
Lear et le droit civil

Nicholas Kasirer*

Le juriste peut difficilement s'empêcher de voir un acte juridique dominant le déroulement du premier acte de *King Lear*. Las de gouverner et fatigué par l'âge, Lear décide de confier le royaume à ses filles : «... and 'tis our fast intent / To shake all cares and business from our age, / Conferring them on younger strengths, while we / Unburdened crawl toward death»¹. Il cherche à le faire tout en gardant le titre de roi, voulant ainsi séparer «[t]he name, and all th'addition to a king», que Lear retient pour lui-même, du «sway, revenue, execution of the rest» qu'il remet à ses filles Goneril et Regan, tout en excluant, si injustement, sa chère Cordelia². Ayant à l'esprit les conséquences catastrophiques de la décision de Lear, et à la suite de la lecture du traité de Madeleine Cantin Cumyn³, on dira certainement que le Roi du Fou ne se montre ni bon père de famille, ni bon juriste. Faisons abstraction du temps et de l'espace, ainsi que des problèmes de droit constitutionnel : Lear aurait profité d'une tradition juridique lui permettant de distinguer les «pouvoirs» à l'égard de ses biens et les «droits subjectifs» qui s'y rapportent — bref, d'un droit qui aurait connu un régime d'administration du bien d'autrui comme celui prévu au *Code civil du Québec*.

En effet, Lear tombe dans un vieux piège, identifié par Madame le professeur Cantin Cumyn, en confondant les notions de pouvoir et de droit dans son effort de mettre sur pied un mécanisme pour l'administration de ses biens avant sa mort⁴. D'une part, il exprime sa volonté quant à son avenir patrimonial à l'aide de la terminologie relative à la prérogative juridique, cette dernière menant une existence dis-

* De la Faculté de droit et de l'Institut de droit comparé, Université McGill, et directeur du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec. L'auteur tient à remercier ses collègues au Centre Paul-André Crépeau, Élise Charpentier, Richard Janda, Roderick Macdonald et Timothy Reibetanz pour leurs commentaires sur une version antérieure de cette note.

© Revue de droit de McGill 2000

McGill Law Journal 2000

Mode de référence : (2000) 46 R.D. McGill 293

To be cited as: (2000) 46 McGill L.J. 293

¹ Shakespeare, *King Lear*, éd. par R.A. Foakes, Walton-on-Thames (R.-U.), The Arden Shakespeare, 1997, 1.1.37-40 [ci-après *Lear*].

² Voir *ibid.*, 1.1.137.

³ M. Cantin Cumyn, *L'Administration du bien d'autrui*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 2000 [ci-après *L'Administration*].

⁴ Selon Mme Cantin Cumyn, on peut déceler «[une] impression de confusion qui se dégage généralement de la lecture de la doctrine et de la jurisprudence où les termes "pouvoir" et "droit" sont souvent utilisés comme s'ils recouvraient des notions interchangeables» (*ibid.* au para. 85).

tincte du droit subjectif⁵ ; d'autre part, Lear emploie le langage très sophistiqué du *conveyancing*⁶, ce qui laisse entendre qu'il cherche moins à investir ses filles de simples pouvoirs d'administration qu'à leur transmettre des droits réels afin de réaliser son objectif de trouver la sainte paix. Entre droit et pouvoir, le roi semble avoir l'esprit bien confus et cela, bien avant ses moments d'angoisse sur le *heath*.

