

***Mélanges Germain Brière* : un livre à la mesure de la personnalité honorée**

Ernest Caparros (sous la direction de), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1993, 890 pages, ISBN 2-89127-252-2

Sylvette Guillemard

Volume 26, Number 1, March 1995

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1035856ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1035856ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Guillemard, S. (1995). Review of [*Mélanges Germain Brière* : un livre à la mesure de la personnalité honorée / Ernest Caparros (sous la direction de), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1993, 890 pages, ISBN 2-89127-252-2]. *Revue générale de droit*, 26(1), 159–172.
<https://doi.org/10.7202/1035856ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1995

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>



This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

CHRONIQUE BIBLIOGRAPHIQUE

Mélanges Germain Brière : un livre à la mesure de la personnalité honorée

Ernest Caparros (sous la direction de), Montréal,
Wilson & Lafleur Ltée, 1993, 890 pages, ISBN 2-89127-252-2.

SYLVETTE GUILLEMARD

Avocate, Québec

SOMMAIRE

I. Études en droit civil, comparé, international privé et constitutionnel des successions	160
II. Études en droit civil.....	162
A. Des personnes.....	162
B. Des biens.....	163
C. Des obligations.....	164
D. Des sûretés.....	165
III. Études en droit comparé.....	166
IV. Études en droit commercial.....	169
V. Études en droit constitutionnel.....	170

À l'occasion de la nomination de Germain Brière comme professeur émérite de l'Université d'Ottawa, le professeur Caparros a conçu un projet : lui offrir les *Mélanges Germain Brière*. De nombreux juristes ont répondu avec enthousiasme à l'appel et l'ouvrage a paru en 1993 dans la Collection Bleue.

Le livre est à la mesure de la personnalité honorée : complet, riche et varié. Les trente contributions sont regroupées en cinq rubriques. À tout seigneur, tout honneur, huit études sont consacrées au droit des successions. Ensuite le droit civil occupe, bien évidemment, une place importante, qu'il s'agisse du droit des personnes, du droit de biens, des obligations ou des sûretés. La troisième rubrique porte sur le droit comparé et les deux dernières concernent le droit commercial et le droit constitutionnel.

I. ÉTUDES EN DROIT CIVIL, COMPARÉ, INTERNATIONAL PRIVÉ ET CONSTITUTIONNEL DES SUCCESSIONS.

Le juge LeBel présente une analyse de la capacité de tester, à partir de la jurisprudence et de la doctrine¹. Il conteste la tendance selon laquelle l'appréciation et la preuve de la capacité de tester obéiraient à des règles particulières sous le régime du *Code civil du Bas-Canada*. Le juge LeBel fonde en particulier son argumentation sur trois décisions de la Cour suprême du Canada pour qui on ne doit pas faire de différence entre la capacité de celui qui contracte et celle du testateur. Le débat présenté par le juge LeBel fera-t-il bientôt partie de l'histoire ancienne? Il est possible de le croire puisque, comme le fait remarquer l'auteur, le *Code civil du Québec* « se contente d'énoncer à son article 707 que la capacité du testateur se considère au temps de son testament. Il renvoie alors aux règles générales relatives à la capacité juridique » (p. 12).

Le texte suivant, écrit par le professeur Beaulne, nous plonge davantage dans le présent². Il analyse les différents modes par lesquels est désigné le liquidateur successoral — l'ancien exécuteur testamentaire — dans notre nouveau Code civil. Comme le fait remarquer l'auteur, « [...] l'une des innovations les plus significatives du nouveau Code est sans aucun doute de doter toute succession, légale ou testamentaire, d'un liquidateur » (p. 19). Nous avons là une exposition très complète des nouvelles règles en la matière.

Le juge Frenette choisit, pour sa part, de comparer les conditions de formation et d'annulation des testaments selon le *Code civil du Bas-Canada* et à la lumière du *Code civil du Québec*³. De nombreuses références jurisprudentielles sont présentées à l'appui des anciennes dispositions. Faisant état des nouvelles limites imposées à la liberté de tester par le droit de la famille (patrimoine familial, survie de l'obligation alimentaire et prestation compensatoire), l'auteur ne manque pas d'attirer notre attention sur leurs conséquences pratiques lors de la rédaction de conventions matrimoniales.

Le professeur Waters fait un magnifique travail de comparatiste et presque de sociologue au sujet du droit des successions et de la famille⁴. Son but est non seulement d'exposer la place qu'occupe la famille en matière successorale tant en droit civil qu'en common law mais également d'expliquer, principalement par le biais de l'histoire, les fondements des différentes positions. Cet article, particulièrement fouillé, nous fait voyager dans le temps — de l'époque de Justinien au moment de la réforme du Code civil au Québec — et dans l'espace — de la Colombie-Britannique à l'Allemagne, en passant par le Québec et la France —. Bref, nous avons là un véritable morceau d'anthropologie juridique.

