

Propos de synthèse sur (biens-)fonds de patrimoine

Jean-Claude Gémard

Volume 38, Number 2, 2008

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027044ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027044ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Gémard, J.-C. (2008). Propos de synthèse sur (biens-)fonds de patrimoine. *Revue générale de droit*, 38(2), 495–513. <https://doi.org/10.7202/1027044ar>

Propos de synthèse sur (biens-)fonds de patrimoine

JEAN-CLAUDE GÉMAR

Professeur émérite, département de linguistique et traduction,
Université de Montréal

SOMMAIRE

1. Des mots et des choses : langage de Thémis, tangage du droit	497
2. Du statut des biens et de quelques effets qu'ils entraînent.....	503
3. Limites du langage, limites du droit.....	508

1. L'idée de confier à un jurilinguiste — traducteur de surcroît! — la tâche suprêmement délicate de produire la synthèse de deux journées de débats entre chercheurs de groupes et de centres de recherche nationaux et étrangers, échanges portant sur la terminologie relative aux « modèles propriétaires au XXI^e siècle », était un pari aussi audacieux que risqué de la part des organisateurs de l'événement. Le risque étant que, suivant sa nature, le jurilinguiste se mêlât d'aller chercher, sous le pavé des mots, la plage du sens, avec son faisceau d'interprétations. Pari que ledit jurilinguiste s'est efforcé de relever, enhardi par les propos, empreints d'une grande humilité, de Paul-André Crépeau, professeur émérite, qui présidait la première séance et pria l'assistance de pardonner les lacunes éventuelles de qui n'était pas un spécialiste reconnu du droit des biens¹. *Magister dixit : non omnia possumus omnes...*

1. Quoiqu'il ait appelé le législateur à « la réglementation du droit de superficie ». Voir Paul-André CRÉPEAU, « Préface », *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, Projet de Code civil, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. xxxiv.

2. Dans son discours d'ouverture du colloque, Jean-Guy Belley, alors directeur du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, rappela la « dérive sémantique » dont Michel Foucault parle dans *Les mots et les choses* et qui fait prendre conscience de l'évolution des mots, notions et concepts scientifiques à travers les siècles. Le droit et son langage y sont également soumis, dont des institutions et des termes premiers aussi symboliques que « bien » et « propriété », au moins dans les deux principaux systèmes juridiques de la planète, soit la famille romano-germanique et celle de la common law.

3. Le droit remonte aux sources de la civilisation, de chaque langue et de la culture qu'elle porte. Phénomène local par nature (*locus regit actum*), il franchit difficilement les frontières : « Plaisante justice qu'une rivière borne! Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà! », ironise Pascal (*Pensées* 294). Les mots du droit expriment en quelques signes l'histoire, plus souvent complexe et tortueuse que tranquille et linéaire, d'une notion, d'une institution.

4. Le langage du droit d'un pays exprime en conséquence et au plus haut degré la charge historique d'une notion, d'une institution. Le mot « droit » lui-même — tout comme ses équivalents anglais *law*, allemand *Recht* ou espagnol *derecho* — évoque un cadre unique définissant une situation et un état propres à une tradition juridique singulière attachée à une nation et à une culture séculaires voire millénaires. Leur traduction dans une autre langue, lorsque cela est possible, rend rarement justice à la complexité de la notion fondamentale dont chacun de ces termes est porteur (cf. *common law*, *Equity*, *trust*, etc.)².

5. Suivant une démarche scientifique classique, le chercheur commence par définir les termes et les notions qu'il entreprend de traiter avant d'en analyser les fonctions et d'en exposer ensuite les limites. Étant donné la place éminente qu'occupaient, dans ce colloque, les termes « bien » et « propriété », je

2. Un bel exemple nous en est fourni lorsque le gouvernement du Canada, désirant responsabiliser davantage les fonctions des serviteurs de l'appareil d'État, a cru bon d'introduire un nouveau concept dans le langage du droit, « l'imputabilité ». Calqué sur l'anglais *imputability*, ce terme est un barbarisme car, au contraire de l'anglais, il n'existe pas dans ce sens-là en français, que dessert amplement le terme de « responsabilité » (du gouvernement, des ministres).

me suis livré à une petite (en regard du travail d'érudition réalisé par Laurent Pfister) recherche terminologique et notionnelle dans quelques ouvrages, spécialisés ou non en droit.

1. DES MOTS ET DES CHOSES : LANGAGE DE THÉMIS, TANGAGE DU DROIT

6. Le mot « bien », selon Anne-Marie Patault dans le *Dictionnaire de la culture juridique*³, lorsqu'il est utilisé au singulier, évoque ce qui valorise moralement et socialement la personne humaine : faire le bien. Mais au pluriel il désigne ce que l'on valorise matériellement : cette personne possède de nombreux biens. Sur son avers, ce terme bifrons présente sa face morale et sur son revers, son contraire — ou presque —, sa face matérielle.

7. La notion morale met la personne en relation avec les autres, alors que la notion matérielle renvoie à la personne, mais dans son rapport avec ses possessions. C'est dans ce dernier sens — faut-il s'en étonner? — que le droit conçoit les biens. L'histoire du droit nous montre à quel point le sens de ce mot a évolué au cours des siècles depuis les Francs et leur conception germanique de l'individu intégré à son environnement, dont certains aspects ne manquent pas d'évoquer, pour les Canadiens, les coutumes et les traditions de leurs autochtones pour qui la terre n'est ni un bien patrimonial ni un bien commun : elle échappe à toute forme d'appropriation. Alors que, dans la tradition civiliste, dans le langage du Code, au terme des événements, accidents et turbulences d'une histoire pleine de bruit et de fureur, la terre devient un « bien-fonds » (syn. : « héritage », terme en voie de disparition dans ce sens), un (bien) « immeuble » finalement approprié. L'écoulement du temps est aussi de l'essence diachronique du concept, ce qui rejoint sans doute ce que Hegel entendait par « la patience du concept ».