Le traité de Madame Cantin Cumyn a l'immense mérite d'élucider ces concepts et de les mettre à leur place à l'intérieur du cadre posé par les textes nouveaux des articles 1299 à 1370 du *Code civil du Québec*, ce qui n'est pas peu dire, compte tenu du «mutisme quasi général»⁷ qui, au moment de la réforme, fut réservé à l'adoption du titre consacré à l'administration du bien d'autrui du livre quatrième portant sur les biens⁸. La notion de pouvoir trouve, sous la plume de Madame Cantin Cumyn, une définition pour le droit civil de tradition française qui servira sans doute de pierre de touche pour toute étude qui suivra : «[L]e pouvoir est une prérogative juridique conférée à une personne dans l'intérêt d'autrui»⁹. Replacé devant *Lear*, l'exercice du pouvoir de Goneril et Regan aurait été subordonné à l'intérêt de Lear, titulaire du droit subjectif. Cette finalité — celle qui implique, sans doute, une loyauté due au roi et au père — aurait animé l'exercice du pouvoir, laquelle finalité n'étant pas celle qui se rattache au droit lui-même. Le «résultat remarquable»¹⁰ de la distinction que décrit si lucidement Madame Cantin Cumyn aurait permis à Goneril et Regan d'accomplir des actes — plus ou moins limités — touchant le patrimoine de Lear sous l'empire du régime de l'administration du bien d'autrui applicable et sujet à la «forme» d'administration (simple ou pleine) qui s'y rapporte¹¹. Pourtant, c'est le manque de goût pour ces subtili-

⁵ «I do invest you jointly with my power, / Pre-eminence and all the large effects / That troop with majesty. Ourself by monthly course, / With reservation of a hundred knights / By you to be sustained, shall our abode / Make with you by due turn» (*Lear*, *supra* note 1, 1.1.131-36).

⁶ D'après le langage qu'il emploie, Lear semble vouloir faire transmettre *inter vivos un estate in fee simple* (domaine en fief simple) à Regan : «To thee and thine hereditary ever / Remain this ample third of our fair kingdom» (*ibid.*, 1.1.79-80). Sur la question technique de savoir si, avec ces «words of inheritance», on arrivait à créer un fief simple à l'époque, on consultera P.S. Clarkson et C.T. Warren, *The Law of Property in Shakespeare and the Elizabethan Drama*, 2^e éd., New York, Gordian Press, 1968 à la p. 52.

⁷ *L'Administration*, *supra* note 3 au para. 60.

⁸ Mme Cantin Cumyn a déjà souligné, dans un article récent, que les dispositions nouvelles ont pu «susciter chez certains juristes une réaction plutôt embarrassée» : M. Cantin Cumyn, «Le Code civil et la gestion des biens d'autrui» dans J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, dir., *La responsabilité civile des courtiers en valeurs mobilières et des gestionnaires de fortune : aspects nouveaux*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1999, 121 à la p. 121.

⁹ *L'Administration*, *supra* note 3 au para. 91.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Mais lequel de ces régimes ? La folie — réelle ou imaginaire, actuelle ou appréhendée — de Lear peut nous mettre sur les fausses pistes du mandat donné en prévision d'inaptitude (art. 2166 et s. C.c.Q.) ou d'un régime de protection d'une personne majeure (art. 256 et s. C.c.Q.). Mais, puisque l'administration des biens de Lear est déclenchée par son propre acte de volonté — que l'on présume valide — on devra, sans doute, regarder ailleurs.

tés juridiques chez Lear, ainsi que son piètre jugement, qui provoquent, pour le roi et sa famille, des conséquences désastreuses relevant, elles aussi, du juridique¹².

L'apport de Madame Cantin Cumyn est d'autant plus important qu'elle travaille avec un appui qu'il convient de qualifier de limité de la part du «droit antérieur» et du «droit nouveau». Aussi a-t-elle a raison de dire que le jeu pouvoir/droit a été méconnu sous le *Code civil du Bas Canada*¹³; mais ce qui surprend davantage, c'est que le législateur québécois n'ait pas réussi, dans le Code de 1991, à faire dans les concepts le ménage qui s'imposait. Le législateur nous offre, certes, «une innovation majeure»¹⁴ avec l'édiction du régime général de l'administration du bien d'autrui dans le nouveau Code; toutefois, il n'en demeure pas moins que c'est avec l'ouvrage de Madame Cantin Cumyn que la notion de pouvoir «prend la solidité d'une catégorie juridique»¹⁵ au Québec. Si les responsables de la codification québécoise avaient saisi toute la «pertinence»¹⁶ de cette notion du pouvoir juridique, le droit de l'administration du bien d'autrui aurait eu la place qui lui revient — c'est-à-dire celle d'un livre à part entière du Code plutôt qu'un simple «titre» inséré à celui du droit des biens — lui permettant ainsi d'assumer pleinement le «mandat» (*sic* !) de formuler une tranche du droit commun pour l'ensemble du droit privé.