Le notaire Cossette nous entretient sur la règle de la scission dans les successions à cause de mort en droit international privé⁵. Le texte trace l'évolution historique du droit québécois en matière de succession internationale tout en évo-

1. L. LEBEL, « Les intermittences de la raison : aspects du contrôle judiciaire de la capacité de tester », pp. 3-13.

2. J. BEAULNE, « Les modes de désignation du liquidateur successoral dans le *Code civil du Québec* », pp. 15-44.

3. O. FRENETTE, « Les conditions de la formation et de l'annulation des testaments », pp. 45-70.

4. D. W.M. WATERS, « Invading the succession of behalf of the family — Europe, and common law Canada and Québec », pp. 71-108.

quant brièvement le droit étranger dans le domaine. On y apprend que le partage de la succession en deux masses distinctes — les immeubles sont soumis à la loi de leur situation et les meubles sont régis par la loi du domicile du défunt — fut adopté, dans l'ancien droit français, pour des raisons essentiellement pratiques... même si la scission aboutit parfois à des résultats inextricables à première vue. En outre, le problème peut être accru par la présence de deux lois nationales contradictoires, l'une favorisant la scission, l'autre la refusant. Heureusement l'auteur donne des exemples et nous guide sur le chemin de la solution.

Le professeur français Michel Grimaldi expose l'institution légale du partage d'ascendant⁶. Les propos ont, pour le lecteur nord-américain, un contenu un peu déroutant. N'oubliez pas que la philosophie, pourrait-on dire, de la transmission du patrimoine après la mort est bien différente ici et en France. Elle se traduit notamment, là-bas, par l'existence sur le plan juridique de la réserve héréditaire et, d'autre part, par le moindre recours qu'ici à la rédaction de testaments. L'exposé de monsieur Grimaldi, en plus de nous faire pénétrer dans un domaine inconnu, nous laisse entendre que l'autorité parentale a encore son rôle à jouer en France!

Quel cadeau mieux adapté une internationaliste comme le professeur Groffier aurait-elle pu faire à un passionné des successions⁷? Il faut dire que si le sujet peut paraître « pointu » à certains, il ne manque aucunement d'intérêt étant donné le remaniement profond auquel a procédé le Législateur en matière de successions internationales.

Le texte de madame Groffier, traitant de façon très classique des conflits de lois puis de la compétence juridictionnelle, constitue un bon guide pour qui veut prendre connaissance du droit actuel des successions internationales. Il est illustré de nombreux exemples, ce qui concrétise parfois des principes qui paraissent souvent désincarnés. Toutefois, à notre avis, certaines opinions ou solutions proposées par l'auteur sont à prendre avec précautions. Mais comme elle le dit elle-même, « il faut bien commencer à orienter la réflexion. C'est ce que nous voulons faire ici avec l'espoir de provoquer une discussion d'où jaillira la lumière » (p. 158).

Le doyen de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, monsieur Delpérée, apporte sa contribution aux *Mélanges* en faisant un parallèle entre le mécanisme constitutionnel de la succession au trône de Belgique et le droit successoral privé belge⁸. L'auteur se situe donc à un carrefour peu fréquenté, entre droit privé et droit public. Les modalités de la succession au trône, selon la Constitution belge, révisée en 1991, sont clairement résumées en quelques règles que nous laissons au lecteur le plaisir de découvrir. Mentionnons seulement que par le changement de la Constitution — et c'est là la plus grande nouveauté — la loi salique est abrogée puisque hommes et femmes participent dorénavant également à la succession au trône. L'exposé du doyen Delpérée est accompagné d'un arbre généalogique de la famille royale depuis Léopold I^{er}. Notons que, par une curieuse coïncidence, ce texte paraît pratiquement au moment même de la mort du roi Baudouin.

5. A. COSSETTE, « Propos sur la règle de la scission dans les successions à cause de mort en droit international privé », pp. 109-139.

6. M. GRIMALDI, « Le partage d'ascendant, acte d'autorité parentale », pp. 141-154.

7. E. GROFFIER, « Le nouveau droit international privé des successions », pp. 155-181.

8. F. DELPÉRÉE, « La succession au trône », pp. 183-193.

II. ÉTUDES EN DROIT CIVIL

A. DES PERSONNES

Le jugement de la Cour suprême *Daigle c. Tremblay*, rendu en 1989, sert de point de départ à la réflexion de madame le professeur Philips-Nootens⁹. Pour elle, le débat sur la personnalité juridique de l'enfant conçu est traditionnellement pris à l'envers. « Au lieu de se demander si l'enfant conçu possède la qualité de personne pour en déduire l'existence de droits, n'y a-t-il pas lieu de considérer si le législateur lui attribue, ou non, de véritables droits, ce qui permettrait d'en inférer sa personnalité juridique? » (pp. 201-202). L'auteur étudie donc en premier lieu les notions de droits et de substrats de droits, à partir desquels on acquiert la personnalité juridique puis se demande dans quelle mesure ces droits peuvent s'appliquer à l'enfant conçu. À cette occasion, elle aborde la question de la naissance, thème qu'elle développe dans la seconde partie de l'étude.

L'auteur refuse que la naissance soit qualifiée de « condition » — suspensive ou résolutoire — : « Nous soumettons qu'il est erroné [*sic*] de faire intervenir dans le débat relatif à la personne de l'enfant conçu des notions propres au droit des obligations » (p. 211). Elle fait un bref parallèle intéressant avec la capacité reliée à l'âge. Personne n'aurait l'idée de voir dans la majorité une « condition ». De la même façon, la naissance constitue pour le professeur Philips-Nootens un changement d'état, l'enfant conçu « passant de l'état d'enfant à naître à l'état de mineur » (p. 213. Le texte original est en gras).

Le professeur Crépeau, lui, ne cache pas son profond désaccord avec la décision de la Cour suprême du Canada dans la même affaire¹⁰.