8. Quant à l'antonyme du « bien immeuble », soit le terme « bien meuble »⁴, ses attributs essentiels sont regroupés sous

3. Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, voir « biens », p. 130 et suiv.

4. Qui s'écrivait *moeble* (vers 1165), puis *moble* (vers 1170) avant de prendre sa forme actuelle : meuble en 1238. Voir Alain REY, *Le Robert. Dictionnaire historique*

le terme *capitale*, vocable issu du latin juridique, au sens de « bien, patrimoine », puis « cheptel », terme qualifiant un type de contrat de bail conclu sur l'entretien du bétail et désignant, par métonymie, le bétail concerné. Ce sens est encore en usage aujourd'hui : cheptel bovin/ovin/porcin, etc. Le terme *capitale* est défini comme « ce qui fait l'essentiel d'un bien » (IX^e siècle)⁵. En vieux français, il a donné « chatel » (cf. le *chattel* de la common law), « catel » (*cattle*, en anglais) et « chetel » (cf. « cheptel »), mots qui sont sortis de l'usage au XV^e siècle, même si ce dernier, « chetel », n'a gardé, à partir du XIII^e siècle, que le sens de « bétail considéré comme un capital » (v. 1260). On constate que les liens de famille entre l'anglais, le français et le latin, pour ce qui ressort du langage du droit en particulier, sont aussi anciens que solides.

9. Aujourd'hui, la notion de « biens », chez plusieurs auteurs, s'étend à l'incorporel. On y retrouve cependant la trace du droit coutumier où la mise en *valeur* (voir l'article érudit de Roderick Macdonald sur ce point) de la terre est considérée comme un bien. Dans le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, le terme « bien » est défini ainsi dans son sens premier : « Toute chose matérielle susceptible d'appropriation⁶ ». Dans le *Lexique des termes juridiques*⁷ « bien » est défini comme suit : « Tout droit subjectif patrimonial⁸ ».

10. Qui plus est, le législateur québécois, à l'article premier de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 — citée dans le *Dictionnaire de droit québécois et canadien*⁹ —, définit le terme

de la langue française, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1993, p. 1237-1238. Quant à son antonyme, immeuble, il s'écrivait *immobile* (vers 1200) et apparaît dans l'expression *biens immobiliés* en 1258 avant de trouver son orthographe actuelle *biens immeubles* en 1475 (*ibid.*).

5. A. REY, *Le Robert. Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit., note 4, voir cheptel, p. 405. Ce vocable, à l'époque des Francs (à partir du VI^e siècle), coiffait l'ensemble des biens corporels. Voir sur ce point D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., note 3, voir biens, p. 130-131.

6. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 109.

7. Raymond GUILLEN, Jean VINCENT, 15^e éd., Paris, Dalloz, 2005.

8. Dans le *Dictionnaire de droit privé. Les obligations*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 2003, p. 30, « bien » est défini comme un « droit patrimonial » et la définition renvoie le lecteur à son synonyme.

9. Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994.

« bien » de cette façon : « Un bien de toute nature, réel ou personnel, corporel ou incorporel[...] ».

11. La nature et le statut du bien ne cessent d'alimenter les débats chez les juristes. Du bien à la « propriété », ce « fait général »¹⁰ et à la reconnaissance de son droit, il n'y a qu'un pas, vite franchi par-delà les siècles et l'époque féodale de la « saisine » coutumière (1138). Celle-ci ne distinguait pas le corporel et l'incorporel, mais reconnaissait les utilités du fonds, déjà distinctes de lui. L'évolution de ce droit est remarquable qui va de l'absolutisme du « droit de propriété » inscrit dans le *Code Napoléon* et appliqué jusque dans le XX^e siècle, à sa relativité actuelle avec le déclin de *l'abusus*. Le jurilinguiste toutefois s'arrêtera à l'évolution du mot lui-même plutôt qu'à celle de la notion. Attesté depuis le XII^e siècle, le terme « propriété » vient du latin juridique *proprietas* (« caractère propre spécifique »). En raison d'un phénomène bien connu des linguistes, la métonymie, outre son sens premier de « droit de possession », le mot « propriété » désigne aussi la « chose possédée ». Plus tard (vers 1472), il se spécialise et, à propos de terres et d'exploitations agricoles, désigne le bien-fonds possédé; dans un sens plus courant, qu'il a conservé jusqu'à nos jours, il désigne aussi une maison d'habitation assortie d'un jardin ou d'un parc : une « propriété ».

12. Le droit contemporain, au moins depuis le *Code Napoléon*, a repris ce sens, soit « droit d'user, de jouir et de disposer d'un bien »¹¹, toujours avec le sens métonymique de « chose possédée ». Son emploi à propos de biens incorporels (vers 1842 : propriété artistique) est usuel¹².

13. Il semblerait donc que les notions de « bien » et de « propriété » ne soulèvent pas de grandes difficultés ni de controverses insurmontables, surtout si elles restent soumises au même régime juridique. Mais dès que l'on se hasarde à sortir du cadre d'un monosystémisme et d'un monolinguisme juridiques et que l'on cherche à comparer termes et notions et leurs équivalents dans la langue et le système étrangers, la complexité dont parle Gérard Cornu à propos de la traduction

10. Adolphe THIERS, *Du droit de propriété*, Paris, Pagnerre, 1848, p. 35.

11. A. REY, *Le Robert. Dictionnaire historique de la langue française, op. cit.*, note 4, voir propriété, p. 1652.

12. *Ibid.*

juridique au Canada saute aux yeux. Car c'est au droit comparé et à la démarche comparative que l'on aura alors affaire.

