboutit normalement à ce que les étudiants maîtrisent (plus ou moins bien) quatre langues : outre le luxembourgeois (langue nationale non utilisée sur le plan du droit), le français (langue officielle des lois et des décisions de justice), l'allemand (troisième langue officielle), et l'anglais (langue étrangère obligatoire).

39. Actuellement, les enseignements du bachelor en droit à l'Université du Luxembourg sont délivrés partie en français, partie en anglais. Autre différence notable avec les universités des pays voisins, où les cours sont délivrés presque exclusivement dans la langue nationale (français ou allemand). La pratique des cours en anglais semble cependant se répandre dans divers pays européens, notamment dans les pays d'Europe centrale qui peuvent ainsi attirer dans leurs universités certains étudiants étrangers.

sables dans le cadre d'une formation transnationalisée⁴⁰. Les membres de l'équipe pédagogique sont cependant conscients que certaines évolutions sont nécessaires pour capter un public plus réceptif à des enseignements transnationalisés. Au minimum, il paraît nécessaire d'introduire, sinon une véritable procédure de sélection, du moins un contrôle de motivation permettant d'éclairer à l'entrée les étudiants sur le contenu particulier de la formation dispensée, sur les difficultés qu'elle peut présenter, sur l'implication qu'elle requiert de la part de ceux qui la suivent⁴¹. Le but est à la fois de décourager un public local qui ne s'inscrit à Luxembourg que par commodité, mais aussi bien sûr d'attirer davantage d'étudiants extérieurs qui choisiraient de suivre un cursus original, complètement différent de celui qu'ils pourraient suivre dans les universités voisines des autres pays (France, Belgique, Allemagne)⁴².

Si on regarde maintenant du côté des enseignants, on note également d'importantes différences avec les universités des pays voisins. Dès sa création, l'Université du Luxembourg – et spécialement la Faculté de droit – a mis l'accent sur le caractère international du recrutement de ses enseignants : parmi les professeurs de droit de Luxembourg, certains ont été formés en France, d'autres en Allemagne, en Angleterre, en Italie, en Suisse, l'un en Afrique du Sud... et beaucoup, du moins dans la jeune génération,

40. Voir *infra* II.B.

41. Le site Web de l'European Law School insiste avec raison sur cette exigence : « Although we do our very best to inform our prospective bachelor's students through brochures, open days and websites, we are unable to prevent some students starting our programmes with the wrong expectations. It might be that they misinterpret the information, or maybe their study choice was not well thought through. During their studies, some students find that their expectations do not match the reality of the programme and may subsequently decide to quit. This is a pity because they waste time and money on account of having made the wrong study choice. It is also problematic for the faculty, because poorly motivated students can negatively influence the performance of a tutorial group. Furthermore, reducing the drop-out rate generally is a key objective ».

42. C'est sans doute sur ce point que le projet actuellement à l'étude pourrait se heurter aux difficultés les plus grandes et rencontrer le plus de résistances.

ont suivi pour leur propre formation un cursus international et ont déjà, avant de venir à Luxembourg, enseigné dans plusieurs pays. Il est clair qu'une telle internationalité de l'équipe, assez rare dans le monde universitaire européen, est de nature à favoriser la mise en place d'enseignements qui ne sont pas exclusivement axés sur le droit national. Certes, pour l'instant, il existe encore un certain cloisonnement en fonction des matières qui pourrait constituer un frein à une véritable transnationalisation des enseignements : par exemple, tous les professeurs de droit civil sont actuellement des professeurs français, qui pourraient être tentés de reproduire, dans leur enseignement, les concepts, les méthodes de raisonnement et d'argumentation qu'ils pratiquaient antérieurement. Il faut cependant observer que tous ces collègues, parce qu'ils ont choisi de venir travailler dans cette jeune université à vocation européenne et internationale, sont, sans renier leur formation d'origine, plus ouverts que la plupart des collègues restés dans leur milieu d'origine sur de nouveaux modèles de pensée et de formation⁴³, et on peut penser qu'on passera assez vite d'un rassemblement hétérogène de professeurs d'origines diverses à une véritable communauté universitaire.

B. Les modalités d'une expérimentation

Même dans un contexte *a priori* favorable, la mise en place d'un cursus transnational ne s'improvise pas, elle suppose une réorganisation complète des programmes d'enseignement, sans doute aussi une évolution profonde des méthodes pédagogiques. Sur le premier point, la question essentielle est de savoir comment il faut articuler la formation transnationale avec les enseignements portant sur le droit national⁴⁴, lesquels restent pour moi de

43. Comp. pour le cas de Sciences Po Paris : C. JAMIN, préc., note 16, 250-254.

44. Ce n'est pas, évidemment, la seule question. Je laisse ici de côté, pour ne pas alourdir ce texte, d'autres questions également importantes qui tiennent à la place que devraient occuper, dans un tel cursus, l'histoire du droit (et quelle histoire du droit?), la théorie et/ou la philosophie du droit, ainsi qu'au rôle qu'il faudrait y donner à l'interdisciplinarité (sociologie du droit, *law and economics*, etc.). Sur ce dernier aspect voir les critiques faites au programme de McGill par Harry ARTHURS, « Madly off in

toute façon nécessaires. Même dans le cadre d'expériences limitées, il ne m'apparaît pas envisageable de former des juristes qui seraient seulement des juristes du monde, en les privant de toute attache identitaire. D'une part, sur le plan des débouchés professionnels, beaucoup des juristes que nous formons continueront d'exercer leur activité à l'intérieur d'un système juridique national, et même ceux qui feront principalement une activité de juriste international devront généralement, pour y accéder, passer sous les fourches caudines d'un examen professionnel dans le cadre duquel, pour de longues années encore, la connaissance du droit national sera privilégiée. D'autre part, plus fondamentalement, on peut penser que les enseignements transnationaux ne suffisent pas, à eux seuls, à permettre aux étudiants de développer les compétences suffisantes pour devenir de vrais juristes, pour « penser comme des juristes »⁴⁵. Ces enseignements permettent sans doute aux étudiants d'acquérir une ouverture leur permettant de « naviguer » plus facilement dans un monde globalisé et dans une Europe en voie d'harmonisation, ils peuvent, aussi, leur donner davantage d'esprit critique et d'imagination créatrice par rapport à leur propre système que ne le permet la formation traditionnelle. Mais on peut douter que ces enseignements soient aptes à développer la maîtrise technique du raisonnement, de l'interprétation, de la résolution de cas, de la combinaison de règles et de concepts qui est au cœur du travail d'un juriste. Cela, qui relève de l'application du droit, de sa mise en œuvre, ne peut se faire, selon moi, qu'en se plaçant à l'intérieur d'un système déterminé de droit national – tant du moins que les systèmes nationaux n'auront pas été complètement remplacés par des règles internationales harmonisées (ce qui, on s'en doute, n'est pas pour demain!).

one Direction – McGill's New Integrated, Polyjural, Transsystemic Law Programme », (2005) 50 *R.D. McGill* 707; adde Vincent FORRAY, « Enseigner le droit complexe, redéfinir le droit en compétence. Sur une analyse américaine du programme transsystème de McGill », (2010) *Jurisprudence – Revue critique*, 267.

45. Allusion à l'ouvrage classique de Kenneth J. VANDEVELDE, *Thinking Like a Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning*, Westview Press, 2^e éd., 2010.

Cette combinaison entre les enseignements transnationaux et ceux qui portent sur le système national peut être assurée de plusieurs manières. D'une part, il n'est évidemment pas nécessaire que, dans un cursus transnational, toutes les matières fassent l'objet d'un enseignement de type transsystémique : celui-ci ne s'impose que dans certaines matières, qui sont à la fois les plus fondamentales pour la formation des étudiants et celles où les problématiques sont suffisamment universelles pour qu'on puisse espérer aboutir à une modélisation pertinente des solutions. Ainsi, à Luxembourg, dans le cadre de notre réflexion sur le projet de réforme du bachelor, nous avons estimé que le droit constitutionnel, le droit des contrats, le droit de la responsabilité, le droit des sociétés, le droit pénal se prêtaient particulièrement bien à l'opération, laquelle semblait, dans le contexte local, beaucoup plus difficile à mettre en œuvre pour le cours de droit administratif ou pour le cours de droit du travail – non pas parce que ces cours seraient, en eux-mêmes, inaptes à être transnationalisés, mais en raison de la composition de l'équipe pédagogique. D'autre part, même dans les matières faisant l'objet d'une transnationalisation, il faut songer à doubler les enseignements transnationaux d'enseignements portant sur le droit national. La formule la plus simple consiste à proposer (ou à imposer) aux étudiants, à côté des cours transnationaux, des cours de droit national, soit en parallèle, soit, d'une manière plus conforme à l'esprit de ce type de formation, dans un second temps du cursus. C'est la formule choisie à McGill, où, après une première année où dominent les enseignements transsystémiques, les étudiants se voient proposer dans les mêmes matières (contrats, responsabilité) des cours de *common law* et de droit civil québécois qu'ils choisissent en option. De même, à Maastricht, après une première année entièrement transnationalisée, on remarque l'introduction en deuxième année de la formation de cours d'introduction au droit néerlandais⁴⁶. À Luxembourg, nous réfléchissons actuellement à une autre formule, qui consisterait à assurer la formation au droit national à

46. Voir le programme des cours sur <http://www.maastrichtuniversity.nl/web/Faculties/FL/TargetGroup/ProspectiveStudents/BachelorsProgrammes/EuropeanLawSchoolEnglishLanguageTrack/CourseDescriptions.htm>.

travers les travaux dirigés, où les étudiants apprendraient, sur des questions de détail, à rechercher, à analyser et à combiner des textes et de la jurisprudence et à les appliquer à des situations de fait. Contrairement à la pratique actuelle, ces exercices d'application du droit, menés à l'intérieur du système national, seraient *a priori* déconnectés du cours dont le contenu serait transnational – même si, bien sûr, ils pourraient être aussi l'occasion de montrer aux étudiants l'étroite imbrication des solutions nationales et des règles européennes et internationales. On pourrait cependant concevoir que ces travaux dirigés soient précédés d'une courte présentation, en quelques heures, de la logique d'ensemble de la matière – présentation qui servirait en quelque sorte de guide d'orientation aux étudiants et qui leur permettrait de prendre conscience de l'articulation des différentes solutions au sein d'un système.

On voit par là que la réflexion sur le contenu des enseignements, dans un cursus transnational, ne peut pas faire abstraction de la question des méthodes mises en œuvre pour enseigner. Dans la plupart des pays d'Europe continentale, la formule du cours magistral, éventuellement complété par des travaux dirigés, est très largement privilégiée. Si elle est évidemment commandée par certaines conditions matérielles de l'enseignement (auditoires pléthoriques, locaux insuffisants, difficultés financières des universités...) qui rendent difficile la généralisation des enseignements interactifs par petits groupes, cette formule est aussi, je crois, profondément liée aux caractéristiques du système juridique des pays de droit civil, en même temps qu'elle paraît être un moyen de le pérenniser face à la concurrence des droits de *common law*. Système au sens plein du terme, dans lequel le droit est conçu comme un ensemble de règles articulées les unes avec les autres, et formant un ordonnancement supposé cohérent. Pour présenter un tel système, pour en faire comprendre, précisément, la cohérence, le cours magistral, où le professeur expose de manière unilatérale l'état du droit sous la forme d'un discours continu et organisé, paraît de prime abord la formule d'enseignement la plus adaptée. Paradoxalement, l'adjonction au cours magistral de travaux dirigés, qui se rencontre dans de nombreux pays, paraît

de nature à renforcer encore le côté dogmatique et systématique de l'enseignement, dans la mesure où ces travaux dirigés sont conçus comme des enseignements complémentaires, venant après le cours, et destinés à appliquer les connaissances délivrées en cours, les exercices proposés aux étudiants apparaissant comme autant de confirmations du système préalablement exposé par le professeur. Il est clair qu'une telle organisation apparaît peu adaptée à un enseignement transnational, dont l'objet n'est pas de présenter aux étudiants les solutions positives et la manière dont elles s'articulent (ou sont censées s'articuler) entre elles, mais de les faire réfléchir, de manière comparative, sur les différentes manières de résoudre un certain nombre de problèmes. Dans cette optique, il paraît indispensable de renoncer à la formule traditionnelle des cours magistraux et de les remplacer par des enseignements interactifs. Cela suppose la division des effectifs étudiants en groupes restreints, la préparation préalable des sujets enseignés par les étudiants et, en conséquence, une diminution sensible des heures d'enseignement pour laisser du temps à ce travail de préparation... Autant de choses qui sont assez loin de ce qui est actuellement pratiqué dans la plupart des universités européennes, et qui, même dans un cadre *a priori* favorable comme celui de l'Université du Luxembourg, peuvent susciter des difficultés.

C'est dire que, même dans le cadre d'expériences limitées, la mise en place d'une formation juridique transnationale – ou comportant une certaine dose de transnationalisation – est un vaste chantier, qui ne doit être conduit qu'avec une grande prudence et de manière progressive. Les risques et les difficultés de telles expériences ne doivent cependant pas dissuader de s'y lancer lorsque le contexte apparaît favorable. Au-delà des apports que ces formations peuvent présenter pour les publics forcément restreints qu'elles concerneront dans un premier temps, elles peuvent constituer un point d'ancrage pour réfléchir aux faiblesses de la formation des juristes dans le monde contemporain et pour contribuer aux indispensables évolutions futures.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : **IMPLICIT COMPARATIVE LAW**

Auteur(s) : Roderick A. MACDONALD
Kate GLOVER

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 1-2

Pages : **123-192**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10194>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10194>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

IMPLICIT COMPARATIVE LAW*

par Roderick A. MACDONALD**

Kate GLOVER***

La littérature contemporaine en droit comparé est tributaire, tant dans ses aspects méthodologique que théorique, de réflexions méticuleuses et fouillées cherchant à identifier l'essence, les objectifs et les limites de la discipline. Malgré les contributions créatives de ces démarches, la plupart des analyses demeurent attachées aux conceptions du droit définies par les frontières traditionnelles, que celles-ci soient officielles, explicites ou externes. Cet article s'attarde plutôt à imaginer le droit comparé débarrassé de ses liens avec le positivisme étatique, lui préférant une approche fondée sur le pluralisme juridique. Dans cette perspective, les individus plutôt que les agents des systèmes officiels sont les acteurs au cœur du juridique (et du comparé). De plus, cette approche ne présume pas la supériorité des formes explicites de normativité, reconnaissant autant d'influence aux éléments implicites inhérents à tout ordre juridique. Finalement, elle valorise les comparaisons en jeu dans les actes quotidiens et les interactions de tous les jours entre les individus. Ultiment, l'article offre une réponse à la question : les comparaisons de qui, de quel droit, selon quels axes, par quelle méthode, dans quel but?

Contemporary comparative law scholarship has been enriched, methodologically and theoretically, by careful, searching accounts of the essence, aims and limits of the comparative legal endeavour. Yet, despite creative contributions to the field, most scholarly analyses remain tethered to conceptions of law demarcated by traditional boundaries – the official, the explicit and the external. In this paper, we contemplate what comparative law would look like if its practitioners abandoned their attachment to state legal positivism and adopted instead an approach grounded in a pluralist hypothesis of law. The alternative that we envision, which posits individuals rather than agents of official systems as the central legal (and comparative) actors. Moreover, it does not privilege explicit forms of normativity over the equally influential tacit forms that are inherent in all legal orders. Finally, this approach values the comparisons at stake in the everyday actions and interactions of individuals. Ultimately, we offer a response to the question: Whose comparisons, of what law, along which axes, by what method, to what end?

* . This is a revised version of a presentation given at the 50th Anniversary Conference of the Québec Society of Comparative Law held at the Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke on October 28-29, 2011. The authors are grateful to the conference participants for their thoughtful comments on an earlier version of this paper and to Patrick Glenn for his insight into the authoritative texts of comparative law. We would also like to thank Hoi Kong, Tom McMorrow, Robert Leckey, Alexandra Popovici and Lionel Smith who read and critiqued the penultimate version. Finally, we are grateful to the two anonymous reviewers whose questions have enabled us to clarify certain arguments in parts of the text that they found underdeveloped. All errors and inconsistencies remain our own.

** . F.R. Scott Professor of Constitutional and Public Law, McGill University; F.R.S.C.

*** . D.C.L. Candidate, McGill University; Vanier Canada Graduate Scholar (2012-2015); O'Brien Fellow for Human Rights and Legal Pluralism (2010-2012).

TABLE OF CONTENTS

I.	Introduction	125
II.	Implicit Comparative Law: A Syllabus	129
	A. Synopsis and Rationale	129
	B. Course Objectives	140
	C. Specific Learning Outcomes	150
	D. Primary Reference Materials	156
	E. Course Content and Pedagogical Approach	162
	F. Assignments and Assessment	169
	G. Feedback	175
	H. Week-by-Week Outline of Seminar Sessions	179
III.	Conclusion	180
	Appendix: Annotated Bibliography	184

I. INTRODUCTION

This paper re-imagines the meta-framework and objects of comparative law.¹ Like traditional approaches to comparative law, the framework we propose celebrates comparison as a rich and instructive source of legal knowledge. Like more modern, but nonetheless orthodox, approaches, our framework is fundamentally concerned not just with the identification and comparison of norms, concepts and institutions, but also with what law and society scholars call internormativity – the interaction and movement of these norms, concepts and institutions between legal orders. Yet, unlike both traditional and modern conceptions of comparative law, we do not structure the comparative endeavour by reference only to political units (states); nor do we limit our inventory of comparative objects to official legal artefacts such as statutes and judicial decisions or to exegetical doctrinal understandings of these artefacts. Rather, the organizing meta-framework of the alternative we offer sees normative plurality and the challenge of comparison in the everyday actions of individual legal agents. We conceive each legal agent, inappropriately reduced to a passive “norm subject” in traditional analysis, as the mediator of identity and difference among the multiple legal orders in which she or he is situated. This alternative, agent-centred meta-framework is the foundation of what we call implicit comparative law.

The hypotheses and methods of implicit comparative law are relatively easy to formulate in the abstract. But, since we believe that a particularly powerful mechanism for learning, interpreting and assessing a body of knowledge and for perfecting a methodology appropriate to the task is to attempt their teaching, we decided to

1. In view of the manner in which we have chosen to present this re-imagination, for the most part we forego point-by-point footnoting for the ideas and themes raised in the text. The section entitled “Primary Reference Materials” (II.D) and the Annotated Bibliography that appears as an Appendix to this paper provide a conspectus of how some comparative law scholars have addressed the central questions evoked in this essay, and, where instructive, further characterization of some works cited in the footnotes.

elaborate upon our argument by exploring what would be involved in the endeavour of teaching implicit comparative law.

One model for law teaching that incorporates the insights of implicit comparative law (and we acknowledge that there could be several such models) is reflected in what has come to be known as the “Transsystemic Programme” at McGill University’s Faculty of Law. The architects of the Programme orchestrated a shift from a side-by-side presentation of civil law and common law courses, for example, contracts or successions, to a curricular structure that does not presuppose the salience of either civil law or common law traditions to the framing of course content. A transsystemic pedagogical practice is not exhausted by merely teaching an upgraded version of orthodox comparative law – comparative law 2.0, if you will – whereby a higher dimension of comparison or abstraction is layered onto traditional instantiations of bi-systemic or bi-jural investigations. Rather, transsystemic teaching and learning oblige participants – teachers, learners – to undertake a new inquiry into human interaction, human purposes, and the variety of normative modes and sites within which human agency is pursued.² In its present and aspirational forms, the McGill Programme aligns with the aims and ambitions of the implicit comparative law approach that we present in this paper in that it tries to capture a practice of teaching and learning that is simultaneously pluralist, polycentric, non-positivist, interactive, and, of course, comparative.

In drawing on the McGill example, we could have organized our discussion of teaching implicit comparative law so as to focus on the macro level – an entire programme of undergraduate studies in law. Instead, to keep the scope of this paper manageable, we have chosen to imagine what the teaching of an individual course would entail if we were to adopt implicit comparative law as its

2. This conception of transsystemic teaching and learning is developed in Roderick A. MACDONALD, « Is Law a Zoo? », Paper presented to the Annual Meeting of the Canadian Law and Society Association, Concordia University, Montreal, QC, 4 June 2010 [unpublished manuscript on file with the authors].

organizing framework. Again, we could have selected any law faculty course for this purpose. But to emphasize both the theoretical and methodological features of our approach, we have chosen to develop our argument by reference to (and in counterpoint to) the themes and objectives of traditional introductory courses on comparative law as these have been taught in the past at the Faculty of Law of McGill University.

Below, we present the main features of our proposed course in the form of a course syllabus, organized into the following sections: (A) Synopsis and Rationale, (B) Course Objectives, (C) Specific Learning Outcomes, (D) Primary Reference Materials, (E) Course Content and Pedagogical Approach, (F) Assignments and Assessment, (G) Feedback, and (H) Week-by-Week Outline of Seminar Sessions.³ The material we canvass under each of these headings, with the exception of the Outline of Seminar Sessions, is divided into two parts. In the first (*italicized*) part, we set out the actual content of the syllabus for our proposed course. In the second part, entitled Commentary, we point to and explore the bases of our curricular and pedagogical choices. The Commentary would not be distributed to students but rather is meant to serve as a Teacher's Manual of sorts. The *italicized* text could, consequently, be read straight through in its entirety, without reference to Commentary.⁴ Our discussion ends with an Annotated

-
3. This is not to say that the syllabus presented here exhausts the scope and content of a syllabus for an implicit comparative law course. Such a syllabus could also set out, for example, a detailed review of the obligatory course materials, teaching hours, class cancellations, office hours and instructor contact information, preparation for and participation in the course, pedagogical instruments (e.g. course website, discussion forum), and class-by-class learning outcomes. For a discussion of the considerations at stake in the process of syllabus construction, see Roderick A. MACDONALD, « Designing a Syllabus: A Nine-Yards Template », Paper delivered at the Professing to Educate: Educating to Profess Conference at the Faculty of Law, McGill University, Montreal, QC, July 2003 [unpublished manuscript on file with the authors].
 4. Moreover, as we hope will become clear in the course of working through the syllabus and the interspersed Commentary, the unusual organization of this essay is intended to reveal one possible framework for an implicit comparative law approach to legal study. We neither hold nor seek a

Bibliography, in which we extend the exploration of the foundations and themes of implicit comparative law by providing a blueprint for deeper inquiry, engagement and reflection.⁵

Before turning to the elaboration of our course, we think it useful to foreground the three cardinal ideas about our understanding of implicit comparative law that will emerge as we work through the syllabus. First, we see the course itself as a site of law. Students will be challenged to notice how their approach to course materials and to the process of learning reflects the same intellectual activity as their approach to, and understanding of, law: students will be agents in the elaboration of the specific normative order constituted by their participation in the course.⁶ Second, the idea of implicit comparative law rests on a particular theory of law – critical legal pluralism – that rejects the premises of state legal positivism, the legal theory that invariably underpins orthodox approaches to comparative law.⁷ Third, the idea of implicit

monopoly on imagining – or setting the outer limits of – the spectrum of configurations for such an approach. Indeed, a cornerstone of the seminar we present here is the expectation that all participants will consistently re-imagine and transform the approach we offer into their own understanding and practice of implicit comparative law.

5. Normally in a course syllabus, the Annotated Bibliography would follow the week-by-week outline of seminar sessions as an Appendix. But given the length of our bibliography and its pertinence to this paper as a whole, we have displaced the Annotated Bibliography to the very end of this essay so that our Conclusion (which, like this Introduction, is not actually a part of the syllabus) comes directly after the last substantive section of the syllabus.
6. Put slightly differently, the course is itself meant to be performative of what implicit comparative law entails as an intellectual endeavour. Hence, we conceive and present every feature of the course – teaching approach, materials, evaluations, feedback, etc. – in the light of this approach, suggesting in the accompanying Commentary the implicit comparative dimension of each section.
7. We acknowledge that many contemporary theories, such as that advanced by H.P. Glenn, also do not rest on the state legal positivist approach, even though they are not grounded in pluralist approaches. The basic premises of the critical legal pluralist hypothesis and their role in the implicit comparative law approach will be developed in the Commentary to section II.B of the syllabus.

comparative law also rests on a specific conception of legal normativity – one that does not privilege explicit normativity of the type reflected in legislation and the outputs of bureaucratic law-applying institutions like courts, but rather gives equal weight to practice, custom and purposive interaction as instances of an equally powerful tacit normativity inherent in all legal orders.⁸

II. IMPLICIT COMPARATIVE LAW: A SYLLABUS

A. Synopsis and Rationale

From almost our earliest moments, we learn to distinguish ourselves from other things in the world – animate and inanimate. As we grow, our capacity for recognizing the separateness and distinctiveness of things matures into a similar capacity for differentiating between behaviours and between ideas. At the same time, we develop a capacity to perceive similarity and to impose second-order categories to regroup what might initially appear to be disparate phenomena. Through these processes of differentiation and regrouping we seek to order our universe. Characterization and organization per genus et differentium are two of the many building blocks that enable us to expand the range of usable knowledge by which we orient our lives, undertake purposive actions and maintain intellectual coherence through time.

The modes and processes of our formal legal education are no different. For example, in Canadian law faculties, whatever the province, the core curriculum is organized around a prior (and usually unstated) definition of the field of inquiry (i.e. what constitutes law), and on canonical categories (public law, private law), sub-categories (property, obligations), and sub-sub-categories (contracts, torts, restitutionary claims) that we impose on certain legal norms, concepts, processes and institutions. Yet even as we learn to deploy

8. Given the emphasis on informal and implicit normativity it might be thought that the title of our proposed course should be Comparative Implicit Law, rather than Implicit Comparative Law. The distinction between the content captured by these two course titles is elaborated in the Commentary to section II.A of the syllabus.

these taxonomies, we are also meant to learn the contingency of the assumptions upon which they rest, and the possibilities for alternative ways of organizing ideas and experiences. Often this insight comes from a careful analysis of cases and hypothetical situations that do not fit neatly into the pre-ordained categories. Other times, it comes from simply trying to imagine the world differently, particularly when our imagination is fired by some legally exogenous theoretical framework such as Marxism, welfare economics, or critical feminism. Occasionally, a course, a professor, a text or an assignment will aim to destabilize the known (the acknowledged body of legally relevant materials and ideas) by directly referencing the unknown (the exotic or more generally, the other). Conventionally, this extroversion to the unfamiliar, to the foreign, is, in law faculties, the province of comparative law.

The desire to expand intellectual horizons and advance the protocols for learning about the familiar through sustained engagement with the unfamiliar under a logic that presupposes the discovery or invention of similarity are the drivers of comparative legal study. Not surprisingly, comparative legal analysis – whether temporal or spatial – occurs every day in every course, usually without being expressly identified as such. For example, whenever you are subjected to a litany of hypothetical factual variations at the margins of a legal proposition – the so-called Socratic Method – you are being pushed to hone your capacity to characterize and differentiate on a comparative basis. In addition to comparison focusing on the minor premise of a legal syllogism (the facts), at some point or another, most courses engage you in the comparison of different modes of stating the major premise (the legal rule). Comparison of this latter type is the standard case of what scholars reference by the expression comparative law.

Where the call to engage in the comparative endeavour is explicit, and is a central objective of a course, the course title invariably signals the point, although not always with the word comparative. So, for example, temporal comparative law courses – involving the comparison of legal propositions, concepts and institutions of a single legal order at different moments – invariably

attract the epithet history as part of the title: Canadian legal history, history of private law, the adversarial system in historical perspective, and so on. Spatial comparative law courses, by contrast, are almost always labeled as comparative: comparative law, comparative legal traditions, comparative civil procedure, comparative medical liability, and so on.

We begin this course by considering orthodox approaches to the comparative study of law. These approaches rest on various assumptions about the meaning of law, the identity of legal actors, the purpose and value of comparison, the relationship between legal artefacts, the dynamics of normative interaction and norm migration, and the appropriate subjects of legal knowledge. Until recently, broad consensus has favoured these assumptions and the boundaries of comparative law they trace have been taken for granted. This is no longer the case. Contemporary comparative law scholarship is both theoretically and methodologically rich. Many monographs and articles focus on interrogating orthodox approaches to comparative legal study. Indeed, some comparative law courses today make such questioning one of the primary components of the tuition.

This course seeks to push inquiry of this latter type even further. We ask that you be willing not only to debate internal controversies about the province and function of comparative legal study, but also to challenge the givens of comparative law by actively questioning the givens of law. One might frame this intellectual endeavour as one of applied legal theory: must comparative legal analysis accept a state-centric, legal positivist conception of law as its epistemic foundation? how would the questions of comparative law be phrased if one were to adopt, for example, an anthropological or a sociological approach to defining law? or a Thomistic Natural Law approach? or a legal realist approach? or a critical race theory approach? or a law and economics approach? Posing these questions invites us to consider a brace of different theories of comparative law.

*In doing so, we will be studying the comparative law of comparative law.*⁹

Although our comparative exploration is not intentionally polemical, we acknowledge that this course, like any other, has an identifiable underpinning and orientation. We entitle this course ‘Implicit Comparative Law’ because it rests on a particular theory of law – critical legal pluralism – that (1) draws no sharp pedigree-boundaries around the specific normative phenomena that count as law, and (2) accepts a multiplicity of normative systems not created or validated by the political state as meaningful comparative constructs.

Our instantiation of this course carries no claim as to its own necessity or sufficiency. We accept, as is consistent with a commitment to the critical legal pluralist hypothesis, that the curricular arrangements and coverage of implicit comparative law courses can be heterogeneous: multiple, flexible and variable. This said, you have before you the syllabus for a particular implicit comparative law course. This syllabus, like the syllabus of any other course, is the product of many inputs: it derives not just from orthodox perspectives on the subject; it is also shaped by our own understandings of the course’s potential, which is inextricably rooted in the intellectual journeys we each took (and which we continue to pursue) to arrive at these understandings. Given the anti-foundationalist premises of the course, we believe it important to state, as best we can, how this course came to be designed as it is. To that end, in the next few paragraphs, we briefly map our separate routes to this instantiation, of this course, in this faculty, at this time.

9. We have chosen to formulate the inquiry as the “comparative law” of “comparative law” rather than simply “comparative comparative law” because we see the endeavour of doing comparative law as itself normative. The different instantiations of inquiry, methods of exploration, modes of analysis and navigation between comparators at stake in carrying out the various theories and analyses – that is, the different manifestations and outcomes of the practice of comparative law – are not merely distinguishable on epistemological grounds. Rather, these variables diverge and collide in substantive and programmatic ways, ways with normative effect for the practitioners of comparative law.

Rod's intellectual journey

For me, the idea of implicit comparative law arose from a rather belated realization that my approach to comparative law was grounded in a conception of law – state legal positivism – that was directly in opposition to beliefs I claimed to hold when I was doing legal theory or teaching my courses in administrative law and secured transactions. In these other courses I consciously adopted a critical legal pluralist theoretical framework. Once that light bulb went on, I began to explore how other scholars were teaching and writing about comparative law, and to compare that with how they taught and wrote about other legal matters. I discovered that a few, though certainly not the majority, were living the same dissonance between rich, contextualized conceptions of legal normativity as reflected in the substantive fields of their teaching and research, and the rather one-dimensional, state positivist conception of legal normativity that grounded the objects and processes of their comparative scholarship.

In undertaking this inquiry, I noted the preponderance of articles like “the officious intermeddler in common law and civil law”, or “the German advantage in civil procedure”, or “does the common law need a concept of ‘persons?’” or “existe-t-il un droit occidental?”. Whether the comparison was of doctrinal structure or functional outcome, the objects of comparison were explicit artefacts of two or more political states.

More curiously, the scholarship of even those who claimed to be doing second-order comparative law theory was largely anchored in the comparative assessment of these artefacts. Whether the genus of inquiry was described as a “family” (as in Rheinstein), a “system” (as in Wigmore, in David and Brierley or in Schlesinger), or a “tradition” (as in Merryman), the different species being examined were almost always state legal orders. While some scholars also attended to religious legal orders (Daube), and customary legal orders (Malinowski), until my colleague Patrick Glenn brilliantly changed the register of inquiry and analysis, these other manifestations of law were largely consigned to the margins.

Finally, I noticed that because the focus was on the law of the state, the normative contributions of all the other types of legal orders operative within a given community were not recognized as such, but were recharacterized as “fact”. The traditional tropes “law in action”, or “culture” or “brute functionalism” became handy covers for avoiding having to confront these recalcitrant “facts” as reflections of competing normative orders. The comparative endeavour was cast in one of two models. Many scholars sought to compare legal traditions associated with dominant political regimes – civil law, common law, socialist law, for example – or to compare variations on these generic categories: Italian civil law, French civil law, German civil law, on the one hand, and English common law and American common law, on the other. The other way of proceeding was to compare the legal systems of particular states, exploring the relationship between, say, the law of Quebec and the law of Ontario. Until very recently, few scholars sought to track the relationship between Quebec civil law and canon law, or between sharia law, Talmudic law and canon law as observed in Montreal, or between, say, any of the above and the living law of particular segments of the business community.

And so, I began to explore what would happen if I mapped my research (1) into the interactional bases of law, (2) into implicit and inferential legal normativity and (3) into legal pluralism onto my reflections about the scope and methods of comparative law. This course is the consequence of that effort.

Kate’s intellectual journey

My formal interaction with implicit comparative law – that is, the first step on my intellectual journey towards this instantiation of this course – began when Rod introduced me to the term “implicit comparative law” and sketched for me one possible understanding of its meaning. My journey began, therefore, where the story of Rod’s journey ends.

My first step naturally propelled a second. Being introduced to the idea of a body of knowledge and an approach called “implicit comparative law” compelled me to reflect upon my own experience

with what I understood comparative law (simpliciter) to be. In undertaking this reflection, I came to realize that my exposure to, and engagement with, comparative law up to that point could be wholly described in the language of doctrinal analysis, the functional approach and instrumentalism. These descriptors applied equally to my tenure as a masters student in law (my LL.M. thesis, written in conjunction with a graduate seminar on comparative law, was entitled "Resolving the 'Prisoner's Dilemma': A Comparison of Adversarialism and its Limits in England and Canada") and as a lawyer in traditional private practice (Is it more favourable for my client to pursue legal action in Canada or the United States? Should I invoke judicial interpretations of the Quebec Charter's privacy guarantees in my submissions on federal constitutional interpretation?). This methodological conception of comparative law was useful in the contexts in which I invoked it. However, as I have also realized, its narrow scope stands in tension with the comparative dimensions of my doctoral research, in which I position orthodox analyses and observations about an archetypal legal institution (the Supreme Court of Canada) beside alternatives in order to explore what can be learned about the nature of law from the study of the Court as an institution, and what can be learned about the Court as an institution from the study of the nature of law.

And so followed the third step on my journey: exploring how my understanding of "comparative law" fit with my understanding of "law" or, more accurately, with my growing sense of dissatisfaction with understanding law as merely an autonomous, top-down, state-centric phenomenon. Here, at this third step, it became clear to me that: (1) I was engaged in a process of deconstructing the hypotheses of implicit comparative law and of exploring the possibility of reconstructing those hypotheses in a personally compelling way; and (2) this process asked of me the same questions that I was facing as a doctoral student in law at the formative stages of scholarly inquiry and research design: What is law? What is legal knowledge? What are its sources, categories, methods, methodologies and institutions? How are they structured and ordered? With what does law (or do laws) interact? On what scale? How does our understanding of law shape our inquiry into it? How do conceptions of law impact law's

institutional arrangements? And, the pivotal question underlying all the others, who am I in relation to law?

My contribution to this course reflects my efforts to answer – and to urge you, as students of law, to pursue your own answers to – these questions. Ultimately, the steps on a journey towards an understanding of implicit comparative law are intermediate steps on the ongoing pursuit of understanding the interaction between law, society, knowledge and self.

Commentary:

A syllabus aims at answering a common student question, “*why should I take this course?*” It typically begins not only by introducing a course and providing an overview of its content (synopsis), but also by explaining how and why the course came to be (rationale). The synopsis and rationale just presented seek to incite student reflection about the foundations of legal knowledge.

Our course is anchored in the premise that comparison is a central component of the human quest for understanding.¹⁰ Characterization and taxonomy are methodologies by which we distinguish categories of knowledge and experience and by which we invent and differentiate components of knowledge and

10. If words matter, if actions matter, and if all human expressive communication matters (and we think they do), then the act and art of comparison, however carried out, also matter. Human beings constantly locate themselves and their artefacts by reference to their perceptions of others. As Jerome HALL, *Comparative Law and Society Theory*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1963, p. 9 observed, “to be sapiens is to be a comparatist”. Consider, as an example of the familiarity of comparative tendencies in everyday life, the multiplicity of linguistic devices by which we reference comparison. They include metaphor, simile, analogy, paradox, irony and imagery. Imagine the semantic deficit we would endure in the absence of these conventions.

unmediated experience.¹¹ This observation resonates in equal measure on the macro scale of all human knowledge and on the discrete micro scale on which particular disciplines and specific sets and fields of knowledge are plotted. Characterization and taxonomy are, on this account, vital instruments for discerning and assimilating legal knowledge.¹²

In legal taxonomy the criteria of *genus* and *differentium* are usually of two main types: the conceptual and the functional. The former posits features (whether phenomenal (sensory) or noumenal (cognitive)) by which particular identities may be established; the latter posits outcomes that particular identities produce or can be made to produce. But both approaches assume that legal knowledge exists prior to and independently of the commitments of the legal subject. In contrast, from a critical legal pluralist perspective, legal subjects are central to the creation, navigation and intersection of potentially competing legal orders.¹³ The exercise of comparative law is, therefore, not independent of individual commitments or the visceral human connection to comparison, but rather a manifestation of them.

-
11. On this account, characterization serves as the usual precedent of taxonomic efforts. Through characterization, the salient, primordial or distinctive features of an independent unit are, consciously or unconsciously, identified. The concern is one of essence. Taxonomy, however, in both conceptualization and execution, attends to the processes and schemes of classification. It implies the invocation of some system or arrangement of categories into which individual units can be slotted, distributed or classified.
 12. One need only look to the American Restatements, the Canadian Abridgement, the *Juris-Classeur* in France or the organization of courses in any law faculty calendar as evidence of the taxonomic tendency in European and North American approaches to legal study. Of course, there is a significant difference between vehicles like the *Juris-Classeur*, the organization of which follows the conceptual structure of the *Code civil des français*, and encyclopedias like the Canadian Abridgement that follow an alphabetical presentation of topics. For a unique attempt to adopt the French model to the common law, see Andrew BURROWS (ed.), *Birks' English Private Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, and in particular the Introduction to the first edition (2000), edited by Peter Birks, at pages xxxv-li.
 13. See section II.B and the accompanying Commentary, below.

The scholarly attraction to comparative methods and subjects as touchstones of the study of law is signaled by the event for which this paper was written – the 50th Anniversary Conference of the Quebec Society of Comparative Law held in 2011. It is also reflected in the number of longstanding associations and institutions dedicated to promoting and advancing comparative law¹⁴ as well as in the enormous literary deposit of comparative legal materials that has amassed over time.¹⁵ In this modern flourishing

-
14. For example, the International Academy of Comparative Law (est. 1924), the American Society of Comparative Law (est. 1951), the British Association of Comparative Law (formerly the United Kingdom National Committee of Comparative Law) (est. 1956), the Swiss Institute of Comparative Law (est. 1982), the British Institute of International and Comparative Law (est. 1958), the Institute of European and Comparative Law (formerly the Centre for the Advanced Study of European and Comparative Law) (est. 1995), McGill's Institute of Comparative Law (formerly the McGill Institute for Foreign and Comparative Law) (est. 1965) and the Paul-André Crépeau Centre for Private and Comparative Law (formerly the Quebec Research Centre of Private and Comparative Law) (est. 1975). For general information on a number of these and other such associations, see Mathias REIMANN and Reinhard ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
 15. See, for example, the extensive law library holdings in comparative law (e.g. a keyword search of the McGill University Library catalogue for "comparative law" reveals 21,779 holdings), prolific academic scholarship and engagement in the field (e.g. a sample of the English language journals includes the American Journal of Comparative Law, the International & Comparative Law Quarterly, the Journal of Comparative Law, the Electronic Journal of Comparative Law, the African Journal of International and Comparative Law, the Islamic & Comparative Law Quarterly, the ILSA Journal of International & Comparative Law, the Singapore Journal of International and Comparative Law, and the Oxford University Comparative Law Forum), and government and policy reports that invoke comparison across regimes (e.g. UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA, *Strategic Lawsuits against Public Participation (SLAPPs) (and other abusive lawsuits)*, Ottawa, 2008, online: <<http://www.ulcc.ca/en/2008-quebec-city-qc/235-civil-section-documents/448-strategic-lawsuits-against-public-participation-slapps-report-2008>> (page consulted on July 25, 2013); DEPARTMENT OF JUSTICE, *A Profile of Legal Aid Services in Family Law Matters in Canada*, by Lorne D. BERTRAND et al., Ottawa, 2002). Not everyone sees this literary output as evidence of comparative law's flourishing. See, notably, Mathias REIMANN, « The Progress and Failure

of comparative law, theoretical analyses often display an emerging disciplinary self-awareness. This self-consciousness is manifest in epistemic shifts amongst comparative law thinkers. One such shift moves the comparative reflexes away from an overriding focus on process and method to an interest in substance and purpose. Consider, to take an example, the shift in emphasis reflected in the decision of the Quebec association that brings together comparative law scholars to change its name from the Quebec Association for the Comparative Study of Law (a name implying a focus on process, method and the "how" of comparative law), to its present designation, the Quebec Society of Comparative Law (a name suggesting a concern with the substantive objects and ambitions of comparative law).

The post-WWII growth of comparative law has, however, given rise to a persistent orthodoxy that has (1) structured comparison as either essentialist or functionalist, (2) posited legal meta-phenomena (orders, systems, traditions and families) as the relevant categories of comparison, and (3) oriented the hypotheses of comparative law to the explicit, the formal and the momentary. Consider each component of this third characteristic of the orthodoxy. First, the analytical hypotheses of orthodox comparative law are focused on the explicit: whatever the method or subject of comparison, the artefactual comparator (norm, concept, domain of law, legal system, legal tradition) is a product of the modern political state or its surrogates, and whatever the unit of comparison (substantive or procedural rule, law-making or law-applying process, outcome), the focus is on practices and actions of officials and declarations by official institutions. Second, orthodox comparative law reveals its preoccupation with the formal insofar as it takes law to be an abstract, authoritative, exogenous artefact: law is to be identified by its pedigree, not by its purpose nor by the results that it in fact produces. Finally, the orthodox framework accepts the law as it exists at a given moment as its object: the comparison at stake is usually that of simultaneously existing

of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century », (2002) 50 *Am. J. Comp L.* 671.

regimes, rather than the mechanisms and processes through which the current state of affairs has come to be.

The orthodoxy we have just described is a necessary starting point for our proposed course. Without a firm grasp of the heritage and contemporary practices of comparative law, the idea of implicit comparative law is hard to fathom. However, it is a commitment to questioning orthodoxy's privileged place in the creation and perpetuation of legal knowledge that is the pedagogical propeller of this course: Why is the focus on artefacts and actions of the political state and not on the experiences and actions of individuals as legal agents? Why is law conceived of as an external force rather than a dynamic product of human interaction? And why is the comparative moment static rather than dynamic, aimed at facilitating the comparison of how even apparently unchanging formal legal artefacts and regimes evolve through time?

There is one other point we wish to make in the course Synopsis and Rationale. By setting out in parallel our separate intellectual journeys that led us to this course, we mean to illustrate for students that thinking about implicit comparative law also means thinking about the various reasons that have brought everyone together in the seminar. In a critical legal pluralist framework, the enterprise of comparative law requires attention to recognizing and comparing the different motivations and understandings of law held by seminar participants.

B. Course Objectives

We have designed this course with two foundational learning objectives in mind. These objectives flow from our rationale for creating the course as set out above. Both are directed to enriching your understanding of the forms of legal normativity and of the distinctive character of legal normativity by contrast with social normativity.

First, by the end of the course, we hope that you will have acquired a more sophisticated understanding of legal normativity: law's rules, institutions, processes, and methods.

Even though this is not a conventional course in legal theory, achieving this first goal will require you to revisit some of the assumptions that underpin standard doctrinal approaches to the study of law. In particular, we ask you to challenge the assumption that the concept of legal normativity can be exhausted by reference to explicit, formal and consciously elaborated phenomena identified as belonging to a particular legal regime by an ex ante rule of recognition.

To aid this questioning, we present a model of normativity in which all the artefacts of law (norms, concepts, institutions, processes, methodologies) have multiple manifestations that can be plotted as coordinate points in a matrix formed by the intersection of two axes. The vertical axis plots degrees of conscious, institutional elaboration, spanning the explicit (official, conscious, chirographic) at the top to the implicit (interactional, unconscious, unwritten) at the bottom. The horizontal axis plots the extent to which the character of display and articulation of legal artefacts is canonical. This axis spans the formulaic (discursive, stipulative, detailed) on the left to the inferential (presentational, open-ended, more abstract) on the right.

The intersection of these two axes creates four quadrants. Consider how different kinds of legal rules and basic institutions, to take only two kinds of legal phenomena, can be plotted in these quadrants. In the upper left quadrant (explicit, formulaic) are the most recognizable or manifest kinds of legal rules (state-enacted legislation and regulations), and law making institutions (legislatures, courts, agencies, officials). In the upper right hand quadrant (explicit, inferential) are what might be called allusive legal phenomena. Here, we find rules announced in judicial precedents (ratio decidendi), and institutions that produce or interpret rules without themselves being designed for that purpose. In the bottom left quadrant (implicit, formulaic) are what we call routine legal phenomena, which include customary practices and informal

business codes, as well as informal voluntary associations like standards associations and mediation services that make rules or apply them in settling disputes. Finally, in the bottom right quadrant (implicit, inferential) are latent legal phenomena, which include unwritten general principles of law, personal experience, and relationships based on trust.

The point of this complexification of normativity is, on the one hand, to enable you to see how much of the normative character of even official law is not “made” by official state institutions; and on the other hand, it is to assist you in recognizing how much law arises in everyday human interaction. Armed with such insights you may then begin to consider why both official and unofficial implicit normative phenomena must also be accounted for in any comparative legal exercise.

Second, by the end of this seminar, we hope you will have developed a more intentional and sophisticated understanding of what counts as law and what can reasonably be called a legal regime (or normative order).

To achieve this goal, you will have to reconsider what criteria you have adopted for distinguishing law from other types of normativity. We want you to ask: is it useful to quest for a sharp ex ante criterion to identify whether any given normative system or regime is a legal order? And, more particularly, if it were in fact possible to postulate some type of differentiating criterion, would this criterion relate the idea of law exclusively to the artefacts of the political state?

Traditionally, comparative law scholarship has taken as its primary object of study either the law of particular states or a genus of legal tradition (the civil law, the common law) that the law of these states instantiates. This tendency reveals comparativists’ commitment to a formalist conception of law. Instead of finding the epistemological and ontological heterodoxy of contemporary legal theory reflected in different strands of comparative law discourse, we find a single ideology: state legal positivism. Several features

characterize this perspective: there is a single legal order operative in a given geographical space at any one time; this legal order is the normative order authorized by the state; only rules that are made or recognized by official institutions such as legislatures and courts count as law.

As a result, the meta-framework of traditional comparative law is constructed on a notion of law as exogenous to, and imposed by the state upon, the individual. This commitment shapes scholarly choices about what constitutes an appropriate subject of comparative legal study: national institutional responses to human rights disputes, but not competing accounts of individual understandings of dignity; domestic same-sex marriage laws, but not the lived experience of competing familial relational rules; access to small claims courts and official mediators and arbitrators, but not access to everyday informal mechanisms of dispute creation, avoidance, and resolution.

In this course, we ask you to question the purchase of state-centricity on the Canadian legal psyche – whether in Quebec or any other province, but not of course, in Nunavut.¹⁶ The legal pluralist hypothesis that grounds this course is meant to facilitate your interrogation. This pluralist hypothesis signals four ideas: (1) In any given environment, several legal orders are in direct competition for authority; (2) None of these legal orders derives its legitimacy from another legal order; (3) In any given environment, the state legal order is not necessarily the most powerful; and (4) The movement of legal rules and concepts between legal orders (including the state legal order) is bi-directional: sometimes, the rules of the state legal order

16. Alone among political jurisdictions in Canada, Nunavut does not have an underlying general law reflecting either the common law or the civil law tradition. Indeed, because of the disparate groups found in the territory of Nunavut, it is difficult to claim that there is even a single underlying general law (*ius commune*). To the extent they consider the question, citizens of Nunavut would not, therefore, see the enactments of the Canadian Parliament or the Territorial Legislature as comprising the paradigm case of law.

penetrate into non-state legal systems; and sometimes the rules of non-state legal orders are imported into state legal systems.

In adopting a legal pluralist understanding of law as a starting premise for comparative inquiry, we legitimize the comparison of phenomena located in the allusive, customary and latent or tacit quadrants of the matrix noted previously. As a consequence, we are permitted, indeed, encouraged, to compare the interactional law of everyday life in multiple settings, across transient and evanescent micro-legal orders, as well as less transient, macro-normative orders, including even formalized supra-state legal orders (the law of the International Court of Justice and the law of the International Chamber of Commerce) and transnational non-state legal orders such as those internal to multinational corporations (the law of Toyota and Ford, of United Fruit and DelMonte, of Reebok and Nike), and religions (the Roman Catholic Church and the Eastern Orthodox Church).

The two first-order objectives of this course are meant to provide the foundation for the particular vision of comparative law that will be pursued in our examination of sites and modes of legal ordering. An expansive and pluralist account of what counts as law will enable you to see how comparative methodology can be deployed to juxtapose both manifest and latent legal artefacts and to understand the interaction of both official and unofficial legal orders.

Commentary:

The Course Objectives section of a syllabus should establish the inquiries through the pursuit of which a course moves forward. Accordingly, under the heading Course Objectives, we sought to answer the questions: *What are the foundational premises of the course? And how are these premises elaborated in the organization of the course?*

Our first intended outcome for this course is to equip students with a framework for enlarging their comparative law analyses beyond a preoccupation with formal and explicit phenomena. Achieving this objective presupposes that students come to master a richer understanding of normativity in law generally. Traditional comparative law scholarship has two methodological foci: normative artefacts that are written (be these in the form of legislative enactments, regulations, or judicial decisions) and doctrinal analyses of these artefacts (whether measured by textual analysis of language or empirical studies of effectivity). Admittedly, many scholars who adopt these foci nonetheless acknowledge normative diversity. But when doing so, they usually tether the unofficial phenomena of which they take account to official law upon which the unofficial law is deemed parasitic.

Consider the following as an example of the comparative inquiry that would be engaged were we to adopt an enlarged conception of legal phenomena. We, the co-instructors of the proposed course (and co-authors of this paper), are a 64-year old male law professor and a 32-year old female doctoral candidate, both members of McGill University's Faculty of Law. Our everyday interaction is formally structured by the fact that the former is the latter's doctoral supervisor.

But is the formalized supervisory relationship set out by the rules of the Graduate and Postdoctoral Studies Office at McGill the only, or even the central, normative regime that governs our interaction? Imagine that we were writing an article comparing the supervisor-supervisee relationship in different countries, in different universities or in different departments of the same university. What elements of our relationship would we consider central to the analysis and what normative regimes would we hold to be significant?¹⁷ If we recall the four-cell matrix of normativity

17. See Desmond MANDERSON, « Asking Better Questions: Approaching the Process of Thesis Supervision », (1996) 46 *J. Legal Educ.* 407.

outlined in the syllabus, we can compile a preliminary list of the applicable legal regimes:

(1) A number of manifest legal orders: the applicable legislative enactments of the governing bodies of Canada (the *Criminal Code*), Quebec (the *Charte des droits et libertés de la personne*), Montreal (City of Montreal By-Law 95-039, *A By-law Concerning the Development of the McGill University Campus and Authorizing the Construction and Occupancy of a Building for the Faculty of Engineering*), McGill University (Code of Student Conduct, employment regulations) and any applicable conventions and laws of the international legal order;

(2) Multiple allusive legal orders: a potential collection of judgments of a mutually-acceptable third-party dispute-resolution authority (whether mandated by McGill or agreed to by us); the manuals, handbooks and other documents prepared by professional associations and student groups that provide advice about the supervisory relationship;

(3) A plethora of routine legal orders: the customs, derived from university codes, social and professional negotiations and practices, and norms set out by the document that we have signed to regulate our relationship; in addition there are numerous secondary relationships arising in other dimensions of the interaction between us – our relationship as co-authors of scholarly work; the collateral relationship of referee and referent; and our projected relationship as co-teachers of a graduate seminar; and

(4) The powerful latent legal orders that sustain the other types of normative orders just reviewed: culturally-understood, but uncodified and often unconscious, normative orders arising from sites of identity (we share global, national, provincial and municipal citizenship, socio-economic band-width, and Western-European heritage); sites of culturally and socially-laden differences (we differ according to gender, age and social and professional status); and the evolving set of personal understandings that arise over time through everyday interaction (for example, the reputation we each

bring to the relationship at its outset; the student's maturing scholarly judgment; the supervisor's growing acknowledgement of the increasing mutuality of intellectual contributions to joint projects).¹⁸

Contemporary conceptions of comparative law typically do not accommodate the uncertainty and movement of norms that are at stake in and between the varieties of normative orders described above. This remains true even though comparative law scholarship has shown increasing concern with the interaction of norms and their migration across borders (political, economic, social and ideological), systems (of whatever level of abstraction) and traditions (whether self-conscious or articulated by comparative scholars).¹⁹ In contrast, recognizing and engaging with diversity in every mode and site where one finds legal phenomena is a hallmark of the implicit comparative law approach. Unlike the traditional focus on the upper quadrants (and especially on the upper left quadrant) of the matrix, an implicit comparative law approach recognizes the

-
18. Our relationships with third parties add another layer of normative complexity to the analysis. We each have an independent professional relationship with one of McGill's Associate Deans; we have independent but mutual relationships with some other McGill Law faculty members, as well as with some of the supervisor's current and former students; we are in a tri-part relationship with the institutions to which the supervisor wrote letters of reference on the supervisee's behalf, McGill University as an institution, and the Faculty of Law. For further elaboration of the four-cell matrix, see the sources and diagrams cited in the Annotated Bibliography.
19. For a discussion of internormativity, transplants and harmonization as conceptions of norm migration, see Roderick A. MACDONALD, « Les vieilles gardes : hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives » in Jean-Guy BELLEY (ed.), *Le droit soluble: Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 233 and Roderick A. MACDONALD, « Three Metaphors of Norm Migration in International Context », (2009) 34 *Brooklyn J. of Int'l L.* 603. For a discussion of the appropriateness (of lack thereof) of invoking certain metaphors to describe the movement of norms, see: H. Patrick. GLENN, « On the Use of Biological Metaphors in Law: The Case of Legal Transplants », (2006) *Journal of Comparative Law* 358.

comparative possibilities of commensurable units regardless of their coordinates.

Our second first-order objective for this course is that students will challenge the notions that authorization by the political state is the criterion for distinguishing legal and social normativity and that a state-centric framework is inevitable in legal study. While the comparative enterprise's preoccupation with legal phenomena emanating from the political state is not unexpected given some of the objectives attributed to comparative law,²⁰ some comparative law scholars struggle with the constraints of traditional methods and categories. These analytic discomforts – and their prescriptions for relief – often germinate within the domain of comparative law and grow outwards. As a result, both the diagnoses of, and the prescribed remedies for, comparative law's pathologies are framed in traditional terms. That said, alternative sources of relief from the malaise of orthodoxy have emerged from

20. That is, if the objective is, for instance, to respond to the demands of cross-border legal practice and the boom of international business transactions, then the comparative exercise can be conducted at an initial stage by exclusive reference to the institutions, processes, norms and practices of the state. See Roderick A. MACDONALD, « Transnational Secured Transactions Reform », (2009) *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 745. In such cases, the value of the comparative exercise is measured in terms of market expansion, globalized career opportunities and consumer demand. Correspondence between the purpose and method of comparative law also exists (in a self-fulfilling way) if the goal is to classify legal systems into families or traditions on the basis of official, institutional responses to certain problems, to assist judges in filling gaps in the law or to achieve legislative unification, harmonization and/or reformation. On this view, competing non-state normative orders can be discounted as secondary, as parasitic upon the state legal order, and as evidencing mere states of fact illustrating the inevitable difference between “legal cultures”. For further discussion of these themes, see R. A. MACDONALD, « Is Law a Zoo? », *supra*, note 2. See also, for an example of measuring the “unofficial” against the “official”, in this case, informal economies against the gross domestic product, see Friedrich SCHNEIDER, Andreas BUEHN, and Claudio E. MONTENEGRO, « Shadow Economies All over the World – New Estimates for 162 Countries from 1999 to 2007 », (2010) *Policy Research Working Papers* 5356, online: <<http://elibrary.worldbank.org>> (page consulted on July 25, 2013).

studies of structural connections between instantiations of micro-legal orders (the law of everyday life) and macro-legal orders.²¹ Such exercises, which adopt legal pluralist premises and work inwards towards comparative law, offer insight into the mechanisms of situating official and unofficial law in each other's comparative gaze.

Our proposed course, however, goes beyond simply comparing non-official micro- and macro-legal orders with official state law. Course participants will step both analytical feet outside the realm of official law and into a domain that accepts non-official law as legitimate on its own terrain. Pursuant to this approach, neither the state nor official agencies of law-making or law-interpretation are required to provide an institutional locus for distinguishing *real* law from other forms of normativity. While many legal pluralists adopt a social scientific conception (which seeks to find in actual normative orders the equivalent institutions, rules and practices of state law), others (including the authors of this paper) take a conception of law in which a legal order is constituted (that is, legitimated as law) not by any institutional claim it makes of legal subjects, but by the legitimacy that legal subjects accord to that legal order and its claims.²² The pluralist perspective

-
21. Daniel JUTRAS, « The Legal Dimensions of Everyday Life », (2001) 16 *C.J.L.S.* 65 (which identifies the “architectural continuity” between brief encounters and formal, institutionalized human interaction, as manifested in shared tensions and polarities across the normative orders and along the axes of (1) the interdependence of norms and power and (2) the operation of explicit and implicit normativity). See also Lon L. FULLER, « The Law’s Precarious Hold on Life », (1968-1969) 3 *Ga. L. Rev.* 530; W. Michael REISMAN, *Law in Brief Encounters*, New Haven, Yale University Press, 1999 (which uses official law as a means of illuminating the characteristics of everyday life as an interactive legally-ordered space); Roderick A. MACDONALD, *Lessons of Everyday Law*, Montreal, McGill-Queen’s University Press, 2002 (which invokes the allegorical potential of everyday life to illuminate fundamental problems of macrolegal ordering). Consider also Justice Albie SACHS, *The Strange Alchemy of Life and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
22. This is not to say that there is no criterion by which to assess these claims. But, the processes of characterization and assessment are, foremost, matters of personal judgment and the criteria relied on, whatever they might be – neutrality, coherence, justice, predictability, liberty – are reflections of the legal agent. For a discussion of criteria for distinguishing

underlying this course embodies an understanding that law is present wherever people are engaged in symbolizing human conduct (both their own and that of others) as governed by rules. This they do whenever they reflect on the relative weight they afford to competing normative claims, whatever the source or type.

C. Specific Learning Outcomes

We aim to build on the course rationale and the first-order objectives set out above by attaching two specific learning (or second-order) aims to the substance and pedagogy of this course and striving to assist each of you in your pursuit and attainment of these goals. We hope that through the course tuition, you will encounter questions, resources, and methodologies that will empower you to transform the course into an intellectual endeavour that is meaningful for you and your colleagues. The second-order objectives that we identify here are primarily concerned with encouraging you to confront your own position in relation to the more complex conceptions of law and legal normativity described above. In other words, we ask you to interrogate your understanding of your own legal identity and agency, as well as the legal identity and agency of each participant in this course. We will pursue these outcomes collectively, but their ultimate attainment will attach at the individual level.

Our first second-order objective is that, by the end of the course, you will have cultivated a more complex understanding of your own position in relation to conceptions of law.

legal and social norms and normative orders, see Roderick A. MACDONALD, « Triangulating Social Law Reform », in Y. GENDREAU (ed.), *Dessiner la société par le droit*, Montreal, Éditions Thémis, 2004, p. 119. Further, a legal agent may find authority by virtue of the wisdom of others: “The manifestly foolish human being, interacting with others, is a law-maker and a law-applier, but no one accepts her or his actions as authoritative; by contrast, the wise human being, engaged in the same activities, can be taken to be an authority, and other human beings – even as agents – will defer to her or his understandings”: Roderick A. MACDONALD, « Custom Made – For a Non-chirographic Critical Legal Pluralism », (2011) 26 *C.J.L.S.* 301, note 32.

To achieve this goal, we want you to interrogate your usual position as external to law: Are you a legal subject constituted by law, or are you a law-creating legal agent? To facilitate this endeavour, we adopt a critical legal pluralist hypothesis – and the agent-centred conception of law at its heart – as a premise of this course. According to a critical legal pluralist account, the “legal subject” posits the self as the irreducible site of normativity and internormativity and understands that all human individuals are, in their social interaction, law-makers and law-appliers. Put otherwise, your primary concern in this course will not be with how law (especially official law) treats you. Rather, your focus will be the ways in which you apprehend, constitute, remake and deny law or – in other words – how you treat law.

Such an orientation immediately requires you to confront all those types of law that are not explicitly made. These can be grouped under the idea of “tacit” or “implicit” law. This idea does not just refer to the unwritten rules of the official legal order that sustain and nourish the state’s legislative and judicial processes or the un-enacted general principles, customs, and usages that may be recognized by national and sub-national courts. While these understandings correctly conceive of implicit law as arising in human interaction, they incorrectly presume that interaction generates implicit law exclusively vis-a-vis its ties to the existing explicit legal order.

Traditional models of comparative law do not account for the full dimensions of implicit law; the model of implicit comparative law presented in this course does. To engage in an implicit comparative law analysis is to reject the orthodox assumption that the artefacts of official law are the exclusive units of comparative concern, accept that the comparative mediator is the individual legal agent (i.e. the individual who makes, applies and lives the law and who navigates and recounts the interaction of normative orders), and embrace the implicit law reflected in the normativity emergent in the reciprocal adjustment of expectations that legal agents have of each other. Accordingly, implicit law, and the interaction that generates it, may

unfold and exist independently of any acknowledgement, approval or authorization of an official legal institution.

The second specific learning outcome rests on our cardinal intention that this course be self-reflexive. You are meant to apply the protocols of the implicit comparative law approach to your own understanding of how all your other legal activities are pursued. The syllabus you have in front of you is, at best, the equivalent of explicit and formulaic normativity – the normative hypothesis of a law-maker (in this instance, the course instructors). Accordingly, each of you is encouraged to develop your own individualized syllabus for the course, making use of the entire range of explicit and implicit normative resources that we canvass during the academic term. Moreover, to maximize the reflexivity of this transformation process, you should strive to interact with all the course participants as they undertake the same exercise.

At bottom, the personal learning syllabus that each of you creates for yourself is the most important outcome to which the course aspires. The ambition is that you will extend the comparative exercise to the enterprise of learning, by considering how you and your classmates have come to understand the diverse possibilities, as well as the potential limits, of learning law that are opened up by the implicit comparative law hypothesis. After all, if that hypothesis is valid, every participant in this course is at one and the same time, a teacher and a learner. Throughout the semester we will constantly be asking ourselves whether we are making the most of our own learning/teaching experience.

Commentary:

The specific learning outcomes set out in a syllabus are statements of aspiration. Our stated outcomes are attempts to answer the questions: *What skills and knowledge bases do we hope that students will develop in this course? What personal journey do*

we hope that the course participants will embark on during the course and take with them beyond the classroom?

Our first second-order objective for this course is that students will interrogate their usual submissive, external place *vis-à-vis* law. Hence, our explicit commitment to a critical legal pluralist approach. Indeed, this course rests on the claim that a critical legal pluralist hypothesis is at once, the foundation of implicit comparative law and the necessary outcome of implicit comparative law in action.

Consider first the foundational premise, which is illuminated by articulating propositions central to the critical legal pluralist hypothesis. First, for a critical legal pluralist, the individual – the legal subject and legal agent – is the locus of normative interaction.²³ Second, the analytical focus is on contingency, agency and pervasive heterogeneity in individuals' imagination and engagement with multiple applicable legal orders²⁴ and these

23. “A radical legal pluralism [for the purposes of this text, this phrase should read “a critical legal pluralist approach”] presumes that legal subjects hold each of their multiple narrating selves up to the scrutiny of each of their other narrating selves, and up to the scrutiny of all the other narrated selves projected upon them by others. In doing so, we acknowledge that our multiple selves are constituted by these multiple reciprocal gazes, and that because they have the potential to multiply themselves through each reciprocal gaze, the number of possible selves is limitless: it grows exponentially at, and with, each gaze. In brief, particular legal subjects are constituted, shaped, remade, denied and destroyed through the knowledge and identities they inherit, create and share with other legal subjects”: Roderick A. MACDONALD, « Here, There... and Everywhere: Theorizing Legal Pluralism; Theorizing Jacques Vanderlinden », in Lynne CASTONGUAY et Nicholas KASIRER (ed.), *Étudier et enseigner le droit: hier, aujourd'hui et demain – Études offertes à Jacques Vanderlinden*, Montreal, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 412-413.

24. Critical legal pluralism embodies heterogeneity (plurality embraces complexity not only numericality); flux (power distribution dynamics are central to tracing trajectories of normative interaction); and dissonance (systemic coherence is problematic within any given spatial, temporal, social or affective fields). See Roderick A. MACDONALD, « Critical legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law », in

constructive endeavors take place every day in numerous sites and through numerous practices. Finally, the multiple normative outputs negotiated in these constructive endeavours are more than social practices – they are the reflection of discrete, yet interpenetrated, legal regimes. Put another way, these propositions of the critical legal pluralist approach provide that both law's creation and the processes of internormativity require legal agents to engage in, and understand the legal enterprise as, a taxonomic and comparative negotiation of the myriad explicit and implicit legal orders at play in any particular interaction.

Now consider the action premise. A critical legal pluralist approach does not describe given entities in the world. Rather, it acts as a heuristic device for analyzing patterns of social and normative interaction; identifying contingent relationships between norms, methods of ordering, modes of symbolizing and specific social milieu; analyzing normative continuity and change over time and space; describing differing intensities of normative interaction among various actors; and modeling mutual adjustment among legal orders. On this model, the most basic inquiries are obviously not concerned with how law interacts with society, but rather with how different legal normativities within society interact. Moreover, by positing that normative argument not be short-circuited by claims of systemic priority, this critical legal pluralist approach exposes the contingency of normative concepts operative within given regimes and requires the development of modes of argument and reasoning that recognize plural sources of normativity.

Taking the foundational and action premises seriously entails understanding that the interaction between different legal regimes cannot be exhausted simply by comparing when, how and why one legal order officially adopts – or should adopt – the norms of another. Normative conflict, migration and transplantation originate not in overlapping or parallel explicit orders, but rather in the everyday experience of the legal agent. The inquiry starts by

Andrée LAJOIE et al. (eds.), *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 20.

accepting that examining diverse instances of internormativity is to take seriously, for each site of legal production, the conceptual apparatus inherent in it. It is to presuppose that individuals themselves (be they officials or not) set the conditions under which they undertake inter-normative dialogue. In this exercise, each legal regime will be understood both as subject – having its own conception of ‘sources of law’ and criteria of jurisdictional porosity – and as object – subject to incorporation into another legal order, notwithstanding its own self-conception, on terms established by that other order.

The second specific learning outcome that we have set for this course focuses on the reflexivity of teaching, learning and ultimately, of law. It signals our aim to amplify the intentionality of comparative legal study and to enlarge and optimize both the aspirational and the practical aims of the endeavour. Our ambition to attain these aims is grounded in two articles of faith. First, we believe that each course participant – student, instructor – will, as the semester proceeds, create his or her own course. That is, the formal course tuition as reflected in the syllabus is only a part of the comparative endeavour that each student will undertake. Through the various exercises and assignments, in combination with the divergent constellation of normative commitments that each one brings to the seminar, students will construct a course that is unique to them. The seminar will become, therefore, for each student, his or her own site of law.

The complementary belief driving our commitment to reflexivity is that, in developing these individual courses, every student in the course will interact with every other student. We believe that the richest form of comparative learning involves assessing one’s own actions and assumptions in the light of the actions and assumptions of others. At bottom, the implicit comparative law hypothesis is that the greater the number of sites of comparison in any learning environment, the deeper the understanding not just of law, but of comparative law. And the sites of comparison can never be fully stipulated in advance; each new site being explored opens a previously unknown range of other potential

sites. This is the tacit dimension of knowledge that is signalled by the notion “implicit comparative law”.²⁵

D. Primary Reference Materials

We have compiled the obligatory materials for this course into a compendium of, first, written and graphic works and, second, instructions for accessing non-textual and non-still (e.g. video, musical, theatrical, and multi-media) works. The compendium can be downloaded from the course website or photocopied from our master version, which we will bring to class.

You may wish to complement or supplement the works provided for in the compendium by accessing reference materials that mine the primary themes of this course to their epistemic and conceptual bases. Below, we list primary reference works in four expansive categories that lie at the core of our configuration of this course – (1) the foundations of comparative law, (2) transsystemia, (3) legal pluralism and (4) implicit law. Each of the reference materials listed below is available either on the course website (articles) or at the reserve desk in the Law Library (texts). Additional routes for exploring these (and related) areas of inquiry are mapped in the Annotated Bibliography (Appendix).

(1) Our study of the traditional North American and Western European approach to comparative law compels us to confront the “masters” of the field. The classical literature is rich and voluminous. You could begin an instructive foray into the field by familiarizing yourself with the form, substance, and evolution of the following authoritative texts:

25. For a discussion of the epistemic assumptions of the tacit dimension of knowledge – that is, the knowns and unknowns underlying individual knowledge – at stake in implicit comparative law see Michael POLANYI, *Personal Knowledge*, New York, Harper Torchbacks, 1956 and Michael POLANYI, *The Tacit Dimension*, Garden City, Doubleday, 1966.

Arthur VON MEHREN and James R. GORDLEY, The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law, 2nd ed., Boston, Little Brown & Co., 1977.

Konrad ZWEIGERT and Hein KOTZ, An Introduction to Comparative Law, 3rd ed., Oxford, Clarendon Press, 1998.

René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, Les grands systèmes de droit contemporains, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002.

H. Patrick GLENN, Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law, 4th ed., New York, Oxford University Press, 2010.

A rich compilation of recent, varied perspectives on the development of comparative law in certain regions of the world, on approaches to comparative law as an intellectual endeavour, and on the state of comparative studies in particular areas of law is found in:

Mathias REIMANN and Reinhard ZIMMERMAN (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Moreover, the tuition in this course is premised on a concern with the individual legal subject's centrality to comparative legal knowledge, processes and practices. For helpful development of this theme, see:

Roderick A. MACDONALD, «Custom Made – For a Non-chirographic Critical Legal Pluralism» (2011) 26 C.J.L.S. 301.

2) *The McGill Faculty of Law's transsystemic curriculum is the culmination of evolving institutional commitments to an ongoing, open conversation with law over time. Transsystemia is*

neither uniform in concept nor static in execution. Nevertheless, its current instantiation at McGill reflects a curricular theory and practice that offers much insight into the ambition and actualization of implicit comparative law. If you are looking for discussions that foreground the McGill Programme's evolution and methodological approach, the following sources will be of assistance:

Roderick A. MACDONALD, « *The National Law Programme at McGill: Origins, Establishment, Prospects* », (1990) 13 Dal. L.J. 211.

Yves-Marie MORISSETTE, « *McGill's Integrated Civil and Common Law Program* », (2002) 52 J. Legal Educ. 12.

Nicholas KASIRER, « *Bijuralism in Law's Empire and in Law's Cosmos* », (2002) 52 J. Legal Educ. 29.

Alternatively, for accounts of transsystemic pedagogy and the experience of a transsystemic classroom, look to these two articles:

Roderick A. MACDONALD and Jason MACLEAN, « *No Toilets in Park* », (2005) 50 McGill L.J. 721.

Jacques P. VANDERLINDEN, « *Une lecture du système normatif de l'Église catholique par un pluraliste comparatiste aux personnalités multiples* », (2005) 50 McGill L.J. 809.

Finally, if you are seeking help in constructing a framework for assessing the McGill Programme's successes and failures, its versatility and singularity, the following two articles will provide you with some starting points:

Harry ARTHURS, « *Madly off in One Direction: McGill's New Integrated, Polyjural, Transsystemic Law Programme* », (2005) 50 McGill L.J. 707.

Peter L. STRAUSS, « *Transsystemia – Are We Approaching a New Langdellian Moment? Is McGill Leading the Way?* », (2006) 56 J. Legal Educ. 161.

(3) “Legal pluralism” signifies a range of hypotheses about law that point to non-monist accounts of the forms, sites, modes, meanings and/or trajectories of law. The critical legal pluralist approach that underlies this course is a response to the dominant narratives of contemporary pluralist legal scholarship. One of the instructors of this course has elaborated on the foundational principles of critical legal pluralism and its position vis-à-vis other strands of legal pluralist thought in an extensive scholarly corpus. The principal accounts are found in:

Martha-Marie KLEINHANS and Roderick A. MACDONALD, « *What is a Critical Legal Pluralism?* », (1997) 12 C.J.L.S. 25.

Roderick A. MACDONALD, « *Critical legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law* » in Andrée LAJOIE et al. (eds.), *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 9.

Roderick A. MACDONALD and David SANDOMIERSKI, « *Against Nomopolies* », (2006) 57 Northern Ireland Legal Quarterly 610.

Roderick A. MACDONALD, « *Here, There... and Everywhere: Theorizing Legal Pluralism; Theorizing Jacques Vanderlinden* » in Nicholas KASIRER (ed.), *Étudier et enseigner le droit: hier, aujourd’hui et demain – Études offertes à Jacques Vanderlinden*, Montreal, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 381.

(4) The concept of “implicit law” is not new or unique to this course. A number of scholars have undertaken the task of exploring its foundations and considering the relationship between implicit

forms of normativity and official legal institutions. The following sources are especially helpful in this regard:

Lon L. FULLER, Anatomy of Law, New York, Frederick A Praeger, 1968.

Lon L. FULLER, « Human Interaction and the Law », (1969) 14 Am. J. of Juris. 3.

Gerald POSTEMA, « Implicit Law » in Willem J. WITTEVEEN and Wibren VAN DER BURG (eds.), Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design, Amsterdam, Amsterdam University Press, 1999, p. 255.

Jeremy WEBBER, « Legal Pluralism and Human Agency », (2006) 44-1 Osgoode Hall L.J. 167.

Roderick A. MACDONALD, « Unitary Law Re-form, Pluralistic Law Re-Substance: Illuminating Social Change », (2007) 67 La. L. Rev. 1113.

Kristen RUNDLE, Forms Liberate, London, Hart Publishing, 2012.

Commentary:

In the design of a course, considerable effort must be devoted to developing a set of obligatory course materials, as well as a list of complementary readings. Our criteria for selecting obligatory materials are closely tied to our course objectives. Obligatory materials are not simply a portable library of substantive texts that cover the topics of each class session. They must also speak to all course objectives, including pedagogical goals, and the set of skills (oral and written communication, institutional design and instrument choice, integration and transformation of material, the

recognition and resolution of ethical dilemmas) that are inherent in all deep learning. This is why the use of websites, other external linkages, and materials in non-written and fluid forms is a necessary feature of our implicit comparative law course. To date, few doctrinal writings present the problems of implicit law and we have found none that address our concern with implicit comparative law. Most of our compulsory sources, consequently, are drawn from everyday human experience and do not show up in any indexes of law or comparative law.

The complementary references listed in this section have another purpose. Here the goal is to provide students with references to some foundational writings about key course themes. We have purposely selected materials that take provocative positions and that have extensive bibliographies. We have sought to select materials that instantiate pluralist themes and that will enable students to locate their own emerging understandings within the intellectual traditions of contemporary reflection on comparative law. While some reflect our own views, other texts are intended to provide counterpoints. The Annotated Bibliography in the Appendix provides a further resource of this type. Our assumption is that course participants will have an occasion, in reading these further sources, to apply research and analytical protocols addressed in the seminar to evaluate the assumptions that authors make, and to hone their critical capacity to ferret out the implicit dimensions of the comparative exercise that these authors are undertaking.²⁶ Moreover, we conceive of these materials as complementary to signal that each member of the seminar is expected to actively seize the role of agent in the individual intellectual journey and comparative practice on which he or she has embarked and of which this course is a part.

26. The approach to scholarship implicit in our selection of materials is derived from Susanne K. LANGER, *Philosophy in a New Key: A Study in the Symbolism of Reason, Rite, and Art*, 3rd ed., Cambridge, Harvard University Press, 1957.

E. Course Content and Pedagogical Approach

In this course, we begin by asking comparative questions about comparative law. We ask you to reflect upon the mainstream view of comparative law and to inquire into the reasons for its historical monopoly of the field. This inquiry has two dimensions. One is historical. Consider whether comparative law would now be framed as it is if the first such endeavours were products of the late 18th or the late 20th rather than the late 19th century. The other is conceptual. Consider whether the approach to comparative legal study in different parts of the world (North America, South America, Europe, Africa, Asia), or even in different countries (for example, Japan, Germany, Israel, the United States) reflects any features (historical, geographic, political, demographic) that may be specific to such regions or states. To facilitate these tasks and to pursue their implications throughout this course we juxtapose mainstream views with our alternative approach, which we label implicit comparative law. The comparative endeavour announced by this title speaks not only to the ostensible subject matter of the course but also to its pedagogy.

The section of this syllabus on specific learning outcomes indicates that the scope of the topics covered in the course and our pedagogical approach are grounded in a particular legal theory – critical legal pluralism. What does it mean to teach and learn comparative law taking such an approach? The following example, taken from a hypothetical fact situation that we will address at length in our initial class, is offered as an illustration of how we will weave content and pedagogy together in this course. The hypothetical is drawn from the general universe of commercial transactions and, more specifically, from the field of inventory financing. Our goal is to inquire into (1) the legal regimes that are intended to regulate the distribution and sale of snowmobiles in Rouyn, Quebec, in Hawkesbury, Ontario, in Geneva, Switzerland, and in Thredbo, Australia, and (2) the legal systems that aim to regulate the distribution and sale of automobiles in Montreal, Quebec, in Toronto, Ontario, in Paris, France and in London, England. The course materials will introduce you to the official regulatory schemes in place

in these different political jurisdictions (Civil and Commercial Codes, common law cases, Personal Property Security Acts, and so on). As you are reviewing these materials, you should ask yourself exactly how you are engaging in a comparative analysis. What are the normative regimes that provide the legal framework through which different sets (and forms) of materials may be regrouped? With respect to each regime, what is the genus that provides the common ground for comparison? And what are the criteria of differentiation that define the matrix onto which you might plot your comparative observations?

In an orthodox exercise of comparative law, we would likely begin by identifying the legal family or tradition to which the official law of each of the particular cities in question belongs. Assuming that we are studying at a law faculty in Quebec, in such an exercise we would initially regroup the eight sites according to the political unit (Quebec, Ontario, England, France, Switzerland, and New South Wales) where they are located. But orthodoxy would see little interest in comparing sites of law in the same political jurisdiction (for example, Hawkesbury and Toronto, or Rouyn and Montreal). So a complementary opening reflex would be to regroup these cities as being located in either civil law or common law jurisdictions. Once this is done, a doctrinal comparison could then be organized by exploring the official law applicable to financing snowmobiles in, for example, Rouyn, Quebec, and Hawkesbury, Ontario, or more generally the official law of secured financing common to Rouyn and Montreal (and more remotely Paris and Geneva) with the official law common to Hawkesbury and Toronto (and more remotely London and Thredbo).

Why, however, are these particular groupings our first comparative reflex? When and why does the official law of a Civil Code or a Personal Property Security Act achieve pride of place in the way we organize different normative regimes? To answer, we need to examine the assumptions about law, legal knowledge, identity and difference, legal subjects and legal agents that ground this comparative exercise – assumptions that are both explicit and implicit in the way we have been learning the law to this point in our law

faculty careers. Since we know that there can be other conceptions of what characterizes a normative regime, there must likewise be different criteria by which regimes may be grouped and compared. Under what criteria of similarity might we consider the primary cognates to be Rouyn and Hawkesbury (and more remotely Geneva and Thredbo) on the one hand, and Montreal and Toronto (and more remotely Paris and London) on the other? Here, we only need imagine that the foci of our comparative inquiry are the object of the transaction (snowmobiles or automobiles) and the character of the retail market for those objects. Might it also be possible that the primary cognates are old world cities (Paris, London and Geneva) as against new world cities (Toronto, Montreal, Rouyn, Hawkesbury, and Thredbo)? Still again, are there not conceptions of normative regimes in which the primary cognate pairs might even be Rouyn and Toronto on the one hand, and Montreal and Hawkesbury on the other? Or might they be Paris and Thredbo (and more remotely London and Geneva) on the one hand, and Montreal and Toronto (and more remotely Rouyn and Hawkesbury) on the other? For such to be the case we need only consider how patterns of trade, internal corporate distribution mechanisms, and inventory and consumer financing opportunities might affect trade practices and customary norms that develop around these practices.

As you think through these hypotheses you may also wish to consider what impact, if any, different professorial approaches to the transsystemic teaching of private law at McGill may have on your susceptibility to notice and analyze these various normative regimes. Suppose that the target of transsystemic teaching in one professor's course is to explore the extent to which diverse variations on the common law tradition (say, England, U.S., Canada, Australia, New Zealand, India) could be mapped onto diverse variations on the civil law tradition (Germany, France, Italy, Spain, Quebec, Brazil). Then suppose that for another professor the endeavour is to consider whether civil and common law traditions are each just instantiations of a larger intellectual construction – the western idea of law – and that richer comparative insight could be gained by comparing these western traditions with the ensemble of monotheistic religious traditions – for example, Islamic law, Talmudic law, and Canon law.

Contrast both these approaches with transsystemic teaching that is grounded in a legal pluralist approach that privileges chthonic normative regimes like those instantiated by diverse aboriginal legal systems in Canada and the United States. Such an exercise shows that adopting an implicit comparative law framework invites inquiry into the different ways you might compare the transsystemic teaching you have been experiencing in your various courses at McGill.

As for the pedagogical approach in this course, it is important to signal that the legal pluralist hypothesis grounds every feature of the tuition. It frames the manner in which different normative orders operate and interact across the range of substantive topics and themes – rules, concepts, procedures, institutions, methodologies, and approaches to teaching and learning law – we address. It influences our approach to communication both in and beyond the classroom. The formal languages of instruction in the course will be English and French, but on several occasions some other symbolic discourse – music, dance, art, film and mime, for example – will be adopted. Course materials will be equally polyglot. Moreover, since the course is meant to uncover the implicit normative orders that shape the legal manifold regimes operative in a given social space, our pedagogical practices will also vary from class to class. All sessions will be interactive and problem-based, using various horizontal, participatory formats, including role-playing, small group break-outs, inverted debates, jury-room processes, and talking circles. About one-third of the sessions will actually be led by you rather than us.

Commentary:

In the Course Content section of the syllabus, we have tried to show the close connection between form and substance in an implicit comparative law course. The point is that the two questions, “*What is this course about?*” and “*How do we teach implicit comparative law?*” inform each other. Most obviously, since the focus of the course is as much on implicit as on explicit

normative orders, a pedagogical approach emphasizing lectures that are meant simply to transmit information is unsuitable. Likewise, since unwritten norms and practices bulk large as objects of inquiry in this course, a pedagogical approach that aims only to compare formal institutions or contrast the written norms of different systems would be counter-productive. Further, being attentive to the assumptions of a critical legal pluralist hypothesis means ensuring that there is no single point of authority in the classroom. That is, to the extent that the course instructors alone take charge of each class, impose their conceptions of the subject and object of inquiry on other course participants, and control the scope of intellectual inquiry, they would be replicating in the classroom the monistic, top-down approach to legal norms that the course syllabus claims to reject.

To illustrate these points it is useful to return to the inventory financing example set out in the syllabus. The point here is that particular state legal systems and the more generic legal traditions they are believed to instantiate are not exhaustive of the comparative possibilities. In the inventory financing example, if we take the traditional comparative law approach comparing the regimes in Rouyn and Hawkesbury, we are reinforcing the orthodox view that the official “positive law” of the authoritative political regime is the primary normative system that governs commercial conduct among financiers, wholesalers, retailers and customers.

But if, adopting a critical legal pluralist approach, we look at other normative regimes that might regulate this commercial conduct, the first inquiry would be: what are the different criteria by which we could aggregate particular instances? Consider what impact each of the following would have on our analysis of cognates or agnates: transaction type (financing wholesale distributions, financing retail sales); object of the transaction (snowmobiles, automobiles); overall economic structures (the economies of eastern North America, Europe, Australia); patterns of trade; affinities of corporate groups and dealerships; the types and roles of major lending institutions; local legal practices; the climate of labour relations; the possible uses of snowmobiles and automobiles; and

so on. Equally relevant considerations for the navigation of the participating subjects' legal engagement and the competing legal orders governing their actions are considerations of the needs and wants of the parties to the transaction, the structure and status of their personal economies, the explanations and processes deployed during the negotiation process, and the mechanisms they prefer for dispute resolution.

The implicit comparative law hypothesis that we present recognizes and embraces this diversity. Indeed, our methodology means asking, in respect of the inventory financing example, under what social, economic and political conditions and under what conceptions of law would it be plausible to consider all the possible permutations and combinations of the eight geographic sites to be the most significant cognate grouping? This type of question, which we believe to be at the heart of the richest form of transsystemic teaching, is just the beginning. Until one actually begins to explore the official law governing a particular example comparatively, the myriad tacit normative regimes remain occult. As each tacit regime is revealed, we are in a position to assess the salience (or lack of salience) of the explicit criteria of comparison we may be presumptively adopting. In such an endeavour, we may discover, for the purposes of understanding the nature of regimes of inventory financing, that the primary cognate pairing of sites and regimes is snowmobiles in Geneva, Switzerland and automobiles in Toronto, Ontario, or snowmobiles in Thredbo, New South Wales, and automobiles in Paris, France.²⁷

Of course, the example that we propose to invoke in the first session of our course should not be construed as suggesting that the implicit comparative law analysis requires, as its raw material,

27. For further development of these hypotheses see Roderick A. MACDONALD and Isabelle DESCHAMPS, « Planimétrie et topographie en droit des sûretés » in Nathalie MARTIAL-BRAZ, Jean-François RIFFARD and Martine BEHAR-TOUCHAIS (eds.), *Les mutations de la norme*, Paris, Economica, 2011, p. 117; and Roderick A. MACDONALD, « A Model Law on Secured Transactions. A Representation of Structure? An Object of Idealized Imitation? A Type, Template or Design? », (2010) *Uniform Law Review* 419.

units of comparison that are tied to, defined by, or, at the limit, even cognizable within, a political jurisdiction. In this initial session, we could easily have invoked interpersonal relationships as the orienting theme and drawn on the list of legal regimes governing the relationship between the co-authors of this paper as a source of comparative analysis.²⁸ The commensurable units of all four quadrants of the matrix could be invoked, whether in a comparative analysis of the legal orders applicable to one relationship or as part of an inquiry into the normativity at stake in a range of interpersonal arrangements. The rationale for exploring this orienting inventory financing example is to illustrate that the design of any hypothetical fact situation offers an opportunity to explore the radically different regimes of comparison that are thrown up for analysis when an implicit comparative law methodology is deployed.

Given the inquiries that form the substance of this course, the appropriate pedagogical approaches set out in the syllabus are intrinsically constrained. A lecture method in which student interaction is minimal is not well conceived if a primary object is to encourage an active exploration of the tacit. The Socratic Method is also sub-optimal; for while a Socratic dialogue pushes students to revise and refine their initial responses to hypothetical problems posed by the instructor, there is usually little space left open for debating the premises that lie behind the problem chosen or the implicit limitations on the arguments from authority that can be made in support of the increasingly refined responses that are developed in response to instructor questioning. By contrast, methods that encourage all participants in the class to contribute to framing and reframing a problem, and which enable them to do so in diverse symbolic discourses that do not necessarily rest on the specificity of premises we associate with the logical syllogism, will lead participants to conceptions of the issue under discussion that, until the moment of discovery, were tacit. Finally, by requiring all course participants to take the lead in organizing at least one class

28. See section II.B, above. Patrick Glenn has developed a rich conception of the materials and objects of legal comparison that is consistent with this view of multiple normative orders in H. Patrick GLENN, « A Concept of Legal Tradition », (2008) 34 *Queen's L. J.* 427.

session, we hope students will learn the limits of discursive language in opening reflection beyond the realm of explicit normativity.²⁹

F. Assignments and Assessment

This course attempts to integrate theoretical, methodological and substantive readings, resources and discussion with hands-on experience. The assessment scheme for the course reflects this objective. Several of its features are cardinal. First, the process will be continual throughout the semester. Second, the process will be both informal and formal. Third, the process will be interactive. Fourth, you will have a chance to tailor the evaluation process to your own needs and work with us in its specific design. In this regard, most assignments in this course can be submitted in alternative linguistic formats – poetry, plays, and short stories – and in non-textual forms of symbolic discourse – visual arts, music, drama, dance, mime, film – or a combination of these forms and modes. You may simply assume that your assignments may be submitted in any format that we have adopted as a mode of communication in our classroom teaching.

You will be assessed on the basis of four sets of exercises. Some of these will be graded on a pass/fail scale, while others will be evaluated according to the Faculty's letter-based calibration. Moreover, the evaluation of your assignments will sometimes be undertaken by the instructors, sometimes by your peers, and sometimes by you on the basis of your own criteria (self-evaluation). Some parts of each exercise are to be undertaken individually and other parts, in groups. To the latter end, at the beginning of the term, you will form yourselves into teams of five or six. Your team will serve not only as a locus for several parts of the assessment process during the semester, but also as one of your primary normative orders and sites for comparative evaluation in the course.

29. Roderick A. MACDONALD, « Everyday Lessons of Law Teaching – Le quotidien de l'enseignement juridique », (2012) *Canadian Legal Education Annual Review* 1.

The first series of exercises consists of the following activities:

(1) Classroom participation – Pass-Fail

You will be expected to engage thoughtfully in each course session by: (1) attending class (individual); (2) preparing for class, both by addressing a query specifically assigned to you (individual) and by considering from a comparative perspective the taxonomic criteria that each member of your group has deployed to address the question (group); (3) posting comments online (both before and after class) on themes being discussed (individual or group, at your option). You are free to select the mode and manner of your classroom participation, which may involve a variety of expressive forms.

(2) Field trip – Pass-Fail

During the semester, we expect each of you to undertake two field trips to sites where you can observe multiple normative orders in interaction. One field trip will be undertaken on your own, the other with your group. You will be expected to share your field trip experiences with other members of the course by posting an account on the relevant online course discussion board. Your posted comments should pay particular attention to the implicit dimensions of the normative interactions you observe.

The second set of exercises has two parts:

(1) Teaching one seminar session – 33%

Each group will be responsible for preparing and leading one class session over the course of the term. This exercise involves five distinct steps: (1) Selecting preparatory materials; (2) Designing a lesson plan; (3) Leading a class session; (4) Meeting with us and the designated peer evaluators for a de-brief of your class; and (5) Submitting a brief group report detailing your pedagogical choices and an individual self-evaluation of the session.

(2) *Peer Evaluation – Pass-Fail*

Each student will act as a commentator for a session taught by another group. Peer evaluators will be responsible for providing individualized written feedback to the session leaders. In addition, there will be a formal peer review session with the session leaders, peer evaluators and course instructors.

The third set of exercises (33% of your final grade) concerns the normativity that structures the functioning and inter-personal interaction between members of your group. At the beginning of the course, your group will record the explicit rules that govern your intra-group interactions. At the end of the course, you are expected to report on the normative order you have created, and its relationship to other normative orders that make claims on you in connection with this course, developing the comparative dimensions of these orders. You should undertake this report in collaboration with your group.

The fourth set of exercises (33% of your final grade), to be undertaken individually, is to design and elaborate your own law faculty course entitled “Implicit Comparative Law”. This course might be an explicit instantiation of the personal learning syllabus that you have been formulating (consciously and unconsciously) throughout the semester. Alternatively, you might imagine some other form of implicit comparative law course on offer in a law faculty, another University unit, a CEGEP, a high school, an elementary school, as part of a public legal education programme, or as part of a professional primary, continuing or training education programme. You are expected to prepare all the materials that are associated with designing a course of the type or form you have selected (i.e. a brief course description suitable for a public announcement, a course syllabus, a reading list, evaluation materials and a grading scheme, a detailed description of the course content and pedagogical approach for one class session, and any additional foundational materials associated with the design of your particular course) and a comprehensive text explaining your pedagogical choices.

Commentary:

Evaluation, in its many forms and whatever its objectives and modalities, is a familiar feature of any course. However the learning objectives of a course may be framed, professors and students confront the question: *So what? What have we learned?* And however these questions are answered, we face its corollaries: *How do you know? How can we assess what has, or has not been learned?* These latter queries raise especially vexing inquiries when the focus of the course under examination is on the implicit dimensions of law and legal ordering. This is because in any pedagogical endeavour, one would expect that the hypotheses about law that the course proposes and the processes of discovery and learning that the course aims to compel are reflected in the evaluation processes – that is, in the course assignments and the manner of assessment.

It might initially be thought that the section of a syllabus devoted to assignments and assessment would not be a significant part of our course on Implicit Comparative Law. There are, however, two reasons why we have devoted so much attention to assessment. First, given our approach to pedagogy it is impossible to distinguish between features of the course that aim at teaching, and features that aim at assessment. In the formative evaluation approach, assessment and feedback are a central part of the pedagogy, and deserve as much attention as classroom sessions and other activities. Second, the course is about “implicit” comparative law. Consistently with that ambition, we conceive much of the learning of the course to take place implicitly. Assessments and evaluations do not look like exercises of discovery of comparative law, but if they are properly crafted they are reflections of the analytical substance of the approach we take to this course. That is, it is the parts of the course that do not explicitly present themselves as being about implicit comparative law where the lessons of implicit comparative law are most richly revealed.

In our proposed course, many assessments involve formal exercises requiring the submission of written material. At first glance, it would seem that such evaluation methods cannot be squared with a pedagogy that focuses on the theory and practices of implicit comparative law. However, this would be to misinterpret the iterative orientation of all course assignments. Like our understanding of comparative endeavours and of law, we understand teaching and learning and, concomitantly, the methods and goals of evaluation, to be fluid, narrative, individual and group based, formal and informal, and – most importantly – self-reflexive. Teaching and learning implicit comparative law requires inquiry into human interaction, human purposes and the diverse normative modes and sites within which human agency is pursued. The multi-faceted evaluation process we have proposed seeks to accommodate and replicate the assumptions and pedagogical practices of the course itself.

Given our parameters and presumptions about law and about assessment, it is obvious that a sit-down final examination would not be an appropriate mode of evaluation for this course. Such an exercise is fundamentally summative (a snapshot verification of how much specific information has been internalized and what specific skills have been mastered). It is neither formative (a further step in the process of discovery and learning that will be complemented by extensive feedback leading to additional learning opportunities) nor motivational (it does not provide the occasion for student-initiated interactive learning). Moreover, given our position that the sites and modes of law – and thus of comparative law – are boundless, it makes sense that the evaluation components for this course require course participants to reflect on what they are learning about law both individually and collectively and both inside and outside the classroom. It, further, makes sense that the evaluative framework we have constructed is ongoing throughout the course and is *as* concerned with means (how am I learning) as with ends (what am I learning). This is why most of the ungraded exercises are meant to have students examine and critique their own pedagogical practices, and their own learning mechanisms, as

well as to assess these practices and mechanisms in comparison with those proposed by their classmates.

In such a conception of assessment, there is no sharp distinction between learning and evaluation. Participating in a field trip, writing a diary or log of the course that will form part of an end-of-semester report, assessing not only the materials course instructors have prepared for individual seminars, but the actual performance of the seminar itself, and designing a specific implicit comparative law course on a topic of interest are each occasions for students to engage with legal comparison in multiple symbolic registers. Consistent with the tenets of the critical legal pluralist hypothesis animating this course and with our invitation for students to engage with law in its multiple contexts, we encourage students to submit their various assignments either in non-traditional textual formats or in non-textual formats.

Finally, each of the assignments has been crafted so that students have considerable latitude in imagining the starting points and objects for their submissions. We hope that most assignments will have a strong element of self-reflexivity. For example, a student might design a syllabus for an implicit comparative law course around a comparative law conference programme: what topics were included? what topics were not discussed? what theories of comparison were adopted by different authors? In every instance, the assignment will require students not just to address questions such as those just posed, but also to explain what alternatives they had contemplated and why these alternatives were rejected.

Here is another example of how reflexivity could be demonstrated in a written assignment. A student might consider writing a field trip report about attendance at the 50th Anniversary Conference of the Quebec Society of Comparative Law. In such a report, what might be particularly interesting would be a report or commentary that also examined the already mentioned transformation of the Society's name. What epistemological and ontological assumptions about the very idea of comparison in law can be seen in the substitution of the name "Quebec Society of

Comparative Law" for the initial name "Quebec Association for the Comparative Study of Law"? and were any of those assumptions explicit in the thinking of those who proposed and supported the change? Such a report could then go on to consider possible future name changes for the Society – perhaps to the "Quebec Society for the Study of Approaches to Implicit Comparative Law" or the "Quebec Society for the Comparative Study of Implicit Law" or, perhaps even more appropriate, the "Quebec Society for the Comparative Study of Legal Epistemologies". Preparing such a report would require the student to embark upon and map an intellectual journey akin to the individual journeys that we chronicled in the Synopsis and Rationale section of the syllabus.³⁰

G. Feedback

Underlying the notion of implicit comparative law developed in this course are several assumptions about law inherent in the critical legal pluralist hypothesis. To recall, law is conceived as (1) interactional, (2) polycentric, (3) facilitative, and (4) not exclusively chirographic. In keeping with these premises, the feedback mechanisms in this course are meant to offer opportunities for all participants – as teachers and students – to contribute to each other's learning. Accordingly, we institutionalize several channels of communication among course participants, while also recognizing that informal feedback is inevitable, fruitful and most reflective of the second-order objectives and learning outcomes outlined earlier.

Most obviously, feedback among course participants is a mechanism for assessing how well the course objectives are being attained. Formal feedback by way of questionnaire is especially helpful for making specific adjustments to improve the course on the

30. The exercise of contrasting assumptions that are carried by different arrangements of the words in a title applies as much to the title of this course as it does to the name of the association that sponsored the conference at which this essay was presented. For example, students could be invited to write a report comparing the assumptions that would change were this course entitled "Comparative Implicit Law" rather than "Implicit Comparative Law".

fly and for reimagining its components for future years. Informal, unstructured feedback complements these goals and also tends to identify unintended or unexpected learning outcomes and to generate unusual and innovative proposals concerning both substantive objectives and pedagogical strategies. But feedback is not simply about measuring achievement. The endeavour of providing feedback is itself a teaching-learning opportunity. Peer evaluation by students (by ricochet) and self-evaluation (directly) engage course participants in the central intellectual processes of comparison and self-reflection.

(1) *Our feedback to you*

We will provide you with ongoing feedback on all aspects of your performance in this course, including written comments on each assessment. The evaluation criteria, posted on the website, will orient our comments. Also, we invite you to propose to us your own criteria by which you would like us to assess your performance. In addition to our willingness to discuss the course and your concerns in informal settings like Coffee House, we also undertake to respond promptly to e-mails and to postings on discussion boards on the course webpage. We are available during our office hours, by appointment and before/after class to discuss the course and your performance and progress in it. In keeping with the interactive character of the course, on several occasions during the semester, we will also be posting on the website our self-evaluation of our own contributions.

(2) *Your feedback to us*

We welcome your feedback about all aspects of this course. If warranted by the size of enrollment, we will create a class committee to meet with us every three weeks to review any matter relating to the course. In either the presence or absence of such a committee, you are encouraged to communicate with us about the course at any time by speaking with us after class, contacting us by phone or email, submitting comments via the anonymous feedback forms (available on the course website), posting comments on the course website, or completing a formal evaluation during the course evaluation period.

(3) *Your feedback to each other (peer evaluation)*

As you know from the modes of assessment, you are each expected to evaluate a class session taught by a group of your classmates. The class discussion board and other tools on the website also provide opportunities for you to give formal feedback to each other during the course of the semester. Finally, and once again in keeping with the informal aspects of the course, you should be aware that the manner of your interaction through everyday classroom participation is a powerful implicit feedback mechanism that can be deployed to contribute to your own learning, as well as that of your classmates.

(4) *Your feedback to yourselves (self-evaluation)*

Part of two course assignments – the teaching of a class and the design of your own course – involve you submitting a self-evaluation of your performance. In addition to these formal occasions for you to reflect on your participation in and contribution to the learning of others in the course, we hope that you will keep an informal diary to track your reactions to individual classes, to assigned materials and to the engagement of other course participants. In section C of this syllabus – Specific Learning Outcomes – we signal that the course is meant to be self-reflexive. Your continual self-evaluation, making use of the entire range of explicit and implicit normative resources canvassed in the course, is the most important vehicle you have for assessing how well you are coming to understand the diverse possibilities for learning law that are opened up by the implicit comparative law hypothesis.

Commentary:

In any course, timely and thoughtful feedback among the participants is crucial to achieving the course objectives. In important respects, evaluation is personal and is conditioned by how well or how poorly other course participants are performing.

Ultimately, however, assessment and feedback in formal education settings are comparative exercises; course instructors are required to assess and report on performance and progress according to some formal criteria and to differentiate and group students, usually on a pass-fail basis, or by means of numerical letter grades.

As with the section of the syllabus devoted to assignments and assessment, it might be thought that the section on feedback has little to do with the substance of a course on *Implicit Comparative Law*. But because our theoretical approach is critical legal pluralism, in which everyone is a law-creating agent, the occasions for feedback are central moments in the development of the normative regime that governs the relationship among course participants. Moreover, how each student constructs and navigates this regime is an important site for comparative analysis. Such analysis is multi-dimensional, but we seek to encourage two types of comparative reflection in particular. First is the exercise of situating one's own construction of the normative regime in relation to that of others. What are the modes and mechanisms of interaction between these regimes and the individuals and norms within them? Second is the exercise of situating one's own construction of the present normative regime in relation to those of the past and of the future. How do the multiple instantiations of self at one particular time and over time contribute to norm creation, interaction and change? For these reasons we feel it is important to provide a detailed exposition of how different forms of feedback serve as modes and sites through which these individual legal systems are configured, experienced and communicated by members of the seminar.

In other words, in this course we attempt to align our processes of feedback with our processes of assessment, and to structure both so as to reinforce the course objectives. For example, evaluations are conceived primarily as a mode of providing feedback. The character and quality of student assignments provides feedback to instructors, just as commentary on submitted work provides feedback to students. The exercises of evaluation and feedback inevitably host a comparative dimension, as all

participants necessarily locate themselves by reference to the performance of others. As instructors, we therefore need criteria of aggregation and differentiation that permit us to tailor feedback to the assignment and to the student submitting the assignment. That said, feedback from multiple evaluators is never identical, either in its reference points, in its modes of expression, in its degree of explicitness or in its commitment to the instrumental triptych of objective, performance, assessment.

Accordingly, both the explicit and implicit feedback mechanisms that are embedded in our syllabus reflect the multi-dimensional quality of the instructor-student relationship. Not only are the sites of feedback multiple, the symbolic form in which feedback is provided and the purposes and features of providing feedback are multiple. Indeed, if all feedback is comparative, informal feedback that does not even announce itself as such instantiates the same types of implicit comparison that are present in the everyday pedagogy of the course.

Finally, the cumulative effect of the exchange of feedback between instructor and students and among students themselves becomes an exercise in comparative law. Participants must ask, “*On what basis can the criteria, forms and character of feedback be compared?*” And, having posed this question, they must then compare how these messages of the unofficial and implicit feedback vehicles either reinforce or differ from those transmitted by the course’s official and explicit feedback mechanisms.

H. Week-by-Week Outline of Seminar Sessions

Week 1 Introduction

Part One: Introduction to Comparative Law

Week 2 Identity, comparison, commensurability

Week 3 Knowledge, language, communication

Week 4 What law? Critical legal pluralism

Week 5 *What comparison? Implicit and inferential legal normativity*

Part Two: Case Studies – Sites of Comparative Legal Analysis

Week 6 *Legal orders, legal systems, legal families, legal traditions*

Week 7 *Legal institutions for making, administering and applying law*

Week 8 *Legal doctrine – norms, concepts, procedures*

Week 9 *Legal education – is and ought in legal comparison*

Part Three: Case Studies – Modes of Comparative Legal Analysis

Week 10 *Endogenous (conceptual) legal comparison*

Week 11 *Exogenous (functional) legal comparison*

Week 12 *Inputs – Temporal legal comparison*

Week 13 *Outputs – Harmonization, transplants and viral propagation*

Week 14 *Conclusion*

III. CONCLUSION

A course syllabus is always aspirational. In its explicit presentation, it erects the scaffolding on which a course is constructed and reconstructed by the course participants as scholastic terms unfold. In its implicit and inferential dimensions, a syllabus aims to propel a course forward without constraining the participants' experiences, learning processes and outcomes. Explicit in the syllabus for our particular instantiation of an implicit comparative law course is the proposition that re-imagining comparative law as implicit comparative law entails a taxonomic shift and a multiplication of potential comparative units. New categories of comparison emerge, along with new sites of comparative inquiry, and new modes, schema and distributions of comparison. But, as is also explicit in the articulation and design of our course, much more significant than the magnification and

multiplication of comparative quantity are the hermeneutic and qualitative shifts that implicit comparative law entails. The meta-shift disrupts the meaning and presence of comparative law (existential), the sources of legal and comparative knowledge (epistemological) and the sites, processes and outcomes of comparison (ontological).

Traditional comparative law has often seemed to assume that a single homogenous legal order defines a legal territory and that that defining legal order (and its homogeneity) are commensurable with the defining orders of other political territories.³¹ It is true that when we contemplate, theorize, teach and write the law, we (most often implicitly) privilege a particular location – species, genus, order, family. It is also true that when we contemplate, theorize, teach and write the law, we make (most often implicitly) substantive choices about our organizing frames: sometimes these frames are sites of law (the courtroom, the battlefield, the highway, the home or legal families, traditions or system); sometimes modes of legal expression (statute, conversation, case law, contract); sometimes disciplinary extroversions that police the boundaries of inquiry (securities law, intellectual property, comparative law). When our intellectual endeavours in law announce themselves as being comparative, these privileging choices are more explicit.³² However,

31. This is not to say that the law in action is ignored; the claim, rather, is that outcomes are always predicated on a reference to formal law. Compare the analysis in Christopher A. WHYTOCK, « Legal Origins, Functionalism, and the Future of Comparative Law », (2009) 6 *Brigham Young University Law Review* 1879.

32. For example, in the Glennian tradition the rubric of "legal tradition" offers a way of situating the varying global meanings and roles of Law and laws as part of "the changing presence of the past": H. Patrick GLENN, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 4th ed., New York, Oxford University Press, 2010, p. 22. Glenn offers the following list of legal traditions: Chthonic, Talmudic, Civil, Islamic, Common, Hindu, and Asian. For another definition of "legal tradition" (that is, as "set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the way law is or should be made, applied, studied, perfected, and taught ... [that] puts the legal system into cultural perspective"), see John Henry MERRYMAN and Rogelio PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition*, 3rd ed., Palo Alto, Stanford

whether explicit or implicit, intentional or unconscious, the privileging choices almost always disclose a presumption that at some relatively low level of abstraction, differences are commensurable. That is, the common view seems to be that abstraction can reveal a common lexicon in which particular differences can be noticed, measured, evaluated and learned from.

All abstractions are intended to regroup and differentiate. However, at some level of abstraction, distinctions between units of comparison disappear from view. In physical terms, the notion is captured by the zoom out function on GoogleMaps, which, with increased retraction from Earth, homogenizes the indicators of human life and differentiation into large-scale blends of topographical features.³³ The lesson of implicit comparative law is,

University Press, 2007, p. 2. Alternatively, David and Brierley posit "legal family" as the criterion of classification, with designations assigned on the basis of the ease of cognitive mobility between jurisdictions and the absence of diverging foundational propositions: René DAVID and John E.C. BRIERLEY, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law*, 3rd ed., London, Stevens & Sons Ltd, 1985, p. 12. David and Brierley identify the following major contemporary families of law: Romano-Germanic, the common law, socialist laws, and philosophical or religious systems.

33. If we plot a location on a GoogleMap, we can zoom in to view that location at a level replicating physical presence. From this perspective, the distinctions between buildings, bricks, license plates and advertisements are discernible, easily so. Indeed, these distinctions remain in focus – and may even sharpen – as we slowly zoom out. However, beyond a certain point, each click of the "zoom out" button blurs sharp distinctions. As the view pulls back from the Earth, streets, airports and trees blend into abstract configurations of gray and green. Continued zooming out blends boundaries further, creating a topography of urban spaces juxtaposed with apparently uninhabited areas of varying elevations and forestation levels. Ultimately, only the distinctions between land and water, snow and forest remain. We find an analogous example of the blurring of distinctions in the conceptual foundations of Christianity. According to this tradition, the sins of and distinctions between particular individuals disappear in the presence of God, that is, the insurmountable imperfection of human finitude becomes immanent and collective in the presence of God's infinite perfection: see e.g. « The Rev. Dr. Boynton's Prayer » in Christopher L. WEBBER (ed.), *An American Prayer Book*, Harrisburg, Morehouse Publishing, 2008, p. 80. In yet a different context, Oliver

however, not that distinctions vanish in the presence of the infinite. We learn, rather, that whenever and wherever we perform aggregations, we make choices. Because of the analytical rigour that taxonomy purchases, we often fail to acknowledge the contingency of these choices, and the politics they reflect.³⁴ Indeed, these choices often seem like natural or optimal ones, but ultimately – indeed, fundamentally – these choices are neither necessary nor ideal. Rather, the lines we draw in our decision-making and choice-selection efforts are grounded in deliberation and purpose. In other words, all intermediate distinctions – between conceptions of infinity – are products of judgment.

In recognition of these exercises of personal volition and circumspection, implicit in our syllabus is the unstated hope that, by the end of our Implicit Comparative Law course, students will have come to the realization that privileged choices at the level of abstraction are arbitrary (that is, discretionary) but not capricious (that is, not careless or whimsical).³⁵ The aim of implicit

Wendell Holmes noted the effect of abstraction on difference by using mathematical theory as a simile for certain realms of jurisprudence. “I do not say”, he wrote, “that there is not a wider point of view from which the distinction between law and morals becomes of secondary or no importance, as all mathematical distinctions vanish in the presence of the infinite”: Oliver Wendell HOLMES, Jr., « The Path of Law », (1897) 10 *Harvard L. Rev.* 457, p. 459. Holmes was of the view that the distinction was important to the “right study and mastery of the law as a business with well understood limits, a body of dogma enclosed within definite lines”.

34. R. A. MACDONALD, « Is Law a Zoo? », *supra*, note 2.

35. “All normative regimes are radically heterogeneous in every artefactual ambitions. Moreover, all normative regimes are in constant flux; over time not only their institutional, methodological, procedural and substantive content, but even their basic orientations seem to mutate. Given the complexity of modern western societies, the political attempt to eliminate (and the intellectual attempt to reconcile) normative dissonance – be it within any normative order, or across normative orders – would be futile. To model consonance is an instrumental goal requiring conscious effort that already implies a privileging of a particular archetype of legal normativity and a particular conception of a normative regime”: R. A. MACDONALD, « Critical legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law », *supra*, note 24.

comparative law is to change both the scale and the register of judgment in the comparative analysis. The ultimate *reductio* on an implicit comparative law approach is not infinity, but rather the individual – for that human being is not just the subject of law, but in each of the multiple normative regimes that compete for loyalty and adherence, is also law-maker and law-applier. Individuals invoke comparison – whether implicitly or explicitly, exclusively or in tandem with other modalities, superficially or reflexively – as a strategy for structuring their categories of knowledge and understanding their place in the world. It is, at bottom, a strategy that presupposes an exercise of distinguishing self from other. Implicit comparative law aspires to empower individuals to make the choices that they consider compelling and to conceive of the other in a way that is personally meaningful, whether that be tied to the law of another state or legal tradition, the local law, the law of organizations, transnational law, or the law of the everyday.

Appendix: Annotated Bibliography

No course will ever be complete in its own terms. It will always open doors to that which lies beyond the formal tuition. The written syllabus to which this Appendix is attached is, at best, the formulaic expression of the pedagogical content of the course. Classroom sessions will take us into the realm of the interactional and the inferential. At such a point, the course becomes an invitation to further inquiry and reflection. To assist you in this endeavor, we have prepared a general bibliography of works that take up themes suggested in this course. It should be read as a whole, as the sources cited under one heading often implicate a range of relevant material.³⁶

The Foundations of Comparative Legal Knowledge

Comparison is a mechanism of social navigation, communication, evaluation and interaction; it offers a way of

36. The use of italics in the presentation of this Appendix indicates (correctly) that the Annotated Bibliography contained therein attaches to our course syllabus. Indeed, the Annotated Bibliography is our attempt to offer our

knowing (epistemology), an aspect of being (ontology), a vehicle for meaning (semantics) and an education in virtue (ethics); it is a fundamental reflex of the human species. Moreover, comparative methods, theories and analyses have become mainstays of legal study. The seminal texts of 20th century North American and Western European comparative law are multiple and their staying power is manifest. See: Rudolph SCHLESINGER, Comparative Law: Cases and Materials, Brooklyn, Foundation Press, 1950 (the 7th edition – Schlesinger’s Comparative Law – authored by Ugo Mattei, Teemu Ruskola and Antonio Gidi, was published in 2009); Arthur VON MEHREN, The Civil Law System: Cases and Materials for the Comparative Study of Law, Englewood Cliffs, NJ, Prentice-Hall, 1957 (the 2nd edition – The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law – written with James R. Gordley was published in Boston by Little Brown & Co in 1977); René DAVID, Les grands systèmes de droit contemporains, Paris, Dalloz, 1964 (the 11th edition, with Camille JAUFFRET-SPINOSI, was published in 2002)

students a survey of the sources that facilitated the design and construction of the course and of materials through which they can undertake a more searching inquiry into and beyond the formal and obligatory course coverage. Our intentions for the Annotated Bibliography are, however, not exclusively bound to the tuition of our proposed course. Rather, the Annotated Bibliography attaches simultaneously to the course syllabus and to this paper as a whole. Accordingly, it not only charts a path for students, but also symbolizes our own (past, present and future) route to an idea of implicit comparative law. For the most thorough account of the sources paving that route, the Annotated Bibliography should be read in conjunction with the Primary Reference Materials section of the syllabus (II.D) and the footnotes attached to the Commentary portions of this paper. That said, such a reading should not be interpreted as a claim that students in the seminar should replicate the intellectual journey laid out in the Primary Reference Materials and the Annotated Bibliography. A claim of that order misunderstands the nature and objectives of the course. Rather, recall our assumption that students will critically engage with and assess the obligatory and primary reference materials set out in the syllabus (II.D). In conjunction, we expect students in the seminar to interrogate the substance and form of the Annotated Bibliography itself, as well as the sources listed in it, to determine whether the organization of knowledge and assumptions they embody comport with their own understanding and practice of implicit comparative law, and to formulate a compilation of sources that best symbolizes their own individual journey.

(see also the English version, René DAVID and John E.C. BRIERLEY, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law*, London, Steven & Sons, 1968 (the 3rd edition was published in 1985)); John Henry MERRYMAN, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford, CA, Stanford University Press, 1969 (the 3rd edition was published in 2007); Konrad ZWEIGERT and Hein KOTZ, *Introduction to Comparative Law*, Amsterdam, North Holland Publishing Co., 1977 (the 3rd revised edition was published by Clarendon Press in 1998); Peter DECRUZ, *Comparative Law in a Changing World*, London, Cavendish, 1995 (the 3rd edition was published in 2007); H. Patrick GLENN, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, New York, Oxford University Press, 2000 (the 4th edition was published in 2010).

A range of additional perspectives that stand as prominent contributions to the development of comparative legal thought are found in the following works: Bronislaw MALINOWSKI, Crime and Custom in a Savage Society, Paterson, NJ, Littlefield Adams, 1926; John Henry WIGMORE, A Panorama of the World's Legal Systems, Saint Paul, West Publishing Co., 1928; Max RHEINSTEIN, «Teaching Comparative Law», (1938) 5 U. Chicago L. Rev. 615; Marc ANCEL, Utilité et méthodes de droit comparé, Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits, Neuchâtel, Éditions Ides et calendes, 1971; Max RHEINSTEIN, «The Family and the Law», in Max RHEINSTEIN (ed.), International Encyclopedia of Comparative Law, vol. IV, Persons and Family, Paris, Mohr, 1973; Rodolfo SACCO, La comparaison juridique au service de la connaissance de droit, Paris, Economica, 1991; Calum CARMICHAEL (ed.), Collected Works of David Daube, 4 vols., Berkeley, University of California, 1992; Pierre LEGRAND and Roderick MUNDAY (eds.), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; Roger COTTERRELL, Law, Culture and Society, Aldershot, Ashgate, 2006; and Gilles Cuniberti, Grands systèmes de droit contemporains, 2nd ed., Paris, L.G.D.J., 2011.

In embarking on a re-imagination of the meta-hypotheses of comparative law, we take a cue from observations of comparative

law's "identity crisis" and other indications of uncertainty and dissatisfaction within the field: John W. HEAD, *Great Legal Traditions: Civil Law, Common Law, and Chinese Law in Historical and Operational Perspective*, Durham, NC, Carolina Academic Press, 2011; Esin ÖRÜCÜ and David NELKEN (eds.), *Comparative Law: A Handbook*, Oxford, Hart Publishing, 2007, especially the contributions by Örucü, Twining, and Menski; Esin ÖRÜCÜ, *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-first Century*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004; Bernhard GROSSFELD, *Core Questions of Comparative Law*, Durham, NC, Carolina Academic Press, 2005, translated by Vivian Grosswalk Curran; Jerome HALL, *Comparative Law and Society Theory*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1963; Maurice ADAMS, «Doing What Doesn't Come Naturally. On the Distinctiveness of Comparative Law» in Mark VAN HOECKE (ed.), *Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 229; David S. CLARK, «Comparative Legal Systems» in David Scott CLARK (ed.), *Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives*, Thousand Oaks, CA, SAGE, 2007, p. 224; Annelise RILES, ed., *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2001; Edward EBERLE, «The Method and Role of Comparative Law», (2009) 8 Washington University Global Studies Law Review 451.

The Pedagogy of Comparative Law

The theory of transsystemic teaching embodied by the McGill Programme provides that private law courses are taught without a "pedigree designation" as civil or common. As Professor Shauna Van Praagh explains in her preface to the McGill Law Journal's special issue, «Navigating the Transsystemic», (2005) 50 McGill L.J. 701ff, understanding the McGill Programme entails active reflection on relationships, in particular, relationships between norms and sources; between law, culture, philosophy and time; between normative orders, traditions, approaches and practices; and between individuals, aspirations and social transformation. For more searching and particularized explorations of the theory and practice of McGill's transsystemic programme, see:

(a) *with respect to the epistemic and conceptual shifts at stake in a transsystemic approach: Roderick A. MACDONALD and Jason MACLEAN, «No Toilets in Park», above, II.D (a shift to “constitutive polyjurality”, a term symbolizing the unification of a transformation from mono or bi-jurality to polyjurality and a revitalization of the constitutive ambition); H. Patrick GLENN, «Doin’ the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions», (2005) 50 McGill L.J. 863 (a shift beyond the systemic to where the normative action is, namely, the legal tradition); Richard JANDA, «Toward Cosmopolitan Law», (2005) 50 McGill L.J. 967 (a shift from law to cosmopolitan law, and from a universal law of hospitality to a hospitality among plural legal orders);*

(b) *in relation to mapping the implications of a pluralist conception of law for the normative experience: Jacques P. VANDERLINDEN, «Une lecture du système normatif de l’Église catholique par un pluraliste comparatiste aux personnalités multiples», above, II.D (by asking whether canon law is law or theology); Emmanuel MELISSARIS, «The Chronology of the Legal», (2005) 50 McGill L.J. 839 (by exploring the “chronos” of law); and Etienne LE ROY, « Bricolages anthropologiques pour promouvoir, en Afrique et ailleurs, un dialogue entre univers juridiques » (2005) 50 McGill L.J. 951 (by investigating the cultural dimensions of juridicity);*

(c) *in relation to articulating the experience and aspiration of transsystemia “on the ground”: Rosalie JUKIER, «Where Law and Pedagogy Meet in the Transsystemic Contracts Classroom», (2005) 50 McGill L.J. 789 (using the example of specific performance as reflecting the transsystemic move from the sequential to the integrated and from perspectives to legal traditions) and Susan DRUMMOND, «Prolegomenon to a Pedestrian Cartography of Mixed Legal Jurisdictions: The Case of Israel/Palestine», (2005) 50 McGill L.J. 899 (reconceptualizing what mixed legal jurisdictions are by looking to the example of Israel and Palestine);*

(d) *with respect the confrontation between institutional maturation and practical challenges: Harry ARTHURS, «Madly off in*

One Direction: McGill's New Integrated, Polyjural, Transsystemic Law Programme», above, II.D; and

(e) in relation to the human agency required to navigate the transsystemic: Shauna VAN PRAAGH, «Preface», (2005) 50 McGill L.J. 701 and Thomas R. BERGER, «One Man's Justice: My Life in the Courts» (2005) 50 McGill L.J. 987.

Course Objectives

Objective One: Beyond explicit, formal law

Human interaction is fundamentally plural. The four-cell matrix presented in this syllabus is one way to symbolize the diversity, heterogeneity and complexity of the normativity of human interaction. Detailed elaborations of the matrix model are found in Roderick A. MACDONALD, «Vers la reconnaissance d'une normativité implicite et inférentielle», (1986) XVIII *Sociologie et Sociétés* 48 and Roderick A. MACDONALD, « Les vieilles gardes: hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives » in Jean-Guy BELLEY (ed.), *Le droit soluble: Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, *Librarie générale de droit et de jurisprudence*, 1996, p. 233. Diagrams of the contemplated matrix can be found at page 53 of the former essay and page 246 of the latter. To explore the distinction between diagonally opposite quadrants of the matrix and the spectrum of phenomena that the matrix can accommodate, compare traditional conceptions of manifest legal phenomena with the fridge door statute (latent) detailed in Roderick A. MACDONALD, «The Fridge-Door Statute», (2001) 47 McGill L.J. 11.

Objective Two: Beyond State Legal Positivism

Contemporary scholarship on pluralist approaches and understandings of law is extensive. The literature spans the doctrinal to the social scientific to the critical. For an introduction to a range of pluralist perspectives, compare the essays of Lon Fuller collected in

K. WINSTON (ed.), *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L Fuller, Revised Edition*, Durham, Duke University Press, 2002; John GRIFFITHS, «What is Legal Pluralism?», (1986) 24 *J. of Legal Pluralism* 1; Sally ENGLE MERRY, «Legal Pluralism», (1988) 22 *Law & Society Review* 869; Brian Z. TAMANAHA, «The Folly of the ‘Social Scientific’ Conception of Legal Pluralism» (1993) 20 *J. L. & Soc’y* 192; Brian Z. TAMANAHA, «A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism», (2000) 27 *J. Law & Soc’y* 296; E. MELISSARIS, «The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism», (2004) 13 *Soc. & Legal Stud.* 57; and Daniel JUTRAS, «The Legal Dimensions of Everyday Life», (2001) 16 *C.J.L.S.* 65. For taxonomic analyses and critique of the multiple versions of the legal pluralist hypothesis, see KLEINHANS and MACDONALD, above, II.D and MACDONALD, «Here, There... and Everywhere: Theorizing Legal Pluralism; Theorizing Jacques Vanderlinden», above, II.D.

Objective Three: Beyond individuals as external legal objects

The key sources on the theoretical origins of critical legal pluralism are listed in the Primary Reference Materials section of this syllabus. For a sample of integrated and intricate contributions to the projects of critical legal pluralism and of overcoming the "isms" of Anglo-American state legal positivism, see:

(a) in respect of everyday life: Roderick A. MACDONALD, *Lessons of Everyday Law*, Montreal, McGill-Queen’s Press, 2002;

(b) in respect of issues of governance and law-making: Roderick A. MACDONALD, «Unitary Law Re-form, Pluralistic Law Re-Substance: Illuminating Legal Change», (2007) *La. L. Rev.* 1113; Roderick A. MACDONALD, «Triangulating Social Law Reform» in Ysolde GENDREAU (ed.), *Dessiner la société par le droit/Mapping Society Through Law*, Montreal, Éditions Thémis, 2004, p. 117; Roderick A. MACDONALD, «Legislation and Governance» in Willem WITTEVEEN and Wibren VAN DER BURG (eds.), *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 1999, p. 279;

(c) *in relation to identity and multiculturalism*: Roderick A. MACDONALD, «Legal Republicanism and Legal Pluralism: Two Takes on Identity and Diversity» in Michele GRAZIADEI and Mauro BUSSANI (eds.), *Human Diversity and the Law*, Paris, Harmattan, 2005, p. 43; Roderick A. MACDONALD, «Recognizing and Legitimizing Aboriginal Justice: Implications for a Reconstruction of Non-Aboriginal Legal Systems in Canada» in ROYAL COMMISSION ON ABORIGINAL PEOPLES, *Aboriginal Peoples and the Justice System*, Ottawa, Royal Commission on Aboriginal Peoples, 1992, p. 232;

(d) *in relation to international trading regimes*: Roderick A. MACDONALD, «Metaphors of Multiplicity: Civil Society, Regimes and Legal Pluralism», (1998) 15 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 69; Roderick A. MACDONALD, «Three Metaphors of Norm Migration in International Context», (2009) 34 *Brooklyn J. of Int'l L.* 603; and

(e) *with respect to human rights*: Roderick A. MACDONALD, «Pluralistic Human Rights? Universal Human Wrongs?» in R. PROVOST and C. SHEPPARD (eds.), *Dialogues on Human Rights and Legal Pluralism*, Springer, forthcoming in 2012. For more examples of works from some of these categories, see MACDONALD, «Here, There... and Everywhere: Theorizing Legal Pluralism; Theorizing Jacques Vanderlinden», above, II.D, at pages 382-383.