Face à ce qu'un autre expert dans ce domaine qualifie «[d]'éclatement des catégories juridiques» provoqué par la réforme du droit, il est très certainement opportun que la doctrine vienne à la rescousse du Code¹⁷. Certes, l'influence de la doctrine en droit des biens a été, au cours de l'histoire formelle du droit québécois, «prépondérante»¹⁸. Mais les experts ont certainement raison de croire que l'emplacement du droit «embryonnaire» de l'administration du bien d'autrui à l'extérieur du livre des biens en 1866 empêchait la doctrine d'y voir une institution fondamentale pour le

¹² Selon un professeur de littérature anglaise, ces conséquences sont une sanction imposée à Lear qui relève du droit naturel : «a kind of even-handed justice seen in the nature of things, a 'lex talionis' independent of human formulation» : W.M. Merchant, «Lawyer and Actor : Process of Law in Elizabethan Drama» dans G.I. Duthrie, dir., *English Studies Today*, 3^e série, Édinburgh, Edinburgh University Press, 1964, 107 à la p. 121.

¹³ Mme Cantin Cumyn constate, après une analyse exhaustive du droit antérieur, qu'«aucun [auteur n'a] fait des pouvoirs une catégorie du droit privé» (*L'Administration*, *supra* note 3 au para. 83).

¹⁴ *Ibid.* au para. 60.

¹⁵ C'est l'expression de G. Cornu, «Préface» dans E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Économica, 1985, 3 à la p. 4.

¹⁶ *L'Administration*, *supra* note 3 au para. 80.

¹⁷ Le diagnostic est ainsi posé par A. Popovici, «Repenser le droit civil : un nouveau défi pour la doctrine québécoise» (1995) 29 R.J.T. 545 à la p. 552. Cet article reproduit l'avant-propos de l'ouvrage de M. Popovici, *La couleur du mandat*, Montréal, Thémis, 1995, première grande contribution doctrinale au domaine qui nous intéresse ici suite à l'adoption du nouveau Code.

¹⁸ S. Normand, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000 à la p. 6. L'ouvrage du professeur Normand est le premier précis de droit nouveau des biens à consacrer des chapitres entiers à la fiducie et à l'administration du bien d'autrui à titre d'éléments constitutifs du droit commun des biens.

domaine¹⁹. Ayant une maîtrise, sans pareille au Québec, du vocabulaire conceptuel du droit civil²⁰, Madame Cantin Cumyn est mieux placée que quiconque pour poser les jalons du nouveau droit de l'administration du bien d'autrui. Après avoir fait ses premiers pas de chercheur à l'Office de révision du Code civil²¹, dont les travaux sont essentiels à la compréhension des articles 1299 et s. C.c.Q., Madame le professeur Cantin Cumyn s'est jointe à une petite équipe de civilistes à l'Université McGill, dont Yves Caron²² et John E.C. Brierley²³, qui ont marqué à la fois le développement de cette branche du droit privé et la pensée de l'auteure de ce traité. Ici comme ailleurs, Madame Cantin Cumyn travaille avec une méthode qui comporte non seulement un «return to fundamentals»²⁴, mais également une audace qui l'amène à remettre en cause certaines idées reçues²⁵. Un des faits saillants du livre est le talent avec lequel l'auteure marie la qualification en droit, un aspect de la recherche fondamentale que

¹⁹ Voir R.A. Macdonald, «Reconceiving the Symbols of Property : Universalities, Interests and Other Heresies» (1994) 39 R.D. McGill 761 au para. 6 (pour la fiducie).