L'essai aborde la question sous deux angles. Dans la première partie — la « critique externe », selon les termes de l'auteur — celui-ci examine les sources utilisées par le plus haut tribunal du pays : l'affaire *Léveillé*, Pothier, la doctrine française aux XIX et XX^{es} siècles, la doctrine et la jurisprudence québécoises. La seconde partie constitue la « critique interne », et porte sur les motifs invoqués par la Cour suprême. La maxime *Infans conceptus* y est disséquée, à partir de son sens historique puis de son fondement juridique. À cette occasion, l'auteur nous entraîne même du côté des corporations, de l'adoption et du régime de la chose jugée, pour illustrer la notion de fiction juridique. C'est dire si l'argumentation est complète.

En conclusion, pour le professeur Crépeau, la décision de la Cour suprême constitue « une grave erreur judiciaire par la méconnaissance de la nature et de la véritable portée de la maxime civiliste : "*Infans conceptus* [...]" » (p. 276).

Le professeur Marie Pratte réfléchit sur les nouvelles règles en matière de filiation¹¹. Elle aborde trois thèmes, la filiation par le sang, la procréation médicalement assistée et l'adoption. Dans le cadre du premier thème, on apprend que la présomption de paternité a un rôle secondaire, comme elle l'a d'ailleurs depuis la réforme du droit de la famille en 1981. Cependant, le nouveau Code civil

9. S. PHILIPS-NOOTENS, « Être ou ne pas être... une personne juridique : variations sur le thème de l'enfant conçu », pp. 197-215.

10. P.-A. CRÉPEAU, « L'affaire *Daigle* et la Cour suprême du Canada ou la méconnaissance de la tradition civiliste », pp. 217-281.

11. M. PRATTE, « Le nouveau *Code civil du Québec* : quelques retouches en matière de filiation », pp. 283-307.

« jette [...] de l'ombre sur certains aspects de la présomption de paternité » (p. 288). Ainsi, le champ d'application de la présomption de paternité et son rang par rapport au titre semblent mal circonscrits. De plus, le délai de trente ans accordé aux tiers pour contester la paternité du père présumé paraît injustifié.

La procréation médicalement assistée est l'une des nouveautés de notre codification. Selon les termes de l'auteur, ces nouvelles règles — que ce soit celles portant sur la filiation de l'enfant conçu grâce à un don de gamètes, celles adoptant le principe de la confidentialité ou celles concernant la convention de procréation de gestation pour le compte d'autrui — sont « prudentes ».

Finalement, on ne note pas de transformations en ce qui a trait aux dispositions sur l'adoption, seulement des précisions concernant l'adoption d'un enfant par le conjoint ou concubin de son père ou de sa mère, le décès de l'adoptant et la confidentialité et la recherche des origines.

B. DES BIENS

Monsieur Sériaux, professeur de droit et de science politique d'Aix-Marseille, disserte sur un sujet qui, s'il a son importance en Amérique du Nord, a peut-être encore plus de place dans l'inconscient collectif en France : le patrimoine et en particulier, sa transmission de génération en génération¹².

La visée principale de l'auteur est d'en remettre en cause la définition classique, véhiculée notamment par Planiol, Ripert, Marty, Raynaud et Carbonnier. L'auteur s'insurge contre l'utilisation de notions de la science comptable, transformées à la sauce juridique : « [a]insi revêtue des prestiges d'un appareil pseudo-scientifique, la notion de patrimoine pouvait bien apparaître comme parfaitement élucidée, prête à servir à toutes fins juridiques utiles » (p. 314).

L'étude du professeur Sériaux est très intéressante et a la vertu de pousser le civiliste à réfléchir sur une notion somme toute très commune. Comme nous le notions précédemment, le juriste québécois se sentira peut-être peu concerné par la notion de transmission héréditaire du patrimoine et tout ce qu'elle symbolise, oserions-nous dire, puisque chez nous, en raison de l'absence de la réserve héréditaire, les biens acquis par un ancêtre risquent fort de ne pas parvenir à ses descendants.

La contribution du professeur Cantin Cumyn porte sur l'indivision¹³, l'une des « matières qui n'avaient pas trouvé place dans le *Code civil du Bas-Canada* » (p. 327). La structure de l'essai est très classique. L'auteur traite en premier lieu de la notion même d'indivision, assez difficile à cerner. À propos de son champ d'application, elle rappelle que l'indivision ne porte pas uniquement sur le droit de propriété. Si elle approuve la nouvelle terminologie de « copropriété divise », l'auteur trouve qu'« [e]n retenant parallèlement la désignation de copropriété indivise, le législateur n'a pas la main aussi heureuse » (p. 330). Non seulement la « désignation ne reflète pas le contenu des dispositions qui s'y rapportent » (*id.*) mais encore elle « risque de fausser l'analyse de la nature du droit indivis » (*id.*).

12. A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », pp. 311-323.

13. M. CANTIN CUMYN, « L'indivision », pp. 325-342.

Le nouveau Code civil établit bien le régime juridique de l'indivision. À ce chapitre, l'auteur s'attarde aux dispositions relatives à la jouissance des biens indivis et à leur administration.

La conclusion est optimiste : « le nouveau code fait le pari qu'il est possible d'assurer des rapports harmonieux entre indivisaires en les réglant adéquatement » (p. 341).