Course Content

The facts of the financing example that we rely on in this syllabus were borrowed from Roderick A. Macdonald and Jason McLean's analysis of its possibilities in the transsystemic context in «No Toilets in Park», above, II.D. That article presents another example from the transsystemic curricular model that is instructive for conceptualizing our approach to implicit comparative law. The example – an introductory survey course about the foundations of Canadian law – is a key site for cautioning students against the perils of reifying the transsystemic idea, essentialism and effacing the personal in understanding legal concepts. A “Foundations” course in a non-reified transsystemic curriculum would focus on contingency and agency in examining how legal subjects actively

imagine and engage with multiple legal orders. Furthermore, for a discussion of how abandoning the default criteria for defining cognates and agnates in the comparative law analysis and how the emergent factors play out in the context of transnational commercial law reform, see Roderick A. MACDONALD, «Article 9 Norm Entrepreneurship» (2006) 43 Can. Bus. L.J. 240 and Roderick A. MACDONALD, «Three Metaphors of International Norm Migration», above.

Assessments & Feedback

*The language and registers of law and legal inquiry are simultaneously oft-ignored as inherent and oft-criticized as political. Several accounts impel us to challenge the linguistic and planar orthodoxies of legal study: Roderick A. MACDONALD, «Legal Bilingualism», (1997) 42 McGill L.J. 119; Roderick A. MACDONALD and Clarisse KEHLER SIEBERT, «Orchestrating Legal Multilingualism: 12 Études» in J.C. GÉMAR and N. KAISIRER (eds.), *Jurilinguistique: entre langues et droits*, Montreal, Éditions Thémis, 2005, p. 377; Roderick A. MACDONALD, «Office Politics», (1990) 40 U.T.L.J. 419; Roderick A. MACDONALD and Jonathan WIDELL, «Office Politics (Again)!\», (2005) 20 C.J.L.S. 1; Roderick A. MACDONALD, «Custom made – For a Non-Chirographic Critical Legal Pluralism», above, II.D.*

*Challenging orthodoxy in the classroom entails an appropriate approach to facilitation, evaluation and communication between course participants. Our approach to assessment and feedback is concerned, first and foremost, with learning and learners. For a discussion of the distinction between summative and formative evaluation and the methods and practices of formative evaluation and feedback, see: Phil RACE, «The Art of Assessing», (1995) 4 New Academic; Graham MOWL, «Innovative Assessment», online: <http://www.city.londonmet.ac.uk/deliberations/assessment/mowl_fr.html>; Barbara GROSS DAVIS, «Grading Practices» in Barbara GROSS DAVID, *Tools for Teaching*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1993; Gerald F. HESS and Steven FRIEDLAND, *Techniques for Teaching Law*, Durham, NC, Carolina University Press, 1999.*

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : PETER BIRKS AND COMPARATIVE LAW

Auteur(s) : Lionel SMITH

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 1-2

Pages : 193-208

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10195>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10195>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

PETER BIRKS AND COMPARATIVE LAW

par Lionel SMITH*

Cet article examine quelques aspects de la pensée de Peter Birks en ce qui concerne le droit comparé, le droit romain, la recherche et l'enseignement en droit. Birks avait le droit comparé en haute estime et pensait qu'il serait bénéfique de mieux l'intégrer dans la recherche et la formation juridique. Quant au droit romain, il en était passionné. Il le concevait comme un objet d'étude et de réflexion fascinant, et comme un élément essentiel de l'enseignement du droit au premier cycle. Selon lui, le déclin du rôle de droit romain dans le cursus était déplorable. Dans ce texte, je suggère qu'en réaction au déclin du droit romain dans l'enseignement du droit, une place plus systématique devrait être faite au droit comparé. Le droit comparé, s'il était intégré soigneusement dans le cursus, pourrait rendre aux étudiants tous les avantages que Birks avait trouvés dans l'étude du droit romain.

This paper studies aspects of the thought of Peter Birks in relation to comparative law, Roman law, legal scholarship and legal education. Birks valued comparative law, and thought that it could be more thoroughly integrated into research and teaching in law. About Roman law, however, he was passionate. He viewed it as a fascinating object of study and reflection, and as an essential part of undergraduate legal education. He deprecated the decline of Roman law as part of the law school curriculum. In this paper, I suggest that one reaction to the decline of Roman law in legal education could be a more comprehensive embrace of comparative law. If comparative law were integrated carefully into the curriculum, it could bring to students all of the benefits that Birks found in the study of Roman law.

*. James McGill Professor of Law and Director, Paul-André Crépeau Centre for Private and Comparative Law, Faculty of Law, McGill University; Professor of Private Law, Dickson Poon School of Law, King's College London. This paper was presented to the 50th Anniversary Conference of the Quebec Association of Comparative Law at *the Faculté de droit, Université de Sherbrooke*, in October 2011, within the conference theme "The Jurists Who Have Shaped Comparative Law: Their Dreams, Works, Successes and Failures" proposed by the Scientific Committee in the call for papers. I thank All Souls College, Oxford, for granting me a Visiting Fellowship in 2011-12, during which time the research and writing of the paper took place. A preliminary version was presented to the Oxford Comparative Law Discussion Group in 2011 and I am grateful for comments received at that time. I also thank Mr. Justice Nicholas Kasirer for his helpful comments.

TABLE OF CONTENTS

I.	Introduction	195
II.	Peter Birks and Comparative Law	196
III.	Peter Birks and Roman law	198
IV.	Comparative Law as Roman Law?	203
V.	Conclusion	208

I. Introduction

Peter Birks was a distinguished academic lawyer who was renowned as a scholar, in the fullest sense of that word that captures the advancement of human understanding; the teaching, training and guidance of undergraduates, postgraduates and colleagues; and the taking of leadership in the governance of the university and of the wider academic community. During his lifetime, he was an enormously influential figure, who worked actively in several fields of law, most notably English private law (especially the law of unjust enrichment) and Roman law. He was also preoccupied with legal education, in both the academic and the vocational stages, and with respect to the proper relationship between the two stages³¹. Birks once made an admiring jest about Tony Honoré:

Brilliant and prolific, he could have been a professor of law in any number of sub-disciplines. On his election to the Regius Chair he already enjoyed an international reputation, not only in Roman law and Roman-Dutch law, but also in legal philosophy and the law of trusts. Some misguided scholar of the future, inverting the theory that

-
1. For some accounts of Birks's scholarly achievements, see Andrew BURROWS, "Professor Peter Birks QC, DCL, FBA" [2004] *Restitution Law Review* ix; Gerhard DANNEMANN, "In Memoriam Peter Birks" (2004) *Oxford U. Comparative L. Forum* 2 at <ouclfiuscomp.org>; Geoff LINDSAY, "Vale Professor Peter Birks" (2004) 25 *Australian Bar Review* 99; Eric DESCHEEMAEKER, "In Memoriam Peter Brian Herrenden Birks" (2004) 56 *R.I.D.C.* 961 (in French); Lionel SMITH, "In Memoriam: Peter Birks, 1941-2004" (2005) 41 *C.B.L.J.* 161; and, the most detailed of these accounts, Alan RODGER and Andrew BURROWS, "Peter Brian Herrenden Birks 1941-2004" (2007) 150 *Proceedings of the British Academy* 3. Written in a somewhat different style is the very perceptive article by Gerard McMEEL, "What Kind of Jurist was Peter Birks?" [2011] *Restitution Law Review* 15. McMeel studies a number of intellectual influences on Birks, and identifies phases in his writing, before assessing the extent to which Birks could be described as partaking of different schools of thought. Interestingly for my own project, McMeel concludes (p. 36): "... in seeking to understand Birks's intellectual underpinnings, more attention should be focused on his Milsom-inspired philosophy of legal history and his love of Roman law and comparative law."

Gaius and Pomponius were one jurist, will conclude that Honoré was three or four.²

This could equally have been said, albeit in relation to different fields, of Birks himself, who succeeded Honoré in Oxford's Regius Chair of Civil Law.

The goal of this paper is to examine Birks's attitudes to comparative law, Roman law, legal scholarship and legal education, and to see what lessons we may draw, particularly for legal education, from this study.

II. Peter Birks and Comparative Law

Birks had a somewhat tentative attitude towards the ambitions of comparative law. Thanks to Eric Descheemaeker, we have a full list of Birks's publications.³ In all of them, which make a list taking up over ten printed pages, there is only one case in which Birks's title declares the project to have comparative ambitions⁴. This is his paper "Comparative Unjust Enrichment" in the volume of essays that Birks co-edited with Arianna Pretto in honour of Bernard Rudden, who was for many years the Professor of Comparative Law in Oxford⁵. Rudden was also greatly admired

-
2. Peter BIRKS, "Roman Law in Twentieth-century Britain" in Jack BEATSON and Reinhard ZIMMERMANN (eds.), *Jurists Uprooted: German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 249, at page 257.
 3. Eric DESCHEEMAEKER, "The Publications of Peter Birks 1969-2005" in Andrew BURROWS and Lord RODGER OF EARLSFERRY (eds.), *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 641.
 4. I note, however, that the titles do not always reflect the content. For example, Peter BIRKS, "At the Expense of the Claimant: Direct and Indirect Enrichment in English Law" in David JOHNSTON and Reinhard ZIMMERMANN (eds.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 493 is a text which makes frequent reference to German solutions.
 5. Peter BIRKS, "Comparative Unjust Enrichment" in Peter BIRKS and Arianna PRETTO (eds.), *Themes in Comparative Law In Honour of Bernard Rudden*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 137.

by Birks, who said, “For most of us his example is utterly intimidating.”⁶ He went on:

This chapter is therefore offered with respect and affection, but not without considerable trepidation. Yet Bernard Rudden himself would be the first to assert that it is important not to be intimidated. Comparative law must not be a mystery shared by the very learned or kept within a closed circle of professional comparative lawyers. The value of their work is only realized when it trickles down to the rest of us. It has to be integrated into the teaching of domestic law and thence into the thinking of all lawyers. Openness to lessons to be learned from other systems need not entail constant comparison of matters of fine detail; nor need it involve doubling the length of every book or course. The benefits of a comparative approach begin to flow as soon as we begin to tap into the corpus of specialist comparative learning.⁷

This passage says a lot. Referring to “professional comparative lawyers” and “their work”, as against “the rest of us”, it clearly seems to say that Birks did not consider himself to be a comparative lawyer. However, it plainly states a view that such work is of great value to all jurists; and the reference to “every book or course” shows that he viewed comparative perspectives as valuable, not only in research but also in teaching. Towards the end of this text, Birks said something about the goals of comparison:

The aim is not to borrow. It cannot be too much emphasized that the goal of comparison is not transplantation. Its utility is merely that it deepens analysis and accelerates understanding. Practical development of the law occurs, not through borrowing, but through the clearer vision that comes with better understanding.⁸

6. *Id.*, 137.

7. *Id.*, 137.

8. *Id.*, 151.

The concern here is that each tradition must develop according to its own genius, albeit it can learn from others; “transplantation” and “borrowing” are denounced as being contrary to this kind of development. The same concerns can be seen in a powerful passage from his last book, whose second edition was published after his death:

One point important to emphasise is the Englishness of what follows. Nationalism is always out of place in legal thought and argument. When it does push in, it always strikes a note which is either absurd or repulsive or both. The assertion of Englishness is not an outburst of chauvinism. It is merely a warning that, although the no basis approach is very civilian and although there is now guidance to be obtained from civilian jurisdictions, what has happened is not a passive reception of German or French law to fill a vacuum.⁹

For Birks, comparative law was useful and important. It can help jurists to improve their own legal systems, by providing new ideas and new ways of looking at difficulties. In the same way, the study of another system may help the jurist to see that a proposed solution or approach has already been tried, and has perhaps revealed difficulties of its own. However, transplantation or passive reception of another system’s solutions is to be rejected, as contrary to the whole tradition of the incremental development of a legal system, according to its own way of solving problems with its own intellectual resources.

III. Peter Birks and Roman law

I begin this section with two quotations. One is a recollection of Andrew Burrows, who was Birks’s student and later his colleague. In this passage, which forms part of his address to the memorial service for Birks, Burrows recalls being interviewed for a place to study law as an undergraduate at Brasenose College, Oxford. The

9. Peter BIRKS, *Unjust Enrichment*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 128.

interview was conducted by Birks and his colleague, Paul Davies. Burrows recalls that Davies began the interview with some general questions, and goes on:

Peter said nothing during those first ten minutes but I was very conscious of him sitting restlessly on the settee. Then suddenly, pushing his hand back through the mop of hair that he then had, he said this. "I am a Roman barber. I have set up stall in an open square. As I am shaving the beard of a customer, my hand is knocked by a ball kicked by boys playing nearby and I slash the face of my customer. Should I, the barber, have to pay compensation to the injured customer?" I cannot recall what answer I gave but I vividly remember the feeling of nervous excitement as whatever I said and whichever way I turned Peter was there firing another variation at me as we explored aspects of negligence and causation and volenti.¹⁰

The second quotation is a passage from the jurist Ulpian, found in the *Digest* of Justinian:

Further, Mela writes that, when some people were playing with a ball, one of them hit it hard and it knocked the hands of a barber, with the result that the throat of the slave, whom the barber was shaving, was cut by the jerking of the razor. In which of the parties does the fault lie? — for it is he who is liable under the Lex Aquilia. Proculus says the blame is the barber's, and surely, if he was doing the shaving in a place where people customarily played games or where there was much going to and fro, the blame will be imputed to him; but it is no bad point in reply that if someone entrusts himself to a barber who has his chair in a dangerous place he has only himself to blame for his own misfortune.¹¹

10. "Addresses" in A. BURROWS AND LORD RODGER, prec., note 3, p. vii.

11. Theodor MOMMSEN, Paul KRUEGER, and Alan WATSON (eds.), *The Digest of Justinian*, 4 vols., Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1985, vol. 1, 9.2.11. In the *Digest* text it is a slave who is injured, because the Lex Aquilia, which was the subject of this discussion, provided recourse for damage to property.

Why was Roman law so important to Birks? Why was he, in a sense, teaching Roman law to a young man who had not even yet been offered a place in law school? There are other ways to discuss, and to teach, issues like negligence, causation, and the voluntary assumption of risk.

There are several places to look for answers to these questions. One of the most fruitful is Birks's account of Roman law scholarship in Britain during the 20th century, which was his last published contribution to a collective work¹². In that text, he tells what he describes as two stories, one of which is happy, the other not. The happy story is of the flourishing of research and scholarship in Roman law. The unhappy story is of the teaching of Roman law. In telling the unhappy story, Birks explained why he thought it was important even for common lawyers to study Roman law in law school. First, it provided a map of all the law, and allowed the student to understand how its different parts fit together¹³. Second, it represented, and therefore inculcated, a commitment to a high standard of rationality¹⁴. In Birks's view, the way that the Roman jurists reasoned was, and still is, a model for us all. He identified other benefits to studying Roman law, but these two were chief among them.¹⁵

No one would deny that it is important for the student jurist to have a map of the law, and to understand the importance of legal reasoning. But one could fairly say that there are other ways to

12. P. BIRKS, prec., note 2.

13. *Id.*, 261-2.

14. *Id.*

15. *Id.*, 262-3: "There were other by-products of the *Institutes* course. It kept alive a sense of the great sweep of Western legal history. It ensured that wheels were not constantly reinvented. And ... it gave easy access to the vocabulary and methodology of European private law. To these benefits can be added the fact that the professors of Roman law had a ready-made pan-European network. Long before Erasmus and Socrates [European programs facilitating scholarly mobility] systematized the industry of European exchange, in Tony Thomas's lectures there would appear without warning four or five times a year speakers from universities across the Continent, from Hamburg to Catania and Lisbon to Belgrade. In that network the unity of the Western legal tradition, splintered by codes and damaged by wars, evidently lived on."

reach these goals. A map can be presented and defended on its own terms, in any kind of introductory context; the student does not need to learn the substance of a whole system of ancient law to understand the importance of having a map of the law¹⁶. As for the high standard of reasoning that is revealed in the Roman sources, it is of course admirable, but Birks would certainly have agreed that the best of modern law, whether in textbooks or in the judgments of courts, also reveals an exemplary standard of rationality. Indeed, one of his preferred rhetorical devices for bridging the centuries between the best of Roman law and the best of the modern law was to say that “Ulpian could sit in the House of Lords tomorrow, without a moment’s preparation...”¹⁷

Although he did not say it in this particular text, we do not need to look very far to see that Birks viewed the edifice of classical Roman law, particularly as Gaius organized it in his *Institutes*, as a magnificent intellectual achievement that deserved to be studied in its own right. He once said that Gaius’s *Institutes* constituted “the most influential secular book ever written before the modern age”¹⁸. And when he co-authored a translation of Justinian’s *Institutes*, Roman law was described as “...the greatest manifestation of legal genius in the Western tradition.”¹⁹ He was willing to acknowledge

16. Birks himself presented and defended the Institutional map (so called because it is based on the *Institutes* of Gaius that were taken up in the *Institutes* of Justinian) in a few pages in Peter BIRKS, “Introduction” in Peter BIRKS (ed.), *English Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. xxxv; see now Andrew BURROWS (ed.), *English Private Law*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2013.

17. P. BIRKS, prec., note 2, p. 267. He made a similar comment 20 years earlier in Peter BIRKS, “English and Roman Learning in *Moses v. Macferlan*” (1984) 37 *Current Legal Problems* 1, p. 1-2: “... the Roman jurists were, by the standards of all times and places, great lawyers. If you could put Ulpian in the House of Lords tomorrow, he could begin again where he left off. And all we would notice, what seemed impossible, would be that Lord Wilberforce’s place could indeed be filled.”

18. P. BIRKS, prec., note 16, p. xlv.

19. Peter BIRKS, Grant MCLEOD, Paul KRUEGER (eds.), *Justinian’s Institutes*, London, Duckworth, 1987, p. 28. This introduction to the translation goes on to express concern about the downgrading of research and teaching of

that modern law could be as good as Roman law, but not better: “In law the Romans did achieve an excellence which we may equal but do not surpass.”²⁰ This helps us to understand the relationship between what he told as two separate stories of the destiny of Roman law in 20th century Britain, one the story of research, the other the story of teaching²¹. When a body of knowledge constitutes an achievement of that order, it deserves to be studied, and rewards those who study it carefully; and it deserves to be taught, so that the next generation can also benefit²². Birks believed in an irrefragable link between research and teaching, which is one reason that he was saddened by the state of Roman law teaching in Britain. In his view, writing in 2004, the tradition of scholarly

-
- Roman law, which, as we will see, became much more acute for Birks as the years passed.
20. P. BIRKS, “English and Roman Learning in *Moses v. Macferlan*”, prec., note 17, p. 2.
21. P. BIRKS, prec., note 2.
22. Birks never explicitly addressed civilian legal education, but he thought that every student of a Western legal system should benefit from the study of Roman law. P. BIRKS, prec., note 2, p. 263: “The *Institutes* course is still the best possible foundation for the study of the law, for the common lawyer and the civilian alike.” Most modern civilian systems are structured by a civil code, which itself usually reflects the Institutional structure, but as we have seen, it was not only because of its map of the law that Birks favoured the study of Roman law. Indeed he might have thought that the study of classical, uncodified Roman law, frequently characterized in the *Digest* fragments by casuistic reasoning, would give the civilian student an insight into the common law. Birks was very interested in the achievements of S.F.C. Milsom, the great historian of the common law, and in Milsom’s observation that Roman law and the common law represent the only two examples in Western history of the creation of a sophisticated legal system out of custom. See P. BIRKS, prec., note 2, p. 258–60, arguing that English legal historians have goals in common with one strand of Roman law scholarship, namely that which addresses how and why the law’s library of solutions evolved. A careful statement of the preoccupations of this kind of Roman law scholarship can be found in the book review Peter BIRKS, “The Rise of the Roman Jurists” (1987) 7 *Oxford J. of Legal Studies* 444 (reviewing Bruce W. FRIER, *The Rise of the Roman Jurists: Studies in Cicero’s pro Caecina*, Princeton, Princeton University Press, 1985). On Milsom’s influence on Birks, see also G. MCMEEEL, prec., note 1, p. 18–20.

attention to Roman law was imperilled by the steady erosion of its place in the undergraduate curriculum²³.

Things have not improved since then, and they may have become worse. Roman law remains an obligatory part of first-year legal education at Oxford University and at the University of Cambridge. Elsewhere in Britain, and in other common law jurisdictions, Roman law has a much lower profile. It has not been a mandatory subject for decades, and is not even available as a specialized option in most places. Even in some civilian jurisdictions, such as Quebec, the subject is not a mandatory part of the undergraduate curriculum.

IV. Comparative Law as Roman Law?

In this section, I will address one possible reaction to the decline of Roman law in legal education. Can the better integration of comparative law into the study of law help us to achieve some of the objectives that Birks thought could be achieved through Roman law? Let me be clear about one thing: Peter Birks did not think of the study of Roman law as a kind of comparative law, and conversely I do not seek to argue that the study of comparative law could take the place that the study of Roman law held, for him, in the curriculum²⁴. Anyone who reads his published work will agree that for him, nothing could have taken its place.

23. P. BIRKS, prec., note 2, p. 260-6.

24. Writing of Barry Nicholas, a scholar of Roman law, Birks said: "... he was a great scholar and of perfect integrity. Everything he wrote endures. When [he was appointed to Oxford's Chair of Comparative Law], comparative law was enriched at Roman law's expense." P. BIRKS, prec., note 2, p. 257. See, however, John Anthony JOLOWICZ, "Comparative Law in Twentieth-century England" in Jack BEATSON and Reinhard ZIMMERMANN (eds.), *Jurists Uprooted: German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 345, at page 362: "This is not the place for detailed analysis of the syllabuses of university law faculties, but formerly such comparative law teaching as there was — and there was none at all in many universities — used Roman law as the principal comparator with English, and was commonly restricted to post-graduate, taught degree courses."

But whether comparative law can contribute, in a similar way, to legal education is a different question. H.G. Hanbury also believed that the study of Roman law was an important and preliminary part of a common law education²⁵. Writing in the early 1930's, he was able also to argue also that Roman law should be studied in Latin, which Birks thought was not necessary²⁶. Hanbury's contemporary reviewer in the United States, Zechariah Chafee Jr., had this to say:

From these ideas [i.e., the possibility of studying in Latin] we are divided by three thousand miles of stormy ocean traversed by our illiterate forefathers. Problems of law teaching are not solved merely by a demonstration that a proposed subject of compulsory study is useful. Even so, it inevitably prevents the student from learning something else. There is only so much time. The decisive test is whether the proposed course, *e.g.*, Roman law, has greater value than that it would displace. In an American law school there are a few brilliant men who, after mastering their own legal system, would profit by learning something of Roman law for the purpose of comparing its doctrines with those they already know. For the bulk of the class, however, Roman law would mean only a smattering of information, learned reluctantly and soon forgotten. ... It seems possible that a good many English law students would be better off if the time required to learn the closed legal system of ancient Rome were devoted, after they had a good knowledge of English law, to a specific portion of some other living law, for instance, that of France or Germany. Even our own law, fallible as it is, might sometimes provide more helpful ideas than the Digest.²⁷

-
25. Harold Greville HANBURY, "The Place of Roman Law in the Teaching of Law To-day" in Harold Greville HANBURY, *Essays in Equity*, Oxford, Clarendon Press, 1934, p. 141. The text was originally published in [1931] *J. of the Society of Public Teachers of Law* 14, which has the advantage of summarizing (p. 23-5) the discussion that followed the giving of the paper to the annual meeting of the S.P.T.L.
26. P. BIRKS, *prec.*, note 2, p. 265.
27. Zechariah CHAFEE, Jr., Review (1935) 48 *Harvard L. Rev.* 523, p. 531-2. Birks also used the tactic of arguing that just because a mode of legal education was beneficial to the most brilliant, it did not follow that it was beneficial to

Long may live and thrive the study and teaching of Roman law, but Birks, in trying to find the reasons for its decline, arrived at one inescapable truth: “Both styles of Romanist research are nowadays essentially forms of legal history.”²⁸ He did not accept that this touched its pedagogical functions, but teaching Roman law must always, in a very real sense, be teaching legal history. I firmly believe that nothing, inside or outside the law, can be properly understood without understanding its history²⁹. Moreover, the study of legal history, even of one’s own system, can be a kind of comparative law; in comparing the old law to the modern law, the student will see the modern law in a different way. However, this pushes us to ask whether the teaching of the substance of the Roman law is necessary for the achievement of the pedagogical goals that Birks assigned to it.

It may be that he would have accepted that other approaches to legal education could go some way towards alleviating the loss of Roman law³⁰. We have already observed that he was positive about the ways in which comparative perspectives could contribute to legal scholarship and legal education³¹. One way of describing why the teaching of Roman law was so important to Birks is that he wanted common lawyers to be able to see the unsystematic common law with the systematic eyes of Gaius³². He also wanted them to be

all students. See for example P. BIRKS, “The Academic and the Practitioner” (1998) 18 *Legal Studies* 397, p. 404: “It is easy to forget that the system cannot be designed only for those geniuses who are proof against every disadvantage.”

28. P. BIRKS, *prec.*, note 2, p. 266.

29. For a profound elaboration of the importance of understanding legal history for understanding the modern law, see Reinhard ZIMMERMANN, “Roman and Comparative Law: The European Perspective” (1995) 16 *Journal of Legal History* 21.

30. There is a telling sentence in P. BIRKS, *prec.*, note 2, p. 260, speaking of those in the academic and professional branches of the profession who brought about the decline of Roman law in the curriculum: “Scarcely surprisingly, since they failed to grasp the role of Roman law in the curriculum, they took no pains to put something in its place to do the same work.”

31. *Prec.*, note 7.

32. This, indeed, was the project in P. BIRKS, *prec.*, note 13: all of English private law, arranged on a scheme derived from the *Institutes*. See the review in

ready to analyze the common law, or any law, with the rationality that was represented by the writings of Gaius, Ulpian, Papinian and the other Roman jurists. There is an argument to be made that one of Birks's most lasting achievements will be the school of thought that he fostered, through his postgraduate teaching and the example of his own scholarship. This is precisely a school of thought that turns a civilian systematizing rationalism onto the raw materials of the common law tradition.

But if we focus on the undergraduate curriculum, we recall that Birks wanted students to have an early exposure to these habits of thought; he wanted undergraduates to study the Roman scheme at the start of their legal education, so that they would be able to see the common law with civilian eyes throughout their legal education.

Let us imagine that every law teacher looked at the discipline of law as one that transcended national boundaries. Let us imagine that students were taught law in this way, from the beginning of their legal education. Let us imagine that they were exposed to the common law and the civil law traditions, not through upper-year optional courses studied by a small minority, but as two equal and equally important contributions to legal thought. The *range* of systems is not an essential consideration; no one who studies the common law thinks that it is necessary to know the differences between and among the laws of British Columbia, Florida, and the Republic of Ireland on a given point. In the same way, an exposure to the modern civilian tradition does not require any detailed understanding of the differences between and among the laws of Japan, Brazil and Italy. Two things, however, are essential to achieve the objectives that Birks had in mind.

One is *plurality*: the student needs to learn, before legal chauvinism has a chance to set in, that there is a multiplicity of legal traditions, even in Western society, to say nothing of the rest

Nicholas KASIRER, "English Private Law, Outside-in" (2003) 3 *Oxford U. Commonwealth L. J.* 249.

of the world. To achieve this, it is not necessary to study five or even three legal systems. Two is enough to show that the world contains more than one. And, if the teaching be done well, two is enough to exclude the arising of the habit of thought that one system has all the answers, all the flexibility, all the creativity, with other systems being always second best, if not worse.

The other is a degree of *depth* in relation to legal traditions and legal cultures. It is this that allows the student to avoid the kind of unsophisticated borrowing against which Birks warned. It is also necessary if students are to have a chance to realize that each tradition has different but comparably powerful resources for evolution and development. Accomplished comparative lawyers might usefully study the approaches of a whole range of systems to some particular issue, such as liability for pure economic loss caused by poor professional advice. For first year students, a narrow focus of this kind could be worse than useless, because it does not allow them to understand that a legal tradition involves a way of looking at law and legal problems. Reading a few articles from a civil code can be as misleading for a common lawyer as reading a common law case or two can be for a civilian. The requirement of depth is exactly why Birks thought students should study the substantive Roman law in what he called the *Institutes* course. Every legal tradition has a system of thought and a legal culture³³.

Robert Warden Lee was an Englishman who was the Dean of McGill's Faculty of Law from 1915 to 1921. During this time, he implemented a number of curricular innovations, particularly in relation to the teaching of common law and civil law together, and strove to promote the role of the university in legal education, at a

33. There are, of course, linguistic challenges in such an endeavour; but they are probably less than those involved in the study of Roman law. A great deal of excellent material is available in translation. For those who teach and learn in English, it should also not be forgotten that there are places where the civil law is studied and practised in English, meaning that original source materials are in English.

time when the professions dominated the process³⁴. He left to take up the position of Rhodes Professor of Roman-Dutch Law in the University of Oxford, which he held for 36 years. My argument in this section, that the study of comparative law can be as valuable a part of legal education as the study of Roman law, can be summarized in a sentence uttered by Lee in 1931, at a meeting of the Society of Public Teachers of Law: “No human being was so narrow in his outlook as the lawyer who knew nothing of any system but his own.”³⁵

V. Conclusion

It may be, as Peter Birks feared, that the teaching of Roman law as part of undergraduate legal education is in decline. It need not be the case that what Birks valued about the teaching of Roman law needs to go with it.

“The word ‘academic’ stands for taking things seriously, getting to the bottom of them and finding out the truth.”³⁶ The academic study of law must involve the study of law as a just and fitting way of regulating human interaction. The jurist’s contribution to the human world transcends time, place and language, and this is why a legal education that addresses only a single legal system is not complete.

34. See Roderick A. MACDONALD, “The National Law Programme at McGill: Origins, Establishment, Prospects” (1990) 13 *Dalhousie L.J.* 211, p. 248-56.

35. H. HANBURY, prec., note 25, p. 25. See also Robert Warden LEE, “The Place of Roman Law in Legal Education” (1923) 1 *Can. Bar Rev.* 132.

36. P. BIRKS, prec., note 27, p. 406.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA CONSTRUCTION PAR LA DOCTRINE DANS LES MANUELS DE DROIT CIVIL FRANÇAIS ET QUÉBÉCOIS DU STATUT JURIDIQUE DE L'EMBRYON HUMAIN VOLET 1 : LA MAXIME «INFANS CONCEPTUS»

Auteur(s) : Gaële GIDROL-MISTRAL
Anne SARIS

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 1-2

Pages : 209-341

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10196>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10196>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LA CONSTRUCTION PAR LA DOCTRINE DANS LES MANUELS DE DROIT CIVIL FRANÇAIS ET QUÉBÉCOIS DU STATUT JURIDIQUE DE L'EMBRYON HUMAIN VOLET 1 : LA MAXIME « *INFANS CONCEPTUS* »*

par Gaële GIDROL-MISTRAL**
Anne SARIS***

En droit civil, « l'enfant à naître » est indissociablement lié à la maxime romaine infans conceptus. C'est en effet à travers son prisme que les civilistes abordent la question de la personnalité juridique de l'embryon. Pour mettre en œuvre cette technique juridique, ces auteurs mobilisent différentes constructions de la personnalité juridique de l'embryon. Ces dernières se rapportent à quatre courants interprétatifs préalablement identifiés par les auteures : celui de la fiction stricto sensu, celui de la personnalité juridique actuelle, et ceux de la personnalité juridique conditionnelle soumise à une condition suspensive ou résolutoire. Derrière ces courants se profile le statut juridique de l'embryon : « chose » pour la théorie de la fiction, « personne » pour les théories de la personnalité juridique actuelle et de la personnalité juridique soumise à condition résolutoire (personnalité précaire); « catégorie sui generis » pour la théorie de la personnalité juridique soumise à condition suspensive (personnalité fictivement anticipée).

À partir d'une étude des manuels de droit civil touchant au droit des personnes, auxquels quatre articles d'auteurs québécois ont été ajoutés, cet essai synthétise les idées de cette doctrine et mène une analyse minutieuse de la terminologie employée, identifiant le courant interprétatif de la maxime infans conceptus dans lequel s'insère leur pensée. Dévoilant ainsi leur qualification de l'embryon (chose, personne ou catégorie sui generis), il questionne la cohérence de leur présentation du statut juridique de l'embryon pour relever les dissonances entre sa nature et la description du régime juridique qui ressort du droit positif. À ce titre, plusieurs controverses, illustrant la difficulté de proposer une théorie cohérente de l'ensemble des règles qui régissent cet objet du droit, ont été mises à jour. Elles concernent, entre autre, l'étendue des droits reconnus à l'embryon (droits patrimoniaux et/ou extrapatrimoniaux), l'identification des mesures visant à protéger les intérêts de l'« enfant conçu » (mesures conservatoires ou exécutoires) ou encore la possibilité ou non d'appliquer la maxime latine infans conceptus aux embryons ex utero.

* . Le deuxième volet de cet article sera consacré à l'embryon humain saisi par le droit sous le prisme de la personne humaine. Cet article fait suite à une conférence prononcée au Colloque du 50^e anniversaire de l'AQDC à l'Université de Sherbrooke le 28 octobre 2011, fruit d'une égale collaboration entre les auteures.

** . Professeure de droit à l'Université du Québec à Montréal.

*** . Professeure de droit à l'Université du Québec à Montréal.

In civil law, “the unborn child” is inextricably linked to the Roman maxim of infans conceptus. It is through this concept that civilists address the issue of the legal personality of the embryo. To implement this legal technique, scholars of the civil law tradition utilize four different interpretative theories: that of a stricto sensu legal fiction, that of an actual legal personality, as well the concepts of a conditional legal personality subject to either a suspensive or resolutive condition. Underlying these concepts is the legal status of the embryo, considered to be an “object” for the tenants of the idea of a legal fiction, a “person” for those embracing the idea of a real legal personality or a status dependent on a resolutive condition (precarious legal personality), and a “sui generis category” for those advancing the idea that legal status is subject to a suspensive condition (anticipated legal personality).

This essay, through a detailed analysis of the terminology employed in civil law textbooks dealing with the subject of civil rights, as well as four articles written by Quebec authors in the same subject area, identifies the interpretative theory surrounding the use of the maxim infans conceptus that each respective author uses. This analysis has revealed certain divergences between the presentation that is made surrounding the embryo’s legal status (object, person, or sui generis category), and the ensuing applicable legal rules. This essay highlights and updates certain debates surrounding the concept of infans conceptus, illustrating the difficulty of elaborating a coherent theory in this area. This essay notably discusses the type of rights generally recognized for an embryo (patrimonial and/or extrapatrimonial rights), identifies certain mechanisms aimed at protecting the “unborn child” (conservative or executory measures), as well as the possibility of applying the Latin maxim infans conceptus to ex utero embryos.

SOMMAIRE

Prolégomènes	228
I. De la fiction à la réalité juridique : fiction <i>stricto sensu</i> vs personnalité juridique actuelle	247
A. La fiction <i>stricto sensu</i>	248
B. La personnalité juridique actuelle : existence immédiate et pérenne de la personnalité juridique et conditionnalité des droits (suspensive)	254
II. De la personnalité juridique précaire à la personnalité juridique latente : condition résolutoire vs condition suspensive	262
A. La personnalité juridique sous condition résolutoire : une personnalité précaire	267
B. La personnalité juridique sous condition suspensive : une personnalité latente	289
Conclusion	314
Annexe 1	322
Annexe 2	325
Annexe 3	330
Annexe 4	336

Le sort de l'embryon humain, qui, grâce aux avancées biotechnologiques, peut être médicalement créé et conservé hors de la matrice maternelle¹, a soulevé de multiples interrogations tant éthiques que juridiques. Ainsi, son statut juridique, c'est-à-dire l'ensemble cohérent des règles applicables à cet objet, ce qui comprend autant les règles qui président à sa qualification et portent sur sa nature juridique que celles qui en découlent et organisent son régime juridique, suscite des questionnements délicats. Pourtant, les législateurs (canadien, québécois et français) ont esquivé bon nombre de ces derniers et ne se sont, notamment, jamais prononcés explicitement sur le statut de l'embryon humain², qui demeure ainsi une énigme pour le droit.

Certes, des réglementations (dans les domaines de la santé, de la bioéthique ou du pénal³) ont été adoptées afin d'encadrer les

-
1. La fécondation *in vitro* a été développée dans les années 70. Louise Brown sera le premier bébé à naître par fécondation *in vitro*, en Angleterre, en 1978. Depuis 30 ans, cette pratique d'aide à la procréation médicalement assistée s'est généralisée.
 2. La possibilité de la comparaison entre les deux systèmes juridiques s'explique notamment par deux raisons : d'une part, le droit français et le droit québécois ont pour origine commune la Coutume de Paris. Suite à la codification de 1866, le droit québécois a pris son indépendance. Son caractère mixte s'explique notamment par le fait qu'il est appliqué dans le cadre d'un système judiciaire d'inspiration britannique. D'autre part, la doctrine civiliste québécoise, comme la doctrine civiliste française, se rejoignent dans leur souci de systématiser le droit. Voir notamment H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concorde*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993.
 3. Les dispositions en droit pénal touchent essentiellement la réglementation de la recherche et l'encadrement de l'avortement. Au Canada, l'article 287 du Code criminel punit d'un emprisonnement à perpétuité toute personne qui procure un avortement, et d'une peine de deux ans la femme enceinte qui s'auto-avorte ou se fait avorter tout en prévoyant une exception pour les avortements thérapeutiques opérés dans un hôpital accrédité suite à l'approbation d'un comité d'éthique qui vérifiera notamment si « la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière ». Cet article a été déclaré inopérant par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 parce qu'il était contraire à la Constitution. Il en résulte que, s'il fait encore partie du Code criminel, il n'a plus aucune conséquence juridique. Depuis cette décriminalisation de

utilisations tant de l'embryon *in vitro* que de l'embryon et du fœtus *in utero*, voire de les protéger (prohibition des conventions à titre onéreux ou de mère porteuse, interdiction des expérimentations, conditions d'accès aux techniques de procréation assistée). Pour autant, elles ne se prononcent jamais explicitement sur la qualification à donner à ces entités, révélant ainsi une réticence à conceptualiser l'embryon, et laissant le juriste parfois bien en peine d'induire de ce caléidoscope de règles une quelconque catégorisation juridique.

Indices aussi de cette prudence, les termes « personne » et « être humain », repris dans les codes civils français et québécois, n'y sont pas définis.

Ainsi l'article 16 du Code civil français dispose que « [l]a loi assure la primauté de la **personne**, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'**être humain** dès le commencement de sa vie »⁴ (nos mis en gras). Il est complété par l'article 16-1 qui précise que « [c]hacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

l'avortement, différents projets de loi ont été proposés sans succès. L'avortement au Canada n'est donc encadré à ce jour par aucune loi fédérale; les provinces ont, quant à elles, posé des lois et des règlements en droit de la santé qui encadrent cet acte médical. En France, c'est la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 *relative à l'interruption volontaire de grossesse*, dite Loi Veil, modifiée par la Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979 *relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, qui encadre les conditions de mise en œuvre de l'avortement. L'article premier de cette loi prévoit que « [l]a loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi ». Les dispositions de la loi se retrouvent à la fois dans le Code de la santé publique et dans le Code pénal. Les articles 348 à 352 du Code pénal définissent plus particulièrement les infractions liées aux pratiques de l'avortement.

4. Si aucun article du Code civil français n'est spécifiquement consacré à l'acquisition de la personnalité juridique, celle-ci est traitée par la doctrine à partir du droit coutumier, notamment au regard de la maxime « *infans conceptus* » comme nous le verrons dans la suite de cet article.

Au Québec, l'article 1 du Code civil établit que « [t]out **être humain** possède la personnalité juridique; il a la pleine jouissance des droits civils ». L'article 3 pose que « [t]oute **personne** est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée »⁵ (nos mis en gras). La Charte québécoise des droits et libertés, à laquelle renvoie la disposition préliminaire du code⁶, énonce dans son article 1 que « [t]out **être humain** a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa **personne**. Il possède également la personnalité juridique »⁷ (nos mis en gras).

-
5. Le Code civil du Bas-Canada précisait à l'article 18 : « [t]out être humain possède la personnalité juridique. Citoyen ou étranger, il a pleine jouissance des droits civils, sous réserve des dispositions expresses de la loi » et à l'article 19 : « [l]a personne humaine est inviolable. Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi ». Lors de la réforme du Code civil du Québec, il fut proposé de conserver le terme de « personne humaine ». Ainsi le Titre II du Livre I (des personnes) était intitulé : « De la personne humaine ». Dans le code actuel, le titre choisi est « De certains droits de la personnalité ». Le Barreau du Québec semble avoir compris que la personne humaine référerait à la personne physique en opposition à la personne morale. Barreau du Québec, *Rapport de la sous-commission d'étude du barreau du Québec sur la réforme du droit des personnes* (Étude du rapport sur le Code civil du Québec par l'Office de révision du Code civil), mars 1982, à la p. 6 « De la personnalité juridique et de l'identification de la personne humaine ». À ce chapitre, l'Office de révision du Code civil apporte un changement majeur de terminologie : « Dorénavant devront être employés les termes "personne humaine" et "personne morale" en comparaison des termes connus de "personnes physiques" et "personne morale". Nous approuvons ces modifications à notre terminologie juridique mais il faudra adapter en conséquence l'ensemble des lois ». La doctrine française, quant à elle, distingue personne physique dotée de la personnalité juridique et personne humaine comme nous le verrons dans un prochain article qui abordera la question du statut de l'embryon à travers le prisme de la personne humaine et qui devrait paraître dans un prochain numéro de la Revue de droit de l'Université de Sherbrooke.
 6. Disposition préliminaire : « Le *Code civil du Québec* régit, en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens ». *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.
 7. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12.

Face à cette vacuité, la doctrine de droit civil⁸, et tout particulièrement celle qui s'exprime dans les ouvrages destinés aux futurs professionnels du droit⁹, s'est efforcée de clarifier ces concepts

-
8. Parmi les différentes doctrines, telles celles de droit public, qui abordent la question de l'embryon, nous avons fait le choix de nous intéresser uniquement à la doctrine de droit civil. C'est pour cette raison que nous n'aborderons pas la doctrine canadienne qui n'est pas une doctrine de droit civil.
 9. Nous avons sélectionné trente-deux manuels français, deux manuels québécois et quatre articles de doctrine québécoise.
En ce qui concerne les manuels français, nous avons recouru aux ouvrages suivants:
 1. François AMELI, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 2004.
 2. Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 12^e éd., coll. « Sirey Université », Paris, Sirey, 2008.
 3. Annick BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 4^e éd., Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2009. (les 5^e et 6^e éditions en date de 2012 n'étaient pas disponibles au Québec au moment de la rédaction de cet article).
 4. Bernard BEIGNIER et Corinne BLERY, *Manuel d'introduction au droit*, Paris, PUF, 2004.
 5. Brigitte BELLOIR-CAUX, *Introduction au droit privé, les règles du jeu*, Paris, Chiron, 2003.
 6. Philippe BIHR, *Droit civil général*, 14^e éd., coll. « Mémentos », Paris, Dalloz, 2002.
 7. Jérôme BONNARD, *Introduction au droit*, 3^e éd., coll. « Universités Droit », Paris, Ellipses, 2004.
 8. Jean-Paul BRANLARD, *Droit civil : introduction au droit*, Paris, Guaiino éditeurs, Lextenso éditions, 2011.
 9. Yvaine BUFFELAN-LANORE et Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 17^e éd., coll. « Sirey Université », Paris, Sirey, 2011.
 10. Jean CARBONNIER, *Droit civil*, 21^e éd., t. 1, coll. « Thémis Droit privé. Les personnes », Paris, PUF, 2000.
 11. Gérard CORNU, *Droit civil. Introduction, Les personnes, Les biens*, 12^e éd., coll. « Domat Droit privé », Paris, Montchrestien, 2005.
 12. Patrick COURBE, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 2007.
 13. Mélina DOUCHY-LOUDOT, *Droit civil 1ère année. Introduction, Personnes, Famille*, 6^e éd., coll. « HyperCours », Paris, Dalloz, 2011.

-
14. Sophie DRUFFIN-BRICCA, *L'essentiel de l'introduction générale au droit*, coll. « Les Carrés », Paris, Gualino éditeur, 2012.
 15. Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI et Gilles LHUILIER, *Introduction au droit*, coll. « Champs Université », Paris, Flammarion, 2002.
 16. Michelle FONTAINE, Robert CAVALERIE, Danielle FOUILHE, Jacques-André HASSENFORDER et Marie-Paule SCHNEIDER, *Notions fondamentales de droit*, 6^e éd., Vanves, Foucher, 2006.
 17. Thierry GARE, *Droit des personnes et de la famille*, Paris, Montchrestien, 2004.
 18. David GAUTHIER, *Droit*, Paris, ASH, 2002.
 19. Sophie GJIDARA-DECAIX, *Précis de droit civil*, 1^{re} éd, coll. « Major », Paris, PUF, 2007.
 20. Brigitte HESS-FALLON et Anne-Marie SIMON, *Droit civil*, 8^e éd., coll. « Aide Mémoire », Paris, Sirey, 2005.
 21. Michel DE JUGLART, Alain PIEDELIEVRE et Stéphane PIEDELIEVRE, *Cours de droit civil : introduction, personne, famille*, 16^e éd., t. 1, Paris, Montchrestien, 2001.
 22. Christian LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, 5^e éd., t. 1, coll. « Droit civil », Paris, Economica, 2006.
 23. Philippe MALAURIE, *Les personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, 5^e éd., coll. « Droit civil », Paris, Defrénois, 2010 (la nouvelle édition de 2012 n'était pas disponible au Québec au moment de la rédaction de cet article).
 24. Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil – Les personnes : La personnalité, Les incapacités*, 8^e éd. par Florence LAROCHE-GISSEROT, t.1, vol. 2, Paris, Montchrestien, 1998 (la 8^e édition et la nouvelle édition prévue en 2012 n'étaient pas disponibles au Québec au moment de la rédaction de l'article).
 25. Bruno PETIT, *Les personnes*, 3^e éd., coll. « Le droit en plus », Grenoble, Presse universitaire de Grenoble, 2003.
 26. Corinne RENAULT-BRAHINSKY, *Mémentos Droit civil : les personnes*, 2^e éd., coll. « fac Universités », Paris, Gualino, 2004.
 27. Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Introduction au droit civil*, 5^e éd., Paris, Litec, 2000
 28. Gilles TAORMINA, *Introduction à l'étude du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005.
 29. François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, 6^e éd., coll. « Précis Dalloz », Paris, Dalloz, 1996.
 30. Bernard TEYSSIE, *Droit civil. Les personnes*, 13^e éd., coll. « Manuels », Paris, LexisNexis, 2011.
 31. Pierre VOIRIN et Gilles GOUBEAUX, *Droit civil. Introduction au droit, Personnes – Famille, Personnes protégées, Biens – Obligations, Sûretés*, 33^e éd., Paris, LGDJ, 2011.

32. Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Manuel de droit des personnes*, 1^{re} éd., coll. « Droit fondamental », Paris, PUF, 2006.

Au Québec, nous avons consulté deux manuels et quatre articles de doctrine :

33. Edith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.

34. Robert KOURI et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 2005. Nous mentionnerons, pour mieux comprendre la pensée de ces deux auteurs et mieux saisir leur évolution, leurs deux articles écrits individuellement, Suzanne PHILIPS-NOOTENS, « Être ou ne pas être... une personne juridique: variations sur le thème de l'enfant conçu », dans Ernest CAPAROS, (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, 197 et Robert KOURI, « Réflexion sur le statut juridique du fœtus », (1980-81) 15 *R.J.T.* 193.

35. Marie-Ève ARBOUR et Mariève LACROIX, « Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit », (2009-2010) 40 *R.D.U.S.* 231

36. Paul-André CREPEAU, « L'affaire Daigle et la Cour suprême du Canada ou la méconnaissance de la tradition civiliste », dans Ernest CAPAROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson and Lafleur, 1993, p. 217-281. Même si cet article est antérieur à 1994, nous l'avons sélectionné car il s'agit du seul article au Québec consacré expressément à la maxime « *infans conceptus* ».

37. Louise LANGEVIN, « Entre la non-reconnaissance et la protection : la situation juridique de l'embryon et du fœtus au Canada et au Québec », (2004) 56 *R.I.D.C.* 39

38. Michel MORIN, « Les confins du droit civil et du droit pénal : l'avortement et les droits de l'enfant conçu », (1997) 42 *R.D. McGill* 199. Nous avons choisi cet article car il traite des droits de l'enfant conçu. Nous avons écarté un second article de l'auteur, « La maxime *infans conceptus* au Canada », dans Jacques BOUINEAU (dir.), *Personnes et res publica*, vol. 2, coll. « Association Méditerranées. Université de la Rochelle. Centre d'études internationales sur la romanité », Paris, L'Harmattan, 2008, p. 151 car ce dernier faisait essentiellement un état des lieux des développements jurisprudentiels sur la maxime « *infans conceptus* ».

Les trois manuels suivants : Christian ATIAS, *Droit civil. Les personnes, Les incapacités*, coll. « Droit fondamental », Paris, PUF, 1985; Monique QUELLETTE, *Droit des personnes et de la famille*, Montréal, Éditions Thémis, 1980; Mireille D. CASTELLI, *Droit des personnes et de la famille. Textes de doctrine et de jurisprudence*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1977 n'ont pas été sélectionnés, car ils sont antérieurs aux amendements faisant suite aux lois sur la bioéthique dans le cadre du droit français et à l'entrée en vigueur du nouveau code civil dans le cas québécois. Quant à Christian ATIAS, *Droit civil*, 27 éd., coll. « Que sais-je? », Paris, PUF, 2004,

et de les appliquer à cet objet élastique en droit civil qu'est l'embryon¹⁰, essayant par là même de construire de façon cohérente son statut juridique à partir des textes normatifs : lois, règlements, décisions

-
- nous n'avons pas sélectionné cet ouvrage car il ne traite ni explicitement, ni implicitement, de la maxime « *infans conceptus* ».
10. Même si notre article s'intéresse au statut juridique de l'embryon, et bien que le terme « enfant conçu » nous semble véhiculer une charge personificatrice très importante, nous utiliserons souvent ce terme puisqu'il est la traduction française littérale de la maxime latine « *infans conceptus* ». Il n'en demeure pas moins que les réflexions concernant la personnalité juridique ou la protection juridique accordée à l'embryon touchent aussi le fœtus. Précisons encore que la distinction entre ces deux notions est le fruit, selon les termes médicaux, des différents stades de développement atteints. Ainsi, E. DELEURY et D. GOUBAU renvoient au droit de la santé en reprenant les termes de la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, c. 2 « qui utilise le mot embryon pour désigner l'enfant à naître jusqu'au cinquante-sixième jour de développement suivant la fécondation alors que le mot fœtus est réservé à la période depuis le cinquante-septième jour de la fécondation jusqu'à la naissance », E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 13 n° 3 note infrapaginale 7. Ce découpage du temps de gestation (ne concernant donc que l'enfant conçu *in utero*), se retrouve, selon ces auteurs, dans de nombreux textes législatifs et administratifs un peu partout dans le monde. Voir ainsi : F. AMELI, préc., note 9 (1), p. 72; J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, préc., note 9 (2), p. 196; J. BONNARD, préc., note 9 (7), p. 157 et 158; J.-P. BRANLARD, préc., note 9 (8), p. 110; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, préc., note 9 (9), p. 298 n° 792 et p. 316; J. CARBONNIER, préc., note 9 (10), p. 33 n° 13; G. CORNU, préc., note 9 (11), p. 205 n° 461 et p. 206 n° 461; R. ENCINAS DE MUNAGORRI et G. LHUILIER, préc., note 9 (15), p. 23; T. GARE, préc., note 9 (17), p. 129; D. GAUTHIER, préc., note 9 (18), p. 60; S. GJIDARA-DECAIX, préc., note 9 (19), p. 65; B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, préc., note 9 (20), p. 93; C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 201 n° 321 et p. 203 n° 321^{ter}; P. MALAURIE, préc., note 9 (23), p. 11 n° 7 et p. 13 n° 7; J. MAZEAUD et F. CHABAS, préc., note 9 (24) p. 10, n° 443-1; B. PETIT, préc., note 9 (25), p. 13 n° 8; C. RENAULT-BRAHINSKY, préc., note 9 (26), p. 25; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, préc., note 9 (27), p. 382 n° 1036 et p. 383 n° 1037 et n° 1038; F. TERRE et D. FENOUILLET, préc., note 9 (29), p. 23-24 n° 23; P. VOIRIN et G. GOUBEUX, préc., note 9 (31), p. 70 n° 96; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 29 n° 12. E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 13-14 n° 5 et p. 16 nos 6-7; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 108 n° 108; M.-E. ARBOUR et M. LACROIX, préc., note 9 (35), p. 244 à 248; P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 263, 270 et 277; L. LANGEVIN, préc., note 9 (37), p. 41, 43, 60 et 74; M. MORIN, préc., note 9 (38), p. 263.

judiciaires¹¹, etc. La difficulté est accrue par le fait que cet objet intéresse de nombreuses disciplines (philosophie, morale, éthique, médecine, science politique, religion, droit) et ouvre la voie à l'expression de l'internormativité, c'est-à-dire l'emprunt par un ordre juridique du contenu d'une norme à un autre ordre juridique¹². Cette dernière est le reflet de la culture propre aux acteurs du droit¹³. Elle est sous-jacente aux répertoires normatifs mis en

-
11. Même si nous mentionnerons la jurisprudence de façon indirecte dans ce texte, elle ne sera pas l'objet de notre analyse, notre intention n'étant pas de nous pencher sur l'état du droit sur le statut juridique de l'embryon, mais bien de déconstruire la doctrine civiliste telle qu'elle s'exprime dans des ouvrages destinés aux futurs professionnels du droit.
 12. L'internormativité est l'emprunt par un ordre juridique du contenu normatif de la norme. Jean CARBONNIER, « Internormativité » dans André-Jean ARNAUD *et al.* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1988. Guy ROCHER, « Les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles » dans Jean-Guy BELLEY, *Le droit soluble, contributions québécoises à l'étude d'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996, 25, p. 28. G. Timsit dégage trois mécanismes d'accession de la norme à sa signification, c'est-à-dire sa juridicité, la pré-, la co- et la surdétermination selon la part plus ou moins active que le juge joue. Le recours au code culturel s'effectue dans la codétermination et la surdétermination. De ceci, il distingue trois figures du jugement : la transcription (application à la lettre, absence de dialogue), la transdiction (dialogue) et la transgression, Gérard TMSIT, *Les figures du jugement*, coll. « Les voies du droit », Paris, PUF, 1993, p. 271. Selon nous, cette analyse qui met de l'avant les phénomènes d'internormativité peut être appliquée à la doctrine commentant le droit positif.
 13. Nous avons pour but, dans cet article, d'identifier la circulation des concepts et théories juridiques entre le Québec et la France sur la question de la nature juridique de l'embryon, nous demandant si l'on pouvait se servir de la doctrine française pour penser l'embryon au Québec et *vice versa*. À cet effet, la notion de culture juridique telle que définie par J. Bell (« configuration of values, concepts, practices and institutions through which individuals interpret and apply legal norms, legal culture being rooted in general culture ») et M. VAN HOECK et M. WARRINGTON qui ajoutent notamment l'idéologie (« concept of law, theory of valid sources, methodology of law, theory of argumentation, theory of legitimation of law, common basic ideology ») nous a semblé être un outil pertinent (John BELL, « legal culture » : a specific way in which values, practices, and concepts are integrated into the operation of legal institutions and the interpretation of legal texts » dans *English Law and French Law – Not so Different?* (1995) 48 *Current Legal Problems* 63, 70). Mark VAN HOECKE et Mark WARRINGTON,

œuvre¹⁴, aux outils de conceptualisation du raisonnement juridique (les notions, définitions et catégories dont le sens peut varier ou encore les modes de qualification recourant à l'induction, la déduction ou l'abduction)¹⁵, à la vision positiviste, voire naturaliste, du droit civil (le droit civil existerait en suspens et n'aurait qu'à être découvert ou redécouvert par la doctrine), ou plutôt constructiviste (le droit étant ici construit, entre autres, par la doctrine, à partir notamment des outils et concepts propres à la tradition civiliste)¹⁶.

-
- « Legal Cultures and Legal Paradigms Towards a New Model for Comparative Law » (1998) 47 *I.C.L.Q.* 495, 514-515. Pourtant, force nous a été de constater que si la doctrine civiliste québécoise analysée dans cet article s'alimente, entre autres, auprès de la doctrine française et renvoie dans ses écrits à leurs constructions doctrinales, la doctrine française étudiée s'est avérée enfermée sur une approche continentale et peu ouverte à la circulation des idées et concepts provenant de leurs collègues québécois.
14. On peut ici noter que certains auteurs français et québécois renvoient au répertoire des normes religieuses catholiques : J. CARBONNIER (avortement), préc. note 9 (10), p. 41; R. ENCINAS DE MUNAGORRI et G. LHULLIER mentionnent, à propos de l'interruption volontaire de grossesse, que « [de]s auteurs, le plus souvent catholiques, considèrent le fœtus et même l'embryon comme des personnes humaines. D'un point de vue juridique pourtant, l'embryon n'est pas assimilé à une personne humaine », préc., note 9 (15), p. 48; P. MALAURIE (vie humaine), préc., note 9 (23), p. 12 et notes infrapaginales 17 et 18 (sur la notion de dignité); F. TERRE et D. FENOUILLET : « Cette donnée de la science a consolidé la position qui l'avait progressivement emporté dans l'Église catholique. Cette position, devenue des plus officielles du moins au XX^e siècle est sans équivoque : l'avortement est assimilé à l'infanticide, c'est-à-dire au meurtre – voire à l'assassinat – d'une personne humaine » (ce passage concerne l'embryon et le fœtus *in utero*), préc., note 9 (29), p. 24 n° 22; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET relèvent que « [l]a nature juridique de l'embryon mobilise de puissantes convictions morales, religieuses et philosophiques », préc., note 9 (32), p. 233 n° 272. Par ailleurs, un indice des normes mises à contribution pour appréhender l'embryon est le choix des termes utilisés : voir Annexe 2.
15. La doctrine civiliste française portant sur la maxime « *infans conceptus* » et étudiée dans cet article use à l'unanimité d'un raisonnement par déduction alors que la doctrine québécoise recourt aussi au raisonnement par induction.
16. Selon le *Dictionnaire historique de la langue française* (sous la direction d'Alain REY), Paris, Editions Le Robert, 2011, la « *traditio* désigne proprement l'action de remettre [...],) au figuré, la transmission, l'enseignement ». Nous émettons ici l'hypothèse que les enseignements repris et transmis sont les courants majoritaires. En ce sens, voir le texte « Sur "Critique du Droit" » d'Antoine JEAMMAUD dans lequel il explique la difficulté rencontrée

Poser la question du statut juridique de l'embryon suppose au préalable, selon une démarche propre à la tradition de droit civil¹⁷, de qualifier l'embryon pour en déterminer sa nature. C'est de cette nature que découlera son régime juridique. Or, le droit civil ne connaît que deux méta-catégories juridiques (*summa divisio*) : les personnes et les choses. Ces catégories n'ont pas le même pouvoir d'attraction. Celle des personnes, catégorie principale, est strictement circonscrite par une nature prédéterminée par des critères. Au contraire, celle des choses, catégorie résiduelle¹⁸, bénéficie d'une « extension illimitée »¹⁹. Cette catégorie subsidiaire a vocation à accueillir par défaut tout ce qui n'est pas qualifié de personne sans qu'aucun critère n'ait besoin d'être rempli. Le seul fait de ne pas entrer dans la catégorie de personne suffit pour être qualifié de chose. C'est pourquoi se poser la question du statut de l'embryon en droit civil revient à se demander si l'embryon est une personne au regard des critères propres au droit civil. De cette réponse dépendent la nature et le régime juridiques de l'embryon. S'il est une personne, il relève des règles applicables aux personnes physiques; à défaut, il est une chose soumise au régime du droit des biens.

par les tenants de ce courant pour trouver des postes de professeurs de droit et, mentionnant que « [l]e mouvement est d'ailleurs resté, sinon ignoré de la grande majorité des juristes et politologues universitaires du pays, du moins marginal, même durant ses quelques années d'activité propre. Il n'est même pas parvenu à provoquer de vigoureux et féconds débats à partir de la contestation de ses analyses », il renvoie à l'analyse des auteurs P. JESTAZ et C. JAMIN sur le mouvement. « Le projet pédagogique ambitieux porté par le mouvement "Critique du droit" [...] n'a pas remporté le succès escompté, et ce groupe a dû finalement interrompre ses activités, avant que ses membres ne finissent par choisir des voies différentes. », Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 155.

17. Telle que définie *supra*, note 13.

18. Cette opposition entre catégorie principale et catégorie résiduelle est souvent reprise en droit des biens concernant la distinction des biens meubles et immeubles. En ce sens, Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., coll. « Droit fondamental Classiques », Paris, PUF, 2008, p. 150 n° 94.

19. *Id.*

Cette *summa divisio* (personnes *vs* choses) nous est parvenue par le Code Justinien qui a repris, en l'amendant, l'ouvrage de formation des juristes écrit au II^e siècle par Gaius²⁰. Le droit romain avait mis en place un système juridique qui reposait sur l'observation de la vie²¹, principalement tournée autour des personnes et des choses²² : l'homme²³ agit en exerçant sa maîtrise²⁴ sur d'autres hommes ou sur les choses; dans les choses se trouvent celles qui peuvent faire l'objet d'une appropriation; enfin, les actes de l'homme sont parfois sources de conflits qui seront résolus par les actions en justice²⁵. Ces trois piliers du droit civil (*personae, res, actiones*), mis en exergue par Gaius, montrent que le droit civil opère dans un réseau de relations qui se nouent entre les personnes et les choses.

-
20. Le Code Justinien date du VI^e siècle. Il comprend le Digeste, commentaire des 12 tables et les Institutes. Cette dernière partie correspond à un manuel de formation de futurs juristes. « *Omne jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* », Les Institutes de Gaius, n° 8. *Persona, res et actio* constituent, pour le célèbre jurisconsulte Gaius, les trois objets des règles du droit civil. GAIUS, *Institutes*, texte établi et traduit par Julien REINACH, Paris, Les Belles Lettres, 1951, réimpr. 2003.
21. Le droit romain se caractérise selon A. SCHIAVONE par un haut niveau de technicité (il constitue une science juridique *stricto sensu*), par la constitution d'une classe spécialisée de juristes, les experts, qui exercent leur science juridique de façon globale, théorique et pragmatique, et par son autonomisation relative à l'égard tant de la religion que de la politique, Aldo SCHIAVONE, *Ius, L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2008, p. 14. Voir également P. JESTAZ et C. JAMIN qui expliquent que : « Le modèle français, en effet, a très profondément subi l'influence de l'histoire et d'une histoire qui ne se résume pas à la période postérieure au code civil : il plonge ses racines jusqu'au coeur du moyen âge savant et du droit romain le plus ancien », P. JESTAZ et C. JAMIN, préc., note 16, p. 12.
22. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 24 n° 6.
23. Le choix du terme « homme » est à escient puisque, à cette époque, les femmes n'étaient pas considérées comme des personnes au sens juridique.
24. Pour une critique de la relation au monde sous l'angle de la maîtrise, voir Françoise d'Eaubonne et son concept d'éco-féminisme. Françoise D'EAU-BONNE, *Le Féminisme ou la Mort*, Paris, Pierre Horay, 1974. Voir aussi Karen J. WARREN, « Introduction », dans Michael E. ZIMMERMAN, J. Baird CALICOTT, George SESSIONS, Karen J. WARREN et John CLARK (dir.), *Environmental Philosophy: From Animal Rights to Radical Ecology*, Englewood Cliffs, NJ Prentice-Hall, 1993, p. 253-267.
25. Andréas HELMIS, Nathalie KALNOKY et Soazick KERNEIS (dir.), *Vertiges du droit. Mélanges franco-helléniques à la mémoire de Jacques Phytillis*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 134.

Révélaient les connexions juridiques, sociales et économiques (rapports/entrées en relations sociales) entre les acteurs du monde juridique (*personae*) et les choses (*res*) devant la justice (*actiones*), ces trois piliers ont traversé le temps et sont encore présents à la fois dans le Code civil français et dans le Code civil québécois, qui ont repris les catégories de personnes, de choses et d'obligations²⁶. Notons d'emblée que la notion romaine de personne est distincte de celle de sujet de droit²⁷, une notion qui date du 19^e siècle. Cette dernière renvoie en effet plus particulièrement à la titularité des

26. Cette division a servi de structure au Code Napoléon qui a été, jusqu'en 2006, divisé en trois principaux livres qui suivaient les trois piliers mis de l'avant par GAIUS dans les *Institutes*, préc., note 20. Il s'agissait des Livre 1 : Les personnes; Livre 2 : Des biens et des différentes modifications de la propriété; Livre 3 : Des différentes manières dont on acquiert la propriété. Ce découpage du Code civil français a été repris en 1866 par le Code civil du Bas-Canada. En 1994, le législateur québécois, lors de la réforme du code civil, a décidé de rompre avec cette tradition de présentation du droit civil et de proposer un découpage du code en 10 Livres. Pour autant, on ne peut déduire de ce nouveau découpage une rupture avec le modèle précédent puisque, dès les dispositions préliminaires du Code civil du Québec, le législateur précise que « [l]e Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les **personnes**, les **rapports entre les personnes**, ainsi que les **biens**. » (nos mis en gras), ce qui rappelle sans conteste les trois piliers du droit de Gaius.

27. Selon R. SACCO, la distinction entre le droit et l'exercice du droit serait récente. Avant, le droit n'existait que lorsqu'il était exercé. Rodolfo SACCO, « Le droit muet », (1995) *RTD civ.* 783, 796. En droit romain, la source des droits ne se trouvait pas dans les droits subjectifs mais dans les actions en justice (*actio*). Il faudra attendre le 19^e siècle avec F.-C. SAVIGNY pour que l'action devienne la manifestation d'un droit. L'action est le droit mobilisé. Cette vision volontariste fut reprise par la doctrine civiliste. Friedrich-Carl VON SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, t. 2, Paris, F. Didot, 1855-1860, p. 12 et 13. Voir sur ce point François LONGCHAMPS, « Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine », (1964) *IX APD* 45.

droits subjectifs et a donné lieu à moult débats tournant, notamment, autour de la question du volontarisme²⁸ et de l'enveloppe matérielle de la personne²⁹.

À la fin du 20^e siècle, confrontés aux avancées des biotechnologies, les deux codes civils ont été modifiés : intégration de cinq

28. Deux notions de droit subjectif se sont notamment opposées : la notion volontariste et celle axée sur l'intérêt. La question centrale portait sur la place des êtres dépourvus de volonté (les incapables). La première notion a été proposée par F.-C. SAVIGNY qui rattache le droit subjectif à la **volonté** du titulaire. La seconde, portée par Jhering, considère que le droit est un **intérêt** juridiquement protégé. Ainsi, le droit subjectif, dans cette deuxième acception, soulève la question de la participation à la vie juridique de la personne, sujet de droit, dotée de la personnalité juridique. Pour qu'une personne entre dans la vie juridique, il faut qu'elle puisse se mettre en relation avec autrui. C'est ce que permet la personnalité juridique. Rudolph von JHERING, *L'esprit du droit romain*, trad. fr. Octave de Meulenaere, 3^e éd., t. 4, Paris, Chevalier-Marescq, 1888. Voir sur ces questions, Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 2005, n° 9 p. 67; Guillaume WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1996, Paris, LGDJ, n° 183. Par ailleurs, sur la qualification des droits de la personnalité en tant que liberté plutôt que droit, certains estiment qu'il ne peut s'agir d'un droit puisqu'il ne donne pas de pouvoir à son titulaire (le droit subjectif étant un pouvoir reconnu aux particuliers par le droit objectif), mais plutôt une liberté, un intérêt, dont la protection est assurée par la responsabilité civile de la personne qui y porte atteinte. La victime n'est qu'à ce moment-là investie d'un pouvoir subjectif, celui d'obtenir la réparation du dommage causé. Pierre KAYSER « Les droits de la personnalité : aspects théoriques et pratiques », (1971) 69 *R.T.D.civ.* 445. R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS font référence à cet auteur, préc., note 9 (34), p. 73, note infrapaginale 263.

29. Certains y font référence sous le vocable de personne humaine.

lois sur la bioéthique³⁰ dans le Code civil français³¹, renvoi à la Charte québécoise et aux dispositions spécifiques sur le corps humain pour le Code civil québécois³². Cette mise en avant du corps humain et du régime de droit objectif qui l'accompagne témoignent d'un souci de préserver l'espèce humaine contre les atteintes portées par autrui, mais aussi par le sujet de droit lui-même³³.

Le terme « personne » utilisé par ces différents textes renferme une ambiguïté inhérente à sa polysémie : abstraction juridique recouvrant la personne physique dotée de la personnalité

-
30. Loi n° 94-548 du 1 juillet 1994 *relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé* et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*; Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain*; Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal bioéthique* modifiée par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 et Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 *relatives à la bioéthique*. Certains de ces articles ont été directement intégrés dans le Code civil français et dans le Code de la santé.
31. C. civ., art. 16, 16-1 à 16-9.
32. Art. 10 à 25 C.c.Q. Il est à noter que le renvoi à la notion de personne humaine n'a pas été conservé dans la version actuelle du Code civil.
33. Voir P. KAYSER, préc., note 28. Ce régime est étroitement lié aux notions de personne humaine et de dignité humaine. Sans les approfondir ici, nous avons noté qu'une vision plutôt anti-subjectiviste prévaut en France. « Cette conception anti subjectiviste de la dignité humaine ne peut que limiter substantiellement la maîtrise de son corps par le sujet. Le codificateur a pourtant entendu consacrer une telle maîtrise. Une importante contradiction se développe donc entre une certaine acceptation de la dignité et la souveraineté de la personne sur son corps. Si la conception anti subjectiviste de la dignité l'emportait, le droit du sujet sur son corps serait fortement encadré. La dignité opposerait un frein non seulement à l'activité juridique sur le corps mais aussi à l'activité matérielle. On va même jusqu'à l'analyser comme une exception permettant de faire déclarer illicite un comportement donné à l'égard de son corps, et d'en demander l'interdiction », F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 254 n° 289; Au Canada, au contraire, la notion de dignité met l'accent sur la subjectivité par le biais de la mise en avant de l'autonomie de l'individu. « Le Code civil tend ainsi à un équilibre par l'arbitrage de l'ordre public et de l'autonomie de la volonté; des intérêts individuels et de ceux collectifs : c'est du moins ce qu'enseignent les manuels de droit privé », M.-E. ARBOUR et M. LACROIX, préc., note 9 (35), p. 236 et 237.

juridique (titulaire de droits subjectifs et donc sujet de droit), entité concrète, c'est-à-dire l'individu (en son essence et sa substance) soumis au régime juridique de protection de la personne humaine/corps humain de l'autre³⁴. Cette dualité de la notion de « personne » rejaillit nécessairement sur l'appréhension de l'embryon car, dès lors, deux questions principales seront soulevées lorsqu'il s'agira de se demander si l'embryon est ou n'est pas une personne. Est-il une personne dotée de la personnalité juridique (abstraction juridique/volet 1 de cet article)? Et est-il une personne soumise au régime de protection de la personne humaine (personne concrète/volet 2 de l'article)?

Ces deux questions, qui ont fait office de grille de lecture de la doctrine civiliste, ont servi de fil conducteur à notre analyse de la construction du statut juridique de l'embryon humain par la doctrine dans les manuels de droit civil français et québécois.

L'objet de cet article n'est pas de déterminer quel est ou devrait être le statut juridique de l'embryon, ni de poser un regard critique sur ce dernier, mais de déterminer quelle construction la doctrine civiliste a fait du statut de l'embryon et d'évaluer cette construction à l'aune de sa cohérence logique au sein des institutions et des mécanismes du droit civil. C'est pourquoi nous nous intéresserons aussi aux questions touchant son régime juridique, sans pour autant adopter une perspective pragmatique puisque notre démarche ne vise pas à apporter une solution à un problème juridique donné. Par ailleurs, la difficulté de rendre parfaitement compte des tenants et aboutissants de la pensée des auteurs étudiés, qui s'exprime dans les contraintes d'écriture imparties par le type d'ouvrage que sont les manuels et qui n'ont pas toute la latitude pour exprimer alors la finesse de leur analyse, explique pourquoi nous avons fait le choix de les citer *in extenso* afin de permettre au lecteur de se faire sa propre interprétation de ces écrits, dans le dessein de mieux suivre notre analyse ou au contraire de s'en distancier si sa lecture diffère de la nôtre.

34. Nous n'aborderons que très partiellement la question de savoir si la personne humaine est une personne, une chose ou une catégorie intermédiaire. Celle-ci fera l'objet du deuxième volet de cette étude à paraître.

La construction par la doctrine de la personnalité juridique de l'embryon met en exergue le rôle central de la maxime « *infans conceptus* » dans la détermination de l'acquisition de la personnalité juridique³⁵. C'est pourquoi le premier volet de notre recherche est consacré à cette notion et à ses différentes interprétations. La notion de personne humaine, faisant référence au régime protecteur imposé par le droit objectif à l'objet « personne humaine », et son application à l'embryon par la doctrine civiliste, n'y sera évoquée que de manière secondaire. Elle fera l'objet d'un traitement approfondi dans une prochaine publication.

Prolégomènes

Pour étudier la construction par la doctrine du statut juridique de l'embryon au regard de la maxime « *infans conceptus* », nous présenterons une lecture tirée du dépouillement des manuels

35. Le terme d'acquisition met en lumière l'aspect construit du droit tandis que celui de reconnaissance renvoie à des notions plus proches du droit naturel (droit inhérent). Les auteurs qui utilisent le terme « acquisition » sont, pour les auteurs français : A. BATTEUR, préc., note 9 (3), p. 12 n° 10; B. BEIGNIER et C. BLERY, préc., note 9 (4), p. 211 n° 152; B. BELLOIR-CAUX, préc., note 9 (5), p. 164; J.-P. BRANLARD, préc., note 9 (8), p. 109; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, préc. note 9 (9), p. 204; J. CARBONNIER, préc. note 9 (10), p. 32 n° 13; G. CORNU, préc., note 9 (11), p. 205 n° 461; M. DOUCHY OUDOT, préc., note 9 (13), n° 217 et 218; R. DE MUNAGORRI et G. LHUILIER, préc., note 9 (15), p. 23; T. GARE, préc., note 9 (17), p. 106; S. GJIDARA-DECAIX, préc., note 9 (19), p. 8; B. PETIT, préc., note 9 (25), p. 12 n° 7; P. VOIRIN et G. GOUBEUX, préc., note 9 (31), p. 70 n° 95; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 29 n° 12 et p. 234 n° 272; Et pour les auteurs québécois : M.-E. ARBOUR et M. LACROIX, préc., note 9 (35), p. 240; E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 16 n° 7. Les auteurs qui recourent à l'expression « reconnaissance » sont pour les auteurs français : Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, , préc., note 9 (9), p. 204; G. CORNU, préc., note 9 (11), p. 203 n° 457 et p. 204; M. DOUCHY-LOUDOT, préc., note 9 (13), p. 161 n° 236; , préc., note 9 (13), p. 193; C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 200 n° 321; J. MAZEAUD et F. CHABAS, préc., note 9 (24), p. 7 n° 440; F. TERRE et D. FENOUILLET, préc., note 9 (29), p. 17 n° 15. Et pour les auteurs québécois : P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 252 n° 54; E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 12 n° 1; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 97 n° 98; L. LANGEVIN, préc., note 9 (37), p. 44. Les autres auteurs utilisent d'autres termes tels que : « accession », « apparition » ou « commencement ».

français et québécois de droit civil dont le titre mentionne la personne ou qui traitent de la personne dans des introductions au droit privé ou au droit civil, et qui ont été publiés postérieurement à l'intégration des dispositions sur la bioéthique pour le cas français, et à l'entrée en vigueur du nouveau Code civil dans le cas québécois³⁶. Nous avons ajouté quatre articles de doctrine de professeurs québécois³⁷ afin de diversifier l'analyse, la population beaucoup plus restreinte du Québec expliquant le nombre moindre des manuels. Notre but est de retracer la façon dont ces auteurs ont élaboré des théories³⁸ pour mettre en ordre les normes de droit applicables à l'embryon, qu'elles proviennent de textes législatifs, de maximes coutumières ou de la jurisprudence. Nous verrons ainsi que le sens donné à certains termes par le législateur (« être humain » en France) ou par la jurisprudence (« être humain » au Québec) opère comme contrainte dans la latitude de la construction d'un statut juridique de l'embryon par cette doctrine.

Les auteurs des manuels sélectionnés s'entendent pour poser qu'en droit civil la catégorie juridique de personne (personne au sens juridique) est la personne, physique ou morale, dotée de la personnalité juridique³⁹. Pour eux, la personnalité juridique est

36. *Supra* note 10.

37. *Id.*

38. Nous retiendrons dans cet article une acception du terme « théorie » relevée par Mathieu DEVINAT et Edith GUILHERMONT. La théorie est « une construction abstraite ou une systématisation du droit. Elle se trouve alors généralement énoncée sous la forme d'une proposition générale dont l'objet consiste à présenter d'une manière cohérente ou logique différents éléments du système juridique », Mathieu DEVINAT et Edith GUILHERMONT, « Enquête sur les théories juridiques en droit civil québécois », (2010) 44-2 R.J.T. 7, 17.

39. De nombreux auteurs assimilent la personne juridique et la personne dotée de la personnalité juridique. Ces deux notions sont à distinguer de celle de personne humaine. Voir par exemple J. CARBONNIER : « [l]es personnes, au sens juridique du terme, sont les êtres capables de jouir de droits », préc., note 9 (10), p. 11 n° 1, ou encore, « [c]e sont, d'une expression équivalente, les sujets de droit », préc., note 9 (10), p. 15 n° 3; P. MALAURIE : « [l]e sujet de droit s'oppose à l'objet de droit. C'est une notion récente qui se confond avec celle de "personne", pourtant plus ancienne venant du droit romain. », préc., note 9 (23), p. 2 n° 1; ou encore : « [r]éification de la

l'aptitude à avoir des biens et des obligations (capacité de jouissance) et permet à ceux⁴⁰ qui en sont dotés de participer activement au commerce juridique⁴¹ par l'appropriation de biens et l'entrée en

personne. La distinction de la personne humaine et la chose », préc., note 9 (23), p. 4 n° 4; J. MAZEAUD et F. CHABAS expliquent que « [d]ans la langue du droit, la personne est un sujet de droits et d'obligations », préc., note 9 (24), p. 1 n° 438; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET : « [l]a notion juridique de personne – en droit, la personne n'a pas le sens qu'a ce mot en général. Ce terme didactique désigne non l'être humain mais les acteurs du théâtre juridique : être créancier c'est être une personne selon le droit. Dans le langage juridique, la personne s'entend de l'entité à laquelle se rattache l'intérêt, soit sous la forme d'un droit ou d'un bien, soit sous la forme d'une obligation. La personne juridique, c'est le sujet de droit », préc., note 9 (32), p. 13 n° 1; « La notion juridique de "personne". C'est la raison pour laquelle elle est détachée de son référent humain », préc., note 9 (32), p. 14 n° 1. E. DELEURY et D. GOUBAU : « La Cour suprême, dans l'arrêt Tremblay c. Daigle, a clairement affirmé que dans l'un et l'autre cas, les mots « être humain » réfèrent à la personne juridique et que pour avoir la qualité de personne, il faut naître vivant et viable », préc., note 9 (33), p. 15 n° 6; et « [l]a personnalité juridique n'appartient qu'à l'enfant qui naît vivant et viable. L'enfant mort-né, de même que l'enfant né vivant mais dont la conformation ne lui permet pas de survivre ne sont pas des personnes aux yeux du droit », p. 18 n° 9. P.-A. CREPEAU reprend le terme de « personne juridique » utilisé par la Cour suprême sans le distinguer de la personnalité juridique, préc., note 9 (36), p. 259 n° 60. L. LANGEVIN parle de « personne juridique dotée de droit » et l'associe à la personnalité juridique, préc., note 9 (37), p. 51.

40. L'usage du genre *masculin* est utilisé comme générique dans le seul but de ne pas alourdir le texte.
41. Cette expression, qui n'est guère utilisée que dans le cadre de l'expression « choses hors-commerce », renvoie au *commercium* du droit romain. La commercialité est communément entendue comme l'aptitude de circuler d'un patrimoine à un autre. L'extra-commercialité est ainsi associée à l'extrapatrimonialité, voire par certains à l'inappropriabilité. Les choses hors-commerce ne peuvent ainsi faire l'objet de convention, moyen le plus fréquent pour transmettre un bien. Notons ici la distinction relevée par F. ZENATI-CASTAING et T. REVET entre la notion de bien et le caractère patrimonial d'une chose, préc., note 9 (32), p. 286 n° 32 : les biens, qui sont dans le commerce juridique, peuvent avoir pour qualité d'être extrapatrimoniaux, c'est-à-dire de ne pas faire partie du patrimoine en ce sens qu'ils ne sont pas inclus dans le gage général des créanciers. Ainsi, l'obstacle de l'extra-commercialité peut être écarté. Cette distinction leur permet d'expliquer que « [l]a personne humaine est dans le commerce juridique »,

relation avec les autres personnes. Elle est traditionnellement présentée sous l'angle de la capacité de jouissance (aptitude à avoir des droits, des biens et des obligations) et de la capacité d'exercice (aptitude à exercer ses droits).

Selon les auteurs étudiés, l'acquisition/reconnaissance de la personnalité juridique permet de devenir/d'être un sujet de droit⁴². En l'état actuel du droit civil, elle s'acquiert, pour les personnes physiques, au moment de leur naissance⁴³ vivante et viable.

-
- préc., note 9 (32), p. 216 n° 257. *Contra* F. TERRE et D. FENOUILLET qui réfutent la qualification même de chose hors-commerce : « [...] si le corps humain ne peut faire l'objet de conventions, c'est parce que ce serait une chose hors du commerce, donc une chose quand même. L'argument ne convainc pas. C'est en réalité par commodité de langage plus que par exactitude d'analyse que l'on raisonne de la sorte. Un argument *a fortiori* soutient cette démarche : les choses hors du commerce ne pouvant faire l'objet de conventions, à plus forte raison en est-il ainsi de tout ce qui ne peut être considéré comme étant une chose, précisément du corps humain en tant qu'il est une composante de la personne humaine», préc., note 9 (29), p. 19 n° 17. Ils précisent que « [c]'est précisément parce qu'il n'est pas une chose qu'il n'est pas disponible. », préc., note 9 (29), p. 65 n° 62.
42. L'article 1 du Code civil du Québec et l'article 1 de la Charte québécoise. Dans ce texte, nous avons opté pour le terme d'acquisition, plutôt que celui de reconnaissance. En effet, il nous est apparu que le paradigme dans lequel s'inscrit l'acquisition de la personnalité juridique repose sur la notion de sujet de droit alors que le terme de reconnaissance renvoie au paradigme du respect par l'Etat des droits de la personne (droit public). Pour l'usage de ces termes par les auteurs, voir *supra* note 35.
43. Rares sont les auteurs qui définissent la naissance. Pour P. MALAURIE, elle est « le fait de naître vivant », préc., note 9 (23), p. 11 n° 6. Cette définition laisse perplexe puisque certains avortements pourraient dès lors être qualifiés de naissance; en effet, l'embryon sort vivant du corps de la mère mais ne le restera pas car il n'est pas viable, tandis qu'une fausse couche ne le serait pas. J. CARBONNIER, au contraire, se fonde sur la simple séparation de la mère et de l'enfant conçu (embryon ou fœtus) : « [p]ar l'accouchement, dont la section du cordon ombilical marque le terme, l'enfant, jusque là *pars viscerum matris*, devient une personne distincte », préc., note 9 (10), p. 32 n° 13. T. GARE reprend cette idée que « [l]a naissance est la venue au monde d'un enfant », préc., note 9 (17), p. 161. Quant à R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, ils renvoient à la médecine : « [e]st donc considéré comme né vivant, selon la doctrine traditionnelle, l'enfant sorti du sein de sa mère et qui respire. Il est évident qu'à la lumière de la médecine moderne, ces critères manquent de nuance, même s'ils n'ont pas provoqué jusqu'ici de

Une fois que l'enfant est né vivant et viable, l'acquisition/reconnaissance de la personnalité juridique est automatique. À la naissance, l'enfant devient titulaire de droits et d'obligations. À l'inverse, en principe, tant que la naissance n'a pas eu lieu, l'enfant conçu ne dispose pas de la personnalité juridique et ne peut donc bénéficier de droits subjectifs. En toute logique, n'étant pas une personne, il est une chose. Pourtant, en raison d'intérêts matériels et idéologiques, cette vision binaire du statut de l'enfant conçu, puis né, s'est révélée insatisfaisante pour les juristes. Ainsi, bien que la naissance constitue le moment de l'entrée dans le monde juridique, ce dernier peut parfois s'entrouvrir à l'enfant conçu, soulevant dès lors l'épineuse question de la personnalité juridique de l'embryon.

Si la doctrine analysée traite peu de manière directe la question de la personnalité juridique de l'embryon⁴⁴, elle le fait essentiellement de façon implicite, notamment lorsqu'elle aborde la maxime romaine « *infans conceptus* », maxime qui signifie que l'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y va de son intérêt.

Cet adage permet à l'embryon de prendre une place toute particulière au sein de la famille avant sa naissance en tant qu'héritier, légataire, voire créancier. Rétablissant une certaine équité

contestation devant les tribunaux québécois. Qu'il nous soit permis de citer, à titre de comparaison, la définition suivante de l'Organisation Mondiale de la Santé: on entend par naissance vivante l'expulsion ou l'extraction complète du produit de la gestation, lorsqu'après cette séparation, celui-ci respire ou donne tout autre signe de vie, tel que battements du cœur, pulsations du cordon ombilical, ou mouvements des muscles volontaires, que le cordon ait été coupé ou non. », préc., note 9 (34), p. 97 n° 97. Pour F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, la naissance est « [...] le fait qu'un être se dissocie – sens premier du mot naissance – de la personne qui l'a créé. », préc., note 9 (32), p. 26.

44. Parmi les textes soumis à l'analyse, vingt-deux sur trente-neuf écrits identifient clairement la nature juridique de l'embryon (personne/chose) et non du régime protecteur qui lui serait associé (personne humaine). Ces écrits sont cités en Annexe 3.

dans les familles, la maxime « *infans conceptus* » évite que des enfants ne soient écartés de la succession pour la simple raison qu'ils n'étaient pas nés au moment du décès de leur père et que le patrimoine ne soit dévolu à un héritier en ligne indirecte (oncle ou frère) plutôt qu'à sa descendance en ligne directe. Elle permet donc à l'enfant conçu d'entrer en relation avec la succession de son père avant sa naissance⁴⁵, déjouant ainsi les inconvénients d'un décès prématuré du père.

En France, s'il n'existe pas de disposition d'application générale de la maxime, il en va différemment au Québec, dont le Code civil précise à l'article 192 al. 2 que « [i]ls [les père et mère] le sont également [tuteurs] de leur **enfant conçu qui n'est pas encore né**, et ils sont chargés d'agir pour lui dans tous les cas où **son intérêt patrimonial l'exige** » [nos mis en gras]⁴⁶. Toutefois, les deux codes

45. Yan THOMAS, « L'enfant à naître et l'héritier sien ». Sujet de pouvoir et sujet de vie en droit romain », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2007/1, 62^e année, p. 60. Elle existe en droit civil et en common law. Cette maxime existe aussi dans la common law au Canada sous le vocable "Child en ventre sa mère". Voir, par exemple, la loi *Intestate Succession Act*, R.S.N.S. 1989, c. 236, art. 12. : "Child en ventre sa mere - Descendants and relatives of the intestate, begotten before the intestate's death but born thereafter, shall inherit as if they had been born in the lifetime of the intestate and had survived the intestate" et sur les problèmes posés par le cas des embryons congelés : Les A McCRIMMON, « Gametes, Embryos and the Life in Being: The Impact of Reproductive Technology on the Rule Against Perpetuities » (1999-2000) 34-4 *Real Prop. Prob. Tr. J.* 697, p. 713-714.

46. L'article 192 al. 2 est le pendant des articles suivants du C.c.B.C. : 338 (« Les personnes auxquelles on donne des curateurs sont 3. Les enfants conçus mais qui ne sont pas encore nés ») et 345 (Le curateur à l'enfant conçu, mais qui n'est pas encore né, est chargé d'agir pour cet enfant dans tous les cas où ses intérêts l'exigent; il a, jusqu'à sa naissance, l'administration des biens qui doivent lui appartenir, et il est alors tenu d'en rendre compte). Il n'a pas une portée aussi générale que celle qu'aurait eu, s'il avait été inséré dans le code civil de 1994, l'article 30 présenté dans le Rapport de l'Office de révision du Code civil sur la personnalité juridique en 1976 et qui consacrait explicitement la maxime en lui donnant une portée générale « L'enfant conçu est tenu pour né pourvu qu'il naisse vivant et viable » Rapport sur la personnalité juridique du Comité sur la personnalité juridique de l'Office de révision du Code civil, volume 43, Québec (Province), Office de révision du Code civil. Comité sur la personnalité

ont en commun de comprendre plusieurs dispositions techniques qui se rapportent plus ou moins directement⁴⁷ à la maxime.

Ce sont les plus hauts tribunaux qui ont conféré une portée générale à la maxime, l'élevant au rang de principe général de droit⁴⁸. Ainsi, la Cour de cassation française l'a, à ce titre, fait prévaloir sur la lettre du contrat, prenant en considération la présence d'un enfant conçu pour majorer la somme due par l'assurance à la mère pour le décès du mari et qui dépendait du nombre d'enfant à

juridique, 1976. Concernant l'article 192 al 2 C.c.Q., la question se pose de savoir s'il restreint les actions au nom de l'enfant conçu aux seuls intérêts patrimoniaux (ce qui comprendrait les droits patrimoniaux mais aussi les actions en dommages-intérêts en réparation d'une atteinte au droit à l'intégrité physique – droit extrapatrimonial? – à l'exclusion du droit à la vie) ou ne fait que préciser que, pour les intérêts patrimoniaux, les représentants de l'enfant conçu sont les parents et laisse la voie ouverte à la détermination des personnes en charge de protéger les intérêts extrapatrimoniaux de l'enfant conçu?

47. Art. 617 al. 1 C.c.Q. : « Peuvent succéder les personnes physiques qui existent au moment de l'ouverture de la succession, **y compris** l'absent présumé vivant à cette époque et l'enfant conçu, mais non encore né, s'il naît vivant et viable » (nos mis en gras), 1242 C.c.Q. (substitutions), 1279 C.c.Q. (fiducies), 1814 al. 1 C.c.Q. (donations), 2447 C.c.Q. (assurances de personnes); pour la France, il s'agit des articles 725 C.c.F. (successions) « pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable. », 906 C.c.F. (libéralités) : « Pour être **capable** de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être **capable** de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Néanmoins, la donation ou le testament n'auront **leur effet** qu'autant que l'enfant sera né viable. » (nos mis en gras).
48. En le qualifiant de principe général de droit, les tribunaux supérieurs ont étendu le champ d'application de cette maxime à toutes les situations dans lesquelles son intérêt était en cause, ce qui peut mettre en jeu tous ses droits subjectifs – patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Encore faudrait-il que l'enfant conçu ait un intérêt distinct de sa mère. Ce point est soulevé par F. ZENATI-CASTAING et T. REVET : « L'existence juridique est la conséquence de l'avènement d'un intérêt distinct par le fait qu'un être se dissocie – sens premier du mot naissance – de la personne qui l'a créé. », préc., note 9 (32), p. 26. Voir sur la notion d'intérêt, *infra*, note 93.

charge vivant au foyer⁴⁹. La Cour suprême du Canada, quant à elle, en avait fait, dès 1933, une application générale en reconnaissant à un enfant né vivant et viable le droit d'être indemnisé pour un préjudice subi *in utero*⁵⁰.

Cet adage, qui s'énonce dans son intégralité par la locution latine « *infans conceptus pro nato habetur quoties de ejus commodo agitur* », est un héritage du droit romain⁵¹. La pluralité des textes

-
49. Civ. 1^{re}, 10 décembre 1985, D. 1987. 449, note G. Paire; *RTD civ.* 1987. 309, obs. J. Mestre : « Vu le principe selon lequel l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt ». Auparavant, les juges avaient déjà autorisé l'attribution d'une rente à l'enfant conçu mais non encore né suite à l'accident de travail ayant entraîné le décès de son père avant sa naissance : Civ., 4 janvier 1935, D. 1935. 1 et 5, note A. Rouast; S. 1936. 1 et 17, note P. Esmein; Ch. Réunies, 8 mars 1939, S. 1941. I. 25, note H. Battifol; D. 1941. 37, note L. Julliot de la Morandière. Ils avaient aussi comptabilisé cet enfant conçu comme enfant pour le comptabiliser lors de la détermination de l'occupation suffisante d'un logement, Trib. Civ. Seine, 31 janvier 1950, D. 1950. 151, note R.D. L'on peut noter qu'au Québec, l'article 66 de la *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q., c. A-25, prévoit que l'enfant de la victime né après le décès de cette dernière est réputé une personne à charge de moins d'un an. Mais voir au Québec l'affaire *Schrier c. Canada (Sous-procureur général)*, (1996) 109 F.T.R. 28, [1997] C.C.L. 5511, [1996] A.C.F., no 246, T-698-94 C.F. (1^{re} inst.) et l'analyse qui en est faite par R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 96 note infrapaginale 385.
50. *Montréal Tramways Co. c. Léveillé* [1933] R.C.S. 456. : « [...] bien que l'enfant ne fut pas en fait né au moment où la société par sa faute a créé les conditions qui ont provoqué la malformation de ses pieds, il est néanmoins réputé l'avoir été en droit civil si cela est dans son intérêt. ». Comme le souligne P.-A. CREPEAU, depuis l'affaire *Léveillé*, « la maxime *infans conceptus* a valeur de principe général du droit » à la p. 275. Notons ici que dans l'affaire *Tremblay (Tremblay c. Daigle)*, [1989] 2 R.C.S. 530., la Cour suprême du Canada n'infirme ni ne confirme cette qualification de la maxime latine. En France, la Cour de cassation a aussi autorisé la réparation autonome des dommages subis *in utero* par l'enfant né vivant et viable car distincts de ceux de la mère Civ. 2^{ème}, 21 avril 1966, J.C.P. 1966. II. 14710.
51. Cet adage nous vient principalement de deux passages du Digeste de Justinien, D.1.5.25 et D.1.5.7 in *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, trad. Hulot, Metz et Paris, Behmer et Lamort/Rondonneau, 1804-1805.

latins qui peuvent être cités en appui à cette maxime révèle les différentes perspectives que peuvent prendre les efforts de qualification de l'embryon/fœtus : enfant conçu⁵² (« *infans conceptus pro jam nato habetur quoties de ejus commodo agitur* »⁵³), enfant à

-
52. Les auteurs suivant utilisent l'expression « enfant conçu » pour désigner l'embryon ou le fœtus dans leurs textes (au-delà de la traduction de la maxime latine) : A. BATTEUR: « L'enfant simplement conçu devient titulaire de droits antérieurement à sa naissance », préc., note 9 (3), p. 13 n° 12; B. BELLOIR-CAUX : « L'enfant conçu mais non encore né peut être considéré par avance comme un sujet de droits », préc., note 9 (5), p. 164; J. BONNARD: « L'enfant simplement conçu, autrement dit à l'état de fœtus » et « l'enfant, non encore né, mais déjà conçu », préc., note 9 (7), p. 157; J.-P. BRANLARD: « La jurisprudence (..) reconnaît, *par avance*, aux enfants simplement conçus », préc., note 9 (8), p. 109; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE évoquent l' « enfant simplement conçu » à propos du jeu de la maxime « *infans conceptus* » et de l'interruption volontaire de grossesse, préc., note 9 (9), p. 276 n° 740; P. COURBE parle d'enfant simplement conçu, préc., note 9 (12), p. 3; M. DOUCHY-LOUDOT écrit « enfant » et « enfant conçu », préc., note 9 (13) p. 144 n° 218 et évoque que « la question de savoir si l'enfant conçu est une personne reste entière », préc., note 9 (13), n° 220; elle fait aussi mention de l'enfant conçu *in utero* et de l'enfant conçu *ex utero*, *Id.*; M. FONTAINE *et al.* : « [e]xceptionnellement, l'enfant seulement conçu est considéré comme une personne, s'il y a intérêt », préc., note 9 (16), p. 85; T. GARE, préc., note 9 (17) p. 106; S. GJIDARA-DECAIX explique que « le droit pénal protège indirectement la vie de l'enfant conçu », préc., note 9 (19), p. 64; C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 201 n° 321; P. VOIRIN et G. GOUBEUX parlent du « sort de l'embryon humain ou du fœtus et personnalité de l'enfant conçu », préc., note 9 (31), p. 70 n° 96; ils écrivent aussi : « fœtus (enfant conçu), *id.*; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET parlent d'«enfant simplement conçu», préc., note 9 (32), p. 29 n° 12; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 92 et s; M.-E. ARBOUR et M. LACROIX utilisent l'expression « *infans conceptus* » pour désigner tantôt la maxime tantôt l'enfant conçu, préc., note 9 (35), p. 244; P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 228 et ss.; M. MORIN, son article y étant consacré, préc., note 9 (38).
53. Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français* d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae, 3^e éd., t. 1, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 1856, p. 164 n° 205 et 209.; *Droit civil théorique français*, Livre second, *Des objets extérieurs envisagés comme éléments constitutifs du patrimoine d'une personne*, Paris, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 1857, p. 66. Victor-Napoléon MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 8^e éd., t.1, Paris, Delamotte fils et Cie éditeurs, 1884, p. 96 et 99; *Explication théorique et pratique du Code*

naître⁵⁴ (« *Nasciturus pro iam nato habetur* »⁵⁵) ou encore celui qui est dans l'utérus (« *Qui in utero est pro jam nato habetur quoties de ejus commodo agitur* »⁵⁶). Si les deux expressions « enfant à naître » et « enfant conçu » se retrouvent dans la doctrine, l'usage du terme « enfant conçu » est le plus souvent associé à la maxime « *infans conceptus* » et est essentiellement lié à ses intérêts patrimoniaux alors que celui d'« enfant à naître » intervient généralement dans le cadre d'une réflexion sur l'avortement ou l'homicide. Par ailleurs, seul l'adage « *infans conceptus pro nato habetur quoties de ejus commodo agitur* » a été repris par les auteurs de droit civil dans leurs manuels et ce, presque toujours sous la forme écourtée de la

-
- civil*, 8^e éd., t.2, Paris, Delamotte fils et Cie éditeurs, 1886, p. 104. Les auteurs modernes retiendront l'adage « *infans conceptus* ».
54. Les auteurs qui utilisent l'expression « enfant à naître » sont, pour la France : A. BATTEUR, (interruption volontaire de grossesse et homicide), préc., note 9 (3), p. 58 n° 120; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE (pour l'homicide), préc., note 9 (9), p. 276 n° 740; J. CARBONNIER lui évoque « l'enfant à venir », préc., note 9 (10), p. 33 n° 13; G. CORNU, (droit pénal), préc., note 9 (11), p. 206, n° 461; T. GARÉ (interruption volontaire de grossesse), préc., note 9 (17), p. 129; D. GAUTHIER, préc., note 9 (18), p. 60; G. TAORMINA, préc., note 9 (28), p. 280 n° 814; F. TERRÉ et D. FENOUILLET (homicide), préc., note 9 (29), p. 24 n° 23. Pour le Québec : M.-E. ARBOUR et M. LACROIX, préc., note 9 (35), p. 242; E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 13 n° 3. p. 20 note infrapaginale 32, p. 21 n° 10 et p. 25 n° 13; P.-A. CRÉPEAU préc., note 9 (36), p. 245 et 257; L. LANGEVIN, préc., note 9 (37), p. 51; M. MORIN, préc., note 9 (38), p. 234 et 258.
55. Pascal PICHONNAZ évoque le texte « *nasciturus pro iam nato habetur* » à propos de la nomination d'un curateur au ventre, Pascal PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 94-95. J. DOMAT se réfère également à l'enfant à naître, Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 2^e éd., t. 3, Paris, chez P. Aubouin, P. Emery et C. Clouzier, 1697, p. 206 et 207.
56. Joseph POTHIER, *Œuvres complètes de Pothier*, t. 21, « Traité des successions », Nouvelle édition, Paris, 1821, p. 12 et t. 23, « Traité des donations entre vifs, des personnes et des choses », Nouvelle édition, Paris, 1821, p. 351.

« maxime *infans conceptus* »⁵⁷, du « principe *infans conceptus* »⁵⁸ ou de la « règle *infans conceptus* »⁵⁹. Une analyse des ouvrages retenus a, en premier lieu, permis de relever dans la traduction française de cette maxime (« [l]’enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu’il y va de son intérêt »), des variantes dont témoignent le recours aux expressions suivantes : « supposé »⁶⁰/« réputé »⁶¹/« considéré

-
57. Les auteurs suivants utilisent l’expression « maxime » : J. CARBONNIER, préc. note 9 (10) p. 33 n° 13; C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 200 n° 321; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 30 n° 13 et p. 234 n° 272; E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 20, p. 21 n° 10, p. 27 n° 15 et p. 27-28 n° 16; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 103 n° 103 et p. 132 n° 138, M.-E. ARBOUR et M. LACROIX, préc., note 9 (35), p. 242; P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 252 et suivantes. Les auteurs suivants utilisent le terme d’« adage » : F. AMELI, préc., note 9 (1), p. 171, A. BATTEUR, préc., note 9 (3), p. 13 n° 12; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, préc., note 9 (9), p. 276 n° 740; M. DOUCHY-LOUDOT, préc., note 9 (13), p. 143 n° 218; R. ENCINAS DE MUNAGORRI et G. LHLUILIER, préc., note 9 (15), p. 23, T. GARE, préc., note 9 (17), p. 106; J. MAZEAUD et F. CHABAS, préc., note 9 (24), p. 9 n° 443, M. MORIN, préc., note 9 (38), p. 244.
58. P. COURBE, préc., note 9 (12), p. 3; S. GJIDARA-DECAIX, préc., note 9 (19), p. 10, M. DE JUGLART et A. PIEDELIEVRE et S. PIEDELIEVRE préc., note 9 (21), p. 86 n° 101; P. VOIRIN et G. GOUBEUX, préc., note 9 (31), p. 70 n° 95; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 29 n° 12 (principe général); E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 20 n° 10 (principe général); R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 95 n° 95 (principe fondamental).
59. A. BATTEUR, préc., note 9 (3), p. 13 n° 12 « règle générale »; B. BEIGNIER et C. BLERY, préc., note 9 (4), p. 212 n° 152; B. BELLOIR-CAUX, préc., note 9 (5), p. 164; G. CORNU, préc., note 9 (11), p. 205 n° 461; C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 201 n° 321bis; P. MALAURIE, préc., note 9 (23), p. 12 n° 7; J. MAZEAUD et F. CHABAS, préc., note 9 (24), p. 10 n° 443; B. PETIT, préc., note 9 (25), p. 13; C. RENAULT-BRAHINSKY, préc., note 9 (26), p. 23-24; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, préc., note 9 (27), p. 382 n° 1037; F. TERRE et D. FENOUILLET, préc., note 9 (29), p. 23 n° 21 « règle générale héritée du passé »; B. TEYSSIE, préc., note 9 (30), p. 16 n° 19; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 30 n° 13.
60. B. BEIGNIER et C. BLERY, préc., note 9 (4), p. 212 n° 152.
61. E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 20 n° 10, p. 26 n° 14, p. 27 n° 16; F. AMELI, préc., note 9 (1), p. 174; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, préc. note 9 (9) p. 276 n° 740; M. DOUCHY-LOUDOT, préc., note 9 (13), p. 143 n° 218 et p. 144 n° 219; S. GJIDARA-DECAIX, préc., note 9 (19), p. 9; P. MALAURIE, préc., note 9 (23), p. 12 n° 7; J. MAZEAUD et F. CHABAS, préc., note 9 (24), p. 9 et 10 n° 443; B. PETIT, préc., note 9 (25), p. 12; G.

comme »⁶²/« tenu pour »⁶³; « avantage »⁶⁴/« intérêt »⁶⁵. Or, le choix de telle ou telle traduction peut avoir une incidence sur l'interpré-

-
- TAORMINA, préc., note 9 (28), p. 276 n° 804 et p. 280 n° 814; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 132 n° 138 et p. 223 n° 236; P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 257, 263, 277; M. MORIN, préc., note 9 (38), p. 237.
62. A. BATTEUR, préc., note 9 (3), p. 13; B. BELLOIR-CAUX, préc., note 9 (5), p. 164; G. CORNU, préc., note 9 (11), p. 205 n° 461; P. COURBE, préc., note 9 (12), p. 3; R. ENCINAS DE MUNAGORRI et G. LHUILIER, préc., note 9 (15), p. 23; T. GARE, préc., note 9 (17), p. 106; B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, préc., note 9 (20), p. 90; M. DE JUGLART, A. PIEDELIEVRE et S. PIEDELIEVRE, préc., note 9 (21), p. 86 n° 101; C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 200 n° 321; C. RENAULT-BRAHINSKY, préc., note 9 (26), p. 24, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, préc., note 9 (27), p. 381 n° 1036; G. TAORMINA, préc., note 9 (28), p. 276 n° 804; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 29, n° 12; M.-E. ARBOUR et M. LACROIX, préc., note 9 (35), p. 240 note infrapaginale 40; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 132 n° 138; M. MORIN, préc., note 9 (38), p. 222 et 237.
63. J. CARBONNIER, préc. note 9 (10), p. 33; B. TEYSSIE, préc., note 9 (30), p. 15 n° 19; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 114 n° 114.
64. A. BATTEUR, préc., note 9 (3), p. 13; J. CARBONNIER, préc. note 9 (10), p. 33 n° 13; P. COURBE, préc., note 9 (12), p. 3; R. ENCINAS DE MUNAGORRI et G. LHUILIER, préc., note 9 (15), p. 23; C. RENAULT-BRAHINSKY, préc., note 9 (26), p. 24; F. TERRE et D. FENOUILLET, préc., note 9 (29), p. 23 n° 21; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 94 n° 94 et p. 96, n° 96. Le terme « avantage » est utilisé notamment par la doctrine civiliste qui définit la notion de droit subjectif par l'usage du terme prérogative (cette notion évite l'écueil de la définition supposant un pouvoir et donc une mise en œuvre), le droit subjectif est ainsi une prérogative qui procure un avantage. Voir Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil, introduction générale*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 1994 p. n° 193.
65. En France: F. AMELI, préc., note 9 (1), p. 174; J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, préc., note 9 (2), p. 196; A. BATTEUR, préc., note 9 (3), p. 13 n° 12; B. BEIGNIER et C. BLERY, préc., note 9 (4), p. 212; B. BELLOIR-CAUX, préc., note 9 (5), p. 164; P. BIHR, préc., note 9 (6), p. 51; J. BONNARD, préc., note 9 (7), p. 157; J.-P. BRANLARD, préc., note 9 (8), p. 110; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, préc., note 9 (9), p. 276 n° 740; G. CORNU, préc., note 9 (11), p. 205 n° 461; P. COURBE, préc., note 9 (12), p. 3; M. DOUCHY-LOUDOT, préc., note 9 (13), p. 143; S. DRUFFIN-BRICCA, préc., note 9 (14), p. 53; R. ENCINAS DE MUNAGORRI et G. LHUILIER, préc., note 9 (15), p. 23; M. FONTAINE *et al.*, préc., note 9 (16), p. 85; T. GARE, préc., note 9 (17), p. 106; D. GAUTHIER, préc., note 9 (18), p. 60; S. GJIDARA-DECAIX, préc., note 9 (19), p. 65; B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, préc., note 9 (20), p. 90; M. DE JUGLART, A. PIEDELIEVRE et S. PIEDELIEVRE, préc., note 9 (21), p. 86 n° 101; C. LARROUMET,

tation de cette maxime. En effet, les termes « tenu pour » ou « réputé » renvoient à la technique de la présomption⁶⁶, ce qui pourrait suggérer un glissement vers la réalité juridique⁶⁷ alors que l'expression « considéré comme » fait référence à la technique de la fiction, « altération mensongère » d'un fait réel dans le but de faire profiter à l'enfant conçu des effets juridiques attachés à la catégorie de référence, celle d'enfant, sans pour autant le qualifier de tel, évitant ainsi le recours à une personnification.

Malgré ces quelques divergences, la maxime est présentée par la doctrine civiliste comme un procédé technique mettant en œuvre une fiction du droit⁶⁸, sans pour autant qu'un consensus ne se dégage sur ce sur quoi elle porte.

-
- préc., note 9 (22), p. 200 n° 321; P. MALAURIE, préc., note 9 (23), p. 12 n° 7; J. MAZEAUD et F. CHABAS, préc., note 9 (24), p. 9 n° 443; B. PETIT, préc., note 9 (25), p. 12; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, préc., note 9 (27), p. 381; G. TAORMINA, préc., note 9 (28), p. 276 n° 804; B. TEYSSIE, préc., note 9 (30), p. 15, n° 19; P. VOIRIN et G. GOUBEUX, préc., note 9 (31), p. 70; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 29. Au Québec: M.-E. ARBOUR et M. LACROIX, préc., note 9 (35), p. 240 note infrapaginale 40; P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 230 et suivantes; E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 20 n° 10; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 115 n° 144 et p. 132 n° 138; M. MORIN, préc., note 9 (38), p. 222.
66. Au Québec, l'utilisation du terme « réputé » dans le Code civil est un indice de la présence d'une présomption absolue qui impose donc une « vérité juridique » au détriment de la « vérité factuelle ». Cf. article 2847 alinéa 2 C.c.Q.
67. La technique de la présomption vise à tirer de faits connus (la naissance par exemple) des faits inconnus (la date de la conception) pour faire entrer l'enfant conçu dans la catégorie « des enfants » (personne).
68. G. CORNU, préc., note 9 (11), p. 205 n° 461, D. GAUTIER, préc., note 9 (18), p. 60; C. RENAULT-BRAHINSKY, préc., note 9 (26), p. 24; F. TERRE et D. FENOUILLET, préc., note 9 (29), p. 23 n° 21 et n° 22; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 29 n° 12; M.-E. ARBOUR et M. LACROIX, préc., note 9 (35), p. 240 note infrapaginale 40; P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 257 et ss.; E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 20 et 22 n° 10; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 113 n° 113 et 114 n° 114, M. MORIN, préc., note 9 (38), p. 209 et 239. *Contra* C. LARROUMET, qui explique à propos de la maxime *infans conceptus* que l'« on pourrait considérer qu'il s'agit là d'une institution artificielle puisque le fœtus ne

Selon l'esprit de la tradition romaine, tel que retracé par Thomas⁶⁹, cette fiction ne devrait pas avoir d'incidence sur la nature de l'enfant conçu. Les romains, qui étaient dotés d'une logique pragmatique⁷⁰, s'intéressaient avant tout au régime juridique : ce qui importait, c'était de rétablir une certaine égalité entre les héritiers afin de préserver l'unité de la famille placée sous l'autorité du *pater familias*. Ainsi, dans un souci d'équité, lorsqu'un héritier potentiel n'était pas encore né au moment de l'ouverture de la succession, il devait être considéré comme déjà né afin de bénéficier de la succession au même titre que les autres héritiers. En effet, dans le droit romain antique, les enjeux juridiques de la vie étaient considérés à ses deux extrémités. À la naissance, parce que surgissait un nouvel « héritier sien » ; à la mort, parce qu'alors s'ouvrait la succession. Or, il fallait que ces deux « sujets de pouvoir », dont l'un est mort avant que l'autre ne naisse, puissent se rencontrer pour assurer la continuité de la succession⁷¹. Le recours à la technique, dont la maxime « *infans conceptus* » était l'une des manifestations, n'avait pas de

peut pas entrer en relation sociale. Cependant, il ne s'agit pas d'une institution si artificielle, à partir du moment où elle est calquée sur la vérité biologique », C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 201 n° 321.

69. Y. THOMAS, préc., note 45, p. 31 et 32.

70. A. SCHIAVONE évoque à ce propos un « pragmatisme scientifico-prescriptif », préc., note 21, p. 50. D'après lui, « [c]e que nous désignons d'ordinaire comme « droit romain » est donc avant tout leur création [qui a eu lieu de la fin du IIe siècle avant J.-C. aux premières décennies du IIIe siècle de notre ère]. Un « droit coutumier vivant », à dispositif casuistique, orienté par les experts [un groupe restreints de spécialistes] : beaucoup plus semblable dans sa configuration aboutie aux modernes droit anglais et (sous quelques aspects) américain [...] qu'au droit français d'après le code Napoléon [...] », préc., note 21, p. 42-43.

71. « La filiation, dans son rôle successoral, était un relais de puissance à puissance, plutôt que de vie à vie. Le droit des uns surgit quand s'éteint la puissance des autres. Lorsque ce droit surgit avant la naissance d'*Ego*, alors cette puissance se prolonge après la mort du *de cuius* : tel est l'exact point de jonction entre l'ascendant et le descendant *in utero*. Encore faut-il, pour anticiper cette naissance et pour retarder cette mort, que mort et vivant aient pu se rencontrer, coexister, appartenir au même monde –, que tous deux aient été en même temps *in natura rerum* ou *in rebus humanis*. Encore faut-il que ce déplacement de l'entrée en vie de l'un et de l'entrée en mort de l'autre s'autorise d'un temps commun aux deux. Dans ce temps commun, la puissance d'un vivant appelé à mourir pouvait s'exercer sur un vivant appelé à naître. », Y. THOMAS, préc., note 45, p. 60.

conséquence juridique sur le statut du *nasciteratus* (enfant à naître); elle était étrangère aux notions d'être humain ou de personne humaine potentielle⁷² qui qualifient parfois l'embryon de nos jours. Thomas précisait :

Il convient d'insister pourtant sur le fait que les solutions et les concepts auxquels les juristes romains (jurisconsultes) travaillaient s'appuyaient **moins sur l'hypothèse de l'existence d'un être à venir que sur la fiction selon laquelle, du point de vue de ses droits successoraux, ce sujet encore inexistant devait être considéré comme d'ores et déjà présent dans le monde naturel** (*in rerum natura*) et dans la société des humains (*in rebus humanis*), **c'est-à-dire comme déjà né**. Peu semble avoir importé, du point de vue du régime juridique de l'enfant à naître, les différentes idées que l'on s'était faites par ailleurs, du *corpus* hippocratique à Aristote, d'Aristote aux Stoïciens, sur le moment à partir duquel un être vivant ou même un être humain existait – idées dont il reste maint indice que les juristes étaient loin de les ignorer. Mais en aucun cas, il ne suffisait, pour faire entrer l'enfant à naître dans le monde du droit, de constater ou de présumer qu'il avait été conçu : il fallait en outre le tenir pour déjà né. **Une expectative de vie humaine pouvait être instituée comme support de droits sans qu'il fût nécessaire de savoir à partir de quand un être autonome existait dans le ventre de sa mère, à partir de quand cet être était animé d'une vie, à partir de quand cette animation était proprement humaine** – questions amplement débattues au contraire par les médecins, les physiciens et, plus tard, par les théologiens⁷³ (nos mis en gras).

72. Le terme de « personne potentielle » en France a été utilisé par le Comité d'éthique dans son avis du 22-23 mai 1984 (J.C.P. 1985 I. 3191) et s'applique à la personne humaine (et non la personne physique dotée de la personnalité juridique).

73. Y. THOMAS, préc., note 45, p. 31-32.

Selon Thomas, c'est au Moyen-Âge, sous l'influence catholique, que la question du début de la vie humaine et de sa traduction juridique s'est finalement posée⁷⁴.

Depuis, cette maxime a donné lieu à des interprétations divergentes, voire contradictoires, qui ont une répercussion indirecte sur le statut juridique de l'embryon. Ce sont ces différentes interprétations de la maxime « *infans conceptus* » que nous avons tenté de synthétiser, de classer et de pousser jusqu'au bout de leur logique, notamment en ce qui concerne le régime juridique qui en découle⁷⁵. En effet, derrière chaque interprétation de la maxime se cache, au moins de manière sous-jacente, la question du statut de l'embryon, et donc, celle de savoir s'il est une personne ou une chose.

Quatre courants interprétatifs de la maxime « *infans conceptus* » ont été confrontés au discours de la doctrine analysée : celui de la fiction *stricto sensu*⁷⁶, celui de la personnalité juridique actuelle, et ceux de la personnalité juridique conditionnelle soumise

74. Voir sur ce point Maaïke VAN DER LUGT, « L'animation de l'embryon humain et le statut de l'enfant à naître dans la pensée médiévale », dans Luc BRIS-SON, Marie-Hélène COUGOURDEAU et Jean-Luc SOLENE (dir.), *Formation et animation de l'embryon dans l'antiquité et au Moyen-âge*, Paris, Vrin, 2008, p. 233-254.

75. Concernant le régime juridique à appliquer à l'embryon et au fœtus *in utero*, trente-trois ouvrages et trois articles traitent des intérêts patrimoniaux; pour ce qui est des intérêts extrapatrimoniaux 1- Reconnaissance prénatale cinq ouvrages et un article; 2- Filiation trois ouvrages; 3- Responsabilité civile en cas d'atteinte à l'intégrité physique de l'enfant conçu par un tiers ou par la mère cinq ouvrages et trois articles; 4- Mesures préventives pour éviter que la mère ne porte atteinte à l'intégrité physique de l'enfant conçu deux ouvrages et trois articles; 5- Vie de l'embryon en cas d'atteinte par la mère (avortement) vingt-trois ouvrages et trois articles; 6- Vie de l'embryon en cas d'atteinte par un tiers (homicide) douze ouvrages et un article; 7- En cas de décision de porter l'enfant conçu à terme en dépit de son meilleur intérêt (droit de ne pas naître) deux ouvrages. Pour la liste des auteurs, voir Annexe 3.

76. Nous parlons de la théorie de la fiction *stricto sensu* afin de mettre en exergue le fait qu'elle porte sur le fait qu'est la date de la naissance et ne doit pas être confondue avec les théories de la personnalité juridique sous condition suspensive ou résolutoire qui toutes deux mettent en œuvre, en

à une condition suspensive ou résolutoire. Afin de mettre en lumière l'appréhension par la doctrine étudiée du statut juridique de l'embryon, ces quatre courants ont été rassemblés en deux groupes, l'un mettant en exergue l'absence ou l'existence de la personnalité juridique de l'enfant conçu, l'autre cantonnant son analyse sur le terrain de la personnalité conditionnelle. Le classement des auteurs dans ces courants pré-identifiés n'a pas toujours été aisé. Cette difficulté témoigne du malaise de la doctrine à déterminer le statut juridique de l'embryon et semble révéler les limites du répertoire du droit civil pour le qualifier.

Le premier groupe de théories⁷⁷ oppose la fiction à la réalité juridique (I). Soit l'embryon n'a pas la personnalité juridique et c'est par le jeu d'une fiction juridique, en l'occurrence celle mise en place par la maxime « *infans conceptus* », qu'il pourra bénéficier des effets juridiques attachés aux droits réservés aux enfants nés vivants et viables. Soit le droit, au nom de la réalité juridique, c'est-à-dire de sa cohérence interne, ne peut que reconnaître la personnalité juridique actuelle de l'embryon, seuls ses droits étant soumis à la condition résolutoire de sa naissance vivante et viable. Ainsi, en cas de défaillance⁷⁸ de la condition de naissance vivante et viable, enfant mort-né par exemple, les droits qu'il aurait acquis seront rétroactivement anéantis, mais sa personnalité juridique ne s'éteindra avec cette mort que pour l'avenir. Durant le temps de la gestation, il bénéficie de la personnalité juridique et celle-ci ne peut plus lui être niée. Ce premier groupe de théories révèle assez clairement la position des auteurs quant au statut juridique de l'embryon puisque, en optant pour l'une de ces théories, ces derniers dévoilent leur

plus, une autre fiction, celle de la rétroactivité attachée à la modalité conditionnelle.

77. Nous utilisons le terme de « théorie » pour identifier chaque courant d'interprétation de la maxime « *infans conceptus* » afin de mettre en exergue que chaque courant est analysé comme une construction intellectuelle reposant sur un discours logique. Cf. *supra* note 38.
78. Nous utiliserons le terme « défaillir » pour qualifier la situation juridique de l'événement conditionnel qui ne se réalise pas. Pour un exemple de l'utilisation de cette expression, cf. Stéphanie PORCHY-SIMON, *Droit civil 2ème année: les obligations*, 6^e éd., Coll. HyperCours, Paris, Dalloz, 2010, p. 448, n° 936.

conception de l'embryon : il a ou n'a pas la personnalité juridique, il est ou n'est pas une personne. Cette prise de position quant à la nature juridique de l'embryon explique peut-être, selon nous, pourquoi si peu d'auteurs de manuels se revendiquent clairement de ce groupe de théorie⁷⁹. La première théorie, qui par le biais du jeu de la fiction juridique permet le bénéfice des effets de droits, est absente des manuels de droit civil en France comme au Québec⁸⁰. La seconde, celle de la personnalité juridique actuelle, qui s'appuie sur la réalité juridique, est avancée sans être adoptée par un seul des trente-deux manuels de droit civil en France⁸¹, et un auteur au

79. D'ailleurs, nous avons pu relever que l'un des auteurs qui, dans sa doctrine, avait adopté l'une de ces théories, celle de la personne actuelle, l'a abandonnée au profit d'une des théories de la personnalité conditionnelle dans son manuel de droit des personnes. Robert KOURI, « Réflexion sur le statut juridique du fœtus », (1980-1981) *R.J.T.* 193 et R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 113 n° 113 et p. 114 n° 114.

80. Bien que les auteurs parlent de fiction lorsqu'il s'agit d'expliquer le mécanisme mis en place par la maxime « *infans conceptus* », aucun n'applique en réalité la théorie de la fiction *stricto sensu*. Aucune référence n'est faite dans les manuels à cette théorie, même si certains auteurs, comme Aude BERTRAND-MIRKOVIC, reconnaissent clairement l'absence de personnalité juridique de l'embryon : « Aujourd'hui, les seuls êtres humains dépourvus de la personnalité juridique sont les enfants à naître », Aude BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne (étude visant à clarifier le statut de l'enfant à naître)*, PUAM, 2003, p. 273 n° 539. Cependant, L. LANGEVIN pose que l'absence de personnalité juridique de l'enfant à naître est « un principe général qui s'applique en droit de la famille, en droit des successions ou en droit de la responsabilité délictuelle. Tout droit ou intérêt que le fœtus peut avoir demeure virtuel et incomplet jusqu'à la naissance de l'enfant », reprenant ainsi le résumé de la juge McLachlin qui résumait ainsi l'arrêt *Daigle c. Tremblay* dans l'affaire Winnipeg, préc., note 9 (37), p. 51. Sur ce point R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS mentionnent que la version anglaise utilise le terme « inchoate » pour l'expression « virtuel », préc., note 9 (34) p. 116 n° 117. La traduction du terme « inchoate » n'est peut-être pas la bonne, puisque ce terme renvoie à l'idée d'un accomplissement partiel, ce qui fait plutôt penser à la notion de droit en germe, c'est-à-dire en formation. Sans doute voulaient-ils éviter toute tentation de faire équivaloir ce droit étranger à la tradition civiliste à la notion de droit éventuel telle que définie par Jean-Maurice VERDIER, *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des Droits*, Paris, Éditions Rousseau et Cie, 1955

81. G. CORNU, préc., note 9 (11).

Québec qui ne l'a toutefois pas reprise dans le manuel qu'il a co-écrit⁸².

Le deuxième groupe de théories place le débat sur le terrain de la personnalité juridique conditionnelle (II). Cette fois, la personnalité juridique de l'embryon dépend de la réalisation ou non d'un événement conditionnel (naissance/non naissance vivante et viable). Cette condition, qui affecte l'acquisition de la personnalité juridique, peut être suspensive ou résolutoire selon les auteurs. Pour les tenants de la condition résolutoire, sa réalisation (le fait de naître mort-né et/ou non viable) efface rétroactivement une situation juridique préexistante, celle d'une personnalité juridique acquise dès la conception. La fiction de la rétroactivité attachée au mécanisme conditionnel effacera toute trace de personnalité qui sera, dès lors, censée n'avoir jamais existé. Mais si la condition défaille (l'enfant naît vivant et viable), la situation juridique antérieure, c'est-à-dire sa personnalité juridique acquise dès la conception, sera confirmée⁸³. Au contraire, pour les tenants de la condition suspensive, sa réalisation (naissance vivante et viable) ne permet que

82 Au Québec, en 1980, R. KOURI prônait la théorie de la personnalité juridique actuelle de l'enfant conçu avec des droits soumis à une condition résolutoire. Il a cependant abandonné cette théorie au profit de la théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire dans son manuel co-écrit avec S. PHILIPS-NOOTENS. Voir *infra* notes 120 et 121.

83. Le terme «confirmé» est une des manifestations de la théorie de la personnalité sous condition résolutoire. En langage courant, il veut dire rendre certain, corroborer. En ce sens, cf. R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS : « [c]ette fiction se maintient à la condition d'être **confirmée** [...] par l'éventuelle naissance de l'enfant en vie et viable » (nos mis en gras), préc., note 9 (34), p. 113 n° 112; G. CORNU : « [n]aître vivant, naître viable, c'est à la survenance de ces deux conditions cumulatives qu'est subordonnée la **confirmation** (l'affirmation en plénitude) de la personnalité juridique » (nos mis en gras), préc., note 9 (11), p. 208 n° 462; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER : « [s]elon certains, elle signifierait que l'enfant, dès sa conception, aurait une personnalité conditionnelle que la naissance ne ferait que **confirmer** » (nos mis en gras), préc., note 9 (27), p. 381 n° 1036; P. VOIRIN et G. GOUBEAUX : « [l]'interruption volontaire de grossesse (avortement) (...) prive l'enfant conçu de la possibilité de voir **confirmer sa personnalité provisoire** » (nos mis en gras), préc., note 9 (31), p. 70 n° 96. Nous avons cependant relevé que T. GARE utilise également l'expression de « **person-**

d'anticiper une situation juridique future qui existe en germe⁸⁴. La personnalité juridique est acquise à la naissance, mais la maxime « *infans conceptus* » permet, par le jeu de la condition suspensive, de la faire fictivement remonter à la date de conception. Si la condition défaille (fait de naître mort-né et/ou non viable), l'enfant conçu n'aura jamais acquis la personnalité juridique. La condition ne porte donc pas sur le même événement : dans le cas de la condition résolutoire, il s'agit de la naissance vivante et viable; dans le cas de la condition suspensive, il s'agit, à l'inverse, de la naissance non vivante et/ou non viable. Dans les ouvrages étudiés, la très grande majorité des auteurs reconnaissent à l'embryon une personnalité juridique conditionnelle, qui peut prendre la forme d'une personnalité juridique sous condition suspensive ou sous condition résolutoire. Contrairement aux tenants du premier groupe de théories, les auteurs de ce deuxième groupe évitent ainsi de se prononcer directement sur la question du statut de l'embryon.

Bien que peu d'auteurs, dans les manuels, aient été tentés d'affirmer clairement l'existence de la personnalité juridique actuelle et qu'aucun ne prône son absence pure et simple, l'analyse des écrits des auteurs appartenant à ce premier groupe de théories permet de porter un éclairage pertinent sur les précompréhensions qui se cachent derrière le discours de la doctrine qui se revendique du deuxième groupe de théories.