²⁰ Voir par ex. son analyse portant sur le problème du *numerus clausus* des droits réels principaux, qui exploite si finement la conception civiliste du caractère perpétuel du droit de propriété, et où l'on voit, en filigrane, l'importance qu'elle accorde à la distinction droit/pouvoir dressée ici : M. Cantin Cumyn, «De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innomés : essai sur l'énumération limitative des droits réels» (1986) 46 R. du B. 3 aux pp. 6-7, n. 7.

²¹ Mme Cantin Cumyn a participé aux travaux de l'Office à partir de 1972 ; elle a occupé le poste de rapporteur général adjoint chargé des sujets touchant le droit des biens de 1975 à 1976. Cette expérience lui donne une perspective d'initié en la matière sous étude — on notera, entre autres, qu'elle signe, avec Yves Caron, le *Rapport sur l'administration du bien d'autrui*, Montréal, Office de révision du Code civil, 1976 (rapport jaune, t. XLII) qui présentait une synthèse de règles étudiées par plusieurs comités de l'Office, dont les comités sur le mandat, le dépôt, les personnes morales, les successions et les fiducies.

²² Notaire et professeur de droit civil à la faculté de droit de l'Université McGill, Yves Caron a plaidé pour un nouveau droit d'administration du bien d'autrui — la «généralisation la plus libérale de la notion de gestion d'affaires dans un contexte bien structuré» — dans son important article «L'abus de pouvoir en droit commercial québécois» (1978) 19 C. de D. 7, notamment à la p. 19.

²³ Ancien doyen et titulaire de la chaire Arnold Wainwright de droit civil à McGill, John E.C. Brierley partage avec Mme Cantin Cumyn une passion pour le droit de la fiducie vu de la perspective du droit civil. Pour une explication sur la manière dont les concepts de droit et pouvoir peuvent être mis au service de la fiducie dans un cadre civiliste, et sur l'habitude de les confondre, qui se rapproche des idées avancées dans le traité de Mme Cantin Cumyn, il faut lire J.E.C. Brierley, «Editor's Post Scriptum» (1980) 25 R.D. McGill 440 à la p. 443.

²⁴ C'est ainsi que John Brierley décrit sa méthode dans le «foreword» de la première grande publication de Mme Cantin Cumyn, dans le cadre de la collection «McGill Legal Studies» (n° 4), *Le droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, Montréal, Wilson & Laflleur, 1980 à la p. vii [pages non numérotées].

²⁵ À titre d'exemple, on relèvera son insistance sur la distinction entre «pouvoirs de représentation» et «pouvoirs propres», méconnue par la doctrine (*L'Administration*, supra note 3 au para. 109), et la mise en garde très adroite qu'elle offre aux lecteurs quant à l'utilité limitée de la distinction traditionnelle entre «l'acte d'administration» et «l'acte de disposition» (*ibid.* aux paras. 190-91).

son collègue, Stephen Smith, désigne comme relevant de «law's self-understanding»²⁶. Dotée d'une vaste culture civiliste lui permettant de travailler à cheval entre les biens et les obligations, Madame Cantin Cumyn dresse un portrait de l'administration du bien d'autrui en tant que secteur «transversal»²⁷ du droit. Ce traité fera le bonheur des experts dans les domaines du droit des personnes, des biens, des obligations, de la famille, des successions, et — ce qui est particulièrement bienvenu — du droit commercial²⁸, puisqu'il est le fruit d'un des rares civilistes capables de «faire le circuit», comme on le disait autrefois des professeurs aussi polyvalents.

Nous connaissons Madame Cantin Cumyn comme une civiliste convaincue et elle démontre ici sa fidélité — voilà une vertu peu à la mode dont Lear lui-même semble mal mesurer l'importance — à la tradition de droit civil. L'ouvrage fait état de sa ferme croyance que la tradition civiliste est apte à fournir les outils techniques et conceptuels nécessaires à la situation «exceptionnelle» de l'administration du bien d'autrui²⁹. Comparatiste et experte en droit des fiducies, Madame Cantin Cumyn résiste à la tentation de mener ses arguments à partir du mimétisme du droit anglais. En abordant la fiducie québécoise, elle ne cherche pas midi à quatorze heures : plutôt que de bricoler des équivalents civilistes de la propriété en equity et de la propriété de common law, qui risqueraient d'enfermer à nouveau le droit québécois dans les «mythes et réalités» de la propriété *sui generis*³⁰, Madame Cantin Cumyn puise à même la tradition civiliste pour bâtir — parfois avec ses seules forces — un droit civil des relations dites fiduciaires à partir de la distinction civiliste entre pouvoirs et droits subjectifs³¹.