Le professeur Pelletier, passionné de droit public, comme il se décrit lui-même, a soumis un texte portant sur le droit civil en hommage à monsieur Brière¹⁴. Il analyse en premier lieu les jugements rendus à l'occasion de la vente d'objets ecclésiastiques de grande valeur par le curé de la paroisse de l'Ange-Gardien. Ensuite, il examine la relation entre droit civil et droit canonique, dont est issu le principe voulant que les choses sacrées soient hors commerce. Il peut falloir, en effet, avoir recours au droit canonique non pas tant pour définir ce qu'est une chose sacrée mais pour « savoir quand une chose acquiert ou perd son caractère sacré » (p. 379).

Si le texte du professeur Pelletier effleure à peine les dispositions du nouveau Code civil, celui du professeur Goulet nous y replonge¹⁵. Comme toujours chez cet auteur, le fond est solide et la forme, un vrai délice. L'introduction, nous en sommes sûre, en fera certainement sourire plus d'un. Quant au choix des titres des deux parties, il change agréablement des formules habituelles et généralement... consacrées.

Dans un premier temps, l'auteur s'interroge sur l'espace du sacré puis dresse la liste des choses hors commerce sous l'empire de l'ancien Code civil. Dans un deuxième temps, l'auteur aborde le droit contemporain et constate que les choses sacrées ont disparu de la nomenclature de celles hors commerce : « [i]l appert [...] visiblement de la rédaction du nouveau Code civil, que l'heure n'est pas à la sacralisation des choses » (p. 394). Toutefois, grâce à la *Loi sur les Fabriques*, « les choses sacrées continueront d'exister dans notre droit en dépit du silence volontaire du *Code civil du Québec* sur ce sujet » (p. 395) et en vertu de l'article 2876 du Code civil, elles seront nécessairement considérées hors commerce.

C. DES OBLIGATIONS

La section des Mélanges touchant aux obligations débute avec un texte du professeur Jobin sur la révision judiciaire des contrats¹⁶. L'auteur s'attache à « dresser le tableau des principaux pouvoirs du juge, aussi bien dans le *Code civil du Bas-Canada* [...] que dans le *Code civil du Québec* [...] » (p. 403). Depuis le 1^{er} janvier 1994, le principe de non-intervention du juge dans les relations entre les cocontractants est fortement atténué. C'est là l'une des facettes « du revirement de l'attitude du législateur à l'égard des tribunaux » (p. 404).

Le texte est divisé en trois parties. La première porte sur l'autorisation pour exercer une sanction et la modification des modalités de paiement, domaine où l'on note une sérieuse entorse au principe de l'autonomie de la volonté. La

14. B. PELLETIER, « L'affaire des trésors de L'Ange-Gardien », pp. 343-381.

15. J. GOULET, « Un requiem pour les choses sacrées. Un commentaire sur la disparition des choses sacrées au *Code civil du Québec* », pp. 383-396.

16. P.-G. JOBIN, « La révision du contrat par le juge dans le Code civil », pp. 399-437.

seconde partie de l'étude examine le pouvoir d'annulation d'une clause ou de réduction de ses effets. Dans la dernière partie, l'auteur se penche sur la réduction des obligations.

En conclusion, pour le professeur Jobin, le législateur a pris les mesures nécessaires pour contrer « l'échec de la philosophie de l'autonomie de la volonté dans de nombreux secteurs et d'innombrables situations » (p. 436).

Pierre Legrand j^r s'interroge sur les rapports entre la doctrine et la jurisprudence¹⁷. Il énonce la thèse que l'une et l'autre forment une symbiose : « Toutes deux œuvres de juristes, la jurisprudence et la doctrine se nourrissent l'une l'autre, la jurisprudence consacrant les idées de la doctrine et la doctrine s'alimentant des décisions des tribunaux » (p. 444). Il illustre son argumentation en analysant la notion de contrat hospitalier, telle que reconnue par une majorité de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, rendu en 1989, ainsi que par de nombreux autres jugements québécois et dont la paternité revient au professeur Crépeau.

L'auteur regrette que ce soit une analyse « primordialement *politique* plutôt que juridique » (p. 455) de la position du patient face au centre hospitalier qui est devenue « le droit » puisque « à compter du moment où une cour de justice rend une décision retenant l'existence d'un contrat hospitalier entre un centre hospitalier et son patient, cette idée participe, dès lors et par là même, de l'ordre juridique » (p. 461). D'ailleurs, le raisonnement juridique lui-même n'est pas « cliniquement "juridique" » (p. 462) car « le juge n'est pas en mesure de dissocier sa réflexion juridique de choix politiques » (*id.*). Ce n'est un secret pour personne mais monsieur Legrand tient à le rappeler.

D. DES SÛRETÉS

La passion de la professeure Poudrier-LeBel pour le cautionnement, elle non plus, n'est un secret pour personne. Sa contribution porte sur l'influence du cautionnement sur le contrat d'entreprise¹⁸. L'analyse de deux décisions de la Cour d'appel du Québec nourrit la réflexion de l'auteure. Dans les deux cas, le contrat de cautionnement, pourtant accessoire au contrat principal, modifie les obligations de l'entrepreneur. L'adage connu, selon lequel l'accessoire suit le principal, sous-entend la formule complémentaire : « le principal ne suit pas l'accessoire » (p. 474). Ces principes souffriraient parfois des exceptions dans le cas des cautionnements. L'auteure les explique ainsi : « Les cautionnements constituent plus que de simples suppléments. Parties intégrantes au processus du contrat d'entreprise, ils sont nécessaires à l'existence même du contrat » (*id.*).