I. De la fiction à la réalité juridique : fiction *stricto sensu* vs personnalité juridique actuelle

Les deux courants qui ont été dégagés dans ce premier groupe de théories représentent des positions qui s'opposent quant au statut juridique de l'embryon : la théorie de la fiction *stricto sensu* repose sur l'absence de personnalité juridique de l'embryon

nalité provisoire », alors qu'il se situe pourtant dans le courant des auteurs recourant à la théorie de la personnalité juridique sous condition suspensive (nos mis en gras), préc., note 9 (17), p. 106.

84. Les droits conditionnels sont analysés par les auteurs soit comme des droits en germe, soit comme des droits intermédiaires. *Infra*, II, B.

(A), alors que celle de la personne juridique actuelle prône la reconnaissance de sa personnalité juridique (B).

La logique déductive pointe la différence essentielle entre ces deux courants : pour le premier, l'embryon est une chose, tandis qu'il est une personne, au sens de personne dotée de la personnalité juridique, pour le deuxième. La nature en droit civil de l'embryon étant clairement établie, c'est sur les effets de droit attachés à la situation de l'enfant conçu que les auteurs vont placer le débat.

A. La fiction *stricto sensu*

Savigny voyait dans la maxime « *infans conceptus* » une « simple fiction qui ne trouve à s'appliquer que dans des étroites limites et à un certain ordre de faits spécialement déterminés [...] ». Ce n'est **pas une personne dont la représentation soit nécessaire ou possible** [...]. La fiction, au contraire, s'occupe de la vie à venir pour l'enfant [...]; elle signale **les droits qui peuvent s'ouvrir pour lui au moment de sa naissance**. Ainsi, la fiction, uniquement établie dans l'intérêt de l'enfant, ne profite qu'à lui seul »⁸⁵ (nos mis en gras).

Pour bien comprendre cette théorie de la fiction *stricto sensu*, il faut la distinguer de la théorie de la fiction *lato sensu*. Alors que la fiction *stricto sensu*⁸⁶ ne porte que sur un fait (réalité factuelle), celui de la date de la naissance, la fiction *lato sensu*, que l'on retrouve dans les manuels prônant la théorie de la personnalité juridique conditionnelle (suspensive ou résolutoire), a pour objet la réalité juridique de l'acquisition/résolution de la personnalité juridique, construction du droit permettant l'arrimage des droits à la personne dotée de la personnalité juridique, et, dans le cas de l'embryon, de droits reconnus aux personnes dotées de la personnalité juridique. Le « mensonge » dans le premier cas porte sur la date de

85. F.-C. SAVIGNY, préc. note 27, p. 12 et 13.

86. « Décision où l'on qualifie les faits contrairement à la réalité pour obtenir le résultat souhaitable qui serait conforme à l'équité, à la justice ou à l'efficacité sociale », Chaïm PERELMAN, *Ethique et droit*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 593.

la naissance (fait) que l'on fait fictivement remonter à une date antérieure pour lui faire produire des effets juridiques dont l'embryon autrement n'aurait pu bénéficier. Au contraire, dans le deuxième cas, le « mensonge » porte, non plus sur un fait, mais sur une réalité juridique reconstruite, la date d'acquisition ou de destruction de la personnalité juridique de l'embryon qui, grâce à l'artifice de la rétroaction, réécrira la réalité juridique. À cette réalité juridique concernant la personnalité juridique, s'arrimeront des droits subjectifs dont découleront des effets juridiques.

Si ces fictions ont en commun de recourir à la technique de la condition – modalité de l'obligation – elles ont des incidences distinctes sur la personnalité juridique de l'embryon. Alors que cette dernière existe de façon latente, anticipée (condition suspensive) ou précaire (condition résolutoire) dans le cadre des théories de la personnalité juridique conditionnelle, elle n'existe tout simplement pas dans le cadre de la théorie de la fiction *stricto sensu*.

Dans cette dernière, la fiction constitue un artifice, qui permet de camoufler la véritable date de naissance de l'enfant. Ce « mensonge technique consacré par la nécessité »⁸⁷ est « un procédé de technique juridique consistant à supposer un fait (en l'occurrence la date de la naissance de l'enfant conçu) de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques »⁸⁸. Ainsi, en avançant fictivement la date de la naissance de l'enfant conçu, cette doctrine reconstruit les faits afin de permettre à l'embryon de bénéficier **immédiatement et ponctuellement**, chaque fois qu'il y va de son intérêt, des effets juridiques qu'emporterait l'acquisition de la personnalité juridique et les droits qui en découlent. En aucun cas, la fiction *stricto sensu* confère à l'embryon la personnalité juridique ou encore des droits. Seule sa naissance le peut.

Ce raisonnement par analogie n'emporte aucune conséquence pour le statut de l'enfant conçu puisque la fiction n'a pas

87. R. JHERING, préc., note 28, n° 68.

88. Gérard CORNU ET Henri CAPITANT, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, « Fiction ». Repris par Anne-Marie LEROYER, *Les fictions juridiques*, t. 1, thèse Paris II, 1995, p. 85-86.

pour effet de lui conférer une quelconque personnalité juridique avant sa naissance. Elle ne joue que sur les faits afin d'affirmer que ce qui n'est pas – la naissance – est. Son apport est d'assurer à une situation non prise en compte par le droit – enfant conçu non né – des effets de droit en « mentant » sur la date de la naissance de l'enfant conçu. Cette fiction n'a de conséquence que sur les seuls effets juridiques découlant de l'acquisition d'une personnalité juridique. L'embryon bénéficie des effets juridiques de l'acquisition de la personnalité juridique **comme s'il** avait la personnalité juridique. Mais en aucun cas, il n'acquiert, même à titre conditionnel, une personnalité juridique. Le raisonnement par analogie mis en œuvre dans la théorie de la fiction *stricto sensu* simule en quelque sorte l'acquisition de la personnalité juridique, mais ne la produit pas, ni pour l'avancer (théorie de la personnalité juridique sous condition suspensive), ni pour la faire disparaître (théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire). Ainsi, à aucun moment l'embryon n'acquiert de droits subjectifs, qui ne peuvent exister que s'ils sont rattachés à une personne dotée de personnalité juridique. Il s'agit seulement de potentiellement lui accorder (lorsqu'il y va de son intérêt) les mêmes effets de droits que s'il était né vivant et viable au moment de l'arrivée de l'évènement déclencheur desdits droits. Ces droits ne naîtront qu'au moment de sa naissance vivante et viable, lorsque l'embryon accèdera au statut juridique de personne dotée de la personnalité juridique, sans remonter artificiellement dans le temps.

C'est justement parce que, dans la théorie de la fiction *stricto sensu*, l'on ne s'intéresse pas à la date d'acquisition de la personnalité juridique que l'évènement déclencheur de l'application de la maxime « *infans conceptus* » n'est pas la conception, date en général retenue par les thèses portant sur l'existence de la personnalité juridique⁸⁹, mais celui qui fait entrer en jeu l'intérêt visé par la maxime : le jour du décès du père pour l'ouverture de la succession ou l'attribution d'une assurance-vie, par exemple.

89. Voir *infra* nos développements sur la condition résolutoire et sur la condition suspensive (Partie II. Sections A et B.).

Cette interprétation de la maxime « *infans conceptus* » permet d'affirmer clairement que l'embryon, n'étant pas doté de la personnalité juridique, n'est pas une personne et, *de facto*, ne saurait être qualifié que de chose. Ainsi, il se trouve soumis au régime des choses, mais une chose au régime particulier puisque, chaque fois qu'il en ira de son intérêt, on lui reconnaîtra *ad hoc* les effets du droit qui lui serait alloué s'il était doté de la personnalité juridique, c'est-à-dire s'il était une personne. N'ayant pas la personnalité juridique, il ne bénéficie pas à proprement parler de droit avant sa naissance. L'embryon n'ayant aucune existence juridique avant la naissance (seuls les effets découlant de la fiction lui sont accordés), les seules mesures envisageables pour protéger ses intérêts sont de simples mesures conservatoires. Plus précisément, concernant ses intérêts patrimoniaux, il en résulte que, dans le cas d'une succession ouverte suite au décès du père, en théorie⁹⁰, deux options seraient ouvertes. La première consiste à reporter le partage de la succession à la date de la naissance vivante et viable de l'enfant conçu. Dans la deuxième, le partage est effectué et la part due à l'enfant conçu est bloquée afin de la conserver pour lui être ensuite remise lorsqu'il naîtra vivant et viable (elle sera partagée entre les autres héritiers si l'enfant conçu venait à naître mort ou non viable)⁹¹.

Concernant ses intérêts extrapatrimoniaux, si l'on admet que la maxime est un principe d'application générale et qu'elle n'est donc pas cantonnée aux seuls « intérêts patrimoniaux »⁹², il semble

90. En pratique, le temps pris pour faire l'inventaire de la succession fait en sorte qu'une fois qu'il est question de liquider la succession, l'enfant conçu est né.

91. En France, le libellé de l'article 725 C.c.F. (successions) « pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable. », avec l'emploi de la conjonction « ou » qui, utilisée de façon exclusive et non cumulative, laisse entendre que l'enfant conçu n'existe pas (au sens de la personnalité juridique).

92. Quand bien même elle le serait, le fait de poursuivre pour dommages-intérêts une personne ayant porté atteinte au droit extrapatrimonial qu'est le droit à l'intégrité physique, par exemple, est un intérêt patrimonial. Reste la question du droit à la vie et des mesures de sauvegarde de ce dernier. Certains y ajoutent le droit à la reconnaissance prénatale: A. BATEUR, préc., note 9 (3), p. 13 n° 12; J.-P. BRANLARD, préc., note 9 (8), p. 109;

alors important de s'interroger sur ce que revêt la notion d'intérêt⁹³ en contraste avec la notion de droit.

Pour l'essentiel, trois arguments sont présentés à l'appui de la théorie de la fiction *stricto sensu*. Premièrement, admettre la personnalité juridique conditionnelle de l'enfant conçu reviendrait à lui reconnaître un patrimoine conditionnel qui ne serait composé que d'actifs, puisque les dettes ne vont pas dans le sens de l'intérêt de l'enfant. Or, cette interprétation constituerait une dénaturation de la théorie du patrimoine⁹⁴. Deuxièmement, le défaut de personnalité juridique serait corroboré par l'absence de certains signes d'existence, dans la réalité juridique, de la personne juridique et définissant son état (nom, état civil – mariage, filiation⁹⁵–, nationalité, domicile)⁹⁶. Troisièmement, puisque l'enfant conçu n'a pas la capacité de jouissance, il ne peut avoir la personnalité juridique, même

-
- M. DE JUGLART, A. PIEDELIEVRE et PIEDELIEVRE, préc., note 9 (21), p. 87 n° 101; P. MALAURIE, préc., note 9 (23), p. 13 n° 7.
93. Or, trois sens peuvent être donnés au terme « intérêt ». Il peut s'agir au sens strict d'un intérêt pécuniaire, ou de façon plus large d'un intérêt à agir ou de façon encore plus large d'un intérêt juridiquement protégé, c'est-à-dire une prérogative d'un sujet de droit, donc un droit subjectif. Concernant les droits extrapatrimoniaux que sont les droits à l'intégrité physique et à la vie, l'on peut poser que le droit à réparation d'une violation *in utero* de l'intégrité physique de l'enfant conçu ne pourra être exercé qu'au moment de la naissance vivante et viable, l'intérêt à agir n'existant qu'à ce moment-là (en raison de l'incertitude quant à la survie de l'enfant conçu une fois hors de la matrice maternelle); pour ce qui est de mesures de contrainte par corps de la mère pour assurer la prévention d'une violation à l'intégrité physique de l'enfant conçu, l'intérêt à agir semble bel et bien exister puisqu'il s'agit alors d'éviter une perte de chance. Se pose en plus le problème de savoir s'il peut avoir un intérêt distinct de sa mère. Sur ce point, voir F. ZENATI-CASTAING et T. REVET qui posent que l'enfant conçu n'a pas d'intérêt distinct de sa mère, préc., note 9 (32), p. 26.
94. Xavier LABBEE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, thèse de doctorat, Lille, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, Université Lille II, 1986, spec. p. 59 et ss.
95. Voir aussi E. DELEURY et D. GOUBAU, *infra* note 262.
96. En France, selon l'article 311-21 du Code civil, en l'absence de déclaration conjointe ou de reconnaissance simultanée, l'enfant prend le nom de famille de celui de ses deux parents à l'égard de qui la filiation est reconnue en premier lieu (quelle que soit sa filiation). Ainsi, la reconnaissance (prénatale) de l'enfant conçu *in utero* permet au père de transmettre son nom

à titre conditionnel. Sur ce point, néanmoins, nous verrons que, pour certains auteurs, cette incapacité n'est pas antinomique avec l'existence latente d'une personnalité juridique⁹⁷. Dans la théorie de la fiction *stricto sensu*, aucun intérêt extrapatrimonial, même éventuel, ne peut être reconnu à l'embryon qui, dans cette optique, est seulement une chose, voire une partie du corps de sa mère (*pars mullieri*).

Les premier et troisième arguments ont également été utilisés à l'appui de la thèse de la personnalité juridique actuelle qui

de famille à l'enfant. Avant la loi du 4 mars 2002 modifiant les règles de dévolution du nom de famille, l'enfant ne pouvait avoir qu'un seul nom. Cette reconnaissance anténatale avait ainsi pour but d'éviter que l'enfant ne prenne automatiquement celui de sa mère. La parenté découlant de l'accouchement (*mater semper certa est*), chronologiquement la filiation maternelle préexistait à la filiation paternelle. Une telle reconnaissance *in utero* n'est pas prévue par le Code civil du Québec. *Contra* M. MORIN qui, après avoir mentionné la possibilité de reconnaissance de l'enfant conçu *in utero* en droit français en application de la maxime « *infans conceptus* », écrit que « [a]u Québec, la reconnaissance volontaire ou forcée a toujours été possible (voir art. 240 et 214 C.c.B.-C, version de 1866; comparer avec l'art. 340 C.N., interdisant la recherche de paternité sauf "s'il existe des présomptions ou indices graves") et les enfants naturels étaient placés sous l'autorité de leur père et mère (voir art. 243 C.c.B.C., version de 1866). La reconnaissance volontaire est demeurée possible par la suite (voir art. 577-78 du premier Code civil du Québec; art. 526-28 C.c.Q.) », préc., note 9 (38), p. 243 note infrapaginale 160. L'article 526 C.c.Q. énonce: « [s]i la maternité ou la paternité **ne peut être déterminée** par application des articles qui précèdent, la filiation de l'enfant peut être établie par reconnaissance volontaire » (nos mis en gras). Pour envisager une telle possibilité (reconnaissance volontaire prénatale), encore faudrait-il que les autres modes d'établissement de la filiation, dont le titre mais surtout la possession d'état, puissent effectivement être mis en oeuvre. Or, il apparaît impossible qu'une possession d'état puisse être mise en oeuvre avant la naissance. Cet argument d'économie de l'interprétation des textes est renforcée par l'article 529 C.c.Q.

97. Voir par exemple P. MALAURIE pour qui « [l]a règle *infans conceptus* ... ne signifie pas que l'embryon soit une personne puisqu'il ne peut agir; or, la personnalité juridique c'est le pouvoir d'agir », préc., note 9 (23), p. 13 n° 7, tout en usant par la suite de la technique du déplacement rétroactif de la date d'acquisition de la personnalité, raisonnement propre à la théorie de la personnalité juridique soumise à condition suspensive.

s'est principalement construite en réaction aux théories mettant en œuvre une personnalité juridique conditionnelle de l'embryon⁹⁸.

B. La personnalité juridique actuelle : existence immédiate et pérenne de la personnalité juridique et conditionnalité des droits (suspensive)

La théorie de la personnalité juridique actuelle met en avant le postulat selon lequel l'enfant conçu est doté de la personnalité juridique dès sa conception. Seuls les droits qu'il pourra acquérir pendant cette période sont soumis à une condition suspensive de naissance vivante et viable. Ainsi, l'enfant conçu acquiert immédiatement la personnalité juridique et bénéficie, dès sa conception, d'une capacité de jouissance, mais celle-ci se trouve limitée à l'acquisition de « droits conditionnels », c'est-à-dire de droits soumis à la modalité de la condition suspensive. La personnalité juridique, qui existe de façon immédiate et de manière pérenne, puisqu'elle ne peut plus lui être niée quand bien même ne naîtrait-il pas vivant et viable, est donc acquise *de facto* dès sa conception. Elle n'est soumise à aucune modalité conditionnelle.

En France, l'argument évoqué à l'appui de cette thèse repose sur la contradiction inhérente aux théories qui mettent en œuvre une fiction, qu'elle soit entendue dans un sens *stricto sensu* ou *lato sensu*. En effet, la fiction ne saurait s'appliquer à un phénomène juridique puisque tout phénomène juridique étant une construction, tout le droit serait alors une fiction, ce qui n'aurait pas de sens. L'absence de fiction est donc le point de départ de cette théorie.

Ainsi, Guillaume Wicker, qui définit de façon *stricto sensu* la fiction⁹⁹, explique, dans sa thèse consacrée aux fictions juridiques,

98. Voir *infra* Partie II. De la personnalité juridique précaire à la personnalité juridique latente: condition résolutoire *vs* condition suspensive.

99. Selon G. WICKER, « [c]onstitue une fiction juridique, toute solution de droit compromettant la cohérence du système juridique tel qu'il est mis en forme techniquement par la définition d'un ensemble de concepts juridiques et de relations qui les unissent. Aussi, les concepts juridiques représentant

qu'il est fait une « fausse application de la qualification de fiction juridique s'agissant de la règle "*infans conceptus*" »¹⁰⁰. Selon lui, la règle « *infans conceptus* » ne constitue pas une fiction juridique; elle permet seulement de fixer les conditions d'attribution de la capacité de jouissance¹⁰¹. Or, puisque c'est la loi qui détermine l'attribution de la capacité de jouissance aux individus, cette capacité, obtenue dès la conception de l'enfant grâce à la maxime, ne peut être le fruit d'une fiction, mais repose bel et bien sur une réalité juridique (qu'il convient de distinguer de la réalité factuelle). Selon lui, « [d]ès lors qu'il est fait application de la règle "*infans conceptus*", l'enfant à naître doit être reconnu comme une **personne juridique actuelle** »¹⁰² (nos mis en gras). Wicker critique également fermement les théories qui reposent sur l'idée de la personnalité juridique soumise à une condition¹⁰³, car pour lui la personnalité juridique existe ou n'existe pas¹⁰⁴; il n'y a pas d'entre-deux.

En fait, selon Wicker, la théorie de la personnalité actuelle n'a nul besoin de recourir à la maxime « *infans conceptus* » pour reconnaître l'acquisition de la personnalité juridique de l'enfant conçu. La personnalité juridique actuelle est, dès la conception, une personnalité parfaite et pérenne qui ne sera plus remise en cause¹⁰⁵. L'enfant conçu est déjà une personne.

-
- la "matière élémentaire" de la réalité juridique, c'est par rapport à eux que doit se définir la fiction juridique. », G. WICKER, préc. note 28, p. 11 n° 2.2.
100. G. WICKER, préc., note 28, p. 173 n° 174.
101. Pour G. WICKER, il s'agit d'une interprétation littérale de l'article 906 du Code civil français, préc., note 28, p. 177 n° 180.
102. *Id.*
103. « Si la théorie du sujet de droit conditionnel doit être écartée, c'est parce qu'il est impossible de concevoir une personne sous condition résolutoire ou suspensive », G. WICKER, préc., note 28, p. 177 et 178 n° 180.
104. Une « personne existe ou n'existe pas, et si elle a existé, comment l'effacer ensuite de cette existence? », N. PENNEAU cité par MEMETEAU, *La situation juridique de l'enfant conçu*, (1990) *RTD civ. spec.* p. 622, lui-même cité par G. WICKER, *Id.*
105. Au contraire, dans la théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire (que nous verrons plus loin), la personnalité juridique est imparfaite et précaire puisqu'elle demeure soumise à l'aléa de la survenance de la condition résolutoire. En effet, si l'enfant conçu venait à ne pas naître vivant ou viable, celle-ci serait rétroactivement anéantie.

Ce n'est qu'au niveau des droits acquis par l'enfant conçu que la maxime « *infans conceptus* » intervient. En effet, selon Wicker, cette personnalité juridique qui lui confère « [...] **une capacité de jouissance véritable, [est] limitée à l'acquisition de droits et obligations conditionnels et à leur conservation; et il se trouve à la tête d'un patrimoine pouvant comprendre un actif et un passif** »¹⁰⁶ (nos mis en gras). Les droits dont jouit l'enfant conçu sont donc des « droits conditionnels » soumis à la modalité de la condition suspensive. Acquis au cours de la gestation pour les droits patrimoniaux (le droit conditionnel étant activé au moment de l'événement générateur de droit : décès du père par exemple) et au moment de la conception pour les droits de la personne (droit à la vie par exemple¹⁰⁷), ces droits, certes conditionnels mais actuels, entrent dans le patrimoine de l'enfant conçu et, à ce titre, peuvent faire l'objet de protection (mesures conservatoires) même si leur exigibilité (mesure d'exécution forcée) est suspendue à sa naissance vivante et viable. Ce n'est qu'au moment de l'accomplissement de la condition suspensive qu'ils deviendront exigibles puisque le droit, alors consolidé, deviendra un droit pur et simple¹⁰⁸. L'enfant conçu disposera dès lors de tous les droits d'un créancier ordinaire. Par contre, si la condition défaille (c'est-à-dire qu'il ne naît pas vivant et viable), ces droits conditionnels deviendront caducs et, par le jeu de la rétroactivité, seront considérés comme n'ayant jamais existés.

106. L'on peut supposer ici que, d'après G. WICKER, l'enfant conçu peut, en vertu de la maxime, acquérir tous les droits : patrimoniaux ou extrapatrimoniaux, tant comme créancier que comme débiteur. G. WICKER, préc., note 28, p. 177-179 n° 180 et 181.

107. En effet, ici, l'évènement déclencheur est la survenance de la vie humaine. *A priori*, l'on peut penser qu'ici la vie est la simple faculté d'une cellule de se dédoubler et le caractère humain vient du codage ADN.

108. « Dans la théorie de la condition suspensive, tant que la condition est pendante l'obligation n'existe pas encore bien que le créancier soit titulaire d'un droit en germe », Stéphanie PORCHY-SIMON, préc. note 78, p. 448 n° 935. En ce sens, D. LUELLES et B. MOORE qui parlent de « droit en puissance » ou de « droit potentiel », Didier LUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 1394 n° 2490.

C'est parce que la conservation est définie comme toute mesure visant la protection et la préservation des droits¹⁰⁹ que nous en déduisons que Wicker vise des droits conditionnels soumis à une condition suspensive et non à une condition résolutoire. En effet, les droits soumis à une condition résolutoire sont des droits qui existent d'ores et déjà. Or, l'obligation existant parfaitement *pendente conditione* (tant que la condition ne s'est pas accomplie), l'exigibilité des droits par le biais de mesures d'exécution forcée serait alors possible¹¹⁰. Au contraire, les droits conditionnels¹¹¹ ne sont pas exigibles tant que l'évènement conditionnel ne les a pas consolidés et, dès lors, seules des mesures conservatoires peuvent être envisagées. Ainsi, si l'on applique la théorie de la personnalité juridique actuelle développée par Wicker, l'enfant conçu, qui se trouve placé dans la situation d'un créancier (la maxime ne jouant que dans son intérêt), pourra, dans le but de préserver ses intérêts, exercer des mesures conservatoires de ses droits.

Puisque l'enfant conçu dispose de la personnalité juridique, assise des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux de la personne, ses droits conditionnels renvoient tant aux premiers qu'aux seconds. Concernant ses droits patrimoniaux, les mesures conservatoires pourraient notamment viser à empêcher le détenteur du bien¹¹² sur lequel porte la créance de l'enfant conçu de le soustraire définitivement au patrimoine de ce dernier. Lorsque s'ouvrira la succession du père de l'enfant conçu, afin de conserver

109. À titre d'exemple, voir l'article 1504 C.c.Q. « Le créancier peut, avant l'accomplissement de la condition, prendre toutes les mesures utiles à la conservation de ses droits. »

110. Il l'écrit clairement : « Le droit conditionnel est un droit actuel : il est un droit qui, dès à présent, existe dans son principe, mais dont l'effet ne se réalisera que lors de l'avènement de la condition. En tant que condition, l'existence de viabilité a donc pour effet de suspendre l'efficacité des droits attribués à l'enfant à naître », G. WICKER, préc., note 28, p. 179.

111. Pour les fins de ce texte, « droit conditionnel » signifie droit soumis à une condition suspensive. Les droits soumis une condition résolutoire, existants déjà et étant parfaits quoique précaires, ne rentrent pas, selon nous, dans la catégorie des « droits conditionnels » et doivent être qualifiés de droits.

112. Par exemple, il peut s'agir du cas d'un immeuble dont la vente a été annulée pour vice caché après le décès du père qui en était le propriétaire.

son droit conditionnel, les représentants de l'enfant conçu pourront exercer des actes conservatoires tels le report du partage de la succession à la naissance, voire la consignation des biens revenant à l'enfant conçu jusqu'au jour de sa naissance vivante et viable. Quant aux droits extrapatrimoniaux, et plus particulièrement le droit à l'intégrité physique, la situation varie selon que l'atteinte ait eu lieu ou non (réparation *vs* prévention). Dans le cas d'une atteinte au droit à l'intégrité physique de l'enfant conçu, si le droit à réparation de ce dernier naît au moment de la survenance du dommage, il demeure conditionnel et ne pourra être activé (action en justice en réparation) qu'au moment de sa naissance vivante et viable. Mais la question de savoir si ce droit à l'intégrité physique permettrait la prise de mesures conservatoires visant à prévenir toute atteinte à ce dernier (désintoxication forcée de la femme enceinte par exemple) peut se poser. Si tel était le cas, il entrerait en conflit direct avec le droit de la femme à l'inviolabilité de son corps. Il faudrait alors saisir le juge pour qu'il tranche ce conflit, et, dans l'hypothèse où il ferait prévaloir le droit à l'intégrité de l'enfant conçu, cela transformerait indirectement les mesures conservatoires en mesures d'exécution forcée.

Si le recours au droit des obligations semble donner une solution assez bien établie en ce qui concerne les droits conditionnels patrimoniaux, il en va différemment pour les aspects relevant des droits extrapatrimoniaux tels le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique¹¹³. En effet, il semble difficile d'admettre que

113. E. DELEURY et D. GOUBAU s'intéressent à la notion de condition, préc., note 9 (33), p. 27 n° 16. Ils mentionnent que la maxime « *infans conceptus* » a peut-être été remise en cause car certains auteurs (Keyserlingk, McConnell, Crépeau, Brière) ne partageraient pas « cette interprétation restrictive de la maxime qui veut que l'enfant simplement conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt », ajoutant que R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS « estiment, en effet, qu'avec l'arrêt Tremblay c. Daigle la Cour suprême du Canada a tiré argument de l'ambiguïté des textes pour prendre position sur la difficile question de l'avortement et a rendu une décision plus politique que juridique. En ce sens, le Code civil du Québec (article 192 C.c.Q.), qui consacre explicitement la solution mise de l'avant par la Cour suprême, ne fait que perpétuer un illogisme qui consiste à reconnaître à l'enfant conçu des droits, sans lui reconnaître la qualité de personne », préc., note 9 (34), p. n° 106 note infrapaginale 23. Ils poursuivent : « Mais, ce n'est

le droit à la vie puisse être assimilé à un droit conditionnel¹¹⁴, simple droit en germe. Pourrait-on alors déduire de cette impossible qualification que le droit à la vie ne serait pas visé par la maxime « *infans conceptus* »? Mais alors, un autre obstacle surgit : comment une personne juridique pourrait-elle avoir une capacité de jouissance limitée aux seuls droits patrimoniaux, à l'exclusion du droit à la vie, alors que la capacité de jouissance, et non seulement d'exercice, est inhérente à cette dernière?¹¹⁵

Bien que la théorie de Wicker ne soit reprise de façon explicite dans aucun des textes dépouillés, on retrouve toutefois certains de ces éléments dans les hésitations des tenants de la

plus en termes d'anticipation ou de rétroactivité que la question de la personnalité juridique de l'enfant conçu est posée; c'est la qualification même de la naissance comme condition juridique qui est remise en cause » citant l'article de P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p 270. S. PHILIPS-NOOTENS dans son article critique la « condition » de la naissance : « Nous soumettons qu'il est erroné de faire intervenir dans le débat relatif à la personne de l'enfant conçu des notions propres au droit des obligations. », et préfère l'expression de Labbée d'« événement érigé en condition », préc., note 9 (34), p. 211.

114. *Contra* M. DOUCHY-OU DOT qui écrit que « [l]e droit à la vie reste un droit conditionnel pour l'enfant conçu. La mère peut décider une interruption de la grossesse, lorsqu'elle est en état de détresse, pendant les douze premières semaines à partir de la conception (art. L 2212-1 CSP). L'intégrité morale (et de détresse) de la mère justifie le non-respect de l'intégrité physique du fœtus (avortement) », préc., note 9 (13), p. 171 n° 270. Voir *infra* note 277.

115. Si, dans le passé en France et au Canada, la peine de mort a pu mettre fin au droit à la vie, c'est à la capacité d'exercice et non de jouissance que cette sanction s'attaquait. S. PHILIPS-NOOTENS prônant la thèse de la personnalité juridique actuelle dans son article pose que « [l]a tolérance sociale au regard de l'avortement, pour ne pas dire sa consécration, fautive, à notre humble avis, la plupart des analyses récentes de droit civil portant sur le statut de l'enfant conçu : l'attribution d'une quelconque personnalité juridique impliquerait dès lors le bénéfice de droits inhérents à cette qualité, dont le droit à la vie et à la sécurité de sa personne », elle n'en déduit cependant pas une interdiction de la libre disposition de son corps par la femme qu'est l'avortement. « La reconnaissance de l'enfant sujet droit, si elle est certes incompatible avec la liberté totale de disposer de sa vie en tout temps et pour n'importe quel motif, n'est pas un obstacle absolu à toute disposition sur l'avortement », préc., note 9 (34), p. 214-215.

théorie de la personnalité juridique de l'embryon soumise à la condition résolutoire. C'est d'ailleurs pour cette raison que nous l'avons intégrée dans notre analyse, et ce, même si son ouvrage n'est pas un manuel, car elle permet de mieux cerner la pensée de ces derniers auteurs dont on a mentionné en introduction la difficulté de les classer avec certitude dans un courant précis.

Ainsi, Cornu¹¹⁶, liant vie humaine et personnalité juridique¹¹⁷, trouve toutefois qu'il serait plus simple de reconnaître la personnalité juridique actuelle à l'enfant conçu sans avoir besoin de recourir à la fiction : « [l]a reconnaissance de la personnalité à l'enfant conçu paraît plus naturelle - sans l'artifice de l'assimilation - lorsque, partant du **principe que la personnalité est liée à la vie, on reconnaît dans l'enfant conçu, un être vivant, ab ovo**. Cette explication a l'avantage d'être radicale »¹¹⁸ (ses mis en gras). La fiction ne serait pas tant de faire comme si l'enfant était né à une date antérieure à sa naissance, mais plutôt d'assimiler la conception à la naissance, ce que Cornu critique. Pour lui, l'assimilation de la conception à la naissance ne devrait pas être analysée comme une fiction mais plutôt comme une présomption¹¹⁹.

116. « L'enfant acquiert la personnalité juridique dès avant sa naissance, du seul fait de la conception : au moins dans sa primeur, plus précisément dans la mesure où son intérêt personnel le réclame. Par l'effet de ce que l'on présente volontiers comme une fiction favorable à l'enfant, le droit moderne demeure fidèle à la maxime coutumière : « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodo ejus agitur* » (l'enfant conçu est considéré comme né chaque fois que tel est son intérêt) », G. CORNU, préc., note 9 (11) p. 461.

117. Selon G. CORNU, « [l]a loi consacre la personnalité juridique. Mais elle ne **l'attribue pas**, elle **la reconnaît** [...] Ce qui est sûr, c'est que la personnalité juridique des personnes physiques ne relève pas du bon vouloir du législateur. Ce n'est pas une création arbitraire. La distinction entre, d'une part, être humain et vie humaine, réalités biologiques et, d'autre part, personnalité juridique ne doit pas être exagérée. La reconnaissance légale de l'être humain et le respect que lui garantit le droit dès le début de sa vie est, d'un côté, une preuve. De son côté, la personnalité juridique n'est pas une construction artificielle, mais la consécration légale d'une donnée naturelle » (nos mis en gras), préc., note 9 (11), p. 204 n° 458.

118. G. CORNU, préc., note 9 (11) p. 205 note infrapaginale 4.

119. « C'est la présentation traditionnelle qui, en assimilant la conception à la naissance, paraît établir une fiction (alors qu'on pourrait y voir plutôt un

Au Québec, même si dans leur ouvrage commun, Kouri s'est rallié à la position de Philips-Nootens¹²⁰ qui avait opté pour une interprétation de la maxime « *infans conceptus* » fondée sur la personnalité juridique sous condition résolutoire de l'embryon¹²¹, il semble avoir été auparavant favorable à la théorie de la personnalité juridique actuelle. En effet, selon cet auteur¹²², il serait préférable de reconnaître la personnalité juridique actuelle de l'embryon, mais, contrairement à Wicker, il propose de la limiter à une acquisition des droits soumise à la modalité d'une condition résolutoire¹²³.

pari pour l'espérance, en faveur d'un heureux événement, une anticipation optimiste donc, plutôt une présomption) », G. CORNU, *id.* Sur les notions de fiction et de présomption, voir PERELMAN *supra* note 86.

120. Cette dernière écrivait, en 1993, dans un commentaire de l'affaire *Tremblay*, que l'« enfant à naître constitue réellement une entité juridique, distincte de celle de sa mère, puisque le législateur établit des rapports de droit entre lui et d'autres membres de la société juridique. Si l'enfant meurt avant ou à la naissance, sa personnalité juridique disparaît et, avec elle, la possibilité d'exercer effectivement ses droits, par exemple d'opérer à son bénéfice un transfert de patrimoine », S. PHILIPS-NOOTENS, « Être ou ne pas être une personne juridique : variation sur le thème de l'enfant conçu », dans Ernest Caparros, *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Collection bleue, Wilson Lafleur, 1993, p. 197.

121. « *Infans conceptus* demeure une **fiction légale** qui dépend de la réalisation d'une condition pour son efficacité. Comme toute fiction, ses effets se font sentir uniquement si les **conditions de validité de la fiction** sont rencontrées. **À défaut, la fiction demeure ou devient inefficace** et l'enfant conçu n'aurait d'autre statut que celui de *pars viscerum matris* ... Qui dit condition dit rétroaction et la réalisation de la condition déciderait du sort de la fiction. Plus qu'une simple question de capacité, c'est l'existence juridique même de l'enfant conçu qui est en jeu. » (nos mis en gras), R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *préc.*, note 9 (34), p. 113 n° 113; « Comme nous l'avons mentionné, **l'objectif de la fiction est d'anticiper les effets de la naissance** de l'enfant conçu lorsque son intérêt l'exige. **Cet intérêt n'est donc pas suspendu mais, au contraire, reconnu immédiatement**, quitte à disparaître advenant la mort du fœtus ou l'absence de viabilité à la naissance. » (nos mis en gras), *préc.*, note 9 (34), p. 114 n° 114.

122. E. DELEURY et D. GOUBAU, *préc.*, note 9 (33), p. 193 et ss.

123. « Ainsi, advenant la réalisation de la condition résolutoire, ses droits acquis, tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux, disparaîtraient rétroactivement. On ne se poserait plus la question académique de savoir si l'enfant conçu est une personne. Nous saurions que cet être, quel qu'il soit, jouirait de la protection accordée par le droit positif », E. DELEURY et D. GOUBAU, *préc.*, note 9 (33), p. 195.

Ainsi, dans l'hypothèse où l'enfant conçu ne naîtrait pas vivant ou viable, seuls ses droits disparaîtraient rétroactivement, sa personnalité juridique étant définitivement acquise dès la conception¹²⁴.

Dans ce premier groupe de théories, le recours à la maxime « *infans conceptus* » ne vise qu'à régir les effets de l'absence (fiction *stricto sensu*) ou de l'existence (personnalité juridique actuelle) de la personnalité juridique de l'embryon. La maxime n'a donc pas vocation à déterminer si l'embryon a ou n'a pas la personnalité juridique.

Au contraire, le deuxième groupe de théories lie la maxime « *infans conceptus* » tant à l'acquisition de la personnalité juridique qu'au régime juridique des droits acquis par l'enfant conçu durant la période de gestation. La maxime, indirectement, va déterminer si l'embryon a ou n'a pas la personnalité juridique, et donc s'il est ou n'est pas une personne.

II. De la personnalité juridique précaire à la personnalité juridique latente : condition résolutoire vs condition suspensive

Dans leur ouvrage, Starck, Roland et Boyer distinguent clairement ces deux théories qui recourent à la maxime « *infans conceptus* » pour déterminer les conditions d'acquisition et de perte de la personnalité juridique. Ils relèvent que la maxime « *infans conceptus* » « signifierait [selon certains auteurs] que l'enfant, dès sa conception, aurait une personnalité conditionnelle que la naissance ne ferait que confirmer » (A - La personnalité sous condition résolutoire), alors que, selon d'autres interprétations, « la personnalité ne

124. À l'inverse, dans la théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire, autant les droits acquis que la personnalité juridique de l'enfant conçu sont amenés à disparaître en cas de réalisation de la condition de naissance non vivante ou non viable. Voir *infra* II - A. La personnalité juridique sous condition résolutoire : une personnalité précaire.

serait attribuée qu'à la naissance et l'adage la ferait remonter fictivement à la conception pour sauvegarder les intérêts de l'enfant »¹²⁵ (B - La personnalité sous condition suspensive).

Une analyse exhaustive des écrits sélectionnés montre que tous les auteurs des manuels étudiés se retrouvent dans ce deuxième groupe de théories et, de façon prédominante (vingt-neuf écrits sur trente-huit), dans celui de la personnalité juridique sous condition suspensive. Seuls Crépeau, Kouri et Philips-Nootens pour le Québec, Carbonnier, Cornu, Druffin-Brica, Encinas de Munagorri et Lhuilier, Larroumet, Starck, Roland et Boyer, Voirin et Goubeaux pour la France ont opté pour la théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire. Il est important de relever que la classification des auteurs n'a pas toujours été aisée, et que certains ont été rangés dans l'une ou l'autre de ces catégories plus par déduction que parce que, clairement, ils se revendiquaient de telle ou telle théorie.

Ici, la fiction ne porte plus sur un fait (la naissance), comme c'était le cas dans la théorie de la fiction *stricto sensu*, mais sur une réalité juridique qui pourra, rétroactivement, être mise en place : inexistence de la personnalité juridique (dans le cas de la réalisation de la condition résolutoire) ou acquisition de la personnalité juridique (dans le cas de la réalisation de la condition suspensive)¹²⁶. Ce groupe de théories s'appuie en effet sur la **fiction de la rétroactivité** pour reconstruire une réalité juridique qui assurera une adéquation entre le statut de l'enfant conçu et son régime juridique. Ainsi, l'effacement de la personnalité juridique de l'enfant conçu, s'il naît mort-né ou non viable (condition résolutoire), fait porter le « mensonge » sur l'inexistence de la personnalité juridique de l'enfant conçu. Au contraire, l'anticipation de la date d'acquisition de la personnalité juridique de l'enfant conçu au jour de la conception, s'il naît vivant et viable (condition suspensive), fait

125. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, préc., note 9 (27), p. 381 n° 1036.

126. R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS optent ici pour une formule lapidaire : « Qui dit condition dit rétroaction et la réalisation de la condition déciderait du sort de la fiction », préc., note 9 (34), p 113 n° 113.

porter le « mensonge » sur la rétroaction de la personnalité juridique qui, jusqu'à cette date, n'existait que de façon latente¹²⁷.

Cette « reconstruction » de la réalité juridique a un impact direct sur la qualification de l'embryon. L'acquisition immédiate de la personnalité juridique (condition résolutoire) le fait entrer dans la catégorie des personnes; au contraire, l'acquisition différée de la personnalité juridique (condition suspensive) devrait conduire, en toute logique, à lui reconnaître la qualité de chose¹²⁸.

Cette reconstruction est la conséquence d'un emprunt au droit des obligations. La condition est un événement futur et incertain auquel est subordonnée la formation (condition suspensive) ou la résolution (condition résolutoire) d'une obliga-

127. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET écrivent que « le statut de la règle "*infans conceptus*" n'en a pas moins pour effet de reconnaître une **ébauche de personnalité juridique** avant la naissance, compromis qui traduit bien l'ambivalence de la situation prénatale » (nos mis en gras), préc., note 9 (32), p. 29-30 n° 12; Ils ajoutent : « Il reste que si l'embryon et le fœtus peuvent être considérés [...] comme des **sujets de droit en gestation** » (nos mis en gras), marquant ainsi cette idée de personne en développement ou en germe, préc., note 9 (32), p. 30 n° 13. F. TERRE et D. FENOUILLET précisent que « [s]i l'embryon fécondé *in vitro* est une personne, il a, par principe, le droit à la vie [...] S'il est une personne humaine, il faut bien le considérer alors à l'image d'un enfant abandonné, ce qui renvoie à des règles de droit de toute évidence inadaptées aux embryons fécondés *in vitro*. **Ces difficultés se dissipent évidemment dans l'analyse graduelle de l'apparition de la personnalité** : même si la vie dont l'embryon humain fécondé *in vitro* est animée appelle une protection et une vigilance particulières, cet embryon n'est pas une personne juridiquement protégée, en tant que telle, par le droit, ce qui, au demeurant, n'exclut pas l'exigence d'une protection particulière apportée à l'être humain, en tant que cet être est humain. » (nos mis en gras), préc., note 9 (29), p. 23 n° 23. P.-A. CREPEAU évoque, à propos du droit conditionnel, un « droit en puissance » qui, lors de la réalisation de la condition suspensive, deviendra un droit définitif, préc., note 9 (36), p. 268. Par analogie, la personnalité étant également soumise à la condition suspensive, l'on pourrait parler de « personnalité juridique en puissance ».

128. Nous verrons, au cours des développements ultérieurs, que la classification personne/chose est parfois difficile à mettre en place.

tion¹²⁹. Cette modalité de l'obligation affecte directement l'existence ou la non-existence du droit¹³⁰, et non sa seule exigibilité¹³¹. Dans la condition suspensive, c'est la naissance de l'obligation qui est subordonnée à la survenance de l'évènement conditionnel¹³². Tant que la condition est pendante, c'est-à-dire qu'elle est attendue et que l'incertitude n'est pas levée, l'obligation n'existe pas bien que son créancier soit titulaire d'un droit conditionnel actuel¹³³. En effet, ce dernier est incomplet. Seule la réalisation de la condition pourra le consolider rétroactivement, le rendant à ce moment-là exigible. Ce n'est qu'au moment où l'obligation existe que le droit devient exigible. À l'inverse, dans la condition résolutoire, l'obligation existe bel et bien dès la formation du contrat¹³⁴. Le créancier est alors

129. En ce sens, Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique, Ibid*, « condition », définition 2-b.

130. A. SERIAUX, préc., note 138, p. 201-202 n° 189; « En tant que modalité de l'obligation, la condition est essentiellement une réserve. Cette réserve vise l'existence même de l'obligation. », D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 88, p. 1394, n° 2463; En ce sens également, Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd. Par P.-G. JOBIN avec la collab. de Nathalie VEZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 604-605 n° 611.

131. En cela, la condition et le terme, deux modalités simples de l'obligation, diffèrent. De la condition va dépendre la naissance ou l'extinction d'une obligation; au contraire le terme, autre modalité de l'obligation, ne fait que reporter dans le temps l'exigibilité de l'obligation qui est déjà née. En ce sens : D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 88, p. 1421-1422. n° 2503; « Le terme n'affecte en rien la création de l'obligation, il ne fait qu'en différer l'exigibilité (article 1508 C.c.Q.) », J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VEZINA, préc., note 130, p. 589-590 n° 592.

132. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 88, p. 1411 n° 2489; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VEZINA, préc., note 130, p. 605-606 n° 612.

133. « Ce droit en pointillés, sans doute précaire et inférieur, a pourtant une existence bien réelle – et bien actuelle », D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 88, p. 1412 n° 2490; En ce sens également S. PORCHY-SIMON, préc. note 78 n° 929; *Contra* J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et VEZINA pour qui « [l]e droit n'[est] pas actualisé », préc., note 130, p. 612 à 614 n° 622.

134. « Lorsque l'obligation est contractée sous condition résolutoire, elle entre immédiatement en existence même si cette existence demeure incertaine. Le créancier a donc, comme tout créancier d'une obligation pure et simple, le droit de requérir du débiteur l'exécution de l'obligation. », J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VEZINA, préc., note 130, p. 614 n° 623. En ce sens également, D. LLUELLES et B. MOORE : « [t]ant que dure l'incertitude – « *pendente conditione* » - l'obligation sous condition résolutoire est bel et bien née, et, par conséquent, déjà exigible (...) », préc., note 88, p. 1416 n° 2498.

titulaire d'un droit actuel complet dont il peut demander l'exécution¹³⁵ (exigibilité) mais ce dernier demeure soumis au risque de disparaître rétroactivement du patrimoine si la condition se réalise¹³⁶.

Pour bien comprendre les enjeux de l'application du droit des obligations à l'interprétation de la maxime « *infans conceptus* », il nous semble essentiel de rappeler l'importance des critères de naissance (vivante et viable) dans la mise en oeuvre de la maxime. En effet, le terme et la condition, qui sont deux modalités de l'obligation, ne doivent pas être confondus puisqu'ils ont un impact différent sur l'obligation, à laquelle, dans le cadre de la maxime « *infans conceptus* », la personnalité juridique de l'enfant conçu est assimilée. Le terme est un événement futur et certain dont la date de réalisation peut être inconnue. La naissance, entendue par la doctrine civiliste étudiée comme étant la séparation de l'embryon ou du fœtus du corps de la mère¹³⁷, constitue un événement certain dont la date de réalisation future est incertaine. En l'absence des critères de naissance vivante et viable, cette dernière serait constitutive d'un terme incertain (ici l'incertitude faisant référence à la date de réalisation de l'événement). Au contraire, la condition porte sur un événement futur et incertain. Ce sont les critères « vivant » et « viable » qui rendent incertaine l'existence de cet événement. La naissance vivante et viable de l'enfant constitue donc un événement dont la réalisation est soumise à une incertitude et peut dès lors reposer sur le mécanisme de la condition. Cette différence est essentielle puisque la condition affecte l'existence de l'obligation (ici cette obligation est assimilée à l'acquisition de la personnalité juridique de l'enfant conçu), alors que le terme, lui, n'a d'effet que sur le report de l'exi-

135. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 88, p. 1416 n° 2498 et J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VEZINA, préc., note 130, p. 614 n° 623.

136. François TERRE, Philippe SIMLER et Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Collection Précis Dalloz, Dalloz, 10^e éd., 2009, p. 1017. D. LLUELLES et B. MOORE parlent d'une épée de Damoclès qui pèse sur elle puisque si l'événement redouté se réalise, le droit disparaîtra, préc., note 88, p. 1416 n° 2498.

137. *Supra* note 43 et spécialement F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 26.

gibilité ou de l'extinction de l'obligation (seuls les effets de l'acquisition de la personnalité juridique seraient alors reportés à une date incertaine)¹³⁸. Concrètement, si l'on prend l'exemple des droits patrimoniaux, et plus précisément celui de la succession, dans le cadre du mécanisme conditionnel, l'enfant conçu ne pourra exercer que des mesures conservatoires, alors que dans la mise en oeuvre du terme, il pourra exiger des mesures exécutoires. Cette distinction, qui pourrait apparaître minime au plan pratique lorsque des droits patrimoniaux sont concernés (notamment dans la mesure où le temps de la mise en place des opérations de liquidation de la succession dépassera le terme de la durée de la grossesse), prend une importance considérable lorsque des droits extrapatrimoniaux, tels le droit à la vie ou encore le droit à l'intégrité physique, sont en cause.

Appliquée à la maxime « *infans conceptus* », la condition va agir sur l'acquisition ou la disparition de la personnalité juridique de l'enfant conçu et des droits acquis. Ainsi, tant l'existence de la personnalité juridique que les droits en découlant sont soumis à la modalité conditionnelle, cette dernière mettant en place une personnalité précaire (A) ou une personnalité latente (B).

A. La personnalité juridique sous condition résolutoire : une personnalité précaire

Dans cette théorie, l'embryon a la personnalité juridique tant que la condition résolutoire ne survient pas. L'événement conditionnel est ici la naissance non vivante et/ou viable¹³⁹ de

138. « [Dans le cas de la condition], c'est l'existence même de l'obligation qui est subordonnée à la réalisation de l'événement futur et incertain tandis que, dans le terme, l'existence de la dette ou de l'obligation n'est pas compromise par le terme, mais seule son exigibilité est retardée par la réalisation de l'événement futur qui est, en général, incertain », *Bisaillon c. Héritiers de feu Pierre Roy* [1977] C.S. 172. En ce sens également, Alain SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, Paris, PUF, collection Droit Fondamental, 2006, p. 201 à 205, *spec. n°* 189 et 190.

139. La naissance seule ne suffirait pas à imprimer le caractère incertain de l'événement conditionnel puisque la naissance, au moins pour l'embryon *in utero*, est un événement certain. La non-viabilité ou la mort de l'enfant

l'enfant conçu. Si l'enfant naît vivant et viable, la condition défaille et l'enfant né verra sa personnalité juridique confirmée; s'il naît mort-né ou non viable, elle se réalise, ce qui entraîne la suppression rétroactive de la personnalité juridique de l'enfant conçu. Ainsi, l'accomplissement de la fiction de rétroactivité entraîne un changement de statut de l'enfant conçu qui devient, fictivement mais automatiquement, une chose¹⁴⁰.

La personnalité juridique de l'enfant conçu n'a donc nul besoin de la réalisation de l'événement conditionnel pour exister. Dès la conception, l'enfant conçu acquiert sans condition la personnalité juridique¹⁴¹. À sa naissance, si la condition défaille, c'est-à-dire s'il naît vivant et viable, sa personnalité juridique sera confirmée. À la conception de l'enfant, sa personnalité juridique, bien qu'ayant un caractère précaire puisqu'elle est susceptible de disparaître rétroactivement en cas de survenance de l'événement conditionnel (naissance non vivante et non viable), est déjà purement et simplement acquise. L'enfant conçu dispose donc d'une capacité de jouissance inhérente à sa personnalité juridique qui lui permet d'acquérir des droits purs et simples. Mais ces droits demeurent précaires durant la gestation puisqu'ils sont soumis au risque de leur anéantissement rétroactif. En effet, dans le cas où la condition résolutoire surviendrait, par un effet domino de l'anéantissement de la personnalité juridique, les droits acquis seront effacés de la réalité juridique.

Ainsi, ayant la personnalité juridique, l'enfant conçu peut acquérir tant les droits patrimoniaux que les droits extrapatrimoniaux qui y sont attachés, droits qui sont d'ores et déjà exigibles et pourraient faire l'objet de mesures conservatoires et/ou

conçu à la naissance sont donc les événements factuels qui font de cet événement une condition.

140. Puisqu'il est réputé n'avoir jamais eu la personnalité juridique, il ne peut donc, selon la logique classificatrice du droit civil, qu'être qualifié par défaut de chose.
141. Pour P.-A. CREPEAU, « [...] l'enfant conçu et non encore né est [...] **doté, dès la conception, d'une personnalité juridique**, assujettie, toutefois, à la condition qu'il naisse vivant et viable » (nos mis en gras), préc., note 9 (36), p. 277.

d'exécution forcée¹⁴². Ce n'est qu'à la survenance de la condition résolutoire que, rétroactivement, par l'effet de la condition accomplie, la personnalité juridique, qui a existé pendant la gestation, sera fictivement effacée, et que l'on fera **comme si** elle n'avait jamais existée. Corrélativement, les droits acquis avant la survenance de la condition subiront le même sort. N'ayant plus d'assise juridique, ces droits seront considérés comme n'ayant jamais existés et les choses devront alors être remises en état¹⁴³ comme si l'enfant conçu n'avait jamais eu la personnalité juridique. Une nouvelle réalité juridique est donc construite.

Au Québec, Kouri et Philipps-Nootens prennent très clairement position dans leur manuel pour cette théorie : « [...] une fois son développement amorcé, l'enfant conçu doit accéder à la personnalité juridique, qu'il perd par la suite s'il ne naît pas vivant et viable »¹⁴⁴, le même sort étant réservé corrélativement à ses droits¹⁴⁵. Leur interprétation favorable à la thèse de la condition résolutoire s'appuie sur une critique très vive de la théorie de la personnalité juridique soumise à condition suspensive. Ils relèvent ainsi que

142. Cependant, dans cette théorie, si l'enfant conçu n'est pas touché par une incapacité de jouissance (étant une personne dotée de la personnalité juridique, il acquiert des droits), il l'est par une incapacité d'exercice. La question du titulaire de la mise en œuvre de ses droits reste posée. Voir *infra* note 247 (E. DELEURY et D. GOUBAU sur la tutelle) et nos développements *supra* note 46 et *infra* note 262 (R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS sur l'article 192 C.c.Q.).

143. Par exemple, si l'enfant conçu s'était vu alloué, par l'opération du partage, un bien, celui-ci devra être restitué à la succession.

144. « N'y a-t-il pas lieu de remonter dans la chronologie du processus biologique et d'attribuer la personnalité à l'être humain conçu, à un stade ou à un autre de son développement prénatal. », R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 93 n° 91 ou encore p. 131-132 n° 137.

145. « À l'encontre de la condition suspensive, d'autres auteurs ont suggéré de reconnaître d'emblée à l'enfant conçu la qualité de sujet de droit. Le défaut de naître ensuite vivant et viable agirait alors comme une condition résolutoire, ses droits acquis, tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux, disparaissant alors rétroactivement. », R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 106 n° 107. Ils précisent : « [c]et intérêt n'est donc pas suspendu, mais, au contraire, reconnu immédiatement, quitte à disparaître advenant la mort du fœtus ou l'absence de viabilité à la naissance », préc., note 9 (34), p. 114 n° 114.

cette dernière, faisant « rétroagir la personnalité plutôt que de l'anticiper »¹⁴⁶, crée un vide juridique : celui de l'absence de tout statut de l'enfant dans le ventre de sa mère *pendente conditione*. La théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire leur permet alors de régler cette incohérence juridique¹⁴⁷.

« [...] Il s'agit de reconnaître à l'enfant conçu une existence civile distincte de celle de sa mère lorsque son intérêt l'exige. Cette fiction se maintient à la condition d'être confirmée en quelque sorte par l'éventuelle naissance vivante et viable. Ce ne sont pas les droits subjectifs de l'enfant conçu qui sont conditionnels¹⁴⁸, mais plutôt l'existence juridique de leur titulaire »¹⁴⁹.

146. R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 102-103 n° 103. Ils précisent : « [c]e point de vue soulève une objection fondamentale. [...] [L]es droits de l'enfant ne sont que potentiels et son seul intérêt actuel est de voir se réaliser la condition suspensive. L'enfant conçu ne possède aucun droit de la personnalité et ne bénéficie donc pas d'un droit à l'inviolabilité. Or, ce vide juridique est troublant, car la réalité scientifique demeure : même si elle constitue un moment crucial, la naissance n'est qu'une étape parmi d'autres dans le processus de vie », préc., note 9 (34), p. 103-104 n° 104. Ou encore : « R. Dierkens, note 21, p. 38 n° 43, s'insurge contre l'exigence de la viabilité dans les termes suivants : « "[...] la doctrine en est venu à affirmer que la personnalité juridique ne commence qu'à la naissance d'un enfant viable. Solution d'autant moins admissible qu'elle dénie implicitement tout droit à l'enfant conçu, mais non encore né viable, alors que la loi lui reconnaît explicitement la capacité de recevoir entre vifs et par testament; condition inopportune, au surplus, puisqu'elle oblige la doctrine à combler, à la naissance de l'enfant viable, le néant qu'elle a créé artificiellement, en faisant appel à une autre fiction : faire « remonter » l'existence de la personnalité juridique à l'époque de la conception" », R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), spécialement note infrapaginale 380.

147. « Le défaut de naître ensuite vivant et viable agirait alors comme une condition résolutoire, ses droits acquis, tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux, disparaissant alors rétroactivement. », R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 106 n° 107.

148. Dans ce cas, il serait alors question de la théorie de la personnalité juridique actuelle.

149. R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 112 n° 111. Notons ici la critique de ces auteurs à propos de l'affaire *Daigle c. Tremblay* : « Quant au statut du fœtus, le raisonnement de la Cour suprême est à ce point critiquable que l'on peut douter de l'effet persuasif des motifs invoqués par

La remise en cause de la théorie de la personnalité juridique sous condition suspensive, ainsi que l'usage de l'expression « confirmer la personnalité juridique », nous permettent de classer ces auteurs dans la théorie de la condition résolutoire.

Crépeau semble aussi opter pour cette théorie, même si sa position n'apparaît pas aussi clairement que celle des précédents auteurs. Si, d'après lui, la maxime « *infans conceptus* » crée une réalité juridique qui peut être contraire à la réalité biologique et s'impose à l'interprète¹⁵⁰, « [d]epuis l'insertion de l'article 18 du Code civil » en 1971¹⁵¹, la situation a changé dans le droit québécois. Pour cet auteur, « [c]ette nouvelle disposition ajoutait, au fondement d'une fiction juridique, le fondement d'une réalité biologique que l'ignorance des siècles passés avait pu occulter, mais que les progrès des sciences et techniques ont rendues objectivement "visibles" et partant, "irrécusables" »¹⁵². Ainsi, la personnalité juridique de l'enfant conçu serait une réalité à la fois biologique et juridique. Cet argument « naturaliste » est d'ailleurs souvent repris par les tenants de la théorie de la personnalité juridique soumise à la condition résolutoire. Crépeau écrit ainsi :

Il est tenu pour déjà né : donc par l'effet de la loi, il possède, comme l'enfant déjà né, une **existence civile**, à laquelle l'interprète, en toute rigueur intellectuelle, doit donner effet. Et c'est précisément parce que le fœtus (ou l'embryon – nos ajoutés) est **réputé né**, comme l'est en fait l'enfant né vivant et viable, qu'il jouit comme ce dernier de

les juges unanimes. Parce que les droits du fœtus n'existent que sous condition suspensive, il y a renonciation implicite à toute tentative de le personnaliser. », préc., note 9 (34), p. 115-116 n° 116.

150. « Il n'est pas **effectivement** né, mais il l'est **juridiquement** » (nos mis en gras), P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 258-259.

151. Cet article disposait que « [t]out être humain possède la personnalité juridique ».

152. P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 277.

droits civils conformément à la maxime [...] (nos mis en gras)¹⁵³.

Doté de la personnalité juridique et titulaire de droits subjectifs, l'enfant conçu bénéficie alors de la pleine protection de ses droits. Crépeau assure à cette protection, conséquence de la personnalité juridique reconnue à l'enfant conçu, une portée générale puisqu'elle ne se trouve pas limitée aux seuls droits patrimoniaux et peut ainsi s'étendre aux droits extrapatrimoniaux¹⁵⁴.

Nootens¹⁵⁵, dans son article commentant l'affaire *Tremblay*, met explicitement en œuvre la théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire. Elle relève également que l'« enfant à naître » constitue réellement une entité juridique, distincte de celle de sa mère, puisque le législateur établit des rapports de droit entre lui et d'autres membres de la société juridique. « Si l'enfant meurt avant ou à la naissance, sa personnalité juridique disparaît et, avec elle, la possibilité d'exercer effectivement ses droits, par exemple d'opérer à son bénéfice un transfert de patrimoine »¹⁵⁶.

153. P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 259.

154. Selon P.-A. CREPEAU, la maxime « *infans conceptus* » a une portée générale et concerne tant les intérêts patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux de l'enfant conçu, préc., note 9 (36), p. 272.

155. S. PHILIPS-NOOTENS écrit : « Doté de la capacité de jouissance de droits, l'enfant conçu peut en exiger le respect par le biais des mesures conservatoires prises par son représentant. L'étape de la naissance franchie avec succès, il progresse dans la vie juridique, passant de l'état d'enfant à naître à l'état de mineur, devenant apte à exercer ses droits par son ou ses tuteurs, en attendant de devenir un majeur doté de la pleine capacité. », préc., note 9 (34), p. 212.

156. S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 213.

En France, sept ouvrages peuvent être rangés dans ce courant de pensée : ceux de Carbonnier¹⁵⁷, Cornu¹⁵⁸, Druffin-Bricca¹⁵⁹,

-
157. « La naissance n'est pas toujours la condition **nécessaire** de la personnalité. Celle-ci **préexiste** à la naissance, en ce sens que l'enfant simplement conçu, quoique non encore né, est déjà **apte à être sujet** de droit, notamment à hériter. » (nos mis en gras), J. CARBONNIER, préc. note 9 (10), p. 33.
158. « Naître vivant, naître viable, c'est à ces deux condition cumulatives qu'est subordonnée la **confirmation** de la personnalité juridique. » (nos mises en gras), G. CORNU, préc., note 9 (11), p. 208 n° 462. Certaines expressions utilisées nous ont laissées à penser que l'auteur s'insérerait peut-être dans le courant de personne actuelle. En effet, évoquant les droits de l'enfant conçu, il précise que seuls leurs effets seront « suspendus » à l'exigence de viabilité. Cette explication qui repose sur l'idée d'une personnalité juridique qui « ne peut être plénière » renvoie à la théorie de la personnalité juridique actuelle dont seuls les droits sont soumis à la condition suspensive de naissance vivante et viable. « Ainsi voit-on comment, une **vocation prénatale certaine en son principe** (la vocation successorale de l'enfant conçu ou sa capacité à recevoir à titre gratuit) est cependant *suspendue*, dans sa réalisation, à l'évènement, à l'avènement qui la *confirme* : la naissance à l'état de viabilité » (ses gras et nos italiques), G. CORNU, préc., note 9 (11), p. 206 n° 461.
159. « La personnalité est acquise par la naissance mais celle-ci n'est (...) **pas nécessaire** » (nos mis en gras), S. DRUFFIN-BRICCA, préc., note 9 (14) p. 53.

Encinas de Munagorri et Lhuilier¹⁶⁰, Larroumet¹⁶¹, Starck, Roland et Boyer¹⁶² et enfin Voirin et Goubeaux¹⁶³.

-
160. R. ENCINAS DE MUNAGORRI et G. LHUILIER mentionnent que « l'enfant conçu est considéré comme une personne dès qu'il y va de son intérêt » et écrivent : « [U]n enfant en gestation (peut) recueillir une succession [...] dont il pourra bénéficier effectivement au jour de sa naissance », l'exigibilité serait alors reportée à la naissance, ce qui est plutôt conforme à la théorie de la personnalité juridique sous condition suspensive, R. ENCINAS DE MUNAGORRI et G. LHUILIER, préc., note 9 (15), p. 23.
161. C. LARROUMET par exemple : « La personnalité juridique est reconnue à l'individu non pas à dater de sa naissance, mais bien à dater de sa conception », préc., note 9 (22), p. 200 n° 321; ou encore : « On pourrait considérer qu'il s'agit là (la personnalité juridique) d'une institution artificielle puisque le fœtus ne peut pas entrer en relation sociale. Cependant, il ne s'agit pas d'une institution si artificielle, à partir du moment où elle est calquée sur la vérité biologique, puisque la vérité biologique impose de considérer que, dès qu'il y a conception, il y a **plus qu'une simple éventualité d'être humain** », p. 201 n° 321 bis; et aussi : « la règle *infans conceptus* a seulement pour objet **d'attribuer à l'enfant des droits** [et non des droits conditionnels] **qui ont été créés avant sa naissance** » (nos mis en gras), p. 201 n° 321 bis; et enfin : « Une argumentation fondée sur l'existence de la personnalité juridique avant la naissance sous condition de viabilité entraînerait à considérer que, **s'il** n'y a pas eu de naissance, il n'y a **jamais** eu non seulement de personnalité juridique, mais encore de personnalité humaine. » (nos mis en gras), p. 205. Par contre, lorsqu'il explique que « [p]arce que la personnalité juridique **n'est attribuée** avant la naissance **que sous** la condition de viabilité », cette analyse laisserait à penser que la condition de la naissance est nécessaire, ce qui est plus conforme à la théorie de la condition suspensive (nos mis en gras), p. 204 n° 312 ter.
162. Il a été particulièrement difficile de classer ces trois auteurs. En effet, après avoir souligné l'existence des deux théories reposant sur la personnalité juridique conditionnelle (suspensive et résolutoire), B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER ne tranchent pas. Tout au plus mentionnent-ils que « pendant la durée de la grossesse, le père venant à décéder, l'enfant recueille sa succession », préc., note 9 (27), p. 382 n° 1036; ou encore : « Le prolongement logique de la règle *infans conceptus* [...] serait de reconnaître que la personnalité juridique commence avec le déclenchement du processus vital, c'est à dire dès la conception », p. 382 n° 1037; et enfin : « la naissance n'est pas toujours la condition **nécessaire** de la personnalité » (nos mis en gras), p. 381 n° 1036. Ces éléments laissent à penser que ces auteurs se situent dans la théorie de la condition résolutoire.
163. « La personnalité de l'enfant né vivant et viable rétroagit dans son intérêt à la date de sa conception. [...] De plus, cette personnalité n'est **confirmée** que si l'enfant naît vivant et viable; dans le cas contraire, la personnalité

Ces auteurs constatent que l'embryon, à tout le moins *in utero*¹⁶⁴, est doté de vie humaine¹⁶⁵, ce qui permet de le distinguer de sa mère et rend ainsi le critère de la naissance vivante inutile¹⁶⁶.

est censée n'avoir jamais existé. » Si le terme de « rétroagir » laisse à penser que ces auteurs optent pour la condition suspensive, celui de « confirmée » et le fait que la personnalité ait existé, peuvent laisser entendre qu'ils optent pour la condition résolutoire (nos mis en gras), P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, préc., note 9 (31), p. 70 n° 95. « L'interruption volontaire de grossesse (avortement) ne fait pas disparaître une personne, puisque le fœtus (enfant conçu) ne naîtra pas vivant et viable, mais **elle prive l'enfant conçu de la possibilité de voir confirmer sa personnalité provisoire** » fait pencher pour celle de la condition résolutoire (nos mis en gras), P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, préc., note 9 (31), p. 70 n° 96.

164. L'embryon *ex utero* en France n'a pas été qualifié d'être humain par le conseil constitutionnel (Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 sur *Loi relative au respect du corps humain* et la *Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, préc., note 30). Il n'est donc pas protégé par le régime objectif de la personne humaine mais par des dispositions de protection spéciale.

165. Voir à titre indicatif : J. CARBONNIER, pour qui la vie préexiste à la naissance en vertu d'une donnée naturelle, préc., note 9 (10), p. 33 n° 13; C. LARROUMET qui parle de la « vérité biologique », préc., note 9 (22), p. 201 n° 321 et P.-A. CREPEAU qui mentionne « la reconnaissance de la dignité inhérente à toute vie humaine » (ce qui nous fait penser qu'il renvoie au régime objectif de la personne humaine) et la difficile conciliation des intérêts de l'enfant conçu et de sa mère, préc., note 9 (36), p. 277.

166. J. CARBONNIER, préc. note 9 (10), *supra* note 157; S. DRUFFIN-BRICCA, *supra* note 159; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *supra* note 162. *Contra*, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, qui se rangent dans les tenants de la personnalité juridique soumise à condition suspensive, et pour qui « l'existence juridique est la conséquence de l'avènement d'un intérêt distinct par le fait qu'un être se dissocie – sens premier du mot naissance – de la personne qui l'a créé ». préc., note 9 (32), p. 26 n° 9. Or, selon eux : « La procréation ne suffit pas à engendrer une personne humaine et, partant, une personne juridique. Le droit se fait ici, le reflet de la nature. L'embryon ou le fœtus font partie de la mère et participent donc d'une personne préexistante, dont ils ne se distinguent pas. Ce n'est que par la séparation matérielle consécutive à l'expulsion liée à l'accouchement que l'enfant devient un être distinct et, par suite, une personne juridique. », préc., note 9 (32), p. 27 n° 9.

Partant, à l'instar des tenants de la condition suspensive¹⁶⁷, du postulat que la personnalité juridique est reconnue à tout être humain¹⁶⁸ et faisant le lien entre être humain et vie humaine, ces auteurs, à l'exception de Carbonnier¹⁶⁹, en déduisent que l'enfant

-
167. Ce postulat est partagé par les tenants de la personnalité sous condition suspensive, tels que : A. BATTEUR : « Tout être humain a nécessairement la personnalité juridique », préc., note 9 (3), p. 12 n° 10; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE : « Les personnes physiques sont constituées exclusivement par les êtres humains [...]. Tout être humain est une personne juridique », préc., note 9 (9), p. 275, n° 736; J. BONNARD : « [e]n somme, il existe un décalage complet entre le commencement biologique de la vie et le commencement de la personnalité juridique de l'être humain », préc., note 9 (7) p. 158; P. COURBE : « [T]out être humain a la personnalité juridique : du seul fait de son existence », préc., note 9 (12), p. 6; M. DE JUGLART, A. PIEDELIEVRE et S. PIEDELIEVRE : « Le simple bon sens veut que la personnalité juridique suive la vie de l'être humain », préc., note 9 (21), p. 86 n° 100; T. GARE : « La capacité de jouissance est systématiquement reconnue, aujourd'hui à tout être humain », préc., note 9 (17), p. 52; J. MAZEAUD et F. CHABAS : « [d]epuis la suppression de l'esclavage dans nos colonies en 1848 et de la mort civile en 1854, tout être humain à la personnalité juridique », préc., note 9 (24), p. 1; E. DELEURY et D. GOUBAU : « Tout être humain vivant possède la personnalité juridique », préc., note 9 (33), p. 1 n° 1. Nous reviendrons dans la deuxième partie de l'article sur la définition du terme « être humain » par le législateur et la jurisprudence et son incidence sur la doctrine. *Contra* S. GJIDARA-DECAIX : « La qualité d'être humain de l'embryon ne fait de lui ni une personne juridique (...) », préc., note 9 (19), p. 65.
168. G. CORNU : « La personnalité juridique est reconnue par la loi civile à tout être humain », préc., note 9 (11), p. 204; S. DRUFFIN-BRICCA : « [t]ous les êtres humains ont la personnalité juridique », préc., note 9 (14), p. 53; R. ENCINAS DE MUNAGORRI et G. LHUILIER : « De nos jours, tous les êtres humains bénéficient de la personnalité juridique », préc., note 9 (15), p. 22; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS font aussi cette association tout en s'interrogeant sur le moment où le « [p]roduit de la conception doit être considéré comme être humain », préc., note 9 (34), n° 92.
169. Pour J. CARBONNIER, si « [...] la maxime *infans conceptus* s'inspire d'une donnée naturelle : la vie préexiste à la naissance », on ne peut toutefois pas en déduire que la personnalité juridique existerait dès le commencement de cette dernière. « Suffit-il de la vie pour fonder la personnalité? Sans se prononcer sur ce point, la loi déclare garantir le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. [...] Ce sont les textes qui ont permis l'interruption volontaire de la grossesse (interruption volontaire de grossesse). [...] Le respect de la vie n'équivaut pas à une reconnaissance formelle de la personnalité ». Il s'interroge sur la portée de l'article 16 C.c.F.,

conçu *in utero* a la personnalité juridique. Ainsi, ayant un intérêt distinct (personnalité juridique)¹⁷⁰ et une vie distincte (personne humaine)¹⁷¹, l'embryon est, d'après leur interprétation, une personne dès la conception et, en aucun cas, ne pourrait être assimilé à une chose¹⁷².

-
- sans trancher lorsqu'il écrit que « [l]a loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. Mais quand sa vie commence-t-elle? Les uns entendent dès la conception, les autres après dix semaines seulement », J. CARBONNIER, préc. note 9 (10), p. 33 et 34. Il oppose « [l]e droit de la femme à se libérer, le droit de l'enfant à vivre », préc., note 9 (10), p. 41.
170. « En d'autres mots, il s'agit de reconnaître à l'enfant conçu une existence civile distincte de celle de sa mère lorsque son intérêt l'exige. », R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 113 n° 112; « La maxime *infans conceptus* est une mesure temporaire en vue de sauvegarder l'intérêt de l'enfant en gestation », R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 132 n° 138; P.-A. CREPEAU évoque les intérêts parfois opposés de la mère et de l'enfant conçu, préc., note 9 (36), p. 177. Voir à l'inverse, J. CARBONNIER qui explique que « [p]ar l'accouchement, dont la section du cordon ombilical marque le terme, l'enfant, jusque-là *pars viscerum matris*, devient une personne distincte. », préc., note 9 (10), p. 32.
171. Ainsi B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER posent que seul le fœtus viable serait une personne humaine et donc doté de la personnalité juridique; ils écrivent que l'article 16 C.c.F. « dispose que la loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, sans viser la personne humaine » et qu'il résulte des travaux parlementaires que « si l'être humain peut exister sans être personne humaine, c'est-à-dire que la personnalité juridique ne remonte pas à la conception » (retranscription exacte), préc., note 9 (27), p. 383 n° 1038; enfin ils font référence à la possibilité d'une acquisition graduelle de la personnalité juridique qui n'existerait qu'au moment de la personne humaine (qui serait octroyée au fœtus « formé et animé »), préc., note 9 (27), p. 384 n° 1040. Pour R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, la personnalité juridique et la personne humaine sont concomitantes lorsqu'ils mentionnent « [l]a personne humaine, de son vivant titulaire de droits et d'obligations. », préc., note 9 (34), p. 140 n° 133.
172. « De la conception jusqu'à la naissance, la gestation d'un enfant *in utero* est un processus dynamique qui progresse à un rythme inéluctable dicté par des règles de la nature. C'est pourquoi, une fois son développement amorcé, l'enfant conçu **doit** accéder à la personnalité juridique, qu'il perd par la suite s'il ne naît pas vivant et viable. » (nos mis en gras), R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 131-132 n° 137.

Pour tous les auteurs des manuels de droit français comme québécois appartenant à ce courant, la condition du vivant pré-existe au terme que constitue la naissance, et c'est pour cette raison que la date de la conception, qui marque le début de la vie anténatale, est si importante¹⁷³. Les données biologiques prévalant, la conception équivaut alors à la fécondation. Ainsi, pour Cornu,

[d]ire que la personnalité s'acquiert à la naissance est un raccourci historique ("les hommes naissent libres et égaux"). C'est la vie (fait biologique) qui, en vérité, gouverne la personnalité (de son commencement à sa fin). Il devient essentiel de préciser à partir de quel moment et à quelles

173. J. CARBONNIER pour qui « [l]a vie préexiste à la naissance », préc., note 9 (10), p. 33 n° 13; et qui reprend l'argument favorable à la personnalité juridique acquise *ab ovo*, préc., note 9 (10), p. 40 n° 15. C. LARROUMET estime que « [l]e droit subjectif qui peut naître au profit d'un enfant est censé entrer dans son patrimoine au jour de la conception et non pas au jour de la naissance », préc., note 9 (22), p. 200-201 n° 321. R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS écrivent : « Or, ce vide juridique est troublant, car la réalité scientifique demeure : même si elle constitue un moment crucial, la naissance n'est qu'une étape parmi d'autres dans le processus de vie. », préc., note 9 (34), p. 103 n° 104. « La reconnaissance de la personnalité juridique de l'enfant conçu permet à elle seule de rendre compte de façon satisfaisante de la situation de celui-ci en droit civil. (...) Elle conduit à calquer le *continuum* juridique sur celui de la vie humaine ». Il faut noter que pour les tenants de la condition juridique soumise à condition suspensive, la vie peut aussi représenter le début de la personnalité juridique, R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 212. Voir E. DELEURY et D. GOUBAU pour qui, « [m]ême si l'article 1 du Code civil et l'article 1 de la Charte québécoise se contentent de dire que *l'être humain* possède la personnalité juridique, il est clair que cette personnalité commence et disparaît avec la vie. Le droit ne définit pas le concept de vie. Il se contente plutôt d'en saisir les deux extrêmes : la naissance et la mort de la personne. », préc., note 9 (33), p. 11 n° 1; Voir aussi Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE : « Fort de sa conformité à la nature [au droit naturel], ce principe de droit positif gouverne l'acquisition et la perte de la personnalité juridique. La loi consacre la personnalité juridique. Mais elle ne l'attribue pas, elle la reconnaît... Ce qui est sûr, c'est que la personnalité juridique des personnes physiques ne relève pas du bon vouloir du législateur. Ce n'est pas une création arbitraire », préc., note 9 (9), p. 204; *Contra* J. BONNARD : « En somme, il existe un décalage complet entre le commencement biologique de la vie et le commencement de la personnalité juridique de l'être humain. », préc., note 9 (7), p. 158.

conditions un être peut être reconnu en vie, et donc comme une personne. La reconnaissance de la vie et l'acquisition de la personnalité : 1) remontent à la conception de l'enfant; 2) sont subordonnées à la condition que l'enfant naisse vivant et viable¹⁷⁴.

Larroumet abonde aussi en ce sens lorsqu'il énonce que « la personnalité juridique est reconnue à l'individu non pas à dater de sa naissance, mais bien à dater de sa conception »¹⁷⁵.

Pour Carbonnier¹⁷⁶, Cornu¹⁷⁷, Larroumet¹⁷⁸ ainsi que Starck, Roland et Boyer¹⁷⁹, le régime protecteur de la personne humaine coïncide avec celui de la personnalité juridique, alors que Voirin et Goubeaux distinguent justement personne juridique et personne humaine. Pour ces derniers, « il apparaît que la vie humaine est une

174. C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 205 n° 322.

175. C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 200 n° 321.

176. « La maxime *infans conceptus* ... s'inspire d'une donnée naturelle : la vie préexiste à la naissance. La biologie moderne enseigne qu'elle existe dès l'instant de la fécondation ou presque. Dans les semaines qui suivent, l'enfant à venir est à l'état d'embryon; à l'état de fœtus dans les mois qui précèdent l'accouchement. Suffit-il de la vie pour fonder la personnalité? Sans se prononcer sur ce point, **la loi déclare garantir le respect de tout être humain dès le commencement de la vie** [...]. Le respect de la vie n'équivaut pas à une reconnaissance formelle de la personnalité » (nos mis en gras), J. CARBONNIER, préc. note 9 (10), p. 33.

177. Selon G. CORNU, l'article 16-1 inséré suite à l'adoption de la loi de bioéthique du 29 juillet 1994 « proclame donc que le respect de l'être humain, comme la personnalité, commence avec sa vie. », préc., note 9 (11), p. 205 n° 461.

178. Pour C. LARROUMET, « **[p]arce que** la personnalité juridique n'est attribuée avant la naissance que sous la condition de viabilité, on ne saurait admettre que la personne humaine existe avant de naître si elle ne naît pas. », préc., note 9 (22), p. 204 n° 321 *ter*.

179. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER écrivent que « le prolongement logique de la règle *infans conceptus* ... serait de reconnaître que la personnalité juridique commence avec le déclenchement du processus vital, c'est à dire dès la conception. », préc., note 9 (27), p. 382 n° 1037; puis, commentant la décision du Conseil constitutionnel, ils posent qu'en vertu du droit positif (notamment de la loi Veil) une telle analyse n'est pas possible car « [s]i l'être humain peut exister sans être personne humaine, c'est dire que la personnalité juridique ne remonte pas à la conception. », préc., note 9 (27), p. 384 n° 1039.

valeur en soi, à laquelle le droit accorde une certaine protection, indépendamment de l'attribution de la personnalité juridique proprement dite »¹⁸⁰. En effet, « [c]ette personnalité n'est confirmée que si l'enfant naît vivant et viable; dans le cas contraire, la personnalité est censée n'avoir jamais existée »¹⁸¹. Il en découle que « [l']interruption volontaire de grossesse (avortement) ne fait pas disparaître une personne, puisque le fœtus (enfant conçu) ne naîtra pas vivant et viable, mais elle prive l'enfant conçu de la possibilité de voir confirmer sa personnalité provisoire »¹⁸².

Les droits acquis par l'enfant conçu, sujet de droit précaire¹⁸³, sont soumis à la même précarité. En vertu de la fiction *lato sensu* mise en œuvre par la maxime « *infans conceptus* », l'enfant conçu jouit d'une capacité juridique (capacité de jouissance) provisoire, qui ne sera confirmée que si la condition (naissance non vivante ou non viable) défaille. Les droits seront également confirmés au moment de la défaillance de cette condition. De provisoires, ils deviendront définitifs¹⁸⁴. Tout se passe comme si les droits acquis ne l'avaient pas été sous condition. Au contraire, si l'événement déclencheur de la condition résolutoire se produit, la personnalité juridique et les droits acquis disparaîtront rétroactivement¹⁸⁵.

180. P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, préc., note 9 (31), p. 67 n° 87.

181. *Id.*, p. 70 n° 95.

182. *Id.*, p. 70 n° 96.

183. R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS poussent cette notion du sujet de droit précaire à son paroxysme : « Il nous semble pourtant que le respect que l'on doit à tout être humain vivant plaide en faveur d'une **reconnaissance de la personnalité juridique de l'enfant non viable avant sa mort, aussi temporaire ou conditionnelle** qu'elle puisse être. L'existence humaine, et donc l'existence juridique du nouveau-né, s'oppose à la réification de celui-ci, tant que sa mort n'est pas confirmée. » (nos mis en gras), préc., note 9 (34), p. 100 et 101 n° 101.

184. LUELLES et B. MOORE, préc., note 88, p. 1417 n° 2499; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VEZINA parlent d'acquisition d'un « caractère de certitude », préc., note 130, p. 618 n° 627; S. PORCHY-SIMON explique que « plus aucune incertitude n'existe désormais sur sa pérennité », préc., note 78, p. 449 n° 938; A. SERIAUX, préc., note 138, p. 202 n° 189.

185. D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 88, p. 1417-1418 n° 2500; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VEZINA, préc., note 130, p. 618 n° 627; S. PORCHY-SIMON évoque « la disparition rétroactive de l'obligation », préc., note 78, p. 449 n° 938; A. SERIAUX, préc., note 138, p. 202 n° 189.

Larroumet écrit ainsi, sans faire référence à des droits conditionnels, que « le droit subjectif qui peut naître au profit d'un enfant est censé entrer dans son patrimoine au jour de la conception et non pas au jour de la naissance. [...] Mais si l'enfant ne naît pas viable, **les droits** qui auront pu lui être **attribués avant sa naissance seront censés n'avoir jamais existé à son profit** » (nos mis en gras)¹⁸⁶.

Comme nous l'avons déjà mentionné, dans l'attente de la réalisation ou de la défaillance de l'événement conditionnel, les droits de l'enfant conçu pourront être protégés et mis en œuvre par ses tuteurs. Ainsi, concernant les droits patrimoniaux, le bien ou la somme d'argent objet d'un legs, d'une donation ou d'une assurance-vie pourront être octroyés à l'enfant conçu avant sa naissance. La liquidation de la succession pourra être réalisée. Évidemment, si la condition se réalise, ces droits disparaîtront rétroactivement et les biens seront restitués. Pour ce qui est des droits extrapatrimoniaux, en théorie, la personnalité juridique sous condition résolutoire devrait permettre à l'enfant conçu d'exercer en justice, avant sa naissance, les droits à réparation du préjudice causé par le décès de son père puisque, étant doté de la personnalité juridique, il dispose d'un intérêt actuel à ester en justice. Le traitement de la question du droit à la vie est encore plus préoccupant. En effet, tant la personnalité juridique que les droits de l'enfant conçu sont, dès la conception, parfaits. Il en résulte qu'en toute logique, bien qu'ils puissent être remis en cause par la fiction de la rétroactivité (résolution suite à la survenance de la condition), ces droits tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux n'en demeurent pas moins exigibles *pendente conditione*. En conséquence, des mesures d'exécution forcée, telle la contrainte par corps d'une femme enceinte que l'on empêcherait de disposer

186. C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 201, n° 321. À titre d'exemple, il relève : « Ainsi, supposons que le père d'un enfant conçu soit décédé avant la naissance de ce dernier. Si la personnalité juridique peut être attribuée à dater de la conception et avant la naissance, l'enfant pourra faire valoir un droit à indemnité contre l'auteur responsable de l'accident qui a causé la mort du père. Il en va de même en ce qui concerne sa qualité de successible de son père décédé. On va supposer que l'enfant conçu va naître viable », *ibid.*

librement de son corps en recourant à des mesures coercitives qui lui interdiraient de se droguer ou d'avorter, seraient envisageables pour protéger le droit à la vie de l'enfant conçu.

Cependant, les tenants de ce courant interprétatif ont évité d'appréhender cette question sous cet angle. Ils justifient la décriminalisation de l'avortement par un choix sociétal, « politique »¹⁸⁷ qui poserait que le droit à l'inviolabilité et à l'autonomie de la femme prévaudrait sur le droit à la vie et à la santé de l'embryon¹⁸⁸. Pour

187. R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS sur Tremblay, préc., note 9 (34) p. 112, n° 110.

188. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER : « La femme règle souverainement le produit de la conception; elle est seule juge de l'état de détresse justifiant l'avortement [...] n'ayant pas à consulter le père de façon impérative. », préc., note 9 (27) p. 383 n° 1037 et : « le droit arbitraire de la mère sur son fruit cesse à la 11^e semaine qui marque le passage du stade embryonnaire au stade fœtal. », préc., note 9 (27), p. 383 n° 1038. Il semble que pour ces auteurs, la maxime « *infans conceptus* » ne s'applique qu'au fœtus. « Au lien organique des premières semaines entre la femme et l'embryon réalisant une unité biologique en faveur de la mère, succède un binôme femme-fœtus consacrant une certaine autonomie de la vie intra-utérine. Ce qui est certain, c'est que la maxime "*infans conceptus*", neutralisée les dix premières semaines par le droit de l'avortement, retrouve son empire. », *id.*; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS précisent que « [l]e droit à l'inviolabilité de la femme comporte non seulement l'élément de protection, mais également celui d'autonomie (et même un droit de disposition dans certains cas). La femme enceinte possède maintenant le droit de faire supprimer l'embryon ou le fœtus. Et en dehors du contexte de l'avortement, il est possible d'imaginer d'autres situations où le droit à la vie et à la santé de l'enfant conçu se trouve en conflit avec la liberté de la mère de vivre selon son bon vouloir. S'il fallait admettre ce point de vue, que ferait-on des situations où l'intérêt de l'enfant *in utero* et celui de la mère divergent? Pourrait-on obliger cette dernière à porter l'enfant à terme à cause des « droits acquis » de celui-ci? Ou au contraire, le droit à l'avortement aurait-il pour effet d'effacer les prétendus droits du fœtus? Il semblerait que non car "les règles d'acquisition de la personnalité juridique restent les mêmes en droit civil, mais [que] la voie d'accès à cette personnalité n'est plus protégée par le droit pénal". Dans la hiérarchie des valeurs de notre société, l'on ne pourrait plus donner préséance au droit à la vie du fœtus au détriment de la liberté de la femme de mettre fin à sa grossesse, voire de préserver son mode de vie habituel. », préc., note 9 (34), p. 108 n° 108. J. CARBONNIER lui aussi envisage l'avortement comme mettant en opposition deux droits subjectifs : « droit de la femme à se libérer, droit de l'enfant à vivre », préc., note 9 (10)

Kouri et Philips-Nootens, cette autonomie ne pourrait valoir que pour la femme majeure, et il serait dès lors possible, dans le cas d'une femme portant un embryon en son sein qu'elle soit majeure inapte ou mineure d'un certain âge¹⁸⁹, de la contraindre à adopter une conduite particulière en vue de s'assurer de la bonne santé de l'enfant conçu à sa naissance¹⁹⁰.

-
- p. 41 (l'on peut noter ici l'usage de l'expression « enfant » au lieu de celle d'« enfant conçu »).
189. En France et au Québec, une mineure peut décider seule d'avorter. L'âge ne semble pas précisé pour la France et est de 14 ans pour le Québec. Voir les articles 14 et 17 C.c.Q. Pour la France, voir l'article L2212-7 du Code de la santé publique qui précise que « [s]i la femme est mineure non émancipée, le consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal est recueilli. Ce consentement est joint à la demande qu'elle présente au médecin en dehors de la présence de toute autre personne. Si la femme mineure non émancipée désire garder le secret, le médecin doit s'efforcer, dans l'intérêt de celle-ci, d'obtenir son consentement pour que le ou les titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, le représentant légal soient consultés ou doit vérifier que cette démarche a été faite lors de l'entretien mentionné à l'article L. 2212-4. Si la mineure ne veut pas effectuer cette démarche ou si le consentement n'est pas obtenu, l'interruption volontaire de grossesse ainsi que les actes médicaux et les soins qui lui sont liés peuvent être pratiqués à la demande de l'intéressée, présentée dans les conditions prévues au premier alinéa. Dans ce cas, la mineure se fait accompagner dans sa démarche par la personne majeure de son choix. »
190. R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 110 note infrapaginale 434. Cet argument semble valable au moins en ce qui concerne la personne majeure et apte. Dans le cas des mineures, ce principe n'est pas aussi absolu : « La société québécoise reconnaît la nécessité d'intervenir auprès d'une personne qui n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans, alors qu'elle apparaîtra sans moyens à l'égard d'une personne ayant un âge supérieur à dix-huit ans vivant les mêmes conditions qui auront des conséquences aussi graves pour le fœtus, mais qui refusera de recevoir de l'aide. Les distinctions propres à ces deux situations sont que l'absence de volonté de la femme enceinte mineure de s'engager dans un processus de réadaptation sera suppléée par une décision judiciaire à l'égard de celle-ci [en vertu de l'article 91 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*], alors qu'il y aura impossibilité d'intervenir à l'égard de la majeure non consentante. Même problème certes, mais des attitudes différentes de notre société face à ces deux personnes avec pour assises des distinctions basées strictement sur l'âge. Tout en réaffirmant pour ces deux femmes le droit fondamental de poursuivre ou d'interrompre leur grossesse. Cette intervention auprès des futures mères mineures se réalisera sans que

Par ailleurs, pour répondre à l'argument suivant lequel seuls les intérêts patrimoniaux de l'enfant conçu seraient protégés en vertu de la lettre de l'article 192 C.c.Q., ces auteurs expliquent que, bien que le législateur ait manifesté ainsi sa volonté d'éviter « tout conflit entre l'enfant conçu et la femme enceinte », cette limitation des « devoirs d'action » des tuteurs de l'enfant conçu ne change en rien la qualification de ce dernier¹⁹¹. Selon eux, cette disposition ne viserait pas à restreindre leur intérêt à agir en justice au nom de l'enfant conçu pour préserver ses intérêts extrapatrimoniaux (santé), ce qui entraîne que l'on ne saurait déduire de l'article 192 al 2 C.c.Q. que l'enfant conçu serait dépourvu d'intérêts extrapatrimoniaux et, par là-même, qu'il ne serait pas une personne¹⁹². À l'appui de la

soient reconnus des droits du fœtus. L'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse* permettra d'aider la future mère et ce sera à cette occasion que le fœtus sera protégé. », Henry LETOURNEAU, « *Le fœtus, une question de droit ou de bons sens?* », Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la jeunesse*, Cowansville, Yvon Blais, 1998, 59, p. 77-78. Sur le plan éthique, il faut souligner la différence qui peut exister entre une véritable situation de détresse de la mère et les simples inconvénients qu'entraînent une grossesse, ou tout autre motif de moindre poids. E. DELEURY et D. GOUBAU, pour leur part, soulignent la dissidence des juges Major et Sopinka dans l'affaire *Tremblay* qui considèrent que « à certaines conditions, que le tribunal, en vertu de sa compétence de *parens patriae*, pourrait intervenir. », préc., note 9 (33), p. 17, note infrapaginale 22. Ils mentionnent une législation du Yukon allant dans ce sens, préc., note 9 (33), p. 18 n° 8.

191. « Pour tenter d'éviter tout conflit entre l'enfant conçu et la femme enceinte, le législateur a introduit une précision importante à la disposition concernant les pouvoirs des tuteurs légaux avant la naissance. L'article 192 al. 2 C.c.Q. affirme en effet que les parents « sont chargés d'agir pour lui [l'enfant conçu] dans tous les cas où son intérêt patrimonial l'exige ». Il est souligné avec raison que le fait de limiter les pouvoirs d'action des tuteurs ne peut changer la qualification juridique du représenté. De plus, il est choquant de constater que le législateur semble discriminer entre les enfants conçus sur la base de leur fortune. En effet, c'est en fonction des biens qui leur échoient qu'une protection est accordée. Ce qui est encore plus paradoxal est que seul le patrimoine de l'enfant conçu est digne de protection, tandis que la personne même de cet enfant n'en mériterait aucune. », R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 115 n° 115.

192. « La rédaction de l'article 192, al. 2 C.c.Q. contribue à son inefficacité. Le législateur charge les parents de l'enfant conçu d'agir pour lui dans tous les cas où son intérêt patrimonial l'exige. Or cette disposition ne restreint

nature juridique de l'enfant conçu comme personne, Kouri et Philips-Nootens arguent que la qualification de ce dernier de partie du corps de la mère se heurterait « à des difficultés insurmontables » car il en résulterait que seule la femme enceinte pourrait demander une « injonction contre un tiers dont le comportement risquerait de nuire au fœtus », alors qu'il serait possible de penser que cette femme « par crainte ou en raison de sa vulnérabilité économique » pourrait refuser d'agir, notamment contre un employeur ou encore contre un conjoint violent¹⁹³.

Cornu, pour sa part, estime qu'il serait possible de poursuivre un tiers pour homicide en cas d'action ayant causé la mort d'un embryon ou d'un fœtus *in utero* au nom du respect de la vie prévu à l'article 16 du Code civil français et auquel l'interruption volontaire de grossesse fait exception¹⁹⁴, refusant ainsi de suivre le principe d'interprétation stricte de la loi pénale qui interdit la

pas pour autant leur droit d'agir lorsque l'intérêt extrapatrimonial de l'enfant est en jeu. Elle ne limite que leur devoir d'agir. Nous ne pouvons imaginer les tribunaux rejeter pour le motif d'absence d'intérêt le recours des tuteurs à l'enfant conçu contre un tiers dont les activités, polluantes, par exemple, pourraient lui causer préjudice. Ceci ne démontre-t-il pas éloquemment le souci d'éviter simplement tout conflit avec le droit à l'avortement? », R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *ibid.*

193. « Le raisonnement de la Cour se heurte également à des difficultés insurmontables si l'on se fie aux illustrations suivantes. Ainsi, avant la naissance, seule la femme enceinte pourrait demander une injonction contre un tiers dont le comportement risquerait de nuire au fœtus, car, selon le raisonnement de la Cour suprême, c'est une partie de son corps à elle qui est en danger. Par contre, seul l'enfant, né vivant et viable, et victime d'une faute de la part d'un tiers, peut prendre action pour ses propres dommages, sa mère (et son père) étant tout au plus des victimes par ricochet. Et si, par hypothèse, la femme enceinte, par crainte ou en raison de sa vulnérabilité économique, refusait d'agir contre un employeur qui l'exposerait à un travail périlleux pour son fœtus, la Cour suprême serait-elle aussi disposée à nier au tuteur à l'enfant conçu l'intérêt suffisant pour demander une injonction contre le fautif? Ou encore, dans le cadre d'un mariage ou d'une union de fait où la femme enceinte serait exposée de la part de son conjoint à des sévices susceptibles de nuire au développement de l'enfant, et ne voudrait pas s'en plaindre, **faudrait-il se résigner à tolérer un tel comportement à cause de son refus d'agir?** » (nos mis en gras), R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 117 n° 118.

194. G. CORNU, préc., note 9 (11), p. 207 n° 461.

qualification du traumatisme involontaire causant la mort d'homicide involontaire. Pour lui, c'est à tort que certains excipent le risque de la remise en cause du droit de choisir une interruption volontaire de grossesse. En effet, d'après lui, « une telle éventualité est exclue. Légalement encadrée, l'IVG est la règle qui fait exception aux principes énoncés, l'exception qui confirme ces principes, et que, réciproquement, ces principes confirment (ils la reconnaissent en son domaine). La coordination est claire »¹⁹⁵. Son recours au terme de « principe » (principe de la protection du corps de l'enfant conçu) laisse entendre qu'il se concentre sur la personne humaine, qu'il fait par ailleurs coïncider avec la personne juridique. C'est la raison pour laquelle, selon lui, on pourrait poursuivre un tiers pour un tel acte.

Or selon nous, dans le cadre de la théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire, la pérennité des droits, dont le droit à la vie ou encore à l'intégrité physique, sont dépendants de la non-survenance de l'événement conditionnel. Si l'enfant naît mort-né, son droit à la vie sera rétroactivement anéanti. Il en résulte que l'on ne pourrait faire valoir ce droit précaire pour poursuivre un tiers. Il ne resterait donc que le fondement de la personne humaine pour permettre une telle poursuite¹⁹⁶. Notons sur ce point que Mazeaud et Chabas relèvent qu'en matière d'avortement, il convient de distinguer l'embryon, qui n'est pas un être humain, du fœtus¹⁹⁷. Sans doute ici fondent-ils leur raisonnement sur le respect dû à l'être humain dès le commencement de sa vie.

Larroumet, remettant en cause le raisonnement de la Cour de cassation¹⁹⁸, conclut que « [p]arce que la personnalité juridique n'[est] attribuée avant la naissance que sous la condition de viabilité, on ne saurait admettre que la personne humaine existe avant de naître si elle ne naît pas ». Le respect de la vie étant attaché à la

195. *Id.*, p. 207 n° 461.

196. *Contra* J. CARBONNIER qui estime que la maxime « *infans conceptus* » fait de l'avortement un homicide, préc., note 9 (10), p. 39 n° 15.

197. J. MAZEAUD et F. CHABAS, préc., note 9 (24), p. 10 et 11 n° 443-1.

198. Ass. plén., 29 juin 2001, J.C.P. 2001.2, n° 10569, Rapport Sargos, Conclusions Sainte Rose, Note Rassat.

personne humaine, une action en homicide serait donc impossible¹⁹⁹. Par ailleurs, il précise que la maxime « *infans conceptus* » « [n]e donne pas à l'enfant le droit de naître ou de ne pas naître »²⁰⁰.

Pourtant, il nous a été donné de constater que, pour certains auteurs, la loi Veil, loi française légalisant l'avortement, a des incidences parfois directes sur la personnalité juridique de l'embryon et sur le jeu de la maxime « *infans conceptus* ». Ainsi, Starck, Roland et Boyer estiment que l'attribution de la personnalité juridique à l'embryon est remise en cause par la loi française sur l'avortement qui « neutralise » la maxime « *infans conceptus* »²⁰¹, allant jusqu'à léser les intérêts civils qui y sont liés²⁰². Pour

199. C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 204 n° 321 *ter*. « La raison que donne la Cour de cassation pour décider qu'il n'y a pas d'homicide est que le droit pénal est d'interprétation stricte alors que l'article L. 221.6 du code pénal ne prévoit pas l'infraction d'homicide involontaire sur le fœtus dont le régime juridique relève de textes particuliers. Leur interprétation extensive ne saurait être étendue à l'article L. 221-6 du Code pénal. Cette raison n'est pas bonne. Une argumentation fondée sur l'existence de la personnalité juridique avant la naissance sous condition de viabilité entraînerait à considérer que, s'il n'y a pas eu de naissance, il n'y a jamais eu non seulement de personnalité juridique mais encore de personnalité humaine. », préc., note 9 (22), p. 205.

200. C. LARROUMET, préc., note 9 (22), p. 201 n° 321 *bis*.

201. Pour B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, « la maxime *infans conceptus* [est] neutralisée les dix premières semaines par le droit à l'avortement », préc., note 9 (27), p. 383 n° 1038. Cela signifie que durant cette période le père ne peut reconnaître l'enfant conçu, consentir à une donation ou encore tester à son profit. Ils insistent par ailleurs sur le fait que selon la jurisprudence, le fœtus viable (apte à survivre par lui-même hors du sein de sa mère) est protégé par le droit pénal à titre de personne humaine. Il serait ainsi possible de poursuivre un médecin pour homicide par imprudence sur un fœtus viable. Ce serait donc la légalisation, sous certaines conditions, de l'avortement qui « empêche l'attribution de la personnalité pendant toute une période de la gestation », *ibid*.

202. D'après B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, la loi sur l'avortement viendrait mettre à mal les intérêts civils de l'enfant conçu. « Tous les intérêts civils que peut compromettre l'interruption de grossesse, intérêt du père qui a reconnu l'enfant, intérêt de la famille, des héritiers...sont délaissés, sur le fondement du droit de la femme à disposer de son corps; l'embryon étant *pars mulieris*, la mère est libre de s'en défaire à son gré, puisqu'il est en

Carbonnier, bien que la loi ne se soit pas prononcée sur le fait de savoir s'il suffisait « de la vie pour fonder la personnalité »²⁰³, estimant que « [l]a maxime "*infans conceptus*" ... s'inspire d'une donnée naturelle : la vie préexiste à la naissance », il oppose néanmoins « [l]e droit de la femme à se libérer, [au] droit de l'enfant à vivre »²⁰⁴. Enfin, Voirin et Goubeaux affirment que « [l]'interruption volontaire de grossesse [avortement] ne fait pas disparaître une personne, puisque le fœtus [enfant conçu] ne naîtra pas vivant et viable, mais elle prive l'enfant conçu de la possibilité de voir confirmer sa personnalité provisoire »²⁰⁵. Pour eux « [l]a question est donc de savoir si le droit doit ou non protéger l'enfant à naître en préservant ses chances d'acquérir la personnalité »²⁰⁶.

Cette question aurait pu être soulevée par les tenants de la personnalité juridique sous condition suspensive. En effet, la naissance étant l'événement déclencheur de l'acquisition rétroactive de la personnalité, l'avortement viendrait ainsi compromettre « ses chances d'acquérir la personnalité »²⁰⁷.

quelque sorte sa chose. On est loin de la tradition antique qui nommait à la veuve enceinte un curateur au ventre, chargé de veiller au sort de l'enfant posthume et d'éviter sa suppression (suppression de part) », préc., note 9 (27), p. 383 n° 1039. Notons ici que les auteurs « oublient » de préciser qu'à l'époque, la femme n'ayant pas la capacité d'exercer ses droits, elle ne pouvait *a fortiori* protéger les intérêts de l'enfant conçu. J. CARBONNIER soulève aussi cette possible lésion des intérêts civils par la loi sur l'avortement, préc., note 9 (10), p. 39 et 40.

203. J. CARBONNIER, préc. note 9 (10), p. 33, *supra* note 173.
204. J. CARBONNIER, préc., note 9 (10), p. 41.
205. P. VOIRIN et D. GOUBEAUX, préc., note 9 (31), p. 70 n° 96.
206. *Id.*
207. *Id.*

B. **Personnalité juridique sous condition suspensive : une personnalité latente**

Dans cette dernière théorie, la naissance vivante et viable joue le rôle de l'évènement conditionnel, évènement futur et incertain. Les critères du vivant et de la viabilité sont importants car ce sont eux qui confèrent à l'évènement conditionnel son caractère incertain (dans le cadre de l'embryon *in utero*²⁰⁸). L'application du mécanisme de la condition suspensive à la maxime « *infans conceptus* » a pour effet que, si l'enfant naît vivant et viable, la condition se réalise et la personnalité juridique de l'embryon pourra pleinement exister. Son acquisition remontera rétroactivement au début de la période de gestation. En attendant la survenance de l'évènement conditionnel, sa personnalité sera reconnue par anticipation, ce qui permettra de recourir à la technique des droits conditionnels²⁰⁹. Au contraire, s'il ne naît pas vivant et viable, la condition défaille, et l'enfant conçu n'aura jamais acquis la personnalité juridique. Ses droits conditionnels seront alors rétroactivement anéantis²¹⁰.

208. La naissance (au sens détachement du corps de la mère puisque cela inclut les fausses couches) de l'embryon *in utero* est un évènement certain : il naîtra 180 à 300 jours après la date de la conception), mais elle incertaine dans le cadre de l'embryon *in vitro* qui, pour naître, doit d'abord être remis dans la matrice maternelle. La naissance devient donc, en elle-même, un évènement incertain. Voir à ce sujet, R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS « La maxime *infans conceptus* est une mesure temporaire en vue de sauvegarder l'intérêt de l'enfant en gestation dont le sort juridique serait normalement décidé au bout de neuf mois, et même avant, en cas de naissance prématurée. Mais tant que le développement de l'enfant est arrêté temporairement, on ne peut affirmer avec certitude que la gestation aboutirait. Autrement, serait traité comme « réputé né » l'embryon qui ne serait plus en gestation et qui ne naîtrait probablement jamais. Si, par contre, l'embryon *in vitro* devait bénéficier de l'implantation, à partir de ce moment la condition de naissance pourrait jouer car, à brève échéance, son destin serait confirmé par sa naissance ou sa mort. », préc., note 9 (34), p. 132 n° 138.

209. B. BELLOIR-CAUX : « L'enfant conçu mais non encore né peut être considéré **par avance** comme un sujet de droits » (nos mis en gras), préc., note 9 (5), p. 165; J.-P. BRANLARD : « [l]a personnalité juridique reconnue **par anticipation** découle de la maxime » et « [r]econnaît **par avance** aux enfants

simplement conçus des droits conditionnels » (nos mis en gras), préc., note 9 (8), p. 109; T. GARE : « [l]’acquisition anticipée de la personnalité juridique n’est que provisoire », préc., note 9 (17), p. 106; S. GJIDARA-DECAIX 5 : « Cet adage qui organise une acquisition **anticipée** de la personnalité juridique, n’a pas pour effet de doter l’embryon de la personnalité juridique plénière. » (nos mis en gras), préc., note 9 (19), p. 6; B. PETIT préc., note 9 (25), p. 12 n° 8; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET parlent de « [l]’anticipation de la naissance, laquelle demeure le fait générateur de la personnalité », préc., note 9 (32), p. 29 n° 12; *Contra* E. DELEURY et D. GOUBAU pour qui l’anticipation relève de la théorie de la condition résolutoire : « La maxime *infans conceptus* ... n’aurait donc pas pour effet d’**anticiper** la personnalité de l’individu au moment de la conception » mais de faire rétroagir sa personnalité au jour présumé de la conception » (nos mis en gras), préc., note 9 (33), p. 29 n° 16; P.-A. CREPEAU évoque la présomption de naissance anticipée à propos de la maxime, préc., note 9 (36), p. 247-257 et l’existence civile anticipée, préc., note 9 (36), p. 267.

210. Dans le cadre de la théorie de la personnalité soumise à la condition suspensive, la personnalité est rétroactivement acquise à la réalisation de la condition; dans le cas de la personnalité soumise à la condition résolutoire, elle est rétroactivement anéantie à la survenance de la condition (mort-né ou non viable).

Au Québec, Lacroix et Arbour²¹¹ ainsi que Deleury et Goubau²¹² défendent cette interprétation de la maxime « *infans conceptus* ». En France, sur les trente-deux manuels étudiés, vingt (Aubert et Savaux²¹³, Batteur²¹⁴, Bihr²¹⁵, Bonnard²¹⁶, Branlard²¹⁷, Buffelan-Lanore et Larribau-Terneyre²¹⁸, Courbe²¹⁹, de Juglart, Piedelièvre et Piedelièvre²²⁰, Douchot-Oudot²²¹, Fontaine *et al.*²²², Garé²²³, Gauthier²²⁴, Gjidara-Decaix²²⁵, Malaurie²²⁶, Mazeaud et Chabas²²⁷, Petit²²⁸, Renault-Brahinsky²²⁹, Taormina²³⁰, Terré et Fenouillet²³¹, Teyssié²³², Zenati-Castaing et Revet²³³) défendent cette interprétation. Pour ces auteurs, la maxime « *infans conceptus* » permet de faire remonter fictivement l'acquisition de la personnalité juridique à la date de la conception. Ils analysent la maxime comme mettant en place une personnalité juridique acquise sous condition suspensive. Et tous, sauf Gjidara-Decaix²³⁴, optent pour l'existence « anticipée » de la personnalité juridique, certes en latence, à partir de la conception.

-
211. « Une fois la personnalité juridique acquise, elle rétroagit par l'effet d'une fiction du droit civil à la date de sa conception; fiction à laquelle on a recours pour protéger les intérêts patrimoniaux futurs du fœtus Elle matérialise en droit positif la maxime latine « *infans conceptus* » *pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* », M.-E. ARBOUR et M. LACROIX, préc., note 9 (35), p. 231-267, note infrapaginale 40.
212. « Le statut de l'enfant conçu est, en droit civil, à la fois relatif et conditionnel: - relatif, parce qu'il est tributaire de l'intérêt de l'enfant et qu'il ne peut donc jamais jouer contre lui; - conditionnel, puisqu'il est subordonné à l'acquisition de la qualité de personne, ce qui apparaît donc comme une condition suspensive », E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 26 n° 13. Il bénéficiera de droits conditionnels, l'exigibilité (exécution forcée) des droits acquis avant la naissance dépendant de l'acquisition de la personnalité juridique, elle-même soumise à condition. C'est à la naissance que les droits acquis pendant la conception seront consolidés. La Cour suprême dans Tremblay avait opté pour la même analyse. Voir *Daigle c. Tremblay* dans lequel la condition que le fœtus naisse vivant et viable est une condition « suspensive » préc. note 50, par. 54, 61.
213. J.-L. AUBERT et E. SAVAUX écrivent que « la personnalité est donc liée à la naissance sous la seule réserve de cette éventuelle rétroactivité au jour de la conception », préc., note 9 (2), p. 202.
214. A. BATTEUR pose que « l'être humain n'acquiert la personnalité qu'à la condition d'être né vivant et viable », préc., note 9 (3) p. 12 n° 10 et que « l'enfant simplement conçu devient titulaire de droits antérieurement à sa

-
- naissance, dès l'instant de sa conception : il peut faire l'objet d'une reconnaissance, recueillir une succession », préc., note 9 (3), p. 13 n° 12.
215. P. BIHR précise que « Eventuellement, la personnalité remonte à la date de la conception. Cette rétroactivité ne joue que si tel est l'intérêt de l'enfant et à condition que celui-ci naisse vivant et viable. », préc., note 9 (6), p. 51; Cependant lorsque l'auteur envisage le cas de l'enfant né vivant mais non viable, il précise qu'il « est considéré comme n'ayant jamais existé » ce passage peut laisser penser qu'il serait dans la personnalité sous condition résolutoire à moins que l'auteur n'applique le concept de personnalité latente.
216. « Sous réserve qu'il naisse ultérieurement vivant et viable », J. BONNARD, préc., note 9 (7), p. 157.
217. « Sous condition qu'il naisse vivant et viable »; cet auteur inclut dans les droits visés tant les droits patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux « au premier rang desquels la reconnaissance prénatale », J.-P. BRANLARD, préc., note 9 (8), p. 109 et 110.
218. « La personnalité commence, en principe, à la naissance de l'être humain » et « La personnalité peut, exceptionnellement, rétroagir à la date de la conception », Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, préc. note 9 (9), p. 276 nos 739 et 740.
219. « La personnalité commence avec la naissance ... La naissance ne suffit pas à donner la personnalité; il faut en outre : que l'enfant soit né vivant; l'enfant mort-né est considéré comme n'ayant jamais eu la personnalité; qu'il soit né viable, c'est à dire pourvu des organes nécessaires à la vie », P. COURBE, préc., note 9 (12), p. 6.
220. « C'est véritablement sous la condition d'une naissance viable que l'enfant aura une personnalité distincte qui lui confèrera une existence civile »; et un peu plus haut dans le paragraphe : « [L]a personnalité peut cependant remonter à la conception », M. DE JUGLART, A. PIEDELIEVRE et S. PIEDELIEVRE, préc., note 9 (21), p. 86 n° 101.
221. « Seul l'enfant né viable se voit **rétrospectivement** reconnaître la personnalité juridique depuis la conception. La condition fera l'objet d'une application au cas par cas. » (nos mis en gras), M. DOUCHY-LOUDOT, préc., note 9 (13), p. 162 n° 237.
222. « La personnalité commence à la naissance à condition que l'enfant soit **vivant et viable** » (nos mis en gras), M. FONTAINE *et al.*, préc., note 9 (16), p. 85.
223. « Ainsi en vertu de l'adage *infans conceptus* [...], l'enfant simplement conçu est considéré comme né toutes les fois que c'est son intérêt [...] et lorsque l'enfant est né ensuite vivant et viable. Cette deuxième condition est importante : l'acquisition anticipée de la personnalité juridique n'est que provisoire. Si l'enfant naît mort, il n'acquiert pas la personnalité à compter de sa conception », T. GARE, préc., note 9 (17), p. 106.
224. « L'enfant viendra tout de même à la succession si bien sûr il naît vivant et viable », GAUTHIER, préc., note 9 (18), p. 60.

-
225. « D'autre part, la personnalité juridique reconnue à l'enfant conçu est conditionnelle, puisqu'elle n'est acquise que sous la condition suspensive de naître », S. GJIDARA-DECAIX, préc., note 9 (19), p. 65-66.
226. « En première vue, il paraît évident que la naissance est la première condition d'existence de la personnalité; ce n'est pourtant qu'une approximation. Parfois, elle n'est pas une condition suffisante : pour exister, il ne suffit pas d'être né, il faut être né viable. Parfois même, elle n'est pas le commencement de la **personnalité qui, rétroactivement, peut remonter à la conception**, voire au-delà : la loi, comme souvent, façonne la nature » (nos mis en gras), P. MALAURIE, préc., note 9 (23), p. 10 n° 5. La fiction de la rétroactivité porte bien sur l'existence et non l'effacement de la personnalité.
227. J. MAZEAUD et F. CHABAS précisent que « [l]'enfant est une personne au sens juridique dès sa naissance, à condition qu'il naisse vivant et viable. Par faveur pour l'enfant, on fait remonter sa personnalité, chaque fois qu'il y va de son intérêt, au jour de sa conception, par application de l'adage : « *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur.* », préc., note 9 (24), p. 1 et que « [l]'enfant a donc dès sa conception, une personnalité conditionnelle. Conditionnelle, puisqu'elle n'existe que si l'enfant naît vivant et viable. Mais, si cette affirmation est protectrice des intérêts du futur enfant, elle présente l'inconvénient de rendre particulièrement complexe la question de la condition de l'embryon. », préc., note 9 (24), n° 443-1.
228. « La personnalité juridique de l'embryon n'est qu'une personnalité conditionnelle ou, plus exactement il ne s'agit que d'une anticipation rétrospectivement accordée à une personne existante », B. PETIT, préc., note 9 (25) p. 13 n° 8.
229. C. RENAULT-BRAHINKSY précise « [à] condition qu'il naisse ensuite vivant et viable ». Mais elle écrit par la suite : « Cette maxime signifierait que la personnalité existe avant la naissance. Elle pose la question du moment de l'apparition de la personnalité juridique. Il faut donc savoir à quel moment la vie commence puisque c'est à partir de ce moment que l'individu est protégé en tant que personne. », C. RENAULT-BRAHINKSY, préc., note 9 (26), p. 24. Selon nous, le terme « personne » renvoie ici à celui de « personne humaine ».
230. « Et l'on va ainsi pouvoir remonter jusqu'à la date de la conception », G. TAORMINA, préc., note 9 (28), p. 276 n° 804.
231. « Sa naissance remonte à la date de sa conception s'il y trouve avantage, donc seulement s'il acquiert de la sorte des droits, et non s'il doit en résulter pour lui des obligations. », F. TERRE et D. FENOUILLET, préc., note 9 (29), p. 20.
232. « La personnalité est, en principe, acquise à l'être humain au moment de sa naissance. À cette règle, des atténuations sont parfois apportées. », B. TEYSSIE, préc., note 9 (30), p. 13 n° 12. « [l]a règle selon laquelle l'aptitude à être titulaire de droits est acquise à la naissance et par elle supporte des

Tous les auteurs issus de ce courant d'interprétation de la maxime « *infans conceptus* », à l'exception de Zenati-Castaing et Revet²³⁵, soumettent tant la personnalité juridique que les droits en découlant au jeu de la condition suspensive. Pour eux, la naissance reste l'événement déclencheur de l'anticipation de la personnalité juridique et constitue le fait générateur de cette acquisition²³⁶.

atténuations qui jouent dans le sens tantôt d'une exclusion tantôt d'une extension de la personnalité », préc., note 9 (30), p. 15 n° 15. Par exclusion, cet auteur entend l'exclusion des enfants nés non vivant ou non viable : « [l]a jurisprudence a considéré que l'enfant simplement *conçu* doit être tenu pour né chaque fois qu'il y va de son intérêt, ce qu'exprime l'adage *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*. Les droits acquis par l'enfant seront consolidés dès lors qu'il naîtra vivant et viable. », préc., note 9 (30), n° 18. Il ajoute : « [u]n enfant simplement conçu peut être déjà considéré comme titulaire de droits mais ne peut être soumis à aucune charge », préc., note 9 (30) note 48. Notons toutefois ce passage : « [i]nversement, la **naissance** n'est **pas** toujours **nécessaire** à l'acquisition, au moins partielle et conditionnelle, de la personnalité, » (nos mis en gras), passage qui pourrait permettre de classer cet auteur dans la théorie de la condition résolutoire, préc., note 9 (30), p. 15 n° 17.

233. Voir *supra* note 127.

234. S. GJIDARA-DECAIX énonce que « [s]ans la naissance d'un enfant vivant et viable, il n'y a pas de personnalité juridique. », préc., note 9 (19), p. 66.

235. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, s'ils soumettent la personnalité juridique à la condition suspensive, semblent plutôt appliquer le mécanisme de la condition résolutoire aux droits acquis par l'enfant conçu pendant la gestation. « Si l'enfant ne naît pas viable, les droits acquis pendant la grossesse seront **résolus** » (nos mis en gras), préc., note 9 (32), p. 29 n° 12.

236. A. BATTEUR : « La naissance est le point de départ de la personnalité », préc., note 9 (3), p. 12 n° 10; B. BEIGNIER et C. BLERY préc., note 9 (4), p. 212 n° 152; J.-P. BRANLARD : « [s]eule la naissance lui donnera la qualification de personne juridique », préc., note 9 (8), p. 109; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE : « [l]a personnalité commence, en principe, à la naissance de l'être humain », préc., note 9 (9), p. 276 n° 739; T. GARE, préc., note 9 (17), p. 106; D. GAUTHIER : « [l]a solution de la naissance comme fait générateur de la personnalité juridique est maintenue », préc., note 9 (18), p. 61; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET emploient cette expression, préc., note 9 (32), p. 29 n° 12. Au Québec, E. DELEURY et D. GOUBAU reconnaissent que la naissance est le fait générateur de l'acquisition des droits de l'enfant conçu, préc., note 9 (33), p. 20 n° 10; M. MORIN : « [o]n l'a dit, la naissance et la viabilité constituent la condition requise pour que l'enfant conçu puisse être définitivement titulaire de droits. », préc., note 9 (38), p. 238.

C'est la rétroactivité, fiction attachée au régime de la condition suspensive, et qui ne joue qu'au moment de sa réalisation, qui fera remonter l'acquisition de la personnalité juridique²³⁷ à une date antérieure à la naissance en vue de permettre à l'enfant conçu de réclamer certains droits acquis depuis la date de conception²³⁸, dès lors que ces droits sont dans l'intérêt de ce dernier.

Ces droits conditionnels sont souvent vus comme des droits intermédiaires (qui existent en latence en attendant la réalisation de la condition) ou des droits en germe²³⁹ (qui existent déjà – ils sont actuels – mais n'ont pas encore la puissance nécessaire à leur déploiement). Ce n'est qu'au moment de la naissance vivante et viable qu'ils acquerront un statut définitif (droits intermédiaires) ou seront consolidés (droits en germe)²⁴⁰. La rétroactivité attachée à la condition suspensive permet de faire remonter fictivement dans le temps la date du passage de ces droits conditionnels à des droits définitifs. Ainsi, la rétroactivité permet de faire comme si, dès le début, les

237. La rétroactivité se fait ici en dehors de la logique pure du droit des obligations. En effet si l'on se trouvait dans ce dernier cas, la rétroaction de la personnalité juridique de l'enfant conçu né par la suite vivant et viable devrait avoir pour date le jour de l'évènement déclencheur du droit de succéder (date du décès du père).

238. Et non « jusqu'au moment de la conception », terminologie plus proche de la maxime « *infans conceptus* » et qui permettrait de faire remonter l'acquisition de la personnalité juridique à une date située entre la conception et la naissance. Cette date fluctuerait selon les situations en cause (décès du père, accident) puisqu'elle dépendrait de la date à laquelle se produit l'évènement qui place l'enfant conçu dans une situation où il a bien un intérêt à être considéré comme né.

239. Voir S. PORCHY-SIMON et D. LUELLES et B. MOORE sur les notions de « droit en germe », « droit en puissance » ou « droit potentiel » préc. note 88. Selon certains auteurs, les droits conditionnels sont des droits en germe, suspendus jusqu'à la réalisation de la condition suspensive qui les rendra définitifs; il s'agit du même droit qui se développe par étapes successives. Et pour d'autres, le droit conditionnel est un droit intermédiaire, distinct du droit définitif qui n'existera qu'à la survenance de la condition suspensive. En ce sens, P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 267-270. On pourrait penser que, dans le premier cas, il n'existe pas de droit actuel mais simplement un intérêt juridiquement protégé, alors que dans le second cas, le droit actuel permet la mise en place de mesures conservatoires.

240. A. SERIAUX, préc., note 138, p. 202 n° 189.

droits de l'enfant conçu étaient définitifs²⁴¹. Ils seront réputés parfaits au moment du fait générateur de l'intérêt visé par la maxime (décès du père de l'enfant conçu par exemple).

Cette interprétation de la maxime « *infans conceptus* » lie étroitement la qualification juridique de l'enfant conçu à l'acquisition de ses droits. Partant de la prémisse que la maxime a pour objet la reconnaissance des droits de l'enfant conçu et non la qualification de l'enfant conçu, l'analyse devrait pourtant avant tout porter sur les droits conditionnels et, par une sorte de renversement du raisonnement, en induire la personnalité juridique. En effet, en droit civil, seul le sujet de droit peut avoir des droits. Du coup, admettre que l'enfant conçu a acquis des droits, c'est admettre qu'il a la personnalité juridique. Il serait donc logique de faire remonter la date d'acquisition de la personnalité juridique à la date de l'événement générateur d'intérêt pour l'enfant conçu²⁴², comme c'est le cas

241. À la différence de ce qui se passe dans la théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire où les droits acquis, dès l'événement générateur, sont simplement **confirmés** en cas de défaillance de la condition résolutoire, dans la théorie de la personnalité juridique sous condition suspensive, ces droits conditionnels deviennent définitifs (ou **consolidés**) à la réalisation de la condition.

242. Par exemple, le décès du père survient seulement quelques jours avant la naissance de l'enfant conçu. Le jour de l'ouverture de la succession du père décédé ne coïncide donc pas avec le jour de la conception de l'enfant conçu. Voir sur ce point, J. MAZEAUD et F. CHABAS qui expliquent que « [l'enfant] a même l'aptitude à recueillir des droits **dès sa** conception par l'application de l'adage *infans conceptus* [...] » (nos mis en gras), préc., note 9 (24), p. 9 n° 443. Cependant, ils ne se prononcent pas sur la date d'acquisition de la personnalité juridique. Voir aussi T. GARE : « Il est même possible de choisir n'importe quelle date dans cette période de cent vingt et un jours si c'est l'intérêt de l'enfant. Imaginons que le mari décède deux cents soixante jours avant la naissance de l'enfant. Si le défunt laisse une succession bénéficiaire, en vertu de l'adage *infans conceptus* [...], l'enfant a intérêt à faire valoir qu'il a été conçu avant le décès du mari de sa mère, c'est-à-dire plus de deux cents soixante jours avant la naissance. Il pourra ainsi prendre part à la succession. En revanche, si la succession est déficitaire, l'enfant a intérêt à faire valoir qu'il a été conçu après le décès du mari de sa mère afin de ne pas être tenu des dettes successorales », préc., note 9 (17), p. 66. L'auteur semble oublier que la maxime ne peut, en principe, jouer que lorsqu'il y va de l'avantage de l'enfant conçu. En ce sens, J. MAZEAUD et F. CHABAS : « L'adage joue donc en faveur de l'enfant. Mais il

en droit des obligations qui reconnaît la consolidation du droit au jour de son évènement déclencheur. Pourtant, force est de constater que ce choix inductif n'a pas été opéré par la doctrine civiliste qui fait remonter la date d'acquisition de la personnalité juridique de l'enfant conçu, non à la date de l'évènement déclencheur du droit, mais à celle de sa conception. Peut-être un souci de simplification a-t-il présidé à ce choix (une seule date d'acquisition de la personnalité juridique identique pour tous : celle de la conception de l'enfant conçu); peut-être aussi, ce choix révèle-t-il une réticence à voir en la personne juridique une pure construction du droit? Enfin, une autre raison pourrait être liée à l'identification des personnes en charge de protéger les intérêts de l'enfant conçu avant sa naissance. Selon Deleury et Goubau, au Québec, il ne serait pas possible d'établir la parenté de l'enfant conçu puisque ce dernier n'a pas de personnalité juridique²⁴³ et donc de représentants. Ainsi, en anticipant la personnalité juridique à la date de la conception, et non seulement à la date de l'évènement générateur du droit, il est possible d'identifier les parents de l'enfant conçu qui peuvent alors représenter les intérêts de ce dernier.

Cette position révèle le malaise des tenants de cette théorie. Alors qu'en toute logique, ils ne devraient pas reconnaître à l'embryon une quelconque personnalité juridique²⁴⁴ avant la survenance de la condition, mais lui octroyer le statut de chose²⁴⁵ (avec

ne pourrait pas jouer à l'encontre de ses intérêts », préc., note 9 (24), p. 10 n° 443.

243. Voir sur ce point les développements de E. DELEURY et D. GOUBAU, *infra* note 247.

244. En effet, à la différence de ce qui se produit dans la théorie de la personnalité juridique soumise à la condition résolutoire, pour laquelle la fiction de la rétroactivité qui porte sur l'anéantissement de la personnalité juridique va faire disparaître une situation qui préexistait, la théorie de la personnalité juridique soumise à la condition suspensive porte sur l'acquisition de la personnalité juridique.