14. Dans ce domaine et dans cet exercice, le Canada s'est distingué depuis des lustres. Une étude récente de France Allard en fait une fois encore la brillante démonstration¹³. La propriété a-t-elle une signification particulière ou est-elle en quête de sens? Surtout quand on sait qu'en common law, contrairement au droit civiliste, la notion de « bien » (ou celle de « propriété ») n'a pas de définition précise. En outre, les mots sont impuissants à décrire la totalité des *realia* lorsque, en anglais, le terme *property* peut aussi bien signifier (droit de) « propriété » (parfois) que « bien » (plus souvent). Et la difficulté s'accroît quand on sait que les analyses diffèrent d'un système à l'autre lorsqu'il s'agit de comparer les notions de bien/*property* et de propriété/*ownership*, ainsi que l'a fait ressortir Yaëll Emerich.

15. Et que dire de la comparaison des notions de « *trust* » et de « fiducie » entre la common law et le droit civiliste où l'idée que la propriété puisse être multiple et divisible est encore inconcevable en regard du caractère « unique et indivisible » du patrimoine¹⁴? Que dire encore de l'hypothèque/*mortgage* qui, au Québec comme dans l'univers de la common law et à l'encontre de la tradition civiliste, peut être soit mobilière, soit immobilière?

16. On perçoit mal, dans ces conditions, ce que la terminologie et la lexicologie pourraient apporter comme moyens de franchir de tels obstacles, d'autant plus que le sens de termes aussi fondamentaux n'est toujours pas fixé par les lois. Malgré le dialogue créatif instauré par le législateur canadien entre les deux versions linguistiques, le sens, tel un bouchon sur l'eau, « flotte » quelque part entre les rives que sont les deux versions d'une même loi¹⁵.

13. France ALLARD, « Entre le droit civil et la common law », dans Jean-Claude GÉMAR, Nicholas KASIRER (dir.), *La jurilinguistique : entre langues et droits. Jurilinguistics — Between Language and Law*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 193-223.

14. À propos de la « proposition de loi n° 178 (2004-2005) instituant la fiducie » en France. Voir l'Exposé général dans <http://www.senat.fr/rap/106-011/106-0111.html>.

15. Sur ce point, voir Nicholas KASIRER, « Dire ou définir le droit? », dans Gérard SNOW et Jacques VANDERLINDEN (dir.), *Français juridique et science du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 203-217.

17. La lexicologie, fût-elle aussi élaborée que celle que le linguiste Igor Mel'cuk et son équipe¹⁶ ont mise en œuvre pour lancer l'ambitieux projet de *Dictionnaire explicatif et combinatoire*, avec les dizaines de fonctions lexicales de la théorie sens-texte¹⁷ qu'il a dégagées et, *a fortiori*, la terminologie, est d'un faible secours quand le tribunal doit interpréter la règle juridique pour établir le sens à retenir dans le texte qui lui est soumis. Ces disciplines, en effet, ne prennent en compte, généralement dans un microcontexte, que des mots, des termes et des unités lexicales pour dégager des significations particulières à chaque vocable, alors que c'est le texte dans son entièreté qui doit constituer le contexte d'où le lecteur/interprète extraira le sens du message, qu'il s'agisse d'un adage de quelques mots — « nul n'est censé ignorer la loi » —, d'un article de doctrine ou d'un traité de droit. Ce sens ne peut être appréhendé qu'imparfaitement par le terminologue ou le lexicographe, selon la capacité de l'interprète à réaliser la synthèse plus ou moins large des divers éléments le composant : des mots au texte, d'abord, puis du texte aux référents cognitifs que le terminologue/lexicologue, à moins d'être juriste, ne fait pas intervenir pleinement puisque l'analyse sens-texte, selon Marie-Claude L'Homme, se limite aux aspects linguistiques et/ou conceptuels d'un terme, et non à ses applications¹⁸.

18. Le réel progrès vers une meilleure définition des termes consisterait à réunir les deux méthodes d'analyse, linguistique et conceptuelle. Mais cela ne saurait suffire, car c'est par l'analyse des applications de notions et de termes juridiques aussi complexes que le sont le *trust* ou l'hypothèque et par celle de leurs effets juridiques circonscrits par la jurisprudence que l'on parviendra à établir le sens ponctuel recherché sous le terme, son contexte et dans le texte qui les porte. L'ensemble de ces éléments constitue le contexte global (plus

16. Igor A. MEL'CUK et al., *Dictionnaire explicatif et combinatoire du français contemporain*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1984, 1988, 1992, 1999.

17. Igor A. MEL'CUK, *Vers une linguistique Sens-Texte. Leçon inaugurale*, Paris, Collège de France, 1997.

18. Voir sur ce point l'étude de Marie-Claude L'HOMME, « Using Explanatory and Combinatorial Lexicology to Describe Terms », dans Léo WANNER (dir.), *Selected Lexical and Grammatical Topics in the Meaning-Text Theory. In Honour of Igor Mel'cuk*, Philadelphia, John Benjamins, 2006, p. 12-43.

grand commun dénominateur) qui permettra, dans une occurrence donnée, de capter le reflet du sens dans ses nuances les plus fines — son plus petit commun dénominateur.