Passant de la théorie à la pratique, la professeure Poudrier-LeBel détermine la portée des applications jurisprudentielles tant en matière de cautionnement de soumission de travaux publics qu'en ce qui concerne le cautionnement de matériaux et main d'œuvre de travaux privés.

17. P. LEGRAND j^r « Pistes et thèmes d'épistémologie juridique : le cas de la « thèse » du contrat hospitalier », pp. 439-464.

18. L. POUDRIER-LEBEL, « L'influence du cautionnement sur le contrat d'entreprise : l'accessoire peut-il commander le principal? », pp. 467-478.

Avec le texte du professeur Morin, nous restons dans le domaine de la construction¹⁹. Plus précisément, l'auteur étudie les recours offerts au fournisseur de matériaux impayé. La revendication des matériaux en vertu du *Code civil du Bas-Canada* fait l'objet de la première partie de l'exposé. L'auteur la met en parallèle avec le recours offert au vendeur impayé puis expose la situation particulière du fournisseur. Celle-ci est prévue à l'article 2013e, alinéa 6 C.c.B.-C. La comparaison avec d'autres dispositions du Code civil relatives à la vente porte l'auteur « à conclure que le droit de revendication du fournisseur est implicitement fondé sur une résolution du contrat. [...] À notre avis, [le législateur] considère que ce droit est fondé sur une annulation rétroactive du contrat, laquelle est opposable aux tiers, plutôt que sur un prolongement du droit de rétention » (p. 497).

La seconde partie est plus intéressante, à notre avis, parce que plus actuelle. Elle traite des conséquences de l'absence d'incorporation sur le privilège du fournisseur. Selon le *Code civil du Bas-Canada*, seul l'emploi des matériaux permettait de bénéficier du privilège prévu à l'article 2013e. Le professeur Morin remarque que la situation du fournisseur de matériaux « sera bonifiée par le *Code civil du Québec* » (p. 506). En effet, dorénavant, le fournisseur qui prépare des matériaux — même si ceux-ci ne sont pas utilisés — peut enregistrer un avis et exercer les recours découlant de l'hypothèque légale.

Le texte du professeur Macdonald fait ressortir la pluralité des facteurs qui rendent le droit québécois des sûretés tout à fait unique²⁰. L'auteur signale d'entrée de jeu l'originalité de son plan, due justement à l'importance de faire ressortir ces facteurs. Au lieu du plan classique en deux parties, nous dit-il, « je préfère plutôt une forme dialectique et historique que je crois plus révélatrice de la complexité des questions de droit substantif ici abordées, et de la nature du discours théorique qui la sous-tend » (p. 531).

Le nœud du problème est la nécessité « d'élaborer un mécanisme juridique général qui aurait pour objet d'empêcher la création, par voie détournée, de nouvelles sûretés conventionnelles, soit de réglementer la publicité et l'exécution de ces dernières » (p. 528). L'auteur constate alors les failles du nouveau Code civil pour contrer ce phénomène.

Il faut souligner que le texte du professeur Macdonald est dense et très documenté. L'amateur de droit comparé y trouvera de précieuses références sur la common law et le droit civil français en particulier.

III. ÉTUDES EN DROIT COMPARÉ

Le texte rédigé par le professeur Glenn devrait intéresser les juristes civilistes et tout particulièrement les juristes québécois²¹. Il porte en effet sur un objet étrange, aussi mystérieux que les recettes des alchimistes, aussi énigmatique que le sourire de la Joconde et aussi incompréhensible qu'une formule de physique nucléaire. Au Québec, nous le côtoyons fréquemment, parfois en toute connaissance de cause, parfois sans même le savoir. Il s'agit bien sûr de la common law.

19. M. MORIN, « La protection accordée au fournisseur de matériaux sous l'ancien et le nouveau Code », pp. 479-526.

20. R. A. MACDONALD, « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, "la présomption d'hypothèque", et le principe de "l'essence de l'opération" », pp. 527-592.

21. P. GLENN, « La civilisation de la common law », pp. 595-616.

Quelques explications sur le titre de l'étude s'imposent. Le terme « civilisation » peut désigner un « ensemble de phénomènes sociaux [...] communs à une grande société ou à un groupe de sociétés »²². On pense, par exemple, à la civilisation grecque ou aux civilisations précolombiennes. Le mot indique également le processus qui consiste à « faire passer une société d'un état à un autre [...] plus avancé »²³. Il emporte alors la notion de progrès, d'évolution. Rien de tout cela ici. « Civilisation » signifie, dans l'esprit du professeur Glenn, « un processus lent par lequel la tradition de la common law commence à partager, par divers moyens, certains éléments qui ont jusqu'ici caractérisé la tradition civiliste » (p. 597). « Civilisation » signifie donc, dans le cadre de cet exposé, le fait de devenir « civiliste » et non « civilisé ».

L'auteur avertit que les civilistes québécois pourront être étonnés. En effet, nous sommes plus enclins à penser que c'est la common law qui influence notre droit civil que l'inverse. Cependant, il en est du droit comme des phénomènes linguistiques : même si l'influence dans un sens est davantage visible et fréquente, les relations et les échanges sont souvent réciproques.

L'apport du professeur Glenn a pour but de « livrer quelques impressions d'influence » (p. 606) d'un système juridique sur un autre. Il a l'avantage d'expliquer dans ses grandes lignes la naissance de la common law et, par conséquent, d'en faire saisir les principes de base. Par quelques exemples précis, il amène à comprendre le pourquoi et le comment de la « civilisation » de ce système. Pour quiconque s'intéresse à ce qui se passe en dehors de chez lui, ce texte sera riche d'enseignements. Il devrait aussi l'être pour les juristes québécois qui sont, de façon tout à fait unique, au cœur même de ce terrain d'échanges.