245. Les auteurs qui recourent à la qualification de chose ou qui la discutent sont : F. AMELI : « Peut-on dire qu'un enfant est une personne avant même qu'il soit né? Beaucoup le pensent. Si l'on devait suivre les tenants de cette thèse, plusieurs conséquences graves en résulteraient : l'avortement serait à bannir; les moyens de procréation assistée (fécondation *in vitro* par exemple) ne pourraient plus être utilisés puisqu'ils ont pour corollaire la

sélection et l'abandon des "embryons en surnombre". À l'inverse, si l'on considère que la personnalité n'existe "qu'à partir du premier souffle", l'embryon ou le fœtus n'auront alors que le statut d'objets (de choses). Les problèmes ci-dessus évoqués trouvent ainsi leur solution. Conséquence supplémentaire, étant des objets, ils devraient également être susceptibles de commercialisation. Le droit français a choisi la voie médiane. En raison de leur nature particulière, les embryons et **les fœtus ne peuvent être regardés comme une chose. Ils ne sont pas non plus une personne.** » (nos mis en gras), préc., note 9 (1), p. 172; J. BONNARD qualifie « [l]es embryons humains surnuméraires congelés » de « **choses mobilières** qui présentent, tout au plus, la particularité de ne pouvoir faire l'objet d'un droit patrimonial ». (nos mis en gras), préc., note 9 (7) p. 258; J.-P. BRANLARD : « Le fœtus, qui n'est cependant pas une "chose" (bien) », préc., note 9 (8), p. 109. Cet auteur précise par la suite que, bien que la Cour de cassation ait porté la maxime au rang de principe général de droit, la chambre criminelle ne considère toutefois pas le fœtus comme une personnalité juridique, préc., note 9 (8), p. 110. Ce qui laisse entendre qu'il s'agit là d'une exception et que le fœtus devrait être considéré comme une personne juridique; S. GJIDARA-DECAIX : « [l]e droit positif se refuse à considérer l'embryon, à l'instar de l'animal, comme une personne, mais le considère comme une chose dotée seulement d'une certaine protection juridique. », préc., note 9 (19), p. 10 et : « l'embryon est une **chose humaine**... certes son humanité lui confère une nature particulière, celle de **chose sacrée** » (nos mis en gras), préc., note 9 (19), p. 67; J. MAZEAUD et F. CHABAS expliquent que l'« [o]n ne saurait le [l'embryon] considérer simplement comme une chose » car « si cet embryon n'est pas en soi un être humain, il n'en constitue pas moins les prémices et à cet égard il doit être protégé », préc., note 9 (24), p. 10 n° 443-1; G. TAORMINA : « Le droit français contrairement à la conception anglo-saxonne, se refuse à qualifier carrément [...] l'embryon [...] comme de simples choses, voir même comme de simple marchandises », préc., note 9 (28), p. 277 n° 805. Il distingue l'embryon *in utero* de l'embryon *in vitro* car, à propos de ce dernier, il explique que « l'embryon humain est plus qu'une simple chose », *id.* L'on peut se demander si selon lui une « simple chose » est une marchandise; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET qualifient l'embryon de part du corps humain d'autrui qui « parce qu'il participe de la personne humaine, le corps humain n'est **pas une chose ordinaire** » (nos mis en gras), préc., note 9 (32), p. 243; sur l'embryon *in vitro*, ils écrivent que « l'embryon échappe au statut de fraction de la personne d'autrui qu'il a normalement, ce qui le rapproche du statut de chose de droit commun. Son autonomie matérielle à l'égard de sa mère accentue sa réité : elle rend possible son usage, son aliénation et sa destruction hors les restrictions qui affectent ces actes lorsqu'ils sont effectués sur le corps d'une personne. Pour autant, l'embryon conçu *in vitro* ne constitue **pas un bien ordinaire** » (nos mis en gras), préc., note 9 (32), p. 235. E. DELEURY et D. GOUBAU ne font qu'évoquer cette possible

la possible application du régime du droit des biens – appropriation, affectation, destruction, aliénation), la majorité d'entre eux ne le font pas et recourent à la notion de personnalité juridique, qui existe de façon latente (droit intermédiaire) ou qui est en voie de développement (droit en germe)²⁴⁶. Seuls Goubau et Deleury semblent écarter cette position²⁴⁷.

qualification : « Comment qualifier le statut de l'enfant à naître: personne humaine, personne juridique à capacité limitée, **chose à destination personnelle, propriété à effets limités**, simple matériau biologique et donc pur objet? » (nos mis en gras), préc., note 9 (33), p. 32, n° 20; M.-E. ARBOUR et M. LACROIX le qualifient d'« objet de droit singulier, qui échappe aux règles relatives à la propriété et au droit des contrats », préc., note 9 (35), p. 244.

246. Cf. notamment F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, qui parlent d'une « ébauche de personnalité juridique avant la naissance », préc., note 9 (32), p. 29; et d'une « vie juridique embryonnaire », préc., note 9 (32), p. 234, n° 272 . « Même si la vie juridique embryonnaire pouvait caractériser une apparition de la qualité de sujet de droit avant la naissance - ce qui est discutable, cette solution resterait étrangère à l'acquisition de la qualité de personne humaine. », *ibid.*

247. D. GOUBAU et E. DELEURY s'interrogent en effet sur la cohérence du droit positif qui d'un côté ne reconnaît pas la personnalité juridique à l'enfant conçu et de l'autre protège ses intérêts patrimoniaux en mandatant ses parents à cet effet (tutelle légale) alors que selon eux, puisque l'enfant conçu n'est pas une personne juridique, il ne peut avoir d'état civil et donc de filiation. « Cette tutelle légale des parents de l'enfant conçu laisse cependant perplexe. En effet, comment les père et mère peuvent-ils être investis d'une telle fonction alors que, juridiquement parlant, l'enfant conçu n'a pas d'état et que, conséquemment, il n'a ni père ni mère », préc., note 9 (33), spec. p. 27 n° 15. Pour eux, « [l]a personnalité juridique n'appartient qu'à l'enfant qui naît vivant et viable », préc., note 9 (33), p. 25 n° 13. « Il est incontestable que dans l'état actuel du droit, l'enfant à naître ne jouit d'aucun attribut attaché à la qualité de personne », *id.* « Si l'enfant conçu n'acquiert la personnalité juridique qu'à partir du moment où il est capable de vie autonome, le droit civil lui permet, une fois qu'il a accédé au statut de personne, de réclamer certains droits acquis pendant sa vie intra-utérine », préc., note 9 (33), p. 20 n° 10. Ces auteurs citent un jugement de la Cour supérieure dans lequel le juge avait rejeté l'action de la mère qui se présentait comme la tutrice de son enfant conçu mais non encore né et demandait au tribunal de déclarer l'enfant à naître s'il naît vivant viable seul héritier de son conjoint décédé sans testament. Pour le tribunal, la filiation ne pouvant être prouvée qu'à l'égard d'un enfant né, l'action devait être rejetée, *Picard c. Leroux* EYB 2002-3405 (CS Qc), préc., note 9 (33), p. 27 note infrapaginale 58.

La reconnaissance de cette personnalité en latence confère à l'enfant conçu une aptitude à acquérir (capacité de jouissance des droits), mais cette dernière est limitée à l'acquisition de droits conditionnels qui ne pourront jouer pleinement leur effet qu'au moment de la réalisation de la condition suspensive de naissance vivante et viable²⁴⁸. En effet, les droits conditionnels, bien qu'étant des droits actuels, ne sont pour autant pas exigibles²⁴⁹ avant la levée de l'incertitude et donc leur consolidation. Ainsi, ils ne devraient permettre que la mise en place de mesures conservatoires²⁵⁰, ces dernières visant à sauvegarder un droit ou un patrimoine. En matière de succession, le tuteur n'aura pas le pouvoir de demander le partage de la succession (mesure exécutoire), mais il pourra s'opposer à la demande en partage des autres héritiers et en demander le report jusqu'à la survenance de la condition dans le but d'éviter que les autres héritiers ne dilapident la part qui reviendrait à l'enfant conçu s'il naissait vivant et viable²⁵¹. En cas d'accident ouvrant

248. Sous condition suspensive, en effet, ces droits n'existent pas encore. Ils ne naîtront, certes rétroactivement au jour de la conception, qu'à la date de survenance de l'événement conditionnel. Ce n'est que dans le cas de la théorie de la personnalité sous condition résolutoire que des droits peuvent être attribués à l'enfant conçu.

249. Le caractère exigible du droit permet au créancier d'en réclamer immédiatement l'exécution en justice. Ici, le droit est conditionnel. Il n'est donc pas exigible et ne peut faire l'objet d'une demande d'exécution forcée dans l'intérêt de l'enfant conçu. C'est seulement lorsque la condition se réalisera que le droit consolidé deviendra exigible immédiatement.

250. Mais F. ZENATI-CASTAING et T. REVET estiment que la règle « *infans conceptus* » porte sur l'existence même de la personnalité juridique de l'enfant conçu et non simplement sur sa capacité (de jouissance), préc., note 9 (32), p. 29 n° 12; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS expliquent quant à eux que : « *Infans conceptus* demeure une fiction légale qui dépend de la réalisation d'une condition pour son efficacité. Comme toute fiction, ses effets se font sentir uniquement si les conditions de validité de la fiction sont rencontrées. À défaut, la fiction demeure ou devient inefficace et l'enfant conçu n'aurait d'autre statut que celui de *pars viscerum matris* », préc., note 9 (34), p. 113 n° 113.

251. De la même façon, le bien ou la somme d'argent objet d'un legs, d'une donation ou d'une assurance-vie pourra être bloqué en attendant que l'incertitude de la naissance vivante et viable soit levée. Que ce soit pour la succession, la donation, ou l'assurance vie, ceci peut poser évidemment des difficultés si l'on applique la maxime *infans conceptus* à l'enfant conçu *ex utero*. « Le père de l'enfant conçu meurt; pour éviter que les biens ne

un droit à réparation à l'enfant conçu, ce dernier ne pourra exercer son recours en responsabilité civile en justice qu'après sa naissance vivante et viable²⁵².

Pour autant, la logique du droit n'imposait en rien cette création d'une personnalité en latence. L'argument souvent invoqué à l'appui de cette personnalité en devenir repose sur le lien établi entre la qualification de personne et l'application de la maxime « *infans conceptus* ». De cela découle le raisonnement suivant : si l'embryon était qualifié de chose, parce que faisant partie du corps de la mère, lui-même qualifié de chose²⁵³, la maxime « *infans concep-*

-
- passent à d'autres héritiers, on considère que l'enfant a déjà la personnalité et peut hériter », M. FONTAINE *et al*, préc., note 9 (16), p. 83.
252. Seuls parmi les auteurs français, F. TERRE et D. FENOUILLET envisagent ce cas. Concernant la responsabilité de la mère, voir notamment le passage dans lequel ils écrivent que « rien, rigoureusement, **ni logiquement, ni juridiquement**, ne pourrait **exclure les actions intentées par les enfants handicapés contre leurs géniteurs** parce qu'ils auraient à tort donné la vie » (nos mis en gras), préc., note 9 (29), p. 30 n° 25.
253. Parmi les auteurs qui qualifient l'embryon de *pars mulieris* : P. MALAURIE : « Jusqu'à sa naissance, l'enfant n'a pas une personnalité distincte de celle de sa mère; il est ... *pars viscerum matris* (un morceau des entrailles de sa mère) », préc., note 9 (23) p. 11 n° 7; J. MAZEAUD et F. CHABAS : « Quant à cette condition juridique, plusieurs solutions sont possibles. La première consiste à considérer l'embryon comme une chose, puisque celui-ci n'acquiert la personnalité qu'à la naissance, cette approche correspondant à une règle du droit romain selon laquelle l'embryon n'est qu'une partie du corps de la mère (*infans conceptus manet pars viscerum matris*). Mais, une telle approche est trop contraire à une appréhension humaniste de l'individu », préc., note 9 (24), p. 10 n° 443-1; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET : « Le corps humain ne devient personne humaine qu'avec la naissance. Durant sa gestation, il n'est pas un corps autonome mais la partie d'un autre corps, celui de la mère : *pars mulieris* (« Une partie de la femme »), plus précisément *pars viscerum matris* (« Une partie des viscères de la mère. »), préc., note 9 (32), p. 233 n° 272; L. LANGEVIN, sans utiliser cette expression, estime aussi que « [l]e foetus demeure dépendant de la femme enceinte », préc., note 9 (37), p. 43. Les auteurs suivants appartenant au courant de la personnalité sous condition résolutoire utilisent aussi cette expression : J. CARBONNIER : « [p]ar l'accouchement, dont la section du cordon ombilical marque le terme, l'enfant, jusque-là *pars viscerum matris*, devient une personne distincte », il note que le comité d'éthique considère que l'être humain en gestation est une personne (humaine) potentielle, préc., note 9

tus » ne devrait pas recevoir application. Or, premièrement le mécanisme de la stipulation pour autrui (donation ou legs avec charge, assurance-vie) ne dépend pas de l'existence de l'embryon puisque ce mécanisme peut viser un enfant futur et qu'il ne requiert pas la qualification de personne en latence²⁵⁴. Deuxièmement, la qualification de chose ne s'oppose pas à l'application de la théorie « *infans conceptus* ». En effet, le mécanisme de la rétroactivité permet, à lui seul, de justifier l'application de la maxime puisque, à la suite de la naissance vivante et viable, la réalité juridique de l'embryon permet de le qualifier de personne et de « camoufler » fictivement son ancienne qualification de chose.

(10), p. 32; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, préc., note 9 (27), p. 380 n° 1032; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS estiment que « [à] défaut la fiction demeure ou devient inefficace et l'enfant conçu n'aurait d'autre statut que celui de *pars viscerum matris* », préc., note 9 (34), p. 113 n° 113; P.-A. CREPEAU, préc., note 9 (36), p. 255.

254. C. LARROUMET précise que « [a]u demeurant, l'exception s'explique techniquement, car l'avantage résultant pour le bénéficiaire de la donation ou du legs avec charge ainsi que de l'assurance sur la vie est acquis indirectement et non pas directement, les biens qui font l'objet de la donation ou du legs, la somme d'argent qui doit être remise au bénéficiaire, devant rester dans le patrimoine d'un tiers (le donataire, le légataire, l'assureur) tant que le bénéficiaire n'en réclame pas l'exécution, ce qu'il ne pourrait évidemment faire s'il n'a jamais été conçu. Il s'agit de l'application, en l'espèce, d'un mécanisme que l'on appelle la stipulation pour autrui », préc., note 9 (22), p. 206; J. CARBONNIER, pour qui, « [e]xceptionnellement, les enfants futurs, les enfants à naître, qui ne sont même pas encore conçus, mais qu'un homme ou une femme espèrent avoir un jour, peuvent être traités d'ores et déjà comme des personnes, aptes à recueillir des droits (ex. on peut contracter une assurance sur la vie au profit de ses enfants à naître, a. L. 132-8 C. Ass.; les donations faites par contrat de mariage s'étendent aux enfants à naître de l'union, a. 1082). », préc., note 9 (10), p. 33; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, : « [d]ans certains cas exceptionnels, il est prévu que même ceux qui ne sont pas encore conçus peuvent bénéficier éventuellement de certains droits: art. 439, 1239, 1840, 2447 C.c.Q. », préc., note 9 (34), p. 94 note infrapaginale 380.

Au Québec, Arbour et Lacroix²⁵⁵ ou encore Deleury et Goubau²⁵⁶ défendent cette interprétation de la maxime « *infans conceptus* ». Ces auteurs limitent les effets du recours à la personnalité juridique sous condition suspensive aux seuls droits patrimoniaux²⁵⁷. Langevin, quant à elle, ne recourt pas à la maxime civiliste et appréhende la qualification du fœtus *in utero* par le prisme du

255. « Une fois la personnalité juridique acquise, elle rétroagit par l'effet d'une fiction du droit civil à la date de sa conception; fiction à laquelle on a recours pour protéger les intérêts patrimoniaux futurs du fœtus. Elle matérialise en droit positif la maxime latine « *“infans conceptus” pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* [...] ». Marie-Ève ARBOUR et Mariève LACROIX, préc., note 9 (35), p. 240 note infrapaginale 40.

256. E. DELEURY et D. GOUBAU : « La personnalité de l'enfant né vivant et viable rétroagit, dans son intérêt, à la date de sa conception. Si l'enfant conçu n'acquiert la personnalité juridique qu'à partir du moment où il est capable de vie autonome, le droit civil lui permet, une fois qu'il a accédé au statut de personne, de réclamer certains droits acquis pendant sa vie intra-utérine », préc., note 9 (33), p. 20 n° 10 et : « Le statut de l'enfant conçu est, en droit civil, à la fois relatif et conditionnel : - relatif, parce qu'il est tributaire de l'intérêt de l'enfant et qu'il ne peut donc jamais jouer contre lui; - conditionnel, puisqu'il est subordonné à l'acquisition de la qualité de personne, ce qui apparaît donc comme une condition suspensive », préc., note 9 (33), p. 26 n° 13. D'après ces auteurs, il bénéficiera de droits conditionnels, l'exigibilité (exécution forcée) des droits acquis avant la naissance dépendant de l'acquisition de la personnalité juridique, elle-même soumise à condition. C'est à la naissance que les droits acquis pendant la conception seront consolidés. La Cour suprême dans *Tremblay* avait opté pour la même analyse : « [la] condition que le fœtus naisse vivant et viable est une condition "suspensive" » préc., note 50, par. 54, 61.

257. « Le tissu normatif découlant de la maxime *Infans conceptus pro nato abetur quoties de commodis ejus agitur*, laquelle ne reconnaît à l'enfant à naître que certains droits de nature purement patrimoniale (sous la condition suspensive qu'il naisse vivant et viable) », M.-E. ARBOUR et M. LACROIX, préc., note 9 (35), p. 242. Notons ici que les deux auteurs extrapolent l'expression « *infans conceptus* » de son contexte de technique juridique (la maxime) pour en faire une catégorie juridique, celle de « *L'infans conceptus* » (nos mis en gras) soumise au statut particulier de non-sujet de droit ou objet de droit singulier (p. 244). E. DELEURY et D. GOUBAU limitent aussi aux seuls droits patrimoniaux : « On ne peut donc invoquer à son profit des droits extrapatrimoniaux », préc., note 9 (33), p. 25 n° 13 et « [l]a protection des intérêts patrimoniaux », préc., note 9 (33), p. 26 n° 15.

droit public et de la liberté reproductive de la femme²⁵⁸, femme enceinte qu'elle estime par ailleurs « la mieux placée que quiconque pour décider des intérêts du fœtus »²⁵⁹.

De plus, contrairement à une partie de la doctrine française²⁶⁰, et sans doute en raison de l'affaire *Daigle c. Tremblay*, les auteurs québécois affirment clairement que l'embryon et le fœtus, en droit positif, ne sont pas des personnes juridiques actuelles²⁶¹. De fait, il ne saurait en principe jouir de droits extrapatrimoniaux, et donc l'on ne saurait opposer à la femme qui veut avorter « un droit à la vie » de ce dernier²⁶². Notons ici que, dans cette affaire, les juges de la Cour suprême du Canada avaient écrit que « [l]e fœtus n'est traité comme une personne que dans les cas où il est nécessaire de le faire pour protéger ses intérêts **après sa naissance** » (nos mis en gras)²⁶³.

258. L. LANGEVIN, préc., note 9 (37), p. 43.

259. *Id.*

260. Cf. les tenants de la théorie de la personnalité résolutoire.

261. « Selon ce raisonnement de la Cour suprême, le fœtus ne possède donc pas la personnalité juridique », E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 15 n° 6.

262. E. DELEURY et D. GOUBAU sur l'arrêt *Daigle c. Tremblay* écrivent : « Pendant la grossesse, le père est en réalité un tiers et ne peut prétendre à un statut particulier, comme le rappelait d'ailleurs la Cour suprême dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle*. **Il est incontestable que dans l'état actuel du droit, l'enfant à naître ne jouit d'aucun attribut attaché à la qualité de personne. On ne peut donc invoquer à son profit des droits extrapatrimoniaux**, ce que confirme l'article 192, al. 2 C.c.Q. qui institue les père et mère tuteurs légaux de leur enfant conçu pour lequel ils sont chargés d'agir "dans tous les cas où son intérêt patrimonial l'exige". **En d'autres termes, l'enfant conçu ne devient porteur de droits propres que s'il naît vivant et viable.** S'il ne remplit pas ces deux conditions, il ne peut prétendre à l'acquisition de la personnalité juridique. En ce sens, le statut de l'enfant conçu est, en droit civil, à la fois relatif et conditionnel: - relatif, parce qu'il est tributaire de l'intérêt de l'enfant et qu'il ne peut donc jamais jouer contre lui; - conditionnel, puisqu'il est subordonné à l'acquisition de la qualité de personne, ce qui apparaît donc comme une condition suspensive. » (nos mis en gras), préc., note 9 (33), p. 25 n° 13

263. *Tremblay c. Daigle*, préc., note 50, p. 560.

Selon ces auteurs, bien que la Cour suprême ait, en 1933 dans l'affaire Léveillé, reconnu une portée générale à la maxime « *in-fans conceptus* », cette dernière ne devrait pas permettre d'exercer à l'encontre de la mère des droits extrapatrimoniaux, tels le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique. Ainsi, Deleury et Goubau relèvent :

[...] il est impensable, en l'état actuel du droit au Québec, qu'on puisse contraindre une femme à subir une césarienne ou, qu'en raison de son style de vie et compte tenu des incidences qu'il peut avoir sur le développement normal du fœtus (tabagisme, alcoolisme, toxicomanie), on puisse pendant la gestation mettre cette personne sous tutelle [...] ²⁶⁴.

Cependant, ils reconnaissent qu'un recours en responsabilité pour vie préjudiciable contre la mère pourrait être intenté par l'enfant, une fois né, pour un préjudice subi *in utero*, mais relèvent que, jusqu'à présent, les valeurs sociales ont fait primer « l'autonomie reproductrice » ²⁶⁵ de la femme sur le droit à la vie de l'embryon ²⁶⁶. Ainsi, les valeurs de la société, selon Deleury et Goubau, expliqueraient qu'au nom de l'ordre public, on ait pour l'instant écarté toute action en responsabilité civile intentée au nom de l'enfant contre sa mère ²⁶⁷. Quant au recours en responsabilité pour vie

264. E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 23 n° 12.

265. Nous empruntons cette expression à L. LANGEVIN, préc., note 9 (37), p. 74.

266. E. DELEURY et D. GOUBAU évoquent les difficultés d'ordre social et celles consistant à évaluer les dommages : « Comment en effet comparer la vie avec le néant, c'est-à-dire la non existence d'un être humain? », préc., note 9 (33), p. 23 n° 11.

267. E. DELEURY ET D. GOUBAU précisent qu'« [i]l est, de plus, tout à fait probable que pour **des considérations d'ordre social**, les tribunaux québécois saisis d'une telle action invoquent **les valeurs fondamentales de la société et donc, la notion d'ordre public (art. 9 C.c.Q.)**, pour écarter toute action qui pourrait être intentée, au nom de l'enfant, une fois né, contre sa mère, en raison du préjudice imputable à sa négligence pendant sa grossesse. Il n'y a aucune raison pour que le caractère exceptionnel de la relation qu'entretient la femme enceinte avec le fœtus qu'elle porte, si différente des rapports avec les tiers, et les conséquences qui pourraient en résulter, pour la femme enceinte, au plan de son autonomie, invoquées par la Cour suprême dans l'affaire Dobson, ne soient invoqués avec la même efficacité

préjudiciable contre le médecin, il pourrait être intenté par « l'enfant dont le handicap aurait pu être diagnostiqué pendant la grossesse ou encore anticipé, en raison d'antécédents familiaux »²⁶⁸.

Pour Langevin, le statut juridique de l'embryon ne découle pas de sa nature mais du « droit à la liberté reproductive de la femme reconnu par la Cour suprême du Canada ». Selon elle :

[D]ans le cas du fœtus *in utero*, l'autonomie reproductrice de la femme a préséance. Le plus haut tribunal a **donc** refusé de reconnaître la personnalité juridique au fœtus. Il acquiert la personnalité juridique seulement s'il naît vivant et viable²⁶⁹.

La femme enceinte décide en toute latitude du sort de l'embryon, l'enfant né vivant et viable ne pouvant intenter une action en réparation pour dommage à son intégrité physique qu'à l'encontre de tiers²⁷⁰. Enfin, le fait que des dispositions juridiques puissent protéger l'embryon *ex utero* alors qu'un tel régime objectif n'existe pas pour l'embryon *in utero* (avortement) s'expliquerait, selon cette auteure, par l'absence dans le dernier cas d'un projet parental²⁷¹.

dans le contexte du droit québécois. » (nos mis en gras), préc., note 9 (33), p. 25 n° 13

268. « Comment en effet comparer la vie avec le néant, c'est-à-dire la non existence d'un être humain? », E. DELEURY D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 23 n° 11.

269. L. LANGEVIN, préc., note 9 (37), p. 74

270. « Comme aucune loi ne limite ou n'encadre l'avortement, la femme enceinte a accès à cette intervention à tout moment de sa grossesse, évidemment selon les ressources de son milieu, qui peuvent être totalement absentes. Elle peut aussi refuser toute intervention médicale portant sur son fœtus. De plus, le fœtus n'est pas un être humain ou une personne au sens du Code criminel. Mais si le fœtus naît vivant et viable, il peut intenter une action en indemnisation contre tout tiers fautif, sauf contre sa mère, pour le préjudice subi pendant sa vie intra-utérine », L. LANGEVIN, *id.*

271. « La situation juridique de l'embryon et du fœtus pourrait être qualifiée de paradoxale : ils ne jouissent d'aucun droit pendant leur vie intra-utérine, mais ils sont l'objet de mesures de protection en matière de procréation assistée et de recherche connexe. Les mouvements contre l'avortement peuvent y trouver un argument : le désir de protéger l'embryon et le fœtus

Le choix de la théorie de la personnalité juridique acquise sous condition suspensive par ces auteurs peut surprendre. En effet, nul n'était besoin de recourir à cette théorie pour limiter la maxime aux seuls intérêts patrimoniaux de l'enfant conçu. La théorie de la fiction *stricto sensu* aurait évité de placer le débat sur l'existence de la personnalité juridique de l'enfant conçu, évitant ainsi le risque d'une interprétation large de la maxime « *infans conceptus* » qui engloberait les droits extrapatrimoniaux, risque dès lors uniquement contenu par des considérations d'ordre sociale et politique sur lesquelles les civilistes n'ont pas de moyen de contrôle.

En France, de nombreux auteurs mettent en parallèle la maxime et la question de l'avortement²⁷², et plus particulièrement celle de l'article 1 de la *Loi sur l'interruption volontaire de grossesse* (« La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de sa vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi »²⁷³), non sous l'angle d'un droit à la vie de l'enfant conçu – la

constitue, à leurs yeux, une reconnaissance de leur droit à la vie. Nous ne voyons là aucun paradoxe. Dans le cas de l'avortement, il n'y a pas de projet parental, ce qui n'est pas la situation lorsque des personnes recourent à la procréation assistée ». L. LANGEVIN, préc., note 9 (37), p. 75. Si l'on suit cette logique le projet parental ne pourrait inclure deux personnes que lorsqu'il concernerait un embryon *in vitro*; dès qu'il concernerait un embryon *in utero*, seule la femme enceinte aurait ce projet parental, à l'exclusion de son ou sa conjointe, puisqu'elle seule décide de l'avortement.

272. Les auteurs suivants ne traitent pas de cette question : Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, préc. note 9 (9), qui ne font que renvoyer à la p. 316 à l'arrêt de la CEDH 8 juillet 2004, *Affaire Vo c. France* (D. 2004. J 2450, note Pradel) et précisent tout au plus à la p. 276 n° 740 que la situation de l'enfant simplement conçu est rendue précaire par l'interruption volontaire de grossesse; pour A. BATTEUR préc., note 9 (3) à la p. 14 n° 13 « Le point de départ de toute réflexion est nécessairement le respect de la législation sur l'interruption volontaire de grossesse. La liberté pour la femme de procréer ou de ne pas procréer ne doit en aucun cas être remise en cause, sous peine de porter atteinte à l'une des avancées les plus essentielles en matière de droits des femmes »; P. MALAURIE, préc., note 9 (23), p. 12 n° 7 sur l'interruption volontaire de grossesse, écrit à ce sujet : « aucune disposition légale ou réglementaire ne le précise : une personne ou une chose? »).

273. Voir *supra* note 3.

personnalité et les droits de ce dernier étant conditionnels, la maxime « *infans conceptus* » ne peut viser le droit à la vie²⁷⁴ – mais du principe de respect de la vie tenant à sa qualité d'être humain et/ou de personne humaine²⁷⁵. En cela, ils sont en accord avec la

274. Voir notamment B. PETIT : « La personnalité juridique de l'embryon n'est qu'une personnalité conditionnelle ou, plus exactement, il ne s'agit que d'une anticipation rétrospectivement accordée à une personne existante. On ne saurait, dès lors, se fonder sur la règle *infans conceptus* pour retenir un homicide à la charge de l'auteur d'un accident ayant entraîné la mort du fœtus [...] et pas davantage pour critiquer la légalisation de l'avortement [...] quoi que l'on puisse penser par ailleurs de cette législation. », B. PETIT, préc., note 9 (25), p. 13. En effet, la personnalité est anticipée fictivement et les droits conditionnels de l'enfant conçu ne sont pas exigibles puisque ce n'est qu'au moment de l'accomplissement de la condition suspensive, en devenant droits définitifs, qu'ils le seront. Voir nos développements sous la théorie de la personnalité actuelle. Voir la section I. B. La personnalité juridique actuelle. La difficulté consiste alors à distinguer les mesures conservatoires, possibles dans la théorie de la condition suspensive, des mesures exécutoires, qui sont impossibles. Or, la contrainte par corps opérée sur la femme enceinte pour l'empêcher d'avorter et permettre à l'embryon de préserver son droit à la vie relève plus des mesures exécutoires que des mesures conservatoires. Elles devraient donc être impossibles.

275. J.-P. BRANLARD mentionne l'article 16 C.c.F. sur le respect de l'être humain dès le commencement de la vie et ajoute « (quid de l'avortement?) », préc., note 9 (8), p. 157; M. DOUCHY-OU DOT écrit que « [c]ertains auteurs préconisent de distinguer le moment où il y a une personne et la question plus contingente du moment où le droit reconnaît personnalité juridique à une personne. L'avantage de la solution serait de permettre une **extension de la protection de la personne à sa conception** alors même que le droit ne conférerait la personnalité juridique à l'enfant conçu qu'à la condition d'être né vivant et viable » (nos mis en gras), préc., note 9 (13), p. 236; elle note que « [f]orce est de constater l'absence de protection générale de la personne de l'enfant conçu *in utero* puisque la mère a un droit discrétionnaire de recourir à une interruption volontaire de grossesse », dès lors qu'elle agit dans le cadre législatif, préc., note 9 (13), p. 162 n° 218. Elle penche aussi pour le droit à la vie de l'embryon : « [L]e droit à la vie reste un droit conditionnel pour l'enfant conçu (v. *supra* note 244), préc., note 9 (13), p. 188 n° 284; D. GAUTHIER pose que « [i]l s'agit uniquement d'être humain et non de personne humaine, seule cette dernière étant envisagée pour l'attribution de la personnalité juridique. Si l'on faisant remonter la qualité de sujet de droit à la conception, l'interruption volontaire de grossesse serait alors impossible puisqu'elle entraînerait un homicide volontaire », cet auteur fait coïncider personne humaine et personne juridique,

préc., note 9 (18), p. 60; S. GJIDARA-DECAIX applique la maxime *infans conceptus* aux seuls droits patrimoniaux : « Elle ne s'applique qu'en **matière patrimoniale**. L'exclusion du principe de l'*infans conceptus* en matière extrapatrimoniale tient à ce que le droit positif se refuse à considérer l'embryon, à l'instar de l'animal, comme une personne, mais le considère comme une chose dotée seulement d'une certaine protection juridique. C'est parce que l'embryon n'est qu'une personne « potentielle » que le législateur admet, d'une part l'interruption volontaire de grossesse [...] » (nos mis en gras), préc., note 9 (19), p. 10 et : « [d]'une part, l'acquisition anticipée de la personnalité juridique est partielle, dès lors qu'elle n'opère **que** dans l'intérêt de l'enfant conçu **à l'égard de ses droits patrimoniaux** » (nos mis en gras), préc., note 9 (19), p. 65 et : « [s]i l'être humain en gestation est souvent qualifié de [...] "projet de personne humaine", c'est la notion de personne qui est vidée de sa substance », préc., note 9 (19), p. 66; P. MALAURIE : « [l]a législation sur l'avortement (1975) continue à déchaîner les passions, notamment sur la nature de l'embryon. Aucune disposition légale ou réglementaire ne la précise : une personne ou une chose? », préc., note 9 (23), p. 12. La question à lecture de son texte est de savoir s'il fait référence à la personne juridique ou à la personne humaine puisque chose ou personne oppose le sujet et l'objet de droit. Pour J. MAZEAUD et F. CHABAS, « [l]'embryon, qui n'a pas encore de personnalité, mais qui par sa qualité d'être humain en puissance appelle à une protection particulière », préc., note 9 (24), n° 443-1 et « [q]uant à cette condition juridique, plusieurs solutions sont possibles. La première consiste à considérer l'embryon comme une chose, puisque celui-ci n'acquiert la personnalité qu'à la naissance, cette approche correspondant à une règle du droit romain selon laquelle l'embryon n'est qu'une partie du corps de la mère (*infans conceptus manet pars viscerum matris*). Mais, une telle approche est trop contraire à une appréhension humaniste de l'individu. La deuxième serait de remarquer que l'embryon, possédant toutes les caractéristiques de l'être humain, est en fait une personne à part entière dotée d'une personnalité conditionnelle, qui lui sera reconnue à sa naissance », préc., note 9 (24), p. 11; ou encore : « [l]e droit positif semble avoir opté pour un mélange des deux dernières solutions, au moins en ce qui concerne la question de l'interruption volontaire de grossesse », *id.*; C. RENAULT-BRAHINSKY écrit que : « une solution intermédiaire consisterait à considérer que le fœtus constitue une personne humaine au contraire de l'embryon ou que l'embryon n'est pas une personne humaine jusqu'au moment où est dépassé le délai pendant lequel il est possible de procéder à une interruption volontaire de grossesse, c'est-à-dire 12 semaines de grossesse », préc., note 9 (26), p. 25; F. TERRE et D. FENOUILLET mentionnent que si l'avortement « [a] été fortement condamné sur le terrain du droit pénal, ce n'est pas parce qu'il aboutissait à supprimer une personne humaine, mais parce que la vie humaine, en tant que telle, appelait une protection spécifique » et « [p]uisque toute personne a droit à la vie, il faut savoir à partir de quel moment existe cette personne

juridiquement parlant », préc., note 9 (29), p. 25 n°23. Ils envisagent trois réponses possibles : 1) « Le terme « personne » ne couvre pas l'enfant conçu, mais seulement l'enfant à partir de sa naissance » (arrêt CEDH 2004), préc., note 272), préc. note 9 (29), p. 26 n°23; 2) « On situe l'apparition de la personne humaine protégée juridiquement dès le moment de la fécondation ». Pour cela, ces auteurs s'appuient sur la maxime *infans conceptus* « [s]i tant est que ce soit nécessairement un avantage pour quelqu'un de venir au monde! A quoi l'on objectera que le jeu de cette fiction repose sur une rétroaction des effets de la naissance et que, pour qu'il y ait rétroaction, encore faut-il qu'il y ait action. Or par hypothèse, il n'y a pas de naissance », 3) En se fondant sur l'article 1 de la loi Veil qui garantit à tout être humain le respect dès le commencement de la vie, ces deux auteurs estiment que les législateurs avaient ainsi eu « l'intention de situer, dans notre droit, l'apparition de la personnalité juridique au moment de la fécondation ». . Toutefois, ils s'accordent sur le fait que « l'esprit de ces formules restrictives s'accordait difficilement » avec l'objectif de la loi, *id.* Notons aussi : « [L]ors même qu'une atteinte à la dignité de la personne humaine n'est pas retenue, il faut bien reconnaître que les solutions n'excluent pas implicitement l'incidence du principe de protection analysé, par exemple, en matière d'avortement », préc., note 9 (29), p. 99; Pour F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, l'embryon n'est pas une personne humaine, il ne peut bénéficier de régime protecteur que l'entremise du corps de la femme : « [S]i l'embryon et le fœtus peuvent être considérés, en vertu de la règle *infans conceptus*, comme des sujets de droit en gestation, on peut en déduire l'existence d'un principe sous-jacent qui leur permet de prétendre bénéficier d'une partie du statut protecteur du corps humain » et « l'existence d'un début de personnalité juridique ne donne pas en soi la solution du problème de l'étendue de la protection qu'il convient d'organiser au cours de la période de gestation », préc., note 9 (32), p. 30 n° 13. Pour un usage du terme « droit à la vie » associé non à la personnalité juridique mais à la personne humaine, voir A. BATTEUR qui présente une doctrine renouvelée qui déduit de la loi Veil un droit à l'intégrité physique de l'enfant à naître dont il bénéficie en raison d'un régime de protection minimum et, non en raison du fait qu'il serait un sujet de droit, et ajoute que la seule exception serait l'avortement; il utilise l'expression « être humain potentiel » : « la doctrine a proposé des analyses renouvelées. L'enfant à naître, même non doté de la personnalité juridique, pourrait faire l'objet d'une protection minimum, en tant qu'être humain potentiel, bénéficiant à ce titre d'un droit à l'intégrité physique », préc., note 9 (3), p. 59 n° 122. *Contra* G. TAORMINA qui indique que le droit à la vie s'acquiert avant la naissance par le jeu de la maxime *infans conceptus*, préc., note 9 (28), p. 276 n° 804, pour conclure sur l'avortement que « l'intérêt de l'enfant à être réputé né avant sa naissance a aussi pour limite le droit pour sa mère d'avorter », préc., note 9 (28), p. 280 n° 814.

Cour européenne des droits de l'homme²⁷⁶. De cette qualification de personne humaine, un certain nombre d'entre eux estiment qu'une qualification d'homicide devrait être retenue pour la mort causée à un enfant conçu *in utero*²⁷⁷. D'autres optent pour la distinction

276. La Cour avait trouvé « [c]omme dénominateur commun aux États l'appartenance à l'espèce humaine; [C'est] la potentialité de cet être et sa capacité à devenir une personne [...] qui doivent être protégé au nom de la dignité humaine sans pour autant en faire une « personne » qui aurait un « droit à la vie » au sens de l'article 2 » (Considérant 84). CEDH 2004 *supra* note 272.

277. M. DOUCHY-LOUDOT écrit que « le droit à la vie reste un droit conditionnel pour l'enfant conçu », préc., note 9 (13), p. 171 n° 270 et renvoie aux développements suivants : « Mais cette absence de protection ne permet pas de dire que l'enfant conçu n'est pas une personne ainsi qu'il a été magistralement expliqué (par un auteur critiquant cet arrêt) à propos d'un arrêt en date du 29 juin 2001 » qui refusait la qualification d'homicide de la mort d'un enfant à naître des suites d'un accident de voiture (au sens de personne humaine), préc., note 9 (13), p. 145 n° 220; en effet pour elle, « ce point de vue repose sur un syllogisme inexact [...] (le droit pénal interdit de tuer les personnes; le droit pénal permet de supprimer des fœtus (avortement); donc le fœtus n'est pas une personne) alors que le vrai raisonnement est : le droit pénal interdit, en principe, de tuer les personnes; mais le droit pénal permet de supprimer le fœtus; donc le droit pénal permet de tuer certaines personnes », préc., note 9 (13), p. 145 n° 220; elle ajoute : « Aucune disposition juridique ne déclare *expressis verbis* que l'enfant conçu n'est pas une personne ou n'indique à partir de quand il y a commencement de la vie », préc., note 9 (13), p. 145 n° 220; enfin, « [e]n somme, l'intégrité physique de la femme ou de l'enfant à naître, l'intégrité morale de la femme justifient la mort de l'enfant même au dernier mois de la grossesse », préc., note 9 (13), p. 171 n° 270; T. GARE note qu'il existe deux dérogations au principe selon lequel la personnalité s'acquiert à la naissance à la condition d'être né vivant et viable : la maxime *infans conceptus* (qu'il n'applique qu'en matière patrimoniale) et la jurisprudence en matière d'homicide : « [p]lusieurs arrêts semblent admettre que l'enfant a, dès avant sa naissance, une personnalité distincte de celle de sa mère »; pour lui, « [u]ne clarification du statut pénal de l'enfant dans la période prénatale s'impose », préc., note 9 (17), p. 106; et il estime « [q]u'elle existe ou non, cette personnalité a bien peu de portée » en raison de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse et du régime des embryons conçus *in vitro* non réimplantés, préc., note 9 (17), p. 107. Plus précisément sur l'avortement (à l'appui duquel il mentionne « le droit (égoïste?) de la femme de maîtriser son corps et sa fécondité » (à la p. 129), il pose que « [l]e droit à la vie protège la personne déjà née, non l'enfant à naître. Dès lors, ni l'embryon ni le fœtus ne sont titulaires d'un droit à naître », préc., note 9

entre embryon et fœtus afin de limiter l'application du régime de la protection de la personne humaine²⁷⁸ ou la maxime « *infans conceptus* » au fœtus qui disposerait ainsi du droit à la vie²⁷⁹. D'autres auteurs posent que le droit à la vie du fœtus (et non le respect de la

(17), p. 129; P. MALAURIE écrit que « [m]algré les critiques d'une doctrine presque unanime, la Cour de cassation refuse de qualifier d'homicide involontaire l'atteinte non intentionnelle à la vie de l'embryon », préc., note 9 (23), p. 12 n° 8; M. DE JUGLART, A. PIEDELIEVRE et S. PIEDELIEVRE estiment pour leur part que « [l]a personnalité peut cependant remonter à la conception, mais le principe a reçu un tempérament important en matière pénale », préc., note 9 (21), p. 86 n° 101.

278. J.-L. AUBERT et E. SAVAUX précisent que l'autorisation de l'interruption volontaire de grossesse et l'absence d'incrimination d'homicide involontaire sont des « manifestations » de l'absence de personnalité juridique reconnue à l'embryon et au fœtus mais, pour eux, « [c]ette non-personnalité de l'embryon et du fœtus ne signifie pas, pour autant, l'absence de statut juridique », préc., note 9 (2), p. 196, car ces derniers font « [l]'objet de différentes dispositions légales qui notamment en assurent la protection. » (Recherche sur l'embryon et autres), préc., note 9 (2), p. 197; J. MAZEAUD et F. CHABAS écrivent qu'« [e]nfin, on peut opter pour une solution intermédiaire en distinguant l'embryon du fœtus, stade auquel l'enfant commence à présenter les caractéristiques de l'espèce humaine et atteindrait alors un développement suffisant pour être véritablement traité comme une personne à part entière. », préc., note 9 (24), p. 10 n° 443-1.1; C. RENAULT-BRAHINSKY écrit qu'« [u]ne solution intermédiaire consisterait à considérer que le fœtus constitue une personne humaine au contraire de l'embryon ou que l'embryon n'est pas une personne humaine jusqu'au moment où est dépassé le délai pendant lequel il est possible de procéder à une interruption volontaire de grossesse, c'est-à-dire 12 semaines de grossesse », préc., note 9 (26), p. 25.

279. « Si l'on faisait **remonter la qualité de sujet de droit à la conception, l'interruption volontaire de grossesse** serait alors **impossible** puisqu'elle entraînerait un homicide volontaire » (nos mis en gras), D. GAUTHIER, préc., note 9 (18), p. 60.

vie) s'efface devant le droit de la mère d'avorter²⁸⁰, pourtant qualifié par Teyssié de « droit de tuer »²⁸¹.

Zenati-Castaing et Revet soulignent cependant que l'encadrement législatif strict du contrat d'avortement est une illustration du régime particulier du corps humain, chose non ordinaire car participant de la personne humaine²⁸². « Le fait qu'il porte atteinte

280. F. AMELI, après avoir posé que l'embryon et le fœtus ne sont ni des choses ni des personnes, écrit que « [l]a réalité sociologique prend le pas sur le raisonnement juridique. Il est vrai qu'on admet que la personnalité juridique puisse rétroagir au jour de la conception, mais ce serait imposer une trop lourde charge aux femmes en détresse que de leur refuser l'avortement au nom de ce principe », préc., note 9 (1), p. 173; J. BONNARD à propos de l'arrêt de la CEDH du 5 septembre 2002 *Bosco c. Italie* explique que « [c]e droit peut être supplanté par le droit à l'avortement de la femme enceinte dont la santé est jeu », préc., note 9 (7), p. 158; et se pose la question de savoir si l'interruption volontaire de grossesse « [n]e conduit-elle pas à supprimer une personne juridique dans la mesure où l'enfant ne naîtra ni vivant ni viable », préc., note 9 (7), p. 157; M. DE JUGLART, A. PIEDELIEVRE et S. PIEDELIEVRE précisent que « [s]i l'on applique le principe que l'enfant doit être réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt (mais est-il intéressant de se voir infliger la vie, certains en ont douté!), l'avortement est un homicide. Or, l'état actuel du droit positif, tel qu'il résulte de la loi du 17 janvier 1975, ne s'aligne pas sur cette position », préc., note 9 (21), p. 87 n° 103; pour B. TEYSSIE, le droit à la vie s'exerce à partir de la conception, préc., note 9 (30), p. 31-32 n° 39.

281. B. TEYSSIE mentionne le « droit de tuer » qui réfère à l'avortement et qu'il considère comme la mort de l'être humain sur autorisation de la loi, préc., note 9 (30), p. 33 n° 41 et p. 46 n° 58. Il précise que « [a]dmise en certaines circonstances, l'interruption volontaire de grossesse ne participe pas, pour autant, d'un "droit à l'avortement" que certains souhaiteraient tirer du droit au respect de la vie privée inscrit à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », préc., note 9 (30), p. 34 n° 41.

282. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET écrivent : « Parce qu'il participe de la personne humaine, le corps humain n'est pas une chose ordinaire. Son commerce est entravé par des principes et des règles qui marquent le souci de limiter son instrumentalisation, au nom de représentations philosophiques, morales et religieuses de la personnalité humaine. », préc., note 9 (32), p. 273. Ils précisent que « [l]es partisans de la personnification de l'embryon invoquent la maxime *infans conceptus* pour justifier la préexistence de la personne à la naissance. Cette analyse confond personne humaine et sujet de droit. Même si la vie juridique embryonnaire pouvait

à la vie d'un embryon ou d'un fœtus n'entre pas en ligne de compte du fait de l'imbrication de ces entités au corps de la mère »²⁸³. Par ailleurs pour ces auteurs, seul le collège de médecins, jouant le rôle « d'une espèce d'administrateur *ad hoc* », a le pouvoir de prendre la décision que l'embryon « ne doit pas naître en raison d'un mal grave et incurable qui l'affecte », cette décision n'étant « plus dans le pouvoir de la mère »²⁸⁴. Pourrait-on dès lors déduire qu'un même collège puisse imposer des mesures médicales « conservatoires » à la femme enceinte?

Conclusion

Cette étude sur la construction par la doctrine civiliste québécoise et française du statut juridique de l'embryon a permis de révéler la richesse mais aussi la complexité des traditions juridiques en jeu.

La richesse d'un dialogue entre deux cultures qui appréhendent parfois différemment certains défis posés par les biotechnologies au droit civil est patente. Les écrits de droit civil analysés se nourrissent des controverses qui existent dans leur pays et les points de friction entre le droit civil et le phénomène social en cause (avortement, lourd handicap de l'enfant conçu) peuvent donner lieu à des approches variées. Ainsi, dans les écrits québécois, l'avortement est appréhendé à travers le prisme de l'autonomie de la femme

caractériser une apparition de la qualité de sujet de droit avant la naissance - ce qui est discutable -, cette solution resterait étrangère à l'acquisition de la qualité de personne humaine. Il est vrai cependant qu'une certaine concordance existe dans l'acquisition de la personnalité juridique et celle de la personne humaine, l'une et l'autre étant fondées sur la naissance. Ce phénomène démontre donc que tout accès au titre de personne est précédé d'un état intermédiaire qui n'est jamais que la réplique de la réalité biologique », préc., note 9 (32), p. 234 n° 272.

283. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 274, n° 308.

284. « L'embryon ne peut pas prendre lui-même la décision de ne pas naître en raison d'un mal grave et incurable qui l'affecte. Cette décision n'est pas plus dans le pouvoir de la mère. Elle est dans celui d'un collège de médecins qui joue le rôle d'une espèce d'administrateur *ad hoc* », F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 271 n° 304.

enceinte (immunité et préséance de ses droits à la vie privée – *Dobson c. Dobson – Office des services à l'enfant et la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.) – Daigle c. Tremblay*) et vient colorer l'interprétation donnée de la maxime « *infans conceptus* » sans pour autant interférer sur les catégories du droit civil. Au contraire, dans les manuels français, la *Loi sur l'interruption volontaire de grossesse*, et plus particulièrement son article 1^{er} qui dispose que le respect de l'être humain commence dès le début de la vie, perturbe directement les classifications du droit civil, tout particulièrement chez les juristes naturalistes pour lesquels le droit se doit de refléter le réel.

Le traitement de cette question par les deux systèmes juridiques permet en outre de dévoiler que le droit public ne joue pas de la même manière, notamment parce que les Chartes canadiennes et québécoises publicisent le droit civil, ce qui le rend plus perméable à d'autres traditions normatives.

Elle permet aussi de mettre en évidence les contraintes découlant de la lettre des textes de lois sur la doctrine. En effet, l'équivalence dans les textes législatifs québécois entre « être humain » et « personne dotée de la personnalité juridique » (article 1 C.c.Q.) offre moins de latitude aux professeurs de droit québécois dans leur appréhension de la notion de personne humaine. Morin écrit ainsi que « si l'enfant conçu devait être qualifié d'être humain, il posséderait la personnalité juridique et serait une personne humaine »²⁸⁵, puis précise : « [n]ous soutenons donc que l'enfant conçu n'est pas encore une personne humaine ou un "être humain" »²⁸⁶. Au contraire, le droit français, qui reconnaît à l'être humain un régime objectif de protection (primauté et dignité de la personne humaine et respect de l'être humain dès le commencement de sa vie – article 16 C.c.F.), sans pour autant lui octroyer expressément la personnalité juridique, offre aux auteurs français une panoplie d'interprétations possibles : l'embryon *ex utero* ne serait pas un être humain mais une simple vie humaine ou à l'inverse une chose; l'embryon *in utero*

285. M. MORIN, préc., note 9 (38), p. 240 à la note infrapaginale 149.

286. *Id.*, p. 262 à la note infrapaginale 231.

serait un être humain doté de la personnalité juridique et ayant un droit à la vie; l'embryon *in utero* serait protégé par le régime de la personne humaine, ou encore serait une chose, le corps humain ne devenant personne humaine qu'au moment de la naissance vivante et viable.

Par ailleurs, au-delà des cultures juridiques propres à chaque système, il nous a été permis de constater que, si du côté des écrits québécois, les idées de la doctrine française étaient connues et souvent transposées, il est à regretter que l'inverse ne soit pas vrai. La doctrine française reste enfermée sur des notions issues de la tradition d'un droit civil hégémonique et ne s'alimente qu'au près de ses collègues européens.

Nous avons également constaté que presque tous les auteurs recourent explicitement à la maxime « *infans conceptus* ». Elle n'est que rarement mentionnée de façon implicite. Dans tous les cas, elle est associée par la doctrine tant québécoise que française aux conditions d'attribution de la personnalité juridique et porte le débat sur le terrain de la personne juridique, sujet de droit, qui peut acquérir des droits et des obligations. Ainsi, la théorie de la fiction *stricto sensu*, qui semble la plus proche de la conception romaine de la maxime et qui permet, sans modifier la nature de l'embryon, de lui faire profiter des avantages dont il aurait bénéficié s'il était né plus tôt, n'a pas été reprise par les auteurs étudiés.

Notons, par ailleurs, que les auteurs n'osent pas énoncer clairement que l'enfant conçu est une personne juridique et ne recourent donc pas à la théorie de la personnalité juridique actuelle. Ils se concentrent plutôt sur le champ d'application de la maxime « *infans conceptus* » dont ils font découler une personnalité précaire (résolutoire) ou fictivement anticipée (suspensive). L'étendue des droits de l'enfant conçu varie alors en fonction des courants théoriques adoptés par les auteurs : limitée aux seuls droits patrimoniaux pour les uns, elle semble pouvoir ouvrir aussi la voie à une reconnaissance de droits extrapatrimoniaux pour les autres, notamment chez ceux qui associent personne juridique et personne

humaine (que l'on retrouve chez les tenants de la personnalité sous condition résolutoire).

En outre, la protection des intérêts de l'enfant conçu suscite un débat quant aux mesures qui peuvent être prises alors qu'il est en gestation ou après qu'il soit né vivant et viable. Concernant les intérêts extrapatrimoniaux (droit à la vie, droit à l'intégrité physique), seule la théorie de la personnalité sous condition résolutoire semble permettre une action préventive, entrant alors pleinement en conflit avec les droits de la mère. En effet, dans les théories de la personnalité actuelle et de la personnalité sous condition suspensive, les droits de l'enfant conçu sont conditionnels (sous condition suspensive donc en latence). Il en résulte qu'ils ne seront exigibles qu'au moment de la réalisation de la condition (naissance vivante et viable). Les seules mesures possibles, au cours de la gestation, sont donc des mesures conservatoires. Or, ces mesures, selon nous, ne peuvent comprendre un acte de contrainte par corps de la femme enceinte (interdiction d'avorter, traitement médical forcé) puisque ce dernier, parce qu'il est une contrainte par corps, constitue en réalité une mesure exécutoire.

Un autre objet de débat est celui de savoir si la maxime « *infans conceptus* » s'applique uniquement aux enfants conçus *in utero* ou si elle peut aussi venir perturber la qualification des embryons *ex utero*. Ce débat est loin d'être achevé; dans le Canada anglais, l'on distingue la fécondation de l'implantation pour ne reconnaître de droits successoraux qu'à l'enfant conçu implanté après le décès de son père.

Ces questionnements révèlent l'importance des enjeux soulevés par la qualification de l'embryon *in utero* comme *ex utero*. Les catégories de « chose » et de « personne » montrent sans doute ici leur limite. C'est pourquoi de nombreux auteurs refusent de qualifier explicitement l'embryon, se contentant de dire que s'il n'est pas tout à fait une personne, il n'est pas non plus une chose comme les autres, renvoyant ainsi à une catégorie intermédiaire (chose humaine comme chose sacrée) ou à une sous-classification qui distinguerait l'embryon (chose) du fœtus (personne).

Les deux théories auxquelles les auteurs ont eu majoritairement recours, celles mettant en œuvre une condition résolutoire (neuf écrits sur trente-neuf) comme celles s'appuyant sur une condition suspensive (vingt-neuf écrits sur trente-neuf), présentent des apories et recèlent des précompréhensions.

Dans la théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire, le recours à la notion de vie humaine, qui devrait nécessairement être prise en compte par le droit, place ces auteurs dans une logique naturaliste dans laquelle la personne humaine se confond avec la personne juridique, la nature et le droit ne faisant qu'un.

La théorie de la personnalité juridique sous condition suspensive permet de mieux appréhender le phénomène de construction du droit. Cependant, le recours au droit des obligations se révèle inadéquat, notamment lorsqu'est en jeu le droit à la vie de l'enfant conçu qu'il est difficile de penser comme un droit en formation successive. Il complexifie la matière, la notion de droit conditionnel n'étant pas transposable à la personne juridique telle quelle. Les notions de personnalité en germe ou de personnalité anticipée, de personnalité résolue, mais aussi l'avortement et les technologies de conservation de l'embryon sont autant de points de friction qui démontrent les limites du recours au droit des obligations.

Ainsi, ni le recours en droit des personnes à la technique de la personnalité juridique, ni le recours au droit des obligations ne semblent constituer des solutions pleinement satisfaisantes. La personne humaine pourrait peut-être constituer une autre voie.

Pour autant, cette catégorie ne saurait tout solutionner. Ainsi, selon Zenati-Castaing et Revet, c'est parce que l'embryon *in vitro* n'est pas une personne humaine, socle des droits de la personne²⁸⁷, que la maxime n'a pas pour effet de lui donner des droits

287. « Contrairement à celle de sujet de droit, la personne humaine ne désigne pas le pôle de titularité des droits, dont on concevrait mal, quant à lui, qu'il pût être en même temps l'assiette d'un droit, qu'une fois né vivant et viable », F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 237 n° 275.

de la personne (tel le droit à la vie). Pour autant, ils ne se prononcent pas directement sur la question des droits patrimoniaux de l'embryon *in vitro*. Ce silence met l'accent sur le fait qu'à l'origine la maxime romaine avait vocation à s'appliquer aux embryons et aux fœtus *in utero*. C'est pourquoi, la majorité des auteurs semblent aujourd'hui encore réserver, au moins implicitement, l'application de cet adage aux seuls embryons *in utero*. Peu d'auteurs se sont en effet penchés explicitement sur l'application de la maxime à l'embryon *ex utero*²⁸⁸. Parmi ceux-ci, Kouri et Philips-Nootens comme Zenati-Castaing et Revet s'opposent clairement à l'application de cette maxime à l'embryon *in vitro*. Les premiers expliquent cette exclusion par la trop grande incertitude de la naissance, le projet de procréation assistée pouvant ne jamais se réaliser²⁸⁹. De plus, ces deux auteurs québécois étant favorables à la théorie de la personnalité juridique sous condition résolutoire, ils éprouvent quelques difficultés à appliquer la maxime « *infans conceptus* » aux embryons *in vitro* qui seraient alors dotés de la personnalité juridique jusqu'à leur destruction, alors qu'ils pourraient ne jamais naître²⁹⁰. Enfin, évoquant le cas particulier des embryons issus de la fécondation *in vitro*, Mazeaud et Chabas, et Renault-Brahinsky semblent aussi exclure l'application de la maxime²⁹¹. Deleury et Goubau, quant à eux,

288. Peu d'auteurs se penchent explicitement sur la question de l'application de la maxime à l'enfant *ex utero* : F. AMELI, préc., note 9 (1), p. 172, T. GARE, préc., note 9 (17), p. 107; C. RENAULT-BRAHINSKY, préc., note 9 (26), p. 24 et 25; G. TAORMINA, préc., note 9 (28), p. 277, n° 805, F. TERRE et D. FENOUILLET, préc., note 9 (29), p. 23 n° 23, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 9 (32), p. 235; E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 20 n° 10, p. 20 note infrapaginale 31 et p. 33-34 n° 21; R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 132 n° 138.

289. « [...] [T]ant que le développement de l'enfant est arrêté temporairement (embryon congelé), on ne peut affirmer avec certitude que la gestation aboutirait. Autrement, serait traité comme "réputé né" l'embryon qui ne serait plus en gestation et qui ne naîtrait probablement jamais ». R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 132 n° 138.

290. « Si, par contre, l'embryon *in vitro* devait bénéficier de l'implantation, à partir de ce moment la condition de naissance pourrait jouer car, à brève échéance, son destin serait confirmé par sa naissance ou sa mort. », R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 9 (34), p. 132 n° 138.

291. J. MAZEAUD et F. CHABAS, préc., note 9 (24), p. 11 et 12 n° 443-1; C. RENAULT-BRAHINSKY, préc., note 9 (26), p. 24 et 25.

s'interrogent sur la possible application de la maxime « *infans conceptus* » à « la vie au stade "pré embryonnaire" dans le cas de la fécondation *in vitro* et à la vie "en suspension" lorsque, avant l'implantation dans l'utérus "maternel", on procède à sa cryogénéisation »²⁹². On le voit, l'embryon congelé, embryon *ex utero*, pose problème à la doctrine civiliste. Ces interrogations montrent que la question de l'étendue du champ d'application de la maxime « *infans conceptus* » (embryons *in utero* et/ou *ex utero*; droits patrimoniaux et/ou droits extrapatrimoniaux) reste entière²⁹³.

Peut-être, concernant plus précisément l'embryon *in vitro* affecté à une destinée/destination humaine, la dimension de son affectation, qui n'a pas encore été explorée, pourrait assurer la mise à l'écart du jeu traditionnel du droit des obligations et la mise en place du mécanisme protecteur du droit des biens²⁹⁴.

Cette voie n'a pas été choisie par les auteurs des manuels précités. Certains d'entre eux lui ont préféré celle de la personne

292. E. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 9 (33), p. 20 n° 10, spec. note infrapaginale 31. Pour autant, reprenant les arguments de leurs collègues R. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, ils précisent que « [l]e Code laisse en suspens la question des droits qui ont pu s'ouvrir pendant le temps où l'existence de l'enfant était en quelque sorte suspendue, c'est-à-dire pendant le temps où il était congelé. [...] Toutefois, selon certains auteurs, la capacité pour l'embryon d'acquérir des droits de façon rétroactive devrait s'apprécier au moment de l'implantation et non pas de sa fécondation, compte tenu des incertitudes liées à la décision de donner suite ou non au projet parental. En effet, l'embryon peut ne jamais être implanté ou pourrait encore être donné à des tiers, ce qui remettrait en cause l'intention des auteurs des libéralités dont il aurait pu être gratifié au moment de sa fécondation *in vitro* », préc., note 9 (34), p. 33-34 n° 21.

293. Anne SARIS et Gaële GIDROL-MISTRAL, *Avers et revers de l'embryon congelé, ou l'appréhension de la saisie par le droit du phénomène de l'embryon congelé par les doctrines civilistes et féministes*, Les cadres théoriques et le droit, Actes de la 2^e journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques (dirigé par Georges Azzaria), Éd. Yvon Blais, 2013, p. 157 à 281.

294. Cette analyse a fait l'objet d'une conférence, *Réflexions sur l'incidence de l'affectation sur le statut juridique de l'embryon congelé*, prononcée par les deux auteures lors de la Journée d'étude sur l'affectation, Université McGill, Centre Paul André P.-A. Crépeau, 1^{er} octobre 2012. Cette conférence donnera lieu à un prochain article.

humaine, qui leur permet de proposer un régime protecteur objectif de cet objet de droit si singulier qu'est l'embryon²⁹⁵.

295. Anne SARIS et Gaële GIDROL-MISTRAL, « La construction par la doctrine dans les manuels de droit civil français et québécois du statut juridique de l'embryon humain, Volet 2 : La personne humaine » [à paraître].

Annexe 1: Tableau récapitulatif des théories

Théories	Fécondation/conception – dans le ventre de la mère						Naissance vivante et viable : événement futur et incertain (condition)
	Fiction	Personnalité juridique	Droits patrimoniaux	Droits extra-patrimoniaux	Effet de droit / rapport de droit / obligation	Actions	
Fiction stricto sensu	La fiction porte sur le fait qu'est la date de la naissance	Absence de personnalité juridique	Pas de droit	Pas de droit	Effets de droits patrimoniaux	Mesures conservatoires	Acquisition de la personnalité juridique et des droits
Théorie de la personnalité juridique actuelle	Pas de fiction	Personnalité juridique existe immédiatement	Droit conditionnel qui prend naissance au moment de l'évènement déclencheur du droit (décès du père pour la succession). Il est soumis à une condition suspensive. Il existe en germe.	Droit conditionnel existe en germe au moment de la conception Problème posé : le droit à la vie peut-il être un droit en germe?	L'obligation n'existe pas tant que la condition n'est pas survenue	Mesures conservatoires possibles Pas de mesures d'exécution forcée (en effet, seule la réalisation de la condition permet à l'obligation d'exister) Question : le droit à l'intégrité physique permet-il de prendre des mesures conservatoires visant à prévenir toute atteinte à l'embryon (désintoxication forcée de la femme enceinte par exemple)?	Si naissance vivante et viable, la personnalité juridique se poursuit. Les droits conditionnels deviennent des droits purs et simples et sont alors exigibles. Si naissance non vivante et viable, destruction pour l'avenir de la personnalité juridique. Non-existence des droits.

Théories	Fécondation/conception – dans le ventre de la mère					Naissance vivante et viable : événement futur et incertain (condition)
<p>Théorie de la personnalité juridique sous condition suspensive</p>	<p>La fiction porte sur la réalité juridique de l'acquisition de la personnalité juridique qui rétroagit de la date de la naissance à celle de la conception.</p>	<p>Existence latente de la personnalité juridique qui sera consolidée lors de la naissance vivante et viable. L'acquisition de la personnalité juridique est différée au moment de la naissance vivante et viable. L'embryon ne devrait être qualifié de personne, il est donc une chose.</p>	<p>Droit conditionnel (droit en germe ou intermédiaire). La réalisation de la condition consolidera rétroactivement le droit. La défaillance de la condition empêchera ce droit de se développer.</p>	<p>Droit conditionnel existe en germe au moment de la conception. Problème posé : le droit à la vie peut-il être un droit en germe?</p>	<p>L'obligation n'existe pas tant que la condition n'est pas survenue, elle est latente.</p>	<p>Si naissance vivante et viable, consolidation de la personnalité juridique qui était latente et fiction de la rétroactivité faisant remonter la date d'acquisition de la personnalité juridique à la conception. Consolidation des droits qui deviennent exigibles, par le jeu de la fiction de la rétroactivité, ils sont eux aussi supposés exister depuis la conception. Si naissance non vivante et viable, aucune personnalité juridique et aucun droit. Les mesures conservatoires devront être levées.</p>

Théories	Fécondation/conception – dans le ventre de la mère					Naissance vivante et viable : événement futur et incertain (condition)	
<p>Théorie de la personnalité sous condition résolutoire</p>	<p>La fiction porte sur réalité juridique de la destruction de la personnalité juridique qui rétroagit de la date de la naissance à celle de la conception</p>	<p>Personnalité juridique précaire qui peut être détruite rétroactivement si la condition résolutoire survient (c'est-à-dire l'enfant naît non viable ou non vivant). L'acquisition de la personnalité juridique est immédiate. L'embryon est une personne.</p>	<p>Droit actuel pur et simple. La défaillance de la condition confirmera le droit. La réalisation de la condition l'anéantira rétroactivement.</p>	<p>Droit existe purement et simplement au moment de la conception Problème posé : le droit à la vie s'oppose-t-il au droit de la femme de disposer de son corps.</p>	<p>L'obligation existe. Elle est pure et simple et est donc immédiatement exigible.</p>	<p>Mesures d'exécution forcée devraient pouvoir être prises.</p>	<p>Si naissance vivante et viable, la personnalité juridique et les droits sont confirmés. Si naissance non vivante et viable, la personnalité juridique et les droits acquis lors de la gestation disparaissent rétroactivement : ils sont censés n'avoir jamais existé. Remise des choses en état.</p>

Annexe 2 : Terminologie utilisée par la doctrine civiliste étudiée pour nommer l'embryon

En France:

Améli à la p. 72 se demande « Est-il pour autant possible d'affirmer que le fœtus ou l'embryon n'ont aucune personnalité juridique? »

Aubert et Savaux à la p. 196 distinguent l'embryon et le fœtus (IVG et recherche biomédicale) : « enfant conçu » (« *infans conceptus* »).

Batteur à la p. 13 n° 12 emploie « enfant » (à propos de la maxime « *infans conceptus* ») et p. 58 n° 120 « enfant à naître » (à l'occasion de l'interruption volontaire de grossesse et de l'homicide).

Beignier et Bleury à la p. 211 n° 152 : « [S]i la vie humaine commence avec l'apparition biologique de la personne, c'est-à-dire au moment de la fécondation. Il y a dissociation vie humaine et personnalité juridique »; ils poursuivent : « L'enfant à naître n'étant pas pris dans un rapport social, le droit ne lui confère pas d'existence propre ».

Belloir-Caux à la p. 107 utilise le terme d'« enfant à naître » (pour la loi sur l'avortement).

Bihr à la p. 158 ne traite pas de l'enfant conçu mais seulement de l'enfant né.

Bonnard à la p. 157 évoque « l'enfant simplement conçu, autrement dit à l'état de fœtus » et l'embryon.

Branlard à la p. 109 parle de fœtus, être vivant, être humain potentiel, personne en devenir et p. 110 d'enfant simplement conçu.

Buffelan-Lanore et Larribau-Terneyre à la p. 276 n° 740 évoquent les termes suivants : « enfant simplement conçu » (IFC); p. 298 n° 792 enfant à naître (homicide) et « embryon humain » (IVG) et recherche biomédicale p. 316.

Carbonnier à la p. 33 n° 13 explique que « [l]a vie préexiste à la naissance » et p. 39 n° 15 que « [l]a maxime "*infans conceptus*" s'est chargée de signification même en dehors du modèle civiliste. Littéralement, elle fait de l'avortement un homicide ».

Cornu à la p. 205 n° 461 parle de l'« embryon humain » et p. 206 n° 461 de la « protection pénale du fœtus ».

Courbe à la p. 3 évoque l'« enfant simplement conçu ».

Douchy-Oudot à la p.144 n° 218 et n° 220 évoque les termes suivants: « enfant », « enfant conçu », enfant conçu *in utero*, enfant conçu *ex utero*. Elle constate que le droit positif « ne reconnaît pas la personnalité juridique à l'embryon congelé encore moins la qualité de personne » (humaine) et p. 144 n° 220 utilise le terme d'« être cher » pour désigner l'embryon congelé.

Druffin-Brica à la p. 53 utilise les termes d'individu et d'enfant simplement conçu.

Encinas de Munagorri et Lhuilier à la p. 23 emploient le terme d'« individu » et expliquent que « les fœtus et les embryons ne sont donc pas considérés comme des personnes juridiques. ... Un individu peut-il acquérir la personnalité juridique? Oui chaque fois qu'il peut y trouver avantage. L'enfant conçu est considéré comme une personne dès qu'il y va de son intérêt », et poursuivent en évoquant l'« enfant en gestation ».

Fontaine *et al.* à la p. 85 utilisent « enfant conçu » et « enfant ».

Garé à la p. 106 parle d'enfant (« *infans conceptus* ») et à la p. 129 d'enfant à naître, d'embryon et de fœtus (concernant l'IVG).

Gauthier à la p. 60 utilise les termes suivants : embryon (embryon surnuméraire), enfant à naître, fœtus « doté le fœtus de la qualité de sujet de droit ». Le terme fœtus est utilisé dans le cadre de la maxime « *infans conceptus* » pour désigner l'enfant à naître.

Gjidara-Decaix à la p. 65 explique que « [l]a qualité d'être humain de l'embryon ne fait de lui ni une personne juridique telle que la définit le code civil, ni une personne humaine telle que la protège le code pénal » (à propos de la personne humaine).

Hess-Fallon et Simon à la p. 93 recourent à l'« embryon » (lois bioéthiques).

De Juglart, Piedelièvre et Piedelièvre à la p. 86 n° 101 utilisent le terme de « l'être » et p. 87 n° 104 expliquent que « normalement la personnalité juridique de l'être commence à sa naissance ». Lors de la cessation de la personnalité juridique, ces auteurs emploient le terme « être humain ».

Larroumet à la p. 201 n° 321 évoque le fœtus (à propos de la maxime « *infans conceptus* »), p. 199 n° 320 et p. 200 n° 321 l'individu (à propos de la personnalité juridique), p. 201 n° 321 l'enfant

conçu (viabilité); p. 201 n° 321 l'enfant (succession, indemnité) et p. 203 n° 321 *ter* le fœtus (mort).

Malaurie à la p. 11 n° 7 utilise les termes suivants : « Embryon et personnalité » et « enfant ». Il écrit que « jusqu'à sa naissance l'enfant n'a pas une personnalité distincte de sa mère »; p. 13 n° 7, il poursuit : « la règle "*infans conceptus*" [...] ne signifie pas que l'embryon soit une personne »; p. 13 n° 17 il parle de l'« être médical » pour désigner l'embryon (à propos du diagnostic préimplantaire).

Mazeaud, Chabas et Petit à la p. 13 n° 8 écrivent que « la personnalité juridique de l'embryon n'est qu'une personnalité conditionnelle ».

Renault-Brahinsky à la p. 25 parle du fœtus et de l'embryon (concernant la personne humaine).

Starck, Roland et Boyer à la p. 382 n° 1036 utilisent l'expression enfant pour désigner l'enfant conçu et « fœtus viable » sur la question de l'homicide; à la p. 383 n° 1037, ils écrivent que « l'embryon étant *pars mulieris*, la mère est libre de s'en défaire à son gré puisqu'il est en quelque sorte, sa chose » (loi avortement); et p. 383 n° 1038 ils poursuivent : « le droit arbitraire de la mère sur son fruit cesse à la 11^{ème} semaine qui marque le passage du stade embryonnaire au stade fœtale » pour conclure que « au lien organique des premières semaines entre la femme et l'embryon, réalisant une unité biologique en faveur de la mère, succède un binôme femme-fœtus consacrant une certaine autonomie de la vie intra-utérine ».

Taormina à la p. 276 n° 804 évoque l'enfant non encore né, p. 280 n° 814 l'enfant à naître et p. 277 n°s 805 à 807 l'embryon (à propos de l'avortement et de la recherche biomédicale).

Terré et Fenouillet à la p. 23 n° 23 recourent aux termes suivants : être (pour embryon et fœtus *in utero*); p. 24 n° 23 enfant à naître (homicide) et embryon et fœtus (avortement) et p. 29-30 n° 25 et n° 26 embryon fécondés *in vitro*.

Teyssié à la p. 14 n° 14 utilise le terme d'« individu » (« individu accède à la personnalité juridique), d'« enfant conçu » et d'« enfant » (IFC); p. 31 n° 39 il parle de l'« embryon » comme être humain détenteur d'un droit à la vie, et p. 34 n° 43 d'« embryon fécondé *in*

vitro » (recherche biomédicale), enfin p. 33 n° 41, il évoque un « Être, mais non personne, être humain » (avortement).

Voirin et Goubeaux à la p. 70 n° 96 traitent du « sort de l'embryon humain ou du fœtus et personnalité de l'enfant conçu » et recourent au terme de « fœtus » pour évoquer l'enfant conçu.

Zenati-Castaing et Revet aux p. 29 et 30 n° 12 et 13 parlent d'embryon et de fœtus, recourent une fois à l'occasion de la maxime à la terminologie de l'« enfant simplement conçu ». Aux p. 233 à 235 n° 272 et 273 ils utilisent le terme d'« embryon ».

Au Québec:

Arbour et Lacroix à la p. 242 utilisent le terme d'enfant à naître ou à la p. 244 celui de "*l'infans conceptus* » (notre mise en gras), personnifiant l'embryon qui, bien que n'appartenant pas encore à la catégorie des « *infans* », fait déjà partie de celle des « *infans conceptus* ».

Crépeau aux p. 245 et 257 recourt parfois à la notion de « l'enfant à naître », mais aux p. 228 et suivantes emprunte le plus souvent celle d'« enfant conçu ».

Deleury et Goubau utilisent les termes suivants : fœtus (arrêts de la Cour suprême aux p. 14 à 16), « fœtus avorté » à la p. 19 note infrapaginale 29; « enfants à naître et non encore conçus » (maxime IFC à la p. 21 n° 10); et même p. 22 n° 11 de « patient » : le « fœtus est devenu sans en avoir la qualité une forme de patient » (à propos de l'action en responsabilité pour vie préjudiciable); « fœtus » concernant les actions en responsabilité civile pour vie préjudiciable intentées contre la mère et les tiers (p. 22-23); « enfant à naître » (p. 29 n° 16 pour la maxime et p. 32 n° 20 pour le statut juridique de ce dernier); « embryon » (p. 29 n° 16 : « la protection de l'embryon relève du droit des biens et non pas du droit des personnes »); « embryon isolé du corps maternel » (p. 29 n° 16 et p. 31 n° 18 concernant l'avortement ou l'acte médical); p. 30 n° 18 ils évoquent la qualification pour l'embryon ou le fœtus de « malade en puissance »; p. 31 n° 18 celui d'« enfant conçu » (qui comprend l'embryon isolé du corps de la mère); et enfin p. 33 n° 21 ils parlent d'« enfant » dont l'existence est suspendue à propos de l'embryon congelé.

Kouri et Philips-Nootens recourent quant à eux aux expressions suivantes : « enfant conçu » (en reprenant l'article 223(1) du

Code criminel qui le reprend expressément p.93 n° 93); « enfant *in utero* » et « enfant » (droits patrimoniaux dans le cadre de l'IFC à la p.94 n° 94); « fœtus » lorsqu'ils évoquent les « tenants de la personnalité juridique du fœtus » p.100 n° 101; p. 478 n° 572 ils évoquent « l'être humain conçu, à un stade ou à un autre de son développement prénatal »; p.93 n° 92, ils utilisent le terme de « *conceptus* » pour évoquer l'embryon *ex utero* et p. 479 n° 573 poursuivent quant à la « potentialité du *conceptus* de se développer en une personne humaine et donc de le traiter avec respect et dignité ».

Langevin à la p. 51 utilise le terme « enfant à naître » et p. 44, 50 et suivantes celui d'« enfant ».

Morin parle d'« enfant conçu » (titre de l'article), p. 234 et 258 d'enfant à naître; p. 266 d'enfant, p. 262 et suivantes d'embryon, p. 263 et suivantes de fœtus et p. 244 d'embryon fécondé *in vitro*.

Annexe 3 : Statut juridique de l'embryon selon la *summa divisio* personne/chose du droit romain

En France:

Ameli à la p. 172.

Aubert et Savaux, à la p. 196 : l'embryon et le fœtus ne sont pas des personnes juridiques puisque « cette non personnalité de l'embryon et du fœtus ne signifie pas, l'absence de statut juridique : d'une part, ils sont le support juridique de l'acquisition de certains droits par l'enfant né vivant et viable; d'autre part, ils font, directement, l'objet de diverses dispositions légales qui, notamment, en assurent la protection » (Personne humaine – interruption volontaire de grossesse).

Batteur à la p. 14 n° 13 pose que « [l]’embryon...(n’a) pas la personnalité juridique » et que la « loi lui dénie parfois la qualité de personne humaine »; il se demande si ce dernier peut être traité comme une chose et pose que « sous certains aspects, l'embryon est traité comme une personne digne de protection » (à propos de l'embryon *ex utero*) mais reconnaît que l'avortement est possible; p. 59 n° 121 il relève les « contradictions de notre droit positif [puisque] sur certains points l'embryon est traité comme une chose, sur d'autres comme une personne » (humaine).

Bonnard à la p. 158 à propos du « statut de l'embryon » constate que le législateur « s'est gardé de donner un statut juridique clair et précis à l'embryon ».

Branlard à la p. 109 reconnaît que « le fœtus [...] n'est cependant pas une "chose" (bien) ».

Bufellan-Lanore et Larribau-Terneyre à la p. 289 n° 792 affirment que « l'embryon humain [...] n'est pas une personne juridique ».

Carbonnier aux pp 39 et 40 évoque les théories qui reconnaissent la personnalité juridique *ab ovo* ou qui distinguent l'embryon du fœtus mais sans pour autant qualifier directement l'embryon de chose.

Gjdara-Decaix à la p. 10 explique que « [l]e droit positif se refuse à considérer l'embryon, à l'instar de l'animal, comme une personne, mais le considère comme une chose dotée seulement d'une certaine protection juridique »; et p. 62-63 relève que « l'être humain en gestation – l'embryon ou le fœtus – est un être humain, mais se trouve juridiquement privé du statut de personne. À défaut, d'être une personne, l'embryon bascule dans la catégorie des choses, mais se trouve doté, en tant que chose "humaine", d'un statut juridique protecteur spécifique »; p. 65, l'auteur affirme que « l'embryon n'est pas une personne juridique à part entière »; p. 67-68 à la p. 67 que « l'embryon est une chose humaine »; tout en reconnaissant p. 67 que : « exclu de la catégorie des personnes, l'embryon bascule inévitablement dans la catégorie des choses. Certes, son humanité lui confère une valeur particulière, celle de chose sacrée »; pour conclure que « ce statut juridique apparaît bien éclaté » (à propos de l'embryon *in vitro* et *in utero*).

Gauthier à la p. 60 écrit : « ces embryons (*in vitro*) ne sont en fait pas des choses, donc protégeables mais ils ne sauraient avoir la personnalité juridique, concluons qu'il peut y avoir être humain digne d'intérêt par la loi sans pour autant avoir la qualité de sujet de droit ».

Larroumet à la p. 201 n° 321 en ayant recours à la maxime « *infans conceptus* » mentionne les droits patrimoniaux (droit à indemnité contre l'auteur responsable de l'accident qui a causé la mort du père; succession), et p. 201 n° 321 *bis* le préjudice résultant de la naissance ou de son absence (non visé par la maxime « *infans conceptus* » car cette dernière « ne permet que d'attribuer à l'enfant des droits qui ont été créés avant sa naissance »; p. 204 n° 321 *ter* il reconnaît que le droit de naître n'existe pas car : « On ne saurait admettre que la personne humaine existe avant de naître si elle ne naît pas » (à propos de l'homicide). Cet auteur n'évoque pas la question de l'avortement.

Malaurie à la p. 12 n° 7 associe embryon et personnalité de la mère lorsqu'il écrit que « jusqu'à sa naissance, l'enfant n'a pas de personnalité distincte de celle de sa mère ».

Mazeaud et Chabas à la p.10 n° 443-1 abordent directement la question en admettant que l'embryon peut, selon les théories, être une chose ou une personne : « Quant à cette condition juridique, plusieurs solutions sont possibles. La première consiste à considérer l'embryon comme une chose, puisque celui-ci n'acquiert la personnalité qu'à la naissance, cette approche correspondant à une règle du droit romain selon laquelle l'embryon n'est qu'une partie du corps de la mère ("*infans conceptus*" *manet pars viscerum matris*). Mais, une telle approche est trop contraire à une appréhension humaniste de l'individu. La deuxième serait de remarquer que l'embryon, possédant toutes les caractéristiques de l'être humain, est en fait une personne à part entière dotée d'une personnalité conditionnelle, qui lui sera reconnue à sa naissance. Enfin, on peut opter pour une solution intermédiaire en distinguant l'embryon du fœtus, stade auquel l'enfant commence à présenter les caractéristiques de l'espèce humaine et atteindrait alors un développement suffisant pour être véritablement traité comme une personne à part entière » ; p. 11 n° 443-1, ils tempèrent leur propos en reconnaissant que : « [...] si cet embryon n'est pas en soit un être humain, il n'en constitue pas moins les prémisses, et à cet égard il doit être protégé. On ne saurait le considérer simplement comme une chose ».

Taormina à la p. 277 n° 805 traitera de la « nature juridique de l'embryon ».

Terré et Fenouillet à la p. 23 n° 23 précisent que « [t]ant que dure la grossesse, l'embryon tout d'abord, le fœtus ensuite, n'ont pas, suivant la conception classique, été considérés par notre droit comme des êtres dotés de la personnalité juridique » ; p. 29 n° 25 à propos des embryons surnuméraire, ils se demandent : « Est-ce une chose animée, voire un être humain ». Contestant la décision du comité sur la notion de personne humaine potentielle, ils expliquent : « En termes de droit, une personne humaine existe ou n'existe pas » et « si l'embryon fécondé *in vitro* est une personne, il a par principe le droit à la vie... S'il est une personne humaine, il faut bien le considérer alors à l'image d'un enfant abandonné, ce qui renvoie à des règles de droit de toute évidence inadaptées aux embryons fécondés *in vitro*. Ces difficultés se dissipent évidemment dans l'analyse graduelle de l'apparition de la personnalité : même si la vie dont l'embryon humain fécondé *in vitro* est animé appelle

une protection et une vigilance particulières, cet embryon n'est pas une personne juridiquement protégée, en tant que telle, par le droit, ce qui, au demeurant, n'exclut pas l'exigence d'une protection particulière apportée à l'être humain, en tant que cet être est humain ».

Teyssié aux p. 33-34 n° 41 distingue l'embryon et le fœtus *in utero* qui sont des êtres humains mais non des personnes qui ont un droit à la vie, et p. 34 n° 43 l'embryon *in vitro* qui n'est pas un être humain.

Voirin et Goubeaux à la p. 70 n° 96 évoquent le « [s]ort de l'embryon humain ou du fœtus et personnalité de l'enfant conçu ».

Zenati-Castaing et Revet aux p. 233 à 235 nos 272 et 273 traitent de sa nature et de son régime juridiques. Pour eux, p. 235 n° 273, les tenants de la personnification de l'embryon qui invoquent la maxime « *infans conceptus* » confondent personne humaine et sujet de droit. Si l'embryon peut être un sujet de droit en gestation, il ne deviendra personne humaine qu'au moment de la naissance vivante et viable. L'embryon *in utero* est la partie du corps de la mère; hors corps « son autonomie matérielle accentue sa réité », mais il n'est pas « un bien ordinaire ».

Au Québec:

Arbour et Lacroix à la p. 244 écrivent que « Sous cet angle, l'"*infans conceptus*" prend la double forme d'un non-sujet de droit qui existe pourtant ou d'un objet singulier, qui échappe aux règles relatives à la propriété ou au droit des contrats »;

Crépeau à la p. 51 évoque la difficulté de la *summa divisio* du droit civil : « [...] des données acquises du droit civil selon lesquelles tout ce qui existe doit être une personne ou une chose. Il n'y a pas, en droit civil, de "limbes" juridiques où l'on puisse être ni l'une ni l'autre. ».

Deleury et Goubau à la p. 12 n° 2 précisent que « l'embryon et le fœtus ne sont pas des personnes au sens juridique du terme »; mais se demandent p. 32, n° 20 : « Comment qualifier le statut de l'enfant à naître : personne humaine, personne juridique à capacité limitée, chose à destination personnelle, propriété à effets limités, simple matériau biologique et donc pur objet? »

Kouri et Philips-Nootens aux p. 123 à 133 traitent de la question du « statut de l'embryon *ex utero* ». Concernant le statut de l'enfant conçu *in utero*, ces auteurs p. 101 n° 101 ne s'intéressent qu'au fœtus : « Il nous semble pourtant que le respect que l'on doit à tout être humain vivant plaide en faveur d'une reconnaissance de la personnalité juridique de l'enfant non viable avant sa mort, aussi temporaire ou conditionnelle qu'elle puisse être. L'existence humaine, et donc l'existence juridique du nouveau-né, s'oppose à la réification de celui-ci, tant que sa mort n'est pas confirmée ». Bien qu'admettant qu'« il serait tentant de lui reconnaître un statut intermédiaire entre une personne et une chose, c'est-à-dire de lui attribuer la qualité de "personne en puissance" » ils rejettent cette qualification p. 131 n° 136 et reconnaissent son statut de personne juridique. Ils critiquent d'ailleurs fermement p. 101 note infrapaginale 409 la qualification de chose du fœtus : « C'est pourquoi nous ne partageons pas le point de vue de J. Goulet [...] où il écrit: "Si par contre, le fœtus est dissocié de sa mère sans être viable, il faut bien admettre qu'il constitue alors une chose au même titre qu'un appendice extrait d'un patient ou d'une patiente ordinaire. Il devient donc appropriable et aliénable si la mère qui l'a produit y consent. [...] Ce fœtus devient donc une chose, partageant ce triste sort avec l'embryon qui, lui, n'est pas non plus une personne, n'étant jamais né. Il faut donc appliquer mutatis mutandis aux fœtus, embryons, ovules et gamètes en tous genres, les règles pertinentes aux éléments du corps humain. Ils participent de la nature du corps humain tant qu'ils en font partie intégrante, pour passer ensuite à l'état de chose lorsqu'ils en sont dissociés" » .

Langevin à la p. 74 distingue le fœtus *in utero* du fœtus et de l'embryon *ex utero*. Elle déduit le refus de qualification du fœtus *in utero* de personne du principe de l'autonomie reproductrice de la femme.

Morin à la p. 262 note infrapaginale 231 affirme que : « l'enfant conçu n'est pas encore une personne humaine ou un "être humain" ». Et précise p. 240 note 149 que « [s]i l'enfant conçu devait être qualifié d'être humain, il posséderait la personnalité juridique et serait une personne humaine ».

Les autres auteurs appréhendent la question de l'embryon sous le seul prisme de la personne humaine.

Annexe 4 : Points traités par la doctrine civiliste et concernant le régime juridique appliqué à l'embryon et au foetus *in utero*

Droits patrimoniaux : 32 ouvrages et 4 articles (France : Aubert et Savaux; Batteur; Beigner et Blery; Belloir-Caux; Bihr; Bonnard; Branlard; Buffelan-Lanore et Larribau-Terneyre; Carbonnier; Cornu; Courbe; Douchy-Oudot; Druffin Brica; Encinas de Munagorr et Lhuilier; Fontaine *et al.*; Garé; Gauthier; Gjdara-Decaix; Hesse-Fallon et Simon; de Juglart, Piedelièvre et Piedelièvre; Larroumet; Mazeaud et Chabas; Petit; Renault-Brahinsky; Starck, Roland et Boyer; Taormina; Terré et Fenouillet; Teyssié; Voirin et Goubeaux; Zenati-Castaing et Revet. Québec : Deleury et Goubau; Kouri et Philips-Nootens; Arbour et Lacroix; Crépeau; Langevin; Morin).

Droits extrapatrimoniaux :

1) Reconnaissance prénatale : 4 ouvrages et 1 article (France : Batteur; Belloir-Caux; Branlard; de Juglart, Piedelièvre et Piedelièvre. Québec : Morin).

2) Filiation : 3 ouvrages (France : Beigner et Blery; Courbe; Mazeaud et Chabas).

3) Droit à la vie et interruption volontaire de grossesse : 22 ouvrages et 3 articles (France : Bonnard; Buffelan-Lanore et Larribau-Terneyre; Carbonnier; Cornu; Douchy-Oudot; Druffin Brica; Encinas de Munagorr et Lhuilier; Garé; Gauthier; de Juglart, Piedelièvre et Piedelièvre; Larroumet; Mazeaud et Chabas; Petit; Renault-Brahinsky; Starck, Roland et Boyer; Taormina; Terré et Fenouillet; Teyssié; Voirin et Goubeaux; Zenati-Castaing et Revet. Québec : Deleury et Goubau; Kouri et Philips-Nootens; Crépeau; Langevin; Morin).

4) Droit à la vie et homicide : 12 ouvrages et 2 articles (France : Bonnard; Branlard; Cornu; Douchy-Oudot; Druffin Brica; de Juglart, Piedelièvre et Piedelièvre; Petit; Starck, Roland et Boyer;

Taormina; Terré et Fenouillet; Teyssié; Voirin et Goubeaux. Québec : Langevin; Morin).

5) Droit à l'intégrité physique : 5 ouvrages et 3 articles (France : Cornu; Larroumet; Taormina. Québec : Deleury et Goubau; Kouri et Philips-Nootens; Crépeau; Langevin; Morin).

Ameli à la p. 174 ne précise rien sur les droits de l'enfant conçu.

Aubert et Savaux : droits patrimoniaux (succession) : « l'enfant conçu peut avoir recueilli des droits pendant la durée de sa gestation » à la p. 196.

Batteur : droits patrimoniaux (succession, donation) et extrapatrimoniaux (reconnaissance prénatale) à la p. 13.

Beignier et Bleury : droits patrimoniaux (succession, donation) et droits extrapatrimoniaux (filiation – art. 311 al. 2) à la p. 212 note infrapaginale 152.

Belloir-Caux : droits patrimoniaux (succession, donation) et extrapatrimoniaux (reconnaissance prénatale) à la p. 165.

Bihl : droits patrimoniaux (succession) à la p. 51.

Bonnard : droits patrimoniaux (succession) et extrapatrimoniaux (droit à la vie – homicide - avortement) aux p. 157 et 158.

Branlard : droits patrimoniaux (succession) à la p. 109 et droits extrapatrimoniaux (reconnaissance prénatale et homicide qui est une exception à la maxime) p. 109 et 110.

Buffelan-Lanore et Larribau-Terneyre : droits patrimoniaux (rente, succession, donation) à la p. 276 n° 740 et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie à la p. 298 n° 792 et à la p. 316, avortement à la p. 316).

Carbonnier : droits patrimoniaux (succession) à la p. 33 n° 13 et droits extrapatrimoniaux (interruption volontaire de grossesse à la p. 39 n° 15 : « La maxime "*infans conceptus*" s'est chargée de signification même en dehors du modèle civiliste. Littéralement, elle fait de l'avortement un homicide »).

Cornu : droits patrimoniaux (succession) à la p. 206 et droits extrapatrimoniaux (droit à l'intégrité et droit à la vie - homicide involontaire - avortement) à la p. 207.

Courbe : droits patrimoniaux (succession, donation, assurance-vie) à la p. 3 et droits extrapatrimoniaux (filiation – 311 al. 2).

De Juglart, Piedelièvre et Piedelièvre : droits patrimoniaux (succession, donation, rente, assurance-vie) et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie) à la p. 87 n° 101.

Douchy-Oudot : droits patrimoniaux (succession, donation) à la p. 213 n° 218 et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie, interruption volontaire de grossesse à la p. 144 n° 220 et homicide à la p. 145 n° 220).

Druffin-Brica : droits patrimoniaux (succession) aux p. 53-54.

Encinas de Munagorri et Lhuillier : droits patrimoniaux (succession, donation) à la p. 23 et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie – avortement - personne humaine) à la p. 48.

Fontaine *et al.* : droits patrimoniaux (succession) à la p. 85.

Garé : droits patrimoniaux (succession) à la p. 106 et droits extrapatrimoniaux (droit de naître de l'embryon et du fœtus dans le cadre de l'interruption de grossesse mais sans faire référence à cette maxime) à la p. 129.

Gauthier : droits patrimoniaux (succession), droits extrapatrimoniaux (droit à la vie - interruption de grossesse) à la p. 60.

Gjidara-Decaix : droits patrimoniaux (succession, donation, libéralités) à la p. 9.

Hess-Fallon et Simon : droits patrimoniaux (succession) à la p. 90.

Larroumet : droits patrimoniaux (succession et réparation) à la p. 200 n° 321 et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie, droit à l'intégrité physique et homicide) aux p. 201 à 204 n° 321*bis* et 321*ter*.

Malaurie : droits patrimoniaux (succession, donation) à la p. 13 n° 7 et droits extrapatrimoniaux (reconnaissance prénatale, droit à la vie - interruption volontaire de grossesse) à la p. 12 n° 7.

Mazeaud et Chabas : droits patrimoniaux (succession – donation - rente) aux p. 9 et 10 n° 443 et droits extrapatrimoniaux (filiation – art. 311 al. 2 à la p. 10 n° 443 – avortement à la p. 11 n° 443-1).

Petit : droits patrimoniaux (succession, donation) à la p. 12 et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie - homicide, interruption

volontaire de grossesse : « on ne saurait dès lors se fonder sur la règle "*infans conceptus*" pour retenir un homicide à la charge de l'auteur d'un accident ayant entraîné la mort du fœtus (...) et pas davantage pour critiquer la légalisation de l'avortement [...] (quoique l'on puisse penser par ailleurs de cette législation) » p. 13.

Renault-Brahinsky : droits patrimoniaux (succession, donation) à la p. 24 et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie (personne humaine), interruption volontaire de grossesse) p. 25.

Starck, Roland et Boyer : droits patrimoniaux (succession) à la p. 382 n° 1036 et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie - avortement p. 383-384 n° 1038, homicide (personne humaine) p. 382 n° 1036).

Taormina : droits patrimoniaux (succession) à la p. 276 n° 804 et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie - avortement à la p. 280 n° 814; homicide n° 813, droit à l'intégrité physique (à la p. 280 n° 813 protection par le droit pénal). À propos des exceptions à la naissance comme début de la personnalité juridique, l'auteur explique « qu'elles sont autant d'applications *du droit à la vie* qui s'acquiert avant la naissance ».

Terré et Fenouillet : droits patrimoniaux (succession - donation) aux p. 22 et 23 n°s 20 et 21, et droits extrapatrimoniaux (homicide - interruption volontaire de grossesse) p. 24 n°s 223 et 225.

Teyssié : droits patrimoniaux (succession, donation) à la p. 16 n° 19 et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie - avortement et homicide) p. 33-35 n° 41-42.

Voirin et Goubeaux : droits patrimoniaux (succession) à la p. 70 n° 95 et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie - avortement et homicide) p. 70 n° 97.

Zenati-Castaing et Revet : droits patrimoniaux (succession/donation) à la p. 29 n° 12 et droits extrapatrimoniaux p. 30 n° 13. À propos du droit à la vie, ces auteurs prônent la non application de la maxime « *infans conceptus* » à ces questions : « l'embryon est une partie du corps d'autrui. Cette caractéristique détermine largement son régime. La mère peut faire des actes d'*abus* sur lui comme sur le reste de son corps. Elle peut librement le détruire pendant les 12 premières semaines de sa vie » p. 233-235 n°s 272-273.

Arbour et Lacroix : droits patrimoniaux à la p. 240 note infrapaginale 40.

Crépeau : droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux (droit à la vie – avortement, intégrité physique) aux p. 271 et 272.

Deleury et Goubau : droits patrimoniaux (succession, substitutions, fiducies, donations, assurance de personnes) à la p. 21 n° 10, protection des intérêts patrimoniaux p. 26 n° 15 et droit extrapatrimoniaux (intégrité physique - « dommages et intérêts pour le préjudice résultant du fait d'un tiers et de l'atteinte portée à son intégrité alors qu'il était encore dans le ventre de sa mère » p. 21-22 n° 10; action en responsabilité pour vie préjudiciable à l'encontre de tiers p. 22 n° 11; recours contre la mère pour obtenir réparation du préjudice alors qu'il était dans le ventre de sa mère p. 23 n° 12. Ces droits ne sont exigibles qu'à la naissance vivante et viable : « Il est incontestable que dans l'état actuel du droit, l'enfant à naître ne jouit d'aucun attribut attaché à la qualité de personne. On ne peut donc invoquer à son profit des droits extrapatrimoniaux, ce que confirme l'article 192, al. 2 C.c.Q. qui institue les père et mère, tuteurs légaux de leur enfant conçu pour lequel ils sont chargés d'agir "dans tous les cas où son intérêt patrimonial l'exige" » p. 25 n° 13. En d'autres termes, l'enfant conçu ne devient porteur de droits propres que s'il naît vivant et viable. S'il ne remplit pas ces deux conditions, il ne peut prétendre à l'acquisition de la personnalité juridique », droit à la vie - avortement, p. 15 à 17 n° 5.

Kouri et Philips-Nootens : droits patrimoniaux : « La situation juridique de l'enfant *in utero* n'est pas pour autant méconnue par le Code civil. Bien au contraire, en matière de droits patrimoniaux, notre législateur s'est montré très soucieux de ses droits: l'être en gestation peut bénéficier de la tutelle légale de ses parents dont la fonction est "d'agir pour l'enfant conçu dans tous les cas où son intérêt patrimonial l'exige". En effet, cet enfant est expressément habilité à être avantagé par voie de succession ou legs, par donation, par la constitution d'une fiducie, par assurance-vie et par substitution fidéicommissaire, pourvu qu'il soit conçu au moment de l'ouverture de son droit, et qu'il naisse par la suite vivant et viable » à la p. 94 n° 94 et droits extrapatrimoniaux à la p. 106 n° 107 : droit à la vie – avortement et intégrité physique p. 107 à 110 n° 108 : « Le défaut de naître ensuite vivant et viable agirait

comme une condition résolutoire, ses droits acquis, tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux, disparaissant alors rétroactivement », p. 118-123 n^{os} 118 à 121.

Langevin aborde, sans traiter de la maxime « *infans conceptus* », l'avortement à la p. 44 et suivantes, l'homicide à la p. 50 et suivantes, l'intégrité physique (« légalité des interventions médicales sur le fœtus ou sur la femme pendant la grossesse sans le consentement de cette dernière ») à la p. 51.

Morin : droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux à la p. 226 et aux p. 233 et 262 : reconnaissance prénatale à la note infrapaginale 160 p. 243, droit à la vie – avortement et intégrité physique aux p. 264 et suivantes. « Ceci ressort aussi bien des dispositions du Code civil qui visent principalement les droits patrimoniaux de l'enfant conçu que des règles reconnaissant son existence et ses droits extrapatrimoniaux. Ces dernières n'ont cependant jamais reçu application pendant la grossesse; elles n'ont donc pas pour effet d'interdire l'avortement ».

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : FEMINISME ET DROIT COMPARÉ : UN MARIAGE POSSIBLE?

Auteur(s) : Louise LANGEVIN

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 1-2

Pages : 343-386

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <https://doi.org/10.17118/11143/10197>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10197>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

FEMINISME ET DROIT COMPARÉ : UN MARIAGE POSSIBLE?

par Louise LANGEVIN*

Selon l'un des postulats de base des théories féministes occidentales, les femmes de toutes origines partagent une condition commune, l'oppression dans une société patriarcale. Cette idée de conditions et de revendications communes a poussé le mouvement des femmes occidentales à vouloir connaître les luttes, les stratégies et les avancées de leurs sœurs dans d'autres sociétés. Les progrès juridiques des femmes dans différents pays ont aussi retenu l'attention des militantes. Dans ce contexte, le droit comparé a donc été très utile pour faire progresser les revendications des femmes. Cependant, l'idée d'une condition commune des femmes a été critiquée par d'autres féministes, surtout des pays en voie de développement, qui ont reproché aux féministes blanches occidentales d'imposer leurs propres revendications et d'ignorer d'autres formes d'oppression que vivent les femmes minorisées. Le recours au droit comparé a aussi été critiqué par un courant contestataire de comparatistes qui a reproché à l'école classique en droit comparé de chercher des solutions universelles à des problèmes juridiques universels, avec une méthodologie des plus incertaines et un eurocentrisme certain.

Les critiques féministes et les comparatistes contestataires mettent donc en lumière certains aspects plus problématiques du droit comparé, allant même jusqu'à déclarer le projet juridique comparatif impossible. Dans certains cas cependant, le recours au droit comparé peut faire avancer la cause des femmes. Nous suggérons que les féministes utilisent le potentiel subversif du droit comparé. Les poursuites civiles intentées par des victimes de violence sexuelle et conjugale au Québec, plus particulièrement la question de la suspension des délais de prescription, serviront de terrain d'analyse.

According to a fundamental principle of Western feminist theories, women of all origins share a common condition, which is one of oppression in patriarchal societies. The idea of common conditions and common claims has encouraged the women's movement to learn more about the battles, the strategies and the successes of women in other societies. The legal successes by women elsewhere have also attracted the attention of feminist activists. In this context, comparative law has been very useful in achieving progress for women. However, the idea of women's common conditions has been called into question by some feminists, especially from third-world countries, who have criticized Western feminists for imposing their points of view and ignoring other forms of oppression experienced by women victims of minoritization. Comparative law has also been criticized by a group of legal scholars advancing new approaches to comparative law. They are critical of the classical school of comparative law which seeks universal solutions to legal problems they consider to be universal, utilizing an unclear methodology and an obvious eurocentrist approach.

Feminist scholars and critical comparatists have highlighted some problematic aspects of comparative law. They have even considered impossible the comparative law project. In some cases, however, comparative law may be fruitful for women. We suggest that feminist lawyers and scholars should exploit the subversive potential of comparative law. Civil actions commenced by victims of sexual and spousal violence in Québec, especially relating to questions of limitation periods, will serve as an example of a fruitful comparative law exercise.

*. Professeure titulaire, Faculté de droit, Université Laval. L'auteure désire remercier les professeures Nathalie Vézina, Marie-Claire Belleau et Michelle Cumyn pour des discussions sur le droit comparé. Les opinions exprimées ici n'engagent que l'auteure.

SOMMAIRE

Introduction		345
1. Le droit comparé sous la loupe de la critique		349
1.1	Droit comparé et féminisme : des revendications communes à la fragmentation des identités	351
1.2	Droit comparé et courant contestataire : de la norme universelle à l'incommensurabilité	357
1.3	Le droit comparé comme outil féministe subversif	358
2. Prescription, présomption et percolation		363
2.1	Présomption de conscience	368
2.2	Percolation en droit québécois	371
2.2.1	Percolation dans l'interprétation de la <i>Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels</i>	371
2.2.2	Percolation dans l'interprétation du Code civil par les tribunaux de droit commun	375
2.2.3	Percolation jusqu'à la modification législative	380
Conclusion		384
Épilogue		385

INTRODUCTION

Le rapport des juristes féministes au droit comparé est assez ambigu, comme aux autres domaines du droit d'ailleurs. Le droit, qu'il soit analysé ou interprété dans un contexte comparatif ou non, est à la fois un outil de subordination et de changement social, entre autres, pour les femmes. Les décisions jurisprudentielles d'hier et d'aujourd'hui qui utilisent le droit comparé pour régler des litiges concernant des femmes offrent une multitude d'exemples de ce paradoxe. En 1915, dans la décision *Langstaff*¹, le droit comparé comme source d'autorité était utilisé par les juges pour refuser aux femmes l'accès aux professions juridiques. En Cour supérieure, le juge Saint-Pierre cite des décisions des États-Unis, des lois de l'Angleterre et de la France pour légitimer sa position. Il veut démontrer que l'exclusion des femmes des professions juridiques est une pratique universelle dans les « pays civilisés » et que le Québec s'inscrit dans ce courant. Il utilise le droit comparé pour maintenir le statu quo juridique. En Cour d'appel, les juges Pelletier et Archambault font de même². Quant au juge dissident Lavergne, il refuse de considérer le droit des autres pays; il analyse la loi de la « province de Québec »³. Il cite pourtant les États-Unis, la France, les pays scandinaves, le Nouveau-Brunswick et l'Ontario qui admettent les femmes à la profession d'avocat. En réponse au juge de la Cour supérieure qui répugne à admettre les femmes à la pratique du droit, il répond : « On ne dira pas que les États-Unis sont un pays

1. *Langstaff c. The Bar of the Province of Québec*, (1915) 47 C.S. 131, (1916) 25 B.R. 11. Voir Mary Jane MOSSMAN, *The First Women Lawyers : A Comparative Study of Gender, Law and the Legal Professions*, Oxford, Hart Publishing, 2006.
2. Le juge Pelletier souligne que la loi française comme la loi anglaise interdisent l'accès à la profession d'avocat aux femmes. Il ne précise pas expressément les lois. Il renvoie à une décision française de la Cour d'appel de Paris (sans la citer expressément) qui interdit aux femmes d'exercer la profession d'avocat. Il note qu'en France, il a fallu qu'une loi spéciale soit adoptée pour permettre aux femmes d'exercer la profession d'avocat. Il ne cite pas expressément la loi. Le juge Archambault souligne que les lois anglaises excluent les femmes de la pratique d'avocat.
3. « La loi de la province de Québec est la seule qui, je crois, doit s'appliquer dans ce cas. », préc., note 1, p. 12.

barbare »⁴. Le juge Lavergne se sert du droit comparé pour faire avancer la situation juridique des femmes.

À une autre époque, dans un autre contexte, mais encore au sujet de discrimination à l'égard des femmes, la Cour suprême fait appel au droit comparé dans sa décision *Bruker c. Marcovitz*⁵ portant sur le get juif. Dans le cadre de l'analyse de la notion d'ordre public à l'article 9.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec⁶, la juge Abella, au nom de la majorité, analyse les solutions jurisprudentielles adoptées dans d'autres pays démocratiques confrontés aux cas de femmes juives qui se sont vu refuser le divorce juif par leur ex-conjoint⁷. La juge Abella trouve une source de justification et d'appui dans ces décisions, qui ont condamné d'une façon ou d'une autre l'ex-conjoint juif récalcitrant. La juge Deschamps, dissidente, qui considère que les tribunaux canadiens ne devraient pas s'immiscer dans des affaires religieuses et qui aurait rejeté le pourvoi, fait aussi un exercice de droit comparé⁸. Parmi les décisions de droit étranger que les deux juges considèrent, quatre leur sont communes⁹. La juge Deschamps n'en tire pourtant pas les mêmes conclusions que la juge Abella :

4. Préc., note 1, p. 14.

5. *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54. Dans le cadre du divorce civil, l'ex-conjoint s'était engagé contractuellement à accorder le divorce religieux juif à son ex-épouse. Celle-ci le poursuit pour ne pas avoir respecté son engagement. La Cour suprême doit se prononcer sur la validité et le caractère exécutoire d'un tel contrat. Pour des commentaires sur cet arrêt, voir Louise LANGEVIN, Louis-Philippe LAMPRON, Christelle LANDHEER-CIESLAK, Alain PRUJINER et Patrick TAILLON, « L'affaire *Bruker c. Marcovitz* : variation sur un thème », (2008) 49 C. de D. 655.

6. L.R.Q., c. C-12.

7. Elle analyse la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'Homme, de la France, de l'Angleterre, de l'Australie, des États-Unis, de l'Afrique du Sud et d'Israël.

8. Elle analyse la jurisprudence de la France, de l'Angleterre, des États-Unis et d'Israël.

9. *Brett c. Brett*, (1969) 1 All E.R. 1007 (C.A.); *Avitzur c. Avitzur*, 459 N.Y.S. 2d 572 1983; *Temple Mount Faithful c. Jerusalem district police commander*, H.C. 292/8338(2) P.D. 449; *Jane Doe c. John Doe*, Jérusalem 19270/03, 21 décembre 2004.

Les décisions étrangères reposent sur les mécanismes propres à chaque pays. On n'y retrouve pas un principe de droit public qui aurait une force persuasive telle que les tribunaux canadiens devraient modifier leur approche. Les solutions canadiennes mentionnées précédemment sont prudentes et suffisantes¹⁰.

La juge Deschamps souligne la difficulté de comparer les solutions juridiques adoptées par différents pays ou de s'inspirer de ces solutions, ou encore de chercher une autorité quelconque auprès des décisions de ces pays occidentaux qui, même s'ils sont assez proches du Québec sur le plan juridique, s'en distinguent dans l'application des règles juridiques. Alors, doit-on déduire de sa position que tout exercice de droit comparé est futile¹¹, comme l'avancent les comparatistes contestataires que nous abordons plus loin? Cette approche que l'on pourrait qualifier de « repli sur soi », et qui peut mener à des positions sclérosantes, nie l'internationalisation des solutions juridiques¹² et la possibilité d'apprendre des autres systèmes.

La façon dont la juge Abella recourt au droit comparé prête aussi flanc à la critique. Sa méthodologie n'est pas claire¹³. On peut comprendre pourquoi elle mentionne les solutions de la France (en raison du droit civil?), de l'Angleterre (source du droit

10. Préc., note 5, par. 155.

11. Voir le reproche que fait Horatia Muir Watt à la Cour de cassation française qui se tournait alors peu vers le droit comparé. Horatia MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », (2000) 42 R.I.D.C. 503.

12. Rappelons que le Canada, à l'instar de plusieurs autres pays, est intervenu dans ce domaine en modifiant la *Loi sur le divorce* pour éviter que des situations comme celle de Mme Bruker ne se reproduisent, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 21.1.

13. Comme le dit Ran Hirshl, dans « The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law », (2005) 53 Am. J. Comp. L. 125, elle fait du « cherry picking » (que l'on peut traduire par : elle pige ici et là), à la p. 153. Ou encore comme l'affirme Otto Pfersmann, dans « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », (2001) 53 R.I.D.C. 275 à la p. 287, il s'agit « d'un abus idéologique d'un discours à prétention explicative mais au fonctionnement prescriptif en vue de propager l'adoption de certaines solutions en droit national [...] ».

public au Québec?) et des États-Unis (nos voisins?). Mais les solutions juridiques retenues dans ces pays dépendent aussi de contextes différents, comme dans le cas d'Israël (qui applique le droit hébraïque), qu'il faut prendre en considération, comme le mentionne la juge Deschamps. À notre avis, le mérite de l'opinion de la juge Abella repose sur le fait d'utiliser le droit comparé pour critiquer son propre système juridique et permettre l'accès à la justice aux femmes¹⁴.

Cette utilisation du droit comparé, à la fois pour maintenir le statu quo juridique et pour s'en sortir, ne devrait pas surprendre les observatrices. Le droit comparé et les comparatistes qui le pratiquent ne sont pas différents du reste du droit : ils reproduisent les hiérarchies et les formes de domination. En important ou en s'inspirant de solutions étrangères tout à fait conformes à sa position, le décideur utilise le droit comparé pour justifier une supposée rationalité et raisonnablement de sa décision.

Le présent texte vise à réfléchir au rapport entre les critiques féministes et le droit comparé. Les théoriciennes féministes ont dénoncé le caractère faussement neutre et universel de la norme juridique, qui reproduit le statu quo et maintient la subordination des femmes. Il n'est pas surprenant de constater qu'elles opposent la même critique au droit comparé : les pièges de l'ethnocentrisme sont très grands, quand comparer veut souvent dire imposer la vision du comparatiste ou chercher ailleurs des concepts familiers. En cela, elles rejoignent les juristes du groupe « *New Approaches to Comparative Law* », courant contestataire postmoderne critique à l'égard de l'école traditionnelle du droit comparé¹⁵. Les deux courants critiques abordent la même

14. Voir Louise LANGEVIN, « Lorsque la liberté de religion affronte le droit des femmes à l'égalité : une critique féministe » dans « *L'affaire Bruker c. Marcovitz* : variation sur un thème », préc., note 5, p. 667 et s.

15. Voir Günter FRANKENBERG, « *Critical Comparisons : Re-thinking Comparative Law* » (1985) 26 *Harv. Intern. L. J.* 411; D. HIRSCHL, préc., note 13; Mark VAN HOECKE et Mark WARRINGTON, « *Legal Cultures, Legal Paradigms, Legal Doctrine : Towards a New Model for Comparative Law* » (1998) 47 *Intern. Comp. L. Q.* 498. A. Peters et H. Schwenke donnent une définition de ce courant portant sur les nouvelles approches,

question : comment éviter l'ethnocentrisme sans tomber dans le relativisme culturel? La pratique du droit comparé est-elle encore possible ou même souhaitable? Malgré les pièges du droit comparé, les juristes féministes doivent se servir de sa fonction subversive et critique. Les critiques féministes peuvent enrichir le droit comparé, comme celui-ci peut enrichir les militantes féministes. Les poursuites civiles intentées par des victimes de violence sexuelle et conjugale au Québec, plus particulièrement la question de la suspension des délais de prescription, serviront de terrain d'analyse.

Dans la première partie de ma réflexion, je présente les critiques que les féministes anglo-saxonnes et les comparatistes contestataires issus des « *New Approaches to Comparative Law* » ont adressées à l'école traditionnelle du droit comparé. Dans la seconde partie, à la lumière des enseignements des critiques féministes et des comparatistes contestataires, j'aborde un exemple de l'utilisation subversive du droit comparé par les critiques féministes pour faire avancer le droit.

1. Le droit comparé sous la loupe de la critique

Tant les juristes féministes que les contestataires parmi les comparatistes ont critiqué l'objectivité et l'universalité du droit. Les féministes ont dénoncé la subjectivité du droit et son caractère universel (1.1). Les comparatistes contestataires ont mis à mal le manque d'objectivité de la méthode comparatiste et des résultats obtenus, ainsi que son caractère hégémonique occidental (1.2). En intégrant ces deux critiques, le regard comparatif peut être utile aux juristes féministes pour comprendre et critiquer leur propre système juridique. Je propose qu'elles utilisent le droit comparé de façon subversive (1.3).

« *Comparative Law Beyond Post-Modernism* » (2000) 49 *Intern. Comp. L. Q.* 808 à la p. 801; Ugo MATTEI, « *Comparative Law and Critical Legal Studies* » dans Mathias REIMANS et Reinhard ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 815.

La comparaison, et les approximations qui en découlent, sont au cœur même du processus du droit comparé. Dans toute entreprise de comparaison se posent les mêmes questions au sujet du processus lui-même : *Qui* compare? *Que* compare-t-elle? *Comment* compare-t-elle? *Pourquoi* compare-t-elle? *Comment* sont utilisées les conclusions de la comparaison et *par qui*? Les juristes féministes et les militantes féministes savent d'expérience que la comparaison se transforme en jeu risqué pour elles. Des études ont comparé le poids des cerveaux des hommes et des femmes¹⁶, ou leurs réactions à certaines questions morales¹⁷, la comparaison servant toujours à désavantager les femmes. En matière de droit à l'égalité, qui est un concept comparatif¹⁸, le paradigme de l'égalité formelle est encore trop présent : le modèle de l'homme comme référent ne mène pas à l'égalité réelle pour les femmes. Elles ne veulent pas être traitées comme des hommes, mais elles veulent au moins les mêmes traitements et mêmes bénéfiques dont jouissent les hommes. Elles demandent à être reconnues dans

-
16. Voir Catherine VIDAL, « Le cerveau a-t-il un sexe? » dans Michel DUGNAT (dir.), *Féminin, masculin, bébé*, Toulouse, ERES « Enfance et parentalité », 2011, 55.
 17. Par exemple, la critique de Carol Gilligan, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.
 18. Depuis l'arrêt *Withler c. Canada (P.G.)*, 2011 CSC 12, au par. 60, la Cour suprême mesure les dangers de la comparaison, qui peuvent mener à l'égalité formelle. Comme le précise la juge en chef, « [...], une analyse fondée sur la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques ne permet pas toujours de détecter l'inégalité réelle et risque de se muer en recherche de la similitude, de court-circuiter le deuxième volet de l'analyse de l'égalité réelle et de se révéler difficile à appliquer. Pour toutes ces raisons, il se peut qu'une telle démarche ne permette pas – voire empêche – la reconnaissance de la discrimination à laquelle l'art. 15 est censé remédier. »

leurs différences, ce qui peut par ailleurs mener à la reproduction des stéréotypes¹⁹.

1.1 Droit comparé et féminisme : des revendications communes à la fragmentation des identités

Une réflexion sur les rapports entre le féminisme et le droit comparé conduit à constater que le courant de l'école traditionnelle en droit comparé rejoint la critique féministe du droit sur le terrain de l'universel. La recherche de solutions juridiques universelles, idéales et répondant à des problèmes juridiques identiques, a animé une partie des comparatistes « fonctionnalistes »²⁰. Une condition humaine commune appelait en toute logique des solutions juridiques communes. Une présomption de similarité dans l'adoption de solutions juridiques²¹ se retrouve aussi, d'une certaine façon, du côté des féministes occidentales, qui ont dénoncé les conditions d'oppression universelle de toutes les femmes.

Selon l'un des postulats de base des théories féministes occidentales, les femmes de toutes origines partagent une

19. Voir Louise LANGEVIN, « Les dilemmes du concept d'égalité entre les sexes » dans Jean-Pierre THERON (dir.), *L'égalité des sexes dans le monde francophone*, Conférence internationale des Facultés de droit ayant en commun l'usage du français (CIFDUF), Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2009, 225; Louise LANGEVIN, « L'analyse comparative entre les sexes : la difficile mise en œuvre du droit à l'égalité. Analyse du Rapport de la vérificatrice générale du Canada », (2010) 22 R.F.D. 1.

20. Ces comparatistes considèrent que la norme juridique vise à régler des problèmes sociaux et qu'il existe nécessairement des ressemblances entre les systèmes juridiques. Pour une critique de cette approche, voir G. FRANKENBERG, préc., note 15, p. 434; Christina DELYIANNI-DIMITRAKOU, « Les mutations des prémisses philosophiques du droit comparé », dans *De tous horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, 25.

21. Comme le proposent Konrad ZWEIGERT et Hein KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 2^e édition révisée, Oxford, Clarendon Press, 1992.

condition commune, l'oppression dans une société patriarcale²². Elles forment la « classe des femmes »²³, au même titre que la classe ouvrière ou les classes minorisées. Cette idée de conditions et de revendications communes, illustrée par l'expression « Global Sisterhood »²⁴, a poussé le mouvement des femmes occidentales à s'organiser sur le plan international, à vouloir connaître les luttes, les stratégies et les avancées de leurs sœurs dans d'autres sociétés²⁵. Dans le contexte d'un mouvement féministe globalisé, la Marche mondiale des femmes, mise en branle au Québec, constitue un bon exemple de cette sororité internationale, tout comme les conférences internationales²⁶ et les conventions internationales sur les femmes²⁷. Les progrès ou les reculs juridiques des femmes dans différents pays ont aussi retenu l'attention des militantes.

Dans ce contexte, particulièrement au sujet de questions à caractère international, comme la prostitution²⁸, la traite des

-
22. Voir Christine DELPHY, *L'ennemi principal, Économie politique du patriarcat*, vol.1 coll. Nouvelles questions féministes, Paris, Syllepse, 2009, aux n° 259 et s.
23. Voir Danielle JUTEAU, « "Nous" les femmes : sur l'indissociable homogénéité et hétérogénéité de la catégorie », *L'homme et la société*, 2010/n° 176-177, p. 65.
24. Robin Morgan est à l'origine du « global sisterhood », par la suite très critiqué. Robin MORGAN (dir.), *Sisterhood is Global, The International Women's Movement Anthology*, Anchor Press/Doubleday, New York, 1984.
25. Voir, par exemple, Beverley BAINES et Ruth RUBIO-MARIN, *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge, England, Cambridge University Press, 2005; Ruth A. MILLER, *The Limits of Bodily Integrity, Abortion, Adultery, and Rape Legislation in Comparative Perspective*, Aldershot, Ashgate, 2007; Pascale DUFOUR (dir.) et al., *Transnationalizing Women's Movements, Solidarities Beyond Borders*, Vancouver, UBC Press, 2010.
26. Nations Unies, *Déclaration et Programme d'action de Beijing, la quatrième conférence mondiale sur les femmes*, 1995.
27. Par exemple, *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)*, Res AG 34/ 80 (18 déc 1979).
28. On pense ici à l'influence du modèle suédois de non-criminalisation des prostituées et de criminalisation des clients et des proxénètes. Voir Arthur GOULD, « The Criminalisation of Buying Sex : The Politics of Prostitution in Sweden », (2001) 30 *Journal of Social Policy* 437; Jane

femmes ou le tourisme sexuel²⁹, les juristes féministes ont comparé les lois écrites et les lois en action, les décisions des tribunaux et leurs effets directs et indirects sur les femmes, et l'accès de celles-ci à la justice dans différents pays. Elles ont voulu connaître les conditions de vie des femmes de partout, comprendre leurs stratégies pour l'atteinte de l'égalité pour toutes les femmes³⁰. Les ouvrages analysant les conditions de vie des femmes regroupent souvent des textes de différentes régions du globe³¹ ou des textes abordant de façon comparative les normes juridiques de plusieurs pays³². Le droit comparé devient un outil qui permet une compréhension critique du droit en mettant à nu le fonctionnement de mécanismes semblables d'oppression. Derrière le constat de conditions communes et de revendications communes des femmes se profile l'idée de solutions communes.

-
- SCHOULAR, « Criminalising 'Punters': Evaluating the Swedish Position on Prostitution », (2004) 26 *Journal of Social Welfare and Family Law* 195.
29. Voir Melissa FARLEY et al., « Prostitution and Trafficking in Nine Countries : An Update on Violence and Post-Traumatic Stress Disorder », dans *Prostitution, Trafficking and Traumatic Stress*, The Haworth Press, 2003, 33. En ligne : <<http://www.prostitutionresearch.com/pdf/Prostitutionin9Countries.pdf>>
30. Voir l'introduction dans B. BAINES et R. RUBIO-MARIN, préc., note 25 : « Our primary goal is in short to identify, sustain and promote the constitutional norms and strategies that will promote gender equality for women. », p. 5; Daphne BARAK-EREZ et Jyana KOTHARI, « When Sexual Harrassment Law Goes East : Feminism, Legal Transplantation, and Social Change », (2011) 47 *Stand. J. Intern. L.* 175.
31. Par exemple, voir Rebecca J. COOK (dir.), *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1994; voir le numéro spécial (2011) 22 de la Revue Femmes et Droit sur la régulation du travail domestique, qui présente des analyses des problèmes rencontrés dans plusieurs pays pour encadrer ce travail et éviter l'exploitation de femmes pauvres, surtout migrantes.
32. Voir Myriam HUNTER-HENIN, « Surrogacy : Is there Room for a New Liberty Between the French Prohibitive Position and the English Ambivalence? » dans Michael FREEMAN (dir.), *Law and Bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 329; Louise LANGEVIN, « Vers la reconnaissance juridique de la pratique des mères porteuses : état du droit canadien et québécois » dans *La gestation pour autrui, Surrogate Motherhood*, Actes du XVIII^e Congrès International de droit comparé, Washington, D.C., Paris, Société de législation comparée, 2011, 85.

Avec des objectifs variés, tant les féministes de ce courant que les comparatistes fonctionnalistes ont travaillé à démontrer les ressemblances des normes juridiques ou autres. Cependant, le rapprochement entre féministes et comparatistes fonctionnalistes s'arrête là.

La critique féministe occidentale a dénoncé la neutralité du droit et son caractère hégémonique. Le droit produit et reproduit l'oppression des femmes. Cette critique s'applique au droit comparé, comme à tout autre domaine du droit. Le droit comparé n'est pas neutre; le comparatiste ne peut s'extirper de son bagage culturel lorsqu'il compare.

Si le féminisme est critique à l'égard de la construction du savoir, il l'est aussi envers lui-même. L'idée d'une condition commune des femmes, d'une sororité internationale, a été attaquée par des féministes postmodernes et postcoloniales, qui ont reproché au mouvement occidental féministe de ne représenter que des femmes blanches, occidentales, de la classe moyenne, en excluant d'autres femmes³³. L'existence même de la catégorie « femmes » et du « Global Sisterhood » a été remise en question. Les féministes des pays en voie de développement ont reproché aux féministes blanches occidentales d'imposer leurs propres points de vue³⁴, de ne pas respecter leur culture, de les voir comme des victimes de leur culture, de nier leur capacité de résistance³⁵ et d'ignorer d'autres formes d'oppression que vivent

33. Voir Kimberlé Williams CRENSHAW, « Cartographies des marges : intersectionnalité, politique de l'identité et violences contre les femmes de couleur » dans *Féminismes, penser la pluralité, Cahiers du genre*, n° 39, 2005, p. 51; Tracy E. HIGGINS, « Anti-essentialism, Relativism and Human Rights », (1996) 19 Harv. Women's L. J. 89.

34. Voir, au sujet des tensions internes dans les mouvements internationaux de femmes, Annick DRUELLE, « Que célébrer 30 ans après l'année internationale des femmes : une autre crise au sein des mouvements internationaux des femmes? », (2004) 17 Recherches féministes 115.

