
À l'appui du pouvoir

H. Patrick Glenn*

Dans sa conférence inaugurale comme titulaire de la Chaire Wainwright en droit civil, Madame le professeur Madeleine Cantin Cumyn nous a offert un bel exemple de doctrine fondamentale, fondamentale, d'ailleurs, dans un double sens¹. D'abord, le professeur Cantin Cumyn nous a exposé une théorie générale du pouvoir juridique, pouvant appuyer et clarifier plusieurs institutions juridiques dans divers domaines du droit privé — du droit commercial et corporatif au droit de la famille et au droit des biens, en passant par le droit des successions. Dans tous les cas, il s'agit d'une situation où *Primus* agit pour le bénéfice de *Secundus* ou dans un but déterminé. Ensuite, la conférencière nous a présenté un fondement «déontologique» ou «éthique» de la notion de pouvoir juridique, un fondement qui justifierait l'autonomie et même la supériorité du pouvoir juridique par rapport à d'autres concepts juridiques fondamentaux. Cependant, pour en arriver à cette conclusion, il a fallu d'abord surmonter deux obstacles importants — l'imprécision linguistique et l'impérialisme conceptuel — avant d'aborder enfin l'analyse si convaincante du pouvoir juridique que nous avons eu le plaisir d'entendre.

Tout d'abord, il y a le problème de l'imprécision linguistique. En français le problème est moins aigu qu'en anglais, où le seul mot *power* doit servir à tous les sens, puisque nous avons au moins le choix entre «pouvoir» et «puissance». Toutefois, la frontière n'est pas très nette entre la «faculté de faire»² et le «pouvoir [!] de commander»³, de sorte que l'existence du mot «puissance» n'enlève pas toute l'ambiguïté du mot «pouvoir», qui reste ainsi l'un des plus beaux fleurons de la

* Professeur et titulaire de la Chaire Peter M. Laing à la Faculté de droit et à l'Institut de droit comparé de l'Université McGill. Ce texte est une version remaniée d'une allocution de remerciements prononcée le 24 octobre 2006 suivant la huitième Conférence Wainwright à la Faculté de droit de l'Université McGill.

© H. Patrick Glenn 2007

To be cited as: (2007) 52 McGill L.J. 237

Mode de référence : (2007) 52 R.D. McGill 237

¹ Pour une version légèrement remaniée et augmentée de notes du texte de la conférence, voir Madeleine Cantin Cumyn, «Le pouvoir juridique» (2007) 52 R.D. McGill 215.

² *Petit Larousse illustré*, 1980, s.v. «pouvoir».

³ *Petit Larousse illustré*, 1980, s.v. «puissance».

polysémie»⁴. Il y a donc le pouvoir d'achat, les pouvoirs publiques, l'objectif mirobolant d'être «au pouvoir», le droit subjectif vu comme un pouvoir⁵ et même la doctrine juridique, toute entière, en tant que pouvoir⁶. Il s'agirait pourtant, dans tous ces cas, d'une puissance brute, d'une force de domination admettant certes des degrés d'intensité mais s'exerçant avec autant de facilité dans le monde de la nature ou de la politique que dans le monde du droit. C'est un objet d'étude des sciences dites «sociales». Le professeur Cantin Cumyn parle ainsi du «pouvoir juridique» avec l'accent sur le «juridique», car il faut à la fois s'éloigner de cet aspect de puissance et de domination et admettre la possibilité d'une autre conception, juridique cette fois, du pouvoir.

En entrant dans le monde juridique, cependant, on constate un autre danger : celui de l'impérialisme conceptuel. Ce danger est d'ailleurs double, car le monde du droit reste ouvert au monde tout entier et le pouvoir-comme-puissance refait ici surface, en partie à cause de l'imprécision linguistique. Ainsi, le monde du droit dans sa totalité peut être vu, et l'est par ses critiques et par maints sociologues, comme un monde de pouvoir-comme-puissance. Il faut donc insister sur la notion d'un pouvoir juridique qui serait autre chose. Il y a aussi, cependant, les dangers présentés par d'autres concepts juridiques, et le professeur Cantin Cumyn insiste, avec raison, sur le danger d'aborder le droit subjectif comme «concept englobant»⁷. Ce risque, très actuel, est de voir l'espace conceptuel disponible pour le pouvoir juridique disparaître sous une forme de mousse étouffante du langage du droit subjectif. Même le mandataire pourrait être vu comme le simple exerçant des droits du mandant⁸. La conférencière n'apprécie guère les tendances doctrinale et législative dans ce sens. En effet, si tout est droit subjectif, tout devient conflit de droits subjectifs et cette notion ne fournit rien en elle-même pour la résolution de ces conflits⁹.

Nous voyons donc les obstacles, majeurs, qui s'opposent à la construction et à la mise en œuvre d'une notion de pouvoir juridique. La réussite de cette entreprise

⁴ Gérard Cornu, «Préface» dans Emmanuel Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, 3 à la p. 4, tel que cité dans Adrian Popovici, *La couleur du mandat*, Montréal, Thémis, 1995 à la p.195.

⁵ Voir Cantin Cumyn, *supra* note 1 à la p. 219, n. 8 et texte correspondant. Il s'agit d'une longue histoire du droit subjectif vu comme *potestas* et non pas comme un simple intérêt protégé par la loi, comme il est souvent présenté aujourd'hui.