19. Aussi l'illustration de la notion de *property*/bien, que Michael McAuley appelle de tous ses vœux¹⁹ afin de l'élever au niveau des universaux du langage humain pour que tous, en entendant un même son, ne voient qu'une même image et puissent ainsi définir ou désigner la même notion juridique, cette brillante idée (*enskyment*), se heurte-t-elle à cet obstacle terminologique — donc essentiellement linguistique — que représentent le passage d'un système juridique et de sa langue à un autre et la formation d'un langage universel pour définir/désigner les notions juridiques. C'est l'hypothèque que porte l'hypothèse de Sapir — que Whorf a revue et corrigée —, selon laquelle chaque langue édifie sa « vision particulière du monde »²⁰.

20. Pour contourner cet obstacle, le « fossé abyssal » (*the abyss*) qu'il déplore entre les termes et les notions juridiques de systèmes et de langues différents — et que nous déplorons tous sans parvenir pour autant à le combler —, T.W. Bennett²¹ propose une analyse critique des trois méthodes traditionnellement appliquées pour tenter de le franchir. Soit : 1) appliquer les termes juridiques des pays occidentaux aux réalités brutes (*raw data*) des pays colonisés; 2) abandonner les termes juridiques occidentaux au profit des termes des langues vernaculaires, méthode souvent suivie par les comparatistes (dont René David et Rodolfo Sacco) et les enseignants (dont moi-même...); 3) utiliser un vocabulaire simple, non technique (cf. *plain language*) et dépouillé de toute connotation juridique — quoique toujours dans la langue du colonisateur.

21. Pour en avoir fait usage dans nos enseignements, en droit comparé notamment, nous connaissons tous les avantages et les inconvénients de chacune de ces méthodes. Mais

19. Voir l'étude de Michael McAULEY, « The Enskymment of Property », dans J.-C. GÉMAR, N. KASIRER, *op. cit.*, note 6, p. 179-189.

20. Selon l'hypothèse dite de Whorf-Sapir, la langue d'une communauté donnée, d'après le *Dictionnaire de linguistique*, Paris, Librairie Larousse, 1973, « organise sa culture, c'est-à-dire l'appréhension que ce peuple a de la réalité et la représentation qu'il se forme du monde » (p. 514).

21. Tom. W. BENNETT, « Terminology and Land Tenure in Customary Law : An Exercise in Linguistic Theory », *Acta juridica*, 1985, p. 173-186.

cela se situait dans un contexte universitaires, abstrait et le plus souvent très éloigné de la pratique du droit sur le terrain et ses biens-fonds. Des écarts incommensurables ont été relevés dans la terminologie du droit des biens entre les systèmes occidentaux et les systèmes autochtones d'Afrique, particulièrement en Afrique du Sud²². Les travaux du grand comparatiste belge Jacques Vanderlinden montrent sans équivoque à quel point les tentatives de mise à niveau des notions et des termes pour les décrire demeurent infructueuses²³. Ce qui n'est pas une raison suffisante pour y renoncer, et les efforts dans ce sens que déploient juristes et linguistes de l'Union européenne pour créer un droit et son vocabulaire *sui generis* véritablement européens ne doivent pas être pris à la légère, quels que soient les obstacles à surmonter, dont celui, véritablement babélien, de la traduction des textes, alors que l'Union européenne compte désormais 23 langues.

2. DU STATUT DES BIENS ET DE QUELQUES EFFETS QU'ILS ENTRAÎNENT

22. Qu'en est-il du statut du droit des biens lorsqu'il est question du « fruit » et de sa « salade » juridique (*fruit salad*), lance Roderick Macdonald avec autant d'humour que de pertinence? Faut-il trancher entre « biens-choses » et « biens-valeur »? La notion de fruit illustre bien le problème que pose la définition de « bien », même si les fruits n'en sont qu'une petite partie, eux dont le statut est précaire selon qu'ils sont ou non attachés, fixes ou mobiles, qu'ils procèdent de la terre, du labour ou de la connaissance. Tout tourne néanmoins autour de la terre, le statut du bien étant lié de près ou de loin à elle. On le voit bien dans la trilogie des attributs du droit de propriété, dont deux sur trois — *l'usus* et *l'abusus* —

22. Notamment par le professeur Simon Roy dans une communication prononcée à l'Institut d'été de jurilinguistique tenu à l'Université McGill, le 4 août 2006, intitulée « Le droit des biens vs. le droit autochtone et le droit criminel ». Mais ces écarts ne se limitent pas au langage des droits des pays occidentaux par rapport à celui des pays anciennement colonisés, ils existent au sein même de chacun des systèmes comme le montre Sylvio Normand à propos du « droit de superficie », *infra*.

23. Voir en particulier « Réflexions sur l'existence du concept de propriété immobilière individuelle dans les droits africains traditionnels », *African Legal Concepts*, Londres, International African Institute, 1968, p. 236-251.

sont relativement pérennes, alors que le *fructus*, fluctuant par nature, est « mobile » (« *transient* », dit Macdonald) puisque sa « valeur » peut croître ou décroître, qu'il s'agisse ou non d'un « fruit aléatoire ». Des trois attributs, c'est incontestablement le plus « humain » dans la mesure où il découle du travail d'un être humain. La propriété, toutefois, « est à la fois titre et état ». « Nulle autre institution n'est plus profondément ancrée dans nos rapports avec les choses » (Moïse).