35. Voir Karen ENGLE, « International Human Rights and Feminisms : When Discourses Keep Meeting », dans Doris BUSS et Ambreena MANJI (dir.), *International Law, Modern Feminist Approaches*, Oxford, Hart Publishing, 2005, 47; Sirma BILGE, « Beyond Subordination vs Resistance : an Intersectional Approach to the Agency of Veiled Muslim Women », (2010)

les femmes minorisées³⁶. Des solutions juridiques du Nord ne peuvent être imposées aux femmes du Sud³⁷. Pour reprendre l'exemple de la Marche mondiale des femmes, l'établissement d'un consensus au sujet d'un programme d'action commun n'a pas été facile³⁸. Le choix stratégique des thèmes de la pauvreté et de la violence faite aux femmes, au lieu du droit à l'égalité, se voulait une ouverture des féministes du Nord vers les féministes du Sud. Cependant, dans la définition de la violence, les féministes du Nord n'ont pu y faire inclure les revendications sur

-
- 31 Journal of Intersectional Studies 9; Sirma BILGE, « Between Gender and Cultural Equality », dans E. ISIN (dir.), *Recasting the Social in Citizenship*, Toronto, University of Toronto Press, 2008, 100.
36. Voir Françoise COLLIN, « La même et les différences », Cahiers du GRIF, 1984, n° 28, hiver, 7; Iris Marion YOUNG, « Le genre, structure sérielle : penser les femmes comme un groupe social », Recherches féministes, vol. 20, n° 2, 2007, 7; Chantal MAILLÉ, « Réception de la théorie postcoloniale dans le féminisme québécois », (2007) 20-2 *Recherches féministes* 91, 2007, 91; Farida OSMANI, « L'égalité pour toutes? L'engagement féministe et les droits des immigrantes au Québec », Recherches féministes, vol. 15, n° 2, 2002, 141; Lucie LAMARCHE, « Pluralisme juridique, interculturalisme et perspectives féministes du droit : des nouvelles du Québec », dans *Genre, inégalités et religion, Actes du premier colloque inter-réseaux du programme thématique Aspects de l'État de droit et démocratie*, Agence universitaire de la Francophonie, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2007, 357; Sherene H. RAZACK, *La chasse aux musulmans, évincer les musulmans de l'espace politique*, Montréal, Lux, 2011; Kimberlé CRENSHAW, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex : A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics », (1989) U. Chicago Legal F. 139; Kimberlé CRENSHAW, « Mapping the Margins : Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Colour », (1991) 43 Stand. L. R. 124.
37. Les féministes du Sud ont même critiqué la pertinence du droit comme outil de changement social pour les femmes du Sud. Voir Ambreena S. MANJI, « Imagining Women's Legal World, Towards a Feminist Theory of Legal Pluralism in Africa », (1999) 8 (4) *Social & Legal Studies* 435; Radhika COOMARASWAMY, « To Bellow Like a Cow : Women Ethnicity and the Discourse of Rights », dans Rebecca J. COOK (dir.), *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1994, 39.
38. Voir Isabelle GIRAUD, « La transnationalisation des solidarités : L'exemple de la marche mondiale des femmes », (2001) 45 *Lien social et Politiques* 145.

l'homosexualité et les droits reproductifs, compte tenu des positions très différentes des femmes du Sud sur ces sujets.

S'il n'y a pas *une* condition commune des femmes, mais plutôt des identités fragmentées, alors des revendications communes et un combat commun deviennent impossibles. Cependant, la reconnaissance des réalités diversifiées des femmes dans des contextes tout aussi diversifiés peut dériver vers du relativisme culturel. Les débats à l'intérieur du mouvement féministe sur le rôle de la culture comme source d'oppression des femmes³⁹, sur les mutilations génitales⁴⁰ ou la polygamie⁴¹ le démontrent. Serait-ce alors la fin du mouvement des femmes?

Si les juristes féministes peuvent partager des affinités avec les comparatistes de l'école traditionnelle en matière de recherche du commun et de l'universel, elles se rapprochent davantage des comparatistes postmodernes en termes de critique de l'universel. Le défi tant des féministes que des comparatistes contestataires est de trouver le juste milieu entre l'ethnocentrisme et le relativisme culturel.

-
39. Voir Sally Engle MERRY, « Constructing a Global Law-Violence Against Women and the Human Rights System », (2003) *Law and Social Enquiry* 941; Sirma BILGE, « Le dilemme genre/culture ou comment penser la citoyenneté des femmes minoritaires au-delà de la doxa féminisme/multiculturalisme? », dans *Actes du colloque Diversité de foi, Égalité de droits*, Conseil du Statut de la femme, Montréal, 2006, 89; S. H. RAZACK, préc., note 36; Leti VOLPP, « Feminism versus Multiculturalism », (2001) 101 *Col. L. Rev.* 1181.
40. Voir Claudie GOSSELIN, « Feminism, Anthropology and the Politics of Excision in Mali: Global and Local Debates in a Postcolonial World », (2000) 42-1 *Anthropologica* 43; Aoua Bocar LY-TAL, « Marcher pour éliminer les mutilations génitales féminines », (2000) 13-1 *Recherches féministes* 117; Elisabetta GRANDE, « Hegemonic Human Rights and African Resistance: Female Circumcision in a Broader Comparative Perspective », (2001) 4 *Global Jurist Frontiers* (article 3).
41. Rebecca J. COOK et Lisa M. KELLY, *La polygamie et les obligations du Canada en vertu du droit du droit international en matière de droits de la personne*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2006. En ligne: <<http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/poly/index.html>>

1.2 Droit comparé et courant contestataire : de la norme universelle à l'incommensurabilité

Le droit comparé classique a été beaucoup critiqué pour son manque de réflexions théoriques, l'imprécision de son objet, son eurocentrisme, son caractère hégémonique et l'impressionnisme de ses conclusions⁴². L'époque de la construction des grandes familles de droit⁴³, basées sur les ressemblances et les différences, est révolue; les droits nationaux sont plus que jamais interreliés, économie mondialisée oblige; le pluralisme juridique ne peut être ignoré. La recherche des ressemblances et des différences entre les systèmes de droit vise souvent à démontrer qu'il existe des solutions juridiques universelles idéales à des problèmes juridiques universels, un droit transnational en quelque sorte⁴⁴, ce qui suppose que le droit est en mesure d'apporter une solution. Les comparatistes de l'école traditionnelle recherchent, volontairement ou involontairement, des concepts familiers et leurs analyses sont nécessairement incomplètes.

42. Voir, entre autres, G. FRANKENBERG, préc., note 15; A. PETERS et H. SCHWENKE, préc., note 15; C. DELYIANNI-DIMITRAKOU, préc., note 20; O. PFERSMANN, préc., note 13.

43. Par exemple, René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Coll. précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2002. Dans cette édition, malgré la disparition de la famille des droits socialistes, les auteurs maintiennent le groupement des droits en familles. Des raisons didactiques justifieraient leur choix, malgré les critiques qui ont été formulées à l'égard de toute tentative de classement. Voir l'introduction.

44. Voir Vivian CURRAN, « Cultural Immersion, Difference and Categories in US Comparative Law », (1998) 46 Am. J. Comp. L. 43. Elle explique les raisons qui ont motivé certains professeurs européens de droit comparé, qui ont fui le régime nazi et ont enseigné dans les facultés de droit américaines, à rechercher les ressemblances entre les systèmes juridiques (et pas les différences). Compte tenu de leurs expériences, les « émigrés comparatistes » étaient à la recherche d'une condition humaine universelle. Voir la critique de O. PFERSMANN au sujet du droit comparé comme système juridique transnational, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », préc., note 13, p. 277 et s.

Pour reprendre l'exemple de Frankenberg⁴⁵, le comparatiste peut ressembler à un voyageur : pourquoi voyage-t-il? À quoi servent ses découvertes? À le distraire ou à lui faire mieux comprendre le monde? Le touriste regarde avec ses yeux selon ses expériences personnelles. Il n'est peut-être pas ouvert à de nouvelles découvertes. Lorsqu'il sort de son autocar pour visiter pendant quelques minutes un lieu historique important, il n'a peut-être pas le temps d'en comprendre toute la portée. Dans son travail de comparaison d'un autre système juridique, le comparatiste ne peut faire abstraction de ses expériences personnelles, de son bagage culturel et juridique. Il n'est pas neutre lorsqu'il observe. Frankenberg qualifie le comparatiste de ventriloque : le comparatiste donne la parole à l'autre système, mais en réalité c'est lui qui parle à partir de son point de vue, comme le fait le ventriloque qui manipule la marionnette. Frankenberg suggère de s'éloigner d'une approche légicentrée pour proposer des solutions en dehors du droit.

1.3 Le droit comparé comme outil féministe subversif

Ces deux formes de critiques mènent ultimement à nier tout exercice de droit comparé. Le sujet politique « femme » n'existe pas; alors les revendications féministes juridiques ou autres sont impossibles. Toute comparaison est nécessairement située; alors toute tentative de droit comparé est futile. Comment concilier ces deux formes de critiques dans l'exercice du droit comparé et l'enrichir?

Sans aller aussi loin que les comparatistes contestataires pour qui toute comparaison entre normes juridiques est impossible⁴⁶, puisque nécessairement culturellement située et

45. G. FRANKENBERG, préc., note 15.

46. Voir A. PETERS et H. SCHWENKE, préc., note 15, qui réfutent les arguments – souvent exagérés à leur avis – des CRITS à l'encontre du droit comparé. Sur l'incommensurabilité, c'est-à-dire l'impossibilité de comparer les traditions juridiques, voir C. DELYIANNI-DIMITRAKOU, préc., note 20; H. Patrick GLENN, « Are Legal Traditions Incommensurable? », (2001) 49 Am. J. Comp. L. 133.

donc subjective, je crois que les féministes doivent faire du droit comparé et profiter des expériences positives et négatives des autres. Comme le suggère Frankenberg⁴⁷, elles doivent garder en tête l'image du ventriloque : ce dernier parle pour sa marionnette; la comparatiste ne pose pas un regard neutre dans sa compréhension de l'autre système juridique. Elle réinterprète ce qu'elle voit. Cependant, comme l'ont rappelé d'autres chercheurs en droit comparé, le juriste qui propose une solution inspirée d'ailleurs l'adapte à son propre système juridique⁴⁸. De plus, il serait stratégiquement dangereux et logiquement injustifiable⁴⁹ de ne pas comparer les solutions juridiques dans un contexte globalisé. Les législateurs regardent ailleurs et ne retiennent pas toujours les solutions qui pourraient être les plus avantageuses pour les femmes⁵⁰.

De même, sans adopter la position extrême des féministes postmodernes pour qui le sujet politique « femme » n'existe pas, en raison des identités fragmentées des femmes et des formes imbriquées de discrimination qu'elles vivent, et donc que tout

47. G. FRANKENBERG, « Critical Comparisons : Re-thinking Comparative Law », préc., note 15.

48. « S'il y a recours au droit comparé, c'est un recours fait par le système juridique national, à ses fins et selon ses méthodes, pour que le droit comparé soit un apport au système juridique et non pas un élément de déstabilisation. » (H. P. GLENN, « Droit comparé et droit québécois », (1990) 24 R.J.T. 342, p. 345). O. PFERSMANN, préc., note 13, p. 278, affirme la même idée : « si un système intègre telle ou telle donnée d'un autre, celle-ci sera valide dans le système qui l'intègre, en tant que règle de ce système, en raison des règles de ce système qui ont permis cette opération et non en raison de la nature intrinsèque de la règle intégrée ou en vertu des règles du système dont elle provient. »

49. Comme l'affirme O. PFERSMANN, préc., note 13, p. 288 : « il est moralement irresponsable de ne pas étudier les structures juridiques possibles ». Pour lui, la fonction critique constitue l'objet du droit comparé. D'autres disciplines reconnaissent la nécessité de comparer : la linguistique comparée, la littérature comparée, etc.

50. Les nombreux projets de loi privés visant à recriminaliser l'avortement et présentés par des élus du Parti conservateur du Canada sont directement inspirés par des lois des États-Unis. Voir Lucie LEMONDE, « Les menaces au droit à l'avortement et à l'autonomie des femmes enceintes », (2009) 50 C. de D. 611.

combat commun serait dès lors suspect, essentialisant et réducteur, je considère que la « classe des femmes » existe, que les femmes n'ont pas atteint l'égalité réelle et qu'au-delà des différences, les femmes partagent des valeurs communes et que des combats communs demeurent⁵¹. Il serait stratégiquement néfaste de rejeter la « classe des femmes », puisqu'elles continuent de vivre des inégalités. Donc, l'exercice de droit comparé comme outil féministe est possible et nécessaire, malgré ses limites.

Je ne désire pas proposer ici une méthodologie *nouvelle* en droit comparé. D'ailleurs, les théories féministes n'offrent pas des méthodologies nouvelles, mais plutôt des perspectives différentes. En droit comparé, les difficultés liées à la méthodologie peuvent devenir un argument commode pour refuser de regarder ailleurs et se conforter dans le statu quo. À mon avis, les juristes féministes doivent aborder le droit comparé de la même façon qu'elles le font dans d'autres domaines du droit⁵². Le droit comparé a souvent servi à légitimer des normes qui ont maintenu les femmes dans une position d'oppression. Il continue de le faire. Les juristes féministes doivent déconstruire le savoir pour le reconstruire en tenant compte des points de vue des femmes : comment et quand les comparatistes utilisent-ils le droit comparé à l'égard des femmes? Dans l'entreprise de comparaison des normes juridiques,

-
51. Je ne considère pas que mon approche soit une approche traditionnelle du féminisme, entendre essentialisante et réductrice; elle découle du féminisme matérialiste, élaboré entre autres par Christine Delphy, voir « Pour un féminisme matérialiste », dans *L'ennemi principal*, préc., note 22, à la p. 259. Voir aussi Francine DESCARRIES, « Le projet féministe à l'aube du XXI^e siècle : un projet de libération et de solidarité qui fait toujours sens », (1998) 30 *Cahiers de recherche sociologique* 179; D. JUTEAU, préc., note 23, p. 65; Michelle BOVIN, « La catégorie "femmes" dans la discrimination sur le sexe », (1998) 13 R.C.D.S. 29; Catharine MACKINNON, « Féminisme, marxisme et postmodernité », dans Annie BIDET-MORDREL (dir.), *Les rapports sociaux de sexe*, Paris, PUF, 2010, 76.
52. Pour des exemples de droit comparé à la lumière d'une grille d'analyse féministe, voir Brenda COSSMAN, « Turning the Gaze Back on Itself : Comparative Law, Feminist Legal Studies, and the Postcolonial Project », (1997) 2 *Utah Law Review* 525; Antoinette SEDILO LOPEZ, « A Comparative Analysis of Women's Issues : Toward a Contextualized Methodology », (1999) 10 *Hastings Women's Law Journal* 347.

les juristes féministes doivent préciser leurs objectifs : Qui compare? Que comparent-elles? Pourquoi comparent-elles? Que font-elles avec les résultats de la comparaison? Elles doivent être conscientes du besoin de contextualiser pour éviter le piège de l'ethnocentrisme⁵³. Tout regard posé sur les autres systèmes juridiques ne sera pas neutre (comme le rappelle l'image du ventriloque de Frankenberg⁵⁴). La comparaison en droit peut servir à différentes fins. Pour certains, il s'agit de démontrer l'évolution de certains concepts juridiques, de systématiser, d'harmoniser, d'éviter certaines erreurs, de rechercher la norme idéale et universelle, ou de rechercher une solution à un nouveau problème juridique⁵⁵. Aucune comparaison ne sera parfaite⁵⁶. Il y aura toujours des pertes, des distorsions, comme pour toute traduction⁵⁷, mais il faut quand même comparer.

53. Pour répondre au besoin de tenir compte du contexte et des différences culturelles, certaines ont proposé de connaître, outre le système juridique de l'Autre, la langue, l'histoire, la culture populaire, l'économie, la littérature, même faire des entrevues. Ce projet me semble trop ambitieux et ne peut servir qu'à décourager tout projet de droit comparé dans une perspective féministe. Voir V. CURRAN, « Cultural Immersion », préc., note 44. A. PETERS et H. SCHWENKE, préc., note 15, proposent un travail de collaboration et de discussion entre comparatistes de différents régimes juridiques.

54. Préc., note 15.

55. Voir une description des différents courants dans A. PETERS et H. SCHWENKE, préc., note 15.

56. V. CURRAN, préc., note 44.

57. Au sujet de la difficulté à traduire certains concepts, pensons à la notion de *gender*/genre. Cette notion a été développée par des féministes britanniques pour marquer la distinction entre l'inné et le socialement construit. L'identité sexuelle est une construction sociale. Cette notion a été traduite par « genre » en français et a été reprise par les chercheuses francophones. Mais on peut se demander si les féministes anglo-saxonnes et francophones parlent bien de la même chose. Dans la Francophonie, le mot « genre » est souvent utilisé pour éviter le terme « féminisme » et son côté militant. Voir Hélène HIRATA (dir.) et al., *Dictionnaire critique du féminisme*, Paris, Presses universitaires de France, 2000, vs « sexe et genre » p. 191; Marie-Victoire LOUIS, « Dis-moi, "le genre", ça veut dire quoi? », en ligne : <<http://www.marievictoirelouis.net/document.php?id=919&themeid=>>. Voir Sari KOUVO, *Making Just Rights? Mainstreaming Women's Human Rights and a Gender Perspective*, Sweden, Iustus Forlag, 2004, p. 165; Sally BADEN et Anne

Je suggère aux juristes féministes d'utiliser la fonction subversive et critique du droit comparé dans leurs écrits, leurs représentations devant les tribunaux et organismes étatiques, ainsi que lors de leurs prises de positions publiques pour faire respecter les droits fondamentaux des femmes. Par fonction subversive du droit comparé, qui n'est pas réservée qu'aux féministes⁵⁸, j'entends les possibilités qu'offre le regard sur l'autre système juridique : découvrir de nouvelles façons d'appréhender le droit et éviter certaines erreurs. Mais surtout, l'utilisation du droit comparé devient subversive lorsqu'elle permet de mieux comprendre son propre système juridique, de le critiquer et de dénoncer les mécanismes d'oppression à l'œuvre. Le droit comparé devient aussi subversif lorsqu'il permet de faire plus, mais sans le dire explicitement. L'image de l'iceberg exprime bien cette idée. En retenant une solution inspirée d'un autre système juridique, le comparatiste, le législateur ou le tribunal empruntent en même temps tout ce qui se cache derrière l'emprunt : les études de toutes sortes et les débats qui ont motivé l'autre système juridique à choisir une solution plutôt qu'une autre. Dans ce sens, l'emprunt juridique n'est que la pointe de l'iceberg : il permet l'interdisciplinarité qui ouvre la porte à d'autres connaissances qui font ainsi leur entrée dans le système juridique.

Marie GOETZ, « Who Needs (Sex) When You Can Have (Gender)? », (1997) 56 *Feminist Review* 3; Joan W. SCOTT, « Fantasma du millénaire : le futur du "genre" au XXI^e siècle », (2010) 32 *Clio histoire, femmes, société* 89.

58. Voir H. MUIR WATT, préc., note 11, p. 504 : « [...] la subversion – au sens d'une action de sape menée contre l'ordre établi »; « Le message subversif est donc fort mais très simple : regardons ailleurs, comparons, interrogeons-nous sur les alternatives – pour élargir la perspective traditionnelle, enrichir le discours juridique et lutter contre les habitudes de pensée sclérosantes. » à la p. 506; Georges FLETCHER, « Comparative Law as a Subversive Discipline », (1998) 46 *Am. J. Comp. L.* 683; O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », préc., note 13; Vivian Grosswald CURRAN, « Dealing in Difference : Comparative Law's Potential for Broadening Legal Perspective » (1998) 46 *Am. J. Comp. L.* 657.

2. Prescription, présomption et percolation

Dans la première partie de ma réflexion, j'ai proposé la fonction subversive et critique du droit comparé comme outil féministe de réforme législative. Dans la seconde partie, je retiens un exemple dans lequel le travail en droit comparé de juristes féministes⁵⁹ canadiennes et québécoises a eu un effet subversif en droit, puisqu'il a amené une critique de leur propre droit, une prise de conscience des besoins des femmes victimes de violence et des modifications législatives qui ont tenu compte des arguments de ces juristes. Au final, le travail de ces juristes féministes comparatistes a permis un meilleur accès à la justice pour des femmes victimes de violence.

L'assouplissement des délais de prescription dans le cas de demandeurs et de demanderesse victimes de violence sexuelle, tant en common law canadienne qu'en droit civil québécois, constitue un exemple intéressant de la fonction subversive du droit comparé utilisé par des juristes féministes pour faire changer leur propre droit. Cet assouplissement, par le mécanisme de la présomption de conscience en common law et l'impossibilité psychologique d'agir en droit civil, s'inscrit dans un contexte plus large de dénonciation de la violence faite aux femmes et de recherche de solutions à ce problème systémique.

Tant aux États-Unis qu'au Canada, parmi différents modes d'intervention, la voie de la judiciarisation a été mise de l'avant par le mouvement des femmes qui a fait pression sur le système pénal pour que la violence faite aux femmes soit considérée comme un crime et pour que les hommes violents soient condamnés et incarcérés⁶⁰. Dès le début des années 1980, ont été publiées aux

59. Je qualifie ces écrits de féministes dans la mesure où les auteurs reconnaissent l'oppression des femmes, mettent les expériences des femmes au cœur de leurs analyses et proposent des solutions pour adapter le système juridique à leurs besoins. Voir les textes mentionnés, *infra* à la note 79.

60. Voir Chantal LAVERGNE, « Analyse du processus de construction de la violence faite aux femmes en contexte conjugal comme problème

États-Unis les premières études juridiques analysant la possibilité de recours civils pour les victimes d'inceste⁶¹. En réaction aux procédures criminelles qui semblaient insensibles aux réalités des victimes, les recours civils permettaient à la victime d'obtenir une indemnisation pour se procurer des soins de santé et compenser ses pertes salariales⁶². Ces études doctrinales ont eu des échos au Canada où des juristes de common law les ont utilisées pour faire changer le droit canadien⁶³, comme en témoigne la décision de la Cour suprême dans l'affaire *M.(K.) c. M.(H.)*⁶⁴, qui sera à l'origine des modifications législatives provinciales. Les juristes féministes qui ont proposé des poursuites civiles aux victimes de violence

sociopénal au Québec », (1998) 10 R.F.D. 377; Arlène GAUDREAU, « La judiciarisation de la violence conjugale : regard sur l'expérience » dans R. CARIO et D. SALAS (dir.), *Oeuvre de justice et Victimes*, vol. 2, Paris, Harmattan, 2002, 109.

61. Voir, par exemple, Margaret J. ALLEN, « Tort Remedies for Incestuous Abuse », (1983) 13 Golden Gate Uni. L. Rev. 609; Denise M. DE ROSE, « Adult Incest Survivors and the Statute of Limitations : The Delayed Discovery Rule and Long-Term Damages », (1985) 25 Santa Clara L. Rev. 191.
62. Plusieurs auteures se tournent vers la poursuite civile pour ces raisons : Nora WEST, « Rape in the Criminal Law and the Victim's Tort Alternative : A Feminist Analysis », (1992) 50 U. of T. Fac. L. Rev. 96; Elizabeth SHEEHY, « Compensation for Women Who Have Been Raped » dans J.V. ROBERTS et R.M. MOHR (dir.), *Confronting Sexual Assault : A Decade of Legal and Social Change*, Toronto, University of Toronto Press, 1994, p. 205.
63. À la lecture de la doctrine canadienne sur le sujet, l'influence de la jurisprudence et de la doctrine américaine est évidente. Voir Nathalie DES ROSIERS, « Limitation Periods and Civil Remedies for Childhood Sexual Abuse », (1992) 9 C.F.L.Q. 43, qui fait une revue de la jurisprudence américaine dans le domaine; Nathalie DES ROSIERS, « Les recours des victimes d'inceste », dans Pierre LEGRAND (dir.), *Common Law, d'un siècle l'autre*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, p. 153; Nathalie DES ROSIERS, « Childhood Sexual Assault – Will there be a Meaningful Civil Remedy? : *Gray v. Reeves* », (1992) 10 C.C.L.T. (2d) 86; Nora WEST, préc., note 62 : elle mentionne à la p. 111 que ce genre d'actions civiles existe depuis vingt ans aux États-Unis; Bruce FELDTHUSEN, « The Civil Action for Sexual Battery : Therapeutic Jurisprudence? », (1993) 25 Ott. L. R. 203; Bruce FELDTHUSEN, « Damage Quantification in Civil Actions for Sexual Battery », (1994) 44 U. of T.L.J. 133; Elizabeth SHEEHY, préc., note 62.
64. *M.(K.) c. M.(H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, inf. (1989), 18 A.C.W.S. (3d) 490 (C.A. Ont.). Le juge de première instance a conclu que l'action était prescrite.

sexuelle et conjugale considéraient le droit comme un instrument de changement social et voyaient dans ces actions une source de pouvoir pour les femmes. Mais elles savaient qu'elles devaient redéfinir certains concepts et catégories en droit pour répondre à la situation particulière des demanderesse, d'où leur recours au droit comparé pour comprendre ce qui se passait ailleurs et proposer des analyses innovantes pour faire bouger leur propre droit.

C'est dans ce sens que je considère qu'elles ont utilisé le droit comparé de façon subversive. Elles ont rapidement ciblé les délais de prescription trop rigides dans leur système qui fermaient la porte à toute action civile⁶⁵. Le même problème se présentait dans d'autres pays de common law, qui avaient, selon le cas, plus ou moins bien répondu au problème⁶⁶. Ces délais constituaient donc le premier obstacle à faire tomber. Elles ont travaillé par la suite à surmonter d'autres obstacles juridiques, dont les critères d'indemnisation des victimes. Leurs travaux ont aidé toutes les victimes de violence sexuelle, hommes ou femmes.

65. Sur l'impact négatif des courts délais de prescription pour les victimes de violence sexuelle, voir les analyses canadiennes de cette époque : Janet MOSHER, « Challenging Limitation Periods : Civil Claims by Adult Survivors of Incest », (1994) 44 U. of T.L.J. 169; N. DES ROSIERS, « Limitation Periods and Civil Remedies for Childhood Sexual Abuse » préc., note 63; N. DES ROSIERS, « Les recours des victimes d'inceste », préc., note 63.

66. Au cours des années 1980-1990, la doctrine américaine s'est beaucoup penchée sur cet obstacle majeur. Voir, entre autres, Melissa G. SALTEN, « Statutes of Limitations in Civil Incest Suits : Preserving the Victim's Remedy », (1984-1985) 7 Harv. Women's L. J. 189; Carolyn B. HANDLER, « Civil Claims of Adults Molested as Children : Maturation of Harm and the Statute of Limitations Hurdle », (1987) 15 Fordham Urban L. J. 709; Carol W. NAPIER, « Civil Incest Suits : Getting Beyond the Statute of Limitations », (1990) 68 Wash. U. L.Q. 995; Rebecca L. THOMAS, « Adult Survivors of Childhood Sexual Abuse and Statutes of Limitations : A Call for Legislative Action », (1991) 26 Wake Forest Law Rev. 1245; Ann Marie HAGEN, « Tolling the Statute of Limitations for Adult Survivors of Childhood Sexual Abuse », (1991) 76 Iowa L.R. 355.

Comme nous le verrons, leur travail de droit comparé a aussi introduit l'interdisciplinarité, ce que j'ai qualifié plus haut de partie cachée de l'iceberg. Elles ont cité des études en sciences sociales qui expliquaient la situation particulière dans laquelle se retrouvaient les victimes de violence sexuelle : la prévalence de cette forme de violence dans la société, les tabous l'entourant et les effets délétères à long terme sur les victimes. Ces études qui ont été reprises par les tribunaux sont entrées dans le savoir juridique.

En droit québécois, l'influence du travail de droit comparé de juristes féministes s'est faite par « percolation »⁶⁷. D'abord, leurs propositions de réforme ont influencé la prise de position de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)*⁶⁸. Ensuite, cet arrêt a été suivi par les tribunaux administratifs québécois et quelques années plus tard, par les tribunaux de droit commun. Enfin, le législateur québécois a prévu modifier le Code civil pour y intégrer les enseignements de la Cour suprême, plus de 20 ans après les modifications législatives dans les provinces canadiennes de common law.

Un avertissement s'impose. Si le droit comparé peut servir des objectifs féministes, sa pertinence est une question délicate en droit civil québécois. Le Québec, qui connaît un système juridique mixte, est habitué à regarder ailleurs, dans les pays de droit civil et de common law. Les influences entre les deux systèmes juridiques sont déjà bien documentées⁶⁹. Le Québec a été qualifié plus d'une fois de laboratoire de droit comparé⁷⁰. La mixité est inhérente à tous les systèmes de droit, encore plus aujourd'hui

67. « Circulation d'un fluide à travers une substance, sous l'effet de la pression » : *Dictionnaire Le Petit Robert*, 2011. Le concept de la percolation rend l'image d'une idée qui se fraye un chemin en passant par différentes étapes.

68. Préc., note 64.

69. Voir H. P. GLENN, « Droit comparé et droit québécois », préc., note 48, p. 344.

70. Par exemple, Louis BAUDOIN, *Le Droit civil de la Province de Québec, Modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953.

avec la mondialisation des économies⁷¹. Cependant, compte tenu de la position du droit civil en Amérique du Nord et de l'hégémonie du droit américain, la nécessité de protéger la spécificité du droit civil québécois est bien réelle⁷². Afin de respecter sa cohérence interne, les tribunaux québécois peuvent être réticents à incorporer des principes de common law dans le droit civil québécois⁷³. Le Code civil contient les éléments essentiels à son évolution. Encore faut-il que les tribunaux québécois utilisent tous les outils à leur disposition pour adapter le droit civil aux nouvelles réalités sociales. Il est vrai aussi qu'au Canada, l'exercice de droit comparé se fait souvent en un seul sens.

Après avoir décrit la présomption de conscience élaborée par le plus haut tribunal dans l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)*⁷⁴, j'analyserai sa lente percolation dans le droit québécois.

-
71. Voir H. P. GLENN, « Droit comparé et droit québécois », préc., note 48.
72. L'arrêt de la Cour suprême du Canada *Québec (P.G.) c. A*, 2013 CSC 5, portant sur la protection juridique des conjoints de fait au Québec en cas de rupture, illustre très bien la réticence du plus haut tribunal à intervenir en matière de droit civil. Voir spécialement l'opinion de la juge en chef McLaughlin à ce sujet, qui invite le législateur québécois à regarder l'encadrement juridique des conjoints de fait ailleurs au Canada. Mais elle se garde bien de lui imposer des solutions de protection.
73. Les exemples abondent sur la « complétude » du droit civil québécois. Voir Daniel JUTRAS, « Cartographie de la mixité : la common law et la complétude du droit civil au Québec », (2009) 88 R. du B. can. 247. Par exemple, dans une poursuite en responsabilité extracontractuelle pour inceste, *L.(P.) c. L. (J.)*, 2009 QCCS 5655 au par. 28, le juge refuse d'appliquer l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)*, préc., note 64, parce qu'il s'agit d'un arrêt de common law, infirmé en appel sur ce point, 2011 QCCA 1233. La juge Dutil affirme au par. 36 : « Il faut donc être prudent avant d'en importer les principes en droit civil. Toutefois, comme le soulignent les professeures Louise Langevin et Nathalie Des Rosiers : "L'esprit de cette décision s'applique au droit civil du Québec : il permet d'expliquer et de mettre en preuve l'impossibilité psychologique d'agir des victimes". » Voir, entre autres, les rappels des tribunaux québécois au sujet des distinctions entre la poursuite pour diffamation en droit civil et en common law. Voir Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2007, par. 293 et s. et par. 262 et s.
74. Préc., note 64.

2.1 Présomption de conscience

En 1992, dans l'arrêt de principe de common law, *M.(K.) c. M.(H.)*⁷⁵, le plus haut tribunal a reconnu la fréquence de l'inceste dans la société, les conséquences graves pour la victime et la latence des préjudices⁷⁶. Il a aussi admis le problème que représentent les délais de prescription pour ces victimes, qui ne sont pas toujours en mesure d'intenter une action dans les délais⁷⁷. Dans cette affaire, la demanderesse victime d'inceste avait déposé son action douze ans après la fin des agressions, bien au-delà du délai de prescription de quatre ans. Les recherches menées au Canada et aux États-Unis ont démontré que les victimes de violence sexuelle ne se confient pas et ne portent pas plainte parce qu'elles ont honte, se sentent responsables, ont peur de l'agresseur, ou ne veulent pas briser leur famille⁷⁸. Le secret qu'elles portent est très lourd. La Cour suprême s'est basée, entre autres, sur ces recherches⁷⁹ pour adapter le droit et permettre un meilleur accès aux tribunaux à ces victimes. Il s'agit ici d'une manifestation de l'interdisciplinarité, un aspect qui découle du droit comparé.

75. *Id.*

76. *Id.*, p. 18.

77. *Id.*, p. 17.

78. *Id.*

79. Elle cite la doctrine suivante : N. DES ROSIERS, « Les recours des victimes d'inceste et d'agression sexuelle », préc., note 63; N. DES ROSIERS, « Limitation Periods and Civil Remedies for Childhood Sexual Abuse », préc., note 63; David FINKELHOR et Angela BROWNE, « The Traumatic Impact of Child Sexual Abuse : A Conceptualization », (1985) 55 *Amer. J. Orthopsychiat.* 530; Denise J. GELINAS, « The Persisting Effects of Incest », (1983) 46 *Psychiatry* 312; Carolyn B. HANDLER, « Civil Claims of Adults Molested as Children: Maturation of Harm and the Statute of Limitations Hurdle », (1987) 15 *Fordham Urb. L.J.* 709; Jocelyn B. LAMM, « Easing Access to the Courts for Incest Victims : Toward an Equitable Application of the Delayed Discovery Rule », (1991) 100 *Yale L.J.* 2189; Alan ROSENFELD, « The Statute of Limitations Barrier in Childhood Sexual Abuse Cases : The Equitable Estoppel Remedy », (1989) 12 *Harv. Women's L.J.* 206.

Pour régler le problème du point de départ de la prescription, le tribunal a proposé une présomption de conscience, inspirée des travaux de juristes canadiens et américains⁸⁰ ainsi que de la jurisprudence américaine⁸¹. La victime, qui n'aura pu intenter de recours à l'intérieur des délais de prescription en raison du « syndrome des victimes d'inceste »⁸², est présumée avoir eu conscience du lien de causalité entre le préjudice subi et la faute de l'agresseur seulement lorsqu'elle entreprend une thérapie qui lui permet de faire cette découverte⁸³. Bien que perfectible⁸⁴, cet arrêt réglait une partie des problèmes d'accès à la justice civile pour les victimes de violence sexuelle.

À la suite de cette décision de la Cour suprême, dans laquelle le plus haut tribunal exprimait le souhait que le droit de

80. Voir la doctrine citée, *id.*

81. Le juge La Forest procède à une analyse détaillée de la jurisprudence américaine dans ce domaine à partir du para 33.

82. Pour décrire ce syndrome, le juge cite l'extrait suivant : « Bien que la victime puisse savoir qu'elle a des problèmes psychologiques, le syndrome l'empêche de se rendre compte de la nature et de l'étendue des préjudices qu'elle a subis, que ce soit parce qu'elle a complètement oublié les agressions subies ou parce que ses souvenirs sont trop pénibles pour y faire face directement. En conséquence, jusqu'à ce que la victime se rende compte que le comportement de l'auteur de l'agression lui a causé un préjudice psychologique, le syndrome l'empêche d'engager des poursuites. C'est souvent un mécanisme de déclenchement, comme par exemple la psychothérapie, qui permet à la victime de surmonter les blocages psychologiques et de reconnaître le lien entre la conduite incestueuse de l'auteur de l'agression et ses souffrances psychologiques ». J. B. LAMM, préc., note 78, p. 2194 et 2195, cité dans *M. (K.) c. M. (H.)*, préc., note 64 à la p. 37.

83. La demanderesse avait suivi plusieurs thérapies avant de prendre conscience du lien entre la faute et les préjudices.

84. J. MOSHER, préc., note 65, critique cette présomption de conscience qui n'aide pas les victimes qui connaissent les préjudices et leur origine, mais qui sont incapables d'engager des poursuites, parce qu'elles ignorent leurs droits, ou n'ont pas les ressources financières pour intenter un tel recours. Elle aurait préféré l'imprescriptibilité pour ces victimes. Elizabeth Adjin-Tettey adopte la même position, voir « Improving the Potential of Tort Law for Redressing Historical Abuse Claims : The Need for a Contextualized Approach to the Limitation Defence », (2010-11) 42 *Ottawa Law Rev.* 95.

la prescription soit révisé pour tenir compte des réalités des victimes de violence sexuelle⁸⁵, plusieurs provinces canadiennes ont modifié leurs délais de prescription en conséquence⁸⁶. Dans certaines provinces canadiennes, les allégations de violence sexuelle ne sont pas soumises aux délais de prescription civile⁸⁷ ou les lois prévoient des délais de prescription plus longs. Ainsi, en Ontario, le délai de prescription de base de deux ans (art. 4) et le délai ultime de quinze ans de prescription (art. 15 (2)) ne courent pas lorsque la demanderesse est dans l'incapacité d'introduire une instance relative à la réclamation en raison de son état physique, mental ou psychologique⁸⁸. La loi prévoit une présomption simple d'incapacité d'introduire l'action, en faveur de la demanderesse, dans les cas d'agressions sexuelles et de voies de fait lorsqu'une des parties au litige était dans une relation d'intimité avec la demanderesse ou était une personne de qui la demanderesse dépendait financièrement ou autrement⁸⁹. Aucun délai de prescription ne s'applique dans les instances découlant d'une agression sexuelle si, au moment où l'agression a été commise, l'une des parties à l'agression était responsable de la personne agressée ou se trouvait dans une position de confiance

85. Préc., note 64, p. 58.

86. En Saskatchewan : *Limitations Act*, S.S. 2004, c. L-16.1 (art. 8); en Alberta : *Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12 (art. 5.1); en Nouvelle-Écosse : *Limitation of Actions Act*, R.S.N.S. 1989, c. 258 (art. 2); en Ontario : *Prescription des actions (Loi de 2002 sur la)*, L.O. 2002, c. 24, ann. B (art. 6); aux Territoire du Nord-Ouest : *Prescriptions, Loi sur les*, L.R.T.N.-O. 1988, c. L-8 (art. 1 et 5); à l'Île du Prince-Édouard : *Statute of Limitations*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7 (art. 1 et 5); à Terre-Neuve et Labrador : *Limitations Act*, S.N.L. 1995, c. L-16.1 (art. 15); au Nouveau-Brunswick : *Loi sur la Prescription*, L.R.N.-B. 2009, c. L-8 (art.18.1); au Yukon : *Limitation of Actions Act*, R.S.Y. 2002, c. 139 (art.1 et 5). Voir E. ADJIN-TETTEY, préc., note 84.

87. En Colombie-Britannique, *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266, s. 3 (4) (k) (l); au Manitoba, *The Limitation of Actions Act*, C.C.S.M. c. L-150, s. 2.1 (2) (a); en Saskatchewan, *The Limitation of Actions Act*, S.S. 2004, c. L-16.1, s. 16 (1) (a), au Yukon; *Limitation of Actions Act*, R.S.Y. 2002, c. 139, s. 2 (3) (a) (b).

88. *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, préc., note 86, art. 10 (1), 15 (4).

89. *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, préc., note 86, art. 10 (2) et (3), 15 (5).

ou d'autorité par rapport à elle, ou la personne agressée dépendait de la partie financièrement ou autrement⁹⁰.

2.2 Percolation en droit québécois

Le Québec a malheureusement tardé à suivre la voie de la modification législative, laissant plutôt la tâche aux tribunaux de faire évoluer le droit. À cette époque, en 1991, le nouveau Code civil du Québec venait d'être adopté et toutes les énergies étaient investies à assurer la transition vers le nouveau droit. Il aurait été surprenant que le législateur québécois modifie à nouveau le droit de la prescription⁹¹.

Les instances chargées de la mise en œuvre de la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*⁹² et les tribunaux administratifs ont été les premiers à utiliser les enseignements de la Cour suprême en matière de suspension de la prescription (2.2.1). Avec certaines hésitations, les tribunaux de droit commun ont incorporé au droit civil l'idée d'une présomption de conscience (2.2.2). Beaucoup d'efforts continuent à être investis par les parties demandresses dans la preuve de cet aspect procédural, au détriment de la preuve du préjudice. Une intervention législative aurait évité plusieurs années de tâtonnements jurisprudentiels (2.2.3).

2.2.1 Percolation dans l'interprétation de la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*⁹³

Depuis le milieu des années 1990, les instances qui appliquent la *L.I.V.A.C.*, comme les bureaux de révision de l'*I.V.A.C.* et la Commission des affaires sociales qui a été remplacée par le Tribunal administratif du Québec, ont adopté une position d'ouverture envers les victimes de violence sexuelle

90. *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, préc., note 86, art. 16 (h).

91. Dans le cas de poursuites pour préjudice, le nouveau Code civil a uniformisé la plupart des délais de prescription en établissant un délai de droit commun de trois ans. Art. 2925 C.c.Q.

92. L.R.Q. c. I-6 [*L.I.V.A.C.*].

qui présentent des demandes d'indemnisation hors délai⁹⁴. Notons qu'il n'en a pas toujours été ainsi. En 1994, parmi les 202 demandes d'indemnisation rejetées pour le motif de prescription, 155 concernaient des cas d'agressions sexuelles de victimes mineures.

D'abord, ces instances ont appliqué l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)*⁹⁵ de la Cour suprême, que nous avons analysé plus haut. D'ailleurs, dans son *Rapport annuel d'activité 1996*, la Direction de l'I.V.A.C. soulignait la venue d'une nouvelle clientèle constituée notamment de victimes de violence par des thérapeutes et de survivants d'inceste. Cette situation serait due à l'interprétation de plus en plus large de la *L.I.V.A.C.*⁹⁶ En 2004, le Tribunal administratif du Québec a affirmé que « [l]a demande faite par les victimes d'inceste pour bénéficier des avantages de la *L.I.V.A.C.* doit faire l'objet d'un traitement particulier quant au recours reçu tardivement,

93. Cette partie est adaptée de Louise LANGEVIN et Nathalie DES ROSIERS, *L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, 2^e éd., en coll. avec Marie-Pier NADEAU, Cowansville, Yvon Blais, 2012, aux par. 192 et s.

94. Voir Gouvernement du Québec et Commission de la Santé et de la Sécurité au Travail, *Rapport annuel d'activité 1994*, Québec, Direction de l'indemnisation des victimes d'actes criminels, 1995 à la p. 17. Voir aussi Québec, *Rapport annuel d'activité 1991*, Québec, Direction de l'indemnisation des victimes d'actes criminels, 1992 à la p. 2, qui mentionne le rejet d'une demande d'une survivante d'inceste, parce qu'elle n'aurait pas présenté sa demande à l'intérieur du délai. La Direction de l'I.V.A.C. ne tient pas compte de la peur de la victime de faire éclater la cellule familiale et de sa peur de l'agresseur. En 1996, 62 demandes ont été rejetées pour le motif de prescription. Voir Québec, *Rapport annuel d'activité 1996*, Québec, Direction de l'indemnisation des victimes d'actes criminels, 1997 à la p. 18. En 2010, 392 demandes ont été refusées sur 1 192, soit 33 % des demandes rejetées, pour le motif de prescription, voir Québec, *Rapport annuel d'activité 2010*, Québec, Direction de l'indemnisation des victimes d'actes criminels, 2011, tableau 10 à la p. 25. Le rapport ne mentionne pas le nombre de demandes rejetées concernant la violence sexuelle.

95. Préc., note 64. Dès 1995, la Commission des affaires sociales applique l'arrêt *M. (K.) c. M. (H.)*. Voir *Sauveteurs et victimes d'actes criminels - 1*, [1996] C.A.S. 1.

96. Voir Québec, *Rapport annuel d'activité 1996*, préc., note 94, p. 8.

conformément à la jurisprudence du présent tribunal et aux enseignements des cours supérieures »⁹⁷.

Ensuite, comme deuxième signe d'ouverture envers les victimes de violence sexuelle intrafamiliale, dès 1995, la jurisprudence a interprété le délai d'un an pour présenter une demande en vertu de l'article 11 *L.I.V.A.C.*⁹⁸ non pas comme un délai de prescription ou de déchéance, mais plutôt comme « un simple laps de temps au terme duquel peut naître une présomption de renonciation [aux avantages de la loi] »⁹⁹. Après l'écoulement de ce délai, une présomption de renonciation aux avantages de la loi s'applique. Cependant, cette présomption peut être renversée par la victime. Le formulaire « Annexe 2 – demande de prestations présentée après l'expiration du délai prévu » demande à la victime de motiver son retard¹⁰⁰. Ainsi, la victime peut prouver qu'elle n'a pas renoncé aux avantages de la loi, puisqu'elle était incapable de présenter une demande d'indemnisation en raison d'un état de choc, d'événements troublants ou traumatisants qu'elle a vécus, ou qu'elle ne faisait

97. Voir *Ministre de la Justice c. Direction IVAC et C. B.*, (21 septembre 2004), AZ-50277065 (T.A.Q.), SAS-Q-095207-0302 (T.A.Q.), qui cite *M.(K.) c. M.(H.)*, préc., note 64.

98. Le délai d'un an devrait être porté à trois ans. Il est difficile de justifier que les victimes qui intentent une action civile jouissent de délais plus longs que celles qui présentent une demande d'indemnisation auprès de la direction de l'IVAC, alors que leur préjudice est similaire. Voir nos commentaires dans *L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, préc., note 94, par. 211, p. 237.

99. Voir *Sauveteurs et victimes d'actes criminels – 1*, [1995] C.A.S. 1; *Sauveteurs et victimes d'actes criminels – 2*, [1995] C.A.S. 5.

100. Dans le formulaire « Annexe 2 – demande de prestations présentée après l'expiration du délai prévu », trois questions lui sont posées : 1) Expliquez pourquoi votre demande de prestations n'a pas été présentée à la Direction de l'IVAC dans les délais prévus par la loi, 2) Avez-vous été empêché par une maladie, une hospitalisation, des problèmes psychologiques, une cure fermée, etc., de présenter votre demande de prestations plus tôt?, 3) Avez-vous déjà entrepris une démarche auprès d'un professionnel de la santé (médecin, psychologue, travailleur social) qui vous a permis d'établir un lien entre votre état psychologique et les événements? En ligne : <<http://www.ivacqcca/PDF/0210F.pdf>>. Voir *R. P. c. Québec (Procureur général du Québec)*, 2010 QCTAQ 04101.

pas le lien entre ses problèmes actuels et les gestes de violence passés¹⁰¹. La victime fait habituellement appel à des experts médicaux¹⁰². Selon un courant jurisprudentiel très contestable, le seul fait d'ignorer l'existence de la loi ne suffit pas à renverser la présomption de renonciation aux avantages de la *L.I.V.A.C.*¹⁰³ Mais elle n'a pas à prouver une impossibilité d'agir¹⁰⁴, puisque le

-
101. Voir *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 9, [1990] C.A.S. 46; *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 9, [1994] C.A.S. 354; *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 1, [1996] C.A.S. 1; *Décision du Bureau de révision IVAC – civisme*, dossier n° 9980 645, le 8 décembre 1989; *Décision du Bureau de révision de la région de l'Outaouais*, dossier n° 0 0726 674 5, le 11 mai 1995; *Décision du Bureau de révision de la région de Montréal*, dossier n° 0 0622 345 7, le 19 décembre 1994; *Décision du Bureau de révision IVAC/civisme, région hors Québec*, n° de dossier 0 0682 6697, le 27 février 1997; *G. C. c. Procureur général du Québec et CSST*, (8 mai 2001) SAS-Q-069727-0011 (TAQ), AZ 50244783 (T.A.Q.); *Ministre de la Justice c. Direction IVAC et C. B.*, (21 septembre 2004), SAS-Q-095207-0302 (T.A.Q.), AZ-50277065 (T.A.Q.); *C.S. c. Québec (Procureur général)*, 2010 QCTAQ 06290.
102. Sur la valeur du témoignage de l'expert, voir *M.S. c. Québec (Procureur général)*, 2011 QCTAQ 09208, qui cite avec approbation *P.L. c. J.L.*, 2011 QCCA 1233, première décision de la Cour d'appel à avoir incorporé en droit québécois l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)*, préc., note 64.
103. *Accidents du travail* – 88, [1982] C.A.S. 808, 810. Voir aussi *Décision du Bureau de révision IVAC/civisme de la région de Montréal*, dossier n° 0 0729 1529, le 8 novembre 1996; *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 24, [1998] C.A.S. 5 (C.A.S.); *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 22, [1997] C.A.S. 422 (C.A.S.); *C...L... c. Procureur général du Québec et Commission de la santé et de la sécurité du travail*, SAS-Q-086167-0204; *H.P. c. Québec (Procureur général)*, [2002] T.A.Q. 956 (rés.); *S.P. c. Tribunal administratif du Québec*, J.E. 2006-2317 (C.S.) (requête pour permission d'en appeler rejetée, C.A., 500-09-01204-066); *G.R.V. c. Québec (Procureur général)*, [2004] T.A.Q. 1068 (rés.); *M. B. c. Québec (Procureur général) et Direction I.V.A.C.*, AZ-50246833.
104. Voir *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 2, [1995] C.A.S. 5; *C. L. c. Procureur général du Québec et Commission de la santé et de la sécurité du travail*, 18 août 2003, SAS-Q-086167-0204, T.A.Q.; *J. S. c. Procureur général du Québec et Commission de la santé et de la sécurité du travail*, SAS-M-105570-0506, 8 juin 2006, T.A.Q.; Voir *C. P. c. Procureur général du Québec et Commission de la santé et de la sécurité du travail (IVAC)*, [2005] QCTAQ 0410. Voir Louise LANGEVIN et Nathalie DES ROSIERS, « L'impossibilité psychologique d'agir et les délais de prescription : lorsque le temps compte », (2008) 42 R.J.T. 395.

tribunal apprécie les circonstances particulières de chaque espèce selon des critères de raisonnabilité¹⁰⁵.

Il est permis de penser que l'influence de la présomption de conscience de la Cour suprême, dans des affaires d'indemnisation de victimes de violence sexuelle, s'est d'abord fait sentir dans l'interprétation de la *L.I.V.A.C.* par la Commission des affaires sociales (et non chez les tribunaux de droit commun dans le cadre d'une poursuite civile), en raison des objectifs indemnitaires de la loi. La Commission ne s'inquiète pas de l'origine de common law de la décision *M.(K.) c. M.(H.)*. Cette approche libérale dans l'interprétation de la *L.I.V.A.C.* n'est pas particulière au Québec, puisque plusieurs lois des provinces canadiennes similaires à la *L.I.V.A.C.* permettent aussi de prolonger le délai d'un an ou deux ans pour tenir compte de circonstances particulières¹⁰⁶.

2.2.2 Percolation dans l'interprétation du Code civil par les tribunaux de droit commun

Au moment où la décision de principe *M.(K.) c. M.(H.)*¹⁰⁷ est rendue par la Cour suprême en 1992, les tribunaux québécois appliquent de façon très étroite l'impossibilité d'agir pour

105. Voir *C. P. c. Procureur général du Québec et Commission de la santé et de la sécurité du travail (IVAC)*, 2005 QCTAQ 0410; *A. c. Procureur général du Québec et Direction – IVAC*, 2007 QCTAQ 02172; *A. M. c. Québec (Procureur général)*, 2009 QCTAQ 03487; *P. L. c. Québec (Procureur général)*, 2010 QCTAQ 02578.

106. Colombie-Britannique : *Criminal Injury Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 85, art. 6; Ontario : *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, L.R.O. 1990, c. C-24, art. 6 : La requête en indemnisation doit être présentée dans les deux ans qui suivent la date de la lésion ou du décès. La Commission peut toutefois, avant ou après l'expiration de cette période de deux ans, proroger le délai d'une durée qu'elle juge justifiée. Alberta : *Victims of Crime Act*, R.S.A. 2000, c. V-3, art. 12; Ile-du-Prince-Édouard : *Victims of Crime Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. V-3.1, art. 17; Manitoba : *The Victim's Bill of Rights*, C.C.S.M. c. V-5, art. 51; Nouvelle-Écosse : *Compensation for Victims of Crime Act*, R.S.N.S. 1989, c. 8, art. 8; Saskatchewan : *Victims of Crime Act*, 1995, S.S. 1995, c. V-6.011, art. 14.

107. Préc., note 64.

suspendre la prescription (art. 2232 C.c.B.C.)¹⁰⁸. L'impossibilité d'agir doit équivaloir à un cas de force majeure. Cette interprétation restrictive empêche toute forme d'accès à la justice civile pour les victimes de violence sexuelle, dont la capacité d'action et le libre arbitre sont paralysés par une multitude de facteurs. Le recours collectif intenté par « Les Orphelins de Duplessis » en 1995 est rejeté pour cette raison¹⁰⁹. L'article 2904 C.c.Q., qui abandonne le caractère « absolu » de l'impossibilité d'agir, entre en vigueur en 1994. En 1998, dans un litige en responsabilité extracontractuelle pour inceste, une première décision de la Cour supérieure¹¹⁰ applique la présomption de conscience de l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)*¹¹¹ pour suspendre la prescription. La thérapie ne sera pas l'élément déclencheur, mais plutôt un événement particulier qui permettra à la demanderesse victime d'inceste d'établir le lien entre l'agression subie dans le passé et ses problèmes actuels.

La même année, dans une affaire de violence policière¹¹², la Cour suprême se prononce en droit civil sur l'interprétation de l'impossibilité psychologique d'agir comme mécanisme d'assouplissement de la prescription. Le juge Gonthier rejette la force majeure comme critère d'évaluation de l'impossibilité d'agir. Selon lui, le droit civil québécois reconnaît que l'impossibilité d'agir peut résulter de la faute du débiteur, par exemple lorsque l'état psychologique de crainte du demandeur est causé par la faute du défendeur. En s'inspirant de la crainte, vice de

108. Voir *Semmelaack c. Ferguson*, (1941) 48 R.L. 163 (C.S.); *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et des courses du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 113; *Gauthier c. Beaumont*, J.E. 90-871 (C.S.), maintenu en appel [1996] R.D.J. 126 (C.A.), inf. par la Cour suprême [1998] 2 R.C.S. 3 [Gauthier].

109. *Kelly c. Communauté des Sœurs de la charité de Québec*, J.E. 95-1875 (C.S.) (appel déserté le 8 février 1996). Voir aussi *Sylvestre c. Communauté des Sœurs de la charité*, J.E. 96-1736 (C.S.).

110. *A. c. B.*, [1998] R.J.Q. 3117 (C.S.).

111. Préc., note 64.

112. *Gauthier*, préc., note 108. Voir Louise LANGEVIN, « Suspension de la prescription extinctive : à l'impossible nul n'est tenu », (1996) 56 R. du B. 185; Louise LANGEVIN, « *Gauthier c. Beaumont* : la reconnaissance de l'impossibilité psychologique d'agir », (1998) 58 R. du B. 167.

consentement (art. 1402 C.c.Q., 995 C.c.B.C.), le magistrat adopte un critère d'évaluation de l'impossibilité d'agir à la fois objectif et subjectif. Le tribunal doit déterminer de façon objective l'existence d'un mal sérieux et présent, mais il doit aussi évaluer subjectivement le caractère déterminant de la crainte. La Cour suprême indique que la crainte du demandeur, engendrée par la faute du défendeur, peut expliquer l'impossibilité psychologique d'agir de celui-ci et suspendre la prescription.

De 1998 à 2009, dans de nombreuses poursuites en responsabilité extracontractuelle pour violence sexuelle, les juges appliquent tant bien que mal la présomption de conscience pour suspendre la prescription¹¹³. Certains s'en tiennent à la crainte du demandeur comme motif de suspension¹¹⁴. Les demanderesse consacrent beaucoup d'énergie à établir cette preuve. Dans le cadre de recours collectifs intentés par des victimes contre des maisons d'enseignement pour des agressions sexuelles commises par leurs enseignants, des règlements prévoient la mise de côté des délais de prescription¹¹⁵. Cette mesure est nécessaire, compte

113. Il serait trop long de citer toutes des décisions rapportées. Voir, par exemple, *M. B.-C. c. L. H.*, 2005 CanLII 9514 (QC CS); *M.S. c. A.S.*, 2006 QCCS 1097; *R. c. L.D.*, 2007 QCCS 2159; *E.L. c. J.B.*, 2007 QCCQ 14998; *G.P. c. Binet*, 2007 QCCS 4027; *L.H. c. L.G.*, 2008 QCSC 4646.

114. Voir, par exemple, *Lauzon c. Auger*, 2010 QCCS 83, 2012 QCCA 27, maintenu en appel sauf pour la possibilité de réouverture du dossier en vertu de l'art. 1615 C.c.Q. Permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada refusée, n° 34710, 31 mai 2012.

115. Dans le recours collectif d'anciens étudiants contre l'Association Selwyn House pour des comportements de nature sexuelle par des enseignants de cet établissement, l'entente prévoit entre autres qu'aucun délai de prescription ne serait imposé aux membres des groupes visés et à leur famille. Le tribunal considère que cet aspect du règlement est très avantageux pour les membres. Par ailleurs, le temps court toujours contre ces victimes, puisqu'elles doivent respecter les délais pour se joindre au recours collectif. Voir *M.G. c. Association Selwyn House*, 2009 QCCS 989, qui a autorisé la deuxième transaction. Voir aussi *Règlement et processus d'indemnisation à l'endroit des membres et des parents*, dans l'affaire du recours collectif *Cornellier c. La province canadienne de la congrégation de Sainte-Croix et Collège Notre-Dame-du-Sacré-Cœur*, 2011 QCCS 6670, qui prévoit que les intimés s'engagent à renoncer à plaider le délai de prescription.

tenu de la difficulté d'étayer la preuve dans des cas qui se sont produits il y a plusieurs décennies.

En 2009, la Cour d'appel a l'occasion de se prononcer sur l'impossibilité d'agir d'une mineure victime d'attouchements sexuels par un religieux¹¹⁶. Le tribunal conclut que les parents de la mineure n'étaient pas dans l'impossibilité d'agir, puisqu'ils faisaient le lien entre les agressions subies par leur fille et ses problèmes. Les juges majoritaires ne citent pas l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)*¹¹⁷, mais appliquent clairement la présomption de conscience¹¹⁸. Le juge Chamberland, dissident, mentionne la présomption de conscience élaborée dans l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)* pour déterminer le point de départ de la prescription¹¹⁹. Puisque la preuve sur la prise de conscience des parents n'est pas claire et qu'à l'étape de la requête en irrecevabilité, le juge n'est pas en mesure de trancher une question de fait, le juge Chamberland rejette la requête en irrecevabilité au motif de prescription. La Cour suprême partage l'opinion de ce dernier¹²⁰. Elle se trouve ainsi à reconnaître que la présomption de conscience fait partie du droit civil.

C'est en 2011 que la Cour d'appel réconcilie les deux mécanismes d'assouplissement de la prescription proposés par la Cour suprême, soit la présomption de conscience et la crainte, et confirme l'incorporation de la présomption de conscience en droit civil¹²¹. La crainte ressentie par la victime envers l'agresseur,

116. *S.C. c. Archevêque catholique romain de Québec et Paul-Henri Lachance*, 2009 QCCA 1349, inf. par 2010 CSC 44. La Cour suprême retourne le dossier en Cour supérieure pour décider si les faits permettent de tirer des inférences établissant que la prescription n'a pas commencé à courir avant 2006 ou, possiblement, qu'elle a été suspendue en raison des circonstances de l'espèce. Un règlement à l'amiable a eu lieu en décembre 2011. La question demeure donc ouverte.

117. Préc., note 64.

118. Voir, entre autres, aux par. 105 et 106.

119. Préc., note 116 au par. 135.

120. *Id.*

121. *P.L. c. J.L.*, préc., note 103.

comme dans l'arrêt *Gauthier*¹²², figure *parmi* les éléments qui empêchent la victime de prendre conscience et d'agir, comme proposé par la présomption de conscience dans l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)*¹²³. La juge Dutil considère que « [l]'esprit de cette décision [*M.(K.) c. M.(H.)*] s'applique au droit civil du Québec : il permet d'expliquer et de mettre en preuve l'impossibilité psychologique d'agir des victimes »¹²⁴. Un élément déclencheur permettra une prise de conscience de la victime et le délai de prescription commencera à courir à ce moment. Le critère de la crainte est trop restrictif quand la victime n'a pas peur de l'agresseur. D'autres motifs que la crainte envers le défendeur peuvent expliquer l'absence de libre arbitre de la demanderesse¹²⁵. Ainsi, le silence de la victime peut se justifier par sa crainte de briser sa famille ou de perdre l'amour et l'appui de certaines personnes chères¹²⁶, la crainte de la réaction des autres et le tabou entourant l'inceste¹²⁷. Dans certains cas, la victime adolescente peut considérer l'agresseur comme son amoureux¹²⁸. La Cour d'appel a peaufiné l'application de la présomption de conscience en reconnaissant que, dans certains cas, la prise de conscience nécessite plusieurs événements qui, pris séparément, ne sont pas suffisants pour permettre à la victime d'agir, mais qui s'inscrivent dans un continuum.

Malgré l'adoption de la présomption de conscience en droit civil, qui facilite la tâche aux demanderesses, elles doivent faire la

122. Préc., note 108.

123. Préc., note 64.

124. Préc., note 103, par. 36.

125. Voir *Catudal c. Borduas*, J.E. 2004-1129 (C.S.), au par. 126 : la demanderesse avait peur de se faire mal à elle. Cette décision est infirmée sur la question de la prescription par 2006 QCCA 1090, requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême refusée, 2007 CSC 31701.

126. Voir *L.H. c. L.G.*, préc., note 113 : la demanderesse a attendu la mort de sa tante, la seule personne significative dans sa vie, avant d'intenter son recours contre son oncle agresseur.

127. Voir *A. c. B.*, 2007 QCCS 5, conf. en appel EYB 2008-131357; *Ringuette c. Ringuette*, 2003 CanLII 23578 (QC CS), conf par C.A., EYB 2004-64949.

128. Voir *K.M. c. P.V.*, 2008 CSQC 2725.

preuve que la présomption s'applique à elles¹²⁹. Si elles réussissent, elles sont encore soumises à un délai de prescription de trois ans (art. 2925 C.c.Q.).

2.2.3 Percolation jusqu'à la modification législative

Vingt ans après le souhait de réforme législative formulé par la Cour suprême dans l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)*¹³⁰ et les modifications législatives adoptées par les autres provinces canadiennes, le gouvernement québécois a décidé de modifier le Code civil. On peut s'interroger sur la lenteur du législateur québécois à réagir. Dans le projet de loi 70¹³¹, il a proposé un délai de prescription de dix ans dans le cas d'une action en réparation du préjudice découlant d'actes qui portent atteinte à la personne et qui peuvent constituer des infractions criminelles. Ce délai commencerait à courir à partir du jour où la victime a connaissance que son préjudice est attribuable à cet acte¹³². Le délai de prescription ne courrait pas dans le cas d'actions intentées au nom de mineurs et de majeurs sous curatelle ou tutelle victimes d'infractions criminelles¹³³. Dans la conférence de presse qu'il a accordée en avril 2012 lors du dépôt de ce projet de loi à l'Assemblée nationale, le ministre de la Justice soulignait que les modifications proposées visaient à accorder plus de temps aux victimes de violence pour entreprendre leur action civile¹³⁴.

129. Les demanderessees ne réussissent pas toujours à faire cette preuve : voir *B. (F.) c. Therrien (succession de)*, 2012 QCCS 175.

130. Préc., note 64.

131. P.L. 70, *Projet de loi facilitant les actions civiles des victimes d'actes criminels portant atteinte à la personne et l'exercice de certains autres droits*, 2^e session, 39^e législature, Québec, 2012. Projet de loi mort au feuillet en raison du déclenchement des élections provinciales en août 2012.

132. Art. 7 du P.L. qui ajoute l'art. 2926.1 C.c.Q.

133. Art. 6 du P.L. qui modifie l'art. 2904 C.c.Q. Le législateur solutionne ainsi le problème soulevé dans l'arrêt *S.C. c. Archevêque catholique romain de Québec et Paul-Henri Lachance*, préc., note 114.

134. Voir en ligne : <<http://communiqués.gouv.qc.ca/gouvqc/communiqués/GPQF/Avril2012/17/c6448.html>>.

Quelques commentaires s'imposent. Les modifications proposées visent tout acte criminel qui porte atteinte à la personne, et pas seulement les agressions sexuelles, ce qui inclut par exemple les voies de fait, les menaces et le harcèlement criminel. Notons que la condamnation pénale n'est pas exigée. Il s'agit de prouver selon la prépondérance des probabilités que les gestes subis, qui sont des atteintes à l'intégrité physique et psychologique de la personne, seraient aussi des infractions criminelles d'un point de vue objectif. À notre avis, pourrait aussi être incluse, par exemple, la fraude qui a des conséquences psychologiques sur la victime. Il doit s'agir d'une atteinte à la personne, ce qui inclut le préjudice tant physique que psychologique. Cette dernière forme de préjudice ne doit pas nécessairement découler du préjudice physique. Le législateur évite de reprendre la distinction entre le préjudice physique, moral et matériel de l'article 1607 C.c.Q., prévenant ainsi la confusion qui peut en découler¹³⁵.

Le délai de dix ans commencerait à courir à partir du moment où la victime fait le lien entre la faute et son préjudice. Il s'agit là de la codification du droit actuel. On pourrait y avoir une codification de la présomption de conscience de la Cour suprême élaborée dans l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)*¹³⁶. Le Code civil du Québec reconnaîtrait explicitement que l'impossibilité psychologique peut empêcher la demanderesse d'intenter une action. Il ne s'agit pas de suspension de la prescription, mais de non-cristallisation de la cause d'action. Le fardeau de preuve de la victime de violence sexuelle ou conjugale n'est pas allégé pour autant. Elle doit prouver sa prise de conscience par un événement déclencheur ou encore par les résultats de thérapies qui lui ont permis de prendre conscience du lien entre l'acte de violence subi et son préjudice. Le défendeur tentera certainement de mettre en preuve que la victime en avait pris conscience bien avant.

135. Sur cette question, voir L. LANGEVIN et N. DES ROSIERS, préc., note 93, au par. 412, p. 298.

136. Préc., note 64.

On peut regretter que le gouvernement n'ait pas proposé, au minimum, en termes clairs une présomption simple d'incapacité d'agir qui découle de l'agression sexuelle : les études démontrent les effets néfastes des agressions sur la santé psychologique des victimes et sur leur libre arbitre¹³⁷. Par cette présomption simple, la demanderesse prouve l'agression et ses conséquences physiques et psychologiques. Son incapacité à agir plus tôt est ainsi présumée. Elle n'a pas à prouver sa prise de conscience à un moment précis. Le délai de prescription commence à courir au jour de l'introduction de l'action. Alors, le défendeur peut tenter de renverser cette présomption¹³⁸.

Par ailleurs, on peut s'interroger sur la pertinence d'un délai de dix ans proposé dans le projet de loi¹³⁹ : quel est l'objectif? Que désire-t-on protéger? La tranquillité d'esprit du défendeur, la qualité des éléments de preuve, la sécurité dans les relations juridiques? Pourquoi pas vingt ans¹⁴⁰? Comment justifier le délai

-
137. Voir D. FINKELHOR et A. BROWNE, « The Traumatic Impact of Child Sexual Abuse : A Conceptualization », préc., note 79; Azmaira Hamid MAKER et al., « Long Term Psychological Consequences in Women of Witnessing Parental Physical Conflict and Experiencing Abuse in Childhood » (1998) 13 *Journal of Interpersonal Violence* 574; Isabelle ÉMOND et al., « Les troubles extériorisés et intériorisés des enfants témoins de violence conjugale et leurs variables associées : une recension des écrits », (2000) 25 *Santé mentale au Québec* 258; Cynthia R. MARKS et al., « Effects of Witnessing Severe Marital Discord on Children's Social Competence and Behavioral Problems », (2001) 9 *The Family Journal Counselling and Therapy for Couples and Families* 94.
138. C'est ce qu'a proposé la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Commentaires sur le projet de loi n° 70, Loi facilitant les actions civiles des victimes d'actes criminels et l'exercice de certains autres droits*, Québec, juin 2012.
139. Le délai de dix ans peut avoir été inspiré par l'Office de révision du Code civil. Dans le cas où le préjudice se manifeste graduellement, l'ORCC proposait un délai de déchéance de dix ans à partir du fait qui a causé le préjudice. Voir Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel, 1977, Livre septième, art. 51.
140. L'art. 2226 du Code civil français a été modifié en 2008 pour permettre une prescription de vingt ans lorsque le préjudice est causé par des tortures et des actes de barbarie, des violences ou des agressions sexuelles commises contre un mineur, Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008

de dix ans? Il serait contraire à l'ordre public si un agresseur acquérait une immunité contre les conséquences de son agression par l'effet du temps. De plus en plus, les crimes sérieux, comme les crimes de guerre et la torture, ne sont pas prescriptibles¹⁴¹. Nous sommes davantage dans une ère d'imputabilité, ce que la responsabilité extracontractuelle doit refléter.

Le délai de dix ans n'est-il pas en fait un délai de déchéance ou un délai ultime, car il ne pourra pas être suspendu plus tard. Si la victime a fait la preuve du moment où elle a établi le lien de causalité, elle ne pourra pas par la suite, pendant les dix ans, demander la suspension de la prescription, si par exemple des problèmes de santé retardent le dépôt de son action.

À notre avis, pour des raisons d'accessibilité à la justice, les délais de prescription dans les cas de violence sexuelle (violence conjugale incluse) et non sexuelle commise sur des personnes, mineures ou non, dans des relations d'intimité, d'autorité, de confiance ou de dépendance, devraient être abolis¹⁴².

portant réforme de la prescription en matière civile. Voir Cristina CORGAS-BERNARD, « La loi du 17 juin 2008 et le droit de la réparation du dommage corporel » dans Philippe CASSON et Philippe PIERRE (dir.), *La réforme de la prescription en matière civile : le chaos enfin régulé?*, Paris, Dalloz, 2010, 93.

141. Art. 29, Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, adopté le 17 juillet 1998 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002.

142. Voir en Ontario, *Prescription des actions (Loi de 2002 sur la)*, préc., note 86, art. 10 (3) : « À moins de preuve du contraire, le titulaire d'un droit de réclamation fondé sur une agression sexuelle est présumé avoir été dans l'incapacité d'introduire l'instance antérieurement à la date de son introduction ». E. Adjin-Tetty propose l'abolition de toute forme de délais de prescription ou de délais de déchéance dans des actions civiles concernant des violations – commises il y a de nombreuses années – de l'intégrité et de l'autonomie de personnes vulnérables, comme des enfants, des femmes, des handicapés et des autochtones. Elle propose de tenir compte du contexte particulier de ces violations. En plus des cas de violence sexuelle et non sexuelle dans les pensionnats autochtones, dans des familles d'accueil, dans des établissements d'enseignement, dans des hôpitaux pour enfants handicapés, violations qui se sont déroulées il y a plusieurs décennies et souvent sous l'autorité de l'État, elle mentionne

La description de cette évolution historique permet de voir de quelle façon le travail des chercheuses féministes, qui ont utilisé le droit comparé, a mené ultimement à des réformes législatives. La percolation dans le droit civil d'une solution inspirée de la common law canadienne s'est produite sur vingt ans. Le recours à une présomption de conscience ne perturbe pas ou ne modifie pas une conception de base ou une institution du droit civil. La présomption facilite l'expression de l'impossibilité psychologique d'agir. D'ailleurs, les règles de la responsabilité extracontractuelle utilisent déjà le mécanisme de la présomption¹⁴³. On remarque aussi une similitude entre la règle de la possibilité de la découverte tardive de common law, qui permet de retarder le déclenchement des délais de prescription, et la règle de l'impossibilité d'agir pour suspendre la prescription du Code civil du Québec. De plus, la common law canadienne des délits a déjà beaucoup d'influence sur le droit de la responsabilité extracontractuelle¹⁴⁴.

CONCLUSION

Si le droit peut servir d'outil de changement social pour les femmes, la fonction subversive du droit comparé peut y contribuer. L'exemple de l'adaptation progressive des délais de

aussi des cas de stérilisation forcée. Voir E. ADJIN-TETTEY, préc., note 83. C'est aussi la position du Barreau du Québec au sujet du projet de loi 70, voir la lettre du Bâtonnier au ministre de la Justice du 23 mai 2012, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2012/20120523-pl-70.pdf>>.

143. Pensons, par exemple, à la présomption de faute des parents pour le fait dommageable de leur enfant (art. 1459 C.c.Q.) ou du gardien du bien pour le préjudice causé par le bien qu'il a sous sa garde (art. 1465 C.c.Q.). Ou encore la présomption de responsabilité de l'employeur pour la faute de son employé (art. 1463 C.c.Q.).

144. Pensons à la trilogie de la Cour suprême en matière de règles de calcul de l'indemnisation du préjudice corporel (*Andrews c. Grand and Toy, Alberta Ltd*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Thornton c. Prince George School Board*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287), aux critères d'évaluation des dommages-intérêts punitifs de l'art. 1621 C.c.Q. inspirés du rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Exemplary Damages*, Toronto.

prescription, tant en common law canadienne qu'en droit québécois, témoigne de ce travail subversif en droit. Dans le sillon laissé par l'adoption de la présomption de conscience en droit québécois pour assouplir les délais de prescription ont suivi les études, entre autres, en psychologie, en criminologie et en médecine sur les effets dévastateurs des violences sexuelles sur les survivantes. En citant ces études qui sont à la base des réformes jurisprudentielles, les tribunaux ont fait entrer ce savoir dans le domaine du droit. D'autres tribunaux ont mentionné à leur tour ces études.

Les féministes et les comparatistes contestataires ont souligné que la comparaison comporte son lot de pièges : la norme juridique n'est ni neutre, ni universelle. Le comparatiste ne peut s'extraire de son contexte culturel et à coup sûr, sa comparaison est empreinte de biais. La mission de comparaison est-elle alors impossible? Comme le démontre l'exemple de la percolation en droit québécois de la présomption de conscience, qui à l'origine avait été proposée par des chercheuses féministes, le droit comparé peut être utilisé comme un outil féministe de réforme législative. L'emprunt et l'adaptation de solutions juridiques d'autres systèmes juridiques, comme dans le cas exposé ci-haut, peut se faire entre sociétés similaires. Comme l'affirme Patrick Glenn, « [t]he legal tradition which is recognizable as Other is never entirely alien »¹⁴⁵.

ÉPILOGUE

La rédaction du présent texte a été complétée avant l'adoption du projet de loi 22 présenté par le nouveau gouvernement¹⁴⁶. Les

145. H. P. GLENN, préc., note 46, p. 140. Dans son article, « La civilisation de la common law », (1993) 45 R.I.D.C. 559, H. P. Glenn souligne aussi l'influence du droit civil sur la common law, pour démontrer que les deux systèmes ne sont pas étrangers l'un à l'autre. Voir aussi nos commentaires, préc., note 48.

146. *Loi modifiant la Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels, la Loi visant à favoriser le civisme et certaines dispositions du Code civil relatives à la prescription*, L.Q. 2013, c. 8.

dispositions adoptées en matière de prescription répondent en partie aux critiques énoncées ci-dessus relativement au projet de loi 70, mais le législateur s'est refusé à admettre l'imprescriptibilité du droit d'action des victimes d'actes portant atteinte à la personne et qui peuvent constituer des infractions criminelles.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE DROIT COMPARÉ COMME INSTRUMENT DE MODERNISATION :
L'EXEMPLE DES CODIFICATIONS CIVILES DES ÉTATS ARABES DU
MOYEN-ORIENT

Auteur(s) : Harith AL-DABBAGH

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 1-2

Pages : **387-441**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10198>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10198>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LE DROIT COMPARÉ COMME INSTRUMENT DE MODERNISATION : L'EXEMPLE DES CODIFICATIONS CIVILES DES ÉTATS ARABES DU MOYEN-ORIENT

par Harith AL-DABBAGH*

Au lendemain de la décolonisation, les nouveaux États arabes du Moyen-Orient entreprirent un vaste mouvement de codification du droit civil. Dans cette région du monde, la codification va bien au-delà d'une simple technique de compilation et de systématisation des normes. Elle revêt une fonction particulière, celle de modernisation et, subrepticement, de sécularisation du droit. Elle conduit à établir un corpus juris largement détaché de la Charia. Le droit comparé a été mis au cœur de cette entreprise afin de concilier aspiration légitime à la modernité et respect des traditions. Ainsi, si la contribution du droit comparé au processus de production législative paraît capitale, son apport en tant que source d'inspiration peut varier d'un pays à l'autre en fonction de la place réservée au droit traditionnel, le droit musulman. Le présent article propose d'évaluer le rôle du droit comparé dans l'évolution du droit civil des pays arabes à travers le processus de codification.

In the aftermath of decolonization, the new Arab states in the Middle East undertook the codification of the civil law. Codification in the Arab world implies more than a simple technique for compiling and codifying legal norms. It assumes the specific role of modernizing and subtly secularizing the law. Codification allows for the establishment of a corpus juris to a large extent detached from Sharia. Comparative law is at the heart of this undertaking and can play a part in reconciling a legitimate desire for modernity while respecting tradition. Although the contribution of comparative law to the legislative process is very important, its role as a source of inspiration may vary from one country to another and will depend upon the preponderance given to traditional Islamic law in each jurisdiction. This article examines the degree to which comparative law plays a role in the process of civil law codification in Arab countries.

*. Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

388 *Le droit comparé comme instrument de modernisation :
l'exemple des codifications civiles (2013) 43 R.D.U.S.
des États arabes du Moyen-Orient*

SOMMAIRE

Introduction	389
I. Le droit comparé comme source d'inspiration	397
A. Le droit comparé : source prédominante	398
B. Le droit comparé : source mitigée	405
II. Le droit comparé comme méthode d'harmonisation	413
A. La sélection normative	414
B. L'intégration normative	425
Conclusion	434

Introduction

Au lendemain de la décolonisation, un besoin pressant de modernisation se fit sentir dans de nombreux pays en Afrique et au Moyen-Orient. Il fallait mettre le droit en harmonie avec les nouvelles réalités économiques et sociales et l'adapter aux exigences de l'époque. Au-delà du souci de réforme, l'œuvre du législateur visait également à « s'approprier » le droit : une manière pour des États fraîchement indépendants d'affirmer une souveraineté conquise ou retrouvée.

Très tôt, les pays émergents du Moyen-Orient arabe entreprirent un vaste mouvement de réformes législatives et juridictionnelles. Ces pays se sont trouvés brusquement confrontés aux problèmes de la vie moderne que leur droit traditionnel ne permettait plus de résoudre. Le droit musulman, œuvre des jurisconsultes des VIII^e et IX^e siècles, ne répondait plus aux besoins nouveaux. Après avoir atteint son apogée à l'époque abbasside, ce droit a commencé, à partir du XII^e siècle, à stagner puis à décliner pour enfin se figer¹. Il n'a plus été possible d'apporter la moindre modification aux solutions doctrinales élaborées par les fondateurs des différentes écoles et par leurs disciples immédiats². Pour secouer cette torpeur, le législateur arabe, pressé par l'avènement de l'État-nation, a tourné ses regards vers l'Occident pour y puiser des idées nouvelles en vue de la reconstruction du droit national.

-
1. En effet, depuis la fermeture de la porte de l'*ijtihād* au X^e siècle, se sont succédé des siècles de *tāqlid*, ou conformisme, qui ne tolérait aucune transgression et qui rejetait toute innovation. Le *fiqh* se figea à partir de ce moment et demeura dix siècles dans un état de sclérose où la jurisprudence novatrice n'était guère admise. Abdul-karim ZEYDAN, *Introduction à l'étude de la charia islamique* [en arabe], Alexandrie, Éditions Dar Omar-bin-elkhatāb, 1969, p. 150; Mustapha AL-ZARQA, *Le fiqh islamique dans sa nouvelle tenue* [en arabe], t. 1, Damas, Dar al-qalam, 1998, p. 211 et suiv.
 2. Louis MILLIOT, « La pensée juridique de l'Islam », (1954) 6 *R.I.D.C.* 450; Yvon LINANT DE BELLEFONDS, « Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Egypte », (1955) 7 *R.I.D.C.* 5. Pour plus de détails sur la notion de *bidāa* (innovation proscrite), voir aussi Mohamed TALBI, « Les Bida' », (1960) 12 *Studia Islamica* 43.

La codification va se révéler le meilleur vecteur de cette modernisation (*assrana*) escomptée. Celle-ci peut être définie comme l'œuvre législative visant à rassembler, systématiser, clarifier et rénover les règles relatives à une matière en les ordonnant en un nouveau corps ayant valeur de loi³. Ayant habituellement pour objectifs d'améliorer la connaissance, l'intelligibilité et l'accessibilité du droit, la codification peut parfaitement aussi épouser une autre finalité, celle de faire évoluer la règle de droit en l'adaptant aux exigences d'une époque. Plus particulièrement, l'élaboration d'un code civil peut se donner comme vocation la transformation des institutions du droit privé. Dans ce contexte, la technique est inhérente à l'avènement d'un ordre nouveau, poursuivant un idéal d'abstraction, de rationalisation et de cohérence, comme le démontre l'essor soudain de ce phénomène en Europe, à la suite des codifications napoléoniennes⁴.

Si la codification est à l'origine une idée fondamentalement orientale, née dans les profondeurs de la Mésopotamie⁵, celle-ci demeure complètement étrangère à l'Islam. Le droit musulman, ou proprement dit le *fiqh*⁶, est une œuvre purement doctrinale pro-

-
3. Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., PUF, 2007, v^o Codification.
 4. Voir : Michel GRIMALDI, « L'exportation du Code civil », (2003) 4 *Pouvoirs* 80.
 5. En témoigne le célèbre Code d'Hammourabi, à Babylone (environ 1700 av. J.-C.). Ce Code fut lui-même inspiré par des codes sumériens et akkadiens antérieurs. Voir Samuel Noah KRAMER, *L'histoire commence à Sumer*, 2^e éd, Paris, Flammarion, 1994, p. 77 et s.; Abbas AL-ABOUDY, *Le Code d'Hammourabi : étude comparée* [en arabe], 2^e éd., Mossoul, Presses Universitaires de Mossoul, 1999, p. 19-20.
 6. L'expression même de droit musulman est très ambiguë. Dans le vocabulaire des Orientalistes, il renvoie au droit des savants et des jurisconsultes (le *fiqh*). C'est l'usage retenu dans le cadre du présent texte. À ce titre, le *fiqh* diffère de la Charia dans deux aspects. D'une part, la Charia est les prescriptions émanant directement des sources scripturaires révélées (Coran et la Sunna), quant au *fiqh*, il renferme les règles et les préceptes dégagés par les théologiens-juristes *fouqahâ* dans leurs interprétations de la Charia. D'autre part, alors que la Charia comprend les prescriptions ayant trait à la foi, au dogme, à la morale, au culte et aux relations sociales, le *fiqh* se borne aux deux dernières catégories (culte et relations sociales). Voir M. AL-ZARQA, préc., note 1, p. 153-154.

duite par les juristes musulmans *fouqahâ* aux II^e et III^e siècles de l'hégire. Ce droit revêt un caractère casuistique et pluraliste⁷. Ses enseignements reposent essentiellement sur les commentaires et les gloses des *fouqahâ* qui se déploient en de nombreuses écoles, dont les plus importantes aujourd'hui sont les écoles hanafite, malékite, chaféite et hanbalite⁸. Chacune manifestait fréquemment des opinions divergentes exprimées à propos de l'examen des cas d'espèce. La méthode inductive des différentes écoles a conduit à la coexistence d'un grand nombre de normes ayant le même objet, mais proposant des solutions bien différentes. Ces solutions n'ont jamais fait l'objet de systématisation⁹. À l'instar de la common law, le génie musulman est essentiellement empirique, une sorte de *case law*.

Or, un corps de solutions si variées et non homogénéisées comportait le grand risque de mener à des contradictions inextricables, notamment sur le terrain de la justice où les divergences des jugements ont été rapidement dénoncées¹⁰. Malheureusement, les propositions, faites à l'aube de l'époque abbasside, de systématisation ou de rassemblement de certaines dispositions dans un « code » ont été rapidement écartées au nom de la liberté intellec-

Soulignons que dans les travaux les plus récents, les auteurs emploient, à tort, le terme « droit musulman » pour désigner indifféremment la Charia et le *fiqh*.

7. Sur les traits caractéristiques du droit musulman, voir : Chafik CHEHATA, *Etudes de droit musulman*, Paris, PUF, 1971, p. 42 et suiv.
8. Pour n'en citer que les écoles sunnites. La branche chiite se divise elle-même en écoles imamite, ismaélienne, zaydite et alaouite.
9. Jean-Paul CHARNAY, « Pluralisme normatif et ambiguïté dans le Fiqh », (1963) 19 *Studia Islamica* 65.
10. Ibn al-Muqaffa, un secrétaire du deuxième calife abbasside Al-Mansour (714-775), écrivit un mémorandum adressé au Calife faisant état du désordre qui régnait dans le domaine judiciaire, où les cadis prenaient des décisions souvent différentes les unes des autres sur des cas importants. Pour remédier à cette situation, l'auteur suggérait la mise en place d'un « code » applicable dans toutes les provinces de l'Empire, suggestion qui restera lettre morte. Charles PELLAT, *Ibn al-Muqaffa' « conseiller » du calife*, Paris, Maisonneuve & Larose, 1976, *passim*.

tuelle réclamée par les *fouqahâ*¹¹. Les califes, qui ont renoncé à revendiquer un quelconque pouvoir normatif, laisseront le *fiqh* se développer de manière autonome. La genèse du droit musulman était, ainsi, organiquement et fonctionnellement indépendante du pouvoir politique. Les ouvrages médiévaux du *fiqh* se présentent comme reflétant l'opinion d'une école, et même parfois l'opinion d'un savant, qui n'est pas toujours partagée par d'autres savants de la même école où pouvaient coexister en effet plusieurs courants.

Étant avant tout une doctrine et une méthode, « le droit musulman est essentiellement incodifiable », estime Joseph Schacht, « parce qu'il ne possède de valeur religieuse qu'autant qu'il est enseigné de la manière traditionnelle par l'une des écoles du *fiqh* »¹². Toute entreprise de codification encourt le risque de dénaturation ou d'altération de son essence. D'ailleurs, de nos jours, cette antinomie est toujours officiellement soutenue dans des pays comme l'Arabie Saoudite, où le Comité de grands oulémas (*hayaat kibar al-oulamâ*) a édicté en 1973 une fatwa à la majorité, prononçant l'illicéité de la codification de la « Charia ». Cette dernière, affirme-t-on, n'est pas fixée dans une école ou une doctrine donnée. Il s'ensuit que « le fait d'obliger le juge, par le truchement d'un code, à suivre les enseignements propres à une école déterminée pour trancher les litiges est illicite »¹³. Ceci explique pourquoi le Royaume saoudien, à côté d'Oman, ne s'est toujours pas doté d'un code civil¹⁴.

-
11. On se réfère, à cet égard, au refus de l'imam Malik, fondateur de l'école malékite, de l'offre faite par le Calife Al-Mansour de faire de son ouvrage *al-muwatta* la loi officielle de l'Empire abbaside. Jamal-Eddin ATTIA, « Histoire de la codification de la Charia islamique » [en arabe], (1977) 11 *Revue al-mousslim al-mouassir* 39.
 12. Joseph SCHACHT, *Esquisse d'une histoire du droit musulman*, Paris, Librairie orientale et américaine Max Besson, 1953, p. 80.
 13. Voir la décision du Comité publiée à la *Revue des recherches islamiques saoudienne* [en arabe], Riyad, 1411 de l'hégire (1990), n° 31, p. 58 et suiv.
 14. Les deux pays appliquent en matière civile les dispositions de la Charia, d'après l'école hanbalite en Arabie Saoudite et d'après l'école kharijite au Sultanat d'Oman. Il mérite d'être mentionné qu'un projet de Code civil conçu selon le modèle égyptien est en préparation au Sultanat depuis un

Cependant, l'idée de codification du *fiqh* va finir par s'imposer dans la plupart des pays musulmans. Déjà au XIX^e siècle, l'Empire ottoman entama un mouvement de codification faisant partie des grandes réformes appelées *Tanzimat*¹⁵. Le *medjellé*, codification promulguée en seize livres entre 1869 et 1876, réunit de manière ordonnée les solutions les mieux établies de l'école hanafite (école officielle de l'Empire) en droit des contrats et des biens. Ces dispositions sont réparties en livres, titres, chapitres et sections sur le modèle du Code Napoléon. Longtemps réputée comme la première codification officielle dans l'histoire de l'Islam¹⁶, cette affirmation gagne, toutefois, à être nuancée. En effet, le *medjellé* est conçu, à la manière casuistique traditionnelle, comme une compilation des cas d'espèce, accompagnés d'une multitude d'exemples et de commentaires¹⁷. Il ne renfermait pas de règles générales, et *a fortiori* aucune théorie générale des obligations et des contrats¹⁸. Ce caractère doctrinal excessif en rendait

moment, et une version initiale a été divulguée en 2007, mais il n'a toujours pas été promulgué.

15. Une série de réformes, faites à partir de 1839 sous la pression des puissances européennes, mais aussi à l'initiative des élites internes, ayant pour but d'adopter une organisation plus moderne et plus efficace dans le domaine politique et militaire, de même que dans l'administration, dans le système fiscal et dans l'exercice de la justice. L'Empire adopta de nouveaux codes calqués sur les codes napoléoniens, notamment en matière de droit commercial, procédural et pénal et créa de nouveaux tribunaux séculiers, limitant ainsi la compétence du *cadi*. Pour plus de détails, voir : Jacques LAFON, « L'Empire ottoman et les Codes occidentaux », (1997) 26 *Droits* 5; Dora GLIDEWELL NADOLSKI, « Ottoman and Secular Civil Law », (1977) 8 *Int. J. Middle East Stud.* 517.
16. David BONDERMAN, « Modernization and Changing Perceptions of Islamic Law » (1968) 81 *Harv. L. R.* 1177; James Norman Dalrymple ANDERSON, « The Shari'a and Civil Law », (1954) 1 *The Islamic Quarterly* 27.
17. Des exemples souvent surannés puisés dans les anciens ouvrages doctrinaux (achat d'une odalisque, d'un esclave, d'un serf, achats de béliers qui frappent de la corne, achat de coqs de combat, etc.). Ils auraient pu être remplacés par des exemples puisés de la vie contemporaine.
18. Certes, le *medjellé* comporte, dans le titre préliminaire, une section réunissant 99 principes qualifiés de « fondamentaux du Droit sacré », mais ces adages et ces définitions, comme le souligne Chafik Chehata, « sont bien plutôt des règles de pure logique que des règles de droit ». Chafik CHEHATA, « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », (1965) 17 *R.I.D.C.* 839 p. 842.

l'application malaisée. En dépit de ces défauts, le *medjellé* marque une date dans l'histoire du droit musulman; il « est à l'orée d'une nouvelle ère. Le souverain intervient, cette fois, pour adopter l'une des solutions admises en doctrine hanafite, de préférence à telles autres. Le juge n'est plus libre dans son recours aux ouvrages du *fiqh* »¹⁹.

Ainsi, il est vite apparu aux yeux du législateur arabe du XX^e siècle que son héritage classique ne pouvait guère répondre aux besoins de l'activité législative contemporaine. Pour réformer, les États arabes ont compris la nécessité de passer par une codification qui emboîterait le pas aux systèmes les plus modernes. Cette volonté a amené la plupart des législateurs, après l'indépendance, à s'aligner, peu ou prou, sur le modèle occidental. Finalement, ce dernier ne leur est pas complètement inconnu. L'expérience des Capitulations, du Mandat mais aussi du *Tanzimat*, vécue par de nombreux territoires, ainsi que les échanges commerciaux, ont familiarisé le monde musulman avec le droit « importé » d'Europe²⁰.

Ainsi s'amorça dans toute la région un processus de codification, qui aboutit à l'adoption, dans différents pays, de codes civils comparables aux codes européens : le Code des obligations et des contrats libanais en 1932, le Code civil égyptien (C.c.Eg.) et le Code civil syrien (C.c.Sy.) en 1948, suivis par les Codes civils irakien (C.c.Iq) en 1951 et libyen en 1953. Après une période de stagnation, d'autres États, réticents jusqu'alors, se lancèrent à leur tour dans l'entreprise. Ainsi furent adoptés le Code civil jordanien (C.c.Jo.) de 1976, le Code civil koweïtien (C.c.Kow.) de 1980, le Code des transactions civiles des Émirats Arabes Unis

19. C. CHEHATA, préc., note 7, p. 28.

20. C'est ce même contact avec l'Occident qui a stimulé le « réveil arabe » de la fin du XIX^e siècle. Des courants réformateurs, tels que celui de Djamal-eddin al-Afghani (1839-1897) et Mohamed Abdou (1849-1905), réclamaient la réouverture de la porte de l'*ijtihad* et l'institution des réformes économiques et sociales. Pour plus de détails, voir : Alphonse GOUILLY, *Renaissance moderne de l'Islam*, Paris, La Nouvelle Édition, 1945, p. 37 et suiv.

démarche est, sans doute, celle qui motive tout législateur désireux de faire évoluer la règle de droit en l'adaptant aux exigences de l'époque²⁵.

Toutefois, il convient de souligner d'emblée que cette évolution resta limitée au droit des contrats et au droit des biens. Le droit familial au sens large, le statut personnel, demeura à l'abri du mouvement de modernisation²⁶. Dans la majorité des pays arabes, ce domaine, détaché du Code civil, s'est montré imperméable à la réception des institutions étrangères. Le droit religieux y trouve toute sa vigueur. Le statut personnel est ainsi resté incontestablement la forteresse imprenable des normes religieuses, sans doute parce que « c'est là que s'expriment avec le plus d'intensité les particularismes et les identités culturelles. C'est là que survit la tradition, une tradition particulièrement forte ici, puisqu'elle s'enracine dans le temps et qu'elle se réclame du sacré »²⁷. D'ailleurs, dans le monde arabe la dénomination « code civil » répond parfaitement à ce souci de dissocier le droit religieux prévalant en matière familiale du droit civil, de facture laïque, qui régit le droit des obligations et le droit des biens.

codes occidentaux, de nombreux domaines (droit commercial, pénal, de procédure) ont été soustraits du droit musulman. En résultera la mise en place de nouveaux tribunaux séculiers *nizamiyé* chargés d'appliquer les nouveaux codes à la place des tribunaux des cadis. Noël James COULSON, *Histoire du droit islamique*, Paris, PUF, 1995, p. 146.

25. Ce recours aux sources étrangères n'est pas limité au Code civil, mais il apparaît dans des domaines aussi variés que le droit commercial, la propriété intellectuelle, le droit de la faillite, le droit pénal. On parle alors de « réception » dans la mesure où le transfert de droit s'opère au terme d'un choix délibéré du système récepteur. Voir Masaji CHIBA, « Ce qui est remis en question dans la culture juridique non-occidentale », dans *Une introduction aux cultures juridiques non-occidentales, Manuel de l'Académie Européenne de Théorie du Droit*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 233, à la page 271.
26. Il faut souligner que dans le monde arabe on ne peut parler ouvertement de laïcisation, le terme « modernisation » masque une volonté de laïcisation des normes en soustrayant une matière donnée à l'emprise du droit musulman traditionnel.
27. Léna GANNAGE, « Synthèse » dans Lucette KHAÏAT et Cécile MARCHAL (dir.), *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 420.

Pour réformer cette branche fondamentale du droit privé, le droit comparé a été mis au service de l'entreprise, « périlleuse mais nécessaire »²⁸, de codification. À cet égard, la contribution du droit comparé peut se vérifier, de prime abord, à travers le caractère éclectique des codes, révélateur de la multiplicité des sources auxquelles les codificateurs arabes ont puisé. Ce pluralisme des sources rendait indispensable le travail d'harmonisation. À cette fin, la méthode comparative va servir comme instrument de brassage et d'adaptation du droit en vue d'opérer un rapprochement dans les concepts, institutions et techniques d'origines très diverses. Par le biais de ce processus, la cohésion interne nécessaire à toute codification se trouve préservée.

Dès lors, pour éclairer cette vocation spécifique du droit comparé et sa place dans les codifications civiles arabes, il convient d'examiner d'abord son usage comme source d'inspiration (I) et, ensuite, d'envisager sa contribution, comme instrument d'harmonisation, dans le processus d'élaboration de ces codes (II).

I. Le droit comparé comme source d'inspiration

Nous avons remarqué que, dès les années 1930, un souci de modernisation s'est emparé de nombreux pays du Moyen-Orient. Dans cette première vague de codification, les pays pionniers comme le Liban, la Syrie et l'Égypte se sont largement alignés sur le modèle occidental, notamment sur le droit français. S'inscrivant dans la même lignée, le Code irakien a toutefois tenté d'intégrer certains concepts du droit musulman classique. Il préfigurait ainsi l'avènement d'une seconde génération de codification sensiblement islamisée. Ainsi, un recours plus significatif au *fiqh* a été opéré par le Code civil jordanien de 1976, le Code émirati de 1985 et le Code yéménite de 2002.

À l'examen de ces différents textes, force est de constater que la place du droit comparé comme source d'inspiration est as-

28. François TERRE et Anne OUTIN-ADAM, « Codifier : un art difficile (à propos d'un Code de commerce) », Recueil Dalloz 1994, chronique, p. 99.

sez variable d'un pays à l'autre. Tout dépend du degré d'imprégnation du droit moderne par rapport au droit traditionnel. Nous pourrions distinguer entre les premières codifications, plus occidentalisées, dans lesquelles le droit comparé a joué un rôle prépondérant (A), et les codifications les plus récentes qui proclament leur attachement au droit musulman, tout en réservant au droit comparé une certaine place (B). Nous allons examiner successivement chacun de ces deux courants.

A. Le droit comparé : source prédominante

La méthodologie d'élaboration législative a évolué au fil du temps. Les codes arabes appartenant à la première génération se sont sensiblement rapprochés du modèle continental européen. Cette influence est notamment perceptible au Liban, en Égypte, en Syrie et à moindre degré, en Irak.

Au Liban, le caractère multiconfessionnel du pays et le mandat français ont facilité l'adoption, dès 1932, d'un Code des obligations et des contrats. Ce code, dont Josserand fut le principal artisan²⁹, reprend la plupart des solutions édictées par le droit français, soit dans le Code civil même, soit dans la jurisprudence postérieure à 1804. Les auteurs évoquent aussi des emprunts ponctuels faits au Code civil allemand (ci-après « BGB »), aux codes suisses et au projet franco-italien de code des obligations de 1927³⁰. L'œuvre ainsi accomplie a eu pour conséquence

29. La première mouture du projet fut confiée à Ropers, juge au Tribunal de la Seine. Ce travail fut poursuivi par Josserand. La dernière version remaniée par le Comité consultatif de législation fut adoptée par le Parlement. Le texte promulgué le 9 mars 1932 entra en vigueur le 11 octobre 1934. Pierre GANNAGE, « Rapport libanais », dans *La circulation du modèle juridique français*, Collection des Travaux de l'Association Henri Capitant, vol. 44, Paris, Litec, 1993, p. 253.

30. Bichara TABBAH, « L'humanisme du droit civil français : Le secret de son rayonnement », (1954) 6 *R.I.D.C.* 28. Voir aussi : David DEROUSSIN, « Josserand, le Code civil et le Code libanais des obligations et des contrats », dans *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques, Colloque CEDROMA 2004*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 49 (ci-après « *Colloque CEDROMA* »); Hadi SLIM, « La réception du droit français de la responsa-

l'abrogation quasi complète des dispositions du *medjellé* ottoman, alors en vigueur³¹. Le Code libanais est un exemple notoire, dans les pays du Moyen-Orient, de droit parfaitement occidentalisé dans la quasi-totalité de ses dispositions.

Pour sa part, l'Égypte était, depuis l'Expédition de Bonaparte, en contact permanent avec les puissances occidentales avec qui elle tissait des liens sociaux et économiques. En 1876, le pays conclut avec les puissances européennes une convention internationale instituant des juridictions particulières que l'on appela par la suite les « tribunaux mixtes »³². Leurs juges étaient essentiellement européens et avaient pour mission de trancher les litiges tant de droit civil que de droit commercial impliquant des non-Égyptiens ou un Égyptien et un étranger³³. À cet effet, des codes dits mixtes furent élaborés par un avocat français d'Alexandrie, applicables en matière civile, commerciale, maritime, pénale et procédurale³⁴. Ces Codes – rédigés en langue française – sont quasiment une reproduction ou plus précisément une « condensa-

bilité délictuelle au Liban : Au-delà du Code civil mais grâce au Code civil », dans *Colloque CEDROMA*, *id.*, p. 279.

31. Certaines rares survivances demeurent dans des domaines très particuliers comme les diverses formes de métayage et la vente à réméré (*salam*). Pierre GANNAGE, « L'influence du Code civil sur les codifications des États du Proche-Orient », dans Duncan FAIRGRIEVE (dir.), *The Influence of the French Civil Code on the Common Law and Beyond*, London, British Institute of International and comparative Law, 2007, p. 477, à la page 479.
32. Ces tribunaux faisaient partie du système dit de Capitulations. Pour plus de détails : Erwin LOEWENFELD, « The Mixed Courts in Egypt as Part of the System of Capitulations after the Treaty of Montreux » dans *Transactions of the Grotius Society*, vol. 26, Problems of Peace and War, Cambridge University Press, 1940, p. 83-123.
33. Mohamed EL SAYED ARAFA, « Egypte », dans *La circulation du modèle juridique français*, préc., note 29, p. 238.
34. La rédaction fut confiée à un avocat français d'Alexandrie, Maunoury, qui ne disposa pour cela que d'un temps limité. Il procéda hâtivement par voie de condensation des codes français et en tira six codes qui furent soumis à l'approbation des puissances étrangères et ensuite promulgués en 1875. Jacques MAURY, « Rapport sur le Code civil français et son influence dans le bassin méditerranéen : l'Orient, l'Extrême-Orient » dans *L'influence du Code civil dans le monde*, Travaux de la semaine internationale de droit, Paris, Pedone, 1954, p. 839.

tion » des codes napoléoniens³⁵. En 1883, la modernisation des institutions s'étendra aux matières civiles entre Égyptiens au travers d'une série de codes dits « codes indigènes », à l'usage des tribunaux nationaux, dont le contenu est essentiellement inspiré des codes mixtes³⁶.

Officiellement indépendant depuis 1936, l'État égyptien procéda à la suppression des codifications mixtes et indigènes adoptées sous le protectorat britannique³⁷. L'élaboration d'un nouveau code fut confiée à deux éminents juristes, Abdulrazak Sanhoury³⁸ et Édouard Lambert³⁹, et dura plus de dix ans. Le droit comparé, perçu comme porteur du « progrès de la science juridique et législative »⁴⁰, a été au cœur de ce processus.

En effet, le nouveau Code civil égyptien de 1948, tout en restant profondément ancré dans la tradition française, fut également influencé par un large éventail de codifications. Les rédac-

-
35. Mark HOYLE, *Mixed courts of Egypt*, Londres, Boston, Graham & Trotman, 1991, p. 15 et suiv.
36. Joseph SCHACHT, « Problems of Modern Islamic Legislation », (1960) 12 *Studia islamica* 99.
37. Sur ce sujet, voir : Jan GOLDBERG, « Réception du droit français sous les britanniques en Égypte : un paradoxe? », (1998) 34 *Égypte-Monde arabe* 67.
38. (1895-1971) : Brillant juriste égyptien, disciple préféré d'Édouard Lambert. Il écrivit une thèse sur *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail et la jurisprudence anglaise*, soutenue à Lyon en 1925. À son retour, il a occupé plusieurs postes, notamment professeur à la faculté de droit du Caire (1926-1934), doyen de la faculté de droit de Bagdad (1935-1937) et ministre de l'éducation en Égypte (1942-1949) avant de devenir président du Conseil d'État égyptien (1949-1954). Il fut l'architecte de nombreuses codifications civiles arabes, notamment en Irak, en Syrie, en Lybie et au Koweït.
39. Voir : Olivier MORETEAU, « L'influence internationale de l'œuvre d'Édouard Lambert », dans *Dialogue de cultures et de législations : actes du congrès international du Cinquantenaire du Code civil égyptien (1948-1998)*, Le Caire, Direction générale de la Coopération internationale et culturelle, 1998, p. 62 (ci-après « *Dialogue* »).
40. Ministère de la Justice (Égypte), *Recueil des travaux préparatoires du Code civil égyptien (Al-Qanun al-madani : majmuat al-a'mal al-tahdiriyyah)* [en arabe], t. 1, Le Caire, Imprimerie *Dar el-kitab al-arabi*, 1950, p. 15 (ci-après « *Travaux préparatoires* »).

teurs pensaient qu'il fallait tenir compte des nouvelles codifications européennes. À cet égard, les travaux préparatoires révèlent le recours à « environ une vingtaine de codes » qualifiés de « fine fleur » des codifications de l'époque⁴¹. Les sources étrangères ont été ainsi répertoriées et classées en trois groupes distincts : *primo*, le groupe des droits romanistes, regroupant, à titre d'exemple, les codes civils français, italien, espagnol et brésilien, mais aussi le projet franco-italien de code des obligations et le Code civil du Bas-Canada; *secundo*, le groupe des droits germaniques, comprenant le BGB, le Code autrichien, le Code suisse des obligations, ainsi que différents codes inspirés de cette tradition comme les codes turcs; *tertio*, le groupe des codifications dites éclectiques, celles ayant cherché à combiner les deux systèmes précédents. Les travaux préparatoires citent, pêle-mêle, les cas de la Pologne, de la Tunisie, du Liban, du Japon et de la Chine⁴².

C'est à partir de cet arsenal si riche que les rédacteurs ont puisé des règles et solutions qui leur paraissaient les plus appropriées en vue d'élaborer un « corpus cohérent, efficace et moderne »⁴³. Notons que ces sources s'apparentent *grosso modo* à la famille romano-germanique. La common law fut complètement ignorée par les rédacteurs. En effet, un droit jurisprudentiel est jugé souvent trop complexe et trop diversifié pour être, d'une part, facilement accessible et, d'autre part, pour permettre d'avoir une vision claire et précise des tenants et des aboutissants de tout système juridique. Il est pratiquement impossible d'avoir accès à un droit non écrit et de le connaître si on ignore la jurisprudence dans laquelle il est enraciné.

Dans cette pluralité des sources civilistes, la part du droit français paraît la plus notoire. Cela s'explique par le legs des codifications précédentes (mixtes et indigènes) imprégnées du droit français, mais aussi par la référence faite à la jurisprudence si riche rendue sous l'empire de ces codifications. Ainsi, le nouveau

41. *Id.*, p. 16.

42. *Id.*, p. 17-18.

43. Iskandar GHATTAS, « Le droit comparé comme source du Code civil égyptien », dans *Dialogue*, préc., note 39, p. 25, à la page 33.

Code est « resté dans sa structure et ses concepts fondamentaux, fidèle à la technique juridique française »⁴⁴.

Quant au droit musulman, sa place se révèle résiduelle. En effet, pour ne pas rebuter les courants traditionnels, il a été à maintes reprises répété lors des débats parlementaires que le recours aux sources exogènes était surtout d'ordre purement rédactionnel, formel, et que sur le fond, le projet était conforme au droit et à la jurisprudence égyptiens en vigueur, ainsi qu'au droit musulman⁴⁵. Le prétendu caractère islamique du Code a été jugé « fantaisiste » par la majorité des auteurs qui se sont livrés à un examen minutieux de ses dispositions⁴⁶. On peut alors voir dans cette « profession de foi » réitérée des rédacteurs un expédient visant à apaiser les mouvements religieux en vue de faciliter l'adoption du projet. La place du droit musulman, dans le Code même, est à la vérité tellement réduite qu'on a pu parler à son égard de quelques rares « survivances »⁴⁷. D'ailleurs, Sanhoury, son principal artisan, a lui-même fini en 1962 par admettre qu'« en réalité, le nouveau Code civil égyptien est une représentation fidèle de la culture civiliste occidentale »⁴⁸, réfutant ainsi sa dette envers le droit musulman⁴⁹.

44. Abdulrazak SANHOURY, *Traité de droit civil al-wassit* [en arabe], t. 1, Le Caire, *dar al-nahda al-arabyia*, 1964, p. 33-34.

45. Voir : *Travaux préparatoires*, préc., note 40, p. 20-22 et 131-132. Il est à noter que la jurisprudence dont on parle est rendue sous l'empire des codifications (mixtes et indigènes) elles-mêmes d'inspiration française!

46. Sur l'impact controversé de la Charia sur le code, voir : J.N.D ANDERSON, préc., note 16, p. 29-46; N. J. COULSON, préc., note 24, p. 153; Yvon LIGNANT DE BELLEFONDS, « Le droit musulman et le Code civil égyptien », (1956) 4 *Annales juridiques, politiques, économiques et sociales*, revue de la faculté de droit d'Alger 225. Et dans la doctrine arabe : Houssam-Eddin ALAHWANI et Hamdi ABDULRAHMAN, *Les fondements du droit* [en arabe], Le Caire, Éditions *dar-aboul-majd*, 1996, p. 136-139, qui évoquent le désordre qu'un changement radical, par le retour soudain au *fiqh*, peut provoquer dans les affaires ainsi que dans la pensée juridique.

47. C. CHEHATA, « Les survivances » préc., note 18, p. 853.

48. Abdulrazak SANHOURY, « Al-qanun al-madani al-arabi », dans *Articles et recherches par prof. Sanhoury*, numéro spécial de la *Revue al-qanun wal-Iqtisad* [en arabe], Le Caire, 1992, p. 475 et 493.

49. Cela après avoir affirmé quelques années plus tôt, en 1942, que le nouveau projet représentait « une victoire du droit musulman [...] tous ses

Le Code promulgué en langue arabe et en langue française, le 16 juillet 1948⁵⁰, s'inscrit donc résolument dans une tendance éclectique. Cette entreprise a été couronnée de succès. Perçu comme une œuvre « arabe » moderne et rationnelle, le Code égyptien connaîtra un essor considérable et deviendra le modèle de nombreuses codifications similaires à travers tout le Moyen-Orient.

La Syrie fut le premier pays à reproduire le modèle égyptien en se dotant dès 1949 d'un code civil presque intégralement calqué sur le Code égyptien⁵¹. Les tendances unitaires, autrefois si fortes dans le monde arabe, amenèrent d'autres pays à suivre l'exemple égyptien. Le Code de Sanhoury, légèrement retouché, fut importé par la suite en Irak (1951), en Libye (1953), au Soudan (1971), en Algérie (1975) et au Koweït (1980)⁵². Les dernières reproductions en date, celles du Bahreïn (2001)⁵³ et du Qatar (2004), témoignent encore du charme que ce Code quinquagénaire continue à exercer malgré un « certain vieillissement » inévitable⁵⁴. Ainsi, une parenté étroite existe entre l'ensemble de ces codifica-

articles peuvent être rattachés aux principes du droit musulman sans difficulté » : « mashruat tanqih al-qanoun al-madani », préc., note 48, p. 196.

50. J.O. 29 juillet 1948, p. 3. Il entra en vigueur le 15 octobre 1949.

51. Le Code syrien reproduit les textes égyptiens avec les mêmes termes, parfois les mêmes numéros, les mêmes divisions et les mêmes têtes de chapitre. Ce rapprochement a été voulu et motivé par l'aspiration à l'unité législative arabe. Jacques EL HAKIM, « Syrie », dans *La circulation du modèle juridique français*, préc., note 29, p. 277.

52. Pour une vue d'ensemble de ces codifications, voir : Nabil SALEH, « Civil Codes of Arab Countries: The Sanhoury Codes », (1993) 8 *Arab Law Quarterly* 161. Notons toutefois qu'au Soudan, pays suivant la tradition de common law, le Code de 1971 s'est révélé mal adapté au contexte juridique, produisant des effets pervers, ce qui a conduit à son abrogation peu de temps après son entrée en vigueur. Un nouveau code civil, cette fois largement islamisé, est en vigueur depuis 1985.

53. Sur le Code bahreïni, voir : Georges PEYRARD, « Persistance de l'influence de notre Code civil : Le Code civil de l'État de Bahreïn », (2001) 53 *R.I.D.C.* 927.

54. La nécessité de « rajeunissement » a été soulignée à l'occasion du Congrès international du Cinquantenaire du Code civil égyptien, 1948-1998. Voir *Dialogue*, préc., note 39.

tions, le droit égyptien étant devenu, en quelque sorte, le modèle de référence. On a même pu voir dans ce mouvement de réception spectaculaire le noyau pour un futur Code civil arabe uniforme⁵⁵.

Par cet effet de relais, le Code civil égyptien de 1948 a fortement favorisé l'implantation de la culture juridique romano-germanique au Moyen-Orient⁵⁶. En s'inspirant de cette œuvre pour élaborer leurs codes respectifs, ces pays ont reçu, à des degrés divers, la technique juridique civiliste⁵⁷. Cette influence a pénétré les fondements du droit, ses solutions, ses concepts et les techniques d'interprétation, car on ne peut pas importer les solutions sans les techniques et méthodes y afférentes. En effet, le droit d'un pays comporte des concepts à l'aide desquels il exprime ses règles, des catégories à l'intérieur desquelles il les ordonne; la règle de droit même est conçue d'une certaine façon⁵⁸. Sur l'ensemble de ces terrains, l'imprégnation dans la tradition civiliste ne fait aucun doute.

Il suffit pour s'en convaincre de jeter un coup d'œil sur les traités arabes de droit civil. Ceux-ci sont, par exemple, truffés de

55. Le vœu de voir naître un jour un « code civil arabe unifié » fut expressément émis par les rédacteurs du Code civil irakien. Voir l'*Exposé des motifs* annexé au Code civil, § 9. La Ligue arabe a élaboré quelques projets en ce sens, projets restés pour le moment lettre morte. Voir par exemple le projet du Code civil arabe uniforme de 1996, en ligne : <<http://carjj.org/node/256>> [en arabe : consulté le 8 avril 2013].

56. Sur l'influence considérable de ce texte dans le monde arabe, voir : Jean-Marc MOUSSERON, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », (1968) 20 *R.I.D.C.* 69 : « En ce temps, le chef de file de l'unité arabe, l'Égypte, venait de se doter d'un Code civil de qualité parfaitement susceptible de diffusion à l'extérieur de ses frontières. En accueillant ces dispositions souvent intégralement, les législateurs proche-orientaux sacrifiaient à l'Arabisme, mais, ce faisant, recevaient le droit occidental des obligations, le droit français en particulier. Le Code égyptien de 1948 s'est ainsi révélé depuis une vingtaine d'années, comme le meilleur 'véhicule' de l'expérience juridique française dans cette région du monde ».

57. La réception est, en l'occurrence, indirecte puisqu'elle est faite par l'intermédiaire du droit d'un État tiers.

58. René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 11-12.

citations de la doctrine française et, à travers elle, de la doctrine allemande et italienne⁵⁹. Les universitaires arabes, dont bon nombre sont formés en France, utilisent fréquemment la méthode comparative dans leur analyse des textes, notamment ceux issus des sources extérieures. La citation d'expressions, d'adages ou de toute autre terminologie latine n'est pas chose rare. Celles-ci sont souvent utilisées pour enjoliver les écrits de manière savante.

B. Le droit comparé : source mitigée

Comme nous l'avons observé, la place du *fiqh* islamique comme source d'inspiration paraît résiduelle dans le Code civil égyptien et ses « avatars ». Sanhoury, tête de proue de la modernisation arabe, était d'avis qu'il n'était pas possible d'élaborer un code uniquement à partir du droit musulman. Il fallait donc recourir à des sources extérieures⁶⁰. Dans sa thèse intitulée « Le Califat », soutenue à Lyon en 1926, l'auteur insistait sur le fait que le corpus musulman devrait être adapté progressivement aux besoins de la civilisation moderne avant qu'il puisse se substituer au système d'inspiration occidentale en vigueur en Égypte à cette époque. Jusqu'à l'achèvement de cette adaptation, cette source ne saurait jouer qu'un rôle subsidiaire⁶¹. Ainsi, en dépit des affirmations maintes fois réitérées des codificateurs, l'apport du droit musulman fut minime par rapport aux sources externes⁶².

59. Voir par exemple le célèbre traité de droit civil dénommé *al-wassit* du Doyen Sanhoury, qui se déploie en dix tomes (environ 15 000 pages) : une référence de base dans les facultés de droit au Moyen-Orient.

60. Sur ce point, voir : Enid HILL, *Al-Sanhuri and Islamic Law : The Place and Significance of Islamic Law in the Life and Work of Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri (1895-1971)*, New York, American University in Cairo Press, 1987, *passim*; Guy BECHOR, *The Sanhuri Code and the Emergence of Modern Arab Civil Law (1932 to 1949)*, Leiden-Boston, Brill, 2007, *passim*.

61. A. SANHOURY, *Le califat : son évolution vers une Société des nations orientale*, Paris, P. Geuthner, 1926, p. 580-584.

62. Ainsi, en matière contractuelle, l'on a pu recenser au total sept emprunts faits au droit musulman. Voir sur ce point : Nayla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Paris, Economica, 1995, p. 127-130.

Dans ce contexte, l'expérience irakienne se révèle sous un jour particulier. Sanhoury arriva à Bagdad en 1936, à la demande du gouvernement irakien, pour contribuer à l'élaboration du projet de code civil qui devait remplacer le *medjellé*, la codification ottomane du droit hanafite. Dans son allocution devant la commission chargée du projet, il invita les rédacteurs à tenir compte du système juridique préexistant et de l'environnement social. Le droit, affirmait-il, s'inscrit dans l'espace et dans le temps et exprime les particularismes des sociétés. Il doit, dès lors, refléter les valeurs et les besoins du pays. Au fond, Sanhoury pensait qu'un pays comme l'Irak, qui s'était accoutumé au *medjellé* depuis longtemps, ne pouvait recevoir le même traitement que l'Égypte, pays familiarisé avec la culture juridique occidentale dès la fin du XIX^e siècle⁶³. Sanhoury voulait pour l'Irak, le berceau du *fiqh*, un code qui honore cet héritage⁶⁴.

Les codificateurs se sont attelés à la tâche, animés par ce souci de concilier la légitime fidélité au passé avec les exigences d'un monde moderne en pleine évolution. Ils décidèrent de s'inspirer des droits occidentaux sans pour autant rompre avec le droit traditionnel⁶⁵. Le Code civil promulgué en 1951 se présente comme « une fructueuse symbiose des trésors de la Charia et de la science occidentale »⁶⁶ : une réforme qui, sans renier les données

63. Rappelons que le *medjellé* ne fut jamais appliqué en Égypte, une province dotée dès 1874 d'une autonomie législative par rapport à la Sublime Porte. Dès la fin du XIX^e siècle, la Charia a cessé de régir le droit civil en Égypte, aussi bien pour les Égyptiens que pour les étrangers. Le Code civil national de 1883, qui était en vigueur devant les tribunaux indigènes, et le Code mixte de 1875, en vigueur devant les tribunaux mixtes, reproduisaient en large partie le Code civil français, à l'exception des matières de droit de la famille, des successions et testaments régis par le droit musulman classique.

64. A. SANHOURY, « Du *medjellé* au Code civil irakien et le mouvement de codification à l'époque contemporaine » [en arabe], (1936) 1-2 *Revue Al-Qada du Barreau irakien* 23.

65. Celui-ci découle principalement du *medjellé* ottoman et du *murchid el-hayran*, une codification non officielle des opinions dominantes du droit hanafite, faite en Égypte par Mouhammed Qadri Pacha en 1875.

66. Hifzi Veldet VELIDEDEOGLU, « Le mouvement de codification dans les pays musulmans » dans *Rapports généraux du V^e Congrès international de*

de l'histoire, emboîte le pas aux systèmes les plus modernes⁶⁷. Cette curieuse rencontre des cultures juridiques occidentale et islamique a donné lieu à ce qu'on pourrait appeler un « syncrétisme juridique »⁶⁸. Fait marquant, le premier traité sur le Code irakien fut baptisé par son auteur « La confluence des deux mers »⁶⁹, référence faite au mariage entre ces deux grandes traditions juridiques⁷⁰.

Bien qu'isolée jusqu'à la fin des années 70, l'expérience irakienne a eu le mérite de démontrer que des institutions islamiques traditionnelles peuvent parfaitement être modernisées pour intégrer les besoins de la vie moderne. On s'est notamment aperçu que le *fiqh* pouvait constituer une source féconde d'inspiration en matière civile⁷¹. Cela d'autant plus qu'on pouvait choisir, parmi les différentes écoles juridiques *madhahib*, les solutions paraissant le mieux à même de réguler la société moderne. Le législateur peut ainsi mettre à profit cette diversité doctrinale pour contourner une difficulté, assouplir une position rigide ou trouver une solution adéquate⁷². Forts de ce constat, certains pays décidèrent de tenter une refonte complète de leur droit civil basée principalement sur cet héritage. L'objectif étant d'élaborer avec du « matériau musulman » un modèle comparable à celui ayant été édifié ailleurs sur la

droit comparé, Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1960, p. 131, à la page 171.

67. Voir l'*Exposé des motifs* du Code civil irakien, § 10.

68. Francesco CASTRO, « Esquisses pour une biographie d'Abdel Razak El-Sanhoury », dans *Dialogue*, préc., note 39, p. 31, à la page 43.

69. Mounir ALQADI, *multaqa al-bahreïn*, Bagdad, Imprimerie *al-aani*, 1952.

70. Pour de plus amples détails sur ce Code, voir : Harith AL-DABBAGH, « La réception du modèle juridique français par le Code civil irakien », (2005) 57 *R.I.D.C.* 263.

71. A. SANHOURY, « Le droit musulman comme élément de refonte du Code civil égyptien », dans *Introduction à l'étude du droit comparé: recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, t. 3, Paris, Sirey, 1938, p. 621, à la page 624.

72. Cette technique appelée *tâlfîq* ou *takhayyur* a été déjà mobilisée par le législateur partout dans le monde musulman pour introduire des réformes au droit musulman classique. Voir : N. COULSON, préc., note 24, p. 178-183.

base des éléments romano-germaniques. Ce fut notamment le cas de la Jordanie et des Émirats Arabes Unis.

Le Code jordanien de 1976 se distingue des codifications antérieures de la région par le fait qu'il renferme d'une part, une majorité de dispositions entièrement dérivées du *fiqh* islamique, et d'autre part, un nombre de dispositions exogènes, mais déclarées non contraires à la Charia. Toutefois, l'originalité de cette œuvre réside principalement dans la méthodologie même du Code et sa tendance à mettre en place des concepts et des méthodes de raisonnement et d'interprétation propres au *fiqh*. La position de cette source se trouve dès lors sensiblement renforcée. Ce nouveau rôle assigné au droit classique transparait dès l'article 3 du Code qui énonce : « pour comprendre, élucider, interpréter les dispositions du présent Code, on doit recourir aux règles méthodologiques du *fiqh* islamique [*oussoul el-fiqh*] ». Faisant ainsi, le législateur jordanien a promu le *fiqh* islamique au rang de source d'interprétation plus active et prédominante.

Au surplus, l'article 2 du texte érige les prescriptions du *fiqh* islamique (*ahkam al-fiqh al-islami*) en source subsidiaire à laquelle le juge doit recourir en cas de lacune de la loi. Les autres codifications de la région se contentaient de se référer jusqu'ici qu'aux principes de la Charia islamique (*mabadii al-shari'a al-islamiya*)⁷³. Tandis que la première notion renvoie aux solutions diverses données aux cas d'espèce et renfermées dans les traités classiques des jurisconsultes, la seconde désigne les principes premiers directement dérivés du Coran et de la Sunna. Constituant l'esprit général qui inspire les diverses solutions, ces der-

73. Les sources auxquelles le juge doit se référer pour combler les lacunes de la loi sont énumérées de deux manières différentes. En Égypte, en Irak et au Bahreïn, la hiérarchie des sources est la suivante : la coutume, les principes de la Charia, les règles de l'équité (et/ou le droit naturel). En Syrie, en Lybie, en Algérie et au Qatar, les principes de la Charia devancent la coutume dans l'ordre de la hiérarchie des sources. Notons, toutefois, que la valeur de ces textes est plutôt sentimentale et symbolique que d'ordre pratique. J.N.D. ANDERSON, préc., note 16, p. 32.

niers sont infiniment moins nombreux⁷⁴. Ainsi, au lieu de l'esprit général de la Charia, ce sont les solutions concrètes du *fiqh* qui sont proposées au juge jordanien comme source en cas de silence de la loi. Dès lors, il n'est pas surprenant de voir que le nouveau Code n'a pas procédé à l'abrogation totale du texte antérieur (le *medjellé*), mais seulement des dispositions contraires aux siennes⁷⁵.

À ce titre, le Code jordanien de 1976 revêt un véritable caractère islamique qui n'existait pas dans les premières codifications. Il peut ainsi être regardé comme représentant un modèle nouveau dans la politique législative arabe, dans la mesure où il a redonné au droit musulman le rang privilégié qu'il occupait avant de céder la place aux lois d'inspiration occidentale. Il n'en demeure pas moins que l'affirmation relative à l'exclusivité de la source musulmane que l'on retrouve dans le *Mémoire explicatif* serait une exagération⁷⁶. En effet, l'influence occidentale se fait tout de même sentir, tant dans la forme que dans le fond. Quant à la forme, c'est l'architecture générale des codifications modernes qui a été observée. Quant au fond, un grand nombre d'institutions d'origine romaniste furent retenues, à des degrés variables selon

74. Notons toutefois qu'il y a une ambiguïté qui entoure cette notion puisque ces principes n'ont jamais été expressément formulés par les docteurs du *fiqh*. Certains auteurs se réfèrent aux règles globales *qawaid kulliyya* conçues assez tardivement par les docteurs hanafites. On peut en citer : « La difficulté provoque la facilité »; « La force majeure rend licite ce qui est prohibé »; « On doit préférer le dommage privé au dommage public »; « En présence de deux maux, on doit préférer le moindre pour éviter le plus grand »; « La perte du principal entraîne celle de l'accessoire »; « Nul ne serait tenu par son silence ». Sur ce concept, voir : Selim JAHEL, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine », (2003) 55-1 *R.I.D.C.* 105, p. 109.

75. Art. 1448 C.c.Jo.

76. En ce sens, voir : N. SALEH, préc., note 52, p. 164; Hamzah HADDAD, « Les sources du droit civil dans les codes des pays arabes (Jordanie, Émirats Arabes Unis et Qatar) », dans *Les sources du droit : aspects contemporains*, Paris, Société de législation comparée, 2007, p. 263, à la page 265.

les sujets⁷⁷. Des dispositions qui, sans heurter les principes de la Charia, se concilient le mieux avec les besoins contemporains. Il en va ainsi de l'introduction de certains concepts tels que l'imprévision, le contrat d'adhésion, l'action oblique, la cause, l'enrichissement illicite, la stipulation pour autrui, le contrat d'assurance, les droits de privilège, etc.

Ce code fut « exporté » vers les Émirats Arabes Unis en 1985. Le Code des transactions civiles émirati reproduit presque intégralement son parent jordanien, avec toutefois quelques nuances de portée limitée. D'une part, à l'opposé du Code jordanien qui renvoie au *fiqh* dans son intégralité pour combler les éventuelles lacunes, le Code émirati enjoint au juge de se référer aux enseignements de l'école malékite et hanbalite, et à défaut, aux enseignements des autres écoles (chaféite et hanafite), selon les exigences de l'intérêt public⁷⁸. D'autre part, le Code donne à l'ordre public une coloration religieuse. L'article 3 considère les dispositions impératives *ahkam qatyyia* et les principes fondamentaux *qwaïd assassyia* de la Charia comme une composante de la notion séculière d'ordre public.