L'indépendance de la justice n'est pas la chose du monde la mieux partagée. L'honorable Jules Deschênes est bien placé pour en parler, étant, entre autres, membre du Conseil consultatif du Centre pour l'indépendance des magistrats et avocats²⁴.

Au Canada, nous vivons « dans une société qui reconnaît à la règle de droit non seulement une primauté d'honneur, mais une présence concrète dans le quotidien des citoyens » (p. 619). Cependant, l'honorable juge Deschênes déplore que, « tant en principe qu'en pratique, aucun des trois pouvoirs [...] n'a guère montré d'empressement pour affermir, dans la loi et dans les faits, l'indépendance de la justice, même si une tradition plus que séculaire prétend en assurer le respect » (p. 627).

Il y a des pays où, malgré les efforts des Nations Unies, la situation est bien plus tragique qu'au Canada comme le prouve le rapport du secrétaire général : « [...] que l'adversaire soit la corruption, le crime organisé, le terrorisme ou un État autoritaire ou répressif, l'indépendance de la magistrature ne peut être qu'une aspiration jamais satisfaite » (p. 631).

Malgré cette triste constatation, le juge Deschênes termine son texte sur une note optimiste : « [I]es Nations-Unies sont sur la bonne voie et [...], de la transposition de leurs travaux au niveau national devrait sortir à travers le monde

22. *Le Petit Robert*, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris, 1983, p. 320.

23. A.-J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, P.U.F., 1991, p. 24, cité p. 597.

24. J. DESCHÊNES, « Les standards internationaux de justice », pp. 617-635.

une justice plus forte et mieux armée, dans son indépendance, pour aider à bâtir une société meilleure » (p. 635).

Le professeur Levasseur expose comment sont sanctionnés les atteintes à l'intégrité corporelle des enfants et le non-respect des décisions judiciaires relatives à l'entretien ou à la garde des enfants²⁵. Il en profite pour faire un parallèle entre les mesures françaises et celles appliquées au Québec, que ce soit en vertu du droit civil provincial ou du *Code criminel* canadien.

L'exposé traite en premier lieu des atteintes à l'intégrité corporelle ou morale des enfants : violences volontaires contre la santé et la vie des enfants — abandon, manque de soins, non-assistance à personne en danger, droit de correction — et violences volontaires de nature sexuelle, à savoir la mise en danger des mœurs de l'enfant, le proxénétisme et l'inceste. En second lieu, l'étude est consacrée à l'inexécution des décisions judiciaires relatives à l'entretien des enfants ou au droit de garde.

Comparant les solutions françaises et canadiennes en la matière, le professeur Levasseur constate que, bien que des dispositions criminelles encadrent ces problèmes au Canada, comme cela se fait en France, « les obligations alimentaires familiales relèvent du droit provincial, par exemple, au Québec, de la *Loi sur la protection de la jeunesse* » (p. 651) et que « [d]ans la pratique canadienne, l'opinion que “le droit pénal ne doit pas servir à l'exécution d'obligations légales ou naturelles [...]” reste encore forte » (p. 656).

Le professeur Verge présente les deux grandes influences qui ont façonné le droit québécois des rapports collectifs du travail²⁶. Pour lui, notre législation en la matière contient deux doses d'extranéité. La première a été ingérée lors de la genèse de l'aménagement législatif des rapports collectifs du travail; la seconde se fait sentir au stade actuel de développement de ce droit, en raison de l'influence de l'environnement juridique.

Au Québec, rappelle le professeur Verge, on doit maintenant tenir compte de l'influence, en droit du travail, du nouveau Code civil qui établit le droit commun. L'auteur soulève le problème que pourrait causer la confrontation entre le principe de la liberté contractuelle, prônée par le Code civil, et celui de « la dévolution légale du pouvoir de négociation des conditions de travail [au] syndicat » (pp. 674-675). Attendons de voir ce qu'en diront les tribunaux!

Le professeur L'Heureux compare l'urbanisme français et l'urbanisme québécois²⁷. Les propos ne concernent pas ici l'esthétique mais sont, bien sûr, uniquement d'ordre juridique! Le sujet étant très vaste, l'auteur indique qu'il se limite « au rôle joué par les collectivités locales municipales, l'État et la population en matière de planification et de réglementation d'urbanisme, ne retenant, en ce qui concerne la réglementation d'urbanisme, que le règlement de zonage et l[e] plan d'occupation des sols qui sont les instruments de base pour l'application de la planification d'urbanisme respectivement au Québec et en France » (p. 684).

Le texte est très structuré, détaillé et, pour chaque sujet, expose les principes québécois et français.

25. G. LEVASSEUR, « Les sanctions pénales, en droit français, des obligations familiales à l'égard des enfants », pp. 637-657.

26. P. VERGE, « Éléments exogènes du droit québécois des rapports collectifs du travail », pp. 659-677.

27. J. L'HEUREUX, « La collectivité locale, l'État, la population et l'urbanisme : le Québec et la France », pp. 679-712.

Dans les deux systèmes comparés, le rôle de l'État demeure très important. En France, comme au Québec, l'État peut empêcher, dans certaines conditions, l'entrée en vigueur du plan ou du plan révisé d'occupation des sols déterminé par la collectivité locale. De même, les États québécois et français peuvent parfois imposer des modifications au schéma d'aménagement. Signalons que « [l']importance du rôle de l'État est cependant plus grande en France » (p. 710) et que « le rôle donné à la population est plus important au Québec » (p. 711).