23. Située au cœur du droit, la propriété est une institution cardinale dont la fin, utilitaire, ne vise qu'à assurer une meilleure gestion des ressources disponibles. Les plus grands philosophes s'y sont intéressés, Aristote notamment qui voit dans la façon dont on utilise les ressources un moyen de développer la vertu. Mais que pèse cette vertu au regard de la valeur du bien en cause, quand on sait que les deux grands systèmes juridiques ont, depuis toujours ou presque, accordé davantage de « valeur » à la « propriété » — au sens de (bien) immeuble — qu'au « mobilier », racines latines oblige : *res mobilis*, *res vilis*? On pourrait donc en déduire, avec Yaëll Emerich, que « [l]a propriété du droit civil est moins éloignée de la propriété de la common law que ce que l'on peut penser de prime abord », ce qui est plutôt encourageant pour l'avenir commun des deux systèmes.

24. Le concept de propriété est autant polymorphe que polyphone car il peut être exprimé à plusieurs voix, de la plus terrienne et matérielle (celle du bien-fonds) à la plus abstraite et éthérée (la propriété intellectuelle). Il se présente en outre sous plusieurs faces ou aspects, de la surface et de la superficie du fonds de terre jusqu'à son tréfonds, par exemple.

25. C'est ainsi que, nous dit Sylvio Normand, jusqu'à récemment (vers 1950) on ne savait trop quelle était la vraie nature du « droit de superficie » (est-ce un droit mixte, une modalité du droit de propriété, un démembrement?) ni les mots pour le dire, la terminologie étant plutôt flottante (droit superficiaire, propriété superficiaire...), chose pour le moins paradoxale dans un tel domaine, règne de l'immobilier et donc du fixe. Finalement, le législateur a tranché et le *Code civil du Québec* (cf. art. 1110 et suiv.) détermine les modes d'établissement de la « propriété superficiaire », installant au passage une certaine incompréhension entre la loi et la pratique

puisque des juges, en dépit des nouvelles dispositions du *Code civil du Québec* (1994), recourent encore à l'appellation traditionnelle de « droit de superficie ». Pour combien de temps encore, en regard de la dynamique des langues qui, au fil du temps, soumet les plus réfractaires à son empire?

26. La situation particulière du Québec dans le vaste domaine du droit comparé autorise la rencontre — ou la jonction? — du « droit féodal à l'état pur » (Emerich), marqué par ses origines profondément coutumières, qu'est la common law, et du droit savant — écrit — qu'est le droit de tradition civiliste. Le langage du droit et ses notions fondamentales s'en ressentent dans ce qu'ils possèdent de plus fondamental : la propriété (*ownership/property*), institution si profondément enracinée dans nos droits qu'elle est un des piliers de nos « lois civiles » d'antan. Mais la comparaison s'arrête à la lisière des termes puisque, en common law, seule la Couronne est propriétaire de la terre, la part de l'individu étant réduite à des « intérêts », alors qu'en droit civil c'est ce dernier qui, sauf exceptions (démembrement, servitudes, etc.), est le plein propriétaire d'un bien-fonds en vertu de *l'abusus*, attribut essentiel du droit de propriété. Néanmoins, nous rassure Yaëll Emerich, des points de comparaison et des similitudes peuvent être entrevus derrière les notions complexes de *fee simple* et de *bundle of rights* (faisceau de droits) de la common law, qui se rapprochent de la propriété que définit le *Code civil du Québec* à l'article 947.

27. Il ne faudrait pas en déduire pour autant que toutes les institutions de la common law — et des autres familles de droit, dont la famille romano-germanique — se ressemblent au point de se ranger sous une même définition, ainsi que le souligne Lionel Smith, le directeur actuel du CRDPCQ, à propos du *trust* tel que le conçoit le droit écossais. Ce *trust*-là, en ce qu'il exclut dans son principe toute présence d'*Equity*, serait plus proche de la notion de propriété du droit civil que de celle de *trust* que la common law a engendrée! Ce constat de différences au sein d'une même famille (juridique ou linguistique), peut être étendu à bien des exemples. Je pense à celui de « domicile » qui m'a particulièrement frappé voici quelques années. Cette notion est plus complexe qu'il n'y paraît. Appelés à en fournir une définition et une position

juridiques communes en vue d'une participation à une rencontre internationale, les délégués américains n'ont pu arriver à s'entendre. De tels cas ne sont pas rares dans la sphère du droit, ils montrent bien les limites du langage, de ses représentations et nuances, parfois si éloignées du sens que l'on croit, souvent à tort, commun.

28. Ce constat ne saurait laisser indifférent le juriste et traducteur (d'Aubry et Rau, entre autres) à ses heures qu'est Nicholas Kasirer quand il parle, dans le titre de son article, de « traduction *impossible* » (je souligne). À lui seul, cet adjectif demanderait de trop longs développements dans ce qui doit rester une « synthèse », mais il souligne fort à propos les difficultés auxquelles le comparatiste est confronté dans son activité quotidienne, au même degré finalement que le traducteur de textes juridiques. On plonge là dans l'interculturel, le droit étant un fait culturel singulier, chargé de *culture-bound terms* (Sarcevic²⁴).

29. Peut-on, dans ces conditions-là, parler de francité à propos du droit français, s'interroge Nicholas Kasirer? L'exemple du texte canonique qu'est la théorie du patrimoine chez Aubry et Rau, représentation des plus achevées de la doctrine juridique française, a de quoi laisser perplexe le civiliste le plus convaincu quand il découvrira que ce texte « sacré » découle d'une traduction du livre de l'auteur allemand Zachariæ et qu'il repose sur des fondements dépassés, remontant au XIX^e siècle. Quant au style, mieux vaut n'en point parler. Faut-il y voir le début d'une collaboration juridique franco-allemande, celle où, dans un futur espace européen, circuleraient librement les idées et les personnes, ou bien la continuité d'une tradition que les Rabelais, Érasme et autres esprits éclairés du Moyen Âge ont contribué à former?