Dans un même ordre d'idées, le Code yéménite, un des plus récents de la région, promulgué en 2002, se proclame également comme un texte entièrement tiré de la Charia⁷⁹. Son article 3

77. On ne trouve pratiquement aucune trace du *fiqh* lorsqu'il s'agit de sujets plus récents, comme par exemple en matière de droit international privé (conflits de lois et de juridictions), des contrats d'assurance ou des opérations bancaires.

78. Art. 1^{er} C.c.EAU.

79. L'article 1^{er} du Code dispose que « Cette loi, tirée des préceptes de la Charia, s'applique à toutes les transactions et à toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre et le sens de ses dispositions. À défaut d'un texte applicable dans cette loi, on statuera d'après les principes de la Charia dont est tirée cette loi. À défaut, le juge statue d'après la coutume permise selon le droit musulman. À défaut de coutume, le juge aura recours aux règles de l'équité conformes aux fondements du droit musulman en général. La coutume doit être générale et constante et ne doit pas être contraire aux principes de la Charia, à l'ordre public et aux bonnes mœurs ». L'article 18 ajoute : « Pour l'interprétation des textes de lois et pour leur application, on recourt au *fiqh* islamique, aux mémoires

énonce que la loi sacrée vise à « préserver les intérêts des gens, les éloigner du vice, leur faciliter leurs transactions, et les libérer de toute gêne et contrainte ». On y trouve pour la première fois les notions liturgiques de licite et illicite, *hallal* et *haram*, sur lesquelles repose toute la construction juridique des premiers docteurs de l'Islam⁸⁰. La note explicative révèle que les rédacteurs se sont référés aux différents ouvrages doctrinaux, tant anciens que contemporains, dans l'esprit de glaner çà et là un exemple ou un avis, même isolé, pour tenter de fonder ou de justifier telle ou telle solution adoptée⁸¹.

Dans l'ensemble de ces hypothèses, l'œuvre du législateur ne devait apparaître que comme une adaptation de règles réputées immuables, une mise en forme modernisée de la Loi divine⁸². Toutefois, un survol rapide des textes législatifs révèle d'importantes ressemblances avec les codes de première génération fortement imprégnés du droit occidental. Il est dès lors inopportun, croyons-nous, de présenter ces codes, même les plus récents, comme de simples reformulations en langage moderne de solutions déjà connues des écoles historiques du *fiqh*.

Dans ce contexte, le discours officiel, pratiquement partout, tendait à minimiser l'ampleur des emprunts faits aux droits étrangers dans le but de faciliter leur introduction et leur assimilation. C'est cette même présentation déformante qui a participé, comme nous l'avons observé, à la réception sereine du Code égyptien dans de nombreux pays arabes. Les rédacteurs du Code irakien se sont montrés plus pragmatiques en admettant que les emprunts faits aux droits occidentaux, par le truchement du Code égyptien, ré-

explicatifs et aux commentaires issus des autorités législatives compétentes ».

80. Voir art. 11 à 14 du C.c.Yem.

81. H. HADDAD, préc., note 76, p. 266.

82. Les rédacteurs du Code jordanien évoquent que « le Code est fondé sur notre patrimoine et sur le *fiqh* islamique, source de nos gloires. Pour la première fois dans l'Histoire arabe contemporaine, la Jordanie venait de se doter d'un Code inspiré du droit musulman dans son ensemble » : Ministère de la Justice (Jordanie), *Mémoire explicatif du Code civil jordanien [en arabe]*, t. 1, Amman, *al-maktab al-fanni*, 2000, p. 16.

pondaient au désir de « faire face aux défis de la civilisation moderne et de mobiliser les efforts pour étudier le *fiqh* islamique dans une approche comparative », seule manière, à leurs yeux, « pour rendre à celui-ci sa gloire et sa vitalité face à ces circonstances »⁸³. Naguère formulé par le Doyen Sanhoury, le vœu de voir renaître le droit musulman à travers le droit comparé est repris par Chafik Chehata qui, en 1962, voyait ainsi l'avenir du droit arabe : « Le système juridique de l'avenir devra se construire, à la lumière du droit musulman, avec les données que fournit la science du droit comparé »⁸⁴.

Ainsi, même dans les codifications se réclamant de l'islam, l'apport du droit comparé ne saurait être négligé. L'apport se manifeste d'abord dans le processus critique de sélection des solutions islamiques qui paraissaient être les meilleures et ensuite dans les techniques employées pour formuler ces solutions casuistiques en règles générales et abstraites. Grâce au droit comparé, ces codifications ont en effet réalisé, pour emprunter les termes de Sélim Jahel, « une synthèse profonde et subtile entre l'esprit de méthode de l'Occident et l'ondoyante richesse de la doctrine islamique »⁸⁵.

Au demeurant, il ne faut pas perdre de vue que la codification est l'expression de la volonté des organes politiques sécularisés. Or, dans toute l'histoire islamique, le pouvoir politique – califes, princes, émirs – était en principe dépourvu de cette fonction de légiférer. Cet acte reflète la maîtrise du pouvoir politique sur l'évolution du système juridique. Le droit se confond désormais avec l'ordre du souverain. Ainsi, on écrit au XIX^e siècle, dans des termes qui demeurent toujours d'une grande pertinence, que la codification « est un acte tranchant du législateur qui coupe en quelque sorte le droit de ses origines, le fonde en entier sur la

83. Voir l'*Exposé des motifs* du Code civil irakien, § 8.

84. C. CHEHATA, préc., note 18, p. 840.

85. S. JAHEL, « Code civil et codification dans les pays du monde arabe » dans *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 831, à la page 840.

raison, la justice et l'intérêt public »⁸⁶. En outre, la codification suppose « une certaine permanence des règles ainsi que leur aptitude à régir une virtualité et un nombre indéterminé de situations »⁸⁷. Or, le droit musulman se caractérise par l'esprit casuistique de ses solutions; la systématisation de ses prescriptions par voie de codification entraîne, comme nous le verrons, une sorte de rationalisation de son contenu⁸⁸.

Il ressort des développements précédents que l'usage du droit comparé comme source d'inspiration devra être conjugué avec un travail d'harmonisation, d'homogénéisation des concepts, institutions et techniques provenant de sources différentes. On ne saurait se contenter d'une compilation de solutions disparates qu'aucune charpente n'enchaîne et ne rationalise. Le droit comparé fournira, encore une fois, le ferment indispensable à cette mixité.

II. Le droit comparé comme méthode d'harmonisation

La contribution du droit comparé au processus de codification ne se limite pas au recours à des sources étrangères en vue d'améliorer les institutions du droit national. La méthode comparative est utilisée, dans un premier temps, pour opérer une sélection parmi les différentes solutions offertes à travers une analyse critique de chacune (A) et, dans un second temps, pour adapter la règle choisie à l'environnement local afin de faciliter son intégration et garder la cohésion d'ensemble (B). Dès lors, nous examinerons successivement ces deux procédés : la sélection normative et l'intégration normative.

86. Émile BOUTMY, *Les rapports et les limites des études juridiques et des études politiques*, dans RI. Enseign., 1889, 1^e, t. XVII, p. 222-223, cité par Bruno OPPETIT, *Essai sur la codification*, Paris, PUF, 1998, p. 21.

87. *Id.*, p. 13.

88. Sur la rationalisation du droit par la codification, voir : Max WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 2007, p. 195 et suiv.

A. La sélection normative

Le droit comparé a, sans doute, offert aux législateurs arabes en quête de modernisation un large éventail de solutions. Comme nous l'avons observé, les rédacteurs du Code civil égyptien ont eu recours à environ une vingtaine de codes en vigueur à l'époque⁸⁹. C'est à la fonction critique du droit comparé qu'il a fallu faire appel par la suite pour déterminer quelles règles seraient proposées en modèle. Les travaux préparatoires révèlent, en effet, qu'aucun « texte n'a été établi avant que n'ait été examiné de près son correspondant dans tous ces codes pour en choisir le meilleur »⁹⁰. Le droit comparé a donc servi de véritable instrument d'évaluation critique⁹¹.

Cette démarche consiste en la recherche, grâce à des examens comparatifs, des solutions communes les mieux adaptées à l'ordre juridique à intégrer⁹². Seule une étude comparative approfondie, c'est-à-dire un examen détaillé de chacun des droits en présence et une comparaison de leurs insuffisances respectives, peut permettre de déterminer les choix du législateur d'après la politique législative qu'il entend promouvoir.

À cet égard, il est clair que parmi les grands systèmes de droit contemporains, le choix s'est vite porté sur la tradition civiliste. À cet égard, le droit français avait déjà montré son aptitude à fournir un modèle d'organisation sociale véhiculant des notions d'ordre, de rigueur, de précision et de concision propres au rai-

89. *Travaux préparatoires*, préc., note 40, p. 17.

90. *Id.*, p. 18.

91. Sur la fonction critique, voire « subversive » du droit comparé, voir : Horatia MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », (2000) 52 *R.I.D.C.* 503.

92. Sur cette démarche dite « démarche ascendante », voir : Mireille DELMAS-MARTY, *Critique de l'intégration normative : l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Paris, PUF, 2004, p. 232-233.

sonnement cartésien⁹³. L'attachement à ce modèle peut être observé aussi bien sur la forme que sur le fond.

De manière générale, les codes arabes respectent le modèle, la structure et la présentation des codes napoléoniens : division en livres, titres, chapitres et sections⁹⁴. À l'opposé de la présentation classique du *fiqh*, l'ensemble est articulé autour d'un plan méthodique et logique qui reflète le constant passage du général au particulier, caractérisant la démarche intellectuelle des droits romano-germaniques. Quant à la technique de rédaction, les codificateurs ont généralement eu le souci de la langue, le souci de la clarté et de la concision. Un code se doit d'être accessible. Les corpus de type égyptien utilisent d'ailleurs une terminologie simple, précise et moderne⁹⁵. Dans les textes les plus islamisés, le style de certains passages évoque, cependant, le langage lyrique utilisé par les théologiens-juristes d'antan⁹⁶.

93. L'attrait du droit français est dû à ses qualités de forme, à la clarté, à la simplicité et à la concision de sa langue, comme à ses qualités de fond et à la modernité de son idéologie égalitaire et libérale. Pierre GANNAGE, « L'influence du Code civil sur les codifications des États du Proche-Orient », préc., note 31, p. 477.

94. Selon une division classique dans les droits d'inspiration romano-germanique. *Grosso modo*, les codes proposent invariablement une première partie consacrée aux droits personnels, liés à la naissance d'une obligation civile, dont les sources essentielles sont l'acte juridique et le fait juridique. La seconde partie s'intéresse aux droits réels, ceux que l'on exerce directement sur les choses, en opposant, classiquement, les droits réels principaux tels que le droit de propriété, et les droits réels accessoires, formés par les garanties des créances, qui peuvent s'exercer sur des choses.

95. Le Code égyptien est coulé dans le moule d'un arabe clair et simple. À l'opposé de son homologue libanais, le législateur égyptien a évité la traduction littérale des termes juridiques étrangers. Il a choisi pour chaque terme le vocable le plus précis après en avoir saisi le sens. Par exemple, au lieu d'employer le mot *indhimam* pour les contrats d'adhésion, il a opté pour le mot *idhân* qui est plus précis et embrasse complètement l'essence du concept. H. ALAHWANI et H. ABDULRAHMAN, préc., note 46, p. 138.

96. Concernant, par exemple, le Code jordanien, l'on a relevé, à juste titre, « l'usage d'un style archaïque et des termes peu familiers de nos jours » ainsi que « l'usage d'un terme dans plusieurs sens, voire l'usage de plusieurs termes pour se référer à la même notion », ce qui est susceptible

Néanmoins, ce qui attire l'attention du juriste occidental est que l'ensemble des codifications est amputé de la partie consacrée au droit de la famille. L'emprise de la religion sur le droit est tellement forte en cette matière que celle-ci forme, dans tous les pays arabes, une branche autonome distincte du droit civil et tributaire des données religieuses.

Sur le fond, les juristes formés à la tradition civiliste trouveront dans les codifications arabes des concepts et des catégories juridiques qui leur sont familiers. On y retrouve notamment les *summa divisio* romanistes classiques : acte juridique – fait juridique; responsabilité contractuelle – responsabilité délictuelle; droits personnels – droits réels; droits réels principaux (propriété et ses démembrements) – droits réels accessoires (sûretés réelles), etc.

De plus, la théorie générale des obligations constitue la pierre angulaire des codifications arabes. Marque de cette influence, l'adoption par l'ensemble des corpus de la théorie de la cause⁹⁷, notion systématisée par Domat et Pothier, réputée comme « une pièce maîtresse » du droit français des obligations⁹⁸. Le Code libanais va même jusqu'à distinguer entre la cause de l'obligation et celle du contrat⁹⁹. Si, à l'instar de la France, aucune définition n'est donnée à cette notion, les Codes koweïtien et qatari se démarquent en optant expressément pour une notion subjectiviste de la cause réputée comme « le motif impulsif et déterminant qui a

de générer des ambiguïtés (H. HADDAD, préc., note 76, p. 266-267), faisant comme si le code avait été créé pour servir la langue et non pas l'inverse!

97. La règle est généralement formulée ainsi : « le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ». Voir art. 136 C.c.Eg.; 137 C.c.Sy.; 132 C.c.Iq.

98. Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNK, *Droit civil : les obligations*, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2007, p. 310.

99. Art. 194 C.c.Jo. On peut y voir l'écho de la notion dualiste de cause prônée par Josserand et par une partie de la doctrine française au début du XX^e siècle.

fite¹⁰³. Les Codes jordanien, émirati et yéménite vont encore plus loin et distinguent, à l'image des *fouqahâ*, entre acte *sahih* ou valide, acte *batil* ou nul, acte *fasid* ou vicié, acte *mawquf* ou suspendu et acte *ghair lazim* ou révocable¹⁰⁴. Cette hiérarchisation des actes juridiques selon leur degré de validité reflète l'influence de la règle morale islamique dans les codifications les plus récentes¹⁰⁵.

À la recherche des solutions les meilleures, le législateur ne s'est pas limité aux textes législatifs étrangers disponibles au moment de la codification. Divers articles apparaissent en particulier comme ayant été empruntés à la doctrine ou à la jurisprudence nationale ou étrangère. Ainsi, les codes arabes qui considèrent que le silence ne vaut pas acceptation admettent, néanmoins, deux exceptions à cette règle trouvant leur origine dans la jurisprudence française : d'une part, lorsque l'offre se rapporte à des relations d'affaires déjà existantes entre les parties, et d'autre part, lorsque l'offre est purement dans l'intérêt de son destinataire¹⁰⁶.

Par ailleurs, si l'influence française paraît ainsi dominante, elle a été fortement concurrencée par la tradition germanique. Cette influence commence dès l'article 1^{er} du Code égyptien, inspiré du fameux article 1^{er} du Code civil suisse, qui précise les sources du droit auxquelles le juge doit se référer pour statuer. Le législateur égyptien y énumère de manière hiérarchique les sources subsidiaires auxquelles le juge pourra se référer en cas de

103. Articles 134 à 136 du Code civil irakien (correspondent aux articles 368 et 377 *medjellé*). Pour une définition de ce concept, voir les développements qui suivent dans le cadre de la Section II.B.

104. Art. 167-176 C.c.Jo.; art. 209-218 C.c.EAU.; art. 139-145 C.c.Yem.

105. En effet, le droit musulman a tendance à considérer les actions humaines sous tous leurs aspects religieux, moral et social. Le juriconsulte musulman doit chaque fois porter un jugement de valeur sur l'acte juridique rattaché à l'idée de *hallal* et *haram*, lui permettant de nuancer les jugements en fonction de considérations à la fois morales et juridiques. Pour plus de détails sur ce point, voir : N. COMAIR-OBEID, préc., note 62, p. 137-138 et 157-158.

106. Voir art. 98-2 C.c.Eg.; art. 99-2 C.c.Sy.; art. 81-2 C.c.Iq; art. 44 C.c.Kow.; art. 73-2 C.c.Qa.; art. 95-2 C.c.Jo.

défaillance de la loi : la coutume, les principes de la Charia et enfin le droit naturel et l'équité. Dans l'ensemble des codifications arabes, on retrouve une disposition semblable, avec cependant des variantes quant à la place de la coutume par rapport à la Charia¹⁰⁷. Notons toutefois qu'alors que le Code yéménite précise que l'équité doit être conforme aux fondements de la Charia, celle-ci se voit complètement écartée de l'énumération des sources subsidiaires en droit émirati¹⁰⁸.

Ensuite, à l'instar du BGB, les codifications arabes comportent un titre préliminaire traitant des institutions communes à l'ensemble des disciplines du droit privé. Ce titre, sensiblement plus long que celui du Code français, porte habituellement une théorie générale du « sujet du droit » et de « l'objet du droit ». Il y est notamment question des conditions et des effets des lois en général, du droit international privé, du statut des personnes physiques et morales, de la classification des choses et des biens¹⁰⁹. Les codes les plus islamisés y ajoutent certaines règles d'interprétation tirées du *fiqh*¹¹⁰.

De nombreuses solutions substantielles sont aussi d'origine germanique et portent ainsi l'empreinte d'une tendance objectiviste. Ainsi, si les codes arabes ont globalement adopté la conception française de la responsabilité du fait personnel basée sur la faute, cette règle se voit aussitôt tempérée. On trouve dans le Code égyptien, mais aussi syrien et qatari¹¹¹, une règle inspirée du BGB (§ 829) et du Code civil suisse (art. 54) en vertu de laquelle une personne privée de discernement pourra être condamnée au paiement d'une indemnité équitable en considération de la situation des parties¹¹². Les codes les plus islamisés vont encore plus loin

107. Sur ce point, voir les développements précédents, note 73.

108. Respectivement art. 1^{er} C.c.Yem. et art. 1^{er} C.c.EAU.

109. Voir art. 1 à 88 C.c.Eg.; art. 1 à 92 C.c.Sy.; art 1 à 72 C.c.Iq; art. 1 à 30 C.c.Kow.

110. Voir à titre d'exemple les articles 29-70 C.c.EAU.

111. Respectivement art. 164-2 C.c.Eg., art. 165-2 C.c.Sy. et art. 200-2 C.c.Qa.

112. Notons que la responsabilité n'est ici que subsidiaire dans le cas où la victime ne dispose d'aucun recours contre un répondant solvable.

en écartant l'imputabilité comme élément déterminant dans la caractérisation de la faute. Celui qui cause la mort d'une personne ou qui cause à autrui un dommage est déclaré responsable, à l'égard de la victime ou de sa famille, abstraction faite de sa capacité de discernement¹¹³. En droit musulman, l'avènement du dommage appelle une réparation, qu'il y ait faute ou pas, que celle-ci soit justifiée ou non¹¹⁴. Rappelons que l'évolution jurisprudentielle, en France, a fait de la faute une notion purement objective, de sorte que la responsabilité des enfants en bas âge ou des aliénés mentaux se pose au même titre que celle des autres personnes¹¹⁵. Il est surprenant de voir que cette solution fut admise dans les codes arabes avant même d'être consacrée en droit français.

Par ailleurs, bien que présentée comme un « chef-d'œuvre » du génie musulman¹¹⁶, la théorie de l'abus de droit se trouve formulée dans des termes semblables à ceux des articles 2 du Code civil suisse, 226 du BGB et 74 du projet franco-italien de code des obligations. Dans l'ensemble des textes, cette notion a été érigée en principe général applicable à l'ensemble du droit privé et intégrée habituellement au titre préliminaire. Ainsi, aux termes de l'article 5 du Code civil égyptien, repris littéralement par les Codes syrien et qatari¹¹⁷, « l'exercice du droit est considéré comme illégitime dans les cas suivants : a- si son exercice a lieu dans le seul but de nuire à autrui; b- s'il tend à la satisfaction d'un intérêt

113. Voir par exemple : art. 191 C.c.Iq; art. 273 et 278 C.c.Jo.; art. 227-2 C.c.Kow.

114. Conformément au principe incontesté du droit musulman de la responsabilité entière de l'enfant en bas âge et de l'aliéné, voir : H. SLIM, préc., note 30, p. 285.

115. Arrêts *Lemaire* et *Derquini* : Ass. plén. 9 mai 1984, D. 1984.525, note Chabas, J.C.P. 1984.II.20255, note Dejean de La Bâtie et 20256, note Jourdain, *RTD civ.* 1984.508, obs. Huet.

116. Les travaux préparatoires du Code civil égyptien (préc., note 40, p. 184) font référence aux « recherches effectuées par des Occidentaux dont il ressort qu'un bon nombre des théories modernes étaient connues par les légistes (*fouqahâ*) musulmans, comme la théorie de la fonction sociale du droit de propriété et l'application de cette théorie en matière d'abus de droit et de relativité des droits ».

117. Art. 6 C.c.Sy.; art. 63 C.c.Qa.

dont l'importance est minime par rapport au préjudice qui en résulte pour autrui; c- s'il tend à la satisfaction d'un intérêt illicite ». Pour sa part, le Code irakien fait précéder cette énonciation d'une règle tirée du *medjellé* selon laquelle « nul n'est tenu du préjudice qu'il a causé à autrui dans l'exercice de son droit »¹¹⁸. Les textes jordanien, émirati et yéménite procèdent de la même manière¹¹⁹. Pour le législateur koweïtien, il y a abus de droit chaque fois que son titulaire tend à en faire un usage détourné de sa fonction sociale¹²⁰.

En droit des contrats, pour mieux assurer la justice contractuelle, les codificateurs arabes ont adopté les techniques germaniques relatives à la lésion entre majeurs et à l'imprévision¹²¹. Le juge est habilité à intervenir en cas d'exploitation par l'une des parties de la faiblesse de l'autre¹²² ou lorsque, à la suite de circonstances graves et exceptionnelles, l'exécution d'un contrat est rendue excessivement onéreuse¹²³. L'admission de la révision judi-

118. Article 6 du Code civil irakien (correspond à l'article 91 du *medjellé*).

119. Art. 61 C.c.Jo.; art. 104 C.c.EAU, art. 17 C.c.Yem. Des principes généraux du *fiqh* empruntés au *medjellé* sont également reproduits par les articles 62 à 65 du Code jordanien ainsi libellés : « Il est tout aussi bien défendu de causer un dommage que d'y répondre par un autre dommage »; « La nécessité, quelque grande qu'elle soit, n'anéantit pas le droit d'autrui »; « La préservation d'un mal est préférable à la réalisation d'un profit »; « On doit préférer le dommage privé au dommage public ».

120. Art. 30 C.c.Kow.

121. Sur la lésion, voir : § 138 BGB et art. 21 Code suisse des obligations. Sur l'imprévision, voir : § 313 BGB, art. 2 Code suisse des obligations, art. 1467 Code civil italien.

122. L'article 129 du Code civil égyptien prévoit que « 1- Si les obligations de l'un des contractants sont hors de toute proportion avec l'avantage qu'il retire du contrat ou avec les obligations de l'autre contractant et s'il est établi que la partie lésée n'a conclu le contrat que par suite de l'exploitation par l'autre partie de sa légèreté notoire ou d'une passion effrénée, le juge peut, sur demande du contractant lésé, annuler le contrat ou réduire les obligations de ce contractant ». Ce texte est repris, avec quelques nuances, par les codes syrien (art. 130), koweïtien (art. 159), irakien (art. 125) et qatari (art. 140).

123. Ainsi, l'article 147 du Code civil égyptien prévoit que « lorsque, par suite d'événements exceptionnels, imprévisibles, et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une

ciaire dans ces hypothèses écarte les droits proche-orientaux de la conception rigoureuse que fait le droit français de l'adage *pacta sunt servanda*. La doctrine arabe relève que l'atténuation de l'intangibilité contractuelle rime, en l'occurrence, avec les prescriptions musulmanes faisant de l'équilibre des prestations un principe fondamental du droit des contrats¹²⁴. Notons toutefois que les droits arabes ne conçoivent la révision que comme un remède exceptionnel pour préserver les valeurs de liberté et de sécurité. La force obligatoire demeure la règle de principe, alors que l'atteinte au contrat est l'exception.

En outre, la réfection du contrat par conversion, idée formulée par les pandectistes allemands du XIX^e siècle et reprise par le BGB¹²⁵, a trouvé sa place dans de nombreuses codifications arabes¹²⁶. La réduction du contrat, autre produit du génie allemand¹²⁷, semble avoir également séduit bon nombre de législateurs qui la consacrent expressément¹²⁸. L'acte converti ou

perte exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle ». Le texte a été calqué presque littéralement par les codes civils syrien (art. 148-2), irakien (art. 146-2) koweïtien (art. 198), jordanien (art. 205), qatari (art. 171), yéménite (art. 211) et le Code des transactions civiles des Émirats Arabes Unis (art. 249).

124. Abdulrazak SANHOURY, *La théorie de contrat* [en arabe *nadaryat al-aqd*], Beyrouth, Éditions *al-majmaa al-ilmi al-arabi al-islami*, 1934, p. 643.

125. § 140 BGB.

126. L'article 144 C.c.Eg. prévoit que « lorsqu'un contrat nul ou annulable répond aux conditions d'existence d'un autre contrat, il vaut comme tel, s'il y a lieu d'admettre que sa conclusion, à ce titre aurait été voulue par les parties ». Dans le même sens, voir : art. 145 C.c.Sy.; art. 140 C.c.Iq; art. 167 C.c.Qa.

127. § 139 BGB. Voir également l'article 20-2 du Code suisse des obligations. Sur ces formules d'atténuation à la rigueur des effets de la nullité en droit allemand, voir : Michel PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2004, p. 99-100.

128. L'article 143 C.c.Eg. dispose que « lorsqu'une partie du contrat est nulle ou annulable, cette partie sera seule frappée de nullité, à moins qu'il ne soit établi que le contrat n'aurait pas été conclu sans la partie qui est nulle ou annulable, auquel cas le contrat sera nul pour le tout ». Voir également : art. 144 C.c.Sy.; art. 179 C.c.Iq; art. 166 C.c.Qa.; art. 190 C.c.Kow.; art. 169-1 C.c.Jo.; art. 204 C.c.Yem.

amputé de sa partie nulle survivra s'il y a lieu d'admettre que, la nullité étant connue, cette validité aurait été voulue. L'admission de ces alternatives à la nullité tendait à corriger le contrat et à atténuer la rigueur que peut représenter son anéantissement, tout en respectant la volonté contractuelle¹²⁹.

Il est surprenant de voir que même dans les codifications les plus islamisées, un certain nombre d'institutions étrangères furent admises et leur réception justifiée par leur compatibilité avec l'esprit de la législation islamique. L'exemple le plus frappant est l'admission de la cession de dette, d'origine germanique, mais qui rappelle curieusement la *hawala* du droit musulman classique¹³⁰. Sa réglementation a pu ainsi bénéficier de la méthode rationnelle de présentation des droits modernes¹³¹.

Enfin, en droit des biens, les codes arabes envisagent la possession en soi et non seulement comme mode d'acquisition des droits réels. Cette manière directe et objective de traiter de la possession est empruntée aux droits d'inspiration germanique¹³². De même, la règle selon laquelle « en fait de meubles, la possession vaut titre », énoncée à l'article 2276 du Code civil français, est reproduite dans l'ensemble des codes, même les plus islamisés¹³³.

Pour terminer, il convient de souligner que sur certains points, les codes arabes répugnent à l'adoption d'une solution étrangère pour respecter les injonctions du droit musulman. Ainsi,

129. Abdelaziz AL-MOURSSI, *La théorie de la réduction de l'acte juridique dans le Code civil égyptien* [en arabe], Le Caire, *Dar al-nahda al-arabyia*, 2006, p. 294 et suiv.

130. La *hawala* est réglementée par le *medjellé* (art. 673-700). Il s'agit d'une technique par laquelle, suite à un accord intervenu entre le débiteur et une tierce personne, celle-ci se charge de payer la dette à la place du débiteur. Pour les codes arabes modernes, voir, par exemple : art. 315-322 C.c.Eg.; art. 339-361 C.c.Iq; art. 993-1001 C.c.Jo.; art. 1106-1132 C.c.EAU.

131. Abdulrazak SANHOURY et Chafik CHEHATA, « Droit civil », (1954) *Annuaire de législation étrangère 1938-1949*, p. 228.

132. Voir BGB § 854-872.

133. Par exemple pour ces derniers : les articles 1189 du Code civil jordanien et 1111 du Code civil yéménite.

en Jordanie, aux Émirats Arabes Unis, au Koweït et au Yémen¹³⁴, la perception d'intérêt est formellement interdite, du moins en matière civile¹³⁵. On sait que la Charia interdit expressément toute forme d'intérêt car comportant l'usure, prohibée par le Coran¹³⁶. Il en va de même pour les jeux de hasard et le pari en droits jordaniens, émirati et yéménite, mais l'interdiction est, en l'occurrence, tempérée par un jeu d'exceptions¹³⁷. En revanche, le contrat d'assurance, autre contrat condamné par les *fouqahâ* car comportant *gharar* (incertitude, aléa), est admis par l'ensemble des législations.

Un dernier exemple permettra d'illustrer la volonté du législateur « musulman » de ne pas entrer en conflit avec le *fiqh* classique. D'après l'article 363 du Code civil jordanien, l'évaluation des dommages-intérêts par le juge se fait « sur la base de préjudice actuel subi au moment où il s'est produit ». Cependant, rien n'a été dit quant à l'indemnisation du gain manqué et du préjudice moral, tous deux considérés comme conjoncturels et non tangibles et, par conséquent, contraires aux enseignements du droit

134. À titre d'exemple, l'article 305-1 du Code civil koweïtien, qui prévoit qu'« est nul tout accord portant sur la perception d'un intérêt quelconque en contrepartie de la jouissance d'une somme d'argent ou du retard dans son paiement ». L'article 265 du Code Yéménite va dans le même sens. La gratuité du prêt est également instaurée par les articles 710 et suivants du Code émirati, selon lesquels l'emprunteur s'engage à restituer au prêteur, à l'extinction du contrat, l'équivalent en autant d'espèce, qualité et quantité. Est assimilé à l'intérêt prohibé par la loi tout avantage exigé par le prêteur.

135. Il n'en demeure pas moins que cette interdiction doit être tempérée par le fait que ces pays ont adopté la subdivision française entre droit civil et droit commercial : les transactions commerciales échappent, par ce biais, à l'application stricte de la prohibition de l'intérêt.

136. Cependant, les codes égyptien, syrien et irakien passent outre cette interdiction et autorisent expressément la pratique de l'intérêt en matière de prêt d'argent, tout en y fixant une certaine limite (7% en droit égyptien et irakien, 9% en droit syrien). Voir : art. 227 C.c.Eg.; art. 228 C.c.Sy.; art. 172 C.c.Iq.

137. Notamment en matière de courses de chevaux et paris sportifs, voir : art. 915 et suiv. C.c.Jo.; art. 1012 et suiv. C.c.EAU.; art. 1096 et suiv. C.c.Yem.

musulman¹³⁸. Une position analogue est adoptée en droit émirati¹³⁹. En revanche, ce n'est pas le cas dans les codifications égyptienne, syrienne, koweïtienne, irakienne et qatari, qui prennent en considération la perte subie et le gain manqué ainsi que la réparation du préjudice moral¹⁴⁰. C'est d'ailleurs par le biais du Code égyptien que ce dernier concept a fait son entrée dans les codes arabes.

Si les codificateurs se sont généralement gardés d'emprunter des institutions peu adaptées au contexte local, cela n'évince pas l'importance ni la nécessité de la mise en cohérence des solutions déjà reçues et acceptées.

B. L'intégration normative

L'entreprise de codification est bien plus qu'une simple compilation ou consolidation des textes. Il s'agit d'une œuvre de systématisation, de cohérence, de compatibilité et de complémentarité des normes d'un système donné. Un code d'inspiration éclectique suppose un ensemble ordonné de dispositions; il ne saurait être qu'un magma de solutions puisées dans des sources différentes. L'unité d'esprit est particulièrement caractéristique de la codification substantielle. Le droit comparé fournit le ferment indispensable à cette cohésion.

Les codificateurs arabes ont compris, à l'aune de l'expérience égyptienne, la nécessité de la science comparée pour élaborer des normes cohérentes embrassant les réalités de la société d'accueil. L'œuvre de synthèse ou d'harmonisation, quelle qu'elle soit, ne peut être accomplie sans l'aide du droit comparé. Celui-ci permettrait d'harmoniser les concepts proposés en vue

138. Moundher ALFADL, « Le préjudice moral dans la responsabilité civile », (1987) 1 *Revue arabe de la doctrine et de la jurisprudence* [en arabe] 54, p. 54-55.

139. On trouve un texte identique à l'article 389 du Code des transactions civiles.

140. Art. 221-222 C.c.Eg.; art. 222-223 C.c.Sy.; art. 230-231 C.c.Kow.; art. 207-208 C.c.Iq; art. 201-202 C.c.Qa.

d'élaborer un corps cohérent de normes¹⁴¹. En réalité, à bien y regarder, les codifications civiles de la région présentent toutes le caractère suivant : l'œuvre a été conçue à partir de règles d'origines diverses qui, à la suite d'un processus de systématisation et de perfectionnement, ont été intégrées dans un corpus unique. Les travaux préparatoires du projet égyptien sont édifiants à cet égard. Ils révèlent que les rédacteurs du Code ont effectué un choix entre les différentes solutions étrangères en fonction de la situation égyptienne et qu'ensuite, ils les ont harmonisées entre elles et avec les autres règles du Code pour aboutir à un ensemble cohérent¹⁴². La note explicative du Code irakien énonce, pour sa part, que les rédacteurs ont veillé à « harmoniser les dispositions empruntées aux deux sources principales, le droit musulman et les droits occidentaux, de manière à réunir l'ensemble dans un corps unique faisant quasiment disparaître la multiplicité des sources et leur diversité »¹⁴³.

Le problème lié à l'adaptation et à l'efficacité du droit importé est alors posé. Toute œuvre de codification, comme le souligne le Doyen Maury, doit respecter des particularismes locaux dans ce qu'ils ont d'irréductible¹⁴⁴. Il faut tenir compte de la nécessaire adéquation entre la norme (règle de droit) et ses destinataires. L'expérience historique a montré que le législateur devrait s'abstenir d'importer des institutions peu adaptables à la réalité du pays¹⁴⁵. L'emprunt, jugé utile ou nécessaire, devra, sous peine

141. Un procédé semblable est utilisé sur le plan international dans le processus d'intégration normative. Sur l'élaboration des principes de droit européen des contrats, voir : M. DELMAS-MARTY, préc., note 92, p. 85 et suiv., et p. 235-236; Yves-Marie LAITHIER, *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2009, p. 21.

142. *Travaux préparatoires*, préc., note 40, p. 133.

143. Exposé des motifs accompagnant le Code civil de 1951, § 10. Il n'en demeure pas moins que l'amalgame de ces sources laisserait parfois apparaître quelques faiblesses, comme nous allons le voir ci-après.

144. J. MAURY, préc., note 34, à la page 853.

145. Si on prend l'exemple de l'Afrique noire, le constat est édifiant. On souligne que la plupart des « lois calquées sur celles de l'Occident ne se sont jamais adaptées à la mentalité juridique africaine ». Voir Kangulumba MBAMBI, « Les droits originellement africains dans les récents mouve-

d'inefficacité, être intégré dans les cadres, les formes et le langage de la tradition locale¹⁴⁶.

Partant, le droit est sans doute le reflet des réalités socio-culturelles d'un groupe en particulier ou d'une société déterminée. Chaque pays donne à ses lois la marque de son histoire, de sa culture, de sa géographie et de ses traditions. Ce postulat met l'accent sur la nécessité pour toute société d'avoir un droit propre et cohérent – *ubi societas, ibi jus* – qui prend en compte les réalités locales, politiques, sociales et économiques. Ainsi, bien que la démonstration précédente ait révélé l'existence de fortes ressemblances entre les codifications arabes et certaines codifications étrangères, leurs dispositions ne sont pas pour autant identiques.

En effet, toute intégration d'une norme ou d'une institution étrangère dans un texte national implique qu'elle soit adaptée, « rendue conforme au génie du droit national »¹⁴⁷. Comme le fait observer Pierre Gannagé, « la réception d'un système juridique extérieur, qu'il s'agisse de ses solutions ou de sa technique, ne peut être automatique et complète. Elle subit dans le fond, comme dans la forme, les transformations nécessaires à sa compréhension et à son application dans la société qui l'accueille »¹⁴⁸.

Sur ce terrain encore, la science du droit comparé procure les outils nécessaires pour rendre la réception plus fluide et minimiser ainsi le risque de rejet de la « greffe »¹⁴⁹. Le défi pour les co-

ments de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne », (2005) 46 *C. de D.* 326.

146. Paul-André CREPEAU, « Une certaine conception de la recodification », dans *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 32, à la page 43.

147. Adrian POPOVICI, « Acculturation ou convergence? » dans Jean-Louis NAVARRO et Guy LEFEBVRE (dir.), *L'acculturation en droit des affaires*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 643, à la page 650.

148. P. GANNAGÉ, préc., note 31, à la page 493.

149. Pour les risques liés à une réception globale du droit restant apparent et ineffectif, voir l'exemple du Sénégal : Etienne LE ROY, « Le Code civil au Sénégal ou le vertige d'Icare », dans Michel DOUCET et Jacques VANDER-

dificateurs arabes consistait ainsi à redonner aux emprunts effectués aux droits occidentaux une coloration « locale » en les modifiant ou en les complétant¹⁵⁰. Il s'agissait donc d'adapter la norme « importée » au tempérament national. Nous ne saurions nous dispenser de quelques illustrations.

En matière contractuelle, nous avons observé que les codes qui se sont rapprochés du droit musulman n'ont pas jugé bon de recevoir le mécanisme de la nullité relative propre au droit français; la notion du contrat suspendu *aqd mawquf*, tirée du droit hanafite, lui a été substituée. Il s'agit d'un rang intermédiaire entre l'acte valable et l'acte nul. Sa validité est provisoire et incertaine du fait que l'acte a été conclu par un incapable doué néanmoins de discernement ou par quelqu'un dont la volonté a été entachée par un vice de consentement, ou encore par un individu n'ayant pas le pouvoir de disposer de la chose (par exemple, la vente de la chose d'autrui). À l'opposé de l'acte annulable, l'acte *mawquf* est valablement formé, mais ses effets sont « arrêtés », en suspens; il ne sera efficace que par la ratification de la personne ayant le pouvoir de consentir¹⁵¹. Hormis cette différence, les deux mécanismes opèrent fonctionnellement de la même manière et poursuivent la même finalité.

De manière symétrique, l'usucapion en matière immobilière a été remplacée, dans certains pays¹⁵², par la prescription de l'action en revendication de propriété. Ce mode d'extinction empêche le juge d'entendre la cause en raison de l'écoulement du

LINDEN (dir.), *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 291, à la page 323.

150. J. MAURY, préc., note 34, à la page 847.

151. En vertu de l'article 136 du Code civil irakien, la ratification de l'acte *mawquf* peut être explicite ou implicite et elle rétroagit au moment de la conclusion de l'acte. La faculté de ratification ou de rescision doit être utilisée dans les trois mois à compter du jour où son titulaire a eu connaissance de l'acte. Passé ce délai, l'acte deviendra valable en l'absence de toute volonté de résilier le contrat.

152. Notamment en Irak, en Jordanie et aux Émirats : respectivement articles 1158 C.c.Iq, 1181 C.c.Jo., 1317 C.c.EAU.

Dans un même ordre d'idées, on peut relever les particularismes locaux liés au droit foncier de chaque pays. En Égypte, l'inscription au registre foncier constitue un élément nécessaire au transfert de la propriété immobilière. Le non-respect de ce formalisme est sanctionné par l'inopposabilité de l'acte, aussi bien entre les parties qu'à l'égard des tiers¹⁵⁷. Une vente immobilière non enregistrée demeure tout de même valable et produit des effets personnels, parmi lesquels l'obligation à la charge du vendeur de transférer la propriété, une obligation susceptible d'exécution forcée¹⁵⁸. En revanche, dans les pays du machrek (Irak, Liban, Syrie), la transcription foncière est exigée pour la validité même de tout acte ayant pour objet la constitution ou le transfert des droits réels immobiliers. Une vente conclue en méconnaissance du formalisme requis sera frappée de nullité absolue. Elle ne produira donc aucun effet. Pour pallier ce défaut le législateur irakien a dû intervenir par le décret-loi n° 1198 du 2 novembre 1977 pour permettre le transfert forcé de propriété au bénéficiaire de la promesse de vente si celui-ci avait déjà pris possession de l'immeuble ou y avait édifié des constructions ou d'autres ouvrages sans opposition expresse du promettant¹⁵⁹.

En outre, tout en adhérant au principe de transfert *solo consensu* de propriété dès l'échange des consentements, l'ensemble des codifications s'accorde à mettre les risques de la chose, avant sa livraison, à la charge du vendeur¹⁶⁰. La règle *res perit domino* prévue à l'article 1138 al. 2 du Code civil français se trouve ainsi corrigée grâce à une solution tirée du *fiqh* islamique.

157. Art. 934 C.c.Eg.

158. A. SANHOURY, *Traité de droit civil al-wassit* [en arabe], t. 4, Le Caire, *dar al-nahda al-arabyia*, 1964, p. 417 et suiv.

159. Jaffar AL-FADHLI, *Précis des contrats spéciaux* [en arabe], 2^e éd., Mossoul, Presses Universitaires de Mossoul, 2005, p. 109-111.

160. L'article 437 du Code civil égyptien dispose à cet égard que « Si l'objet vendu périt avant la délivrance par suite d'une cause non imputable au vendeur, la vente sera résolue et le prix devra être restitué à l'acheteur, à moins que celui-ci n'ait été, avant la perte, mis en demeure de prendre livraison de l'objet vendu ». Texte correspondant aux articles 547-1 C.c.Iq, 444 C.c.Qa., 478 C.c.Kow., 500 C.c.Jo. *Contra* : art. 428 C.c.Sy., reliant transfert de propriété et transfert des risques.

D'après les juristes musulmans, la chose à livrer demeure aux risques de la personne qui la détient. Celle-ci doit supporter le risque de perte ou de détérioration de la chose, objet du contrat, jusqu'à la livraison¹⁶¹.

Par ailleurs, l'admission du droit de préemption à une échelle plus grande que les droits occidentaux peut également s'expliquer par la volonté de s'aligner sur le droit traditionnel ainsi que sur la pratique locale¹⁶². Par exemple, la préemption est admise au bénéfice des voisins contigus pour combattre le morcellement des terres ou éviter l'arrivée d'un voisin ou d'un copropriétaire indésirable¹⁶³. La même observation peut être relevée relativement à la remise de dette, réputée par les législateurs arabes comme un acte unilatéral de volonté entraînant l'extinction de l'obligation¹⁶⁴, alors que son caractère conventionnel est affirmé en France¹⁶⁵. Cette solution rime avec les prescriptions islamiques qui considèrent la remise de dette *ibraa min al-daïn* comme un acte de grâce et de bienfaisance, tout en donnant au débiteur le droit de la récuser.

Il ressort de la précédente démonstration que le droit civil moyen-oriental, dans ses sources d'inspiration comme dans sa physionomie, apparaît clairement aujourd'hui comme un droit

161. Voir : Chafik CHEHATA, « Les concepts de Qabd Aamân et de Qabd Amâna en droit musulman Hanéfite » (1970) 32 *Studia Islamica* 89.

162. Par exemple, la préemption est réglementée aux articles 935 à 948 du Code civil égyptien. Ces dispositions, inspirées du droit musulman, ont été reprises par les codifications de la région. Seul le Code syrien n'admet pas le droit de préemption qualifié de « droit faible que les conditions sociales et économiques dans les territoires syriens ne recommandent pas son maintien » : M. ALBASHEER, G. H. TAHA, préc., note 156, p. 176.

163. *Id.*, p. 177.

164. L'article 371 du Code civil égyptien énonce que « L'obligation s'éteint par la remise volontaire qui en est faite par le créancier. La remise est parfaite dès qu'elle parvient à la connaissance du débiteur, mais elle devient caduque si elle est refusée par ce dernier ». Textes analogues : art. 370 C.c.Sy.; art. 442-1 C.c.Iq; art. 400-1 C.c.Qa.; art. 435-1 C.c.Kow.; art. 496 C.c.EAU; art. 445 C.c.Jo.

165. Voir : P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 98, p. 661 et suiv.

hybride. Cette combinaison de plusieurs apports pourra enchanter certes le comparatiste, mais gênera parfois l'interprète et le praticien¹⁶⁶. Le « patchwork » juridique peut, en effet, donner lieu à des « bizarreries » lorsque la cohabitation s'avère difficile entre des normes animées de logiques bien différentes. Or, la qualité d'un code se mesure essentiellement à sa cohérence interne et à sa capacité à éviter les contradictions et les antinomies.

Ainsi, l'amalgame complexe de règles de droits français et musulman peut réserver de « malheureuses surprises ». Pour illustrer le propos, prenons l'exemple de la contradiction qui existe entre deux textes du Code civil irakien : le premier (article 186), d'inspiration française, pose pour règle générale la responsabilité pour faute, exigeant ainsi une conscience suffisante pour rendre une personne responsable de ses actes; le second (article 191), d'inspiration musulmane, consacre la responsabilité sans faute de l'enfant privé de discernement pour ses actes dommageables. La combinaison de ces deux textes conduit à un résultat paradoxal : la loi est plus sévère vis-à-vis d'un enfant en bas âge lorsqu'il cause un dommage qu'envers un majeur, ce dernier n'étant responsable que s'il est doué de discernement¹⁶⁷!

Le Code civil jordanien fournit, lui, un autre exemple d'incompatibilité : on y relève l'utilisation du terme *fou-douli* (prodigue, oiseux, bienfaiteur) avec deux conceptions antinomiques, l'une tirée du *fiqh* islamique (article 171), ayant trait à la vente du bien d'autrui, et la seconde (article 301) d'inspiration occidentale, qui renvoie à la gestion d'affaires, institution réputée comme une figure de l'enrichissement sans cause. Ces mots semblables ne recouvrent pas la même réalité juridique dans les deux systèmes.

Quoi qu'il en soit, ces rares imperfections n'affectent pas la cohérence globale de l'œuvre, d'autant plus que la jurisprudence a

166. P. GANNAGE, préc., note 31, p. 479-480.

167. Abdulmajid ALHAKIM, Abdulbaqi ALBAKRI et Mohamed T. ALBASHEER, *Droit civil : les sources de l'obligation* [en arabe], Mossoul, Presses Universitaires de Mossoul, 1980, p. 218-219.

caractère imprévisible et exceptionnel de l'événement, caractère excessif de la charge supportée par l'une des parties et interdiction d'invoquer l'événement par celui qui, d'après le contrat, doit assumer le risque de sa survenance¹⁷¹. L'hybridation a aussi pour conséquence de donner naissance à un droit nouveau, empruntant à la fois au droit moderne et au droit traditionnel, comme nous l'avons observé relativement à la théorie des nullités.

Il va sans dire que ces différentes adaptations ont contribué à rendre plus harmonieuse l'introduction des règles nouvelles permettant ainsi de profiter de l'expérience fructueuse d'autrui. À bien des égards, l'assimilation est facilitée par la proximité des normes reçues. Ainsi, le recours aux sources exogènes n'a pas été ressenti comme brutal en raison, au demeurant, du soin accordé aussi bien à la forme (l'adaptation du style, la reformulation des textes) qu'au fond (sélection, harmonisation, hybridation). Ainsi peut-on trouver dans les ouvrages des auteurs arabes, même les plus récents, des affirmations comme « en réalité, ce qui a été emprunté aux droits occidentaux ne diffère pas, dans sa teneur globale, des principes généraux de la Charia islamique. Cette dernière a su intégrer parmi les normes occidentales, celles qui sont en harmonie avec la culture et les valeurs arabomusulmanes »¹⁷².

Conclusion

« L'art de codifier » recouvre des réalités bien différentes¹⁷³. Certains codes ne prétendent pas à autre chose qu'à être des

171. § 313 BGB, art. 1467 du Code civil italien et art. 388 du Code civil hellénique. Pour plus de détails sur la lésion et l'imprévision dans les pays arabes, voir : Harith AL-DABBAGH, « Regards d'un juriste arabe sur les mécanismes de justice contractuelle dans le Code civil du Québec », en ligne : <http://www.institut-idef.org/IMG/pdf/Conf_Section_dr_privé.pdf> [consulté le 8 avril 2013].

172. Souheïl S. ALFATLAWI, *Introduction à l'étude de la science juridique* [en arabe], 2^e éd., Bagdad, Éditions Librairie *al-Dhakira*, 2009, p. 50.

173. Pour une vue d'ensemble, voir : Jean-Louis BERGEL, « Variations sur des techniques de codification », dans *Aux confins du droit, Mélanges Charles-Albert Morand*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 23 (ci-après

compilations visant à regrouper les textes présents et futurs à des fins de commodité pratique. D'autres remplissent une fonction de consolidation ayant pour but de réunir et d'intégrer des solutions acquises en jurisprudence selon un ordre logique et méthodique. Mais la forme la plus achevée de codification, écrit Bruno Oppetit « [...] correspond aux grandes œuvres réformatrices qui intègrent dans un ensemble unitaire un corpus de règles anciennes et un apport de règles nouvelles exprimant les principes d'organisation de la nouvelle société »¹⁷⁴.

On peut ainsi qualifier de codification substantielle « toute codification ayant pour objet d'établir un ensemble cohérent de règles nouvelles ou renouvelées, destinées à consacrer un ordre juridique nouveau ou à restaurer l'ordre préexistant, après des recherches, une réflexion d'ensemble et un effort d'imagination sur la base desquels des choix ont été faits, des lignes directrices établies et, enfin, des décisions prises »¹⁷⁵. Dans cette perspective, la codification napoléonienne apparaît, sans doute, comme une véritable codification « substantielle », dans la mesure où elle consacrait souvent des solutions très novatrices par rapport à son époque. En revanche, les codes des pays de common law (*Restatements*) s'apparentent plutôt à de simples œuvres de consolidation; une sorte de compilation du droit préexistant, c'est-à-dire de solutions concrètes de la pratique issue de la jurisprudence¹⁷⁶. Il s'agit ici d'une codification sans innovations, d'une simple mise en ordre des textes avec une répartition rationnelle. Dans un même ordre d'idées, le *medjellé* ne serait pas non plus « un véritable code

« Variations »). Voir aussi du même auteur : « Les méthodes de codification dans les pays de droit mixte », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte : Les systèmes juridiques de Common Law et de Droit civil*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 21 (ci-après « Méthodes »).

174. Bruno OPPÉTT, préc., note 72, p. 18-19.

175. Gérard CORNU, *Droit civil : introduction, les personnes, les biens*, t. 1, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1990, p. 222.

176. C'est une méthode assez proche de la codification administrative à la française, appelée encore codification par décret ou à droit constant. Sur ce concept, voir : Nicolas MOLFESSIS, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique » (2000) *RTD civ* 186.

mais un simple recueil de cas d'espèces, multipliant les exemples »¹⁷⁷.

Cela étant, la question se pose de savoir comment peut-on évaluer les codifications « synthèses » du monde arabe à la lumière de cette typologie?

Les codes arabes modernes peuvent être regardés comme des « œuvres de type mineur », estime Sélim Jahel. Ils ne seraient pas de véritables codes, car, d'après l'auteur, le droit demeure « constitué à la fois des règles d'inspiration occidentale censées être détachées de toute idéologie religieuse, et de règles procédant de textes sacrés, rigides et souvent surannés; de plus, il est nécessairement intégré à un ordre juridique qui, lui, reste profondément islamique »¹⁷⁸.

Le constat peut certes être approuvé si on prend en compte le seul fait que l'ensemble de ces codifications est amputé du livre habituellement consacré en Occident au droit de la famille et au droit des successions. La codification civile arabe n'a pas pu intégrer cette branche qui est restée autonome et tributaire des données religieuses. En tout état de cause, ce qui relève du droit civil varie d'un pays à l'autre. Le droit commercial dans certains pays est intégré au Code civil (ex. Québec, Italie) alors qu'il constitue dans d'autres une branche distincte (ex. France). Il en va de même concernant le droit international privé. Peut-on juger les codifications arabes purement sous cet angle?

Une fois écartée cette objection, il devient évident que l'œuvre ne présente certainement pas les caractéristiques des codifications-compilations. À bien des égards, ces codes, du moins ceux de facture moderne, semblent fort éloignés, dans leur lettre et leur esprit, de la tradition islamique, consacrant ainsi des solu-

177. Fady NAMMOUR, « Le Code civil des français : modèle utilisé au Liban » dans Thierry REVET (dir.), *Code civil et modèles : Des modèles du code au Code comme modèle*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 481, n° 4.

178. S. JAHEL, « Code civil. », préc., note 85, à la page 844.

tions novatrices¹⁷⁹. Par l'éclectisme qui les caractérise, ces œuvres relèvent, croyons-nous, des codes de type réformateur qui ne se contentent pas d'un effort d'éclaircissement, de systématisation, mais ambitionnent de réformer le droit préexistant¹⁸⁰. Ils s'inscrivent dans une perspective commune généralement réformatrice. Leur rattachement à cette catégorie peut être justifié par le fait qu'ils caractérisent d'importantes mutations dans les systèmes juridiques des pays où ils sont intervenus. L'adoption des codes répondait au besoin d'une rationalisation différente de la vie économique et sociale.

Mais, mutation ne veut pas dire rupture! L'objectif poursuivi par la technique législative étant double : d'une part, celui d'implanter, dans les meilleures conditions possibles, les institutions importées et, d'autre part, celui de garantir au droit une certaine identité nationale. Cette entreprise traduit une tendance à allier fidélité à la tradition et aspiration à la modernité¹⁸¹. N'est-ce pas le propre des codifications dites « matérielles » ou « substantielles » de réunir des règles traditionnelles et des règles nouvelles en une construction cohérente¹⁸²?

L'entreprise arabe consistant à transformer l'ordre juridique établi sans rompre brutalement avec lui se révèle ainsi aux antipodes de l'expérience turque. Cette dernière marque un « divorce consommé » avec le passé par l'importation pure, simple et « en bloc » des codes occidentaux. De 1926 à 1929, la Turquie a promulgué huit grands codes modernes calqués sur les codes occi-

179. On citera par exemple que certaines règles concernant le prêt à intérêt, la loterie, les jeux de hasard, le pari, les contrats d'assurance, consacrées par différents codes, sont formellement interdites en droit musulman.

180. Certains ont pu distinguer quatre types de codes : le digeste, le code réformateur, le code révolutionnaire et le code de type anglo-saxon. Voir : J.-L. BERGEL, « Méthodes », préc., note 173, p. 22-23.

181. Car on ne peut certes pas « réformer un peuple en jetant au magasin des accessoires ses traditions les plus profondes » : J. LAFON, préc., note 15, p. 69.

182. J.-L. BERGEL, « Variations », préc., note 173, p. 25.

dentaux, notamment sur les codes suisse, italien et allemand¹⁸³. Dépourvu de caractère proprement turc, le droit importé, notamment celui relatif à la famille, apparut à la grande majorité de la population comme une œuvre théorique et dogmatique, sinon comme un amas de formules abstraites et conventionnelles, parce qu'il était étranger aux habitudes et aux réalités sociales du pays. Il fut, au départ, rejeté par la majorité des Turcs qui vécurent en l'ignorant, surtout à la campagne¹⁸⁴, et il fallut quelques décennies pour qu'il apparaisse enfin comme un instrument permettant la modernisation du pays et un atout pour son intégration à l'Europe.

À cette « modernisation-rupture » s'oppose donc une « modernisation-latente » des pays arabes, où le droit comparé fait office de facteur de laïcisation larvée dans de nombreux domaines. Ainsi, la codification du droit civil a eu pour corollaire une sécularisation sensible de cette branche de l'ordre juridique. Oeuvre humaine dont le maître est le législateur, un code n'aura plus qu'un rapport lointain avec la source divine. La démarche « sélective » suivie par les codificateurs a favorisé la séparation du sujet et de l'objet de manière à « désacraliser » la norme et la ramener à un travail purement humain¹⁸⁵. Cette vocation de la codification à dissocier les règles de leurs sources, à les « nationaliser », peut également être observée dans des pays occidentaux¹⁸⁶.

183. Ces codifications sont en grande partie des traductions, le codificateur s'étant borné à faire traduire des codes étrangers. Georges SAUSER-HALL, « La réception des droits européens en Turquie », dans *Recueil de travaux de la faculté de droit de Genève*, Genève, Imprimerie A. Kundig, 1938, p. 395; Tugrul ANSAY et Don WALLACE, *Introduction to Turkish Law*, 6^e éd., La Haye, Kluwer Law International, 2011, p. 109-148.

184. Des pratiques issues de la Charia, telles que la polygamie et la répudiation, subsistèrent longtemps après, ce qui n'a pas manqué de poser un certain nombre de problèmes, notamment celui de la condition, légitime ou non, d'enfants nés d'unions polygames, ou ceux nés d'unions non enregistrées ou coutumières. Le Parlement turc se voyait donc contraint de légaliser ces naissances en bloc chaque année. J. LAFON, préc., note 15, p. 53.

185. N. COULSON, préc., note 24, p. 148-149.

186. Sur la diminution de l'influence de la religion au Québec après la recodification, voir : Dominique GOUBAU, « Le droit de la famille au Québec :

réformatrice » serait plutôt dans le contexte arabe une « codification sécularisatrice », dans le sens où celle-ci revêt d'un caractère séculier les normes qui la composent, abstraction faite de leur origine.

Pour conclure, les développements précédents mettent en exergue un constat important pour les comparatistes : les systèmes juridiques communiquent et interagissent; les institutions et concepts juridiques voyagent, s'échangent d'un système à l'autre et participent à leur enrichissement mutuel. Cette « communicabilité » opère dans les deux sens et participe du dialogue des civilisations. Des liens peuvent alors se tisser au-delà des continents, révélant parfois des « filiations » surprenantes!

Ainsi, un « double lien de parenté » peut être souligné entre le Code civil égyptien et le Code civil du Québec. D'abord, nous avons observé que les travaux préparatoires du Code civil égyptien citent expressément le Code civil du Bas-Canada parmi les sources étrangères visitées. Ensuite, on sait que parmi les textes extérieurs consultés par l'Office de révision du Code civil¹⁸⁹ figure le Code éthiopien, œuvre de René David. Si on prend en compte que, pour préparer ce dernier code, le « grand » David s'est beaucoup inspiré du Code égyptien, on aboutit au résultat suivant : le droit québécois a doublement joué le donneur et le receveur à l'égard du droit égyptien. La boucle est alors bouclée!

L'enseignement du droit comparé, note Paul-André Crépeau, nous « montre qu'au-delà des techniques et du jargon, les

189. L'Office de révision du Code civil a fait largement appel au droit comparé lors de la recodification du Code civil. Parmi les différentes sources étrangères citées par le ministre de la Justice dans ses commentaires sur le nouveau Code figurent le Code civil français, le Code civil et le Code des obligations suisses, le Code italien, le Code civil éthiopien ainsi que des sources de common law. Voir le tableau dressé par : H. Patrick GLENN, « Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec », dans *Le nouveau Code civil*, préc., note 186, p. 175, à la page 189. Voir aussi : Ministère de la Justice (Québec), *Commentaires du ministre de la Justice sur le Code civil du Québec*, Québec, Les Publications du Québec, 1993.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

- Titre :** DE LA DIFFICULTÉ DU BON USAGE DES MOTS ET DE LEUR
INCIDENCE SUR LA COMPRÉHENSION ET L'APPLICATION D'UNE
NORME JURIDIQUE AUTRE : LA SHARÎ'A, PLUS ET AU-DELÀ DU
DROIT
- Auteur(s) :** Muriel PARADELLE
- Revue :** *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 1-2
- Pages :** **443-478**
- ISSN :** 0317-9656
- Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.
- URI :** <http://hdl.handle.net/11143/10208>
- DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/10208>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

DE LA DIFFICULTÉ DU BON USAGE DES MOTS ET DE LEUR INCIDENCE SUR LA COMPRÉHENSION ET L'APPLICATION D'UNE NORME JURIDIQUE AUTRE : LA SHARĪ'A, PLUS ET AU-DELÀ DU DROIT

par Muriel PARADELLE*

Le droit est un système de pensée, de valeurs et de normes, qui renvoie à une certaine vision, culturellement marquée, du monde et de la société, qui ne peut, en conséquence, s'exprimer que dans un vocabulaire qu'elle s'est elle-même forgé. Se pose dès lors au chercheur travaillant sur une aire culturelle différente de la sienne un premier obstacle d'ordre épistémologique : celui de la traduction, dans une langue autre que leur langue d'origine, des termes, concepts, valeurs empruntés ailleurs. C'est à cette difficulté que se trouve confronté le juriste étranger lorsqu'il s'intéresse au droit islamique, difficulté qui surgit dès la traduction du terme shari'a par « droit » ou « loi ». Parler, en effet, de « droit » en se référant à la shari'a, sans aucun autre souci de précision, revient à dépouiller celle-ci d'une grande partie de sa réalité, pour la réduire à un corps de règles juridiques dans les limites occidentales de l'acception du terme « droit ». Or, la shari'a va bien au-delà de cette définition étroite, qui la place sur le seul terrain du juridique. Elle est une catégorie englobante, qui n'épuise pas sa substance dans les seules dispositions renvoyant au droit stricto sensu. C'est donc à cette délicate question de la traduction du concept de shari'a par « droit » qu'est consacré cet article.

Law as a system of values and rules, is the reflection of a culturally influenced perception of reality which can only be validly expressed in a manner consonant with a particular tradition. Researchers focusing on a cultural area different from their own must therefore overcome an epistemological obstacle relating to the translation of certain concepts, notably the delineation, in a language inconsistent with their original idiom, of terms, notions and values borrowed from other sources. Foreign jurists interested in Islamic law must confront this difficulty which arises as soon as the word shari'a is translated as "law" or "legislation". Expressing shari'a as the "law" with no other clarification is reductive of its reality by limiting it to an occidental view of the law as a body of legal norms. The shari'a is more extensive than this restrictive interpretation. This article deals with the difficulties associated with the translation of shari'a by the mere term "law".

* . Professeure agrégée à la Faculté de droit/section droit civil de l'Université d'Ottawa, ses champs de recherche actuels se concentrent sur les défis que pose à la justice le jugement des crimes contre l'humanité, dont plus particulièrement le génocide. Le droit islamique fait également partie de ses centres d'intérêt, puisque sa thèse de doctorat portait sur l'incidence de la *shari'a* islamique dans la pratique internationale des États musulmans. À l'occasion de la rédaction de celle-ci, elle a d'ailleurs séjourné cinq ans et demi en Égypte et travaillé en étroite collaboration avec des juristes égyptiens spécialistes du droit islamique.

SOMMAIRE

I. Le recours à une catégorie uniforme pour dire une réalité complexe : lorsque la traduction est déjà une trahison. Éléments pour une tentative de définition	446
1. La <i>sharī'a</i> , un système juridique à part entière	447
2. <i>Sharī'a</i> , <i>fiqh</i> , <i>qânûn</i> : trois termes, trois moments du développement du droit islamique	449
2.1 <i>La sharī'a ou la loi comme expression de la volonté de Dieu</i>	449
2.2 <i>Le fiqh, ou la science humaine du droit</i>	453
2.3 <i>Le qânûn, un droit extérieur à la sharī'a mais conforme aux dispositions de celle-ci</i>	457
3. Quel droit islamique? Loin d'une vision monolithique de la <i>sharī'a</i>	460
 II. La <i>sharī'a</i>, un système normatif englobant à finalité eschatologique : la loi comme expression de la volonté divine	 464
1. Lorsque suivre la règle est constitutif d'un acte de foi : l'islam, religion de la loi	464
2. Norme religieuse, norme sociale, norme juridique : la <i>sharī'a</i> , plus qu'un code juridique, un code de vie pour l'ici-bas tourné vers l'au-delà	468
3. Un droit qui emprunte à l'esthétique d'une religion : au cœur de la <i>sharī'a</i> , le Coran comme récitation	471
 Conclusion. La <i>sharī'a</i>, un fait de civilisation : le droit islamique au fondement d'une identité	 472
Bibliographie	475

Le droit est un système de pensée, de valeurs et de normes qui renvoie à une certaine vision du monde et de la société, de Soi et de l'Autre, une vision qui est culturellement marquée parce que produite par une société, pour une société; elle parle fort naturellement de celle-ci dans un vocabulaire qu'elle s'est elle-même forgé. Se pose dès lors au chercheur travaillant sur une aire culturelle différente de la sienne un premier obstacle d'ordre épistémologique, celui de la traduction dans une langue autre que la langue d'origine des termes, concepts, valeurs empruntés à une culture différente, avec le risque, toujours présent d'introduire, au passage de leur transcription dans le vocabulaire étranger, de subtiles différences de sens, voire de véritables distorsions dans l'appréhension des contenus réels. En ce sens, la traduction introduit toujours, peu ou prou, une part de trahison. Bien souvent d'ailleurs, il arrive qu'il soit tout simplement impossible de traduire ces concepts culturellement situés ailleurs, parce que faute d'équivalents dans la culture de réception, il n'existe dès lors pas de mots pour les nommer.

C'est à cette difficulté que se trouve confronté le juriste étranger lorsqu'il s'intéresse au droit islamique, difficulté qui surgit dès la traduction du terme *shari'a* par « droit » ou « loi ». Parler, en effet, de « droit » en se référant à la *shari'a*, sans aucun autre souci de précision, revient à dépouiller celle-ci d'une grande partie de sa réalité pour la réduire à un corps de règles juridiques dans les limites occidentales de l'acception du terme « droit ». Or, la *shari'a* va bien au-delà de cette définition étroite, qui la place sur le seul terrain du juridique. Elle est une catégorie englobante qui n'épuise pas sa substance dans les dispositions renvoyant au droit *stricto sensu*. C'est donc ici même, dans l'immédiateté de la traduction, que se glisse déjà une distorsion de sens et partant, avec elle, non seulement une appréhension partielle du contenu de la *shari'a*, mais plus encore – et plus grave peut-être – une évaluation faussée de la portée de ce corpus juridique sur et dans la vie du justiciable musulman.

C'est donc à cette délicate question de la traduction des termes, concepts et catégories relevant de la *shari'a* qu'est

consacré cet article, ainsi qu'à son impact sur sa compréhension, à partir d'une analyse articulée autour de deux parties. La première partie portera sur les difficultés de la traduction des termes juridiques arabes et islamiques dans le vocabulaire d'une culture de tradition civiliste, voire de common law, et les fausses représentations de ce droit qu'elle induit, ainsi que sur la vision monolithique et uniformisante qui est véhiculée de la *shari'a*, et qui tend à faire croire qu'il n'existe qu'un seul droit islamique s'appliquant à l'identique à tous les musulmans du monde entier (I). La deuxième partie, quant à elle, s'intéressera à la nature de ce droit telle que comprise par les croyants¹ et, partant, à la place que ses dispositions occupent dans leur vie, une nature et une place qui sont très éloignées de ce à quoi elles renvoient s'agissant de notre propre système juridique, et à côté desquelles on tend à passer en grande partie lorsque l'on enferme la *shari'a* dans la catégorie « droit » au sens occidental du terme (II).

I. Le recours à une catégorie uniforme pour dire une réalité complexe : lorsque la traduction est déjà une trahison. Éléments pour une tentative de définition

Dans le cadre de cette première partie, il s'agira de s'arrêter sur trois représentations du droit islamique, couramment transmises, voire volontairement véhiculées à des fins idéologiques, aussi bien en Occident que dans le monde musulman, à savoir :

-
1. Il ne s'agira pas pour nous, ici, de rentrer dans le débat complexe qui anime aujourd'hui le milieu des islamologues avertis, qui consiste à discuter de la nature et de l'essence intrinsèques du droit islamique, mais davantage de nous arrêter sur ce qu'est et surtout sur ce que représente la *shari'a* pour le croyant majoritaire. Or, celui-ci est bien loin de la complexité de cette réflexion. Pourtant, c'est lui qui nous intéresse au premier chef lorsqu'il est question de savoir si l'on doit donner droit de cité, au Canada ou dans tout autre État sans tradition musulmane, à ce corpus juridico-religieux, puisque c'est lui qui sera directement concerné par cette reconnaissance de la *shari'a* au titre du droit positif en vigueur (M. BENKHEIRA, « Droit musulman », *Annuaire EPHE, Sciences religieuses*, 2006-2007, t. 115, 163-166).

1. que le droit islamique est un droit archaïque, avec lequel il suffit de se « familiariser » pour pouvoir en parler doctement et avec autorité;
2. que la *shari'a* est tout entière contenue dans la catégorie « droit » dans laquelle on la range en traduisant *shari'a* par « droit » islamique;
3. que le droit islamique se présente comme une catégorie monolithique, que l'on retrouverait partagé à l'identique entre les 55 États musulmans et le milliard et plus de personnes se réclamant de cette confession à travers le monde.

Or, ces trois représentations sont fausses pour l'essentiel, et cette erreur de perception est en partie – mais non en totalité – due au fait qu'en traduisant le mot et concept *shari'a* par « droit », on l'aborde alors dans nos propres catégories juridiques, selon notre propre conception du droit, qui n'a que peu à voir avec ce que la *shari'a* représente pour les musulmans, ni avec la place qu'elle occupe dans leur vie.

1. La *shari'a*, un système juridique à part entière

Ainsi, lorsque l'on connaît mal ce droit a-t-on souvent tendance à le traiter avec quelque condescendance, ne voyant en lui qu'un système archaïque, qu'il est aisé de maîtriser moyennant quelques lectures. Or, le droit islamique renvoie à un corpus juridico-religieux vieux de quatorze siècles, aussi vieux en fait que la religion islamique de laquelle il fait intégralement partie. Dès lors, et à l'instar du dogme lui-même, le droit islamique a fait l'objet d'une intense réflexion de la part des juristes religieux, qui ont produit un travail et une pensée d'une très grande richesse et d'une non moins grande complexité. Des dizaines de milliers d'ouvrages occupent les étagères des bibliothèques des écoles, universités et autres instituts islamiques à travers le monde. Dans le seul monde sunnite, différentes écoles de pensée juridique ont vu le jour et ont développé des interprétations parfois sensiblement différentes du droit islamique. Ainsi en est-il des écoles hanafite, shafi'ite, malikite et hanbalite pour ne nommer

qu'elles. Davantage même, il constitue un système juridique à part entière, entendu au sens d'un « ensemble de normes juridiques valides pour un certain territoire ou un certain groupe de personnes et qui ne tire sa validité d'aucune norme juridique qui lui soit extérieure »². À ce titre, il présente des caractéristiques de systématisation, de cohérence logique, d'interrelations réciproques entre ces normes, institutions et comportements collectifs dans le cadre d'un système social global. Ainsi la *shari'a* détermine-t-elle un droit de nature spécifique, s'originant auprès de sources qui lui sont propres (*usûl*), doté d'un appareil producteur et conservateur de la norme avec ses institutions et ses spécialistes, ses mécanismes de création et d'interprétation des règles qui ont permis le développement d'une véritable science du droit, elle-même à l'origine d'une normativité particulière. Il n'est que de considérer l'ordre pyramidal descendant et déductif du système shari'ique pour prendre la mesure de cette réalité. « La cohérence de ce système se vérifie à plusieurs points de vue. Tout d'abord par sa finalité d'ensemble, puisqu'il tend à réaliser essentiellement la conformité de l'"ici-bas" (*dunya*) à l'"au-delà" (*akhira*), selon un ordre ascendant. Elle se vérifie également par la hiérarchie de ses sources qui, cette fois-ci, se posent selon l'ordre descendant : la source révélée (Coran), la source inspirée (Sunna), la source provenant de l'interprétation des Compagnons du Prophète, et, après eux, des 'ulama` de l'*umma*, ces derniers étant, à ce titre, considérés comme les "héritiers du Prophète" »³. Il y a bien là la marque de l'existence d'un système juridique à part entière.

D'ailleurs, le droit islamique compte au nombre des grands systèmes juridiques reconnus comme tels par les instances internationales. C'est, en effet, en 1932 que le Congrès international de Droit comparé, tenu à La Haye (Pays Bas), lui a reconnu le statut de système juridique indépendant, en d'autres termes, un système autonome des autres systèmes de droit existants, doté de ses sources propres, présentant une structure

-
2. « Système juridique »; *Dictionnaire encyclopédique de sociologie et de théorie du droit*, p. 595.
 3. Yadh BEN ACHOUR, *Politique, religion et droit dans le monde arabe*, Tunis, Cérès Productions, 1992, p. 64.

et des techniques de création et d'interprétation du droit spécifiques et ayant développé des concepts juridiques particuliers. Cette reconnaissance a été entérinée par la Société des Nations. Vouloir, dès lors, entreprendre l'étude du droit islamique suppose de longues années de formation, d'autant plus que ce corpus juridique, lourd de quatorze siècles de réflexion savante, ne se laisse pas appréhender à travers un seul concept, mais renvoie, au contraire, à une pluralité de termes, qui, tous, disent sa complexité, sa richesse et attestent de son évolution.

2. *Sharī'a, fiqh, qānūn* : trois termes, trois moments du développement du droit islamique

En tant que produit culturel, le droit se construit à partir d'un vocabulaire, dont la spécificité ne renvoie pas seulement à la particularité du domaine qui est le sien – le juridique –, mais également à l'unicité de la culture au sein de laquelle il naît et se développe. Ce faisant, le droit participe à la régulation d'un monde qu'il nomme à l'aide d'un lexique fortement marqué – parce que lui-même marqueur – par l'environnement culturel qui lui a donné naissance, la langue étant, nous le savons tous, totalement le reflet d'une culture et du système de pensée qui l'assortit. Ainsi, lorsque nous parlons de « droit islamique », pas moins de trois termes sont susceptibles d'être tirés du répertoire juridique musulman : *sharī'a*, *fiqh*, *qānūn*; trois mots pour dire le droit, qui, pourtant, ne nomment pas le même objet.

2.1 *La sharī'a ou la loi comme expression de la volonté de Dieu*

S'agissant tout d'abord de la *sharī'a*, celle-ci renvoie à la loi islamique tenue pour expression de la volonté de Dieu, en raison de ses sources divines que sont le *Coran*, d'une part, et la *Sunna* ou parole du Prophète, d'autre part. La *sharī'a* est ainsi définie comme étant le droit qui régit les fidèles de la religion

musulmane⁴. En ce sens, la force symbolique et, partant, mondaine de la *shari'a* résulte de ce que celle-ci participe directement et totalement de la révélation islamique. « À la différence du droit positif occidental, ce droit n'est pas une branche des sciences sociales, mais plutôt, une des faces de la religion de l'Islam »⁵. Et, de fait, on ne peut pas séparer, dans l'Islam, droit et religion.

Le Coran, en tant que donné « révélé », est le Livre sacré des musulmans, tenu pour éternel et incréé par l'orthodoxie islamique⁶, en conséquence immuable, et, à ce titre, insusceptible de changement ou de modification⁷. Dicté dans son entier par l'archange Gabriel à Muhammad, celui-ci n'a rien pu y ajouter ni retrancher. Conçu comme une « récitation »⁸, une Parole avant

-
4. Louis MILLIOT, François-Paul BLANC, *Introduction au droit musulman*, Paris, Dalloz, p 1.
 5. Jabeur FATHALLY, *Les principes du droit international musulman et la protection des populations civiles en cas de conflits armés : de la binarité guerrière au Droit de Genève. Histoire d'une convergence*, Thèse de doctorat en droit (PhD), sous la direction de Muriel Paradelle et de Pacifique Manirakiza, Ottawa, Faculté de droit/Section droit civil, Université d'Ottawa, 2012, non publiée, p. 47.
 6. Les Mu'tazilistes, mouvement schismatique de l'islam, récuse cette thèse : favorables à une approche « rationaliste » du texte, ils entendent raisonner sur les dogmes et concilier la foi et les exigences de l'esprit de recherche. En soutenant la thèse de la création du Coran, ils en historicisent l'expression, « l'arrachant au mystère insondable de l'éternité pour le mettre à la portée de l'homme », selon les termes de Mohammad ARKOUN, *Essais sur la pensée islamique*, Paris, Maisonneuve & Larose, 1984 (1^{re} éd. 1973).
 7. Karim GUELLATY, François-Jérôme PANSIER, *Le droit musulman*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, p. 27.
 8. Coran est le nom verbal dérivé du verbe *qara'a*, qui signifie « lire », « réciter », « action de réciter ». La constitution du corpus coranique s'est déroulé en trois phases : 1) la phase de l'oralité, qui va des débuts de la révélation en 612 jusqu'à la mort du Prophète en 632; durant cette période, les versets furent transmis oralement au Prophète, qui les apprit par cœur avant de les transmettre, à son tour, oralement à ses compagnons; 2) la phase du regroupement, qui renvoie à la première tentative, entreprise par Zayd Ibn Thâbit, à la demande du premier calife successeur du Prophète Abû-Bakr (632-634), en vue de réunir le corpus retranscrit sur différents supports; 3) la recension définitive du Coran

d'être un Écrit, il est le Verbe vivant au sein de la communauté des croyants, le « médiateur » entre Dieu et l'homme dans une relation voulue sans église ni clergé⁹. Il s'impose comme la référence primordiale d'inspiration, l'origine de toute normativité, à ce titre source première, incontestable et incontestée, du droit islamique.

La Tradition prophétique ou *sunna*, quant à elle, recense toute la geste du Prophète au cours de sa mission apostolique, ses dires, conseils, préceptes, ses silences aussi, ses attitudes, habitudes, comportements, pratiques quotidiennes... Parole d'un homme et non de Dieu, la *sunna* relève d'un donné « inspiré » davantage que révélé, celui de l'Envoyé de Dieu, venant à ce titre derrière le Coran en ordre d'importance symbolique, parce que située plus loin dans sa proximité à Dieu. Son lien avec Dieu n'en est pas moins fort pour autant, puisque, en tant que messenger de celui-ci, le Prophète parle et agit sous son contrôle direct : ses paroles, gestes, silences, attitudes sont inspirés par Dieu. Cette geste du Prophète a été recensée et mise par écrit dans des recueils de *hadith* (« dires »), qui ont acquis force de tradition auprès des croyants. Muhammad, en effet, est présenté par le

ordonnée par le calife Uthmān (644-655). Ce dernier texte se présente sous forme de chapitres, les sourates (*sūrah*) au nombre de 114, eux-mêmes subdivisés en 6 219 versets (*āyāt*). La classification des sourates et versets n'obéit à aucun ordre thématique, ceux-ci traitant, sans organisation spécifique, de sujets très divers qui s'enchaînent sans lien systématique les uns avec les autres. Ainsi trouve-t-on des dispositions relatives à la grandeur de Dieu et à ses attributs, à la réglementation des rites religieux dont les rites funéraires, à la vie privée, à côté de règles relatives aux transactions de nature économique, aux régimes patrimoniaux, au droit de la guerre... L'ordre du Coran est, en fait, un ordre essentiellement métrique, les sourates étant ordonnées en fonction de leur longueur. Voir : Ali MERAD, *L'Exégèse coranique*, Paris, Presses universitaires de France, 1998, p. 12; Jabeur FATHALLY, préc., note 5, p. 52.

9. Très rapidement toutefois s'est constituée une classe de savants, juristes-théologiens, qui, de par son importance et sa reconnaissance au sein de la société musulmane, a fait office de clergé.

Coran comme étant le « bel exemple » (*uswa hasana*)¹⁰ à suivre, auquel les croyants doivent obéir comme à Dieu¹¹. Partant, la *sunna* a permis de compléter la révélation coranique en comblant les vides – vides culturels et vides juridiques –, en apportant des réponses à toutes les situations non prévues par les sourates et versets du Coran¹². Et parce que le Prophète intervient toujours en situation d'inspiration divine, il est considéré, dans le cadre de sa mission apostolique, comme étant infaillible, ce qui explique que la *sunna* se range, aux côtés du Coran, dans la catégorie des sources divines du droit islamique¹³. Cependant, en raison de l'expansion continue de la communauté musulmane et de l'insuffisance des dispositions coraniques, la *sunna* se vit reconnaître très rapidement (dès le II^e siècle de l'Hégire / VIII^e siècle) une importance de tout premier plan dans la construction légale islamique en cours de formation, à titre explicatif et interprétatif d'abord, créatif ensuite¹⁴.

-
10. Coran, sourate XXXIII verset 21 : « *Vous avez, dans le Prophète de Dieu, un bel exemple pour celui qui espère en Dieu et au Jour dernier et qui invoque souvent le nom de Dieu* »; Traduction Denise Masson, *Le Coran*, (traduction), Paris, Folio, tome 2, 1967, p 516.
 11. Coran, sourate IV verset 59 : « *Ô vous qui croyez! Obéissez à Dieu! Obéissez au Prophète (...)* »; Traduction Denise Masson, *Le Coran*, (traduction), Paris, Folio, tome 1, pp. 102-103.
 12. On situe les débuts de la révélation coranique aux alentours de 612 pour l'achever à la mort du Prophète en 632. Cette révélation s'est opérée en deux temps et en deux endroits différents : à la Mecque, tout d'abord, à Médine ensuite, à partir de 622, après que le Prophète ait été obligé de fuir l'oasis, chassé par les chefs de tribus mecquois qui voyaient dans la nouvelle prédication monothéiste une menace directe à leur pouvoir. La Mecque, en effet, était à cette époque un haut lieu de pèlerinage dédié à des cultes polythéistes, que l'islam monothéiste remettait radicalement en cause.
 13. L'infailibilité du Prophète est affirmée par les versets 1 à 5 de la Sourate LIII : « *Par l'étoile lorsqu'elle disparaît! – Votre compagnon n'est pas égaré; il n'est pas dans l'erreur; – il ne parle pas sous l'empire de la passion; – C'est seulement une Révélation qui lui a été inspirée. – Le Puissant, le Fort la lui a fait connaître* »; Traduction Denise Masson, *Le Coran*, (traduction), Paris, Folio, tome 2, p. 655.
 14. Devant le très grand nombre de *hadîth*, dont certains présentaient un contenu contradictoire faisant naître le doute quant à leur authenticité, les savants religieux furent amenés à élaborer une technique leur permettant de les classer en fonction de leur plus ou moins grande

Mais si le Coran et la *sunna* attestent de la sacralité du droit islamique, s'ils en constituent les sources primordiales parce que divines, ils n'en épuisent pas le contenu ni n'en tarissent la source. Très rapidement « dépassées » par la rapidité et l'étendue de l'expansion musulmane, leurs dispositions s'avérèrent incapables d'organiser la communauté ainsi gagnée par la nouvelle religion, tant sur le plan interne dans les relations entre ses membres, que sur le plan externe dans les relations avec les autres nations. À situations nouvelles, problèmes nouveaux, dont les solutions ne pouvaient être recherchées dans les registres initiaux, faute pour eux de les avoir seulement imaginées. D'où la nécessité de découvrir de nouvelles dispositions venant compléter les premières en puisant à des sources autres qui, pour n'être qu'humaines, clôture de la révélation oblige¹⁵, n'en permettaient pas moins à la communauté des croyants de s'organiser, tandis qu'elles conservaient à la *shari'a* sa pleine effectivité, encore accrue en termes de présence au monde. Il revient au *fiqh*, deuxième terme tiré du lexique juridique arabo-musulman pour nommer le droit et, à travers lui, aux juristes qui l'élaborèrent, de compléter la Loi de Dieu.

2.2 Le fiqh, ou la science humaine du droit

Le *fiqh*, en effet, participe de la science « humaine » du droit, entendu au sens d'un droit issu du travail spéculatif des hommes par opposition à la loi révélée. Le mot *fiqh* signifie

fiabilité. C'est ainsi que leur authenticité fut appréciée en recourant à deux critères : la fiabilité de la chaîne de transmission ou *isnād*, d'une part, la récurrence du texte lui-même, à savoir le fait pour lui d'être repris par plusieurs chaînes de transmission, d'autre part. À terme, les écoles juridiques sunnites distinguèrent trois catégories de *hadith* : 1) ceux considérés comme étant « parfaits » (*sahih*), ceux considérés comme étant « bons » (*hassan*), et ceux, au contraire, présentés comme étant apocryphes (*da'if*), ces derniers n'ayant aucune valeur probante dès lors qu'il s'agissait de prouver l'existence d'une nouvelle norme islamique.

15. Muhammad est considéré par le dogme musulman comme étant le Sceau des Prophètes : avec lui, Dieu clôt le cycle de messages révélés aux hommes. Désormais, il ne s'adressera plus à eux avant le Jour du Jugement dernier.

littéralement « compréhension » et renvoie au fruit de l'effort de raisonnement conduit par les savants religieux pour comprendre la *sharī'a*. Il constitue la science de l'interprétation de la parole et de la volonté divines. De fait, « si la *sharī'a* est donnée à la communauté dans la révélation, il n'en reste pas moins qu'une "compréhension" de cette loi s'avère nécessaire pour que les membres de la communauté puissent s'y conformer en pratique. Ce travail de compréhension de la loi révélée a [d'ailleurs] le statut de "devoir communautaire" (*fard kifāya*) [...] et ce sont les légistes qualifiés de la communauté, les *mujtahid* qui doivent accomplir ce devoir en exerçant l'*ijtihād*, c'est-à-dire l'effort nécessaire pour comprendre la loi »¹⁶.

Très vite, en effet, la *sharī'a* dans ses seules sources divines se révéla insuffisante à assurer la régulation d'une société mouvante, en extension constante, au moins durant toute la période des conquêtes qui s'étend du VIII^e au XIII^e siècle¹⁷,

16. Eric CHAUMONT, « Peut-on qualifier le droit musulman de coranique? », 26 mai 2000, p.2, en ligne : <<http://oumma.com>> (site consulté le 26 juillet 2011).

17 L'essentiel de ce travail d'exégèse fut accompli surtout durant les premiers siècles de l'Islam (VII^e – IX^e siècles), qui correspondent aussi à la fulgurance des premiers siècles de la conquête. Son importance s'explique au regard du rôle dont il fut investi à cette époque, à savoir permettre au droit islamique embryonnaire de se développer, de s'adapter et de répondre aux mille et une questions de droit que ne manquèrent pas de susciter l'invasion de nouveaux territoires comme la rencontre avec de nouvelles populations à convertir. Cet élan formidable devait cependant être interrompu à la fin du IX^e siècle, lorsque les pouvoirs en place décrétèrent « la fermeture de la porte de l'*Ijtihād* » (*bāb al-ijtihād*), ce qui revenait à interdire la poursuite de l'effort d'interprétation du Coran et de la *sunna*. Pour les autorités religieuses et politiques du moment, tout avait été dit, les juristes et savants religieux avaient porté à ses fins ultimes l'interprétation de la Parole divine, désormais ils devraient se contenter de reprendre la pensée des grands maîtres du passé, sans plus rien y ajouter. C'est donc une véritable obligation d'imitation ou *taqlīd* qui leur fut imposée. Avec la fermeture de « la porte de l'*ijtihād* », c'est la capacité d'évolution, d'adaptation, d'enrichissement et de modernisation du droit islamique qui fut ainsi irrémédiablement amoindrie. Jusqu'à ce jour, la porte de l'*ijtihād* n'a pas été rouverte.

confrontée à des situations et à des questions non prévues à l'origine. D'où la nécessité qui s'est rapidement imposée de compléter ce corps de règles initial en lui enjoignant un nouveau corpus, issu, celui-là, du raisonnement des hommes. Des spécialistes de la loi religieuse se sont alors livrés à un véritable travail de réflexion juridique en partant de l'explication et de l'interprétation du Coran et de la *sunna*. Ce travail d'exégèse est connu sous le nom de *fiqh*, ceux qui s'y livrent étant les spécialistes du *fiqh* ou *fuqahâ'*.

Le *fiqh* s'est ainsi développé dès les premiers siècles de l'Hégire¹⁸ autour de l'exégèse de la *shari'a* et en est venu à compléter les dispositions de celle-ci. Ce faisant, il a permis l'adaptation continue de la *shari'a* aux circonstances et situations nouvelles, de même qu'aux nécessités pratiques du lieu et du moment, en cherchant à comprendre, expliciter, interpréter, préciser les dispositions issues du Coran et de la *sunna*, afin d'en étendre au maximum l'application et la portée. À cet égard, il peut s'apparenter, au moins à ses débuts, au travail de doctrine que nous connaissons. Par la suite cependant, et au fur et à mesure de l'expansion continue de l'islam, il se transforma en une véritable science de création du droit (*'ilm usûl al-fiqh*), en élaborant de nouvelles règles que l'on ne trouvait ni dans le Coran ni dans la *sunna*¹⁹. Partant, il en vint à constituer une nouvelle

-
18. Le terme *hégire* (*hijra* en arabe) renvoie à la fuite du Prophète de la Mecque, où l'apparition de l'islam en tant que religion monothéiste au lieu et place de l'ancien culte polythéiste pratiqué alors par les tribus arabes du Hijaz, valut à Muhammad une violente opposition. Contraint de fuir avec une poignée de ses compagnons gagnés à la nouvelle prédication, il trouva refuge à Médine (oasis alors connue sous le nom de Yathrib avant d'être renommée Médine – *madinat an-nabi* – qui signifie « ville du prophète »), où il fut accueilli avec bienveillance. C'est à partir de Médine qu'il put développer la nouvelle religion islamique et fonder la communauté des croyants, *al-umma al-islamiyya*, dont il prit la tête. L'Hégire, qui eut lieu en 622, marque l'An Un de la civilisation islamique, laquelle compta, à partir de cette date et selon un nouveau calendrier, en années hégiriennes.
19. Les juristes élaborèrent des mécanismes rigoureux et très strictement encadrés de création du droit, cette rigueur s'expliquant au regard du caractère divin du corpus qu'il leur revenait de compléter. Ces

source, certes dérivée mais néanmoins source à part entière, de celui-ci, ce qui le distingue de notre doctrine, en ce qu'il compte au nombre des sources directes du droit aux côtés du Coran et de la *sunna*, là où, dans notre système juridique, la doctrine n'est qu'une source très secondaire, et encore, uniquement lorsqu'elle est reprise par les juges dans leurs décisions ou intégrée dans une loi par le législateur. Dans le même sens, si l'on ne peut que partiellement rapprocher le *fiqh* de la doctrine, on ne peut non plus l'assimiler totalement à la jurisprudence. En effet, si une règle de *fiqh* peut être énoncée à l'occasion d'un conflit dans le cadre d'un jugement, le juge ou *qâdî* ayant cherché conseil auprès du *faqîh* (singulier de *fuqahâ*), il n'en va pas toujours ainsi, loin s'en faut. Le *fiqh* naît couramment d'une situation non conflictuelle et ne s'impose donc pas forcément à l'issue de la résolution d'un différend.

Par ailleurs, la portée du *fiqh* par rapport à notre propre doctrine ou jurisprudence, sa place comme son importance en termes de sources du droit, diffèrent radicalement, en raison de la nature même du corpus juridique qu'il vient compléter et dont il va emprunter, en conséquence, l'autorité. De fait, en tant que la Loi est le commandement de Dieu, le *fiqh* se situe totalement dans

mécanismes sont au nombre de deux à savoir : 1) le consentement unanime de la communauté musulmane ou *'ijmâ'*; 2) le raisonnement analogique ou *qiyâs*. Sur le détail de ces mécanismes de création du *fiqh*, voir : François-Paul BLANC, *Le droit musulman*, Paris, Dalloz, 2007; Ignaz GOLDZIEHER, *Le dogme et la foi dans l'Islam : Histoire du développement dogmatique et juridique de la religion musulmane*, Paris, L'Éclat et Geuthner, 2005 ; Wael HALLAQ, *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; Louis MILLIOT, préc., note 4 ; Karim GUELLATY, François-Jérôme PANSIER, préc., note 7 ; Joseph SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve & Larose, 2000, 1^è éd. 1964 ; Ali MERAD, *L'exégèse coranique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998 ; Abd-Al-Wahhâb KHALLAF, *Les Fondements du droit musulman*, Paris, Éditions Al-Qalam, 1997; Bernard BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Paris, Karthala-IREMAM, 1993. Émile TYAN, « Méthodologie et source du droit en Islam (*Istihsâh, Siyâsa, shari'yya*) », (1959) 10, *Studia Islamica*, 79-109.

l'ombre portée de la norme suprême. Qu'il lui revienne d'explicitier le sens obvie d'une disposition coranique ou qu'il façonne lui-même une règle nouvelle, son intervention se fera, dans un cas comme dans l'autre, à l'aune d'un référent unique, celui de la *shari'a*. Cet impérialisme de la prescription coranique marque alors de son empreinte la formation du droit islamique à un double niveau : celui, d'une part, de la validité de ses sources, celui, d'autre part, de la légitimité de sa méthodologie juridique. Et, de fait, pour reprendre les termes de Muhammad Shakankiri, « nous nous trouvons devant un texte sacré qui a, par lui-même, valeur d'argument suprême d'autorité »²⁰, une autorité qui rejaillit, dès lors, fort logiquement sur le *fiqh*, science de l'interprétation de ce texte sacré, lequel se trouve lui aussi revêtu de l'infailibilité. Il est le prolongement de la Parole de Dieu, à laquelle il donne sa pleine ampleur. Dès lors, entendue au sens large, la *shari'a* désigne la loi islamique issue du Coran, de la *sunna*, mais aussi du *fiqh*. Elle renvoie donc à trois sources distinctes : la Parole de Dieu, la Parole de son Prophète Muhammad, ainsi que le travail d'exégèse des savants religieux conduit à partir du Coran et de la *sunna*. À ce titre, la règle issue du *fiqh* a la même force obligatoire que celle issue du Coran ou de la *sunna*; elle s'impose identiquement au croyant.

En revanche, ne fait pas partie de la *shari'a* le *qânûn*.

2.3 Le qânûn, un droit extérieur à la shari'a mais conforme aux dispositions de celle-ci

Le terme *qânûn* désigne, en effet, un corps de règles juridiques extérieur à la *shari'a*, initialement produit durant l'époque ottomane, mais légitimé par les '*ulama`*' (savants religieux) comme étant conforme à la *shari'a*. Par-là, ceux-ci entendaient en faire oublier l'extranéité. Il est employé aujourd'hui essentiellement pour parler du droit positif issu des codes

20. Muhammad SHAKANKIRI, « Sacralité, pouvoir et droit dans l'histoire juridique de l'islam », (avril 1981) 12, *Bulletin du CEDEJ*, 18.

européens, voire encore de tout le droit produit par les États musulmans et dont les sources ne puisent pas à la *sharī'a*.

Le *qânûn* s'est surtout développé sous le califat turc (XII^e siècle – 1908). De fait, pris entre l'obligation morale d'appliquer la *sharī'a* et la nécessité d'assurer la bonne marche d'un État composite, dans lequel une stricte application de la loi religieuse aurait suscité trop de bouleversements, les sultans optèrent pour une voie médiane. Ainsi promulguèrent-ils une législation séculière, dégagée du formalisme et du traditionalisme musulmans, portant sur des questions comme l'organisation de l'État, les affaires militaires, les impôts, le régime foncier, le droit pénal, etc., et constitutive d'un important corpus de droit gouvernemental entièrement indépendant de la *sharī'a*. Toutefois, nécessités religieuses faisant droit, ces décrets n'étaient promulgués qu'après approbation du *Shaykh al-Islâm*, dépositaire de la légitimité religieuse, à ce titre seul autorisé à leur conférer force de loi, alors même qu'ils n'avaient plus aucun rapport avec le droit religieux. Ses *fatwâ* portant la mention « en conformité avec la *sharī'a* » devenaient label, tandis que le *muftî*, transformé en pourvoyeur de légitimité, se compromettait dans les arcanes du pouvoir.

Cette situation s'est encore accentuée, non seulement avec la colonisation des États musulmans et l'implantation concomitante, dans le champ juridique, de droits étrangers, mais également et surtout avec le mouvement de décolonisation, lorsque ces sociétés, à peine indépendantes, s'engagèrent sur la voie de la modernité en important des codes de facture occidentale, codes qui relèvent du *qânûn*. Et, de fait, la très grande majorité des États musulmans connaissent, aujourd'hui, une situation de bijuridisme. Ainsi peut-on voir cohabiter dans ces pays, aux côtés d'un droit islamique, aujourd'hui réduit, pour la plupart d'entre eux, à la portion congrue quoiqu'essentielle en termes culturels, du statut personnel et du droit de la famille, des dispositions juridiques de facture autre. À titre d'exemple, mentionnons en matière civile le droit des contrats, le droit des biens et le droit de la responsabilité; il en va de même du droit

pénal, du droit commercial, du droit international public, qui sont tous des droits d'emprunt. En ce sens, le *qânûn* constitue la portion du droit des États musulmans – et non pas du droit islamique, pour ne pas faire lui-même partie de la *sharî'a* – qui s'apparente le plus à notre droit positif, puisqu'il s'agit de normes juridiques qui ont été adoptées par les chefs d'États musulmans en dehors des mécanismes de création et d'interprétation du droit islamique, pour répondre, encore et toujours, à des situations juridiques nouvelles, et plus encore, pour récupérer du pouvoir en s'appropriant la production du droit.

Ce faisant, le *qânûn* marque une rupture radicale dans la relation du chef d'État avec la loi islamique, dans la mesure où celui-ci endosse pour la première fois, à tout le moins officiellement, le rôle de législateur, ce qui, selon les termes de la théorie classique du droit islamique, était une impossibilité. En effet, il ne peut, en principe, exister dans l'islam qu'un seul et unique « législateur » : Dieu. Dieu, seul, a le pouvoir d'édicter des normes, les hommes, y compris ceux qui se trouvent à la tête des États musulmans, n'ayant, pour leur part, que le pouvoir de mettre en œuvre Sa volonté exprimée dans et par le droit islamique. Cependant, pour ne pas rompre trop brutalement avec l'idéal de la théorie, et surtout pour bénéficier de l'autorité comme de la légitimité incomparables du droit islamique, les chefs d'État ont, très tôt, pris la précaution de toujours faire avaliser ce droit extérieur à la *sharî'a* par des savants religieux, lesquels attestaient de la conformité du *qânûn* à celle-ci.

Trois termes, donc trois acceptions différentes, qui renvoient à trois moments différents du droit islamique. Mais de quel droit islamique parlons-nous? Parce que sa source première est le Coran, soit le livre sacré commun à tous les musulmans à travers le monde, cela signifie-t-il qu'il n'existe qu'un droit islamique, qui serait commun, lui aussi, aux 55 États islamiques membres de l'Organisation de la Conférence islamique²¹ et au

21. Organisation internationale étatique musulmane, l'OCI est l'équivalent pour le monde musulman de l'ONU.

milliard et plus de croyants à travers le monde? En d'autres termes, n'existe-t-il qu'un seul droit islamique? Qu'en est-il des droits nationaux de chacun de ces États?

3. Quel droit islamique? Loin d'une vision monolithique de la *shari'a*

Parler, en effet, du droit islamique plutôt que du droit égyptien, marocain, turc, soudanais, indonésien, iranien, etc. donne à ce droit une dimension supra-nationale, qui déborde largement du droit interne d'un État donné, pour s'étendre à tous ceux qui appliquent la *shari'a*. Il y aurait ainsi un droit islamique, qui serait le même pour tous les États du monde musulman, au-delà de leurs spécificités nationales, sociales, historiques, culturelles, politiques, économiques. Un droit islamique qui s'appliquerait aux Arabes comme aux Turcs, aux Perses comme aux Africains ou aux Indonésiens. Un droit qui serait conçu et mis en œuvre pareillement dans le cadre d'un régime monarchique, présidentiel, républicain... Le droit islamique ainsi perçu se présenterait sous les traits d'une totalité monolithique, a-historique, a-spaciale, a-temporelle.

Faire sienne cette vision de la norme islamique – qui est celle adoptée par certains fondamentalistes islamistes cherchant à susciter des regroupements, mais aussi par les Occidentaux qu'une telle vision monolithique arrange pour justifier leurs desseins politiques – reviendrait à confondre le droit islamique, tel qu'il est idéalement supposé exister, et l'application effective qui en est faite par les États. Or celle-ci a peu à voir avec cette image d'unité, même s'il existe effectivement des points communs entre ces diverses applications étatiques. Ainsi, les Musulmans se tournent-ils tous vers la Mecque pour prier, de même que l'on retrouve, identiquement professés par tous les croyants, les cinq « piliers de l'islam »²² que sont : 1) la profession de foi ou *shahada*

22. Les « piliers de l'islam » sont les devoirs incontournables que tous les Musulmans doivent appliquer. Les plus notables et respectés sont au nombre de cinq. Ces devoirs sont mentionnés non pas dans le Coran,

qui est l'attestation de l'unicité de Dieu (« J'atteste qu'il n'y a de Dieu que Dieu et que Muhammad est son Prophète » (« *Ashhadu an lâ ilâha illâ Llâhu wa anna Muhammadan rasûlu Llâhi* »); 2) la prière quotidienne cinq fois par jour; 3) le jeûne de Ramadan; 4) l'aumône légale faite aux pauvres dans les proportions prescrites en fonction de ses moyens (*zakât*); 5) le pèlerinage à la Mecque au moins une fois dans la vie du croyant (*al-hajj*). Mais, de la même façon que l'islam ne constitue pas une réalité monolithique – certains auteurs préfèrent même parler des islam-s au pluriel plutôt que d'un islam uniforme et uniformisant²³ –, de la même façon, son droit n'est-il pas, non plus, constitutif d'une réalité monolithique. Il existe, en effet, autant d'applications du droit islamique qu'il existe d'États musulmans, chacun justifiant d'une interprétation qui lui est propre et surtout d'un degré d'application particulier. On peut citer à titre d'exemples :

- la Libye du temps du général Kadhafi, qui, en ne reconnaissant pas le corpus prophétique de la *sunna*, se prive de tout l'apport juridique issu des *hadiths*;
- de même, la Tunisie, qui interdit la polygamie²⁴, ailleurs autorisée, et dont le chef d'État avait même essayé, à un moment donné, d'interdire le jeûne de Ramadan, pourtant l'un des cinq piliers de l'islam, en raison de la perte économique que représentait ce mois de sous-production et de sur-consommation; il a dû, cependant, renoncer à son projet devant la levée de boucliers massive suscitée par cette initiative;
- voire l'Arabie Saoudite, l'Indonésie, l'Iran ou encore le Soudan qui appliquent les dispositions du droit pénal islamique, ailleurs non codifiées...

mais dans la *sunna*, dont un *hadith* précise que « l'islam est construit sur cinq [piliers] » (rapporté par Al-Boukharî et Muslim).

23. Yves LACOSTE, « Géopolitique des Islams », (1984) 35, *Hérodote*, 3-18.

24. Suite au « printemps arabe » et à la révolution qui a porté au pouvoir des islamistes, la question de la polygamie est à nouveau à l'ordre du jour. Il serait question de la relégaliser.

Le droit islamique ne rend plus compte aujourd'hui, pas plus d'ailleurs que par le passé²⁵, de la totalité des sociétés musulmanes au niveau juridique. De fait, la *shari'a* ne s'est maintenue comme système global que dans quelques pays, de loin les moins nombreux, tels que l'Arabie Saoudite, l'Iran, le Pakistan, voire le Soudan. Dans les autres, elle a intégré, dès le XIX^e siècle, un champ juridique mixte juxtaposant un cadre islamique et endogène à un système laïc et exogène avec l'adoption de codes civil, de codes de commerce, de codes pénaux... de facture européenne, ainsi que la création de tribunaux calqués sur les systèmes judiciaires européens, voire encore l'occidentalisation de l'enseignement du droit. Davantage même, dans les sociétés musulmanes actuelles, il n'existe pas de droit positif correspondant entièrement au droit islamique dans sa version idéale, mais plutôt des droits positifs validés par les États, qui prennent en compte la culture juridique islamique, sans en être cependant jamais totalement dépendants. On ne saurait, dès lors, regarder le droit islamique comme « un tout pensé, conçu, charpenté, systématisé et codifié en dehors des contingences », dont « la cohésion et l'unité [seraient] le produit d'une concertation et une médiation ininterrompue »²⁶. Les contingences existent, elles sont le temps, l'espace, les hommes, avec pour conséquence immédiate le fait que le droit islamique ne constitue pas – et n'a jamais constitué hormis peut-être au temps du Prophète – un corpus unifié, mais qu'il est, au contraire, lui-même constitué « de blocs nationaux et d'ensembles travaillés par les courants traversant les communautés musulmanes »²⁷.

-
25. Le droit islamique a toujours coexisté avec la coutume (*'urf*). Voir notamment Mohsen ISMAIL, « Les normes juridiques en islam : le *'urf* Comme source de législation », dans Franck Frégosi (dir.), *Lecture contemporaine du droit islamique. Europe et monde arabe*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, 27-70.
26. Rita MOUCANNAS-MAZEN, *Islam, droit et relations économiques internationales*, Paris, L'Harmattan, 1996, p. 129.
27. Francis MESNER, « Préambule : droits internes des religions. Éléments de comparaison et de différenciation », dans Franck Frégosi (dir.), *Lecture contemporaine du droit islamique. Europe et monde arabe*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 13.

Cette situation s'explique, notamment, en raison du fait qu'il n'existe pas dans l'islam, à l'instar de la religion catholique, d'instance du type Église (Vatican, pape), qui s'imposerait à l'ensemble des sociétés musulmanes ainsi qu'aux États islamiques, en tant que personne morale instaurée par Dieu, seule à même d'imposer un dogme unique parce que monopolisant seule l'interprétation du Coran. En conséquence de quoi, si le droit canonique catholique se veut, en principe, universel et unifié, le droit islamique, lui, est davantage hétérogène. C'est aussi cette absence d'autorité religieuse supranationale seule compétente pour dire la religion et son droit qui explique l'existence des différentes écoles juridiques d'interprétation de la *shari'a*, qui toutes proposent une réflexion légitime de celle-ci et qui peuvent coexister au sein d'un même État.

Au terme de tout ce qui vient d'être dit, il serait, dès lors, plus juste, et surtout plus près de la réalité, de faire référence au droit islamique comme à un système juridique, au même titre que l'on parle des droits de common law ou des droits de tradition civiliste, sans jamais, s'agissant de ces derniers, penser que tous les droits nationaux qui appartiennent à la famille de la common law ou à celle des droits romano-germaniques sont identiques dans leur contenu, leur interprétation comme dans leur application.

Ce réductionnisme, et avec lui les erreurs d'appréhension qu'il ne peut manquer de susciter, on les retrouve également à l'œuvre lorsque l'on traduit *shari'a* par « droit », la *shari'a* recouvrant une réalité qui va bien au-delà de ce à quoi renvoie, pour nous, l'acceptation de ce terme. Soit un corpus juridique dont le contenu certes, mais, plus encore, la nature et l'essence sont, pour le croyant, très différents de nos propres droits.

II. La *shari'a*, un système normatif englobant à finalité eschatologique : la loi comme expression de la volonté divine

De fait, en raison même de sa nature divine, en raison aussi et surtout de son lien étroit avec la religion, de laquelle elle fait intrinsèquement et intégralement partie, la *shari'a* se présente comme un code global de vie, dont les dispositions ont pour vocation de dicter au croyant la manière de se comporter ici-bas en vue de se mériter une place dans l'au-delà. À ce titre, elle relève complètement du domaine de la conviction, tout comme elle emprunte à l'islam et surtout au Coran sa dimension esthétique, et, partant, sa sublimité, soit autant de caractéristiques et d'attributs qui sont totalement étrangers à nos propres systèmes juridiques.

1. Lorsque suivre la règle est constitutif d'un acte de foi : l'islam, religion de la loi

Dans la religion musulmane, en effet, la norme est donnée pour « sacrée », puisqu'elle est considérée comme étant la Parole de Dieu, elle-même créatrice de droit. Là se situe son fondement, là se situe, pour le croyant, son autorité. « C'est la volonté divine, en tant qu'expression de la vérité absolue et de la justice parfaite qui s'impose et non le commandement abstrait d'une autorité suprême »²⁸. On qualifie d'ailleurs la religion islamique de « religion de la Loi », entendue au sens de la « Loi de Dieu ». Et, de fait, la religion musulmane est Loi, car Dieu ne s'est pas fait connaître aux hommes en personne, il a fait connaître sa Loi.

Cette loi est, en outre, présentée comme étant parfaite, non seulement parce qu'elle émane de Dieu, mais aussi et non moins parce qu'elle incarne l'ultime message que celui-ci a adressé aux hommes. L'islam, en effet, est présenté par le dogme musulman comme étant la dernière révélation divine, l'ultime message de

28. Marcel BOISARD, *Islam et morale internationale*, Paris, Albin Michel, 1979, p. 22.

Dieu aux hommes. Celui-ci ne reprendra un contact direct avec eux que le Jour du Jugement dernier. Dès lors, en clôturant la Prophétie – on dit d'ailleurs du prophète Muhammad qu'il est le « Sceau de la Prophétie » –, l'islam s'est imposé, pour les fondateurs de cette religion, comme la seule religion vraie. Cela ne signifie pas, cependant, que les deux autres révélations monothéistes, hébraïque et chrétienne, au creuset desquelles d'ailleurs puise l'islam, ne soient pas considérées, elles aussi, comme des messages divins; en revanche, elles sont perçues comme ayant, au fil du temps, perverti ce message. De fait, s'agissant des révélations antérieures, le Coran considère que la vérité n'a pas été donnée aux hommes en une seule fois, ni même une fois pour toutes. Dieu a envoyé des prophètes à diverses reprises, qui, chacun, ont transmis une partie de sa Parole et de sa Volonté en fonction des nécessités du moment et du degré d'évolution du genre humain. Il en résulte que chaque message divin est valable jusqu'à la révélation suivante qui le confirme, le dépasse en l'englobant, l'approfondit, le corrige. Ainsi, l'islam, s'il vient effectivement confirmer et compléter les messages antérieurs, s'il en certifie l'authenticité et, dans la mesure de ses propres termes, la véracité, il n'en garantit plus, en revanche, la validité, laquelle se trouve irrémédiablement remise en cause par le Coran lui-même, ultime message de Dieu. Dès lors, ce qui, dans les révélations précédentes, contrevient à la religion nouvelle doit être rejeté comme étant entaché d'erreur, altéré, falsifié. Religion complète et parfaite, l'islam est présenté par ses tenants comme surpassant toutes les autres et avec elle sa Loi.

Dès lors, et au regard de ce lien intrinsèque entre la religion et la norme juridique, il n'est pas possible de comprendre les débats qui entourent l'articulation du droit islamique aux droits étatiques actuels, si l'on aborde celui-ci sous l'angle d'approche qui est le nôtre lorsque nous parlons de notre propre système juridique. On ne saurait, en effet et en aucune façon, désolidariser le droit islamique de la foi religieuse. Il n'est que d'écouter le propos du grand juriste tunisien Yadh Ben Achour, pour prendre la mesure de cette réalité :

Malgré ses aléas, ses contradictions, ses insuffisances, parfaitement perçus par ceux qui le défendent, le droit musulman fait partie de la foi du croyant, du moins du croyant majoritaire (qu'il faudrait bien se garder de confondre avec le croyant islamiste). Si cinq mille personnes, en majorité des femmes, sont sorties dans la rue le 12 mars 2000 au Maroc pour rejeter le plan d'action et défendre la Mudawanah, si le Soudan ou l'Égypte, après avoir vécu des expériences constitutionnelles et parlementaires libérales, se mettent à pratiquer un droit musulman qu'on croyait agonisant, ce n'est certainement pas parce que leurs partisans, et en particulier les femmes, croient en la supériorité éthique, technique ou humaine du droit musulman en tant que droit. La femme répudiée, soumise, perdant la garde de ses enfants en cas de remariage, disposant de la moitié de la succession revenant à son frère, n'étant qu'une moitié d'homme dans le témoignage, sait pertinemment qu'il lui manque une dimension immense du bonheur terrestre, celui d'être femme, femme libre, femme égale au frère, à l'époux, au cousin. Si elle milite pour ce statut qui est une forme de servitude, c'est que ce statut n'est pas isolé, mais qu'il s'inscrit dans une philosophie de la vie (pour elle, l'illusoire vie terrestre et la véridique vie céleste). Elle ne défend pas sa servitude, cela serait incompréhensible, mais le mystère divin qui est derrière, la métaphysique qui la justifie²⁹.

En ce sens, ce droit, parce qu'il s'affirme d'essence divine davantage même que simplement religieuse³⁰, relève lui-même du statut de la révélation, de la conviction et donc de la foi, bien plus que du seul statut du droit, du moins au sens où nous entendons le droit s'agissant de nos propres dispositions juridiques. Dès lors,

29. Yadh BEN ACHOUR, « L'articulation du droit musulman et du droit étatique dans le monde arabe actuel », dans Franck Frégosi (dir.), *Lecture contemporaine du droit islamique. Europe et monde arabe*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 103.

30. En raison de ses sources divines que sont le Coran, Parole révélée de Dieu, et la *sunna*, Parole du prophète inspirée de Dieu, là où le droit canonique est un droit religieux et non divin, pour être une création entièrement humaine même s'il se fonde sur la Bible.

« dans l'esprit du croyant majoritaire, en particulier celui du croyant intégral, il est la parole de Dieu indiscutable. Il y croit comme il croit en Dieu, à la Prophétie, au Jour Dernier (...) »³¹. D'où la place privilégiée que la *shari'a* occupe dans la pensée d'une société qui est née, s'est développée et a combattu au nom de l'islam et de sa Loi. Elle est le volet juridique de la religion, son système normatif juridico-religieux, la foi et la Loi constituant, de fait, une seule et même manière de croire : la foi dans les termes de la Loi. Ce qu'Edmond Rabbath exprime ainsi :

Dieu ne s'étant pas fait connaître, mais ayant fait connaître sa Loi, l'essence de la civilisation islamique fut le droit et non la théologie. Il a constitué la science primordiale et le moule de l'ordre social. Il ne fut jamais un code de ce qui existe, mais un rappel de ce qui devrait être; non pas une image de la société, mais un phare qui montre aux responsables comment ils doivent décider, aux juges la façon de statuer, aux individus les modes de comportement³².

La soumission à la Loi découle ainsi de l'acceptation de la foi : un musulman ne saurait croire sans respecter la *shari'a*, ni respecter la *shari'a* sans adhérer au dogme islamique. C'est ce qui explique d'ailleurs que l'expansion de la communauté musulmane par les conquêtes se soit accompagnée simultanément de l'expansion du droit, l'un et l'autre unis par une communauté de destin. Derrière le combattant, le juriste, le premier se chargeant de soumettre l'ennemi par le fer, le second de couler son mode de vie dans la norme islamique. En ce sens, les juristes-théologiens ont joué un rôle considérable dans la fixation du droit islamique dans les territoires conquis, contribuant autant, voire même davantage, à l'islamisation des populations gagnées à la religion nouvelle, en faisant connaître et surtout en adaptant la norme islamique aux contextes rencontrés. Si l'islamisation fut portée par la conquête, à la pointe du sabre, elle le fut aussi, et non

31. Yadh BE ACHOUR, préc., note 29, p. 105.

32. Edmond RABBATH, « Pour une théorie du droit international musulman », *Revue égyptienne de droit international*, 1950, vol. 6, p. 384.

moins, par le droit, au faite de la science juridique. En ce sens, « l'islam n'est pas une religion et une règle, une orthodoxie et un juridisme, mais une "orthodoxie juridique", la loi de Dieu »³³, soit le droit comme expression temporelle de la foi.

Cela étant, qu'en est-il de son contenu? Quelle est la nature des dispositions qui constituent la *sharī'a*, sachant que « le droit musulman s'inscrit pour le croyant majoritaire dans la perspective théologique qui affirme que la révélation de la loi est destinée à guider l'homme sur le plan de la foi, de l'éthique, des rites et du droit »?³⁴

2. Norme religieuse, norme sociale, norme juridique : la *sharī'a*, plus qu'un code juridique, un code de vie pour l'ici-bas tourné vers l'au-delà

La portion « droit » de la *sharī'a* entendu au sens occidental du terme ne représente qu'une toute petite partie d'un ensemble beaucoup plus vaste, constitué de normes religieuses, morales, sociales et juridiques. On estime entre 250 à 500 le nombre de versets traitant de questions strictement juridiques, sur les 6 219 versets que compte le Coran. Les questions qui y sont développées concernent, pour l'essentiel, le droit de la famille (mariage, séparation, filiation, succession...), le droit de la guerre, dans une certaine mesure le droit pénal avec les prescriptions relatives aux « peines légales » (*hudūd*) ou châtiments imposés par Dieu en vue de réprimer certains comportements (adultère, vol, meurtre, brigandage, consommation d'alcool, apostasie). C'est parce que Dieu, ainsi que nous l'avons déjà mentionné, a choisi de faire connaître sa Loi plutôt que de se faire connaître en personne à ses fidèles, qu'il revient à cette Loi d'organiser entièrement, par ses commandements, la vie du croyant, afin qu'il puisse se conformer, dans tous les aspects et domaines de son existence, à la volonté

33. Marcel BOISARD préc., note 28, p. 51.

34. Yadh BEN ACHOUR, « L'articulation du droit musulman et du droit étatique dans le monde arabe actuel », dans Franck Frégosi (dir.), *Lecture contemporaine du droit islamique. Europe et monde arabe*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 104.

divine. C'est d'ailleurs la signification même du mot *sharī'a*, qui constitue le « chemin », la « voie droite », minutieusement circonscrite, qui conduit à Dieu, dès lors que le croyant qui l'emprunte en suit les prescriptions données. La sémantique du terme renvoie également à l'idée de « source » à laquelle on vient s'abreuver, et sans laquelle il ne peut y avoir de vie possible; elle est source de vie en même temps que source de purification.

On ne saurait s'étonner, dès lors, que celle-ci déborde largement du seul terrain du juridique pour atteindre de ses prescriptions tous les aspects de la vie du croyant. Elle a, de fait, vocation à réguler l'ensemble du champ social. Droit englobant, à ce titre appelé à couvrir de sa norme la totalité des actes et des relations humaines, la *sharī'a* indique à celui qui s'y soumet, la voie à suivre, dont elle balise largement le parcours, en lui précisant non seulement ce qu'il doit croire, mais aussi la façon dont il doit agir. Ce que Yadh Ben Achour, parlant de l'ensemble des ordres et prohibitions contenus dans la *sharī'a*, résume comme suit :

Elle est comprise à la fois comme normes de croyance (ce qu'il faut croire), de soumission symbolique par son corps (ce qu'il faut faire et dire comme actes de foi), de normalité (le bien pensé et le bel agir), de comportement extérieur "civil" (l'agir civil ou politique conforme à la loi)³⁵.

Ainsi détermine-t-elle les relations fondamentales de l'homme vis-à-vis de Dieu, de son prochain et de lui-même, considéré dans sa triple qualité de croyant, de citoyen et d'homme. Ne laissant rien au hasard, elle définit précisément ce qui est obligatoire (*wājib*, *fard*), recommandé (*mustahabb*, *sunna mandūb*), toléré (*mubāh*), désapprouvé (*makrūh*), ou encore strictement interdit (*harām*), se posant en cadre organisationnel de la vie du croyant, dans une conjonction du spirituel et du temporel. À ce titre, elle constitue, pour le fidèle, un guide intégral et un programme de vie, avec, au terme de son plein respect, la réalisation d'une espérance eschatologique en lien avec la fin du

35. Yadh BEN ACHOUR, préc., note 2, p. 62.

monde, le jugement dernier, la résurrection et la vie éternelle, participant ainsi pleinement aux fins ultimes de la Révélation. À ce titre encore, le respect de la *shari'a* réalise le lien entre l'ici-bas, *dunya*, et l'au-delà, *akhira*, selon un ordre ascendant. Dès lors, la bonne conduite du croyant, qui l'amène à suivre la « voie droite », le positionne dans cette même direction ascendante, avec, au terme de celle-ci, l'accession au Paradis. La sanction ultime envisagée par l'observance ou la transgression des dispositions coraniques est toujours la bénédiction ou l'*ire* de Dieu. Ce que Marcel Boisard résume en ces termes : « La règle est divine, l'obligation impérative et la sanction eschatologique »³⁶. On comprend, dès lors, que la compétence de la *shari'a* ne s'arrête pas au seuil de la mosquée, mais qu'elle s'étend à tous les domaines de l'existence. On comprend également que « [sa] stricte application a pour conséquence de confessionnaliser la société »³⁷. « Corps de règles à la fois idéaliste et normatif, le droit musulman, étayé sur une conviction et une éthique, soulignant le caractère éminemment religieux de la loi, constitue le pilier principal de la conscience islamique »³⁸.

De cette conscience, de cette culture, de cette civilisation musulmanes bâties autour du Coran, le droit islamique emprunte également à ce dernier sa dimension éminemment esthétique, dimension qui nous échappe totalement si l'on traduit *shari'a* par « droit ». Or celle-ci est essentielle à la compréhension de la place que la *shari'a* occupe dans la vie du croyant majoritaire. Une place qui côtoie le sublime divin et qui s'exprime aussi bien dans l'architecture en dentelle des mosquées, dans les arabesques bleutées des faïences précieuses ou dans l'enluminure dorée du livre sacré finement ouvragé, que dans l'art de la récitation des versets coraniques portée au merveilleux.

36. Marcel BOISARD, préc., note 28, p. 66.

37. Francis MESSNER, « Préambule : droits internes des religions. Éléments de comparaison et de différenciation », dans Franck Frégosi (dir.), *Lecture contemporaine du droit islamique. Europe et monde arabe*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 14.

38. Marcel BOISARD, préc., note 28, p. 81.

3. Un droit qui emprunte à l'esthétique d'une religion : au cœur de la *shari'a*, le Coran comme récitation

Il ne faut pas omettre, en effet, de tenir compte de la dimension esthétique du droit musulman, lequel emprunte aussi à la sphère du beau, du merveilleux, du sublime, qui ne se discute pas plus que le sacré³⁹. En effet, parce que le droit fait partie intégrante des textes coranique et prophétique, nous ne pouvons pas ne pas prendre en compte le point de vue de l'esthétique collective. Il n'est que d'écouter, une fois encore, Yadh Ben Achour, pour prendre la mesure de cette réalité unique :

[...] Tout le système de formation du sentiment esthétique dans les sociétés arabes (calligraphie, chant, lecture, psalmodie et modulation coranique, apprentissage dans les écoles coraniques, diffusion massive par tous les moyens technologiques des meilleures voix coraniques) contribue à donner au droit musulman une dimension esthétique que ne peut nullement avoir le droit étatique. Indépendamment de son contenu lexical ou philosophique, le Coran, et donc ses versets juridiques (ahkam), a une dimension esthétique qui l'élève de la simple compréhension analytique au saisissement par le sublime. Le récitant est saisi par le merveilleux des sens, des sons et des rythmes. [À cet égard d'ailleurs], le sublime coranique a été considéré depuis toujours comme la preuve de son caractère surnaturel, supra-poétique. [...] Le Coran ne se lit pas comme un texte et son droit ne se lit pas comme du droit. Il est chanté, c'est-à-dire modulé par la voix humaine de telle sorte qu'il produise le maximum de sublimité. [...] La récitation, la mémorisation, l'art de dire le Coran, deviennent l'objet de concours d'excellence. Cette intériorisation esthétique, depuis l'école coranique jusqu'au dernier souffle, efface ou relativise l'analyse critique, empêche la séparation du sujet et de l'objet, empêche donc toute discussion objective à caractère analytique. Il y aurait là un conflit entre l'amour et la

39. Yadh BEN ACHOUR, préc., note 34, p. 108.

raison. Et nous savons qui des deux est le plus fort. Le récitant vit le Coran, il ne le lit pas. Il le vit comme une œuvre saisissante, indétachable de son être le plus profond. [...] Le droit musulman, dans sa germination première, celle du Coran et du hadith, est un œuvre d'art, au même titre que le Coran lui-même⁴⁰.

Ce à quoi on pourrait encore rajouter que l'arabe du Coran correspond, en outre, au plus haut niveau de la langue arabe écrite et parlée, soit la langue portée à sa perfection. Aussi n'est-il pas faux de dire que, pour le croyant, le droit islamique participe bel et bien de l'enchantement du monde.

Il résulte de cela une « adhésion postulée d'avance »⁴¹ à la règle même, en dehors, voire au-delà de son contenu ou de son sens. La forme de la règle et surtout son origine surpassent toute autre considération. Par comparaison, le droit étatique ne peut soutenir le pas, faute pour lui de relever des lieux de la conviction, de l'esthétique et donc du sentiment comme de l'émotion. Il en va ici, pour poursuivre dans les mots de Yadh Ben Achour, de toute l'ambiguïté contenue dans « la dialectique [...] tourmentée et complexe entre les mondes du divin et du mondain »⁴².

Conclusion. La *shari'a*, un fait de civilisation : le droit islamique au fondement d'une identité

Au vu de tout ce qui vient d'être dit et même si la *shari'a* est aujourd'hui reléguée à une portion congrue du corpus juridique des États musulmans, celle pour l'essentiel du statut personnel et du droit de la famille, la représentation du droit islamique conserve pour le croyant majoritaire et la société une puissance d'évocation et, partant, d'action potentielle, qui va bien au-delà de la place concrète qu'il occupe dans le dispositif normatif de ces États. Aucun d'eux ne saurait s'affranchir ouvertement ni impunément de ses dispositions, sous peine de

40. Yadh BEN ACHOUR, préc., note 34, p. 108-109.

41. *Id.*, p. 109.

42. *Id.*, p. 109-110.

risquer de susciter une forte opposition sociale. Quant aux communautés musulmanes vivant au sein d'États non musulmans, elles restent, elles aussi, fortement attachées à sa norme. Dès lors, qu'elle participe de la réalité matérielle ou de sa représentation, l'importance symbolique actuelle du droit islamique ne fait aucun doute, qui oblige les États à œuvrer, voire souvent à manœuvrer, autour de sa norme, afin de s'assurer le bénéfice de sa légitimité et, partant, de son registre de sens dans une logique stratégique de l'action légitime. D'où la dimension hautement politique et idéologique de ce droit comme des débats sociaux qui entourent son application, laquelle dépasse largement son importance juridique. Ayant totalement partie liée avec une religion qui se situe, elle-même, au cœur d'une culture, d'une civilisation, mais aussi et surtout d'un mode de vie au quotidien⁴³, la norme islamique incarne alors un symbole, elle participe d'une identité, elle représente une arme de combat et de rassemblement, d'où, en conséquence, le fort potentiel d'instrumentalisation qui est le sien. Il en résulte, tant au sein des États musulmans eux-mêmes que des minorités vivant en territoire non musulman, un positionnement idéologique autour de la *shari'a*, qui défend celle-ci, moins par rapport à un contenu strictement juridique, que pour ce qu'elle revendique en termes d'affirmation de Soi et donc de différenciation par rapport à l'Autre. Soit une dimension identitaire qu'elle supporte alors de toute sa force symbolique. En ce sens, le droit islamique relève du statut de l'identité en plus de relever du statut de la conviction. Le droit, parce qu'il est, dès lors, actionné comme marqueur identitaire, devient l'objet d'une véritable instrumentalisation, intégré qu'il est à des stratégies politiques nationales comme internationales. Totalement politisé, il est mis au service d'intérêts partisans de différentes natures, visant tantôt à produire de la solidarité supranationale (unification des États musulmans contre un ennemi tiers), tantôt à servir les pouvoirs en place ou les contre-pouvoirs qui les contestent, valide toujours, et, partant, validant ou, au contraire, invalidant l'action des États musulmans, lesquels ne peuvent jamais s'affranchir

43. La religion, dans les pays musulmans, ne relève pas, comme dans nos sociétés, du fort intérieur, elle occupe largement la sphère publique.

ouvertement de ses dispositions. Or, lorsque le droit se fait le porteur d'une identité, on ne peut pas, ou davantage même on ne peut plus, évaluer sa portée, la place et le rôle qu'il occupe au sein des États comme des communautés, en s'intéressant uniquement à son contenu. *A fortiori* en va-t-il ainsi aujourd'hui, dans le contexte de la lutte idéologique que le reste du monde livre à l'Occident, monde musulman en tête. Une portée, une place et un rôle dont on ne peut mesurer l'importance si l'on traduit *shari'a* par « droit » dans l'acception occidentale de ce terme, et qui plus est en pensant lui accorder les mêmes place et rôle que le droit joue dans nos propres sociétés.