IV. ÉTUDES EN DROIT COMMERCIAL

Le professeur Karim compare les pratiques canadienne et internationale en matière de garanties dans les contrats internationaux²⁸. Le commerce international contemporain couvre des transactions variées qui vont de la simple vente de biens à la réalisation de complexes industriels. « Ces contrats ayant trait à l'étude et à l'implantation des grandes installations industrielles s'échelonnent souvent sur plusieurs années et impliquent des sommes colossales, en plus de présenter des risques considérables » (p. 718). Dans tous les cas, des garanties bancaires sont exigées, ce qui n'est pas un phénomène récent. À l'heure actuelle, les formes classiques de sûretés se révèlent inadaptées tant au commerce interne qu'aux échanges internationaux.

L'auteur a choisi de présenter trois de ces sûretés, dans l'ordre chronologique où elles peuvent intervenir : la garantie de soumission, la garantie de bonne exécution et, finalement, la garantie de restitution d'acomptes. Dans sa conclusion, il rappelle que « les moyens de s'opposer à la mise en jeu d'une garantie ou lettre de garantie à première demande sont relativement faibles » (p. 744) et indique que plusieurs proposent, pour pallier cela,

la mise sur pied d'une « référé arbitral » qui aurait après un examen rapide des faits, à porter une appréciation *prima facie* sur les griefs allégués par le bénéficiaire ou par le donneur d'ordre [...]

Cette solution paraît concilier l'absolutisme de la garantie et la sécurité nécessaire au donneur d'ordre. En d'autres termes, elle permet, d'une part de conserver l'efficacité de la garantie et les fonctions actuellement attachées à son automatisme et, d'autre part, d'écarter les risques d'appels abusifs (p. 745).

Prévenons que la lecture du texte du professeur Karim n'est pas particulièrement aisée. Un lecteur peu averti risque de s'y perdre... Toutefois, l'exposé a l'avantage, pour qui s'intéresse au sujet, de mettre l'accent sur les similitudes et les différences entre les pratiques québécoise et internationale en la matière.

Le professeur Deslauriers traite des rapports entre droit de la faillite et droit civil²⁹. La *Loi sur la faillite*, cette loi « mal aimée » (p. 750), a fait l'objet d'une réforme, entrée en vigueur en 1992, qui va avoir des impacts notamment sur les biens frappés de la saisine du syndic et sur certains actes faits par le débiteur-failli. L'auteur entend nous rappeler « le problème perpétuel en matière de faillite qui consiste à atteindre un équilibre entre le droit des créanciers d'être payés et l'objectif de réhabilitation poursuivi par la loi » (p. 748). En outre, ici, le terrain est

28. V. KARIM, « Les garanties ou les cautionnements dans les contrats internationaux : pratique canadienne et internationale », pp. 715-746.

29. J. DESLAURIERS, « Le droit de la faillite et le droit civil du Québec : réflexions à l'occasion d'une réforme difficile », pp. 747-776.

miné d'obstacles puisque « la *Loi sur la faillite* est une loi d'inspiration anglaise qui doit s'appliquer au Québec dans un contexte de droit civil. C'est un mariage de raison qui n'est pas sans heurt » (p. 750).

Le texte est divisé en trois parties. La première expose la règle générale et les exceptions en matière de biens frappés par la saisine du syndic. La deuxième partie concerne les actes préjudiciables à la masse des créanciers, à savoir les dispositions de biens, les traitements préférentiels et les actes frauduleux, ainsi que les transactions révisables. La troisième partie traite des « créanciers jouissant de causes légitimes de préférence lors de la liquidation des actifs » (p. 767).

Le professeur Deslauriers reconnaît qu'on ne sait pas encore quel sera l'impact des réformes en matière de faillite. Notamment, il semble douter que les syndics auront le temps de jouer le rôle que leur assigne la nouvelle législation. La conclusion de son exposé prouve, par la série de questions qu'il se pose, que de nombreux problèmes sont loin d'être réglés. Cela ne détonne pas en la matière puisque le droit de la faillite « ne cessera pas d'être un sujet brûlant, très contesté, [...] en pleine ébullition et toujours sujet à des transformations » (p. 776).

V. ÉTUDES EN DROIT CONSTITUTIONNEL

Le sénateur Beaudoin passe en revue les droits des minorités protégés par la *Loi constitutionnelle de 1867* et par la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'interprétation qu'en a faite la Cour suprême du Canada³⁰.

On reconnaît dans le texte, fort bien structuré, l'œuvre d'un enseignant! Il se divise en six parties qui répondent aux questions suivantes :

Le partage des compétences législatives dans la fédération canadienne a-t-il été influencé par la présence de minorités?; les minorités sont-elles protégées dans nos institutions fédérales et provinciales?; la Constitution protège-t-elle les droits confessionnels, les droits linguistiques, les droits fondamentaux, les droits des peuples autochtones? (p. 782)

Dans l'ensemble, pour le sénateur Beaudoin, grâce à l'interprétation faite par la Cour suprême des textes constitutionnels, les minorités jouissent d'une bonne protection. Toutefois, une restriction s'impose à propos des peuples autochtones. Bien qu'ils soient mieux protégés qu'en 1867, « ils ne sont pas encore identifiés de façon satisfaisante » (p. 801).