30. Quoi qu'il en soit, le cas d'Aubry et Rau, en posant le principe d'une théorie générale du droit subjectif, et en dissociant le patrimoine de sa réalité matérielle, illustre un aspect frappant de l'esprit du droit savant et de la notion de « principe général du droit », inconnue en common law, soit l'abstraction comme mode d'approche de la pensée et du fait juridiques, en opposition frontale avec un droit issu de la

24. Susan SARCEVIC, « Translation of Culture-Bound Terms in Law », (1985) 4:3 *Multilingua* 127.

coutume et établi sur des bases concrètes et pragmatiques. Il s'agit là d'un obstacle épistémologique majeur sur le chemin du comparatiste, mais également du traducteur, écartelé entre les « génies » différents de deux langues.

31. Toutefois, de la propriété « ordinaire » à son avatar le plus symbolique — la propriété intellectuelle —, le pas est sans doute plus difficile à franchir. Si la nature, le statut de la première sont difficiles à saisir et à établir (Moïse), que dire de ceux de la seconde? Entre l'absolutisme du monopole d'antan de la propriété de l'auteur²⁵ sur son œuvre (cf. *Loi Le Chapelier*, 1793) et, à l'heure d'Internet et de la communication-monde, la complexité actuelle d'un droit moral éclaté en fragments aussi divers que nombreux, que de turbulences, de retournements de situation et d'éclats dans son parcours! Nous sommes loin du long fleuve (relativement) tranquille dans les eaux duquel les derniers attributs de l'absolutisme du droit de propriété, en droit québécois tout au moins, ont fini par se dissoudre. Au Canada, avant de devenir droit d'auteur, cette propriété fut d'abord littéraire; ce qui ne doit pas étonner le lecteur, la littérature, ses visées esthétiques et ses tenants d'alors (XIX^e s.) occupaient le devant de la scène dans de nombreux domaines, dont ceux de la (future science) linguistique et de la traduction.

32. Le passage du corporel à l'incorporel, concept quasi philosophique, ne s'est fait ni simplement ni sans douleur. La propriété intellectuelle le vit encore à ses dépens. Comme le rappelle Pierre-Emmanuel Moïse :

C'est au mât de la propriété ordinaire que l'on a monté les voiles de la propriété intellectuelle. Non sans difficultés d'ailleurs puisque ces deux types de propriété, non miscibles et différentes dans leur objet sont très souvent fusionnées dans la matière, ce qui ne manque pas de créer un conflit de règles. (par. 17).

33. Après quoi, on comprend mieux le caractère mixte dont il est souvent question à propos de la propriété intellectuelle —

25. Moïse souligne ce paradoxe (qui s'explique et se comprend dans le contexte de l'époque), à savoir que dans les premiers textes légiférés sur le droit d'auteur et sa propriété, aux XVIII^e et XIX^e siècles, les mots auteur et propriété, suspects de *privileges*, donc d'arbitraire, étaient soigneusement évités (cf. par. 22).

et de sa dualité : droit moral et droit économique — qui serait un droit en mouvement (*in flux*), et la difficulté à concilier, au Canada, les deux traditions, l'anglaise et la française. Cette mixité, qui se retrouve dans les « notions frontières » dont parle Marie Cornu, situées entre le droit de la création et le droit du patrimoine, semble bien caractériser un droit s'apparentant à un *tertium quid*, devant la difficulté que l'on éprouve « à qualifier l'œuvre en recourant au vocabulaire du droit des biens » (Cornu), bien que l'œuvre s'inscrive dans le système du droit des biens. Mais il y faut du temps, qui serait dans la nature du droit du patrimoine, réceptacle de l'œuvre, parfois transfigurée en « bien culturel », d'essence nationale dans le cas des monuments nationaux et des œuvres revêtues du prestige national des grands créateurs, auxquelles la société attache, par-delà le droit moral de l'auteur, une grande valeur patrimoniale.

34. Tels sont quelques-uns des effets de la mise en œuvre de ces aspects du droit des biens et de son vocabulaire. On mesure les risques et les défis à relever à l'aune d'un bilinguisme institutionnel. Si, pour le Canada, l'obligation de rendre le langage propriétaire en deux langues et dans deux systèmes est un défi permanent, que dire du droit communautaire, tenu de s'exprimer en 23 langues?

3. LIMITES DU LANGAGE, LIMITES DU DROIT

35. Le langage est cette faculté dont dispose la race humaine de pouvoir s'exprimer et communiquer dans l'une des multiples langues de Babel. Création humaine et véhicule de nos pensées, les langues, comme Ésope l'a bien résumé, reflètent tant les qualités que les faiblesses de l'être humain. Les langues que nous pratiquons se heurtent aux nombreux obstacles qui jalonnent leur parcours, dont la polysémie, l'ambiguïté, la technicité du vocabulaire, les lourdeurs et les maladresses. Ce sont autant de parasites se dressant entre le texte et son lecteur/auditeur susceptibles de perturber, de dégrader, voire de bloquer la communication. Comme toute discipline fondée sur l'usage d'une langue, le droit présente son lot de difficultés et de problèmes, à commencer par le sens du mot fondateur lui-même : droit, et l'interprétation qui peut

en être faite. Les juristes sont d'ailleurs les premiers à relever et même à dénoncer ces ambiguïtés, lacunes et faiblesses²⁶.