Bibliographie

- ABU-SAHLEH Aldeeb, (2006), *Introduction à la société musulmane. Fondements, sources et principes*, Paris, Eyrolles.
- ACHOUR Yadh Ben, (1992), *Politique, religion et droit dans le monde arabe*, Tunis, Cérès Productions.
- ACHOUR Yadh Ben, (2004), « L'articulation du droit musulman et du droit étatique dans le monde arabe actuel », dans Franck Frégosi (dir.), *Lecture contemporaine du droit islamique. Europe et monde arabe*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 101-120.
- ACHOUR Yadh Ben (2008), *Aux Fondements de l'orthodoxie sunnite*; Paris, Cérès.
- AL-GHAZĀLĪ Mohammad, (2006), *Comprendre le Coran aujourd'hui*; Paris, Éditions Universel.
- ARKOUN Mohammad, (1982), *Lecture du Coran*, Paris, Maisonneuve & Larose.
- ARKOUN Mohammad, (1984), *Essais sur la pensée islamique*, Paris, Maisonneuve & Larose, (1ère éd. 1973).
- BENKHEIRA Mohammed Hocine Benkheira (2006-2007), « Droit musulman », *Annuaire EPHE, Sciences religieuses*, 2006-2007, t. 115, 163-166.
- BLANC François-Paul, (2007), *Le droit musulman*, Paris, Dalloz.
- BRAS Jean-Philippe, (2007), « *La shari'a et les transformations du droit dans le monde musulman* », Texte de la 654^e conférence de l'Université de tous les savoirs donnée le 9 octobre 2007, en ligne sur http://www.lemonde.fr/savoirs-et-connaissances/article/2007/10/02/jean-philippe-bras-la-charia-et-les-transformations-du-droit-dans-le-monde-musulman_960949_3328.html, consulté le 26 juillet 2011.
- BOISARD Marcel, (1979), *L'Islam et la morale internationale*, Paris, Albin Michel.
- BOISARD Marcel, (1989), *Guide pratique à l'intention des collaborateurs du Comité International de la Croix Rouge en terres d'Islam*, Genève, Comité International de la Croix Rouge (CICR).
- BOKHARI, *L'authentique tradition musulmane*, Choix de hadith traduits et présentés par Ch. Bousquet, Paris, Éditions Sindbad, 1964.

BOTIVEAU Bernard, (2004), « Le droit islamique réinventé? Les accélérations interprétatives », dans Franck Frégosi (dir.), *Lecture contemporaine du droit islamique. Europe et monde arabe*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 189-230.

BOTIVEAU Bernard, (1993), *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*; Paris, Karthala-IREMAM.

BOTIVEAU Bernard, (1996) « Remarques sur les conditions d'une anthropologie du droit dans les sociétés du monde arabe et musulman », *Revue Egypte – Monde arabe*, n° 25/1, 25-40.

BOURAOUI Soukeina, (1990), « Mutation des systèmes juridiques. Notes pour une modélisation », *Droit et Société*, n° 15, 153-159.

CHAUMONT Eric, (2000), « Peut-on qualifier le droit musulman de « coranique »? », en ligne sur <http://oumma.com>, consulté le 26 juillet 2011.

COULON Christian, (1996), « Réflexions africanistes autour de la banalisation des aires culturelles », Intervention au colloque de l'Association Française de Science Politique, Aix-en-Provence, 23-27 avril 1996.

COULSON Jean-Noël, (1995), *Histoire du droit islamique*, Paris, PUF.

DECOBERT Christian, (1991), *Le mendiant et le combattant. L'institution de l'Islam*, Paris, Seuil.

FATHALLY Jabeur, (2012), *Les principes du droit international musulman et la protection des populations civiles en cas de conflits armés : de la binarité guerrière au Droit de Genève. Histoire d'une convergence*, Thèse de doctorat en droit (PhD), sous la direction de Muriel Paradelle et de Pacifique Manirakiza, Université d'Ottawa, Faculté de droit/Section droit civil, non publiée.

FREGOSI Franck (dir.), (2004), *Lecture contemporaine du droit islamique. Europe et monde arabe*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg.

GOLDZICHER Ignaz, (2005), *Le dogme et la foi dans l'Islam : Histoire du développement dogmatique et juridique de la religion musulmane*, Paris, L'Éclat et Geuthner.

GUELLATY Karim, François-Jérôme Pansier, (2000), *Le droit musulman*, Paris, Presses Universitaires de France.

HALLAQ Wael, (2005), *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge, Cambridge University Press.

- HALLAQ Wael, (2008), *Authority, Continuity and Change in Islamic Law*; Cambridge, Cambridge University Press.
- HUSSAIN Jamila, (2011), *Islam, its Law and Society*, Australia, The Federation Press.
- ISMAÏL Mohsen, (2004), « Les normes juridiques en islam : le 'urf comme source de législation », dans Franck Frégosi (dit.), *Lecture contemporaine du droit islamique. Europe et monde arabe*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 27-70.
- KHALLAF Abd-Al-Wahhâb, (1997), *Les Fondements du droit musulman*; Paris, Éditions Al- Qalam.
- LACOSTE Yves, (1984), « Géopolitique des Islams », *Hérodote*, n°35, 14-19.
- MASSON Denise, (1967), *Le Coran*, (traduction), Paris, Folio, 2 tomes.
- MERAD Ali, (1998), *L'exégèse coranique*, Paris, Presses Universitaires de France.
- MESSNER Francis (2004), « Préambule : droits internes des religions. Éléments de comparaison et de différenciation », dans Franck Frégosi (dir.), *Lecture contemporaine du droit islamique. Europe et monde arabe*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 9-24.
- MIQUEL André, (1977), *L'Islam et sa civilisation (VII^e-XX^e siècle)*, Paris, Armand Colin.
- MILLIOT Louis, François-Paul Blanc, (2001), *Introduction au droit musulman*; Paris, Dalloz.
- MOUCANNAS-MAZEN Rita, (1996), *Islam, droit et relations économiques internationales*, Paris, L'Harmattan.
- RABBATH Edmond, (1950), « Pour une théorie du droit international musulman », *Revue égyptienne de droit international*, vol. 6, 1-23.
- SCHACHT Joseph, (2000), *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve & Larose, 1^{ère} éd. 1964.
- SHAKANKIRI Muhammad, (1981), « Sacralité, pouvoir et droit dans l'histoire juridique de l'Islam », *Bulletin du CEDEJ*, n°12, 9-25.
- SHAKANKIRI Muhammad, (1981) « Loi divine, loi humaine et droit dans l'histoire juridique de l'islam », *Bulletin du CEDEJ*, n°13, 5-29.

SOURDEL D. et J., (1983), *La civilisation de l'Islam classique*, Paris, Arthaud.

SULTAN Hamed, (1978), « La conception islamique du droit international humanitaire dans les conflits armés », *Revue égyptienne de Droit international*, 1-19.

TYAN Emile, (1959), « Méthodologie et source du droit en Islam (*Istihsâh, Siyâsa, shari'yya*) ; *Studia Islamica*, n° 10, 79-109.

TYAN Emile, (1960), *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*; Paris, Sirey.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LOST IN TRANSLATION : LA COMPARAISON DES DROITS
EN CONTEXTE DE DIVERSITÉ LINGUISTIQUE

Auteur(s) : Catherine PICHÉ

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 1-2

Pages : **479-509**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10220>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10220>

Page vide laissée intentionnellement.

LOST IN TRANSLATION : LA COMPARAISON DES DROITS EN CONTEXTE DE DIVERSITÉ LINGUISTIQUE

par Catherine PICHÉ*

Puisque le droit s'exprime d'abord par la langue, à la fois écrite et parlée, et parce que chaque langue est véhicule de droit et de notions juridiques, le droit et la langue sont évidemment inséparables, indissociables. Lorsque des juges s'expriment sur la définition de leur rôle, sur leurs fonctions et pouvoirs, de même que sur leurs pratiques, ils le font en fonction de leur système juridique propre et des lois applicables, bien sûr, mais aussi de la langue parlée ou du médium de communication en cause. Sont analysées dans cet article les perceptions de juges francophones et anglophones de quatre systèmes juridiques différents, quant au rôle qu'ils exercent lors de l'approbation des règlements hors cour conclus dans le cadre de recours collectifs. En conclusion, l'usage d'une formulation plus universelle de ce rôle est préconisé.

Law and language are inherently inseparable. When judges are asked to explain their role, functions and powers in the approval of class action settlements, they speak by referring to their own jurisdictions, laws and specific language. This article addresses the connection between the evolution of law and linguistic diversity. Taking the example of the role of French- and English-speaking judges in adjudicating collective transactions in four jurisdictions, the author demonstrates that linguistic diversity can be a vector of development of the law across jurisdictions. The writer concludes that language permits the mutual enrichment of comparable legal processes and concepts, and calls for the harmonisation of standards of fairness in transactions relating to class actions.

* . Catherine Piché est professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Elle est spécialiste de procédure et de preuve civile, de litiges complexes, de droit comparé et de droit international privé. Elle est docteure en droit de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill (« Fairness in Class Action Settlements », publiée aux Éditions Carswell en 2011). La professeure Piché a été formée en droit aux universités d'Ottawa (LL.L. *magna cum laude*, 1997) et de Dalhousie (LL.B., 1999), ainsi qu'à la New York University School of Law (LL.M., 2001). Elle est membre des barreaux du Québec, de New York et du Massachusetts. Cet article est le fruit de réflexions en vue de conférences présentées par l'auteure en 2011-2012 à l'occasion du 50^e Colloque de l'Association québécoise de droit comparé, le 28 octobre 2011 à l'Université de Sherbrooke, et au 4^e congrès du Irish Society of Comparative Law, Cork, University College Cork, le 3 mars 2012. Il a déjà fait l'objet d'une publication sous une forme différente en 2013 dans le *Irish Journal of Legal Studies*.

Il est toujours possible de dire
la même chose autrement¹.

I - Introduction

En juillet 2010, l'auteure et professeure Lera Boroditsky publiait dans le *Wall Street Journal* un article intitulé *Lost in Translation*², dans lequel elle suggérait l'existence d'un lien causal entre la langue et la perception et conceptualisation des notions de temps, d'espace et de causalité, de même que leurs manifestations extérieures. Elle écrivait : « [d]o the languages we speak shape the way we think? Do they merely express thoughts, or do the structures in languages (without our knowledge or consent) shape the very thoughts we wish to express? »³ Elle concluait que ce lien entre la langue et la pensée cognitive existait, illustrant son propos par l'exemple d'une tribu éloignée d'aborigènes australiens. Cette tribu avait pour particularité de se déplacer dans la jungle dense en fonction des points cardinaux, plutôt que par référence aux usuelles « droite » et « gauche ». Remarquant qu'à travers leur langage propre, les aborigènes avaient un sens de l'orientation beaucoup plus développé que d'autres peuples et tribus à caractéristiques sociales similaires, Boroditsky soutenait que la pluralité linguistique pouvait entraîner un compte-rendu distinct d'un même souvenir, ainsi que des perceptions divergentes d'une relation contemporaine.

Dans le présent article, est abordée, d'une manière similaire, la problématique de l'influence de la langue sur le droit de quatre systèmes juridiques nord-américains de deux traditions juridiques distinctes. Il y est question d'étudier empiriquement le processus d'approbation des transactions hors cour de recours collectifs, et plus précisément, le rôle des juges chargés d'approuver de tels projets de règlement. Plusieurs questions sont

-
1. Paul RICOEUR, *Sur la traduction*, Paris, Bayard, 2004, p. 45.
 2. Lera BORODITSKY, « Lost in Translation », *Wall Street Journal* (23 juillet 2010), en ligne : <<http://online.wsj.com/article/SB10001424052748703467304575383131592767868.html>> (consulté le 9 mai 2012).
 3. *Id.*

posées. Principalement, quels facteurs sont appelés à influencer la manière dont les juges perçoivent leur rôle et agissent, dans l'exercice de leur compétence et de leurs fonctions, dans ce processus d'approbation? L'usage de différentes langues dans les systèmes étudiés a-t-il un tel impact ou influence? Et si influence il y a, s'étend-elle à la comparaison des droits, en matière de recours collectifs, comme il en découle de la pratique de ces juges?

Puisque le droit s'exprime d'abord par la langue, à la fois écrite et parlée, et parce que chaque langue est véhicule de droit et de notions juridiques, le droit et la langue sont évidemment inséparables, indissociables⁴. Lorsque des juges s'expriment sur la définition de leur rôle, sur leurs fonctions et pouvoirs, de même que sur leurs pratiques, ils le font selon le droit applicable dans leur système juridique, bien sûr, mais aussi en fonction de la langue parlée ou du médium de communication en cause. C'est à travers cette lentille bien particulière que sont ici étudiées les perceptions de juges quant à leur rôle d'approbation d'une transaction à portée collective, rôle fondamental, car complexifié par la multitude d'intérêts en cause.

Le présent article a donc pour objet de traiter non seulement des divergences linguistiques et de leur lien avec la compréhension et perception d'un rôle judiciaire, mais aussi de traiter d'un processus de réflexion comparative, ainsi que de ses nombreux obstacles sous-jacents aux plans juridique et culturel. Les hypothèses initiales au projet sont d'abord abordées, puis notre analyse de la doctrine et de la jurisprudence, mise en parallèle avec les résultats commentés d'entrevues de juges. Sont ensuite discutées quelques notions de méthodologie en droit comparé. Plusieurs pistes de solutions sont offertes pour pallier le doute du chercheur et théoricien du droit par la linguistique, traduction et jurilinguistique. L'article se conclut par les enseignements qu'il est

4. Voir notamment Jean-Claude GÉMAR, « Langage du droit et (juri) linguistique. États et fonctions de la jurilinguistique » dans Jean-Claude GÉMAR et Nicholas KASIRER (dir.), *Jurilinguistique : Entre langues et droits*, Montréal, Éditions Thémis, Bruylant, 2005, p. 7 (ci-après « GÉMAR et KASIRER »).

permis de tirer du projet, ainsi que par les nombreuses questions qui malheureusement restent en suspens. Enfin, une définition plus universelle du rôle du juge approbateur est offerte en guise d'ouverture.

II - **Élaboration d'une problématique**

Pour les fins du présent article ainsi que de notre projet d'étude doctorale (lequel a fait l'objet d'une publication distincte⁵), trois systèmes juridiques de common law, soit la Colombie-Britannique, l'Ontario et le système de droit fédéral américain, ont été choisis pour étude, ainsi qu'un principalement civiliste : le Québec. Pour chacun des systèmes choisis, ont été étudiées les différentes manières dont les rôles et pouvoirs des juges sont définis en droit des recours collectifs. À cette étude théorique s'est ajoutée une analyse du droit « en action », soit une perspective empirique, offerte par dix-sept entrevues de juges siégeant en recours collectifs dans ces mêmes systèmes sur une période de six mois⁶. Des dix-sept entrevues, plus du tiers ont été tenues en français, auprès de juges québécois, de telle sorte que le facteur de diversité linguistique est demeuré important et révélateur. Par ailleurs, il faut noter que ces entrevues devaient principalement servir de cadre au projet doctoral précité⁷ beaucoup plus large.

S'est plus précisément posée, dans le contexte d'entrevues se déroulant dans l'une ou l'autre des deux langues officielles, la question de la traduction appropriée de plusieurs expressions pertinentes à ce domaine du droit, pour des fins de comparaison des droits. Quel sens donner au concept fondamental du « fiduciary judge » agissant à l'audience d'approbation de transactions collectives, utilisé par les juges américains et considéré fondamental dans la doctrine et la jurisprudence américaines, mais n'existant

-
5. Catherine PICHÉ, *Fairness in Class Action Settlements*, Toronto, Carswell, 2011.
 6. *Id.*, pour une discussion plus poussée de la sélection des juges, de la validité de l'échantillonnage et des questions méthodologiques plus largement.
 7. *Id.*

pas au Canada? Fallait-il alors traduire cette expression *a priori* intraduisible? L'expression d'un rôle de « juge protecteur », utilisée allègrement par les juges canadiens autant en français (« protecteur ») qu'en anglais (« protector »), pouvait-elle être traduite intégralement comme « protector judge » ou « role of protection » alors que l'entrevue était tenue, tour à tour, avec un juge anglophone, puis francophone? Et dans la mesure où les juges québécois semblaient s'inspirer énormément de la jurisprudence ontarienne quant au standard d'équité d'une transaction de recours collectif, était-il adéquat et pertinent d'utiliser sans réserve aucun des mots « protector » et « protecteur » de manière interchangeable à l'étape de la révision et de l'approbation de telles transactions, autant au courant des entrevues que des écrits et rapports d'entrevues subséquents?

Il a d'abord été tenu pour acquis – par le biais d'une hypothèse de départ – que les juges avaient probablement des rôles, responsabilités et pouvoirs identiques – ou du moins, similaires – dans les quatre systèmes juridiques étudiés, compte tenu des structure, nature et objectifs généraux du recours collectif énoncés dans chacun⁸. De fait, le recours collectif y est conçu comme une procédure particulière intéressant et concernant un nombre élevé de membres vulnérables ignorant le plus souvent l'existence et la nature du recours, mais étant pourtant liés par le jugement ou la transaction mettant fin au litige⁹. De plus, dans chacun des systèmes, l'approbation d'une transaction collective se fait en fonction d'un standard d'équité de la transaction proposée pour tous les membres du groupe¹⁰. Ainsi, il existe un « noyau de comparaison », les droits y étant comparables¹¹. Et même si la culture

8. *Id.*, p. 25-43, pour une discussion beaucoup plus détaillée de la question et une élaboration des arguments soutenant notre hypothèse.

9. *Id.* Voir aussi : Shaun FINN, *Recours singulier et collectif – Redéfinir le recours collectif comme procédure particulière*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 44-49; Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 211-216 (ci-après « LAFOND »).

10. C. PICHÉ, préc., note 5, p. 177 et suiv.

11. Jacques VANDERLINDEN, *Comparer les droits*, Diegem, E. Story-Scientia, 1995, p. 399-418 (ci-après « VANDERLINDEN »).

judiciaire des systèmes identifiés y est distincte, à plusieurs égards¹², les politiques sous-jacentes du droit applicable à l'approbation des transactions collectives sont comparables¹³. Il a donc semblé utile de porter plus loin l'exercice de comparaison des droits, autant sur le plan théorique qu'empirique.

Alors que les dix-sept entrevues permettaient de relever des divergences d'attitudes et d'opinions des juges quant à leur rôle, une problématique intéressante émergeait. Les juges francophones et anglophones décrivaient leur rôle comme étant un rôle de « protecteur » ou « protector » en français puis en anglais, mais à en écouter la description de leurs pratiques, il devenait évident qu'ils exerçaient souvent ce rôle bien différemment. Ces divergences étaient-elles liées, exclusivement ou non, à l'usage d'expressions juridiques distinctes, et surtout, d'une langue distincte? Étaient-elles plutôt tissées, beaucoup plus fondamentalement, à la culture et aux traditions propres à ces systèmes juridiques? Peut-être y avait-il un peu des deux facteurs? Alors que l'usage alternatif des qualificatifs « fiduciary », « protector », « ombudsman » ou « ombudsperson » apparaissait influencer la manière dont les juges examinaient la transaction et en appréciaient le caractère équitable, l'hypothèse élaborée initialement quant à la similarité ou l'identité du rôle du juge à travers les systèmes était remise en question.

III - État du droit et comparaison des droits : juge « fiduciary », « protector », ombudsman ou protecteur?

Contrairement à la transaction hors cour de l'instance civile traditionnelle, laquelle peut se conclure privément entre parties contractantes, les transactions collectives doivent être approuvées par un tribunal pour être valides et surtout, lier tous et chacun

12. C. PICHÉ, préc., note 5 et Catherine PICHÉ, «The Cultural Analysis of Class Action Law», (2009) 2 *J. Civ. L. Stud.* 101.

13. VANDERLINDEN, préc., note 11.

des membres d'un groupe de recours collectif¹⁴. Ces transactions résultent de négociations souvent complexes entre le ou les représentants de recours collectifs envisagés ou autorisés, les défendeurs au recours et leurs procureurs respectifs. Elles seront ensuite soumises à un tribunal pour évaluation et approbation, le tout à l'occasion d'une audience tenue en bonne et due forme. À cette audience, le tribunal évaluera le caractère « juste, raisonnable et équitable de la transaction proposée pour l'ensemble des membres du groupe »¹⁵.

Le rôle du juge à cette étape du recours collectif est complexe. On lui demande d'évaluer et d'approuver une transaction complexe visant un nombre élevé d'intéressés, qu'il peut ne comprendre que superficiellement. De surcroît, les parties et leurs avocats n'auront le plus souvent présenté à l'audience qu'un portrait bien partiel et incomplet de la transaction, comprenant les éléments les plus favorables du document¹⁶. Toutes et chacune des parties seront d'accord sur le contenu et les modalités de la transaction, s'y étant entendues et désirant au final la faire approuver sans contradiction ni adversaire, dans un contexte fort différent de celui de l'audience civile traditionnelle, adversative et

14. Voir, notamment l'art. 1025 du *Code de procédure civile* du Québec (« C.c. »), puis C. PICHE, préc., note 5, p. 177 et suiv. pour certaines références au droit d'autres systèmes juridiques.

15. Voir, pour ce standard, les articles de lois et jurisprudences suivants : U.S. *Federal Rule of Civil Procedure* 23(e) (le règlement de recours collectif doit être « fair, reasonable, and adequate » pour être approuvé par un juge). Au Canada, le standard d'équité du règlement de recours collectif est prévu en jurisprudence: *Dabbs c. Sun Life Assurance*, (1998) O.J. No. 1598 (Gen. Div.) au par. 11. Voir aussi *Smith Estate v. Oriet*, [2010] O.J. No. 873 au par. 18; *Ainslie v. Afexa Life Sciences Inc.*, [2010] O.J. No. 3302; *Killough v. Can. Red Cross Society* (2007) B.C.J. No. 1262 (B.C.S.C.) (qui ajoute un élément de bonne foi au test); *Rideout v. Health Labrador Corp.*, (2007) N.J. No. 292 (Nwfd'l and Lab. S.C.), par. 138; *Sparvier v. Canada (Att. Gen.)*, (2006) S.J. No. 752 (Sask. C.Q.B.); *Mont-Bleu Ford Inc. v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.*, [2004] O.J. No. 1270 (Sup.Ct.J.), para. 58; *Landry c. Syndicat du transport de Montréal*, (2006) J.Q. no. 3043 (S.C.) (QL), para. 31.; *Pelletier c. Baxter Healthcare Corp.*, 2007 QCCS 2490, p. 10.

16. C. PICHE, préc., note 5, p. 130-134.

contradictoire¹⁷. Les parties signataires auront ainsi tout intérêt à ce que la transaction soit approuvée par le tribunal. Et comme le décrivait si habilement le juge André Prévost, de la Cour supérieure du Québec, le débat contradictoire évacué, le juge doit se montrer « vigilant »¹⁸, car il est le « gardien et le protecteur des droits des membres »¹⁹. De fait, « bien que le représentant agisse en leur nom, il n'est pas tenu en principe de les consulter relativement à la conduite du recours »²⁰. Alors qu'il « n'a généralement qu'une connaissance limitée des circonstances et des enjeux du litige [...], [le juge] doit en principe encourager le règlement des litiges par la voie de la négociation, ceci étant généralement dans le meilleur intérêt des parties »²¹.

À l'analyse comparative de la doctrine et de la jurisprudence dans les quatre systèmes juridiques sélectionnés – les « objets de comparaison »²² –, on notera que le processus d'approbation y est envisagé de manière identique. Dans ces systèmes, il existe un processus de négociation du règlement hors cour, par le biais de conférences téléphoniques ou de gestion auxquelles participent avocats, représentants du groupe et défendeurs, accompagné d'une ou plusieurs audiences visant l'approbation de la transaction²³. Les projets de transactions collectives sont ensuite transmis à un tribunal pour évaluation et approbation à l'audience²⁴. À l'audience, le projet de transaction est présenté – favorablement dans l'ensemble – par les procureurs de demande et de défense, les représentants n'étant que très rarement interrogés, si ce n'est

17. *Id.*

18. *Demers c. Johnson & Johnson*, 2009 QCCS 2760, par. 21 (ci-après « *Demers* »). Voir aussi le juge Gagnon dans *M.G. c. Association Selwyn House*, 2008 QCCS 3695 (première audience sur l'approbation de la transaction collective – rejetée) et *M.G. c. Association Selwyn House*, 2009 QCCS 989 (deuxième audience sur l'approbation de la transaction – transaction acceptée).

19. *Demers*, *id.*, par. 19.

20. *Id.*, par. 20.

21. *Id.*, par. 21.

22. VANDERLINDEN, préc., note 10.

23. C. PICHÉ, préc., note 5, chap. 1.

24. *Id.*

que pour confirmer leur assentiment avec le document²⁵. Les membres du groupe autres que ceux qui le représentent sont également exclus du processus d'approbation, à moins de s'objecter formellement au projet proposé. Fait intéressant, les juges se montreront plus ou moins interventionnistes, selon les systèmes juridiques, et pourront choisir de suggérer quelques modifications au projet de transaction avant de l'approuver, ou simplement de l'approuver en bloc²⁶. Ainsi, l'étude du droit applicable dans chacun des systèmes permet de conclure que la matière et le sujet du projet se prêtent bien à la comparaison²⁷.

L'étude comparative des droits permet toutefois de relever que le rôle du juge y est énoncé distinctement dans chacun des systèmes juridiques étudiés. Ainsi, dans le système de droit fédéral américain, il s'agit d'un rôle de « fiduciary »²⁸, lequel est décrit par la doctrine et la jurisprudence comme requérant d'exercer un devoir « of vigilance » tout en exerçant une « increased judicial scrutiny when settlement negotiations raise red flags »²⁹. Il s'agit donc d'un devoir de loyauté à l'égard des membres du groupe qui autrement n'auraient pas eu la possibilité de donner leur opinion, d'une « affirmative obligation [to exercise] due care in balancing a list of case-specific factors, to determine whether the judge has adequately protected the absent class members »³⁰.

25. *Id.*, p. 130-134.

26. *Id.*, p. 136-138 et p. 141-146.

27. Harold Cooke GUTTERIDGE, *Le droit comparé : Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1953, p. 102 et suiv. (ci-après « GUTTERIDGE »).

28. Voir *Reynolds v. Beneficial National Bank*, 288 F.3d 277, p. 280 (7th Cir. 2002). (« [T]he district judge in the settlement phase of a class action suit is a fiduciary of the class, subject therefore to the high duty of care that the law requires of fiduciaries. »); *Culver v. City of Milwaukee*, 277 F.3d 908, p. 913-915 (7th Cir. 2002). (Class representative, lawyer for putative class, and district judge are all fiduciaries). Voir aussi C. PICHE, préc., note 5, p. 124-25.

29. Chris BRUMMER, «Sharpening the Sword: Class Certification, Appellate Review and the Role of the Fiduciary Judge in Class Action Lawsuits», (2004) 104 Colum. L. Rev. 1042, p. 1066-67 (ci-après « BRUMMER »).

30. *Id.*, p. 1065-66.

Le rôle de « fiduciary » apparaît alors, de prime abord, comme n'étant pas strictement un rôle de protection, mais comme étant plutôt un rôle de représentation. Le juge est perçu comme une sorte d'avocat des membres plutôt que comme l'adjudicateur neutre et impartial qu'il doit être – du moins en théorie – dans le système adversatif³¹. Ainsi, ce juge devient un agent des membres du groupe, et est – étonnamment! – tenu d'agir de bonne foi et avec le plus haut degré de vigilance possible³².

Dans les provinces canadiennes de common law choisies, soit l'Ontario et la Colombie-Britannique, le rôle du tribunal à l'approbation de transactions collectives est plutôt décrit comme celui d'un protecteur des membres « absents » du groupe, soit ceux qui ne sont pas des représentants envisagés ou désignés du groupe³³. Ainsi, la jurisprudence des provinces de common law décrit très simplement le rôle du tribunal à l'approbation comme un rôle de protecteur des membres dans l'examen des critères d'équité de la transaction proposée. En comparaison, en droit civil québécois, il n'y a ni équivalent du rôle de « fiduciary judge », ni quelque trace d'un devoir fiduciaire quelconque du juge. Cette distinction pourrait découler logiquement du fait que le mot « fiduciaire » a un sens bien différent en français, davantage lié au droit des fiducies³⁴.

-
31. C. PICHÉ, préc., note 5; Voir aussi Mirjan R. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, Yale University Press, 1986 (ci-après « DAMAŠKA »). Pour une vision plus globale des différents systèmes de droit judiciaire dans le monde.
32. *In Re. AT & T Mobility Wireless Data Services Sales Tax Litig.*, 2011 W.L. 2204584 (N.D.Ill. E.Div.) (les tribunaux doivent exercer le « highest degree of vigilance » dans la révision des transactions collectives).
33. Pour une définition des membres absents du groupe, voir C. PICHÉ, préc., note 5, p. 119-120.
34. En français, on pense au mot « fiduciaire » comme signifiant « [q]ui se rapporte à la fiducie, au fidéicommiss. » Voir *Le Trésor de la langue française informatisé* : <<http://atilf.atilf.fr/>> (consulté le 9 mai 2012). Voir aussi Bureau de la traduction, *Lexique du droit des fiducies*, BT-259, 2005 Ottawa : <<http://www.btb.gc.ca/publications/documents/fiducies-trusts.pdf>> (consulté le 9 mai 2012).

Les tribunaux québécois décrivent plutôt le rôle du juge approbateur comme étant un rôle de « protection » des membres absents du groupe proposé et souvent même un rôle d'« ombudsman » ou « ombudsperson »³⁵. Selon les auteurs québécois, le juge doit toujours chercher à faire respecter les droits des membres absents et cela, de préférence à ceux du représentant du groupe proposé³⁶. Ainsi, le tribunal « exerce un rôle de surveillance des intérêts des membres du groupe. Il doit, en conséquence, ana-

35. Voir *Brochu c. Québec (Société des loteries)*, 2009 QCCS 5678, par. 41; *Association de protection des épargnants et investisseurs du Québec (APEIQ) c. Nortel Networks*, 2007 QCCS 266, par. 32 (réfère au rôle de « gardien » et « protecteur » des « droits des membres ») (ci-après « APEIQ »); *Doyon c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*, [1997] J.Q. no. 3126 (C.S.), par. 13 (« ombudsman »); *Hotte c. Servier Canada inc.*, 2002 CanLII 609 (QC CS); *Rouleau c. Placements Etteloc inc.*, 2006 QCCS 5319; *Brochu c. Québec (Société des loteries)*, J.E. 2003-1295 (C.S.). Mais voir *Spieser c. Canada (Procureur général)*, 2009 QCCS 4042, par. 20 (réfère à un juge « fiduciaire » en relation avec l'article 1016 C.p.c.). Fait intéressant, sur lequel nous reviendrons un peu plus loin, la Cour supérieure a récemment énoncé, dans *Cornellier c. Province canadienne de la congrégation de Sainte-Croix*, EYB 2011-19963, par. 33 (ci-après « *Cornellier* »), que le juge devait, à l'étape de l'approbation de la transaction, « néanmoins se montrer vigilant, car il est le fiduciaire des membres absents. »

36. LAFOND, préc., note 9, p. 448 :
 « [d]ans le cas où les parties impliquées dans une action ne sont pas toutes présentes devant le tribunal – et c'est précisément le cas du recours collectif –, non seulement le juge peut-il intervenir dans le déroulement de l'instance, mais a-t-il le devoir de le faire pour assurer à ces parties une représentation adéquate devant l'appareil judiciaire et, en conséquence, un traitement juste et équitable de leurs droits. Le juge devient en quelque sorte l'"avocat", le protecteur de l'intérêt des membres absents, tout en se forçant de demeurer impartial, ce qui le place dans une position pour le moins inconfortable. Compte tenu de l'importance de l'enjeu et de l'autorité du jugement sur les droits des membres absents, le représentant ne peut disposer seul et librement de l'enjeu collectif en litige. L'obligation d'une représentation adéquate ne pèse pas uniquement sur les épaules du représentant et de son procureur, mais repose également sur une protection judiciaire attentive et efficace. ... Le tribunal a pour mission d'assurer un contrôle constant des activités du représentant tout au long de la procédure, pour garantir le caractère adéquat de la représentation des membres du groupe et y suppléer, s'il y a lieu. »

lyser les effets que pourrait avoir [la transaction] sur les droits et recours des membres. »³⁷

Comment définir, réconcilier et enfin, comparer, à proprement parler, ces expressions du rôle du juge de recours collectif de « fiduciary », d'« ombudsman » (ou « ombudsperson ») et de protecteur ou « protector »? De prime abord, il ne s'agit pas de les traduire tout simplement ou de les assimiler l'un à l'autre. Les incohérences linguistiques découlant de l'analyse jurisprudentielle doivent d'abord être élucidées dans leur langue respective, et les expressions jurisprudentielles divergentes du rôle clarifiées en obtenant les impressions des juges relatives à leur rôle par le biais d'entrevues.

Une première impression se dégage toutefois de cette variété d'expressions d'un rôle dans la jurisprudence et la doctrine. On interprète le rôle du juge « fiduciary » comme requérant qu'il se place davantage dans la peau de celle de ses protégés, lorsqu'il évalue leurs intérêts, par rapport au juge « protecteur » qui protège plus largement – et moins fondamentalement – les intérêts des membres absents du groupe de recours collectif. Cette interprétation découle d'une étude précise de la jurisprudence et des explications données par les juges interrogés du processus d'évaluation et d'approbation des transactions dans chacun de leurs systèmes juridiques, de la manière dont ils décrivent leur implication, leur rôle, leur raisonnement. Dans une logique similaire, la référence au qualificatif « ombudsman », lequel trouve racine dans les langues scandinaves et signifie « représentant » ou « médiateur »³⁸,

37. *Ostiguy c. Québec (Procureur général)*, J.E. 2005-1639 (C.S.) EYB 2005-93093. Voir aussi *Union des consommateurs c. Ford du Canada ltée*, J.E. 2005-353 (C.S.), REJB 2004-81180; *Dufour c. Bayer inc.* (6 novembre 2001), Montréal, n° 500-06-000139-010, B.E. 2002BE-45 (C.S.); *Doyon c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*, B.E. 97BE-899 (C.S.).

38. Office québécois de la langue française, *Grand dictionnaire terminologique* : « [p]ersonne qui a la responsabilité de soutenir les droits, les intérêts et les demandes des clients auprès de la société productrice de biens ou de services » ou « [c]'est par analogie avec le rôle du protecteur du citoyen que l'emprunt *ombudsman* est employé au sens général de "médiateur". On utilisera plutôt les termes *défenseur*, *protecteur* ou

appelle à un plus haut degré d'implication du juge que celle du simple « protecteur » des membres du groupe.

L'étendue de la comparaison est certes limitée par les difficultés linguistiques inhérentes aux systèmes judiciaires étudiés et à leur culture intrinsèque³⁹. En effet, dans les systèmes civilistes, le concept d'un devoir fiduciaire n'existe généralement pas⁴⁰. Si la caractérisation du juge de common law comme juge fiduciaire des membres absents est conforme au devoir des fiduciaires de protéger spontanément les intérêts des personnes vulnérables, elle n'est pas conforme au droit traditionnel du « agency »⁴¹, comme l'explique le professeur Brummer :

[...] the description of the judge as a fiduciary is incongruous with basic principal-agent relationships usually indicative of such duties. Judges are not agents of plaintiffs, traditionally conceived. There is neither a contract nor a pledge of loyalty to plaintiffs; if anything, they act on behalf of the state and larger civil society⁴².

Ainsi, puisque le mandat ne s'applique pas à la relation entre le juge et les parties à l'action civile, les tribunaux canadiens ont généralement tendance à plutôt choisir de référer à un rôle de protecteur des membres absents du groupe⁴³. De plus, dans cha-

médiateur (et leurs désignations féminines) qui sont déjà généralisés en français. » <http://granddictionnaire.com/BTML/FRA/r_Motclef/index800_1.asp> (consulté le 9 mai 2012).

39. GUTTERIDGE, préc., note 27, p. 103.

40. *Supermarché A.R.G. Inc. c. Provigo Distribution Inc.*, [1995] R.J.Q. 464, p. 492-93 et p. 504-05 (C.A.).

41. BRUMMER, préc., note 29, p. 1064.

42. *Id.* L'attribution d'un devoir fiduciaire au juge a aussi été critiquée par le professeur Samuel Issacharoff : « in no other context do we find courts entering binding decrees with such a complete lack of access to quality information and so completely dependent on the parties who have the most to gain from favorable court action. » Voir SAMUEL ISSACHAROFF, « Class Action Conflicts », (1997) 30 U.C. Davis L. Rev. 805, 808.

43. Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice : Impact et évolution*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 44 et suiv.

cun des systèmes judiciaires étudiés, le devoir d'impartialité du juge implique qu'il n'affiche aucune préférence pour l'une ou l'autre des parties et qu'il ne soit l'agent de personne. De surcroît, le juge du système adversatif nord-américain a comme fonction traditionnelle d'être un chercheur de la vérité⁴⁴, un acteur neutre⁴⁵, ce qui n'est ni conforme, ni conciliable avec des responsabilités de fiduciaire⁴⁶. La détermination du caractère équitable de la transaction collective proposée doit donc se faire en tout respect des positions respectives des parties et sans prendre le parti de l'une ou l'autre⁴⁷.

Néanmoins, la jurisprudence des provinces de common law assimile le processus d'approbation judiciaire de règlements de recours collectif à celui où le tribunal doit intervenir pour approuver une décision concernant une personne vulnérable, tel un mineur ou le bénéficiaire d'un trust⁴⁸. Dans ces situations, la personne vulnérable n'est pas réellement en mesure de prendre une décision éclairée ou d'exercer un jugement à proprement parler. Cela voudra-t-il dire que les notions de « fiduciary », « protecteur(or) » et « ombudsman(person) », quoi qu'intrinsèquement et linguistiquement distinctes, pourront se rejoindre, s'entrechoquer?

Il existe ici une difficulté qui tient en partie au fait qu'au dialogue bilingue se superpose le dialogue entre systèmes et traditions juridiques. Les descriptions des rôles des juges pourront-elles jamais s'équivaloir ou du moins se définir de manière similaire à travers les différents systèmes juridiques? Comment s'inscriront-elles dans la tradition juridique d'un système donné?

44. Lon Luvois FULLER, «The Forms and Limits of Adjudication», (1978) 92 Harvard L. Rev. 353.

45. Voir aussi Duncan KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, Cambridge, Harvard University Press, 1997; et DAMAŠKA, préc., note 31.

46. PICHÉ, préc., note 5, p. 128-129.

47. *Baxter c. Canada (A.G.)*, 83 O.R. (3d) 481 (2006), par. 10-11 (« [the Court's function] is not to substitute its judgment for that of the parties who negotiate the settlement. Nor is it the Court's function to litigate the merits of the action. »)

48. PICHÉ, préc., note 5, p. 123 et suiv.

Par ailleurs, le choix de référer à un rôle en anglais – « protector » – ou en français – « protecteur » – pourra aussi avoir un impact sur le droit comparé des recours collectifs, la méthode de comparaison des droits des systèmes juridiques choisis. Ce rôle pourra affecter la manière dont les juges agissent et s'approprient leur rôle à l'étape d'approbation de la transaction.

L'impact pourra certes exister lorsque les juges importeront, puis exporteront le droit d'autres systèmes juridiques, à travers la jurisprudence publiée, dans le but d'éclaircir ou de raffiner un aspect plus obscur de leur droit, en référant au passage au droit étranger, en le traduisant ou non. Par exemple, dans la récente affaire en Cour supérieure dans *Cornellier*⁴⁹, rendue en décembre 2011, il était question pour le tribunal d'approuver une transaction proposée. La Cour expliqua que « [l]e Tribunal doit, en principe, encourager le règlement des litiges par la voie de la négociation. Il doit néanmoins se montrer vigilant, car il est le fiduciaire des membres absents. » De prime abord anodine, cette explication dénote une influence de la langue sur la méthode d'analyse des systèmes de droit des recours collectifs. De fait, même si la Cour supérieure ne cite pas de jurisprudence ou de doctrine pour soutenir cette explication, son origine ressort clairement d'une lecture attentive de la jurisprudence américaine classique sur le rôle de l'approbateur de transaction collective, précisément dans l'arrêt *Reynolds*, rendu par la Cour du 7^e Circuit⁵⁰. L'on note alors l'intéressant choix des termes « vigilant » et

49. *Cornellier*, préc., note 35.

50. *Reynolds*, préc., note 28, p. 279-80 (« Before such a settlement may be approved, the district court must determine that a class action settlement is fair, adequate, and reasonable, and not a product of collusion. [...] The principal issue presented [...] is whether the district judge discharged the judicial duty to protect the members of a class in class action litigation from lawyers for the class who may, in derogation of their professional and fiduciary obligations, place their pecuniary self-interest ahead of that of the class. This problem, repeatedly remarked by judges and scholars, [...] requires district judges to exercise the highest degree of vigilance in scrutinising proposed settlements of class actions. We and other courts have gone so far as to term the district judge in the settlement phase of a class action suit a *fiduciary of the class*, who is subject

« fiduciaire des membres absents » par la Cour dans *Cornellier*, lequel, à notre avis, n'est pas le fruit d'un hasard, mais bien d'une traduction directe du droit américain et d'une illustration de l'importation en notre droit d'un droit étranger. Ainsi, le droit local serait influencé à la fois par la langue utilisée et par la traduction d'un droit étranger sur lequel on se fonde ou qui influence notre raisonnement.

Dans ce contexte, un juge québécois citant une jurisprudence ontarienne sur le devoir de « protector » agira-t-il alors à l'évaluation de la transaction proposée comme un juge ontarien le ferait? Seule une entrevue particulière suivant la prise de la décision en cause aurait permis d'élucider ce questionnement. Les juges ne pouvant commenter leurs décisions, par devoir de réserve, aucune telle entrevue n'a pu être tenue, ni aucune conclusion tirée de manière ferme à ce titre. Comment alors comparer adéquatement les rôles des juges à travers les différences systèmes juridiques?

IV - Comparaison de droits procéduraux par le biais d'une langue de référence

Le droit comparé renvoie « à une démarche intellectuelle consistant à comparer entre eux des systèmes juridiques ou des éléments de ces systèmes (objets de droit, relations entre de tels objets). »⁵¹ Pour Rodolfo Sacco, le droit comparé permet de « connaître les différences existant entre modèles juridiques, et contribuer à la connaissance desdits modèles. »⁵² En l'espèce, le choix d'une étude comparative des processus d'approbation des transactions de recours collectifs devait permettre d'interpréter et de connaître plus adéquatement les systèmes judiciaires étudiés. Elle devait aussi permettre de comprendre les divergences et de les

therefore to the *high duty of care that the law requires of fiduciaries* » [nos italiques]).

51. Marie-Laure IZORCHE, « Propositions méthodologiques pour la comparaison », (2001) 2 R.I.D.C. 289 (ci-après « IZORCHE »).

52. Rodolfo SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, p. 8 (« ci-après SACCO »).

exploiter, tout en cherchant à solidifier une proposition éventuelle d'un rôle plus universel du juge approbateur de transactions de recours collectifs, dans une perspective d'unification, d'harmonisation et de réforme de ce droit.

Pour certains auteurs, le comparatiste doit s'efforcer de « mettre en évidence des ressemblances et des différences entre des objets appartenant à des univers juridiques distincts, [et de] « confronter un certain nombre de systèmes juridiques », afin de comprendre les divers droits nationaux. »⁵³ Ainsi, il faut d'abord examiner les objets de comparaison et se poser la question de leur ressemblance et potentiel de comparaison. Comment s'assurer, toutefois, que les objets sont bel et bien comparables? La difficulté est que « pour comparer, il faut connaître, et pour connaître, il faut comparer. »⁵⁴ Serons notées, dans l'effort, les ressemblances, différences, relations entre éléments explicatifs des différences et entre les objets d'étude eux-mêmes⁵⁵. En l'espèce, la comparaison était possible, et même idéale, entre les objets de recherche, comme énoncé précédemment⁵⁶, car les processus d'approbation judiciaire des transactions collectives étaient très similaires dans les quatre systèmes étudiés.

Pour Jacques Vanderlinden⁵⁷, la méthode comparative requiert d'abord de cerner adéquatement le « matériau de la compa-

53. *Id.*, p. 291.

54. IZORCHE, préc., note 51, p. 296.

55. *Id.*, p. 303-4.

56. Voir précédents textes accompagnant les notes 10 et 12.

57. VANDERLINDEN, préc., note 11; Pierre LEGRAND et Roderick MUNDAY, *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; Mark. VAN HOECKE, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004; René DAVID, *Traité élémentaire de droit civil compare: Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1950. Voir aussi Mary-Ann GLENDON, Michael GORDON, Christopher OSAKWE, *Comparative Legal Traditions*, 2^e éd., St-Paul, Minnesota, 1994, p. 12 (ci-après GLENDON *et al.*); Basil MARKESINIS, *Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis*, Oxford, Hart Publishers, 1997; Otto PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », (2001) R.I.D.C. 2; Béa-

raison », soit les mots qui pourront être ceux du législateur, de la jurisprudence, de la doctrine, et aussi, des comportements⁵⁸. Ainsi, toute étude comparative doit d'abord passer par l'étude des références comportementales ou contextuelles, et « [p]lus les paramètres sont nombreux (prise en compte de données scientifiques, sociologiques, économiques, historiques, philosophiques, religieuses, linguistiques etc.), plus la comparaison a des chances d'être fertile. »⁵⁹ À cet égard, le terrain de comparaison du présent projet est considéré fertile, car constitué de législation, de jurisprudence et de doctrine, mais aussi d'une étude des comportements des acteurs constituée de données tirées d'entrevues de juges.

Une des difficultés à la comparaison, qu'il faut tout de même souligner, est la distinction, dans les systèmes juridiques choisis, entre traditions juridiques. Trois sont des systèmes de common law et un est principalement civiliste. À cet égard, toutefois, le droit judiciaire québécois est mixte⁶⁰, et son interprétation ne se fait pas en vase clos, mais plutôt, en laissant possible l'influence de la common law⁶¹. Ainsi, alors que les juges québécois sont appelés à travailler avec des codes civils, la conceptualisation et la perception de leurs compétences, rôles, devoirs et

trice JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : Bilan et prospective », (2005) R.I.D.C. 1 (ci-après « JALUZOT »). Voir aussi Gerard-René DE GROOT, « The Point of View of a Comparative Lawyer », (1987) 28(4) *Cahiers de droit* 793.

58. VANDERLINDEN, *id.*, p. 399 et suiv. (et surtout, p. 404 : « [c]omparer donc, mais ne jamais perdre de vue que la loi constitue un matériau rudimentaire, ne donnant parfois qu'une image très approximative, voire erronée du droit, même si c'est souvent le seul stade que puisse ambitionner, voire souhaiter franchir le comparatiste. »)

59. Olivier MORÉTEAU, « Premiers pas dans la comparaison des droits » dans GÉMAR et KASIRER, préc., note 4, p. 414 (« ci-après MORÉTEAU ») (expliquant que « [t]out questionnement sur la teneur et les contours d'une règle, son efficacité et son effectivité doit passer par une étude de terrain et une évaluation du contexte. À défaut, la comparaison n'est pas pertinente ou est incomplète. »).

60. *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, par. 32 (ci-après « *Lac d'amiante* »).

61. *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, par. 27.

pouvoirs doit passer par une étude du texte de loi, d'abord, puis du contexte, en laissant une certaine place à la common law comme source interprétative⁶².

Pour Konrad Zweigert et Hein Kötz, travailler la méthode initialement choisie est la meilleure manière d'aborder le droit comparé⁶³. Il faut d'abord poser une question, une hypothèse – même très brève – une idée, un problème. Ensuite, au stade préliminaire, il s'agit de décrire, sans analyse ni commentaire, le droit applicable dans chacun des systèmes juridiques⁶⁴. L'étape de comparaison commence formellement à l'étude de l'origine des règles, dans une perspective historique, contextuelle. Il faudra donc éviter de seulement juxtaposer, et plutôt accueillir cette approche fonctionnaliste voulant que « les lois doivent être étudiées à la lumière de leur finalité »⁶⁵ et que les règles ne soient comparables « que [lorsqu'elles] remplissent la même fonction »⁶⁶. L'objectif ultime de cette approche étant de considérer l'objet que l'on étudie en vertu des objectifs sociaux qu'il sert⁶⁷. Ayant choisi cette méthode, il est ici question de repasser au peigne fin les lois, jurisprudence et doctrine en cause de même que leurs objectifs et finalités sous-jacents.

Dans l'approche fonctionnelle, l'étape subséquente est celle où l'on construit un système; pour ce faire, il faut développer une syntaxe spéciale ainsi qu'un certain vocabulaire. Cette étape pose problème dans les contextes de diversité linguistique. Le système doit être particulièrement flexible, et impliquer des « concepts

62. *Lac d'amiante*, préc., note 60.

63. Konrad ZWIEGERT et Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 33-34 (ci-après « ZWIEGERT et KÖTZ »).

64. *Id.*, p. 40 et suiv.

65. Harold Cooke GUTTERIDGE, *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1949, p. 148-151.

66. Rudolf SCHLESINGER, Hans BAADE, Peter HERGOZ, Eduard WISE, *Comparative Law-Cases-Texts-Materials*, 6^e éd., New-York, Foundation Press, 1998, p. 48. Aussi, MORÉTEAU, préc., note 59, p. 421.

67. JALUZOT, préc., note 57, p. 40, citant GLENDON *et al.*, préc., note 57, p. 12.

large enough to embrace the quite heterogeneous legal institutions which are functionally comparable. »⁶⁸ Finalement, après toute cette recherche, le comparatiste doit procéder à une analyse et évaluation critique de ce qu'il a découvert⁶⁹. Parfois, l'une des solutions apparaîtra comme étant la meilleure ou la pire. Le comparatiste offrira alors une solution nouvelle, supérieure aux autres et distincte de l'un des droits nationaux⁷⁰.

Évidemment, il existe d'autres approches à la comparaison des droits : la méthode factuelle, d'abord, qui préconise la « juxtaposition comparative de situations de faits semblables », par laquelle l'observateur « compare des situations qui lui sont familières et n'est pas embarrassé par des structures ou une terminologie qui sont soit intraduisibles, soit trompeuses. »⁷¹ Puis, l'approche contextualiste ou culturelle, laquelle comprend le droit comme étant une « manière de structurer l'expérience sociale ».⁷²

Pour certains auteurs, avec la reconnaissance d'expressions nouvelles telles « famille juridique »⁷³, « culture juridique »⁷⁴ et « tradition juridique »⁷⁵, il y aurait malgré tout deux tendances méthodologiques opposées⁷⁶. En effet, selon eux, « la méthode de

68. ZWEIGERT et KÖTZ, préc., note 63, p. 44.

69. *Id.*, p. 44-45.

70. *Id.*, p. 47.

71. Basil MARKESINIS, « Unité ou divergence; à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain », (2001) R.I.D.C., 810 et suiv. cité dans JALUZOT, préc., note 57, p. 42.

72. JALUZOT, *id.*, p. 43.

73. VANDERLINDEN, préc., note 11, p. 309 et suiv.

74. Guenther DOEKER-MACH et Klaus ZWEIGART, *Law and Legal Culture in Comparative Perspective*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2004, p. 26; Clifford GEERTZ, « Deep Play: Notes on the Balinese Cockfight » dans *The Interpretation of Cultures*, New York, Basic Books, 1973; C. PICHÉ, préc., note 5; Roger COTTERELL, « The Concept of Legal Culture » dans David NELKEN (dir.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth Publishing Co. Ltd., 1997, p. 13.

75. Patrick GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 33-40.

76. JALUZOT, préc., note 57, p. 47.

lecture de l'objet observé (un système juridique par exemple) est liée à notre culture»⁷⁷, et

en s'éloignant des objets observés, et en se plaçant au niveau des comparaisons (et non plus des objets concrets) on a peut-être plus de chances d'échapper aux déformations liées aux cadres conceptuels des systèmes observés. Mais on n'échappera pas aux déformations dues aux cadres conceptuels de l'observateur lui-même, et peut-être faut-il conclure, avec Christian Jacq, que 'la vérité n'existe que dans la recherche de la vérité [...]'⁷⁸.

D'autres auteurs, enfin, simplifient le processus en indiquant qu'il suffit de deux opérations pour le comparatiste : d'abord, (1) de prendre de la distance, en essayant de se détacher des anciennes connaissances et de résister aux préjugés de sa propre culture juridique, puis, (2) de faire la différence en développant une attention particulière à la diversité et en ayant conscience de l'impact de la perspective et de l'expérience du comparatiste⁷⁹.

77. IZORCHE, préc., note 51, p. 322.

78. *Id.*, p. 325.

79. Gunter FRANKENBERG, « Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law », (1985) 26 *Harvard Int'l L. J.*, 414 et suiv. Voir aussi Marie-Claire PONTTHOREAU, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique » (2005) 1 *R.I.D.C.* 7, p. 13 (pour Ponthoreau, « la comparaison est une activité subjective car elle suppose comme l'interprétation, une évaluation des choix. ... Pour rendre compte d'un système juridique étranger ou bien d'une institution étrangère, il faut déterminer quelles en sont les principales caractéristiques, éventuellement l'originalité de certaines règles écrites ou non ... la comparaison ne consiste pas à mesurer les différences et les ressemblances, mais à donner un sens à cette activité de mesure. »). À cet égard, elle rappelle à la page 14 qu'il faut faire attention aux préjugés. Voir aussi deux auteurs que Ponthoreau cite, soit : Mark VAN HOEKE et Mark WARRINGTON, « Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine : Towards a New Model for Comparative Law », (1998) 47 *Int'l Comp. L. Q.* 496, p. 497 (« [d]écrire et comprendre les règles d'un système juridique devrait être, en principe, très similaire à décrire et comprendre les règles de deux ou plusieurs systèmes juridiques. ... Si comprendre le droit suppose beaucoup plus lorsque l'on compare un système juridique étranger à son propre système, cela signifie qu'il y a beaucoup d'éléments qui implicitement ou in-

Quoi qu'il en soit, selon Moréteau, le comparatiste doit dire ce qu'il fait et se justifier⁸⁰. Pour adéquatement décrire, puis comparer et comprendre le droit étranger en s'inspirant de ses solutions dans le but d'influencer le développement du droit national, il faut élaborer certaines hypothèses ainsi qu'une méthode. Et lorsqu'il s'agit de méthode, une « langue de référence »⁸¹ est nécessairement requise, afin de compléter l'exercice de comparaison de droits énoncés dans plus d'une langue. Comment toutefois choisir une telle « langue de référence », plus neutre et universelle, dans un contexte de diversité linguistique? Comment identifier une expression – ou une série d'expressions – caractéristique du rôle du juge, pouvant survivre au temps et à l'évolution du droit des recours collectifs? Même si un texte de loi, de jurisprudence ou de doctrine décrit le rôle du juge d'une certaine manière, ce rôle peut ensuite s'exprimer très différemment en pratique⁸². Quoique l'analyse comparative permette de mieux comprendre le rôle du juge approbateur de transactions, de mieux encadrer une réforme éventuelle⁸³, quel(s) mot(s) commun(s) peuvent servir à exprimer ce rôle et en cerner les limites?

Comme le suggérait Michael MacAuley, « words must be selected that overarch all traditions and as many languages as possible [...] »⁸⁴; et un peu plus loin, « [...] common words are the best shorthand for complicated notions. »⁸⁵ Selon lui, pour pouvoir choisir et utiliser des mots communs (« common words ») et poser

consciemment déterminent la manière dont est compris, interprété et appliqué le droit pour chaque système juridique. ... le droit comparé rend attentif aux éléments qui influencent le droit à tous les niveaux; il oblige à nous confronter à nos structures idéologiques cachées. »).

80. MORÉTEAU, préc., note 59.

81. À ce sujet, voir MORÉTEAU, *id.*

82. Peter GOTTWALD, « Comparative Civil Procedure », (2005) 22 *Ritsumeikan L. Rev.* 23, 24. Voir aussi Raymond LEGEAS, « L'utilisation du droit comparé par les tribunaux », (1994) 46(2) *R.I.D.C.* 347.

83. SACCO, préc., note 52, p. 8-10.

84. Michael MACAULEY, « The Enskymment of Property », dans GÉMAR et KASIRER, préc., note 4, p. 179-186 (ci-après « MACAULEY »). Voir aussi David GERBER, « System Dynamics: Toward a Language of Comparative Law? », (1998) 46 *Am.J. Comp. L.* 719.

85. MACAULEY, *id.*, p. 186 et suiv.

les bonnes questions dans un domaine du droit, il faut être sensible au sens donné par les différentes cultures aux mots les plus ordinaires⁸⁶. Certains mots auront un certain sens précis dans une langue, et un sens tout différent dans une autre, comme le notait Ruttledge en traitant du concept de bonne foi :

[l]es mots bonne foi ont un son familier pour les oreilles anglaises; on ne doit pas considérer pourtant qu'ils soient l'équivalent de notre concept de « good faith » : quoique les notions aient à leur base un même idéal, celui de la conduite honnête et loyale entre les individus, la manière dont on conçoit sur le continent sa nature et ses caractéristiques donnent à la bonne foi un champ plus vaste que celui assigné à la 'good faith' dans notre droit⁸⁷.

En l'espèce, même si les mots « protecteur » et « protector » s'équivalent sur le plan de leur traduction, ils ne sont pas, dans la pratique des juges, *équivalents*. Au fur à mesure des entrevues, ces mots sont apparus comme ayant un sens divergent pour les juges interviewés, malgré leur objectif similaire. Cette divergence devait-elle faire obstacle à l'objectif de recherche d'une langue de référence?

Le tableau suivant illustre la diversité de perceptions du rôle du juge à travers l'usage de langues distinctes. À l'occasion des entrevues, les juges ont eu à répondre aux questions suivantes : « [d]o you have a role of protection (or protector) at the approval of proposed settlements? », « [c]an you please describe your role at the settlement's approval stage? » ou « [q]ue pensez-vous du rôle de protecteur du juge » ou « [p]ouvez-vous me décrire votre rôle à l'approbation du recours collectif? » Des extraits d'entrevues les plus représentatifs sont reproduits dans le tableau résumé suivant :

86. *Id.*, p. 189.

87. GUTTERIDGE, préc., note 27, p. 130 et suiv.

Province	Description–type du rôle
Québec	« Notre rôle est de savoir si le règlement est juste et équitable pour les membres... étant un peu le protecteur des membres, on doit s'assurer que ceux qui ont été laissés de côté, pourquoi ont-ils été laissés de côté. ...c'est un peu notre jugement, notre évaluation à nous qu'on va substituer à celle des membres...on est obligés de se servir un peu de ce qui nous semble, nous, être dans l'intérêt des membres, ce qui nous semblerait être les préoccupations, si on se mettait dans les souliers des membres, comment pourraient-ils réagir, puis d'essayer de cheminer dans cette direction-là. »
Ontario	"I don't think we have that role (of protector) save insofar as it's subsumed by the test and the factors that are examined...the court is not class counsel and we're not an advocate...I regard it as a by-product of the processes as opposed to being the role of the court...I don't see myself as taking on the role of the class' protector...I simply measure whether or not the class has been protected, which I think is different. ...I don't have a job to protect the class; I have a job to see that a test is met...deciding that something is in their best interest and acting in their best interest is not the same thing."
C.-B.	The obligation of the judge is to ensure that the settlement is one that's fair and in the best interest of the class members as a whole... evaluate the fairness and reasonableness of a proposed settlement, how do they find out the interests of the class members that are absent. I don't know that phrase (the judge as protector) as such. In terms of the test for a settlement, it's implied to a certain degree, the best interests of the class members as a whole.
US	"...we are a <i>fiduciary</i> for the class. That's not a role that a judge is accustomed to having and suddenly you are more like a continental judge with an inquisitorial role and you have no adversaries to help you anymore because everybody is on the same side and telling you how wonderful the settlement is, etc., etc. So it's a very demanding role."

Plusieurs éléments intéressants ressortent de cet exercice d'analyse et de comparaison, comme il appert du tableau résumé. D'abord, il faut se rappeler que les juges canadiens s'expriment à l'occasion en français (principalement en français, d'ailleurs, au Québec, pour les fins de notre exercice) et à l'occasion en anglais (principalement en anglais, dans les provinces de common law).

L'aspect le plus révélateur des entrevues a donc été l'expression des rôles de « protecteur » ou « protector » par les juges.

À titre de rappel⁸⁸, la jurisprudence québécoise révèle que les juges se décrivent comme des « protecteurs » et souvent même « ombudsperson » ou « ombudsman » des membres du groupe. Fait intéressant toutefois, lorsqu'elle s'inspire plus directement de la jurisprudence ontarienne de l'arrêt *Dabbs*⁸⁹, cette jurisprudence réfère principalement à un rôle de « protector of absent class members »⁹⁰. Et c'est de la doctrine québécoise que découle le standard, peut-être plus élevé, d'ombudsperson ou ombudsman des membres du groupe⁹¹. En droit fédéral américain, le rôle du juge « fiduciary », approbateur de transactions collectives, trouve plutôt origine dans la doctrine⁹².

Or, les descriptions divergentes offertes par les juges interviewés de leur rôle d'approbation révèlent des degrés d'implication bien différents selon les systèmes juridiques. D'une part, les juges de l'Ontario et de la Colombie-Britannique décrivent leur rôle en entrevue comme étant un rôle de « protector » des membres, à travers l'application du test d'équité de la transaction. Ils expliquent s'assurer que les intérêts des membres sont soupesés dans la transaction, sans pour autant se substituer à ces membres⁹³. En aucun temps ne tentent-ils véritablement de se substituer aux membres, ni ne chaussent-ils réellement les souliers des membres. C'est une perspective que l'on qualifiera d'externe aux membres du groupe, plus objective aussi. Pour ces juges de com-

88. Voir ci-haut, Section III.

89. *Dabbs v. Sun Life Assurance*, (1998) O.J. No. 1598 (Gen. Div.).

90. Voir notamment *APEIQ*, préc., note 355.

91. Ginette PICHÉ, « Un premier rôle pour le juge » dans Alain PRUNJER et Jacqueline ROY (dir.), *Les recours collectifs en Ontario et au Québec, Actes de la première conférence Yves Pratte*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992, p. 149-50.

92. Barbara ROTHSTEIN et Thomas WILLGING, « Managing Class Action Litigation: A Pocket Guide for Judges », 2^e éd., Washington, Federal Judicial Center, 2009, p. 27.

93. C. PICHÉ, préc., note 5, p. 135-141.

mon law, le protecteur est celui qui fait respecter la loi, tout simplement.

Le juge québécois se décrit dans les entrevues comme étant un « protecteur », gardien des membres du groupe, représentant les intérêts de ces derniers. Agissant en quelque sorte comme leur avocat, il considère leur intérêt avant tout, tel un « ombudsman » des membres. Il est beaucoup plus actif aussi, dans la détermination des intérêts de ses protégés, adoptant une perspective interne aux membres⁹⁴. Le juge américain, enfin, est obligé comme « fiduciary » de protéger les membres avec un degré de vigilance beaucoup plus élevé, agissant comme un mandataire des membres du groupe⁹⁵. Ainsi, il doit se substituer, en quelque sorte, à ces membres pour comprendre ce qui est ou non dans leur meilleur intérêt et évaluer comment ceux-ci réagiraient, face à la transaction.

Fait intéressant et important, les juges québécois s'expriment dans les entrevues à l'occasion en français, et à l'occasion en anglais. Tendance générale et intéressante, toutefois, les juges s'exprimant en anglais réfèrent à un rôle de « protector », puis en français, principalement à un rôle d'« ombudsman » pour décrire ces mêmes fonctions. Cette divergence peut-elle être expliquée par l'unique facteur de diversité linguistique, ou est-elle liée plus étroitement à la personnalité du juge, ou à des facteurs ethniques, sociaux, culturels? Notre discours juridique se trouve évidemment complexifié par ces suggestions. Nous n'osons pas répondre à ces questions de manière ferme. Mais au lieu de s'alarmer de cette complexité, peut-être y a-t-il lieu de s'en réjouir, comme le suggère Michael MacAuley :

[w]hen people in the law speak to each other about the law, they may cross systems, traditions and cultures. They may talk about the law formally or informally. The identity of the interlocutors and the objectives of the discourse will influence the choice of words and the register

94. *Id.*

95. *Id.*

of the remarks. There is no single style of address for the law as a philosophical discipline, as a social topic, or as a body of norms. This is true even within a single legal system where scholars, students and citizens approach the law with their own lexical specifications; they make it their own. *The nature of the law's discourse is, therefore, uncertain. It is normatively unstable.* However unsatisfactory this might seem to some, *it is a positive thing.* It is *this rhetorical diversity that is nourishing. It's positively thrilling [...].* Asking questions and suggesting solutions to [a certain legal problem] on the basis of ideas embedded in institutions of many legal systems will *foster a core understanding of [this legal problem] and other interests*⁹⁶.

Ainsi, est-il intéressant de découvrir qu'à travers l'usage de mots que les dictionnaires et traducteurs qualifieront d'équivalents – « protecteur » en français et « protector » en anglais – les juges expriment un rôle et des devoirs distincts ainsi qu'une perspective nuancée : interne dans le cas de ceux s'exprimant en français, œuvrant en province civiliste, et externe dans le cas de ceux s'exprimant en anglais, de provinces canadiennes de common law. C'est donc dire que ces juges exercent leur rôle d'approbation différemment, aussi, dans un cas comme dans l'autre.

V - Diversité linguistique, traductions et droit comparé

La relation entre le droit comparé et la traduction du droit a été bien peu abordée par les juristes et théoriciens du droit, comme l'énonce très clairement l'un des experts dans ce domaine, D^r Sieglinde Pommer : « bien que beaucoup ait été écrit sur l'interrelation entre la langue et le droit par des linguistes ainsi que des juristes, pas assez d'attention a été consacrée aux implications, multiples et complexes, entre la traduction juridique et le droit comparé, ni en théorie ni en pratique. »⁹⁷ Il apparaît logique

96. MACAULEY, préc., note 84. (Nos italiques).

97. Sieglinde POMMER, «Re-evaluating Interdisciplinarity: The Significance of Comparative Law for Legal Translation Methodology», FIT Proceedings, XVIIth World Congress of the International Federation of Translators,

que la traduction aide à la comparaison des droits, et *vice versa*, mais qu'en est-il vraiment? Quelle est la meilleure manière d'accueillir et de tirer avantage de cette diversité linguistique dans la comparaison des droits?

La comparaison des termes « propriété », « ownership » et « property »⁹⁸, celle des expressions « good faith » et « bonne foi »⁹⁹, et enfin, celle des termes « fiduciary », « protecteur » et « ombudsman(person) » s'avère complexifiée par la « superposition » du dialogue bilingue à celui des traditions juridiques¹⁰⁰. Mais est-il vraisemblable de penser mettre de côté le facteur tradition (et même, éventuellement, la culture) – ou de l'annihiler complètement, dans l'exercice de comparaison des droits, pour ne préserver que la langue comme facteur causal dans l'exercice? L'auteure France Allard décrivait, dans un article abordant le concept de « propriété », la « quête de sens » qu'elle percevait en ce terme coincé entre le droit civil et la common law¹⁰¹. Le concept du juge « fiduciary » est certainement lui aussi en telle quête de sens. Et compte tenu de la dimension empirique du projet en cause, et des données relevées en ce sens, le terme « protecteur » l'est certes aussi. Il en reste que la diversité de langues est « sans doute l'obstacle le plus puissant au comparatisme juridique [, puisque là] où elle disparaît, la comparaison fleurit. »¹⁰²

Nombreux sont les exemples, dans la jurisprudence québécoise notamment, où les juges importeront le droit ontarien des recours collectifs, par analyse comparative, pour ensuite développer, au fil des ans, un standard ou un test distinct de celui

Tampere, 4 au 7 août 2005, p. 72. Voir aussi Sieglinde POMMER, «Droit comparé et traduction juridique – Réflexions jurilinguistiques sur les principes communs » dans Adèle ST-PIERRE et Mélanie THIBEAULT (dir.), Actes des XXI^{es} Journées de Linguistique de l'Université Laval, Québec, 8 au 10 mars 2007, p. 27.

98. France ALLARD, « Entre le droit civil et la common law: La propriété en quête de sens » dans GÉMAR et KASIRER, préc., note 4, p. 195-223.
99. GUTTERIDGE, préc., note 27.
100. F. ALLARD, préc., note 98, p. 193 et suiv.
101. *Id.*, p. 196.
102. MORÉTEAU, préc., note 59, p. 425.

d'origine¹⁰³. Ils reprendront la jurisprudence étrangère, dans leur langue d'origine, l'appliquant ainsi à leur propre système. Le feront-ils alors de manière « informée », quant à l'impact immédiat et futur sur le développement et l'interprétation de ce droit? La question est légitime.

Mais il est plus intéressant encore de remarquer que même si le rôle de « protector » est, par exemple, utilisé par les juges québécois après y avoir été importé de la common law, ces juges exercent et conceptualisent différemment ce rôle de protection par rapport à leurs collègues ontariens. Comme il l'a été énoncé préalablement, ils seront de plus ardents protecteurs des intérêts des membres du groupe, en se rapprochant davantage de leurs intérêts. C'est donc dire que même si l'on reconnaît que la langue implique et affecte le cognitif¹⁰⁴, il pourra être plus sage d'attribuer l'usage de différents qualificatifs décrivant le rôle du juge à l'existence de cultures et traditions divergentes¹⁰⁵.

VI - Vers un rôle universel du juge

Le droit des recours collectifs canadien est importé, exporté et souvent traduit par les juges d'une langue officielle à l'autre. Ainsi, l'étude de la comparaison des droits sera facilitée en envisageant un rôle universel du juge approbateur, dans une langue « commune ». Dans le présent article, il a été question d'un processus de réflexion comparative, avec comme défi sous-jacent le contexte de diversité linguistique. L'expression du rôle du juge nous a été offerte dans deux langues, le français principalement

103. Voir notamment l'affaire *Cornellier*, préc., note 35.

104. Vivian GROSSWALD CURRAN, «Comparative Law and Language» in Reinhard ZIMMERMAN et Mathias REIMANN, (dir.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, à être publié: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=851506> (consulté le 10 mai 2012), p. 8.

105. Houman SADRI & Madelyn FLAMMIA, *Intercultural Communication: A New Approach to International Relations and Global Challenges*, New York, The Continuum International Publishing Group, 2011, p. 135 (« [l]anguage reflects different cultural values rather than different perceptions of the world »).

pour les juges québécois, et l'anglais pour les autres. Nous nous sommes alors questionnés quant à la méthodologie à préconiser dans l'étude des droits de recours collectifs de manière comparative. Ont été abordés bien concrètement les défis et obstacles inhérents à la question de la traduction, relativement à cette comparaison des droits.

Nous concluons l'article en suggérant que la plus adéquate, pertinente et universelle formulation du rôle du juge demeure celle de « protecteur » des membres du groupe, laquelle pourra être traduite dans d'autres langues (dont l'anglais). Cette formulation devra toujours, à notre sens, être accompagnée d'une élaboration concrète des pouvoirs et devoirs relatifs à ce rôle. Le juge protecteur sera ici celui protégeant les intérêts de l'ensemble des acteurs visés par la transaction, de la manière la plus neutre et désintéressée possible, et toujours dans l'objectif d'évaluation de la transaction selon les critères d'équité généralement reconnus.

C'est ainsi que nous admettrons, comme Vanderlinden, qu'il existe des limites au langage juridique, dues « à la complexité des phénomènes culturels, économiques, politiques et sociaux qui sous-tendent le juridique »¹⁰⁶. Ce faisant, nous aurons humblement contredit Gutteridge, en quelque sorte, dans notre suggestion d'une langue universelle comme un « rêve » possible plutôt qu'« impossible »¹⁰⁷.

106. VANDERLINDEN, préc., note 11, p. 413.

107. GUTTERIDGE, préc., note 277.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'HARMONISATION DES LOIS PROVINCIALES ET
TERRITORIALES CANADIENNES ET LE DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

Auteur(s) : Frédérique SABOURIN

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 1-2

Pages : **511-560**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10221>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10221>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

L'HARMONISATION DES LOIS PROVINCIALES ET TERRITORIALES CANADIENNES ET LE DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

par Frédérique SABOURIN*

La Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC) est peu connue au Québec. L'auteure se propose de remédier à cette situation, à la lumière de son expérience personnelle au sein de cet organisme. Pour ce faire, l'historique de la CHLC, son organisation et ses principales activités en matière civile et commerciale sont rappelés. Les aspects positifs de ce modèle nord-américain de réforme du droit et ceux qui pourraient être améliorés afin de rendre son œuvre plus utile encore sont également exposés. Le peu d'intérêt ou les craintes que la CHLC suscite s'expliquent selon l'auteure par une méprise sur la mission ou les mandats de la CHLC et par les tensions que suscite toujours toute tentative d'établir un droit uniforme, particulièrement dans un contexte où un système juridique donné est perçu comme le dernier bastion d'une identité nationale menacée. Or, ces craintes sont injustifiées étant donné la nature consensuelle du processus d'élaboration des lois uniformes.

The activities of the Uniform Law Conference of Canada (ULCC) are relatively unknown in Quebec. With a view to remedying this situation, the writer not only describes her personal experience within this organization, but also its history, its structure and its principal activities in civil and commercial matters. She outlines its positive features as a North American model of law reform yet also alludes to certain aspects which could stand improvement. A lack of interest in the ULCC or certain apprehensions raised by its activities may be attributed to a misunderstanding of its mission in addition to tensions resulting from attempts to establish uniform laws, especially when a legal system is perceived as the last bastion in the protection of national identity. These fears are unjustified, given the consensual nature of the process of adopting uniform laws.

*. LL.D., avocate au ministère de la Justice du Québec, Direction des orientations et politiques. Le présent texte a été préparé pour le 50^e anniversaire de l'Association québécoise de droit comparé qui a eu lieu à l'Université de Sherbrooke du 27 au 29 octobre 2011. L'auteure remercie Me Maryse Beaumont, Me Myriam Anctil et Me Fabienne Bouchard, pour leurs précieux commentaires. Les opinions exprimées n'engagent que la responsabilité de l'auteure et non celle du ministère de la Justice du Québec ou celle du Gouvernement du Québec.

SOMMAIRE

I –	Qu'est-ce donc que la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC)?	514
A –	Historique	514
B –	Organisation	516
C –	Principales activités en matière civile et commerciale	519
1 –	Le travail de la Section civile	520
2 –	La modernisation du droit commercial canadien	523
II -	Les aspects positifs et les bémols	525
A –	Les avantages d'une participation à la Conférence et comment les maximiser	528
1 –	Pour les provinces et les territoires de common law	528
2 –	Pour le Québec	530
3 –	Pour les uns et les autres, la participation de l'autre	533
B –	En guise d'illustration, quatre projets particuliers	535
1 –	Le transfert des valeurs mobilières (LUTVM)	535
2 –	Les règles sur la nullité des contrats	538
3 –	Les associations à but non lucratif sans personnalité juridique	539
4 –	Les appels informels aux dons du public ...	540
Conclusion	541
Annexe	544

Alors que la Cour suprême rendait le 18 avril 2012¹ deux décisions référant expressément aux travaux de cet organisme voué à la réforme du droit au Canada, on peut aisément observer au Québec le peu d'auteurs et de jurisprudence rapportée qui mentionnent la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (Conférence ou CHLC) (voir annexe²). Bien que la méthode n'ait rien de scientifique, le constat est donc facile à faire : la Conférence est méconnue, particulièrement en dehors des milieux gouvernementaux³.

Le texte qui suit se propose de remédier à cette situation, à la lumière de mon expérience personnelle à la Conférence⁴. Il se veut principalement informatif et, bien qu'il dessine les contours de plusieurs pistes d'analyse possibles, il n'a aucunement la prétention de mener à bien la tâche de présenter un cadre analytique sur les défis que représente la question de l'harmonisation des lois au Canada. Nous laissons à d'autres le soin de poursuivre la réflexion entamée, espérant qu'ils seront mieux outillés pour le faire après la lecture de ce texte.

-
1. *Breeden c. Black*, 2012 CSC 19; *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, par. n° 40.
 2. Sur la centaine de lois uniformes, rapports de recherche et autres documents produits par la Conférence, l'annexe permet de constater, entre autres choses, qu'une trentaine d'entre eux ont été cités par des décisions de common law au Canada, les plus fréquents étant les Conventions de la rédaction (dont plusieurs dispositions semblables se retrouvent dans la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-6), la *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le transfert des causes* (semblable aux articles 3134 et s. C.c.Q.) ainsi que la *Loi uniforme sur les recours collectifs* (semblable aux articles 1002 et s. C.p.c.). Il est plus difficile d'en tirer une conclusion : est-ce à dire que ces documents sont problématiques? Le fait que d'autres documents ne soient pas cités est-il un indice que ceux-ci sont inutiles? Nous ne le croyons pas.
 3. Elle est également peu connue ailleurs au Canada, bien que dans une moindre mesure.
 4. La soussignée a été représentante du Québec de 1996 à 2004 et depuis 2013 de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada ainsi que présidente de sa Section civile en 2003-2004.

Nous rappellerons d'abord l'historique de la CHLC, son organisation et ses principales activités en matière civile et commerciale⁵. Par la suite, il sera fait état à la fois des aspects positifs de ce modèle nord-américain d'harmonisation du droit que représente la Conférence, et de ceux qui pourraient être améliorés afin de rendre son œuvre plus utile encore. Ce faisant, nous explorerons les raisons qui expliquent à notre avis que la Conférence suscite peu d'intérêt au Québec, soit d'une part une méprise sur la mission ou les mandats de la CHLC et, d'autre part, les tensions que suscite toujours toute tentative d'établir un droit uniforme et particulièrement dans un contexte où un système juridique donné est perçu comme le dernier bastion d'une identité nationale menacée.

I – Qu'est-ce donc que la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC)?

A – Historique⁶

Depuis presque un siècle, la CHLC se réunit annuellement. L'Association du Barreau canadien (ABC) est à l'origine de la création de cet organisme. En effet, l'ABC estimait qu'elle n'était pas elle-même organisée de façon à préparer des propositions législatives qui soient attrayantes pour les gouvernements. Aussi a-t-elle recommandé, sur le modèle américain de la Uniform Law Commission (ULC) (connue auparavant sous le nom de « National Conference of Commissioners on Uniform State Laws » (NCCUSL)), que chaque gouvernement nomme des commissaires qui seraient présents à des conférences destinées à promouvoir une législation uniforme dans les provinces et les territoires. La ULC se réunit ainsi annuellement aux États-Unis depuis 1892 pour préparer des

5. Voir Frédérique SABOURIN, *Réinventer le droit à partir de l'harmonisation des concepts et traditions juridiques*, Conférence prononcée dans le cadre du colloque national de l'Institut canadien d'administration de la Justice (ICAJ), Ottawa, les 13 et 14 septembre 2010.

6. Voir « Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, Historique », en ligne : <<http://66.51.165.111/fr/about/historique.pdf>> (consulté le 19 février 2013).

lois modèles et uniformes⁷. L'adoption subséquente de ces lois par plusieurs États américains a permis l'atteinte d'un haut niveau d'uniformité législative à travers les États-Unis, surtout dans le domaine du droit commercial.

La première réunion de la CHLC a eu lieu à Montréal le 2 septembre 1918. En 1995, lors de sa réunion annuelle tenue à Québec, la Conférence a modifié son nom en français de « Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada » pour « Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada » afin de mieux refléter la nature de ses travaux dans un pays bi-juridique.

La CHLC se réunit habituellement à quelques semaines de la réunion annuelle de l'ABC. La dernière réunion de la CHLC a eu lieu à Whitehorse, au Yukon, du 12 au 16 août 2012⁸. À l'ordre du jour de cette réunion, des sujets aussi variés qu'une version civiliste de la Loi uniforme sur les appels informels aux dons du public, adoptée en août 2011, pour l'adapter au droit québécois, des modifications proposées aux lois uniformes sur les fiduciaires, la location commerciale, l'interprétation, et sur les subpoena interprovinciaux, la mise en œuvre des conventions internationales, l'amélioration des mécanismes de restitution à l'intention des victimes de fraudes, l'exécution des ordonnances de protection civiles rendues à l'étranger visant les victimes de violence, ainsi que les lois provinciales en matière de sécurité publique et de protection des personnes qui s'appliquent de façon conjointe ou complémentaire à la législation fédérale en matière de criminalité. La CHLC a également étudié vingt-quatre (24) résolutions proposant des modifications au Code criminel du Canada et à des lois connexes et portant entre autres sur les

-
7. Évidemment, la ULC regroupe un beaucoup plus grand nombre de participants que la CHLC. Cela impose, par souci d'efficacité, un plus grand formalisme dans le déroulement de ses réunions. L'uniformité apparaît comme un rempart contre d'éventuelles velléités du gouvernement fédéral américain de légiférer sous prétexte de remettre de l'ordre dans un chaos qu'il percevait.
 8. Voir « Uniform Law Conference of Canada (ULCC)/Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC) », en ligne : <<http://www.ulcc.ca/fr/2012-whitehorse-yk-fr-fr-1>> (consulté le 19 février 2013).

délinquants dangereux et à contrôler, les personnes habiles et contraignables à témoigner, les télémandats, l'écoute électronique, le voyeurisme, la possession et la mise en circulation de monnaie contrefaite, la détermination de la peine, le prélèvement de substances corporelles et les appels. Elle a en outre étudié des rapports sur l'exécution des mandats de perquisition extra-provinciaux, la responsabilité pénale relative aux déclarations et les exceptions aux peines minimales obligatoires.

La prochaine rencontre annuelle se tiendra à Victoria, en Colombie-Britannique, du 11 au 15 août 2013. À la Section civile, des projets de lois uniformes, accompagnés de commentaires, y seront présentés sur : les testaments, la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, l'arbitrage commercial international, l'assignation interprovinciale des témoins, ainsi que les exigences en matière de résidence et d'identification des électeurs et du vote des militaires lorsqu'ils sont à l'extérieur. Des rapports d'étape seront aussi présentés sur la mise en œuvre de la Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, les locations commerciales, la rédaction des lois de mise en œuvre des conventions internationales et sur les personnes disparues. Un projet conjoint avec la ULC sur les mandats en cas d'inaptitude est également en élaboration.

B – Organisation

La CHLC est une organisation indépendante qui ne relève directement d'aucun gouvernement, bien que ce soient les différents gouvernements du Canada qui la financent. L'une des difficultés auxquelles elle a été confrontée depuis sa création a été le manque de fonds consacrés à la recherche juridique. Financer ses activités de recherche continue aujourd'hui d'être un défi pour la CHLC. Celle-ci est administrée par un conseil dont les membres ne sont pas rémunérés pour leurs services et qui se compose du président, du vice-président, du président sortant, du président de chacune des sections qui composent la CHLC et des futurs

présidents de la Section civile et de la Section pénale, respectivement, ainsi que de deux employés permanents : la secrétaire exécutive et le coordonnateur au droit commercial.

La CHLC comporte trois sections : la Section pénale, la Section civile et la Section de rédaction.

La Section pénale réunit des procureurs de la poursuite du gouvernement fédéral et de ceux des gouvernements provinciaux et territoriaux, des avocats de la défense et des juges dans un objectif de discussions sur des propositions de modifications législatives en matière criminelle et pénale, lesquelles sont principalement de compétence fédérale au Canada. Les recommandations de modifications sont basées sur des lacunes constatées par ces praticiens du droit criminel ou sur des problèmes qui surgissent à la suite de l'interprétation du droit par les tribunaux.

La Section civile rassemble des juristes issus principalement des ministères de la Justice du fédéral et des différentes provinces et territoires au Canada, des avocats de la pratique privée et des membres d'organismes de réforme du droit, dans les provinces qui ont un tel organisme⁹, pour discuter des

9. Voir « Alberta Law Reform Institute », en ligne : <<http://www.law.ualberta.ca/alri>> (consulté le 19 février 2013); « British Columbia Law Institute », en ligne : <<http://www.bcli.org>> (consulté le 19 février 2013); « Commission du droit de l'Ontario », en ligne : <<http://www.lco-cdo.org>> (consulté le 19 février 2013); « Saskatchewan Law Reform Commission », en ligne : <<http://www.lawreform.commission.sk.ca/>> (consulté le 19 février 2013); « Law Reform Commission of Nova Scotia », en ligne : <<http://www.lawreform.ns.ca/introduction.htm>> (consulté le 19 février 2013) et « Manitoba Law Reform Commission », en ligne : <<http://www.manitobalawreform.ca>> (consulté le 19 février 2013). La Commission de réforme du droit du Canada (1971-1993, 1997-2006) n'existe plus. Au Nouveau-Brunswick, la Direction des services législatifs du Cabinet du procureur général publie le Bulletin de la réforme qui est distribué aux membres de la profession juridique afin de les informer et de solliciter leurs commentaires. Voir Gavin MURPHY, « Les organismes de réforme du droit », Ministère de la Justice, Groupe de la coopération internationale,

domaines juridiques où l'harmonisation des lois de nature civile, commerciale et administrative serait souhaitable.

Les deux sessions siègent séparément l'une de l'autre pendant près d'une semaine chaque année avec des séances plénières au début et à la fin de la réunion annuelle.

Quant à la Section de rédaction législative, celle-ci a pour mandat d'élaborer des normes de rédaction législative destinées à favoriser l'uniformité de style rédactionnel à travers le pays. Cette section est aussi chargée de rédiger les projets de lois que les deux autres sections lui soumettent. Elle ne se réunit pas en marge des autres sessions peut-être à cause de l'existence de l'Association des conseillers parlementaires du Canada, de l'Association des conseillers législatifs au Canada et de l'Institut canadien d'administration de la justice qui comblent les besoins en cette matière. La Section de rédaction législative ne comporte pas de membre attitré hormis son président.

Chaque gouvernement, fédéral, provincial et territorial, désigne généralement au moins une personne au sein de chacune des sections, pénale et civile, pour le représenter; parfois une seule personne pour les deux sections. Ces personnes assurent un lien entre la Conférence et leur gouvernement. Elles ne lient pas le gouvernement qui les a nommées, lequel pourra, selon son bon vouloir, agir ou non selon les recommandations de la Conférence¹⁰.

mars 2004, en ligne : <<http://www.justice.gc.ca/fra/pi/gci-icg/rd-lr/index.html>> (consulté le 8 juillet 2013) et Roderick A. MACDONALD, « La réforme du droit et ses organismes », dans *Actes de la XIV^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 377, en ligne : <http://www.conferecedesjuristes.gouv.qc.ca/textes-de-conferen-ces/pdf/2000/Lare_formedudroitetsesorganismes.pdf> (consulté le 19 février 2013). Au Québec, la *Loi sur l'Institut québécois de réforme du droit* (L.Q. 1992, c. 43) n'est toujours pas en vigueur. Voir « Federation of Law Reform Agencies of Canada », en ligne : <www.folrac.com> (consulté le 19 février 2013).

10. À cet égard, le modèle nord-américain est très différent de ceux européens et africains; voir sur le processus d'adoption des règlements

Les réunions annuelles de la Conférence ne sont pas ouvertes au public. Seules les personnes désignées par leur gouvernement à titre de délégué ou d'observateur sont autorisées à y assister^{10.1}. Les représentants de sections sont habituellement présents. Certains gouvernements ont des délégations plus nombreuses regroupant la quasi-totalité de leur équipe de légistes, faisant ainsi office de réunion de bureau à l'extérieur. Certaines délégations incluent, le cas échéant, des représentants de la pratique privée, des organismes de réforme, du Barreau et, au Québec, de la Chambre des notaires. L'ABC envoie habituellement des observateurs à l'une ou aux deux sections de droit pénal et de droit civil. Des sections provinciales de l'ABC s'emploient aussi à faire inclure leurs membres dans les délégations à la Conférence. Les délégués ont droit de vote, pas les observateurs. Si nécessaire, un vote peut être tenu par délégation, auquel cas celle-ci a droit à trois voix.

C – Principales activités en matière civile et commerciale

Les activités de la Conférence en matière civile et commerciale se déroulent par le biais de sa Section civile ainsi que par sa Stratégie du droit commercial.

communautaires ou des directives de l'Union européenne : « Union européenne », en ligne : <http://europa.eu/index_fr.htm> (consulté le 19 février 2013), ainsi que sur les actes uniformes de l'OHADA : « Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) », en ligne : <<http://www.ohada.org/>> (consulté le 19 février 2013).

- 10.1. Certaines provinces ont adopté des lois à ce sujet : *Loi sur la nomination des commissaires à l'uniformisation des lois au Canada*, C.P.L.M. c. U30 (Manitoba), *Uniform Law Act*, R.S.N.S. 1989, c. 482 (Nouvelle-Écosse), *Uniformity Commissioners Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. U-3 (Île-du-Prince-Édouard).

1 – Le travail de la Section civile

Les travaux de la Section civile de la CHLC posent des défis que ceux de la Section pénale ne comportent pas. En effet, cette dernière se penche principalement sur les modifications à apporter au Code criminel, texte législatif commun à l'ensemble du Canada. Or, ce n'est pas le cas pour la Section civile, dont le mandat couvre tous les domaines du droit civil (y compris le droit international privé) et du droit administratif, substantif et procédural. Le Comité coordonnateur des hauts fonctionnaires – Justice familiale (CCHF – Justice familiale) et le Comité des mesures en matière de consommation (CMC), constitué en vertu du chapitre huit de l'Accord sur le commerce intérieur (ACI), lui ont même déféré à l'occasion dans le passé des mandats de rédaction législative. De plus, certains projets sont examinés conjointement par les sections pénale et civile de la CHLC.

La Section civile de la CHLC rédige et recommande pour adoption par les différents gouvernements des lois uniformes, lorsqu'aucun gouvernement n'a encore agi dans un domaine, ou des modifications aux lois déjà adoptées, destinées à établir une uniformité. Dans ce dernier cas, la tâche peut s'avérer plus difficile, étant donné la résistance naturelle des principaux intéressés, quel que soit leur système juridique d'ailleurs, ainsi que les lourds investissements en temps et en ressources humaines qu'implique le processus législatif. Dans certains cas, la CHLC ne se prononce pas sur l'opportunité d'adopter les lois proposées mais se contente d'offrir aux gouvernements intéressés une méthode pour les rédiger.

Les travaux de la Section civile de la CHLC peuvent donner lieu à l'adoption de lois uniformes ou encore de lois modèles. Dans le cas des lois uniformes, il est souhaitable ou nécessaire¹¹ que les

11. Il apparaît nécessaire que les lois soient uniformes lorsqu'un régime est fondé sur la réciprocité (exécution des ordonnances de garde et alimentaires, par exemple), ou lorsqu'il s'agit d'un domaine où les mouvements de personnes et de biens transfrontaliers sont nombreux;

dispositions soient identiques dans toutes les provinces et territoires. Dans le cas des lois modèles, on vise plutôt à ce que les dispositions adoptées convergent vers un même résultat sans que le chemin pour y parvenir soit identique, des variantes substantives étant à prévoir. La CHLC peut même adopter de simples principes plutôt que de développer un texte législatif. Ce modèle est vraiment le plus sommaire dans la réconciliation des différences, mais il peut parfaitement remplir l'objectif poursuivi dans certaines circonstances.

Les lois uniformes sont rédigées par des rédacteurs professionnels, des conseillers législatifs, qui sont des employés des gouvernements membres de la Conférence. Depuis 1990, toutes les lois uniformes sont adoptées en anglais et en français. Y sont joints des commentaires explicatifs qui sont utiles à la préparation des cahiers ministériels qui accompagnent la présentation de projets de lois devant les différents parlements canadiens.

Les travaux de la Section civile de la CHLC se déroulent habituellement de la façon suivante. Chaque année, de nouveaux projets sont proposés lors de la réunion annuelle de la Conférence. Une discussion a alors lieu à leur sujet. C'est le conseil d'administration qui ultimement décide lesquels parmi ces projets se verront attribuer un budget de recherche. Certains font l'objet d'un rapport par un professeur d'université. D'autres sont initiés par un organisme de réforme du droit dans une province et d'autres encore par le gouvernement qui travaille à une réforme législative ou qui l'a complétée. D'autres sont initiés par le gouvernement fédéral, par exemple lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre une convention internationale. Enfin, l'ABC peut demander qu'un sujet soit inscrit à l'ordre du jour de la CHLC.

Par la suite, un groupe de travail est généralement constitué. Celui-ci est formé de légistes, de professeurs, de

autrement, des règles de conflits sont nécessaires. Dans les autres cas, l'uniformité n'est souhaitable que par commodité.

praticiens intéressés par le sujet. Il n'y a pas d'appel d'offres pour ce travail bénévole. La qualité des participants est assurée par les représentants de chacun des gouvernements et par les délégués aux conférences qui ont aussi pour rôle, notamment, de participer eux-mêmes aux groupes de travail ou encore de susciter l'intérêt pour les projets dans leurs milieux afin de recruter des participants adéquats aux différents groupes de travail qui sont constitués.

Le groupe de travail se réunit au moyen de conférences téléphoniques dont la fréquence peut varier d'une séance mensuelle à deux ou trois séances annuelles. Les frais sont généralement pris en charge par la Conférence, ce qui explique le fait que les membres du groupe ne se réunissent que rarement en personne, les ressources financières étant limitées.

Des orientations ainsi dégagées sont soumises à l'ensemble de la Conférence, sous forme d'options. Une fois les orientations arrêtées, un projet législatif peut être élaboré. Ce projet est à son tour soumis à l'ensemble de la Conférence lors de la réunion annuelle suivante, pour discussion, car généralement il y a encore des choix d'orientations à faire. Finalement, l'année qui suit, le projet peut généralement être adopté. Typiquement, un projet se déroule donc sur trois ans. Il arrive aussi qu'une quatrième année soit nécessaire lorsque le projet est particulièrement ambitieux ou controversé.

Une dizaine de projets cheminent donc en même temps pour que trois lois en moyenne soient adoptées annuellement par la Conférence.

Il arrive, dans certains cas, que l'expertise développée dans un groupe de travail puisse être mise à profit dans des négociations sur la scène internationale, et vice-versa. Des participants à la CHLC ont ainsi joint des délégations canadiennes pour des travaux au sein d'organisations internationales. Ce fut le cas, par exemple, des travaux de la Conférence en matière électronique qui ont instruit et alimenté la délégation canadienne

à la Conférence des Nations unies pour le développement du droit commercial (CNUDCI), tout comme ceux sur l'exécution des jugements étrangers l'ont fait pour la délégation à la Conférence de droit international privé de La Haye sur les accords d'élection de for.

2 – La modernisation du droit commercial canadien

En 1998, la CHLC a adopté sa Stratégie du droit commercial, qui a pour but de moderniser et d'harmoniser des éléments clés du droit commercial au Canada. Il faut dire que ce secteur du droit, qui est au cœur de l'activité économique, est largement désuet dans les provinces de common law¹².

Au contraire, aux États-Unis, le Uniform Commercial Code (U.C.C.) est l'une des plus grandes réussites de la ULC. Adopté en 1952 et plusieurs fois révisé depuis, ce Code comprend des dispositions générales (définitions, règles d'interprétation) (art. 1), des dispositions sur la vente (art. 2), le louage (art. 3), les sûretés (art. 9) et d'autres matières qui ressortissent au Canada de la compétence fédérale plutôt qu'à celles des provinces et territoires

12. La Banque mondiale publie depuis 2004 des rapports annuels sous le titre de *Doing Business*, se basant sur des analyses économiques du droit menées par des professeurs américains qui estiment généralement que les origines juridiques influent sur le développement économique et que les systèmes de common law sont plus favorables aux affaires que les systèmes de droit civil. Selon Ejan Mackaay : « Les rapports ont suscité en France tout un éventail de réactions, allant du refus de reconnaître l'existence d'un problème jusqu'à la colère, en passant par le dialogue avec la Banque en vue d'améliorer les méthodes employées et la mise en question de leur bien-fondé. » (notes omises); Ejan MACKAAY, « Est-il possible d'évaluer l'efficacité d'un système juridique? », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, Ejan MACKAAY, Benoît MOORE et Stéphane ROUSSEAU, *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques – Les Journées Maximilien-Caron 2008*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, aux pages 21-46. Sans émettre d'opinion sur cette délicate question, on peut néanmoins observer qu'au Canada, dans les provinces de common law, les milieux d'affaires se débrouillent apparemment sans que le droit privé ne soit ni harmonisé ni modernisé! Voir également : Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *L'analyse économique du droit*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2008.

canadiens. Il est divisé en articles, qui sont en fait de véritables codes en eux-mêmes¹³. Même la Louisiane a adopté le U.C.C., à l'exception des dispositions en matière de vente. Fait à souligner, la jurisprudence de cet État réfère aux « chapitres » du Code plutôt qu'à ses articles puisque le terme « article » en droit civil louisianais, comme d'ailleurs en droit civil québécois, correspond à un concept différent¹⁴.

La Stratégie du droit commercial de la CHLC a été adoptée par les différents sous-ministres de la Justice au Canada, puis elle a été approuvée par les ministres de la Justice du fédéral, des provinces et des territoires en décembre 1999, ces derniers s'étant engagés à fournir des fonds afin d'en permettre l'avancement. Afin de mener à bien cette vaste entreprise d'importance capitale, un nouveau poste de coordonnateur national de la Stratégie a été créé. La Stratégie a dû être restructurée quand l'importante contribution financière accordée originalement par le gouvernement fédéral fut renouvelée, mais pour un montant moindre. À partir de 2005, la Stratégie a été réintégrée à la Section du droit civil, dont elle constitue un projet distinct, et le poste de coordonnateur est à présent occupé à temps partiel. La Stratégie a comporté trois phases. La phase I de la Stratégie, complétée en mars 2005, fut consacrée à développer des alliances et à recueillir l'appui d'intervenants des milieux intéressés. La phase II a donné lieu à l'élaboration des ébauches des lois uniformes envisagées et d'autres lignes directrices des politiques constituant les composantes de base de l'infrastructure dont ont besoin les entreprises canadiennes afin de demeurer compétitives. La phase III de la Stratégie consiste, depuis 2007, à compléter les travaux

-
13. L'article 2 sur la vente comprend à lui seul plusieurs centaines de pages. Camille JAUFFRET-SPINOSI, « Aspects of Comparative Commercial Law : Sales, Consumer Credit and Secured Transactions, édité par J.S. ZIEGEL et W. FOSTER », (1971) 23-3 *Revue internationale de droit comparé* 662, aux pages 662-666, en ligne : <http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1971_num_23_3_16059> (consulté le 23 avril 2012).
14. « Uniform Commercial Code », *Wikipedia Encyclopedia*, en ligne : <http://en.wikipedia.org/wiki/Uniform_Commercial_Code> (consulté le 23 avril 2012).

de la phase II et à travailler en collaboration avec les gouvernements canadiens à la mise en œuvre des projets de loi adoptés par la CHLC. Toute cette opération a contribué à faire mieux connaître la CHLC et ses travaux à travers le Canada.

II – Les aspects positifs et les bémols

De part et d'autre des deux systèmes juridiques au Canada on peut observer une certaine méfiance et méconnaissance de l'autre.

Les civilistes peinent aujourd'hui, tout comme ils peinaient déjà à l'époque du Bas-Canada, à transmettre à leurs collègues des autres provinces leur enthousiasme pour le système civiliste¹⁵. De plus, toute différence étant porteuse de complexité, une certaine résistance existe de la part des common lawyers à tenir compte des différentes solutions proposées par le droit québécois. Or, ce n'est pas du chauvinisme que de vouloir que le droit civil québécois soit pris en compte. Il ne s'agit pas seulement d'une solution parmi d'autres et d'une juridiction canadienne comme les autres, mais bien d'une solution empruntée à un autre système, à une autre famille du droit! Mais il arrive également que la règle particulière en cause ne soit pas fondée sur une différence systémique de raisonnement et qu'elle relève davantage de l'anecdotique. Ainsi par exemple, à notre avis, un délai de prescription de deux, trois ou quatre ans ne se justifie pas vraiment par des raisons fondamentalement différentes. S'il est

15. Michel MORIN, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas Canada, 1774-1866 », dans ASSOCIATION INTERNATIONALE DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE et FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL (dir.), *Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, à la page 41, note 97. Déjà, à l'époque du Code civil du Bas Canada, certains juristes québécois étaient convaincus que le Code servirait de modèle dans les autres provinces canadiennes. Voir Sylvio NORMAND, « La codification de 1866 : contexte et impact », dans ASSOCIATION INTERNATIONALE DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE et FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL (dir.), *Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, à la page 58, note 97.

indiqué par exemple que les délais de prescription au Canada sont de deux à quatre ans, il n'y a donc pas beaucoup d'intérêt à insister pour que soit ajouté qu'au Québec ils sont de trois ans! Il faut savoir faire preuve d'humilité et de jugement.

Il est également possible d'observer une grande résistance à la réforme du droit des contrats en common law et il n'y a certainement pas de quoi être très optimiste en ce qui concerne la perspective d'un droit unifié bi-juridique des contrats au Canada dans un avenir rapproché¹⁶. Les réformes suggérées à la loi uniforme sur la vente ne connaissent pas de succès non plus¹⁷. Il faut dire que la Convention de Vienne elle-même est souvent perçue comme trop civiliste par les common lawyers et demeure peu appliquée au Canada¹⁸. On peut expliquer cela par une certaine méconnaissance du droit international par les avocats ainsi que par les juges, ces derniers demeurant le plus souvent tributaires de ce que les premiers leur présentent. De façon plus générale, on pourra déplorer qu'il n'y ait pas assez de juristes formés dans les deux systèmes au Canada.

-
16. Pourtant, un Canadien, le professeur Crépeau, a été très impliqué dans l'élaboration des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international; voir à cet effet : « In Memoriam, Paul-André Crépeau (1926-2011) », en ligne : <<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2011-3/508-514-obituary-crepeau.pdf>> (consulté le 1^{er} mai 2012). Finalement, l'Union européenne sera peut-être plus rapide à unifier son droit dans ce domaine; voir à cet effet : « La Commission européenne propose un droit commun européen de la vente à caractère facultatif pour stimuler les échanges et élargir le choix des consommateurs », *Europea Press Releases RAPID*, en ligne : <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/1175&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en>> (consulté le 1^{er} mai 2012).
 17. Claude SAMSON, « L'harmonisation du droit de la vente : l'influence de la Convention de Vienne sur l'évolution et l'harmonisation du droit des provinces canadiennes », (1991) 32 *C. de D.* 1001, aux pages 1001-1026.
 18. *Diversitel Communications Inc. v. Glacier Bay Inc.*, 2003 CanLII 49351 (ON S.C.); *Mazzetta Company, l.l.c. c. Dégust-Mer inc.*, 2011 QCCA 717 (CanLII); *9023-6449 Québec inc. c. Équipements Quadco inc.*, J.E. 2000-1438 (C.S.), appel rejeté : *Équipement Quadco inc. c. 9023-6449 Québec inc.*, [2003] n° AZ-030199617 (C.A.).

Par ailleurs, les civilistes se méfient de l'agenda caché que la Conférence pourrait avoir, soit de les assimiler en les uniformisant. Ils craignent qu'en aplanissant les différences et en présentant un visage unifié de la législation au Canada, la Conférence contribue à faire perdre au Québec son identité, son âme¹⁹. La Conférence serait-elle donc l'incarnation de Mephistopheles? Il y a pourtant des partisans même au Québec d'un tel régime unique, plus propice aux affaires et pour lesquels les solutions civilistes apparaissent parfois moins pragmatiques, vétustes et ne conservant qu'une valeur historique! Sans partager ce point de vue, on peut observer que l'introduction en droit civil québécois de certaines institutions de common law, comme la fiducie, n'a pas sonné le glas des particularités de ce droit, bien au contraire, puisqu'elle a participé à établir son originalité et à faire l'envie d'autres juridictions civilistes dans le monde. De plus, ces craintes apparaissent injustifiées étant donné la nature consensuelle du processus d'adoption des lois uniformes. À moins que la CHLC n'effraie pas les juristes québécois mais que tout simplement elle ne les intéresse pas précisément à cause de ce caractère consensuel : puisque les lois que la Conférence adopte ne sont pas nécessairement mises en œuvre au Québec, il serait vain de s'y attarder. Cela serait bien dommage.

Dans un premier temps, nous explorerons les avantages qu'il y a, à notre avis, à participer aux travaux de la Conférence et de quelle façon ces avantages peuvent être maximisés. Dans un second temps, nous illustrerons notre propos par quatre projets de la Conférence.

19. Voir notamment : Sylvio NORMAND, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du Code civil », (1986-87) 32 *R. D. McGill* 559 et d'autres auteurs cités par H.P. GLENN, « Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 180.

A – Les avantages d'une participation à la Conférence et comment les maximiser

Qu'est-ce que les provinces et les territoires de common law ont à gagner de leur participation à la CHLC et qu'en est-il pour le Québec? Finalement, qu'est-ce que les premiers gagnent de la participation du second à la CHLC et vice-versa?

1 – Pour les provinces et les territoires de common law

Les choses étant ce qu'elles sont, les juristes de l'État sont de moins en moins nombreux à cause des départs à la retraite et des gels d'embauche, notamment, ou plus généralement de la rationalisation des ressources publiques. Ils effectuent pourtant des tâches de plus en plus complexes à cause de la diversification et de la spécialisation des secteurs. Ainsi, chacun peut être amené à travailler dans un secteur dans lequel il est moins familier, ou qui demanderait à connaître la pratique du droit, ou à faire des recherches en droit comparé. Du fait des contraintes financières, il ne peut malheureusement pas toujours être fait appel à des ressources extérieures. Enfin, avec le développement des nouvelles technologies, on assiste à une accélération du travail, à une culture de l'instantanéité.

Les provinces de common law bénéficient, au sein de la CHLC, d'une mise en commun des problématiques et de leurs solutions, ainsi que des ressources humaines et financières. Comme il a été mentionné, les travaux se déroulent généralement sur trois ans au cours desquels les problématiques sont bien approfondies avec le bénéfice souvent de l'apport de professeurs, de praticiens ou d'organismes de réforme ainsi que de rédacteurs professionnels. Alors que les délégués à la CHLC sont souvent trop occupés par leur travail quotidien pour pouvoir entreprendre des recherches approfondies, la mise en commun des ressources et l'apport de juristes de l'extérieur du gouvernement permettent de bénéficier d'une expertise diversifiée en moins de temps.

Les travaux des groupes de travail permettent de mettre en commun de l'information, des questionnements, des discussions qui, par la suite, se révèlent un atout précieux. Si le résultat des travaux d'un groupe de travail prend la forme d'une loi uniforme ou modèle qui est ensuite inscrite au calendrier législatif d'un gouvernement, il y a de fortes chances que les questionnements qui surgiront pourront être appréhendés et les réponses fournies en temps utile. L'investissement de temps et d'efforts mis dans la participation des travaux de la CHLC sera évidemment maximisé si le légiste de ce gouvernement a participé à l'élaboration du projet à la CHLC.

S'il est difficile de faire inscrire dans le processus législatif interne les lois adoptées par la CHLC, cette difficulté est la même, quel que soit le gouvernement concerné. En effet, afin qu'une loi de la CHLC soit reprise dans le calendrier législatif d'une province ou d'un territoire, il faut qu'elle corresponde aux priorités que se donne le gouvernement de l'heure. Or, la santé, l'éducation et l'économie sont, bien souvent, les principales priorités, quel que soit le gouvernement élu, alors que l'administration de la justice, particulièrement la justice civile, est plus rarement perçue comme prioritaire.

Les groupes d'intérêts doivent par ailleurs être consultés. Or, la CHLC intègre le plus souvent ces groupes en amont de son processus afin d'éviter qu'une loi adoptée par la CHLC inscrite au calendrier législatif d'une juridiction donnée soit, par la suite, contestée par des groupes d'intérêts ou que des modifications substantielles y soient apportées. Ainsi, l'ABC est ordinairement consultée.

La CHLC peut elle-même faire office de groupe d'intérêt faisant pression sur les différents gouvernements. Il en est de même des différents délégués qui y participent, mais il peut être plus délicat pour un représentant d'un gouvernement à la CHLC de faire pression sur ce même gouvernement pour qu'il inscrive à son calendrier législatif une loi proposée par la CHLC. Lorsque plusieurs provinces ou territoires adoptent une loi de la CHLC,

cela crée bien sûr une pression sur les autres à joindre leurs rangs.

Il est important par ailleurs que le représentant d'un gouvernement à la CHLC ait un niveau hiérarchique élevé au sein de son organisation. Il est certain que si ce représentant est un juriste sans être un cadre, il devra d'abord convaincre ses supérieurs immédiats qu'un projet est intéressant pour son gouvernement, ce qui ajoute une étape de plus à un parcours déjà parsemé d'embûches.

Le projet de loi modèle est en principe un produit adapté, moderne et uniformisé. L'uniformisation dans ce contexte apparaît surtout comme un effet du processus plutôt que comme un objectif. Il ne fait pas de doute que les provinces de common law ont tout à gagner et pratiquement rien à perdre de leur participation à la Conférence. Mais qu'en est-il pour le Québec?

2 – Pour le Québec

Au Québec, plusieurs normes d'application générale se retrouvent au Code civil. Comme le prévoit sa disposition préliminaire, le Code est complété par les lois particulières. Par conséquent, quand une loi est rédigée, toutes les normes d'application générale prévues au Code n'ont pas à être reprises et la loi doit normalement s'intégrer harmonieusement dans cet ensemble de façon cohérente²⁰.

Par contre, l'absence d'organisme de réforme²¹ fait reposer sur les juristes à l'emploi du gouvernement, parmi leurs nombreuses autres fonctions, la tâche d'identifier les lacunes du droit actuel, de définir les orientations de modifications législatives à la lumière des développements législatifs ailleurs dans le monde

20. Pierre CHARBONNEAU, « Le Code civil et ses incidences sur la conception et la rédaction des actes normatifs », dans Richard TREMBLAY, (dir.), *Éléments de légistique, Comment rédiger les lois et les règlements*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 2010, p. 5.

21. Voir préc., note 9.

et notamment au Canada, et de rédiger des textes législatifs et réglementaires.

Le Québec peut donc trouver son compte dans sa participation à la CHLC alors que l'on pourrait penser que les différences entre le droit des provinces et des territoires canadiens de common law, d'une part, et celui du Québec, d'autre part, sont irréconciliables. Il n'en est rien le plus souvent. En effet, il faut rappeler que la procédure civile²² et le droit administratif sont au Québec principalement d'inspiration de common law²³. Un projet sur les commissions d'enquête ou sur le recours collectif (actions collectives)²⁴, par exemple, a toutes les chances de pouvoir être rédigé de façon semblable partout au Canada.

Le droit commercial québécois est également fortement inspiré par la common law, bien que ses principales dispositions

-
22. Voir entre autres : *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51, par. 33 : « les procès civils au Québec se déroulent dans un cadre marqué par l'influence des tribunaux de common law. Des traits tels le caractère contradictoire de la procédure, le rôle imparti respectivement aux avocats et aux juges, l'interrogatoire direct des témoins devant le tribunal et, aujourd'hui, l'utilisation des procédures d'examen préalable, soulignent l'importance de cet apport dans la procédure civile du Québec ». *L'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, déposé à l'Assemblée nationale le 29 septembre 2011, propose des modifications au Code actuel dont la CHLC est la source : voir les articles 498 et 499 sur les citations à comparaître interprovinciales.
23. Discutant de la dualité des sources juridiques propres au droit québécois, Louis-Philippe Pigeon (par la suite juge à la Cour suprême du Canada) souligne qu'« [o]n est porté à ne pas prêter suffisamment attention au fait que la province de Québec n'est pas une province de droit civil purement et simplement; elle est un pays de droit civil en droit privé mais pas en droit public » (*Rédaction et interprétation des lois* (1965), p. 40), cité dans *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9.
24. La procédure n'est jamais bien loin du droit substantif, c'est pourquoi un projet sur les mesures d'exécution des jugements a causé des difficultés parce que la loi uniforme de la CHLC a retenu une fiction d'hypothèque sur le patrimoine, alors que l'article 2644 du Code civil prévoit simplement, pour atteindre le même résultat, que le patrimoine d'un débiteur constitue le gage commun de ses créanciers.

se retrouvent dans le Code civil²⁵. Ainsi, les sûretés mobilières sont régies par des règles relativement similaires à celles des autres provinces et territoires au Canada, et le Québec utilise le concept juridique de la fiducie qui, comme chacun sait, emprunte au trust de common law.

De plus, les problèmes de l'heure sont communs à tous les gouvernements. C'est le cas, par exemple, de l'adaptation du droit aux nouvelles technologies de l'information, des problématiques en droit criminel causées par le SIDA, de la limitation de responsabilité de certains professionnels et de celle des policiers, des profits réalisés par les criminels par la vente du récit de leurs crimes, qui sont des sujets qui peuvent intéresser l'ensemble des gouvernements. Le Québec, étant la seule province de droit civil au Canada, bénéficie au sein de la CHLC de l'expertise d'un bassin de juristes beaucoup plus grand. Enfin, les mêmes groupes d'intérêts peuvent faire pression sur les gouvernements partout au Canada.

Sur le plan de la rédaction législative, il est certain que le Québec a développé des techniques qui lui sont propres et qui rendent difficile la transposition sans modification des produits de la CHLC. Un seul exemple : les définitions. Celles-ci se retrouvent en common law invariablement au début des lois, alors qu'au Québec leur insertion dans le corps de la loi au fur et à mesure des besoins est privilégiée²⁶. Le plus souvent, les lois de la CHLC doivent, avant d'être adoptées au Québec, être réécrites. Ce n'est cependant pas toujours le cas. Par exemple, les lois de mise en œuvre des conventions internationales peuvent être reprises sans modification ou presque.

25. En France, le droit commercial n'est pas couvert par le Code civil; voir à ce sujet : Louise LANGEVIN et Denise PRATTE, « Du Code civil du Bas-Canada au nouveau Code civil du Québec : l'influence de la codification française », dans H. Patrick GLENN, (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, préc., note 15, aux pages 78-79.

26. Jacques LAGACÉ, « Les éléments introductifs de la loi et les définitions », dans Richard TREMBLAY, (dir.), préc., note 20, à la page 599.

De plus, puisqu'au Québec, les mémoires au conseil des ministres qui accompagnent les projets de lois comportent une rubrique consacrée au droit comparé, cette rubrique sera rapidement complétée, car les travaux auront permis d'en apprendre un peu plus là-dessus. Il en est de même des avantages et inconvénients respectifs des différentes solutions possibles à une même problématique.

Les clés du succès pour le Québec d'une participation à la CHLC passent à notre avis par une grande implication. Tout d'abord, une implication dans le choix des sujets et donc dans l'exécutif de la Conférence. Elles résident également dans une contribution active aux différents groupes de travail. Enfin, la délégation idéale serait composée du responsable des projets législatifs, de juristes-conseils et de légistes qui auront éventuellement à intégrer en droit québécois la loi adoptée par la Conférence. De plus, puisque les matières abordées par la CHLC relèvent parfois de la responsabilité d'autres ministères ou organismes que celle du ministère de la Justice – il peut s'agir de l'Office de la protection du consommateur ou du Curateur public, par exemple, ou encore du ministère des Finances et de l'Économie – la délégation québécoise à la Conférence devrait être composée de juristes oeuvrant dans ces différents ministères ou organismes. Enfin, pour que les lois de la CHLC soient plus utiles au Québec, il faudrait qu'elles soient rédigées sous la forme de dispositions modificatrices aux lois existantes au besoin. En fait, cela serait utile dans toutes les provinces, mais évidemment cela demande beaucoup plus de travail. Un fait demeure, en l'état actuel des choses : les produits de la CHLC sont beaucoup plus facilement transposables dans les provinces de common law qu'au Québec.

3 – Pour les uns et les autres, la participation de l'autre

Les provinces et les territoires canadiens de common law gagnent à voir le Québec participer à la Conférence en ce qu'ils obtiennent ainsi l'assurance d'avoir une législation uniforme en français et en anglais, alors que sans le Québec, on pourrait

craindre que les lois ne soient écrites qu'en anglais malgré les besoins en ce domaine du Nouveau-Brunswick et du Manitoba notamment, mais également du fédéral et des territoires ainsi que de la Saskatchewan et de l'Ontario²⁷.

Le droit québécois est par ailleurs souvent avant-gardiste et le Québec a initié à plusieurs reprises des projets : recours collectifs, régimes de protection des majeurs, prévention des abus de procédures.

Lorsque les lois de la CHLC doivent être réécrites, avant d'être adoptées au Québec, ce n'est évidemment pas l'idéal, mais tout n'est pas perdu puisque l'apport le plus positif, de notre point de vue, du travail de la conférence réside dans les groupes de travail. C'est vraiment au sein de ces groupes qu'il est possible, bien plus que durant les séances annuelles plénières, de discuter en profondeur d'un sujet. C'est aussi dans les groupes de travail que se tisse un réseau de relations fort utiles lorsqu'on a besoin d'une information rapidement sur un point de droit précis. La participation au travail de ces groupes offre aussi la possibilité d'apprendre la teneur des règles des autres provinces, qu'elles soient issues de la jurisprudence ou de la législation. Une telle participation est également l'occasion de faire connaître les règles du Québec aux autres participants. Parfois, la perspective est élargie aux droits d'autres pays encore (Royaume-Uni, Australie, États-Unis) ou au droit international.

La CHLC accueille d'ailleurs chaque année, lors de ses réunions annuelles, des représentants de la UCL américaine. Inversement, des représentants différents de la CHLC assistent chaque année aux réunions annuelles de la UCL. Depuis 2004, la CHLC accueille également lors de ses réunions annuelles un représentant du Centre mexicain de droit uniforme (CMDU)²⁸

27. Michel BASTARACHE, *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004.

28. Le Mexique est composé de 31 États et d'un district fédéral. Les États ont la compétence constitutionnelle de légiférer en matière pénale et civile :

tandis que des représentants du Comité permanent de procureurs généraux (Standing Committee of Attorneys General) de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande s'y sont joints à l'occasion depuis 2007. Certains projets sont entrepris conjointement.

D'un élargissement des perspectives à une meilleure compréhension mutuelle, le travail de la Conférence permet également de proposer au reste du monde des modèles à l'image du droit canadien.

B – En guise d'illustration, quatre projets particuliers

Quatre projets de la Conférence, parmi bien d'autres qui auraient pu être retenus, feront ici l'objet d'une description plus particulière afin d'illustrer le propos tenu jusqu'ici. Il s'agit du transfert des valeurs mobilières, de la nullité des contrats, des associations sans but lucratif et sans personnalité juridique, et des appels informels aux dons du public.

1 – Le transfert des valeurs mobilières (LUTVM)

Au milieu des années quatre-vingt-dix, un constat s'impose en matière de droit des valeurs mobilières, étant donné notamment l'accélération et la multiplication des transactions : ce droit a un urgent besoin d'être modernisé. Les valeurs mobilières se transigent via des intermédiaires de plus en plus nombreux (courtiers, institutions bancaires, administrateurs de fonds, chambres de compensation, etc.), alors que le droit continuait de prévoir le transfert de valeurs directement de l'émetteur à l'investisseur par un titre écrit : un certificat négociable. Or, les transactions se font actuellement virtuellement et les titres vendus et achetés se soldent à la fin d'une période donnée par un gain ou une perte. Il fallait donner une assise juridique à cette réalité pratique pour assurer la sécurité juridique.

« Mexique : Le pouvoir », en ligne : <http://fr.wikipedia.org/wiki/Mexique#Le_pouvoir_1.C3.A9gislatif> (consulté le 23 avril 2012).

La CHLC a entrepris ce projet qui s'est avéré particulièrement difficile, en 1993, sur la base des travaux du Law Reform Institute de l'Alberta. À la fin de 1994, un groupe de travail a été constitué qui produisit son rapport en 1997. En 1998, la CHLC a adopté une résolution demandant à ce que les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (ACVM) préparent conjointement avec le groupe de travail un avant-projet de loi accompagné de commentaires en vue d'une large diffusion pour consultation auprès des groupes de personnes intéressées. Le processus de rédaction s'avéra plus difficile que prévu. Un premier avant-projet préliminaire de LUTVM fut déposé en 1999 mais aucun commentaire ne fut reçu à la suite des consultations qui ont été menées. Reconnaissant que très peu d'intéressés étaient capables de commenter une telle législation complexe et spécialisée et que peu de personnes étaient disposées à le faire, le groupe de travail consulta plus activement les intervenants dans le milieu en distribuant en 2002 un avant-projet avancé de la LUTVM à plus de 100 personnes et organismes et, sur la base de ces consultations, en publia les éléments-clés pour commentaires en août 2003. Avec chaque nouvel avant-projet, le niveau de consultation avec les intervenants augmentait au point où il sembla que ces intervenants étaient alors devenus en mesure de faire des suggestions sur la LUTVM et étaient intéressés à le faire.

Dès sa réunion annuelle de 2003, la CHLC demanda à ce qu'une loi uniforme de mise en œuvre de la *Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire* de la Conférence de La Haye sur le droit international privé soit en outre préparée²⁹. Le rapport explicatif pour la Convention de La Haye n'était pas alors encore complété, ce qui limita ce qui pouvait être fait à ce moment, mais le délai supplémentaire pour l'obtenir n'était pas problématique, car il était clair que la LUTVM devait être en place avant que ne prenne effet la Convention de La Haye.

29. Cette convention allait finalement être datée du 5 juillet 2006. Voir le rapport de 2013 à la section civile.

Enfin, les travaux de la CHLC allèrent jusqu'à intégrer des propositions de modifications corrélatives aux lois sur les sûretés mobilières et sur les sociétés par actions de l'Alberta et de l'Ontario. À l'exception de ces propositions de modifications corrélatives, tous les documents furent rendus disponibles en anglais et en français. Les éléments bilingues de la LUTVM totalisèrent environ 900 pages. Pour la CHLC, les objectifs spécifiques de ce projet étaient les suivants :

- Développer une LUTVM provinciale comprenant les modifications corrélatives à la réglementation sur le prêt garanti des valeurs qui soit uniforme et le plus en harmonie possible avec l'article 8 révisé du U.C.C.;
- Veiller à ce que le produit final puisse être implanté dans chaque province et territoire sans amendement. Cela supposait l'uniformité dans les systèmes de common law et aussi près que possible de l'uniformité au Québec, compte tenu des exigences du Code civil du Québec.

Or, ce dernier objectif s'est avéré irréaliste. Quatre autres années auront en fait été nécessaires pour faire adopter le Projet de loi no 47 (L.Q. 2008, chapitre 20), *Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, qui, finalement, ne ressemble en rien, du point de vue de la forme, à ce qui existe dans les autres provinces. Cette loi de cent soixante-seize (176) articles apporte des modifications à neuf (9) lois³⁰ dans quarante-six (46) de ses dispositions.

Albert S. Abel, professeur à l'Université de Toronto, commentant la réforme ontarienne sur le droit des sûretés mobilières inspirée de l'article 9 de l'U.C.C., soulignait

30. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64; *Charte de la Ville de Montréal*, L.R.Q., c. C-11.4; *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., c. C-19; *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25; *Code municipal du Québec*, L.R.Q., c. C-27.1; *Loi sur la Communauté métropolitaine de Montréal*, L.R.Q., c. C-37.01; *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38; *Loi sur les dettes et les emprunts municipaux*, L.R.Q., c. D-7; *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., chapitre V-1.1.

« l'impossibilité de prendre toute faite une loi étrangère » et relatant « les soins minutieux et les efforts que requiert un tel transfert, même dans un contexte social et juridique semblable et même quand, non seulement la ligne fondamentale, mais aussi la structure générale du modèle choisi, est suivie » et concluait : « Nous ne pouvions pas simplement endosser en blanc la loi, telle quelle »³¹. Le propos est facilement transposable ici mais à notre avis, le problème ne réside pas tant dans le fait que la loi soit différente de celle des autres provinces, puisque l'objectif d'harmonisation est néanmoins atteint. Le problème vient de ce que le travail de la CHLC n'a pas pu être mis à profit autant qu'il aurait pu l'être. Pour ce faire, il eut fallu que les légistes qui ont eu ultimement à préparer ce projet aient pu bénéficier dès le début des discussions en participant au groupe de travail.

Sur une note plus positive, trois autres projets méritent particulièrement, de notre point de vue, d'être soulignés, et auxquels la professeure Michelle Cumyn, de l'Université Laval, a participé.

2 – Les règles sur la nullité des contrats

Le premier de ces projets concerne les règles sur la nullité des contrats. La CHLC a d'abord demandé un rapport sur certains aspects légaux des contrats illicites qui fut présenté à la Section civile, à la réunion de la CHLC tenue à Fredericton en août 2003. Par la suite, un projet de loi a été rédigé et présenté à la réunion suivante de la Conférence. Cependant, aucune analyse n'avait encore été faite du droit québécois sur le sujet. La CHLC a donc demandé la préparation d'un document sur le traitement accordé aux contrats illégaux dans le droit civil québécois.

Pour accompagner le projet de loi et les commentaires préparés, un ensemble de commentaires additionnels qui présentent la perspective québécoise ont également été rédigés. Ces commentaires ont été présentés en 2004; intégrés dans le

31. Camille JAUFFRET-SPINOSI, préc., note 13.

texte, ils sont présentés dans une police de caractères différente afin d'être facilement distinguables visuellement.

Il s'agissait là d'une grande première pour la reconnaissance du caractère bi-juridique des travaux de la CHLC.

3 – Les associations à but non lucratif sans personnalité juridique

Un autre projet qui mérite tout particulièrement, de notre point de vue, d'être souligné, concerne les associations à but non lucratif « non incorporées ».

En 2005, la CHLC a entrepris des démarches de coopération plus officielles auprès des organismes d'harmonisation des lois des États-Unis et du Mexique en vue d'élaborer certaines lois uniformes pour l'ensemble du territoire nord-américain. Ces démarches sont principalement axées sur des initiatives concernant l'infrastructure juridique commerciale.