²⁶ S. Smith, «Taking Law Seriously» (2000) 50 U.T.L.J. 241 à la p. 249.

²⁷ On emprunte le terme, en l'adaptant, de l'expression «transversal jural concepts» utilisée par J.E.C. Brierley et R.A. Macdonald, dir., *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993, notamment au para. 124. On notera que, parmi ces concepts transversaux, MM. Brierley et Macdonald soulignent à regret l'absence de synthèse de ce qu'ils qualifient de «law of fiduciary relations» en droit québécois (*ibid.* au para. 137), lacune dorénavant corrigée avec la publication du traité de Mme Cantin Cumyn.

²⁸ En ce sens, il faut voir l'ouvrage de Mme Cantin Cumyn comme un antidote au mal qui habite le droit civil québécois et que l'auteure identifie elle-même comme étant «le réflexe d'opposer une fin de non-recevoir» à l'intégration du droit commercial à la sphère du droit civil (*L'Administration, supra* note 3 au para. 61). Parmi les rares exceptions à cette tendance, citons avec Mme Cantin Cumyn l'excellente monographie d'un ancien chercheur au Centre : L.I. Beaudoin, *Le contrat de gestion de portefeuille de valeurs mobilières*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1994.

²⁹ L'administration du bien d'autrui vise une situation «exceptionnelle» pour le droit privé où le titulaire du droit subjectif est privé de son exercice (*L'Administration, supra* note 3 au para. 72).

³⁰ Voir M. Cantin Cumyn, «La propriété fiduciaire : mythe ou réalité?» (1984) 15 R.D.U.S. 7.

³¹ Pour un exposé complet, préparé pour un lectorat de *common lawyers*, de la manière dont des «powers [which] exist without any corresponding rights in those individuals who are invested with a function in the interest of another» peuvent jouer ce rôle pour le fiduciaire et d'autres administrateurs sans recourir à l'indélicatesse du *sui generis*, voir M. Cantin Cumyn, «The Trust in a Civilian Context : The Quebec Case» (1994) 3 J. Int'l Tr. & Corp. Plan. 69 à la p. 71.

Certes, tout en restant juridiquement chez lui, Lear aurait pu réaliser ses objectifs en séparant l'administration de la jouissance de ses biens, grâce à la fiducie anglaise, que l'on a pu désigner comme la plus grande innovation de l'histoire de la common law³². Mais, pour les Lear d'ici, l'«énigme»³³ de la fiducie du droit antérieur ne pose plus d'obstacle : à cet égard, Madame Cantin Cumyn nous montre le potentiel d'un droit civil de l'administration du bien d'autrui qui serait peut-être aussi innovateur que le *trust* du droit anglais, du moins pour le droit privé des biens, à condition de lui donner les armes pour réaliser ses ambitions³⁴. On comprend donc les quelques frustrations de Madame Cantin Cumyn qui voit, dans les *Commentaires du ministre de la Justice*³⁵ et les premiers jugements sur la question, une certaine méconnaissance des idées maîtresses du droit civil en ce domaine. En effet, le registre théâtral convient — John Brierley évoque «un saut juridique dramatique»³⁶ — pour décrire les modifications apportées par le nouveau Code au droit de la fiducie. Le fiduciaire troque sa propriété *sui generis* contre la «maîtrise» et la pleine administration des biens du patrimoine fiduciaire (art. 1278 C.c.Q.) et le bénéficiaire, s'il existe, profite d'un intérêt qui paraît être, selon M. Brierley, à la fois moindre et plus qu'une créance ordinaire. Il y a lieu de croire que la constitution d'un patrimoine d'affectation autonome transforme les droits subjectifs d'autrefois en «intérêts patrimoniaux juridiquement protégés»³⁷ de facture originale — des *feelings* juridiques plutôt que des droits réels (art. 1261 C.c.Q.) à l'égard des biens du patrimoine fiduciaire.