36. La recherche d'un langage univoque, dénué d'ambiguïtés, est une préoccupation commune à tous les champs de l'activité humaine et à ses domaines de spécialité, droit y compris. Cette quête du Graal qu'est le sens, ce souci de la clarté et de la lisibilité du texte atteignent leur point culminant lorsque le gouvernement du Canada, par exemple, propose à ses citoyens *Un guide en langage simple* pour comprendre les « Modifications apportées par le projet de loi C-45 aux dispositions du *Code criminel* sur la responsabilité des organisations »²⁷. On ne peut qu'en conclure que la Loi — *Code criminel* ou autre texte — est illisible pour le citoyen ordinaire et que le législateur a ignoré, dans le processus de rédaction de ses textes, les principes cardinaux de clarté, simplicité et concision que prônent les jurilinguistes²⁸. Si l'on peut débattre à l'infini des mérites comparés des deux premiers (clarté du message et simplicité du texte), en revanche la concision est un principe d'écriture cardinal en communication, fonction par excellence du texte juridique.

37. Deux tournures d'esprit, deux façons de penser, d'être et d'agir se font face. D'un côté, on trouve les adeptes du bref et du vif qui s'expriment souvent en formules lapidaires (« Je pense, donc je suis »), en littérature, en politique comme en journalisme. De l'autre, des auteurs plus prolixes, qui étirent leurs phrases au rythme d'une pensée dont le déroulement est plus sinueux, détaillé, qu'en prise directe sur l'action et la vivacité. On retrouve ce style et cette concision — et son contraire — dans la manière dont les juristes issus de la tradition civiliste rédigent les lois et les jugements « à la française » et, à l'inverse, dans la façon dont les *lawyers* les rédigent « à l'anglaise ».

26. Pour faire court sur un aussi vaste sujet, je pense plus particulièrement à la collection des *Archives de philosophie du droit* et à ses nombreux volumes, où les meilleurs esprits juridiques du temps débattent en toute liberté des questions et problèmes que soulève, entre autres, le langage du droit.

27. Voir ministère de la Justice du Canada : www.justice.gc.ca/fr/dept/pub/c45.

28. Dont l'auteur de ces lignes qui en a exposé le principe dans l'ouvrage ci-après. Voir Jean-Claude GÉMAR, *Traduire ou l'art d'interpréter*, t. 2, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1995, p. 62 et suiv.

38. Supposons que le texte (anglais ou français) est concis. Est-il « clair » pour autant? Rédiger un texte avec simplicité et économie entraîne-t-il automatiquement la clarté? Celle-ci est sans doute plus complexe à saisir que les deux premiers caractères. On voit en effet la concision d'un texte au premier coup d'œil, sa simplicité (vocabulaire, syntaxe et style) dès la première lecture, mais comment en perçoit-on la clarté?

39. Au sens abstrait, dans le *Robert*, « clarté », désigne le « caractère de ce qui est facilement intelligible ». La clarté devrait donc découler, en principe, de la lecture, une fois celle-ci achevée, et des deux caractères précédents : concision et simplicité. Or, s'il en était toujours ainsi, il serait inutile d'avoir à recourir à l'interprétation des textes par les tribunaux. Si je reprends l'exemple donné plus haut (*Cogito, ergo sum*/Je pense, donc je suis), chacun pensera en avoir saisi le sens, car on comprend aisément chacun des mots employés dans cet aphorisme. Mais qu'en est-il du sens profond de cette phrase, dont le bref message qu'elle porte résume la pensée d'un grand philosophe, Descartes? Elle équivaut, dans l'ordre de la philosophie, à une formule scientifique comme celle d'Einstein ($E = MC^2$), sauf que, science « molle » oblige, elle donnera davantage lieu à interprétation que celle du grand physicien, science « dure » oblige.

40. Ensuite, la longueur d'un texte, fût-il composé d'une phrase comme celle de Descartes, d'une clause de contrat ou de la disposition d'une loi, est-elle le facteur décisif dans la compréhension d'un texte? Certes, une phrase composée de 15 à 25 mots — longueur recommandée par le monde de la communication — sera, en principe, plus facile à comprendre qu'une autre en comprenant 50, 80 ou 100. Or, on sait que la longueur du texte n'est pas seule en cause. Le vocabulaire, la syntaxe, la disposition des propositions, les incises et le style jouent un rôle important dans la compréhension d'un texte et la saisie du sens. Les termes du droit, lorsqu'ils se suivent en succession comme les 11 que contient le deuxième alinéa de l'article 1378 du *Code civil du Québec*, n'en simplifient pas la lecture²⁹:

29. « [Le contrat] peut être d'adhésion (1) ou de gré à gré (2), synallagmatique (3) ou unilatéral (4), à titre onéreux (5) ou gratuit (6), commutatif (7) ou aléatoire (8) et à exécution instantanée (9) ou successive (10) : il peut aussi être de consommation (11). »

1378. Le contrat est un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation. Il peut être d'adhésion ou de gré à gré, synallagmatique ou unilatéral, à titre onéreux ou gratuit, commutatif ou aléatoire et à exécution instantanée ou successive; il peut aussi être de consommation.

41. Le juge et le législateur s'efforcent néanmoins, chacun avec son style particulier, de produire des textes, loi ou jugement, clairs (ou lisibles) pour leurs destinataires, sans toutefois y parvenir à tout coup. Le *Code Napoléon* lui-même, archétype du modèle de rédaction des lois, n'est pas exempt de critiques. Son style, dont la qualité est tant vantée par de nombreux lecteurs — Stendhal inclus —, laisse parfois à désirer³⁰.