Un groupe de travail conjoint visant à créer un cadre juridique harmonisé pour les associations à but non lucratif non dotées de la personnalité juridique en Amérique du Nord a été constitué de délégués de la CHLC, de la ULC et du CMDU. Les membres du groupe de travail ont travaillé à l'élaboration d'un énoncé de principes adopté en 2007. Cet énoncé a ensuite, en 2008, été transposé dans quatre modèles de lois distinctes, une pour les différents États des États-Unis, une autre pour le Mexique, une autre encore pour les provinces canadiennes de common law et une dernière pour le Québec. Seules les lois destinées à être adoptées au Canada ont été adoptées par la CHLC et se retrouvent sur son site Internet.

Malheureusement, les légistes des ministères qui pourraient être ultimement chargés de rédiger les modifications à apporter aux lois québécoises n'ont pas participé aux travaux. Dans ce contexte, il apparaît que la voie pour mener à l'adoption des modifications proposées sera forcément plus longue.

4 – Les appels informels aux dons du public³²

Une loi uniforme a été adoptée à l'intention des provinces et territoires canadiens de common law à la réunion annuelle tenue à Winnipeg en 2011. Une version à l'intention du Québec a été rédigée pour la réunion suivante d'août 2012. Dans la préparation de cette Loi uniforme, version droit civil, le groupe de travail a bénéficié de la participation de légistes du ministère de la Justice du Québec.

La loi vise les appels au public spontanés lancés pour venir en aide à une ou plusieurs personnes, par exemple à la suite de la maladie d'un enfant ayant besoin de traitements médicaux spécialisés, d'une catastrophe comme un incendie ou une inondation ou au soutien de l'introduction d'un recours devant les tribunaux pour contester la validité d'une décision gouvernementale. Il est rare qu'une organisation à but non lucratif, une association contractuelle ou une fondation soit créée au départ pour administrer les dons recueillis. Les instigateurs de l'appel s'adressent le plus souvent à la population par le biais des médias et ouvrent un compte auprès d'une institution financière pour y verser les montants d'argent recueillis.

Les dons peuvent parfois dépasser ce qui est requis pour répondre aux besoins des victimes. Il arrive également que l'appel aux dons du public se révèle inutile parce que ces besoins ont été comblés par d'autres sources. Parfois, les biens recueillis sont nettement insuffisants pour être d'une quelconque utilité. Dans tous ces cas, les instigateurs de l'appel se retrouvent avec un reliquat. Différentes solutions sont alors possibles mais dans l'état actuel du droit, le résultat demeure incertain : retourner aux

32. Voir : « Loi uniforme sur les appels informels aux dons du public - Deuxième rapport du groupe de travail », en ligne : <<http://www.ulcc.ca/fr/2012-whitehorse-yk-fr-fr-1/605-documents-de-la-section-civile-2012/1268-loi-uniforme-sur-les-appels-informels-aux-dons-du-public-deuxieme-rapport-du-groupe-de-travail>. > (consulté le 19 février 2013).

donateurs les biens inutilisés, les offrir à un organisme dont les objets sont semblables à celui de l'appel informel ou les remettre au bénéficiaire de l'appel.

La Loi uniforme contient des règles précises concernant la disposition d'un éventuel reliquat. Elle prévoit la création d'une fiducie légale et modifie ou précise le régime juridique existant de la fiducie et de l'administration du bien d'autrui. Le droit des fiducies étant différent au Québec de celui qui existe dans les autres provinces, plusieurs dispositions de la loi uniforme de common law n'ont pas été reprises dans la version civiliste de la loi. Il en est ainsi des dispositions sur les dévolutions perpétuelles, les conditions de détermination des bénéficiaires de la fiducie et sur la doctrine de cy-près. De même, les dispositions qui se trouvent déjà au Code civil n'ont pas été reprises.

Enfin, le style de rédaction législative et la structure de la loi diffèrent considérablement, mais les mêmes solutions s'y retrouvent, à de rares exceptions près. Ne reste plus qu'à amener le projet à l'Assemblée nationale...

Conclusion

Le Québec se doit de préserver la richesse de son droit civil, mais cela ne veut pas dire qu'il doive rester imperméable à toutes les influences externes.

Les conventions internationales sont également remplies de références à des concepts juridiquement étrangers au droit civil et pourtant, malgré le discours que l'on entend parfois suivant lequel les États abandonnent peu à peu leur souveraineté, ceux-ci acceptent dans bien des cas de mettre en œuvre ces normes sur leur territoire. Ce processus tire sa légitimité du fait que les États agissent ainsi de leur propre gré et qu'ils ont participé au processus de négociation de ces conventions.

À notre avis, la CHLC présente bien des similitudes avec ce processus. Les modèles qu'elle présente ne sont jamais imposés

aux gouvernements, qui demeurent toujours libres de les reprendre à leur compte ou non, totalement ou partiellement, ou de s'en éloigner tant dans leur substance que dans leur forme. Ce dont il convient de s'assurer et qui est l'essentiel, est de participer activement à l'effort entrepris par la CHLC d'harmoniser le droit au Canada. Plus grande sera la participation de juristes québécois, meilleures seront les chances que le modèle de la CHLC tienne compte des spécificités du droit québécois et qu'il puisse convenir et être repris à profit dans la législation québécoise. Cela permet d'apaiser grandement les tensions que suscite toujours toute tentative d'établir un droit qui soit uniforme, particulièrement dans un contexte où un système juridique donné est perçu comme le dernier bastion d'une identité nationale menacée, comme l'est le droit civil québécois en Amérique du Nord. De plus, étant donné la nature consensuelle du processus d'adoption des lois uniformes, ces craintes paraissent injustifiées.

À cet égard nous ne croyons pas que l'on puisse mesurer le succès de la Conférence qu'au nombre de lois uniformes adoptées dans toutes les provinces et les territoires canadiens³³. Il y a là

33. La *Loi sur l'exécution réciproque des ordonnances alimentaires* en est un exemple. Voir : « Tableau de lois uniformes adoptées par les membres », selon la loi, en ligne : <<http://66.51.165.111/fr/us/index.cfm?sec>> (consulté le 19 février 2013); « Tableau de lois uniformes adoptées par les membres », selon le gouvernement, en ligne : <<http://66.51.165.111/fr/us/index.cfm?sec=3>> (consulté le 19 février 2013); et « Lois uniformes élaborées depuis 2000 et leur mis en application selon l'autorité gouvernementale sur le site Internet de la CHLC », en ligne : <<http://66.51.165.111/fr/us/index.cfm?sec=4>> (consulté le 19 février 2013). Il y a quelques années, la soussignée a comparé les différentes lois proposées par la CHLC avec le droit québécois et identifié la plupart du temps des dispositions qui s'y apparentent, que ce soit dans le Code civil ou dans des lois particulières : voir Frédérique SABOURIN, « Les lois de la CHLC et le Code civil du Québec », Rapport présenté à la réunion annuelle de la Conférence, à St. John's, Terre-Neuve et Labrador, 21-25 août 2005, en ligne : <<http://www.chlc.ca/fr/2005-saint-jean-nf-fr-fr-1/255-documents-de-la-section-civile-2005/929-les-lois-uniformes-et-le-code-civil-du-quebec>> (consulté le 19 février 2013); traduction en anglais, en ligne : <<http://www.chlc.ca/en/2005-st-johns-nf/254-civil-section->

pour nous méprise sur la mission ou les mandats de la CHLC. Nous croyons que l'œuvre uniformisatrice de la Conférence est davantage un effet naturel de ses travaux, qu'un objectif de ceux-ci. En tant qu'organisme de modernisation et de réforme du droit, et il n'y en a pas beaucoup au Canada, elle réalise une synthèse des initiatives provinciales et territoriales.

Notre expérience personnelle à la Conférence nous a permis d'identifier plusieurs aspects positifs de ce modèle nord-américain d'harmonisation du droit que représente la Conférence, ainsi que ceux qui pourraient être améliorés afin de rendre son œuvre plus utile. Dans une perspective purement québécoise, il nous semble qu'il importe de relativiser l'importance du produit fini mais qu'il faille plutôt valoriser énormément le processus par lequel la CHLC parvient à élaborer ses projets. Le plus souvent, des résultats semblables peuvent être atteints par des voies différentes. Puisque plus personne ne peut se permettre de vivre en vase clos chacun de son côté, chacun y gagne à parler avec les autres, à échanger sur ses différences respectives qui finalement ne sont pas si grandes. Chemin faisant, tout un réseau de collègues dévoués, professionnels et disponibles est constitué. À n'importe quel moment, si la question se pose de savoir quelle solution a été développée à une problématique à Terre-Neuve, en Ontario, en Colombie-Britannique, par exemple, un collègue sur le nom duquel on peut mettre un visage peut être contacté. Cette possibilité de se constituer un réseau de juristes *a mari usque ad mare* est, de notre point de vue, tout à fait inestimable.

Annexe

La CHLC publie sur son site une bibliographie en ce qui la concerne par ordre chronologique : <http://www.chlc.ca/fr/about/biblio.pdf>

Sur les 76 articles, ouvrages ou rapports mentionnés, un seul est en français, deux sont en anglais avec une traduction en français et trois auteurs sont québécois :

- Jeffrey TALPIS, « Matrimonial Regimes in Quebec Private International Law: Where Are We Now? », 63 *R. du B.*, 181-230 (2003);
- Louise LUSSIER, « Symposium Article: A Canadian Perspective » [Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act], (1998) 24 *Brooklyn J. Int'l L.* 31.
- W.H. HURLBURT, « The Origins and Nature of Law Reform Commissions in the Canadian Provinces: a Reply to "Recommissioning Law Reform" by Professor R.A. MacDonald », (1997) 35 *Alberta L. Rev.* 880.

Une consultation du Centre d'accès à l'information juridique (CAIJ) et de la Référence des Éditions Yvon Blais permet d'ajouter quelques titres :

Monographies

Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 4^e édition préparée par Dominique Goubau, 2008, Cowansville, éd. Yvon Blais, EYB2008DPP11.

Claude EMANUELLI, *Droit international privé québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, coll. Bleue, 2011.

Julie MCCANN, *Prescriptions extinctives et fins de non-recevoir*, Montréal, Wilson & Lafleur, coll. Bleue, 2011.

Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4^e édition, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2010, EYB2010SUR16-17.

Périodiques

Nabil N. ANTAKI, Dominique F. BOURCHEIX, Lucie MARIER et Michelle THÉRIAULT, « Les lois sur la présentation d'excuses : aspects légaux, historiques et sociologiques » dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (2011) : un réseau d'avenir / Service de la formation continue*. Barreau du Québec [ressource électronique].

Daniel BELLEAU, Maxime NASR et Alexandra SCOTT, « Les recours collectifs nationaux au Québec – Mais de quelle nation s'agit-il? » dans *Développements récents en recours collectifs (2009)*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2009, EYB2009DEV1608.

Daniel BELLEAU et Maxime NASR, « Les recours collectifs concurrents en droit interne - Mais qui donc se souciera des membres? » dans *Développements récents sur les recours collectifs (2007)*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2007, EYB2007DEV1379.

Daniel BELLEAU et Maxime NASR, « Des écueils au paradis – Les recours collectifs concurrents et l'accessibilité aux personnes morales » dans *Développements récents sur les recours collectifs (2006)*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2006, EYB2006DEV1232.

Charlaine BOUCHARD, « Les sociétés de personnes « nouvelle génération » : l'abécédaire de leur fonctionnement », *Cours de perfectionnement du Notariat*, Chambre des notaires du Québec, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2009, EYB2009CPN56.

Maxime CHEVALIER et Jacques BLAIS, « Les développements législatifs récents en matière d'infractions relatives à la capacité de conduite affaiblie par l'alcool ou une drogue : la Loi sur la lutte contre les crimes violents et la Loi modifiant le Code criminel (procédure pénale, langue de l'accusé, détermination de la peine et autres modifications) » dans *Développements récents en droit criminel (2008)*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2008, EYB2008DEV1516.

Kathleen DELANEY-BEAUSOLEIL, « Livre IX : Le recours collectif » dans *Précis de procédure civile du Québec, Volume 2 (Art. 482-1051 C.p.c.)*, 4^e édition, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2003, EYB2003PPC87.

Michel DESCHAMPS, « Sûretés et ventes portant sur des valeurs mobilières », *Cours de perfectionnement du Notariat*, Chambre des notaires du Québec, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2010.

Michel DESCHAMPS, « Le nouveau régime québécois des sûretés sur les valeurs mobilières », (2009) 68 *R. du B.* 541, EYB2009RDB98.

Michel GAGNÉ, « La preuve dans un contexte électronique » dans *Développements récents en droit de l'Internet (2001)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, éd. Yvon Blais, EYB2001DEV278.

Jean H. GAGNON, « Le système judiciaire offre-t-il une réponse satisfaisante aux litiges franchiseurs-franchisés? Y a-t-il une meilleure avenue pour solutionner ces différends? » dans *Développements récents en droit de la franchise et des groupements (2008)*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, Cowansville, éd. Yvon Blais, EYB2008DEV1429.

Gérald GOLDSTEIN, « Commentaire sur les articles 3108.1 à 3108.8 C.c.Q. » dans *Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ)*, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2011, EYB2011DCQ1196-1203.

Nicholas J. KRNJEVIC, « Commentaire sur la décision Hocking c. Haziza – Dans quelle mesure faut-il reconnaître et rendre exécutoire au Québec le règlement d'un recours collectif national n'ayant pas été entrepris au Québec? » dans *Repères*, Juillet 2008, EYB2008REP726.

Marc LACOURSIÈRE, « Les défis du législateur face au cyberspace », *Cours de perfectionnement du Notariat*, Chambre des notaires du Québec, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2011, EYB2011CPN86.

Édith LAMBERT, « Commentaire sur l'article 2714.1 C.c.Q. » dans *Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ)*, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2009, EYB2009DCQ1033.

Judith ROBINSON et Sébastien JETTÉ, « La protection des secrets commerciaux en dehors de la relation employeur-employé », *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2003)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2003, EYB2003DEV357.

Christopher RICHTER et M. Pierre-Alexandre VIAU, « Les règles de preuve s'appliquant à la documentation électronique et aux technologies de l'information » dans *Congrès annuel du Barreau du*

Québec (2007) : tous ensemble... / Service de la formation continue. Barreau du Québec [ressource électronique].

Frédérique SABOURIN, « Addendum – procédure civile internationale » dans *Précis de procédure civile du Québec, Volume 2 (Art. 482-1051 C.p.c.)*, 4^e édition, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2003, EYB2003PPC92.

Jurisprudence

Du côté de la jurisprudence, on peut noter dix jugements de la Cour suprême :

- *Breeden v. Black*, 2012 CSC 19, 18 avril 2012, par. 23 : *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances*;
- *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 CSC 17, 18 avril, 2012 par. 40 et s. : *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances*;
- *Bank of Montreal v. Innovation Credit Union*, 2010 CSC 47, [2010] 3 R.C.S. 3, 5 novembre 2010, par. 25 : *Loi sur les banques*;
- *Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd's Underwriters*, 2009 CSC 11, [2009] 1 R.C.S. 321, 20 février 2009, par. 22 : *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances*;
- *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, 2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612, 17 novembre, 2006, par. 81 : *exécution uniforme des jugements et des décisions canadiennes*;
- *Canada 3000 Inc., Re; Inter-Canadian (1991) Inc. (Trustee of)*, 2006 CSC 24, [2006] 1 R.C.S. 865, 9 juin 2006, par. 49 : *Conventions de la rédaction*;
- *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, 13 juillet, 2001, par. 30 : *recours collectifs*;
- *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, 20 octobre 1994 : *enlèvement international d'enfants*;
- *R. v. Clunas*, [1992] 1 R.C.S. 595, 27 février 1992 : *Code criminel*;
- *R. v. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, 24 octobre 1991 : *preuve*.

Jurisprudence au Québec

- *R. c. Blais*, 2013 QCCS 25, par. 69 – rapport de J.H. Hilton et Philip C. Stenning, *Extra Jurisdictional Authority of Provincially appointed Police Officers in Canada*, juin 2001;
- *Brito c. Pfizer Canada inc.*, 2008 QCCS 2231, par. 128 et 146 : recours collectifs;
- *Hocking c. Haziza*, 2008 QCCA 800 (CanLII), par. 63 : recours collectifs;
- *Naimer c. Rosenbloom*, 2005 CanLII 50021 (QC CQ) – Doctrine citée : Mary Anne Waldron, *Uniform Law Conference of Canada, Remedies in case of illegality: twenty years and where are we?* 10 août 2003.

Juris prudence ailleurs au Canada

La liste qui suit indique ce qu'il en est dans les provinces de common law. L'auteure remercie mesdames Josée Chabot, technicienne en droit, Samia Benmou, étudiante en droit, Sylvie Bouchard, Suzie Duguay, Jessica Thivierge et Michèle Morin, secrétaires.

Loi sur les recours collectifs (Class Proceedings Act)

Alberta

Lloyd v. Imperial Oil Ltd., 2003 ABQB 433, par. 34

Pauli v. Ace Ina Insurance, 2002 ABQB 690, par.3

Colombie-Britannique

Harrington v. Dow Corning Corp., 2000 BCCA 605, par. 74

MacKinnon v. National Money Mart Company et al., 2006 BCCA 148, par. 24

Ontario

McSherry v. Zimmer GMBH, 2012 CanLII 39616 (ON SC), par. 27 et 97

Mignacca v. Merck Frsst Canada Ltd., 2009 CanLII 10059 (ON SC), p. 51

Tiboni v. Merck Frost Canada Ltd., 2008 CanLII 37911 (ON SC),
par. 41

Mignacca v. Merck Frost Canada Ltd., 2008 CanLII 61238 (ON SC),
par. 21

Saskatchewan

Thorpe v. Honda Canada, Inc., 2011 SKQB 72, par. 125

R. v. Brooks, 2009 SKQB 54, par. 27, 31

Boehringer Ingelheim (Canada) Ltd. v. Englund, 2007 SKCA 62,
par.31

Loi sur la faute contributive (Contributory Fault Act)

Alberta

Wickberg v. Patterson, 1997 ABCA 95, par. 20

Colombie-Britannique

WCAT-2011-00401 (Re), 2011 CanLII 14065 (BC WCAT), par. 64

Nouvelle-Écosse

Teed v. Amero, 2001 NSSC 97, par. 64

Conventions de la rédaction (Drafting Conventions)

Alberta

Order F2008-027, 2009 CanLII 90943, par.63

Colombie-Britannique

*Aquasource Ltd. v. British Columbia (Freedom of Information and
Protection of Privacy Commissioner)*, 1998 CanLII 6444 (BC CA),
par. 47

R. v. Capozzi Enterprises Ltd., 1981 CanLII 347 (BC CA), par. 33

Fédéral

Hrushka c. Canada (Affaires étrangères), 2009 CF 69, par. 17

Nouvelle-Écosse

Eco Awareness Society (Re), 2010 NSUARB 102, par. 47

Lunenburg Heritage Society (Re), 2010 NSUARB 224, par. 159
Fox (Re), 2007 NSUARB 12, par. 24, 26
Whitcombe, Re, 2005 NSUARB 63, par. 31
D & M Lightfoot Farms Ltd., Re, 2005 NSUARB 117, par. 17
Peninsula South Community Association v. Chebucto Community Council (Halifax Regional Municipality), 2002 NSUARB 7, par. 63
Nova Scotia (Director of assessment) v. Ocean Produce International Ltd., 2002 NSUARB 10, par. 29
Maxwell v. Kentville (Town of), 2002 NSUARB 63, par. 24
Dolliver v. Shelburne (Town Council of), 2001 NSUARB 6, par. 58
Richardson v. Wolfville, (Town of), 2000 NSUARB 76, par. 26

Ontario

Stickel v. Lezzaik, 2008 CanLII 10057 (ON SC), par. 14, 81
Macartney v. Warner, 2000 CanLII 5629 (ON CA)

Regulation Act (en anglais seulement)

Colombie-Britannique

British Columbia Chicken Marketing Board v. Reid, 2002 BCSC 1451

Loi sur la vente internationale de marchandises (Sale of Goods Act)

Colombie-Britannique

Schoenbach v. Truong, 1996 CanLII 2237 (BC CA), par. 25, 30
Yeung (Guardian ad litem of) v. Au, 2006 BCCA 217, par. 23

Fédéral

Cherry Stix Ltd. c. Canada (Services frontaliers), 2005 CanLII 57517 (TCCE), par. 30
William Neilson Ltd v. Canada (National Revenue), 1990 CanLII 3922 (CITT)

Loi sur l'arbitrage (Arbitration Act)

Manitoba

2129752 Manitoba Ltd. v. Domo Gasoline Corporation Ltd., 2011 MBQB 204

Rivergate Properties Inc. v. West St. Paul (Rural Municipality), 2006 MBCA 76, par. 31

Nouveau-Brunswick

SNC-SNAM, SENC, société en nom collectif ayant comme associés SNC-Lavalin Inc. et Snamprogetti Canada Inc. and Snamprogetti Canada Inc. c. Opron Maritimes Construction Ltd et autre, 2011 NBCA 60

Loi sur la compétence des tribunaux et transfert des causes (Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act)

Colombie-Britannique

Preymann v. Ayus Technology Corporation, 2012 BCCA 30, par. 22

Dembroski v. Rhainds, 2011 BCCA 185, par. 23

Laxton v. Anstalt, 2011 BCCA 212, par. 38

Sooparayachetty v. Fox, 2010 BCSC 185, par. 34

Josephson v. Balfour Recreation Commission, 2010 BCSC 603, par. 5; 27; 64; 86

Broman v. Machida Mack Shewchuk Meagher LLP, 2010 BCSC 760, par. 12, 13, 17

Olney v. Rainville, 2009 BCCA 380, par. 27

Scott v. Hale, 2009 BCSC 22, par. 9

Stanway v. Wyeth Pharmaceuticals Inc., 2009 BCCA 592, par. 9

Armour v. Fuller, 2009 BCSC 409, par. 55

Litecubes, L.L.C. v. Northern Light Products, Inc., 2009 BCSC 181, par. 58

Lailey v. International Student Volunteers, Inc., 2008 BCSC 1344, par. 31, 37, 47

VMAC Racing Ltd. v. B.R. Motorsports Inc., 2008 BCSC 685, par. 14

Purple Echo Productions, Inc. v. KCTS Television, 2008 BCCA 85, par. 2

Roeder v. Chamberlain, 2008 BCSC 624
Lloyd's Underwriters v. Cominco Ltd., 2007 BCCA 249, par. 3, 34, 54
Pan-Afric Holdings Ltd. v. Ernst & Young LLP, 2007 BCSC 685, par. 20
Coulson Aircrane Ltd. v. Pacific Helicopter Tours Inc. et al., 2006 BCSC 961, par. 50
Lloyd's Underwriters v. Cominco Ltd. et al., 2006 BCSC 1276, par. 95
MTU Maintenance Canada Ltd. v. Kuehne& Nagel International Ltd., 2006 BCSC 1573, par. 13, 17
Courcelles v. Rogers et al, 2006 BCSC 882

Nouveau-Brunswick

Levasseur v. Autorité des Marchés Financiers, 2012 NBQB 409, par. 18

Nouvelle-Écosse

McDermott Gulf Operating Company v. Oceanographia Sociedad Anonima de Capital Variable, 2010 NSSC 118, par. 22
Bartz v. Canadian Baptist Bible College Inc., 2009 NSSC 115, par. 6
Bouch v. Penny, 2009 NSCA 80
CKF Inc v. Huhtamaki Americas Inc., 2009 NSSC 21, par. 51
Penny v. Bouch, 2008 NSSC 378, par. 15

Ontario

Export Packers Company Limited v. SPI international transportation, 2011 ONSC 5907, par. 14
Tucows.Com Co. v. Lojas Renner S.A., 2011 ONCA 548, par. 35
Van Breda v. Village Resorts Limited, 2010 ONCA 84, par. 53
Cardinali v. Strait, 2010 ONSC 2503, par. 18 c)
Sollen v. Pfizer Canada Inc., 2008 CanLII 8618 (ON SC), par. 12
Pro Swing Inc. v. ELTA Golf Inc., 2003
Wildwood Transport Inc. et al. v. Eagle West Cranes Inc. et al., 2011 MBQB 42, par. 12, 72
Kantor v. 101114752 Saskatchewan Ltd, 2012 SKCA 78, par. 30
Microcell Communications Inc v. Frey, 2011 SKCA 136, par. 80

Wall Estate v. Glaxo Smith Kline Inc., 2010 SKQB 351, par. 32; 35
Big Sky Farms Inc. v. Agway Metals Inc., 2008 SKQB 53, par. 7
Ackerman v. Saskatchewan Association of Health Organizations,
2007 SKQB 146, par. 13; 23
*Valeurs Mobilieres DPM Inc. v. American Home Assurance
Company*, 2007 SKQB 326, par. 19
McLean v. Can American Van Lines/Yellow Self Storage, 2007
SKPC 105, par. 13
Walling v. Walling, 2007 SKQB 43, par. 20
Northrock Resources v. Exxonmobil Canada Energy, 2006 SKQB
416, par. 10
Anaka v. Yeo, 2006 SKQB 201, par. 10
Mundt v. Mundt Estate, 2006 SKQB 34, par. 10
Englund v. Pfizer Canada Inc., 2006 SKQB 6, par. 9-12
Hunter v. Hunter, 2005 SKCA 76, par. 12

Terre-Neuve

Fewer v. Ellis, 2011 NLCA 17, par. 49
Fewer v. Ellis, 2010 NLTD 35, par. 50

Loi sur l'Intérêt sur les jugements (Judgment Interest Act)

Alberta

Toronto Dominion Bank v. Switlo, 2004 ABQB 207, par. 2; 16
Alberta (Minister of Infrastructure) v. Nilsson, 2002 ABCA 283, par.
190
Whittle v. Davies, 1987 ABCA 236 (*CanLII*), par. 15

Nouvelle-Écosse

Check Group Canada Inc. v. Icer Canada Corporation, 2010 NSSC
463, par. 47

Saskatchewan

Janke v. Cenalta Oil Well Servicing Ltd, 1997

Loi sur l'exécution des jugements étrangers (Enforcement of Foreign Judgments Act)

Nouveau-Brunswick

844903 Ontario Ltd. v. Pluijm, 1992 CanLII 2644 (NB QB)

Saskatchewan

Cardinal Couriers Ltd. v. Noyes, 1993 CanLII 6740 (SK CA)

Colombie-Britannique

Owen v. Rocketinfo, Inc., 2008 BCCA 502, par. 22

Loi sur l'exécution des jugements canadiens (Enforcement of Canadian Judgments Act)

Colombie-Britannique

Apollo Real Estate Limited v. Streambank Funding Inc., 2012 BCSC 1088, par. 38

Loi sur la preuve (Evidence Act) ou Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence 1982 (The Macaulay Report)

Île-du-Prince-Édouard

Griffin v. City of Summerside et al., 2008 PESCAD 14, par. 23

Manitoba

Alexander v. Halley, 2009 MBQB 228, par. 23

Alexander v. Halley, 2009 MBQB 229, par. 12; 14-17

Alberta

R. v. Brodersen, 2012 ABPC 231, par. 30

R. v. Bull, 2010 ABPC 68, par. 26

R. v. Wanner, 2002 ABQB 978, par.

R. v. Cooper, 2000 ABQB 656, par. 7, 19

R. v. Wood, 1987 ABCA 230, par. 36

Colombie-Britannique

Paul's Restaurant Ltd. v. Dunn, 1996 CanLII 580 (BC SC), par. 10

Wyllie v. Wyllie, 1987 CanLII 2877 (BC SC), par. 7

Wyllie v. Wyllie, 1987 CanLII 2861 (BC SC)

Territoires du Nord-Ouest

R. v. Oquataq, 1985 CanLII 130 (NWT SC)

R. v. Oquataq, 1985 CanLII 171 (NWT SC)

Transactions révisables (Reviewable Transactions Act)

Alberta

1280055 Alberta Ltd. v. Zaghloul, 2012 ABQB 10, par. 55

Colombie-Britannique

Mawdsley v. Meshen, 2012 BCCA 91, par. 76

Abakhan & Associates Inc. v. Braydon Investments Ltd., 2009 BCCA 521, par. 3

Vital Statistics Act (en anglais seulement)

Colombie-Britannique

Trociuk v. British Columbia (Attorney General), 2001 BCCA 368, par. 102, 172

Ontario

R.K. v. M.S., 2002 CanLII 44989 (ON CA)

V. Pelletier, « Poursuites stratégiques contre la mobilisation publique – les poursuites-baïllons (SLAPP) » (Strategic Lawsuits against Public Participation (SLAPPs and Other Law Suits) (2008)

Ontario

Speers Estate v. Reader's Digest Association (Canada) ULC, 2009 CanLII 28404 (ON SC), par. 6

**Transmission des causes d'actions : Survival of Actions Act
(en anglais seulement)**

Île-du-Prince-Édouard

MacKay Estate v. Smith, 2002 PESCTD *Fewer v. Ellis*, 2010 NLTD
35, par. 50 80, par. 17

Nouveau-Brunswick

Estate of Adams et al. v. McKiel and Loyal Taxi, 2012 NBQB 106,
par. 11

Nouvelle-Écosse

MacLean v. MacDonald, 2002 NSCA 30, par. 44

Loi sur les testaments (Wills Act)

Nouvelle-Écosse

Robitaille v. Robitaille Estate, 2011 NSSC 203, par. 14

Intestate Succession Act (en anglais seulement)

Colombie-Britannique

Okanagan Indian Band v. Bonneau, 2003 BCCA 299

Loi sur la diffamation (Defamation Act)

Ontario

Hill v. Church of Scientology of Toronto, 1993 CanLII 1348 (ON CA)

Personal Property Security act (en anglais seulement)

Colombie-Britannique

Accent Leasing v. Parsons & Point, 2004 BCPC 140, par. 22-23

Clauses anti-cession qui affectent les comptes débiteurs et les actes mobiliers (Anti-Assignment Clauses Affecting Receivables and Chattel Paper (2003)).

Ontario

Commercial Factors of Seattle LP v. Canadian Imperial Bank of Commerce, 2010 ONSC 3516, note 7

L'utilisation de la production du dossier du Ministère à des fins accessoires (The Uniform Law Conference of Canada, Joint Civil and Criminal Sections, Report of the Working Group on The Collateral Use of Crown Brief Disclosure (2007))

Ontario

College of Physicians and Surgeons of Ontario v. Peel Regional Police, 2009 CanLII 55315 (ON SCDC), par. 60

Résolutions à l'effet de modifier le Code criminel pour obtenir des liquides et des substances corporels (Seizure of bodily substances pursuant to authorization) (1990 et 1993), « to allow for the joinder of summary conviction and indictable offences, with the indictable procedure to then apply » (en anglais seulement (1988) et « to proclaim in force Part XIV.1 » (1979) (en anglais seulement)

Ontario

R. v. Payne, 2001 CanLII 28422 (ON SC), par. 90

R. v. Hall, 2000 CanLII 16867 (ON CA), par. 12

R. v. S.F., 1997 CanLII 12443 (ON SC)

Saskatchewan

Reference re French Language Rights of Accused in Saskatchewan Criminal Proceedings, 1987 CanLII 204

Réglementation des demandes fondées sur la Charte – Rapport définitif du Groupe de travail (Regulating Charter Applications : Final Report and Recommendations of the Working Group) (2000)

Colombie-Britannique

Wyllie v. Wyllie, 1987 CanLII 2877 (BC SC), par. 7

Loi sur la santé mentale (Mental Health Act)

Ontario

A.M. v. Benes, 1998 CanLII 14770 (ON SC), par. 109

Reciprocal Enforcement of Custody Orders Act 1974 (en anglais seulement)

Colombie-Britannique

Shortridge-Tsuchiya v. Tsuchiya, 2010 BCCA 61, par. 142

Ontario

Haney v. Haney, 1979 CanLII 1600 (ON SC), par. 31

Territoires-du-Nord-Ouest

Kapolak v. Udlaoyak, 2006 NWTSC 52, par. 6

Uniform Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act (1973 and 1979) (en anglais seulement)

Manitoba

Lei v. Kwan, 2010 MBQB 60, par. 32, 40

Loi sur les réclamations en monnaie étrangère (Foreign Money Claims Act)

Manitoba

Brown & Root v. Aerotech Herman Nelson Inc. et al., 2004 MBCA 63, par. 95

Interprovincial Subpoena Act (en anglais seulement)

Nouveau-Brunswick

Fédération des producteurs acéricoles du Québec v. Caisse Populaire Restigouche Ltée, 2013 NBQB 42

Loi sur le changement de nom (Change of Name Act)

Colombie-Britannique

Lazarchuk (Re), 1994 CanLII 1214 (BC SC)

Loi sur les transferts de valeurs mobilières (Securities Transfer Act)

Colombie-Britannique

Re: The Estate of Bessie Bloom, deceased, 2004 BCSC 70, par. 52

Agents in Criminal Courts (en anglais seulement) (1997)

Manitoba

R. c. Tomlison, 2005 CanLII 58765 (MBPC) par. 27

Child Status Act (en anglais seulement)

Alberta

D.W.H. v. D.J.R., 2011 ABQB 119, par. 22

Loi sur le commerce électronique (Electronic Commerce Act)

Nouveau-Brunswick

Druet c. Girouard, 2012 NBCA 40, par. 25

Loi sur limitations d'action (Limitation of Actions Act)

Alberta

Re Dyrland, 2008 ABQB 356, par. 35

Nouvelle-Écosse

Aucoin v. Murray, 2013 NSSC 37, par. 41

Saskatchewan

The Insurance Company of the State of Pennsylvania v. Cameco Corporation, 2008 SKCA 54, par. 77, 81, note 32 et 34

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE RÔLE DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS ET L'UTILISATION DU DROIT
COMPARÉ EN DROIT MARITIME CANADIEN

Auteur(s) : André BRAËN

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 1-2

Pages : **561-584**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10222>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10222>

Page vide laissée intentionnellement.

LE RÔLE DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS ET L'UTILISATION DU DROIT COMPARÉ EN DROIT MARITIME CANADIEN

par André BRAËN*

Compte tenu du caractère international que revêt bien souvent un transport maritime, le droit comparé joue un rôle utile en droit maritime canadien. Par ailleurs, ce dernier exclut l'application par un tribunal, dans un litige où une question maritime est soulevée, de règles de droit provincial. Curieusement et même lorsque ce litige est localisé dans la province de Québec, c'est au moyen d'une approche comparative que le droit civil québécois est appelé à jouer un certain rôle.

Often, maritime shipping is international in character and therefore, comparative law plays a useful role in Canadian maritime law. In a maritime dispute before the courts, Canadian maritime law must be applied which also means the exclusion of any provincial rules for deciding the case. Curiously, it is only by utilizing the comparative method that the civil law is called to play a certain role in admiralty matters even when the case arises in Quebec.

* . Professeur titulaire à l'Université d'Ottawa et avocat.

SOMMAIRE

Remarques préliminaires	563
I- Le droit maritime canadien	567
II- L'application du droit provincial et le recours au droit comparé	572
III- Le rôle du droit civil	580
Conclusion	582

Remarques préliminaires

S'interroger sur l'utilisation du droit comparé en droit maritime canadien et sur le rôle qu'y joue le droit civil québécois appelle quelques remarques préliminaires. D'abord et au plan des définitions, le droit maritime s'entend traditionnellement du droit appliqué par les juridictions spécialisées que sont les tribunaux d'amirauté¹. Aujourd'hui, il s'entend généralement (même si une définition plus englobante peut lui être accolée²) du droit applicable au transport et à la navigation maritimes. Quant à l'expression « droit maritime canadien », elle est d'origine législative³ et elle renvoie à un contenu dont la croissance illimitée semble être la norme. Nous y reviendrons.

Puis, les transports maritimes sont très fréquemment des transports internationaux et les périls de mer, quant à eux, ignorent la géographie politique de sorte que plusieurs lois pourraient prétendre être appliquées à une même expédition, créant en cela une opposition très vive entre le caractère national de la législation maritime adoptée par un État et la réalité du transport maritime. Aussi, il n'est pas surprenant de constater que ce domaine du droit a fait, très tôt, l'objet de plusieurs tentatives d'uniformisation et d'unification, ou en tous les cas, d'harmonisation donnant ainsi

-
1. On parle alors du droit de l'amirauté pour mieux l'opposer au droit maritime. Mais aujourd'hui la distinction n'est plus qu'une question de sémantique.
 2. Ultiment, le droit maritime engloberait les règles juridiques applicables à toutes les activités se déroulant dans un milieu maritime. Voir André BRAËN, *Le droit maritime au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992, pp. 1-4. Voir aussi : Michel MORIN, « Le droit maritime : diversité ou fragmentation », (1997) XV Annuaire de droit maritime et océanique, 281; René RODIÈRE et Emmanuel du PONTAVICE, *Droit maritime*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 1986, p. 1; William TETLEY, *International Maritime and Admiralty Law*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, pp. xiii-xiv; Thomas J. SCHOENBAUM et A.N. YIANNPOULOS, *Admiralty and Maritime Law*, Charlottesville, The Michie Company, 1984, pp. 1-2. Pour une illustration de cette définition englobante, voir : Jean-Pierre BEURIER (dir.), *Droits maritimes*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2008.
 3. *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 2.

suite à une volonté de rechercher une solution commune⁴. Plusieurs organisations internationales, gouvernementales comme la CNUCED⁵ et non gouvernementales comme le CMI⁶, pour ne nommer que celles-là⁷, s'y consacrent.

Si la règle de droit maritime peut donc aussi se développer au plan international, plusieurs écueils freinent toutefois ce mouvement⁸. Ainsi, s'il est vrai que de nombreuses conventions multilatérales existent dans le domaine maritime, quelquefois traitant du même sujet et se dédoublant, certaines ont fait l'objet de ratification de la part d'un nombre limité d'États; d'autres ont subi des modifications importantes, lesquelles n'ont pas toutes été adoptées par les États... de sorte qu'une certaine confusion s'est installée⁹. Par ailleurs, il n'existe pas de mécanisme international d'unification de l'interprétation des textes maritimes. Enfin, il faut mentionner l'inflation dans la production des normes juridiques, surtout dans le domaine de la sécurité maritime, énoncées dans d'innombrables textes que les organisations spécialisées, en parti-

-
4. L'uniformisation du droit maritime au plan international s'entend d'un processus d'harmonisation des règles compte tenu de la diversité des traditions juridiques. C'est le résultat qui compte. Voir Peter GRIGGS, « Uniformity of Maritime Law – an International Perspective », (1993) 73 Tul.L.R. 1551. Voir aussi pour une analyse plus détaillée Nathalie VÉZINA (dir.), *Le droit uniforme : limites et possibilités*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.
 5. Conférence des Nations-Unies sur le commerce et le développement (www.unctad.org).
 6. Comité maritime international (www.comitemaritime.org).
 7. Pour un aperçu de toutes ces organisations, voir Edgar GOLD, Aldo CHIR COP et Hugh KINDRED, *Maritime Law*, Toronto, Irwin Law, 2003, pp. 75-98.
 8. Pierre BONASSIES et Christian SCAPEL, *Droit maritime*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 16. Voir aussi P. GRIGGS, préc., note 4.
 9. L'exemple le plus patent est celui du régime juridique applicable à la responsabilité du transporteur maritime de marchandises. C'est là un domaine où cohabitent les Règles de La Haye, les Règles de La Haye-Visby, la Convention de Hambourg et la toute récente, celle de Rotterdam. Toutes ont la prétention d'unifier les règles dans ce domaine. Voir Marel KATSIVELA, « Overview of Ocean Carrier Liability Exceptions Under the Rotterdam Rules and the Hague-Hague/Visby Rules », (2010) 40 R.G.D.413.

culier l'OMI¹⁰, proposent aux États et laquelle ajoute à cette confusion et constitue de façon paradoxale un frein à l'uniformité¹¹. Une exception notable à cet éparpillement existe et vient de la volonté des acteurs privés de l'industrie maritime d'appliquer systématiquement dans leurs relations contractuelles les Règles d'York et d'Anvers au règlement des avaries communes plutôt que les législations nationales¹².

Selon Patrick Glenn, le raisonnement juridique est un raisonnement essentiellement comparatif¹³. Le droit comparé pour sa part permet un jugement de valeur entre les règles de diverses juridictions ou entre diverses périodes de temps à l'intérieur de la même juridiction. Il offre donc au juriste un outil fort utile pour moderniser le droit et l'harmoniser à l'environnement qui est le sien. Au plan interne, il arrive donc que le tribunal dans son travail d'interprétation fasse expressément référence au droit étranger. Un cas connu est celui touchant l'interprétation des droits et libertés fondamentaux¹⁴. Il n'est pas rare également qu'un regard comparatiste s'attarde, que ce soit en droit civil ou en common law, au régime du voisin participant à la même tradition juridique¹⁵. Ce regard comparatiste devrait être particulièrement de mise lorsqu'il s'agit d'interpréter des textes émanant de conventions internationales qui ont été incorporées en droit interne. Il

10. Organisation maritime internationale (www.imo.org).

11. Voir Philippe BOISSON, « La problématique des normes », (1998) XVI *Annuaire de droit maritime et océanique*, 175.

12. Voir Julian COOKE et Richard CORNAH (éd.), *Lowndes & Rudolph : The Law of General Average and The York-Antwerp Rules*, 13^e éd., Londres, Sweet and Maxwell, 2008. Quant aux textes législatifs traitant de l'avarie commune, on pourra consulter la *Loi sur l'assurance maritime*, L.C. 1993, c. 22, art. 65, 72, 77 et 79 et même les art. 2599-2603 du *Code civil du Québec*.

13. Patrick GLENN, « Le droit comparé et la Cour suprême du Canada » dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, pp. 197-200.

14. Par exemple voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

15. Voir Louis LEBEL, « Les cultures de la Cour suprême du Canada : vers l'émergence d'une culture dialogique? » dans *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques. Les journées Maximilien Caron 2008*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 3.

faut alors assurer une certaine uniformité à l'interprétation de ces textes. Une interprétation trop locale ou régionaliste viendrait mettre en péril l'unité recherchée¹⁶. Mais cette préoccupation peut ne pas être présente chez un tribunal qui alors n'hésitera pas à faire prévaloir sa propre interprétation. À cet égard, il faut saluer l'existence au plan doctrinal d'ouvrages de droit maritime dont la méthode comparative constitue la caractéristique fondamentale, en particulier ceux du professeur William Tetley¹⁷.

Compte tenu de ce qui précède, on imagine facilement le rôle utile que peut jouer en droit maritime canadien la méthode comparative. Curieusement et pour les raisons que nous allons expliquer, l'utilisation du droit civil québécois en droit maritime canadien s'inscrit à l'intérieur de cette approche comparatiste que le tribunal reste toujours libre d'adopter. En effet, le droit civil québécois ne peut prétendre être une source de droit substantif, ni même de droit supplétif pour solutionner un litige maritime et s'il est utilisé, ce ne sera qu'à titre de support comparatif. Et en-

-
16. Voir par exemple les propos de Lord McMillan au sujet de l'interprétation qu'il convient de donner à la *Convention internationale relative à l'unification de certaines règles en matière de Connaissance (Règles de La Haye 1924)*, 25 août 1924, (1937) 120 S.D.N. 125 dans *Stag Line Ltd c. Foscolo, Mango*, (1932) A.C. 328, p. 350 et aussi ceux du j. Harrington dans *Société Telus Communications c. Peracomo Inc.*, 2011 C.F. 494, par. 62. Dans ce dernier cas, il s'agissait d'interpréter certaines dispositions de la *Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes*, telle qu'intégrée dans la *Loi sur la responsabilité en matière de créances maritimes*, L.C. 2001, c. 6, art. 24 et annexe 1. Cette décision a été récemment entérinée par la Cour d'appel fédérale qui a rappelé que l'interprétation de conventions internationales exige que l'on se rapporte non pas à des précédents nationaux mais plutôt à des principes généraux largement acceptés : voir 2012 CAF 199, par. 53 (j. Gauthier et j. Trudel).
17. L'analyse du professeur Tetley s'élabore en tenant compte du droit anglais, du droit français, du droit canadien (y inclus le droit civil québécois) et du droit américain. Voir : William TETLEY, *Maritime Liens and Claims*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998; *International Maritime and Admiralty Law*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002; *International Conflict of Laws*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994; *Marine Cargo Claims*, 4^e éd. (2 vol.), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.

core là, on pourra toujours se demander quelle est son utilité réelle sur ce plan.

I- Le droit maritime canadien

Lorsqu'un litige devant un tribunal canadien soulève une question maritime ou d'amirauté, c'est nécessairement du droit maritime canadien que doit provenir la solution¹⁸. Le critère permettant d'établir si une question examinée relève du droit maritime canadien requiert que cette question soit entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien¹⁹. Les termes « amirauté » et « maritime » doivent être interprétés libéralement et dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau²⁰.

La Cour fédérale du Canada est le tribunal d'amirauté du Canada chargé d'appliquer de façon concurrente avec les tribunaux des provinces le droit maritime canadien²¹. L'expression « droit maritime canadien » a fait l'objet d'une définition plutôt laborieuse par le Parlement canadien. Elle renvoie aux règles dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté « ou qui en aurait relevé si ce tribunal avait eu, en cette qualité, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté »²². Cette référence législative à une compétence illimitée s'explique pour des raisons historiques. En bref, qu'il suffise de dire qu'en Angleterre, les règles du droit maritime

-
18. C'est là l'approche mise laborieusement de l'avant par la Cour suprême du Canada. Voir *ITO International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Monk c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779, *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210 et *Succession Ordon c. Grail* [1998] 3 R.C.S. 437. Pour une analyse détaillée de ce raisonnement voir : André BRAËN, préc., note 2, pp. 86-165.
19. *ITO International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Ltd.*, préc., note 18, pp. 774-776 (j. McIntyre).
20. *Monk c. Island Fertilizers Ltd.*, préc., note 18, p. 800 (j. Iacobucci).
21. *Loi sur les Cours fédérales*, préc., note 3, art. 22(1).
22. *Id.*, art. 2.

furent développées tant par la cour de l'Amirauté que par les tribunaux de common law, ces derniers contestant la compétence qui avait été attribuée à l'Amiral dès le 14^e siècle. C'est la fusion de ces tribunaux ordonnée par le Parlement britannique en 1873²³ ainsi que l'attribution d'une compétence en amirauté au tribunal de droit commun qui mettront fin à ce conflit et aujourd'hui, le droit maritime anglais s'entend simplement des règles et principes de common law appliqués aux affaires maritimes²⁴.

Au Canada, l'attribution d'une compétence en amirauté d'abord à la Cour de l'Échiquier se fit au moyen d'un renvoi au droit appliqué originalement par l'Amirauté britannique²⁵, donc à une juridiction contestée et à un droit aux pourtours incertains²⁶. C'est ce qui explique le renvoi, en ce qui concerne son successeur la Cour fédérale, à une compétence que le législateur prétend « illimitée »²⁷. Selon la Cour suprême du Canada et en termes de contenu, le droit maritime canadien ainsi défini s'entend de (1) la législation fédérale adoptée en matière de navigation et de marine marchande, (2) des règles et principes émanant de la compétence exercée par la Cour d'Amirauté anglaise en 1934 (l'année de la dernière adoption par voie législative au Canada du droit anglais en matière d'amirauté²⁸) et (3) des règles et principes que les tribunaux de common law anglais appliquent aux litiges maritimes tels

23. *Supreme Court of Judicature Act*, (1873) 36 & 37 Vict., c. 66 (R-U).

24. *The Tojo Maru*, (1972) A.C. 242, p. 291 (C. L.). Voir aussi André BRAËN, « Le droit maritime au Québec à l'aube de la Codification », (1985) 16 R.G.D. 429.

25. Cette compétence était fondée sur le *Colonial Courts of Admiralty Act*, (1890) 53-54 Vict., c. 27 (Imp.). Voir la *Loi sur l'Amirauté*, (1891) 54-55 Vict., c. 29 qui désigne la Cour de l'Échiquier du Canada comme Cour coloniale d'amirauté ayant et exerçant toute la juridiction, les pouvoirs et l'autorité conférés par la législation impériale. En 1934, le Parlement canadien confirma le rôle de la Cour de l'Échiquier dans sa juridiction d'amirauté et lui attribua encore une fois une compétence déterminée par renvoi à celle exercée par la Haute Cour d'Angleterre. Voir : *Loi sur l'Amirauté*, S.C. 1934, c. 31, art. 3(1).

26. L.H. LAING, « Historic Origins of Admiralty Jurisdiction in England », (1946-47) 45 Mich. L.R. 163.

27. Préc., note 22.

28. Préc., note 25.

que ces derniers sont reçus au Canada²⁹. L'ordre doit être respecté et la solution au litige maritime doit donc être recherchée dans la législation fédérale, ou en l'absence de règles fédérales, dans les principes mis de l'avant par la Cour d'Amirauté anglaise ou à défaut, dans les règles que la common law anglaise applique à ces litiges et telles que ces règles sont reçues dans la jurisprudence canadienne. Ce n'est qu'exceptionnellement, comme on le verra, qu'un plaideur pourra invoquer l'application du droit provincial.

Le droit maritime canadien s'entend d'un corps de règles qui relève exclusivement, selon la Cour suprême du Canada et sans que cette dernière ne l'explique clairement à notre avis, de la compétence législative du Parlement canadien en matière de navigation et de marine marchande³⁰. L'approche du tribunal a eu comme conséquence, même si curieusement il affirme que son approche reste limitée par le partage des pouvoirs³¹, de reconnaître au plan constitutionnel et en pratique une compétence législative maritime quasiment illimitée au Parlement canadien. Au départ et s'agissant d'en identifier le contenu, la compétence maritime du Parlement canadien avait fait l'objet d'une interprétation libérale, surtout dans ses aspects techniques; mais elle connaissait aussi des limitations importantes en distinguant, par exemple, entre les entreprises de navigation intraprovinciales (relevant de l'autorité provinciale) et les entreprises extraprovinciales (relevant de l'autorité fédérale)³².

29. *ITO International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, préc., note 18.

30. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R-U), art. 91(10). Voir André BRAËN, « La compétence maritime du Parlement canadien et ses conséquences sur l'application du Code civil », (1986) 31 R. D. McGill, 369.

31. Dans l'arrêt *ITO International Terminal Operators Ltd.*, préc., note 18, la cour précise qu'en déterminant si une affaire donnée soulève une question maritime ou d'amirauté, elle doit éviter d'empiéter sur ce qui constitue de par son caractère véritable une matière relevant essentiellement de la compétence provinciale (j. McIntyre pp. 774-775). Voir aussi la dissidence de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Monk c. Island Fertilizers Ltd.*, préc., note 18, pp. 801 et ss.

32. André BRAËN, « De l'effet relatif du contrat maritime ou de la relative uniformité du droit maritime canadien », (2001) 31 R.G.D. 473, pp. 493-500.

Aujourd'hui, il suffit d'établir une connexité maritime à une question pour en faire relever le sujet de la compétence législative fédérale. Par exemple, celle-ci a été confirmée par la jurisprudence à l'égard de la responsabilité de l'entrepositaire, de celle du mandataire d'un affréteur, de celle découlant de la navigation de plaisance et de toutes questions afférentes, de l'indemnisation de la perte économique, de la négligence dans le contexte maritime...³³ La qualification d'une question comme étant maritime³⁴ a donc comme conséquence de faire relever le sujet de la question de la compétence législative fédérale. Or, puisque l'industrie maritime constitue un secteur d'activités plus vaste que le simple transport de marchandises par eau, les activités terrestres et les activités proprement maritimes s'interpénétrant et se complétant, ce sont finalement toutes les questions relatives à la responsabilité contractuelle et extracontractuelle de tous les intervenants en matière maritime qui doivent trouver leur solution juridique dans le droit maritime canadien et qui relèvent conséquemment de la compétence législative maritime du Parlement.

Pourtant, on aurait cru que ces questions purement de droit privé touchant la responsabilité contractuelle et délictuelle relèvent de la compétence législative d'une province en matière de propriété et droits civils³⁵. C'est au moyen de l'attribution d'une compétence judiciaire, que le Parlement prétend illimitée, que la Cour suprême du Canada en est venue à reconnaître une compétence législative pratiquement illimitée au même Parlement. Or, comment un organe législatif dont la souveraineté est nécessairement limitée dans un cadre fédéral peut-il attribuer une compétence judiciaire illimitée?

Voir la *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 30, art. 92(10). Mais voir *infra* note 54 et la récente décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Tessier Ltée c. Québec (CSST)*, 2012 CSC 23.

33. André BRAËN, préc., note 32, p. 496.

34. Pour un exposé de cette démarche voir André BRAËN, préc., note 32, pp. 486-493.

35. *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 30, art. 92(13).

Nous avons identifié deux exceptions à ce courant jurisprudentiel. D'abord, la responsabilité découlant d'activités nautiques comme le plongeon et la natation a été jugée comme ne comportant pas de connexité maritime et donc, comme relevant de l'autorité législative de la province³⁶. Puis le second cas est tiré de l'arrêt *Isen c. Simms*³⁷. Dans cette affaire, une embarcation est sortie de l'eau après une journée de navigation de plaisance sur un lac ontarien. Elle est ensuite placée sur une remorque qui est conduite dans un stationnement situé tout près du lac. Avant de transporter l'embarcation sur la route, le propriétaire du bateau tente d'assujettir le couvercle du moteur au moyen d'un câble élastique. Celui-ci glisse de ses doigts et frappe son ami en le blessant sérieusement à l'œil. L'ami et son épouse intentent une action en dommages-intérêts de deux millions et demi de dollars contre le propriétaire. La responsabilité découlant de la négligence du propriétaire de bateau est-elle une question maritime? Pour la Cour suprême du Canada, l'assujettissement du couvercle du moteur du bateau en vue de son transport sur la route n'a rien à voir avec la navigation de celui-ci sur l'eau et tout à voir avec la préparation du bateau en vue de son transport sur les routes de l'Ontario. Ce n'est donc pas une question maritime régie par le droit maritime canadien et c'est le droit ontarien qui doit trouver application. Il faut noter ici qu'avoir jugé cette affaire comme étant, au contraire, une question maritime, la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*³⁸ se serait alors appliquée. Or, celle-ci prévoit dans de tels cas une limitation de responsabilité d'un million de dollars en faveur du propriétaire de l'embarcation³⁹. Si l'accident s'était produit alors que la remorque était encore dans

36. *Dreifelds c. Burton*, Ont. CT. Gen. Div. no 8339/94, le 10 avril 1996 et Ont. C.A. no C2456 & 24580, le 6 mars 1998. Voir aussi *Corcovado Yachts Charters Ltd. c. Foreshore Projects Ltd.*, C.F., no T-153-98, le 9 février 1998.

37. [2006] 2 R.C.S. 349.

38. L.C. 2001, c. 6.

39. *Id.*, art. 28. Voir maintenant L.C. 2009, c. 21, art. 3.

l'eau ou sur la grève, la décision eut-elle été la même? Quelques mètres auraient alors suffi pour changer la nature du litige!⁴⁰

II- L'application du droit provincial et le recours au droit comparé

La Cour fédérale a été établie par le Parlement canadien en vue d'une meilleure application des lois du Canada⁴¹. Le droit maritime canadien, qu'elle est chargée d'appliquer de façon concurrente avec les tribunaux provinciaux⁴², est un ensemble de règles de droit fédéral, duquel est exclu le droit d'une province. Dans l'arrêt *ITO International Terminal Operators*⁴³, la Cour suprême du Canada a identifié le contenu du droit maritime canadien applicable par la Cour fédérale pour déterminer la responsabilité délictuelle et contractuelle d'un entrepositaire du port de Montréal chez qui des marchandises avaient été volées après leur transport maritime. En l'absence de législation fédérale ou de règles de droit maritime britannique, ce sont les règles et principes que les tribunaux de common law appliquent en Angleterre en semblables matières et tels que ces règles et principes sont reçus dans la jurisprudence canadienne⁴⁴ et non pas le droit civil québécois. L'utilisation du droit anglais en droit maritime canadien ne vise donc pas des fins comparatives, mais sert au contraire simplement à confirmer la solution canadienne ou en cas d'absence de règles de droit canadien (législation fédérale ou jurisprudence) à combler ce vide. La solution appliquée tant par les cours fédérales que des provinces empruntera alors au droit anglais⁴⁵.

40. Peut-on imaginer que la cour écartait au moyen de sa décision une limitation de responsabilité qu'elle jugeait peut-être insuffisante compte tenu du montant réclamé par le plaignant?

41. En accord avec l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

42. Préc., note 21.

43. Préc., note 18.

44. *Id.*, p. 776.

45. Voir concernant le principe de limitation de la responsabilité de l'armateur *Société Telus Communications c. Peracomo Inc.*, 2011 CF 494; concernant le connaissance *Kuehne & Nagel Ltd. c. Agrimax Ltd.*, 2010 CF 1303; *Alcoa Inc. c. CP Ships (UK) Ltd.*, 2007 ONCA 686; *Shtutman c. Oceane Marine Shipping Inc.*, 2005 CF 1471; *Sea Link Marine Services c.*

En effet, le droit maritime canadien constitue pour la Cour suprême un droit uniforme qui s'applique partout au Canada et les tribunaux des provinces, lorsqu'ils sont saisis de litiges maritimes, doivent aussi appliquer ce droit maritime canadien. Selon la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*⁴⁶, c'est dans la common law et non dans le droit civil québécois que doit puiser la Cour supérieure du Québec pour déterminer si le mandataire d'un transporteur maritime qui exerce dans cette province est tenu de divulguer l'identité du mandant afin d'éviter d'engager sa responsabilité personnelle envers les tiers. Pour la cour, l'existence de règles de droit maritime uniformes est nécessaire à cause de la nature même des activités relatives à la navigation et aux expéditions par eau, telles qu'elles

Doman Forest Products Ltd., 2003 FCT 712; *Timberwest Forest Limited c. Gearbulk Pool Limited et al.*, 2003 BCCA 39; concernant le remorquage *Regina c. Motor Vessel « Katy L », Gowland Towing Ltd et al.*, 2010 BCPC 30; *Hamilton Marine & Engineering Ltd. C. CSL Group Inc.*, (1995) F.C.J. 739; concernant une charte-partie *H. Paulin & Co. Ltd c. A Plus Freight Forwarder Co. Ltd.*, 2009 CF 727; *Pantainer Ltd. c. 996660 Ontario Ltd.*, (2000) F.C.J. 334; *Rio Tinto Shipping (Asia) Pte Ltd. c. Korea Line Corporation*, 2008 CF 1376; *Canadian Pacific Forest Products c. Termar Navigation Co.*, [1998] 2 C.F. 328; *Alcan c. Unican*, (1996) F.C.J. 843; *Champion International c. The Sabina*, 2002 FCT 1122; *Halla Merchant Mariner c. Portserv*, (1997) F.C.J. 219; *Melsa International c. Adecon*, (1997) F.C.J. 445; concernant la responsabilité du transporteur maritime *Canadian Forest Products Ltd. c. B.C. Rail Ltd.*, 2005 BCCA 369; *Riva Stahl GmbH c. Combined Atlantic Carriers GmbH* (1999) 243 N.R. 183 (CAF); *Wirth c. Belcan*, (1996) F.C.J. 603; *Elders Grains Co. C. Ralph Misener (The)*, 2003 CF 837; concernant les abordages *North King Lodge Limited c. Gowlland Towing Ltd*, 2005 BCCA 557; *North Ridge Fishing Ltd. c. The Prosperity et al.*, (2002) B.C.J. 1526; *Laichkwiltach Enterprises Ltd. c. F3V Pacific Faith (Ship)*, 2007 BCSC 1852; *Omega Salmon Group Ltd. c. Pubnico Gemini* 2007 BCCA 33; *R. c. Cloutier*, 2007 QCCQ 13533; *Nordholm I/S c. Canada* (1996) F.C.J. 13; concernant les privilèges et saisies-arrêts *Norcan Electrical Systems Inc. c. Feeding Systems A/S et al.*, 2003 FCT 702; *Eleanor Soren Toubro (The)* [1996] 3 C.F. 422; *Zhoushan Zhongchang Shipping Co. c. Handybulk Shipping Ltd.*, 2004 CF 1135; *Whyte c. Sandpiper VI (The)*, 2002 FCT 572; *Richardson International Ltd. c. Zao RPK «Starodubskoe»*, 2002 FCT 482 et *Pacific Tractor Rentals (V.I.) Otd. c. Palaquin (The)*, (1996) F.C.J. 836.

46. Préc., note 18.

sont exercées au Canada⁴⁷. Bon nombre des règles de droit maritime sont le produit de conventions internationales et les droits et obligations juridiques de ceux qui se livrent à la navigation et aux expéditions par eau ne devraient pas changer de façon arbitraire suivant l'endroit où ils se trouvent. Il faut toutefois noter que dans toute cette jurisprudence⁴⁸, la Cour suprême n'analyse d'aucune façon les inconvénients que l'application du droit civil en matière maritime a pu causer dans le passé.

L'inclusion de règles de droit provincial, lesquelles peuvent différer d'une province à l'autre, rendrait donc le droit maritime incertain selon la Cour suprême du Canada. Mais un recours aux lois provinciales reste-t-il quand même possible en droit maritime canadien? Dans l'arrêt *Succession Ordon c. Grail*⁴⁹, le même tribunal précise la situation exceptionnelle où le droit provincial pourrait s'appliquer à une action fondée sur la négligence en droit maritime canadien. C'est en fonction d'une approche en quatre volets qu'il faut déterminer si la loi provinciale peut ainsi s'appliquer⁵⁰ :

a) Premièrement, le tribunal doit déterminer si la question soulevée relève de la compétence fédérale exclusive sur la navigation et les expéditions par eau. Compte tenu de l'analyse qui précède, il y a peu de chances qu'une question qualifiée de maritime ne relève pas de la compétence fédérale.

47. *Id.* Voir aussi *National Gypsum Co. c. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144; *Intermunicipal Realty and Development Corp. c. Gore Mutual Ins. Co.*, [1978] 2 C.F. 691 et *Associated Metals and Minerals Corp. c. Le navire "Evie W."*, [1987] 2 C.F. 710 ainsi que la jurisprudence citée à la note 18. Dans *Succession Ordon c. Grail*, préc., note 18, la Cour suprême avance que les questions maritimes font souvent intervenir une multiplicité d'autorités législatives. Le souci d'uniformité constitue donc un motif qui explique pourquoi, dans le cadre d'une action pour négligence en matière maritime, on ne saurait permettre l'application des lois provinciales de portée générale (p. 503, j. Iacobucci et j. Major).

48. *Id.*

49. Préc., note 18.

50. *Id.*, par. 73 et ss.

b) Dans l'affirmative, le deuxième volet consiste à déterminer si la loi provinciale, dont la partie cherche à se prévaloir, a un pendant en droit maritime canadien. Si une règle analogue existe – ce peut être une disposition législative fédérale, une règle de droit maritime britannique ou encore, une règle appliquée par les tribunaux de common law en matière maritime – c'est celle-ci qui doit s'appliquer.

c) S'il n'existe pas une telle règle, le troisième volet consiste pour le tribunal à déterminer s'il convient de modifier le droit maritime canadien non législatif pour remédier à cette lacune⁵¹.

d) Finalement et si une réforme du droit par les tribunaux n'est pas justifiée, le tribunal doit déterminer si la disposition législative provinciale est constitutionnellement applicable. Pour la cour, la loi provinciale de portée générale sera inapplicable dans un contexte faisant intervenir les règles relatives à la négligence du droit maritime si son application a pour effet de régir indirectement le droit maritime fédéral en matière de négligence.

L'arrêt *Succession Ordon c. Grail* rend-il possible l'application éventuelle du droit provincial en matière maritime ou le principe de l'exclusivité des compétences rend-il le droit provincial inapplicable? Dans cet arrêt, les juges Iacobucci et Major ont tout de même précisé que certaines lois provinciales pourraient s'appliquer en matière maritime, en particulier celles réglant la procédure suivie par les tribunaux ou des lois fiscales⁵². Un auteur avance qu'il existe une « périphérie maritime » de laquelle on

51. En tenant compte des principes de réforme judiciaire élaborés par la Cour suprême pour refléter les changements économiques, moraux et sociaux du Canada et ainsi assurer l'évolution du droit. Voir *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750 et *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654.

52. Préc., note 18, p. 499. À notre avis, puisque les tribunaux provinciaux possèdent une compétence concurrente en droit maritime canadien, il allait de soi que la Cour suprême ne puisse que reconnaître l'application des règles provinciales en matière de procédure judiciaire à moins d'anéantir cette compétence.

ne pourrait évacuer le droit provincial⁵³. De même, il faut mentionner que la Cour suprême du Canada tend, depuis peu, à appliquer avec plus de retenue la doctrine de l'exclusivité des compétences. Une application trop rigoureuse de cette doctrine serait, selon elle, contraire au principe du fédéralisme souple que promeuvent par ailleurs les doctrines du caractère véritable, du double aspect et de la prépondérance fédérale⁵⁴. À cet égard, des lois provinciales d'application générale pourraient-elles ainsi trouver application dans le domaine maritime⁵⁵? La question mérite d'être posée quoique le cas échéant, il ne faudrait pas que de telles lois entravent le contenu essentiel de la compétence maritime fédérale⁵⁶. Bref, le brouillard persiste et le plaideur de naviguer dans des eaux troubles⁵⁷.

Précisons que très récemment, la Cour suprême est revenue à une démarche plus traditionnelle pour déterminer le droit applicable dans les relations de travail d'une entreprise québécoise de location de machinerie lourde et de transport routier intraprovincial⁵⁸. Quelques grues lui appartenant étaient utilisées pour effectuer du débardage auprès de navires. Même si c'était là une activité non significative de l'entreprise, cette dernière prétendait échapper de ce simple fait à la compétence provinciale. La Cour

53. Guy TREMBLAY, « L'application du droit provincial en matière maritime après l'affaire Succession Ordon », (1999) 59 R. du B. 679. Voir aussi Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, pp. 487-491.

54. *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.* [2007] 2 R.C.S. 86.

55. *R. c. Mersey Seafoods Ltd.*, (2008) NSCA 67; *Jim Pattison Enterprises c. Workers' Compensation Board*, 2011 BCCA 35 et *Ryan Estate c. Universal Marine*, (2009) NLTD 120.

56. *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, [2010] 2 R.C.S. 536.

57. Voir Christopher J. GIASCHI, « Confused Seas : The Application of Provincial Statutes to Maritime Matters » publié sur le site web de Giaschi et Margolis (www.admiraltylaw.com).

58. *Tessier Ltée c. Québec (CSST)*, préc., note 32.

suprême, comme elle l'avait déjà fait par le passé⁵⁹, a distingué entre une entreprise de transport maritime intraprovincial et une entreprise de transport maritime extraprovincial afin de déterminer qui, du Parlement du Canada ou de l'Assemblée législative d'une province, peut intervenir dans le champ des relations de travail. Même si la règle habituelle dans ce domaine est l'application du droit provincial, le tribunal avait jugé que le Parlement canadien peut réglementer le débarquement puisqu'il s'agit là d'activités qui sont partie intégrante de la compétence fédérale en matière de navigation et marine marchande. Mais encore faut-il que cette activité soit une caractéristique essentielle de l'entreprise, ce qui n'était pas le cas⁶⁰.

Mais à notre avis, l'arrêt *Succession Ordon c. Grail* rend l'application éventuelle du droit provincial quasi impossible en matière maritime, sauf exceptions⁶¹. D'abord, parce qu'il n'existe pas de « vide » à proprement parler en droit maritime canadien. La common law britannique supplée à l'absence de règles découlant de la législation fédérale ou de la jurisprudence canadienne. Et si une règle de droit britannique paraît obsolète, le tribunal peut toujours la modifier pour tenir compte de l'évolution du droit⁶². Puis parce que l'uniformité du droit maritime constitue le dogme sur lequel repose l'approche adoptée par la Cour suprême du Canada dans le domaine du droit maritime. Et c'est justement l'uniformité du droit maritime canadien qui plaide, selon la Cour, en faveur de l'exclusion de règles provinciales⁶³.

59. *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigations Act*, [1955] R.C.S. 529; *Agence Maritime Inc. c. Le Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 851.

60. Dans *R c. Navimez*, [1998] R.J.Q. 1693 (C.A.), la Cour d'appel du Québec avait laissé entendre que certaines activités comme les rapports collectifs de travail au sein d'une entreprise qui organise des excursions d'observation de baleines dans les eaux du Québec pouvaient être régies par le droit provincial.

61. Préc., note 52.

62. Préc., note 51.

63. Voir André BRAËN, préc., note 32, pp. 501-509.

Si l'uniformité peut être souhaitable, la réalité est tout autre. Ainsi, le texte d'une loi fédérale peut lui-même renvoyer à l'application du droit provincial⁶⁴. Puis l'uniformité du droit au niveau international est loin d'être acquise, comme on l'a vu⁶⁵, et elle ne signifie certainement pas là l'écart des traditions juridiques nationales même si elle invite ces dernières à concourir à la solution commune. De plus, les divers régimes juridiques applicables au transport maritime de biens ou de personnes distinguent entre la phase terrestre, antérieure et postérieure au transport, et celle proprement maritime et pour laquelle des règles différentes peuvent trouver application⁶⁶. Finalement, les parties à un contrat maritime restent toujours libres, à moins qu'il ne s'agisse de règles d'ordre public, de choisir le droit applicable à leurs relations. Ainsi, rien n'empêche les parties à un contrat d'affrètement de prévoir le droit qui lui sera applicable et qui pourrait être dans notre cas le droit civil québécois⁶⁷.

L'utilisation du droit civil n'aurait donc pas été complètement bannie du domaine maritime. De plus, l'exclusion du droit civil des affaires maritimes n'est pas absolue selon le professeur

64. Par exemple, la *Loi sur les connaissements*, L.R.C. 1985, c. B-5, tisse un lien contractuel entre le transporteur et le détenteur d'un connaissement même si ce dernier n'a pas été partie au contrat original de transport. L'article 3 renvoie spécifiquement à l'application du droit des provinces pour la détermination des droits de certains créanciers dont ceux du vendeur impayé sous le régime du *Code civil*. Voir aussi la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, c. C-50 et la *Loi sur les océans*, L.C. 1996, c. 31.

65. *Supra*, remarques préliminaires.

66. Par exemple, les Règles de La Haye/Visby, applicables au Canada en vertu de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, c. 6, art. 43, instaurent un régime obligatoire de responsabilité imputable au transporteur maritime. Mais ce régime peut être écarté en ce qui concerne les phases antérieure et postérieure du transport maritime à proprement parler (règles I(e) et VII).

67. Mais il faut avouer qu'à cet égard, les chartes-parties au Canada renvoient presque toujours à l'application du droit anglais. Par ailleurs, nous ne sommes pas certains que les dispositions du *Code civil du Québec* (art. 2001 à 2029) portant sur l'affrètement résisteraient à un examen constitutionnel de la part des tribunaux compte tenu de l'état actuel de la jurisprudence.

Glenn puisque certains principes mis de l'avant par l'Amirauté britannique sont d'inspiration civiliste, comme c'est le cas avec les privilèges maritimes⁶⁸. Sa pertinence se situe donc au niveau de la preuve de l'incorporation d'un principe civiliste par la Cour d'Amirauté. Si historiquement c'était le cas, il reste qu'aujourd'hui, le recours au droit civil par les tribunaux anglais nous apparaît quand même exceptionnel. Dans l'arrêt *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, la majorité a reconnu l'utilité de la méthode comparative et la prise en considération de principes civilistes pour régler un litige maritime, même si elle n'y a pas fait appel pour régler les questions en litige (ayant trait à la responsabilité du mandant), cette analyse s'étant faite exclusivement sous l'angle de la common law⁶⁹. Dans la même décision, la juge L'Heureux-Dubé a plaidé, quant à elle, pour une application plus systématique en droit maritime canadien de la méthode comparative qui fait appel à l'analyse de principes civilistes. La Cour d'Amirauté anglaise utilisait de tels principes et ces derniers ont été incorporés dans le droit canadien en 1934. En permettant de considérer des principes civilistes, la méthode comparative vise donc à établir une harmonie qui n'atteint toutefois pas l'homogénéité. La méthode permet de clarifier des problèmes juridiques communs aux deux traditions juridiques en exploitant les différences doctrinales et méthodologiques⁷⁰. La clarté du raisonnement juridique est favorisée quand un même problème est envisagé de plusieurs points de vue différents. La méthode comparative vise par-dessus tout à multiplier le nombre de sources auxquelles on peut puiser aux fins d'une analyse juridique. Bref, elle permet une analyse plus poussée. La juge McLachlin a reconnu, quant à elle, l'utilité de la méthode comparative et la prise en considération des principes civilistes et s'est même demandé si compte tenu d'une

68. H.P. GLENN, « Maritime Law-Federal Court Jurisdiction – Canadian Maritime Law – Relationship to Civil and Common Law : Ito-International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. », (1987) 66 R. du B. can. 360 et E.F. RYAN, « Admiralty Jurisdiction and the Maritime Liens: An Historical Perspective », (1968) 7 Western Ont. Law Review, 173.

69. Préc., note 18.

70. *Id.*, pp. 717-721.

compétence illimitée, des principes autres que de common law pourraient s'appliquer en droit maritime canadien⁷¹. En conclusion, l'utilité du droit civil en droit maritime canadien se résume aujourd'hui à constituer un support comparatif utile pour déterminer, s'il y a lieu, les règles de common law applicables à un litige maritime.

III- Le rôle du droit civil

Toutefois, c'est surtout au niveau de la troisième étape dégagée dans l'arrêt *Succession Ordon c. Grail*, traitant de la réforme du droit par les tribunaux, que l'on appréhende mieux le rôle désormais dévolu au droit civil dans la résolution d'une affaire maritime instruite par les tribunaux canadiens et québécois. C'est lorsque le tribunal au Canada doit se demander s'il ne convient pas de modifier une règle de droit maritime non législative. En l'absence d'une règle législative fédérale ou de droit maritime proprement dit, c'est à la règle non législative qu'il faut s'en remettre pour solutionner un litige maritime. Par là, on entend la règle de common law appliquée par les tribunaux anglais dans un litige similaire. Si cette règle apparaît trop ancienne, il faut alors vérifier s'il n'y a pas lieu pour le tribunal canadien de la réformer pour assurer l'évolution du droit. Une analyse chronologique de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada à cet égard permet d'avancer le constat suivant :

- Dans l'arrêt *Norsk*⁷², la Cour suprême du Canada a vérifié quelles étaient les règles de common law applicables à l'indemnisation des pertes économiques et qui requerraient une modification par la cour. Après une analyse du droit applicable dans les juridictions de common law, la majorité du tribunal avait aussi noté qu'en droit civil, aucune distinction n'était faite entre préjudice physique et préjudice économique et que l'application

71. *Id.*, p. 692.

72. *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021.

des règles générales de la responsabilité civile n'avait pas conduit à un système de responsabilité illimitée dans ce domaine⁷³.

- Dans l'arrêt *Bow Valley Husky (Bermuda)*⁷⁴, la Cour suprême voulait réformer les règles de common law applicables à un cas de négligence contributive en matière maritime. L'examen des solutions offertes par les droits anglais, australien, américain et aussi celles applicables dans les provinces de common law et celles offertes tant par le droit civil québécois que français fut jugé très utile par la juge McLachlin.

- Dans l'arrêt *Succession Ordon*⁷⁵, la modification de la règle de common law empêchant l'indemnisation des personnes à charge d'une victime a été revue en considérant l'état du droit dans les provinces de common law mais non du Québec. En ce qui concerne la règle interdisant l'indemnisation pour pertes de conseils, de soins et de compagnie, la Cour suprême a pris en considération, en plus de la common law canadienne-anglaise, le droit du Royaume-Uni et aussi le *Code civil du Québec*.

- Dans l'arrêt *Fraser River Pile & Dredge*⁷⁶ et pour vérifier le droit d'un tiers à utiliser une clause contractuelle compte tenu de la règle du lien contractuel, la Cour suprême a aussi considéré le droit civil en plus de faire un examen exhaustif du droit applicable par les juridictions de common law⁷⁷.

73. Pour une analyse de cette problématique, voir André BRAËN, « L'indemnisation de la perte économique en droit maritime canadien », (1997) XV Annuaire de droit océanique et maritime, 31 et « L'uniformisation du droit maritime canadien – les cas de l'indemnisation d'une perte économique et de la négligence contributive – l'arrêt *Husky Oil Operations Ltd. c. Saint-John Shipbuilding Ltd.* », (1998) 77 R. du B. can. pp. 509.

74. Préc., note 18.

75. Préc., note 18.

76. *Fraser River Pile & Dredge Ltd. c. Can-Dive Services Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 108.

77. Il est à noter que dans cette affaire en provenance de la Colombie-Britannique, la Cour suprême ne procède même pas à la qualification du litige comme étant une question maritime devant être régie par le droit maritime canadien. Un oubli?

L'utilisation de la méthode comparative par la Cour suprême n'est pas systématique. D'abord, dans l'arrêt *ITO International Terminal Operators*⁷⁸, la majorité du tribunal a analysé la validité en droit maritime canadien de la « clause Himalaya »⁷⁹ en fonction du droit des seules juridictions de common law. Dans l'arrêt *Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais*⁸⁰, la règle interdisant le témoignage d'experts quand des assesseurs sont nommés par un tribunal fait l'objet d'une brève considération par la Cour suprême. Celle-ci analyse les règles applicables à ce sujet dans les provinces de common law mais non au Québec. Dans l'arrêt *Armada Lines Ltd.*⁸¹, le même tribunal s'est demandé s'il y avait lieu de changer la règle de common law accordant des dommages-intérêts à la suite d'une saisie illégale uniquement dans les cas de mauvaise foi. L'analyse de la Cour se fait sous l'angle exclusif de la common law. Enfin, il faut garder en mémoire que lorsque la Cour suprême utilise l'approche comparative, son analyse de la solution provenant du droit civil n'est pas, bien souvent, développée. En effet, le tribunal se contente simplement de renvoyer à certains articles du *Code civil*, laissant ainsi le comparatiste sur sa faim.

Conclusion

En interdisant le recours à titre supplétif au droit commun des provinces et donc au droit civil québécois, la démarche judiciaire adoptée par la Cour suprême du Canada a rompu l'unité du droit et du même coup, a rendu le droit maritime canadien incertain. Elle le dissocie et l'isole artificiellement en le traitant comme un corps de règles complet et autonome. Pourtant, il est évident que le droit maritime canadien ne peut se suffire totalement à lui-

78. Préc., note 18.

79. Cette clause permet au manutentionnaire de marchandises de pouvoir invoquer à son bénéfice des clauses de non-responsabilité contenues dans le contrat de transport maritime dont il n'est pas partie. C'est le principe du lien contractuel en common law qui est alors en cause.

80. *Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais c. Belcan S.A.*, [1997] 3 R.C.S. 1278.

81. *Armada Lines Ltd. c. Chaleur Fertilizers*, [1997] 2 R.C.S. 617.

même. Par exemple, si le droit maritime canadien détermine les droits et obligations des parties à un contrat de transport sous connaissance⁸², il reste silencieux quant aux conditions de fond relatives à la validité dudit contrat (capacité, consentement...) et normalement, c'est le droit commun qui serait appelé à intervenir pour résoudre ces questions, ne serait-ce qu'à titre supplétif. Mais l'approche judiciaire fait fi de cette réalité et elle invite le Parlement canadien à intervenir fréquemment pour suppléer à cette lacune. Ce dernier doit lentement élaborer un droit privé fédéral en matière maritime. C'est ainsi que, par exemple, le Parlement dut intervenir en 2009 pour amender sa *Loi sur la responsabilité en matière maritime*⁸³ afin de préciser qu'à moins de dispositions contraires, toute action qui se rapporte au droit maritime canadien doit se prescrire par trois ans à compter du fait générateur du litige⁸⁴.

Cette approche judiciaire a donc réduit le rôle du droit civil québécois en matière maritime à celui d'un simple support comparatif, y inclus sur son territoire naturel, et ce, sur le même pied que tout autre droit étranger. Et lorsque la méthode comparative est employée, la référence reste souvent sommaire et peu élaborée. « Le droit civil n'intervient qu'à travers le filtre de la common law ou du droit comparé », écrivait le juge Lebel⁸⁵ parlant ainsi de la dissociation en droit maritime entre la législation fédérale et le droit provincial, une dissociation créée et voulue, semble-t-il, par le Parlement canadien. La scission entre le droit civil québécois et le droit maritime canadien est telle qu'il s'agit, selon le juge, d'une exception à l'interaction entre le droit civil et la common law que normalement le Parlement et la Cour suprême veulent harmonieuse⁸⁶.

82. *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, préc., note 38, art. 43. Cette législation adoptée en 2001 est elle-même en partie le résultat de cette approche judiciaire.

83. Préc., note 38, art. 140.

84. L.C. 2009, c. 21, art. 12.

85. Louis LeBEL, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », (2006) 47 C. de D. 179, p. 236.

86. *Id.*

Il est peut-être vrai qu'à l'origine de cette attribution d'une compétence maritime à la Cour fédérale, le Parlement ait voulu créer au Canada un tribunal d'amirauté capable de régler tout litige maritime en lui attribuant, pour ce faire, une compétence judiciaire semblable à celle qu'aurait exercée l'amirauté anglaise n'eût été des limites que les cours de common law lui avaient imposées au fil des siècles. Mais le Parlement canadien a-t-il ce pouvoir? L'Angleterre est un État unitaire et connaît une tradition juridique. Le Canada est un État fédéral où coexistent deux traditions juridiques. Malheureusement, cette question n'a jamais été abordée par la Cour suprême du Canada. Il est ironique de constater dans un congrès de droit comparé que l'approche comparative adoptée par la Cour suprême qui permet le recours au droit civil québécois dans le domaine maritime sert simplement à en atténuer le retrait.

À notre avis, cette approche judiciaire qui, à titre de prix de consolation, attribue au droit civil québécois un simple rôle comparatif en droit maritime canadien est inacceptable et ne sert, selon un auteur⁸⁷, qu'à renforcer « les solitudes du bijuridisme canadien ». Le Parlement canadien dans sa volonté d'harmoniser sa législation avec le droit civil québécois a, malheureusement et à deux reprises, manqué le bateau en confirmant dans le domaine maritime ce rôle dévolu au droit civil⁸⁸. Mais le Parlement veut-il vraiment modifier une approche judiciaire qui, dans le domaine du partage des compétences, lui reconnaît à toute fin pratique et malgré le cadre fédéral des pouvoirs illimités?

87. Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Les solitudes du bijuridisme au Canada*, Montréal, Éditions Thémis, 2007.

88. *Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4 et *Loi d'harmonisation no 2 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2004, c. 25. Cette législation a pour objet de faire du droit provincial en matière de propriété et de droits civils le droit supplétif pour ce qui est de la législation fédérale dans les provinces *sauf règle de droit s'y opposant*. Évidemment, l'approche de la Cour suprême du Canada dans le domaine maritime constitue une règle de droit s'opposant à l'application du droit civil.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : COMPARATIVE LAW IN DEVELOPING COURT PRACTICE IN
SMALL JURISDICTIONS – MISSION POSSIBLE

Auteur(s) : Irene KULL

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 1-2

Pages : **585-610**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10223>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10223>

Page vide laissée intentionnellement.

COMPARATIVE LAW IN DEVELOPING COURT PRACTICE IN SMALL JURISDICTIONS – MISSION POSSIBLE

by Irene KULL*

Le but de cette contribution est d'aborder le rôle transformatif du droit comparé dans le développement de petits États dotés d'une tradition juridique récente, forcés d'avoir recours à des idées, concepts et règles empruntés d'autres systèmes pour créer leur propre culture et réalité juridique. L'Estonie, étant un petit pays, n'a ni l'expertise juridique ni la pratique judiciaire nécessaires dans plusieurs domaines particuliers. Dès lors, le droit comparé dans ses deux fonctions – la recherche concernant les règles ou leur contexte d'application – s'avère particulièrement utile. Le texte explique d'abord comment le droit comparé a été utilisé pour l'encadrement du système civiliste et des lois particulières de l'Estonie. Lors du processus de codification, la méthode comparative a permis d'offrir aux codificateurs des options stratégiques provenant d'un grand nombre de systèmes juridiques, codes et dispositions législatives. La notion de « legal transplant » est utilisée et expliquée, mais dans les petits États, utiliser des « transplants » peut s'avérer la seule voie possible pour construire un système juridique national. Le texte analyse également l'emploi de la méthode comparative comme base légale de développement du droit civil. Enfin, il s'attarde à l'utilisation du droit comparé dans la pratique judiciaire pour démontrer les limites de la méthode comparative. Des modèles issus de pays dits « principaux » (ou « core countries ») peuvent se révéler incompatibles, en raison de différences dans la capacité d'absorber avec succès les « legal transplants » ou d'un niveau de développement insuffisant de la société dans son ensemble pour contribuer à la réception des « transplants ».

The purpose of this article is to discuss the transformative role of comparative law in the development of small nations with short legal histories, compelled to rely on borrowed ideas, concepts and regulations to create their own legal culture and reality. As a small country Estonia does not possess the necessary legal expertise or court practice in many specific areas. Here, comparative law in both of its functions – rules-based and context-based research – provides great help. The article explains how comparative law has been used in the framing of the Estonian system of civil law as well as of specific statutes. In the drafting process, a comparative law method was used to provide drafters with strategic options drawn from an array of legal systems, codes and provisions. The notion of legal transplants is widely used and explained, but in small countries, using transplants may be the only technique for building up a national legal system. The article also focuses on analysing whether the courts may use comparative law as a legal basis for developing private law. The last part of the article is dedicated to the use of comparative law in Estonian court practice, in order to illustrate that there are limits to using comparative law methods. Models of core countries may differ in their suitability because of the differences in ability to successfully absorb legal transplants or because the level of development of the society as a whole does not support the reception of transplants.

* . Professor, University of Tartu, Estonia. The research was supported by Estonian Science Foundation Grant 9301.

TABLE OF CONTENT

Introduction	587
1. Legal reforms and borrowings from foreign law in Estonian legal history	589
2. Interrelation between legal transplants and borrowing and a small country's national law	595
3. Legal grounds for use of comparative law by the courts	598
4. Comparative law in Estonian court practice	601
4.1 Interrelation between comparative method and interpretation of law.....	601
4.2 Use of legal practice with direct references to the donor legal system	604
4.3 Use of legal practice without references to donor legal system	605
Conclusion	609

Introduction

The multilayered functionality of comparative law lies in the ability to study foreign legal systems from a purely academic perspective or in its practical applications to explore¹ the similarities and dissimilarities of different phenomena. There are many methods used in contemporary international and intercultural research, but the predominant method consists of describing transplants and analyzing legal reception, with subsequent comparisons.² Especially attractive is functional comparative law, which offers well-grounded "better" solutions for identical problems in different legal systems. Comparative law today is interested not only in solutions and rules as outcomes of legal transformation, but also in historical context, functions of the rules within one legal system and interrelations with specific cultures or politics.³ The trend of moving away from a "law as rules" concept means that the understanding of law is something more than merely reading legal acts, comparing rules and searching for sources where the same technique of regulating common concepts

-
1. About the different functions of comparative law, see K. ZWEIFERT & H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 63 ff. (3rd ed. trans. T. Weir, 1998), p. 13.
 2. N. JANSEN, "Comparative law and comparative knowledge", in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, p. 306 (2006).
 3. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Traditions*, Oxford University Press (1996), explores the historical roots of transplants using the functional method of comparative law and is still widely used in Estonian legal science and also as obligatory source for all legal research papers of the students. A. Watson's idea of impossibility to compare and to transplant from legal systems without understanding the historical, cultural and internal perspectives of legal systems was not always followed by Estonian comparatists, if we take a closer look at publications and especially comments to legal acts. See M. REIMANN, "The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century", 50 *Am. J. Comp. L.* 671 (2002); C. VON BAR, "From Principles to Codification: Prospects for European Private Law", 8 *Col. J. Eur. L.* 379 (2002).

can be found.⁴ It is now a generally accepted view that law cannot be understood without an understanding of broader historical, socio-economic, psychological or ideological contexts.⁵ The difficulty lies in the fact that the contextual aspects of a legal system, and the determinants of its development, are prone to subjective assessments. Estonia, as a small country, does not possess the necessary expertise in many areas and still has difficulties with identifying and exploring its legal rules and theories. Here, the comparative law in both its functions – rules-based and context-based research – provides great help.

The purpose of this article is to discuss the transformative role of comparative law in the development of small nations with short legal histories, compelled to rely on borrowed ideas, concepts and regulations to create legal culture and reality. The article starts by explaining how comparative law has been used in the framing of the Estonian system of civil law and specific statutes. In the drafting process, the comparative law method was used to provide drafters with strategic options from an array of legal systems, codes and provisions. Comparative law as a method was used also in finding proper models for drafting laws. In the second part of the article, the role of transplants in the national legal system and possible ways of reception will be discussed. The notion of legal transplants is widely used and explained, but in small countries, the transplants may be the only technique used in building up a national legal system. The third section of the article focuses on an analysis of the courts, legal basis for using comparative law when developing new law. We can only predict what courts can do with comparative law, even if restricted by constitu-

-
4. M. Van HOECKE, M. WARRINGTON, "Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 47, 1998, 495, p. 530.
 5. P. LEGRAND, "What 'Legal Transplants?'" in: *Adapting Legal Cultures*, D. Nelken, J. Feest (eds), Hart Publishing, 2001, pp. 57-59; P. LEGRAND, "Against a European Civil Code", *The Modern Law Review* 1997, 60, pp. 425-428.

tional borders,⁶ by taking into account the accelerated influence of foreign law in developing national law.⁷

Comparison is a universal method of interpretation and its use should be distinguished between the areas governed by national law, international uniform law and EU law. The article is limited to comparative private law and comparison on the level of foreign national law. The last part of the article is dedicated to the use of comparative law in Estonian court practice to show that there are limits to using comparative law methods. Models of core countries may differ in their suitability because of the differences in ability to absorb legal transplants successfully⁸ or because the level of development of the entire society does not support the reception of transplants. Historical, socio-economic or political conditions of the model country may differ radically and lead to a rules-level comparison only. Here, the limited use of comparative law may cause a totally different interpretation and application of rules which have similar wording or content. Estonia is a good example of a small jurisdiction (1.3 million inhabitants) with a relatively low volume of activity,⁹ possessing a relatively young legal system.

1. Legal reforms and borrowings from foreign law in Estonian legal history

It is a well-known position in legal literature that transplanting ideas from a foreign system, especially from a system that

6. A. JANSSEN, R. SCHULZE, *Legal Cultures and Legal Transplants in Germany*, ERPL, 2011, 2, p. 246.

7. R. ZIMMERMANN, "Comparative law and the Europeanization of private law", M. Reimann, R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2008, p. 577.

8. D. BERKOWITZ, K. PISTOR, J.-F. RICHARD, "The Transplant Effect", 51 Am. J. Comp. L. 163, 2003 demonstrating empirically the effect of transplants on effectiveness of legal systems.

9. See K. E. DAVIS, "Law-making in small jurisdictions", *University of Toronto Law Journal*, 2006, 56, p. 154.

belongs to a different legal family, must be done with caution.¹⁰ In small countries, it is not so easy to define which foreign ideas may thrive in your legal system, and even if it will, in any way, harm your legal system if it is transplanted and adapted. It is not possible to understand the specific problems of small countries without knowing the historical roots of comparative law traditions in developing private law doctrines and legal scholarship or court practice.

In 1998 Estonian legal historian M. Luts-Sootak wrote:

It is unthinkable to perform an extensive legal reform that would really aim to change legal life, utilizing solely the amendment of legislation. A legal reform built on the idea of reception demands primarily great efforts in the field of jurisprudence. In an era of reforms, even dogmatic jurisprudence cannot lag behind legislation and confine itself to commenting upon and interpreting laws... it is not possible to limit oneself merely to a comparison of legislative solutions.¹¹

Much more is needed to use foreign law as a model for drafting legal acts and developing legal concepts. In Estonian legal history, three legal reforms have influenced private law system, establishing the tradition of legal borrowing and the use of comparative method in drafting national laws. The first private law reform on the territory of Estonia started in the second half of the 19th century and finished with the implementation of the first codification in 1865 – the Baltic Private Law Code.¹² The Baltic Private Law Code was the pandect civil code, stemming from the Germanic legal family.

-
10. B. MARKESINIS, J. FEDTKE, "The Judge as Comparatist", 80 Tul. L. Rev. 11, 2005, p. 55.
 11. M. LUTS, "Integration as Reception: University of Tartu Faculty of Law Case in 19th Century", (1998) 3, *Juridica International*, 130-141.
 12. T. ANEPAIO. 19. "sajandi õigusreform (Legal reform in 19th century)", 10, *Juridica*, 1997, 10, 490.

The modernization process of civil law resumed during the first independence, gained in 1918, and was nearly completed before the Soviet takeover in 1940. During the first independence, the draft Civil Code was prepared and finished in 1939 but never adopted. The first draft of Estonia's own Civil Code was based on comparative research and legal transplants, again mainly from the Germanic legal family. In the period of the Socialist legal system, which was established in 1940, the private law codes were drafted following the Soviet Bases of Civil Code,¹³ using no comparative law method.

The third civil law reform in Estonia started in 1991, after regaining independence. In 1992, the Estonian Parliament passed a resolution concerning the continuity of legislation.¹⁴ In practice, this meant that legal acts from the first period of independence were to be studied and, if possible, followed.¹⁵ The extensive legal reform at the legislative level began with great intensity; in nine years, all five parts of the Civil Code were adopted.¹⁶ For the court system this period was the most difficult, as practitioners were not supplied with commentaries, textbooks or studies on urgent problems. The first commentary on the Law of Obligations Act was published only in 2006.¹⁷ That period was characterized by 'revolutionary fever' as if the country wanted to compete with the constitutional legislator of the young French Republic of the late 18th

-
13. See J. PAJU, "Basic features of Estonian Property Law", (2000) 4, *ZeUP*, 87.
 14. Resolution of the *Riigikogu* (Estonian Parliament) concerning the continuity of legislation. *Riigi Teataja* (State Gazette) 1992, 52, 651 (in Estonian).
 15. I. KULL, "Reform of Contract Law in Estonia: Influences of Harmonisation of European Private Law", (2008) 14, *Juridica International*, 122.
 16. By now three of them – General Part of Civil Code Act, Family Law Act and Succession Law Act – have new redactions.
 17. P. VARUL *et al.* (eds), *Võlaõigusseadus. I, Üldosa: kommenteeritud väljaanne* (Law of Obligations Act. I, General Part: Commented edition), Tallinn, Juura, 2006 (in Estonian).

century. Estonia became an experimental field in Europe, becoming known as the "Estonians [who] experiment with themselves".¹⁸

It was clear to legal scholars in Estonia from the beginning that the goal should not be the creation of an original private law, but instead, a transplant from large jurisdictions.¹⁹ Small jurisdictions have a limit in economic and labour resources when developing their own theories and concepts. The timing for transplanting legal ideas and concepts was quite fortunate due to the fact that it coincided with the movements and events which we can now refer to as the harmonization of European private law: the Principles of European Contract Law (PECL) and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts were published;²⁰ the adoption of the new Dutch Civil Code,²¹ the final stage of the law of obligations reform in Germany.²² In addition, society was ready and willing to accept concepts and principles that originated from the "West".²³ The concept of transplants – cultural as well as legal – became for Estonian lawyers an everyday reality.²⁴

Lawmakers in small countries are also heavily dependent on international trade, to attract firms from other jurisdictions

18. M. LUTS, "The certainty/stronghold of law, the world of yesterday and today's weather", speech on the celebration of 90 years of the Supreme Court of Estonia, 14.01.2010. Available online: http://www.riigikohus.ee/vfs/927/Marju_Luts-Sootak_ENG.pdf.

19. P. VARUL, "Legal Policy Decisions and Choices in the Creation of New Private Law in Estonia", *Juridica International* 2000, 15, p. 105.

20. Part I of the PECL was published in 1995, which was revised in 2000 when Parts I and II were published and Part III was published in 2003. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT Principles) were first published in 1994 and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) had already been in operation for a decade.

21. *Burgerlijk Wetboek* (New Dutch Civil Code) was largely reformed in 1992.

22. Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, which was adopted in November 26, 2001 and in force as of January 1, 2002.

23. For possible arguments related to the acceptance of the foreign law, see MARKESINIS, FEDTKE, *supra* note 10, pp. 11-166.

24. A. BATRIČEVIĆ, *Legal transplants and the Code of Serbian Tsar Stephan Dushan: a Comparative Study*, Belgrade, 2007, pp. 5-6.

and multinational corporations.²⁵ Contextual arguments and quality of the source were, however, not the only decisive factors in choosing models from other legal systems. Personal and subjective factors were present in the reasoning and policy decisions behind the legislative processes. For example, the Law of Obligations Act (LOA)²⁶ and the General Part of the Civil Code Act (GPCCA)²⁷ were drafted after careful study of the civil codes of Germany, Austria, Switzerland, Italy, Netherlands, Quebec, Louisiana and the relevant *acquis communautaire*.²⁸ The choice was made in favour of the Germanic legal system because, among other reasons, the members of the drafting group had studied in Germany and were, therefore, more familiar with the legal system.

The preparation for the draft of the Law of Obligations Act was based on three civil codes: the German BGB (taking into consideration the reform proposals made by the Commission for the Revision of the Law of Obligations, BGB-KE),²⁹ the Swiss OR³⁰ and the Dutch *Burgelijk Wetboek*. These legal acts were chosen because they were already being used as the foundation for the reform of other legal acts in private law, and because these were "probably the closest to our legal system and its traditions".³¹ Besides this, the German Commercial Code and Insurance Contract Act played important roles, as well as other German laws regulat-

-
25. N. M. GAROUPA, A. I. OGUS, *A Strategic Interpretation of Legal Transplants*, CEPR Discussion Paper No. 4123, 2003, pp. 3-4.
 26. *Võlaõigusseadus* (Law of Obligations Act), adopted in September 26, 2001, in force as of July 1, 2002. In English see: www.legaltext.ee.
 27. *Tsiviilseadustiku üldosa seadus* (General Part of Civil Code Act), adopted in March 27, 2002 and in force as of July 1, 2002. Available in English: <https://www.riigiteataja.ee/tutvustus.html?m=3>.
 28. VARUL *et al.* (eds), *supra* note 17, §§ 1-207; VARUL, *supra* note 19, p. 110.
 29. Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992.
 30. Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht).
 31. See V. KÖVE, "Applicable Law in the Light of Modern Law of Obligations and Bases for the Preparation of the Law of Obligations Act", *Juridica International* 2001, 6, p. 36.

ing issues surrounding the law of obligations. Other models examined in the course of drafting include the Italian *Codice Civile*, the new Russian Civil Code (1995), legal acts of the American state of Louisiana, the Canadian province of Quebec, the Scandinavian countries (Sweden, Finland and Denmark, especially concerning contracts for the sale of goods and compensation for damage), the Czech Commercial Code and the Japanese Civil Code.³² All these sources were studied and used mainly on the basis of comparison of rules, but also by taking into account contextual aspects of legal regulation. Due to the urgent need to adapt new laws supporting the development of the Estonian socio-economic system, all the model countries had to be studied and analyzed within a very short time (1996-2001³³). To prepare the market, and the entire society, for adapting foreign ideas, the translations of German textbooks and legal acts were provided and used from the beginning of the drafting process. Foreign professors were also used as experts.

Today we may say that the result is comparable to cherry-picking, in that the Estonian private law system comprises the best solutions hand selected from different national, international and model laws, grouping together various restructured and modified concepts.³⁴ Although some feared that this technique might cause problems in determining the main features of legal system³⁵ or in identifying the principles behind the rule interpretation and application, the process itself was quite successful. As of now,

32. *Id.*, p. 36.

33. About the period of preparation of the law, see VARUL, *supra* note 19, pp. 104-118; P. VARUL, *The Creation of New Estonian Private Law. European Review of Private Law*, 2008, pp. 97-111.

34. About the borrowing and transplanting from other legal systems in preparing civil laws of Estonia see: M. KÄERDI, "Estonia and the New Civil Law", in: H. L. Mac Queen *et al.* (eds.), *Regional Private Laws and Codification in Europe*, 2003, pp. 250-251.

35. Borrowing from many sources may also create certain ambiguities in regulations and may cause misunderstanding in attempts to apply Estonian law. See for example, S. M. KIERKEGAARD, "Declaration of Intent: A Legal Conundrum?", *Review of Central and East European Law* 2004, 29, No. 4, pp. 457-473.

three parts of the Civil Code have been rewritten (General Part of the Civil Code Act in 2001, Family Law Act in 2009,³⁶ Law of Succession Act in 2008³⁷), as well as the Law of Obligations Act (from 2001, in force from 2002). The Law of Property Act (1993³⁸) was amended in 2002 due to the adoption of the Law of Obligations Act, but main concepts and regulations were not changed.

2. Interrelation between legal transplants and borrowing and a small country's national law

Comparative law can be used in many ways and for many purposes. The role of comparative knowledge in small countries is determined by the fact that most of its legislation, legal theories and concepts are borrowed from foreign legal systems. Here the difference between reception and transplantation must be acknowledged. Transplantation can be described as a process whereby a legal phenomenon is transferred to another geographic area or culture. A more generally accepted description is a situation where a norm of a legal culture or legal theory is taken to another geographical area by enacting legislation regardless of its original implementation background. Reception is the outcome or result of the transfer of a legal norm or a body of norms, legal concepts and legal theory from foreign countries.³⁹

A mere transfer of a norm may mean its successful transformation, but may not result in the proposed effect that a reception of the whole normative construct would have caused. The transfer of a norm must be accompanied by the transfer of the corresponding method, system and conceptual basis. However, the

36. Family Law Act, in force from 01.07.2010. Available in English: <https://www.riigiteataja.ee/tutvustus.html?m=3>.

37. Law of Succession Act, in force from 01.01.2009. Available in English: <https://www.riigiteataja.ee/tutvustus.html?m=3>.

38. Law of Property Act, in force from 01.12.1993. Available in English: <https://www.riigiteataja.ee/tutvustus.html?m=3>.

39. LUTS, *supra* note 11, pp. 130-133.

opinion that legal transplantation will open the gate for foreign legal theories and legal thinking is still disputable. Alan Watson, who coined the term "legal transplant",⁴⁰ has become influential for many other scholars who found the concept debatable and argued that the term "legal transplant" may oversimplify the real meaning of the process of transplanting of foreign law. Gunther Teubner⁴¹ proposed the term "legal irritant" instead of "legal transplant", explaining that borrowing is also irritating, and transplants do not conserve the same original content because of the strong influence by new legal environment and legal culture. In contemporary legal literature, the term "legal transplants" is mostly used in the context of legislative "borrowing" from other legal systems but can be used also in a broader sense than merely borrowing legal rules.⁴² Concepts from foreign legal systems influence not only legislators but also drafters of private contracts. This is inevitable in small countries where cross-border trade constitutes a bigger part of commercial activities.⁴³

Today, the argument that foreign law may influence national law in the process of borrowing and communication between societies is widely recognized. Legal concepts can also be transferred effectively without a simultaneous and complementary

40. A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2nd ed. 1993; H. FLEISCHER, "Legal Transplants in European Company Law – The Case of Fiduciary Duties", 2 (2006) 3, *ECFR*, 378.

41. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, 61 *Modern L. Rev.* 11, p. 12: "But 'transplant' creates the wrong impression that after a difficult surgical operation the transferred material will remain identical with itself playing its old role in the new organism. Accordingly, it comes down to the narrow alternative: repulsion or integration.... 'Legal irritants' cannot be domesticated; they are not transformed from something alien into something familiar, not adapted to a new cultural context, rather they will unleash an evolutionary dynamic in which the external rule's meaning will be reconstructed and the internal context will undergo fundamental change."

42. About the borrowing in the contract-drafting field see H. SCHWEITZER, "Private Legal Transplants in Negotiated Deals", (2007) 1, *ECFR*, 84.

43. In 2011, the exports of Estonian goods and services rose 25% year-on-year. The total exports of goods and services amounted to EUR 14.8 billion.

change in other social fields.⁴⁴ Countries in transformation may even face the problem that the legal system has to be developed before changes in society take place. The Estonian experience in reforming civil law was arguably a reverse process – there was no adoption of law in response to changes in social relations; rather, changes to the law triggered societal change. Of course, the Estonian experience could be proof that there is no direct relationship between statutory law and society or culture, or it can be interpreted as proof that these interrelations are weaker than one may expect. Success in building up the national legal system from different pieces is based mainly on the decision to choose one basic legal system for an entire private law codification. Here again, Estonia's specific socio-economic, historical, cultural and even linguistic conditions may be decisive elements of the final model of national legal system and its successful functioning. Finally, the importance of the influences from the donor country should not be overestimated. Lawmakers regard foreign systems as very valuable tools for changing their own system. The main value of comparative law is the insights it gives into legal change and into the relationship of law and society. External factors may become important in the development of a legal system, in understanding its peculiarities. It is important to analyze the history of a specific norm in the context of the whole legal system – how it interacts with other rules, what are the consequences of the transplant, and how it should be interpreted in compliance with other legal institutions. There is always a risk that importation of legal concepts does not guarantee their functioning in the receiving country and that their meaning may simply be misconstrued.

B. Markesinis and J. Fedtke present the major pragmatic argument that foreign law offers a distinct justification for a legal result in that foreign law contains useful lessons for domestic law.⁴⁵ J. Bell⁴⁶ distinguishes between the process of discovery (how

44. TEUBNER, *supra* note 41, p. 22.

45. See MARKESINIS, FEDTKE, *supra* note 10, p. 14 ff.

we should go about making a decision) and the process of justifying the decision (why anyone should accept our decision as correct in law). One cannot disagree that the examination of foreign legal arguments as part of the process of discovering what the law is does not mean that these arguments provide a justification for a decision by a judge. Discussion about the possibility of using foreign law in interpreting national law and the methods of justification give rise to the question of the legal grounds for using foreign law.

3. Legal grounds for use of comparative law by the courts

The traditional classification of legal systems based on source has been criticized in legal literature for decades, but no other possible grounds have since been proposed. Following the traditional division of national legal systems we may say that Estonia belongs to the Germanic legal family. The sources of civil law in Estonia are legal acts and custom (Article 1 (1) of the GPCLA). Custom arises from the continuing use of certain rules of behaviour if the people involved consider it legally binding (Article 1 (2) of the GPCCA). In the case of annulment of a judgment by the Supreme Court and referral of the matter for a new hearing, the positions set out in a judgment of the Supreme Court on the interpretation and application of a provision of law are mandatory for the court conducting a new hearing of the same matter. However, interpretations given to legal rules or filling the gaps in the law by the Supreme Court may become part of the legal system if it is generally followed also in subsequent judgments as customary law. Thus, the meaning of "the law of precedent" is not entirely unfamiliar to Estonian lawyers.

Courts have limited possibilities to use comparative methods. First of all, it is not easy to find and access foreign law. The comparative method also involves uncovering differences between actual solutions. The question is whether the courts should be

46. J. BELL, "The relevance of foreign examples to legal development", (2001) 21, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 431 à la p. 432.

free from conceptual context and national doctrine, seeing solutions only in the light of their ability to satisfy a particular legal need.⁴⁷ Bell defines three situations where foreign law can be used by national courts. The first occasion arises when the state is a member of a treaty, and by citing a decision from another national court of a state party to the treaty, the court will justify its decision. The second situation arises from the fact that European Union law uses the concept of "principles common to the constitutional traditions of Member States" and this, under Article 308 of the European Community Treaty, serves as a basis for the creation of European Community law. This concept suggests that there might be some principles of law that are shared between states.⁴⁸ The third situation arises when the relevancy of foreign law is evident, but the legal bases for using it as one of the domestic legal system's sources are missing. Here, the Estonian example might be interesting as a solution for finding proper legal ground for using foreign law.

The position of the Estonian Supreme Court has always been very liberal-minded in forming its rules regarding how and when to use foreign law in solving domestic cases. Foreign law can be used by Estonian courts if: (i) in Estonian law the provision has never been applied, (ii) there is a parallel or analogous provision in other legal systems, (iii) there is a relevant court practice in other legal systems and (iv) the state's legal system and court practice is similar to that in Estonia.⁴⁹ Following the instructions given by the Estonian Supreme Court, the use of comparative method starts with a particular question and proceeds to finding previous interpretations or applications of the rule, finding proper sources for

47. ZWEIGERT, KÖTZ, *supra* note 1, pp. 33-46.

48. BELL, *supra* note 46, p. 433.

49. Civil Chamber of the Estonian Supreme Court explained the use of foreign law by the courts first time in the judgments from February 11, 2003 in the civil case No. 3-2-1-9-03 following with judgments from December 21, 2004 (civil case No. 3-2-1-145-04), December 9, 2008 (civil case No. 3-2-1-103-08) and October 12, 2011 (civil case No. 3-2-1-90-11).

comparative material and interpretation of it for the national legal system only.⁵⁰ Here, we see that the Estonian Supreme Court defines in its instructions the core elements of comparative law: finding a similar legal system and similar law, researching contextual elements of the regulation, and studying the differences between the possible solutions in different national legal systems. The task is not easy, especially in cases involving questions of interpretation.

Thus, the use of comparative law is left only for cases where the local law is open to interpretation, where very complex regulations and institutions were used.⁵¹ Small jurisdictions often use transplants from large jurisdictions where the rules are more complex for very pragmatic reasons; namely, because lawmakers in a large jurisdiction will naturally tend to invest greater resources in analysis of the content and functioning of the rules.⁵² That should encourage the courts of small jurisdictions to look into court practices of countries with similar legal systems, but not only in cases where there is an "open" rule to interpret.

Today, comparative law is not only a method, but also a field of substantive knowledge.⁵³ The question becomes: where to find a proper law? For small jurisdictions, the European projects in the field of harmonization of private law involving editing a collection of substantive law and court cases from different legal systems are of great help. The Draft Common Frame of Reference, consisting of six books of black letter rules and comparative material in private law, acts as basic material for searching and finding solutions to questions of national law. Furthermore, language skills play an important role in using comparative sources by national courts. Courts usually are limited by their own problems. However, if judges use foreign law, the question is always, to what

-
50. This is called national comparative law by ZWEIGERT, KÖTZ, *supra* note 1, p. 44.
51. It is not proved that small jurisdictions have simple rules and vice versa. See DAVIS, *supra* note 9, p. 170.
52. *Id.*, p. 172.
53. REIMANN, *supra* note 3, p. 684.

purpose is it being used? Should judges compare only rules or also context, application, cultural background, economic environment? In reality, courts use foreign law only if it is brought to their attention by the parties, if it is a very complicated question or if they would like to be sure that a higher court will not overrule the decision. Usually it is not a comparative use, but only the use of court practice⁵⁴ applied in the same situation.

4. Comparative law in Estonian court practice

4.1 Interrelation between comparative method and interpretation of law

Using comparative method in judicial process starts usually in the first stage from the study of foreign legal texts to find out similarities between the national law and foreign legal sources. This process involves an analysis and comparison of texts, study of the history of rules, underlying reasons that guided their formulation and other important information to get a logically complete and consistent picture of the mechanism of the legal regulation. Sometimes, the utilitarian principles and arguments brought up in choosing the final solution are also studied.⁵⁵ It may help understand the basic principles of the rule and its application or justifications in adapting the rule. But this is the first step in

-
54. Article 14: Communication of judgments applying this Regulation.1. Member States shall ensure that final judgments of their courts applying the rules of this Regulation are communicated without undue delay to the Commission. 2. The Commission shall set up a system which allows the information concerning the judgments referred to in paragraph 1 and relevant judgments of the Court of Justice of the European Union to be consulted. That system shall be accessible to the public. See: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/regulation_sales_law_en.pdf.
55. R. G. BARBOSA, "The philosophical approaches to intellectual property and legal transplants. The Mexican Supreme Court and NAFTA Article 1705", *Houston Journal of International Law*, vol. 31, no 3, 2009, pp. 515 – 564.

comparative research; it is only in the second step where different systems are compared. N. Jansen analyses⁵⁶ the meaning of comparison and comparative judgment, positing that comparison is constructing relations of similarity and dissimilarity that are based on full factual description. There are two historical approaches involved in comparative research – the common core and the better rules approach. The common core approach may lead to the discovery of differences without understanding the real degree or reasons to it. The comparative research based on better rule approach may overlook the fact that differences might be products of different legal terminology found in legal systems. In both cases, comparative knowledge may be used to justify normative statements but not as a proof of truth or superiority.

Legislative process and realization of laws are both factual components of rationalizing a legal order.⁵⁷ The process of constituting a legal norm, e.g. the determination of the meaning of legal rules, is a part of application practice where the courts can use foreign law and comparative law generally, mainly as a method of interpretation of law. The criteria of whether legal norms are complied with or not are established by the practice that has developed in a rule-of-law society; a departure from or non-adherence to that practice by the applier of law will change the content of the legal norm and constitute the creation of a new rule.⁵⁸ If there is no written law and there are gaps in the statutory legal system, the custom of a country takes precedence over other sources of law.⁵⁹

In the first GPCCA of Estonia, 1994, the rules on interpretation of legal acts (Article 2) provided that "Interpretation of an Act shall be based on the ordinary meaning of words used in the Act

56. JANSSEN, *supra* note 2, pp. 312-314.

57. R. NARITS, "About the Meaning of the Legal Aspect of Practical Semantics in Estonian Legal Order", (2000) 5, *Juridica International*, 11.

58. See D. BUSSE, "Zum Regel-Charakter von Normtextbedeutungen und Rechtsnormen", (1988) 19, *Rechtstheorie*, 310, 311.

59. A. AARNIO, *Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja*. Juva, 1989, p. 253.

unless a specific meaning of the words is expressly used in the Act (1); If a word has several ordinary meanings, the meaning which best conforms to the purpose of the Act being interpreted shall be used (2) and A provision of an Act shall be interpreted together with the other provisions of the Act based on the purpose of the Act (3)". Here, the legislator has clearly given priority to linguistic interpretation, which means that the legislator was of the opinion that without linguistic interpretation it is not possible to understand the intent and purpose of the GPCCA. Such an approach seemed to be fully justified, and critics of the idea of changing the principles order of interpretation did not accept the logic that any interpretation of a law should not first be based on its text. The question was about the possibility of regulating the order of interpretation, and the possibility of beginning interpretation with a systematic interpretation and continuing with an objective, teleological interpretation.⁶⁰ However, this critique was not taken into account, and in 1996 the method of systematic interpretation based on the purpose of the act was moved to the first position and the method of grammatical-semantic interpretation was moved to the second and third positions⁶¹). The new version of the GPCCA adopted in 2001⁶² consists of only one sentence, which provides that provisions of legal acts shall be interpreted together with the other provisions pursuant to the wording, spirit and purpose of the legal acts. As we see, there is no hierarchy of interpretation methods and courts are free to decide in which order the legal acts will be interpreted.

60. R. NARITS, Interpretation of Law in the Estonian Legal System, (1996) 1, *Juridica*, 11-16.

61. GPCCA (1994 with the amendments from 1996): § 2. Interpretation of Acts. (1) A provision of an Act shall be interpreted together with the other provisions of the Act based on the purpose of the Act. (2) Interpretation of an Act shall be based on the ordinary meaning of words used in the Act unless a specific meaning of the words is expressly used in the Act. (3) If a word has several ordinary meanings, the meaning that best conforms to the purpose of the Act being interpreted shall be used.

62. See *supra* note 27.

Estonian Supreme Court judgments are long, structured texts. Often through *obiter dicta*, they provide context for different opinions, thoroughly explore a relevant area of law, or provide explanations of previous judgments or a hypothetical set of facts, explaining how the court believes the law would apply to those facts. These parts of the judgments are not binding, but may consist of rules accepted by the Supreme Court as customary law. The Criminal Chamber and the Administrative Law Chamber of the Supreme Court have been modest in supporting the use of foreign law (one judgment in each), whereas the Chamber of Constitutional Review (four judgments) and the Civil Chamber of the Estonian Supreme Court (five judgments) have been more open to foreign sources. In most cases the references were made to German legal acts or doctrine.

4.2 Use of legal practice with direct references to the donor legal system

There are judgments where direct references to foreign court practice were made. A useful example is an Estonian defamation case involving the liability of Internet intermediaries for the publication of insulting commentaries. In the judgment, the Estonian Supreme Court refers to the German court practice with direct reference to the judgment of BGH VI ZR 101/06, 27.03.2007. In dynamic fields of law the use of the comparative method is reasonable, and references to relevant cases from other legal systems should not depend on the similarities or differences between legal systems as expressions of the process of globalization of law.⁶³ Direct reference to foreign court practice was made also in the case where the concept of business secret was applied, here the reference was made through the scholarly writings.⁶⁴ Another example of the use of foreign law is a 2011 judgment, in which the Estonian Supreme Court⁶⁵ held that the German Supreme Court's

63. JANSSEN, SCHULZE, *supra* note 6, p. 237.

64. Judgment of the Estonian Supreme Court from December 9, 2008 in the civil case No. 3-2-1-103-08.

65. Judgment of the Estonian Supreme Court from October 12, 2011 in the civil case No. 3-2-1-90-11.

application of the Property Law Act concerning the determination of remuneration for the use of a public road in order to access an immovable (Article 156 of the Property Law Act) is an established source for interpreting and applying Estonian law. The Estonian Supreme Court found that this rule should ultimately be interpreted further, going beyond the interpretation given by German Supreme Court.

4.3 Use of legal practice without references to donor legal system

There are cases in which the Supreme Court took into account foreign legal practice that was directly applied in lower courts without any references afterwards to that practice. One of the most recent cases was the application of the concept of change of circumstances under Article 97 of the Estonian Law of Obligations Act.⁶⁶ German court practice was used as a source for main arguments in assessing the change of balance between the obligations of the parties due to the financial crises by first instance court. First instance court refers to the commentaries of the German Civil Code, where the difference between two situations should be changed at least 50 % to be qualified as essential change of circumstances. Circuit Court did not consider the German court practice as a relevant source, but the Supreme Court overruled the judgment, explaining that the difference between value and price of the assets exceeding 50 % can be used as bases for the claim under the concept of change of circumstances, but without any references to German legal theory or court practice.

Foreign law was also used in interpretation of Article 143 of the Law of Obligations Act. There are three judgments⁶⁷ of the Su-

66. Judgment of the Estonian Supreme Court from October 26, 2010 in the civil case No. 3-2-1-76-10.

67. See the Supreme Court judgments from March 23, 2006 in the civil case No. 3-2-1-8-06, from November 5, 2008 in the civil case No. 3-2-1-89-08 and from December 8, 2009 in the civil case No. 3-2-1-126-09.

preme Court concerning the meaning of the contract of consumer surety provided for in Article 143 of the LOA. Article 143 of the LOA states that contract of consumer surety is void if the maximum amount of money covered by the liability of the surety is not agreed upon. The aim of such a rule is to limit the liability of the consumer, and to point the consumer's attention to the sum she or he can be held liable for.⁶⁸ The rule was transplanted from Article 493 (1) of the Swiss Code of Obligations.⁶⁹ Under the court practice established by Swiss courts, the Estonian Supreme Court established a rule whereby a person who can be qualified as acting outside his or her economic interests is not a person who provided surety by holding all or majority shareholding in the company. In the beginning of the financial crisis (end of 2008 and beginning of 2009) suretyship was demanded from the shareholders of the company or members of the management board, often in an amount upwards of ten times more than the share capital paid into the limited liability company.⁷⁰ Under the interpretation of the Estonian Supreme Court, most of the members of the board or management became non-consumers and outside the protective rules applicable to consumers as sureties. The majority of the public considered it as an unfair solution⁷¹ and the Ministry of

68. Commented edition of the Estonian Law of Obligations Act provides full overview of sources used in borrowing and transplanting legal concepts or legal theories. For example, comments to Article 143 of the LOA refer to Article 493 (1) of the Swiss Code of Obligations (*Schweizerische Zivilgesetzbuch. Fünfter Teil: Obligationenrecht*). Under the Swiss law the contract of surety is valid only where the surety makes a written declaration and indicates in the surety bond the maximum amount for which he is liable. Where the surety is a natural person, his declaration must additionally be done in the form of a public deed in conformity with the rules in force at the place where the instrument is drawn up. Where the liability under surety does not exceed the sum of 2,000 francs, it is sufficient for the surety to indicate the amount for which he is liable and the existence of joint and several liability, if any, in his own hand in the surety bond itself.

69. Law of Obligations Act; see *supra* note 2, commented edition, art. 143.

70. This argument has been used at least once by the lower court referred in the Supreme Court judgment from November 5, 2008 in the civil case No. 3-2-1-89-08.

71. Also the rule stated in Art. 7:857 of the Dutch Civil Code states that the provisions of the section covering suretyship given by a natural person

Justice reacted to this situation by amending the law. At present, the law provides that all natural persons who are obliged under the contract of suretyship are consumers, and now the members of the management or shareholders as sureties enjoy the full protection provided for consumers.

Swiss law was used also in a 2008 case,⁷² in which the main question was how to interpret the rule which provides to the acquirer the right to revoke a residential or business lease contract within three months' transfer, or encumbrance of the object of a lease if the acquirer urgently needs the leased premises (Article 323 of the LOA). This rule was transplanted from the Swiss Code of Obligations Article 261. Lower courts made references to the comments of the Swiss Code of Obligations where very wide interpretation of the rule was described. The Supreme Court did not apply the wide interpretation from Swiss law, explaining that in the given circumstances, the interpretation based on Swiss law is not acceptable. It was done without any references to reasons as to why the interpretation of the donor legal system was not applicable.

One of the most interesting examples is the doctrine of strict liability in cases of non-conformity of the purchased goods. In Estonia, issues regarding a contract of sale are governed by the LOA, in which the regulation of the contract of sale derives mainly from the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the German Civil Code, and the regulation of general rules on liability for non-performance from the PECL.

apply only to suretyship entered into by a natural person acting neither in the conduct of a profession or business, nor for the benefit of the normal exploitation of the business of a company limited by shares or a private company with limited liability of which he is a director and in which, alone or with his co-directors, he holds a majority of the shares, see H. WARENDOR *et al.* (transl.), *The Civil Code of the Netherlands*, Kluwer Law International, 2009, p. 898.

72. Judgment of the Supreme Court from April 23, 2008 in the civil case No. 3-2-1-20-08.

General rules on liability for non-performance can be found in Articles 100 to 107 of the LOA and general rules on specific remedies in Articles 108 to 118. General rules will apply only if there are no special rules, which in the case of sales law are provided for in Articles 208 to 224 of the LOA. Estonian law follows in general terms the principle of liability based on excusability. Article 103 (1) of the LOA equates liability with a lack of excuse for non-performance, i.e., if the actions of the breaching party are not legally excusable, it entitles the other party to implement available legal remedies in consequence of the non-performance. The general regulation found in LOA is thus basically the same as the one set forth in PECL Article 8 (1). Even when the breach is excused under law, it necessarily entitles the other party to resort to legal remedies provided in Article 105 of the LOA (likewise in PECL Article 8:101 (2)) such as refusal to perform, unilateral termination of contract, and reduction in payment, or, in the case of commercial transactions, the imposition of interest for late payment.

According to the LOA, strict liability is applied as a rule upon breach of contract, which means that the obligor is released from liability only in cases of *force majeure*. Legal literature in Estonia has adopted a position regarding the sale contract stating that the seller who has delivered defective goods cannot be released from liability even in cases of *force majeure*, which essentially means the seller's absolute liability. Unlike the principle arising from Article 311a of the German Civil Code, the seller's unawareness of the non-conformity of the goods is absolutely insignificant according to Estonian law. According to the comments on Article 218 of the LOA, the provision serves as a special provision to Article 103 of the LOA, for which case the law provides that a person shall be liable for non-performance regardless of whether the non-performance is excused and, as a result, the seller cannot be released from liability for the delivery of defective goods, even though it could be excused. Hence, the comments of the LOA have assumed the position that the seller is liable with no exceptions (i.e., even in the case of *force majeure*) for the defects that the goods have at the moment when the risk is passed. This, in turn, means that the seller is no longer subject to strict liability but ab-

solute liability. This interpretation has been emphasised by the Supreme Court in a number of judgments,⁷³ even after legal scholars published very strong critiques.⁷⁴ In the first comments to the provisions regulating the liability in contractual relations, the position was not very clear (the first comments to the LOA were published in 2006).⁷⁵

Conclusion

In conclusion, the court practice available in Estonia shows that foreign law can be used quite successfully at the level of comparative court practice. Finding foreign legal rules is not a difficult task, as there is a tradition in Estonia to provide comments to the legal acts with references to the donor legal systems. However, I have some doubts about the possibility that lower courts would use foreign law in the future without instigation by the parties' lawyers during court proceedings. Only the Supreme Court has the resources to carry out comparative research, study court practice and go through legal literature. The behaviour of society in different countries under the same rules can vary largely. In addition, even if economic differences disappear, cultural differences still largely remain. Therefore, foreign law cannot be a completely new argument, but provides additional support to the arguments already available in the domestic legal system.⁷⁶ M. Reimann aptly sums up the use of comparative law in court: its underlying con-

73. Judgments of the Estonian Supreme Court from November 30, 2005, in the civil case No. 3-2-1-131-05 and from September 26, 2007 in the civil case No. 3-2-1-71-07. Latest judgment is from February 8, 2012 in the civil case No. 3-2-1-156-11 where Supreme Court repeated already previously explained principles of liability of the seller for non-conform goods.

74. See A. VÄRV, P. KARU, "The Seller's Liability in the Event of Lack of Conformity of Goods", *Juridica International* 2009, 16, pp. 87-91.

75. Explaining the principles of strict liability, the interpretation given to the interrelation between articles 103 and 218 of the LOA was described as a position which could obviously be discussed; P. VARUL *et al.*, *supra* note 17, p. 392.

76. BELL, *supra* note 46, p. 460

ception of law is positivist, its methods are rather simplistic, and its goals are consciously one-sided.⁷⁷

Countries like Estonia, which, at the end of the twentieth century, had an obligation to restore – and an opportunity to renew – its legal systems, provide a litmus test for the use of foreign law in modern European private law. However, if the method is only on the level of rules, without further attempts to understand the complexity of the foreign legal system, legal culture and political-economic situation, it is still too expensive and burdensome a task for all courts to follow. The Proposal of the European Commission from 10.11.2011 on a Common European Sales Law provides that Member States shall ensure that final judgments of their courts applying the rules of the Regulation are communicated without undue delay to the Commission. The Commission shall set up a system that allows the consultation of information concerning the judgments of Member States and relevant judgments of the Court of Justice of the European Union.⁷⁸ This will provide us with a collection of the judgments but does not ensure that the future judgments will be made on the bases of comparison. Here, the comparative lawyers should provide proper material to satisfy the needs of courts. Therefore, the use of comparative law in developing a national legal system is possible, but has very limited possibilities.

77. REIMANN, *supra* note 3, p. 692.

78. European Commission proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Brussels, 11.10.2011, COM (2011) 635 final.