En conclusion, le sénateur Beaudoin réaffirme que la constitution canadienne privilégie, à l'instar du *U.S. Bill of Rights*, les droits et libertés individuels. Cela s'explique par le fait que « [l]es chartes constitutionnelles visent d'abord et avant tout la protection du simple citoyen contre l'État devenu de plus en plus puissant » (pp. 803-804). Toutefois, les chartes protègent également les minorités contre les majorités parlementaires. Au Canada, la Cour suprême n'a pas hésité, à la lumière de la Constitution, à accorder une protection aux minorités « sur le plan linguistique et sur le plan des droits et libertés en général » (p. 804).

Le doyen Braën analyse le fonctionnement et la portée de l'obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif³¹. L'article 133 de la *Loi constitution-*

30. G.-A. BEAUDOIN, « La protection constitutionnelle des minorités au Canada », pp. 779-805.

31. A. BRAËN, « L'obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif », pp. 807-825.

nelle de 1867 impose ce bilinguisme au Parlement du Canada et à l'Assemblée nationale du Québec. L'obligation du Parlement canadien est réitérée dans l'article 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick doit, elle aussi, en vertu de cet article, imprimer et publier ses lois dans les deux langues officielles.

L'obligation s'applique aux textes de loi et à la législation déléguée et aux actes réglementaires. L'étude entend déterminer « à quels textes réglementaires s'applique l'obligation constitutionnelle au bilinguisme » (p. 811) en analysant les décisions récentes de la Cour suprême du Canada sur le sujet. L'auteur s'interroge également sur le respect de l'obligation constitutionnelle en ce qui concerne la technique dite du renvoi qui permet au législateur « de faire siennes des normes extérieures qui peuvent être des textes législatifs d'autres ressorts, des conventions internationales, des instruments techniques, etc. [...] » (p. 811). Qu'advient-il lorsque ces normes ne sont pas disponibles dans les deux langues ?

Enfin, pour le doyen Braën :

L'approche [de la Cour suprême du Canada] reste libérale quoique la démarche du tribunal soit teintée d'une certaine prudence en particulier lorsqu'il s'appuie sur la théorie du compromis politique. La même approche devient toutefois nettement réservée en ce qui concerne l'application éventuelle du critère du motif raisonnable qui permettrait au législateur de contourner ses obligations constitutionnelles [...] (pp. 823-824).

C'est en raison de la longue amitié qui le lie à Germain Brière que le professeur Boulouis a accepté de participer aux *Mélanges*. Publiciste, il nous entretient d'un sujet auquel, « [r]essortissant d'un État de type fédéral, un Canadien ne devrait pas rester indifférent » (p. 829). Il s'interroge en effet sur le devenir politique de l'Europe communautaire³². D'après l'auteur, depuis plus d'un quart de siècle, l'Europe aspire à devenir une fédération. L'originalité de la démarche européenne « résid[e] dans cette constatation qu'il était impossible de réaliser d'emblée une union politique et qu'il fallait d'abord créer ces solidarités concrètes qui entraîneraient comme naturellement l'avènement » (p. 829). La première étape — l'union économique — franchie avec succès, il s'agit maintenant d'aborder la seconde. À quoi aboutira-t-elle : une fédération, une confédération ? L'auteur expose l'extrême complexité de la situation. L'institution économique créée pour être l'instrument de la fédération « comporte une logique propre qui s'oppose à la forme fédérale » (p. 828). En effet, s'unir en fédération impliquerait un retour à des structures décentralisées qui « entraînerait le dépérissement de l'institution économique » européenne (p. 831). L'État fédéral est donc à exclure tout comme l'est « la constitution d'une collectivité unitaire [...] car cela impliquerait un suicide des États sans pour autant réduire les résistances de leurs composantes internes, d'autant plus attachées à leur identité » (*id.*).

Cet exposé de la situation européenne devrait en effet nous intéresser. Si le Canada a actuellement des problèmes avec sa « vieille » fédération, fréquemment remise en question, on constatera que l'Europe en a également, tout aussi

32. J. BOULOUIS, « L'Europe communautaire deviendra-t-elle une fédération ? », pp. 827-832.

complexes, avec son projet d'union, elle aussi remise en question alors qu'elle n'a pas encore vu le jour.

*

* *

Ces *Mélanges Germain Brière* s'avèrent une très heureuse initiative. Le recueil de texte est quasiment universel, en couvrant, dans le temps et dans l'espace, les domaines juridiques les plus variés, présentés de diverses manières : le droit nord-américain côtoie le droit européen, les textes purement académiques alternent avec les enseignements pratiques, le droit romain fraye avec le nouveau *Code civil du Québec*, le droit privé cède parfois la place au droit public.

Il faut noter à la fin de l'ouvrage des extraits des recensions des ouvrages de Germain Brière. Heureuse initiative du comité de rédaction! Cela change de la seule liste bibliographique, qui, avouons-le, est passablement sèche.

Signalons également que le volume contient non seulement un index général mais aussi un index à la suite de chaque texte. Cela le rend particulièrement pratique et facile à consulter.

En somme, les *Mélanges Germain Brière* constituent un excellent ouvrage qui devrait faire partie de la bibliothèque de tout juriste.

Sylvette Guillemard
4262, route Marie-Victorin
ST-ANTOINE DE TILLY (Québec) G0S 2C0
Tél. : (418) 886-2082
Télec. : (418) 886-2112