42. Aussi, si « les mots sont bien la dernière chose sur quoi l'on parvient à s'entendre »³¹, est-il besoin de redire que le droit, avec son langage spécialisé, est soumis aux aléas du langage humain, avec tout ce que cela sous-entend d'ambiguïtés, de quiproquos, de lacunes et autres imperfections liées à la nature imparfaite du langage humain, source de tant de malentendus. Au point que le juge ou le législateur se sent parfois tenu de préciser ou définir les termes employés dans la loi ou le jugement, voire, comme dans le *Code criminel*, à l'article 2 (définitions), d'en indiquer les deux sens possibles — biens/propriété — afin d'éviter toute équivoque.

43. Alors, me dira-t-on, quel est le rapport de ce constat avec notre sujet : Terminologie et modèles propriétaires au XXI^e siècle? La réponse est des plus simples, Gény nous l'a fournie de longue date : le droit est affaire de mots³². Donc, aussi, de terminologie (discipline qui n'existait pas à son époque) et, en remontant à la source, de linguistique — science du langage —, et, en bout de ligne, de jurilinguistique, dont les acteurs se proposent de jeter des ponts entre la linguistique et le droit

30. Comme le fait remarquer, entre autres, Raymond LINDON dans son ouvrage *Le style et l'éloquence judiciaires*, Paris, Albin Michel, 1968, p. 26 et suiv. Voir aussi André-Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1973.

31. Selon le philosophe Roger-Pol DROIT, « Éthique: envers les autres ou envers soi? », *Le Monde des livres*, vendredi 2 mars 2007, p. 9.

32. Pour François GÉNY, « prise dans son ensemble, la technique juridique aboutit, pour la plus grande part, à une question de terminologie », *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1921, t. III, n° 255, p. 456.

afin d'aider les juristes à composer et à proposer des textes plus lisibles à leurs destinataires. Une meilleure « défense et illustration » du droit devrait en résulter. La jurilinguistique est une activité récente et en plein essor, aussi son avenir, au XXI^e siècle, s'annonce-t-il prometteur dans le contexte de la babélisation rapide qu'entraîne la mondialisation.

44. Le droit des biens, domaine relativement plus stable, mieux défini et circonscrit que d'autres secteurs du droit en pleine évolution, n'échappe pas à la malédiction de Babel. Son vocabulaire n'est pas exempt d'obscurités, de doutes, comme le souligne Sylvio Normand à propos du droit de superficie/propriété superficière. Et cela vaut tout autant pour l'anglais (cf. *Fruit salad* de Roderick Macdonald), dont le vocabulaire hésite entre *ownership* et *property* (Emerich) et le droit s'égaré dans des faisceaux (*bundle of rights*), meules de foin où les *lawyers* peinent à retrouver leur aiguille. Par ailleurs, l'abondance des termes décrivant peu ou prou la même réalité (cf. fonds, bien-fonds, héritage, immeuble, bien immeuble/immobilier, propriété...) n'éclaircit guère l'horizon juridique (Pfister), noyé dans la profusion du langage. Il n'est pas jusqu'à l'un des attributs du droit de propriété, le *fructus* (le seul des trois à fluctuer), qui ne soit pas à sa place entre les deux autres (Macdonald)! Et si, nous dit Lionel Smith, aucune des trois parties impliquées dans le *trust* n'est essentielle, « *what is essential?* ». Face à tout ce flou, la démarche classique qui consiste à trouver le sens caché sous les textes montre ses limites³³.

45. Aussi la comparaison des droits, comme la comparaison des mots et des textes, atteint-elle vite ses limites. L'essence des systèmes juridiques est peut-être irréductible à toute transposition, donc à la traduction; d'où l'hypothèse d'impossibilité que pose Nicholas Kasirer. L'arbre des mots, telle la pointe émergée de l'iceberg qui ne révèle qu'un fragment de sa masse gigantesque, cache la forêt des concepts.

33. On se fera une idée plus précise de la difficulté que représente la quête du sens, notion des plus complexes, par la lecture du collectif dirigé par Marianne LEDERER, *Le sens en traduction*, Caen, Lettres modernes Minard, 2006. Voir aussi, à ce sujet, la distinction entre les trois intentions (*intentio auctoris*, *intentio operis* et *intentio lectoris*) que fait Umberto ECO dans *Les limites de l'interprétation*, Paris, Grasset, 1992.

46. Nous pourrions en conclure, avec Pierre-Emmanuel Moyse, que « [c]es quelques réflexions nous laissent dans une certaine obscurité », malgré la confrontation des idées, des concepts et du vocabulaire les exprimant présentés durant ces deux journées de rencontres et de débats. Ce serait adopter la vision pessimiste de la « chose », alors que, dans son propos liminaire, Isabelle de Lamberterie, rappelant la longue et fructueuse coopération que son groupe du CNRS et celui du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec entretiennent autour des rapports entre langue et droit, affirme que, selon sa position « optimiste », « l'impossible n'est pas d'actualité ».

47. Alors, pour raison garder et rester, « *against wind and tide* » (Kasirer), optimiste pour l'avenir des langages du droit, fût-ce dans ce domaine cardinal pour l'individu qu'est celui du droit des biens dans un espace-monde préfigurant un retour à Babel, peut-on raisonnablement envisager une solution ou, au moins, une suite possible? Si elles adviennent, dans ce rapport étroit et continu entre langue et droit, elles passeront peut-être aussi par la jurilinguistique, passerelle jetée entre la langue et ses mots d'une part, et le droit et ses textes d'autre part, afin qu'ils fusionnent le plus harmonieusement possible dans l'esprit des systèmes linguistique et juridique en présence.

Jean-Claude Gémar,
Professeur émérite
Département de linguistique et de traduction
Université de Montréal
C.P. 6128, succursale Centre-ville
Montréal (Québec) H3C 3J7
Tél. : 514 343-6220
Télé. : 514 343-2284
jean-claude.gemar@umontreal.ca