⁶ Voir Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004 («tout le monde considère implicitement la doctrine comme un pouvoir, puisqu'elle fait partie des sources du droit» à la p. 5) ; *ibid.* («[o]n ne peut donc [...] que constater l'existence d'un pouvoir doctrinal, pouvoir de fait, purement persuasif mais indéniable» à la p. 6). Comparer François Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 1991 («[l]a doctrine n'est pas une source du droit» au n° 40) ; *ibid.* («[l]a doctrine est une autorité» au n° 24).

⁷ *Supra* note 1 à la p. 218.

⁸ Voir *ibid.* à la p. 220.

⁹ La notion de «peser» ou de «balancer» des droits subjectifs est une simple métaphore, sans application possible à l'égard de concepts métaphysiques, qui cache ainsi d'autres opérations intellectuelles moins visibles.

nécessite, par conséquent, une justification majeure, tant théorique que fondamentale, de ce concept par rapport à d'autres concepts, juridiques et non-juridiques, et c'est précisément ce que le professeur Cantin Cumyn nous a offert dans sa conférence.

Si le droit subjectif est, par définition, exercé dans l'intérêt de son titulaire (qui devient ainsi *empowered* dans la langue de Shakespeare, s'agissant ici du pouvoir-comme-puissance), le pouvoir, par contre, serait en principe exercé pour le bénéfice d'*autrui* ou dans un but juridiquement déterminé. Si le droit subjectif se justifie par la nécessité de fournir aux individus des moyens pour faire avancer leurs intérêts personnels dans un monde souvent hostile, le pouvoir juridique se justifierait par la nécessité d'agir pour le bénéfice de l'Autre. N'est-il donc pas question d'une mission plus noble, radicalement distincte du pouvoir-comme-puissance ? Le droit subjectif serait ainsi par sa nature «égoïste» ; le pouvoir par sa nature «altruïste»¹⁰.

Devons-nous cependant craindre le titulaire du pouvoir, justement de par le pouvoir qu'il détient et la réduction conséquente de la liberté de la personne soumise à ce pouvoir ? Soulignons à cet effet que le pouvoir, à l'opposé du droit subjectif, est toujours limité dans son étendue. Il s'agit d'un pouvoir d'agir pour le *bénéfice* d'autrui ou dans un but préalablement déterminé par l'instrument de création du pouvoir. Aux États-Unis, Robert M. Cover a écrit que les droits subjectifs sont «indifferent to the vanity of varying ends»¹¹, mais le pouvoir juridique n'est jamais indifférent aux objectifs de son exercice. Il est ainsi un instrument de salut qui ne peut jamais être exercé autrement. S'il existe une notion d'abus de droit et une notion correspondante d'abus de pouvoir¹², le pouvoir, mais pas le droit subjectif, peut être *outrépassé*, de sorte que le titulaire du pouvoir l'exerce toujours à l'intérieur d'un cadre prédéterminé. Il s'ensuit, comme la conférencière l'a démontré, que le titulaire du pouvoir est soumis à une gamme d'obligations inexistantes pour le titulaire du droit subjectif¹³. Il faut donc appuyer le titulaire du pouvoir dans son œuvre et non pas le craindre, puisqu'il est toujours lié par un objectif socialement valable et juridiquement prédéterminé. Le pouvoir juridique est donc un concept profondément «relationnel» et social.

Si les juristes civilistes n'appuient pas le pouvoir juridique dans la mesure souhaitable, comme l'a tristement constaté le professeur Cantin Cumyn, nous pouvons trouver d'autres appuis pour le concept dans les domaines juridiques dits «ancillaires», où il y aurait peut-être une reconnaissance plus significative du caractère relationnel du droit. On retrouve ainsi, dans le droit des institutions, une conception du pouvoir judiciaire qui se distingue de la notion de puissance brute et égoïste et qui s'articule autour du pouvoir de définir les droits et les obligations d'autrui, le tout, comme l'exprime l'article premier du *Code de déontologie de la*

¹⁰ Cantin Cumyn, *supra* note 1 à la p. 225.

¹¹ «Obligation : A Jewish Jurisprudence of the Social Order» (1987) 5 J.L. & Religion 65 à la p. 70.

¹² Voir Popovici, *supra* note 4 aux pp. 115-17.

¹³ Voir Cantin Cumyn, *supra* note 1 à la p. 230, n. 46 et texte correspondant.

magistrature, «dans le cadre du droit»¹⁴. En droit processuel, le pouvoir de l'avocat, exercé en vertu d'un mandat consensuel *ad litem*, dépasse le cadre consensuel pour permettre à l'avocat de lier son client sans son consentement, toujours dans l'intérêt de ce dernier, bien que le client puisse désavouer le procureur qui a «excédé ses pouvoirs»¹⁵. Le caractère relationnel du pouvoir est peut-être encore plus évident en matière de droit international privé, où le pouvoir (relationnel) est souvent soumis à une loi différente de celle qui gouverne la capacité de la personne ou le droit subjectif en cause¹⁶.

La notion de pouvoir juridique est donc juridiquement et déontologiquement fondamentale et nous remercions vivement le professeur Cantin Cumyn de l'avoir démontré avec telle force et élégance.

¹⁴ D. 643-82, 17 mars 1982, G.O.Q. 1982.II.1648, art. 1. Voir aussi H. Patrick Glenn, «La responsabilité des juges» (1983) 28 R.D. McGill 228 à la p. 248.

¹⁵ Art. 243 C.p.c.

¹⁶ Voir généralement H. Patrick Glenn, *La capacité de la personne en droit international privé français et anglais*, Paris, Dalloz, 1975 aux n° 250-59.