Devant un terrain à peine défriché, et n'ayant à sa disposition que des outils qui ne sont pas tous de première qualité, Madame Cantin Cumyn a été appelée à travailler, en quelque sorte, avec un code sans annotations. Tout naturellement, elle se tourne

³² Pour une présentation de la technique anglaise de la fiducie par opposition à la conception romainiste de la propriété, voir F.H. Lawson, *Introduction to the Law of Real Property*, Oxford, Clarendon Press, 1958 aux pp. 77-79 et 87-88, reproduit pour les étudiants de Mme Cantin Cumyn dans son recueil de droit des biens : J.E.C. Brierley, M. Cantin Cumyn, R. Godin et N. Kasirer, dir., *Civil Law Property : Cases, Notes and Materials*, recueil de textes, Université McGill, 1994 à la p. VII-1. *Pace* la question compliquée à savoir si les événements historico-fictifs de Lear ont eu lieu à une époque où la fiducie existait en droit anglais.

³³ C'est le mot qu'emploie un expert à l'égard de la fiducie du *Code civil du Bas Canada* : M. Boodman, *Les libéralités à des fins charitables au Québec et en France*, t. 1, thèse de doctorat en droit, Université de Paris II, 1980 à la p. 125 [non publiée].

³⁴ Dont le patrimoine d'affectation nécessaire à la constitution de la fiducie à l'art. 1260 C.c.Q. Bien qu'il soit possible, pour un Lear québécois, d'être à la fois constituant et bénéficiaire d'une fiducie (voir art. 1281 C.c.Q.), on voit mal, dans le langage de la première scène de la pièce, des signes de la constitution d'un patrimoine d'affectation autonome de celui de Goneril et Regan, de leurs époux, ou de Lear lui-même.

³⁵ Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Publications du Québec, 1993.

³⁶ J.E.C. Brierley, «Regard sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec» (1995) R.I.D.C. 33 au para. 18.

³⁷ *Ibid.* au para. 20.

vers les ressources de la tradition civiliste à l'extérieur du droit québécois afin de combler ses lacunes. C'est là que sa grande culture civiliste se manifeste à nouveau. Affichant un goût marqué pour la doctrine «civiliste d'outre-atlantique» qui se justifie dans ce domaine³⁸, elle expose le droit de l'administration du bien d'autrui du Québec en accord avec un modèle de droit civil transnational, ce qui donne à son livre un intérêt certain pour des juristes travaillant loin des confins du *Code civil du Québec*. L'auteure se voit, à juste titre, participer à ce que l'on peut appeler une «communauté épistémique»³⁹ de civilistes qui n'est pas redevable à un droit national comme terrain de travail. Le sujet du présent livre lui permet d'exprimer sa conception des forces vives de la tradition civiliste transnationale qui, à son tour, influence même son appréciation des sources du droit privé du Québec. Tout en accordant au *Code civil du Québec* la primauté qui lui revient, Madeleine Cantin Cumyn prend au pied de la lettre l'engagement du législateur, énoncé dans la Disposition préliminaire du Code civil, selon lequel ce dernier régit en harmonie avec les principes généraux du droit les rapports entre les personnes et les biens. Aussi, certains principes généraux de droit relèveraient-ils d'un droit civil supranational qui aurait dû dicter la conduite du législateur local⁴⁰. Cela amène parfois Madame Cantin Cumyn à souligner simplement un écart entre *lex lata* et *lex ferenda*⁴¹, à noter des incongruités dans le nouveau Code⁴², ou à suggérer une certaine interprétation des textes plutôt qu'une autre⁴³. En revanche, son appréciation de ce que l'on peut appeler les «super-éminents principes», qui s'inspirent de normes implicites et de faits historiques⁴⁴, incite par ailleurs l'auteure à

³⁸ «Le pouvoir juridique», explique l'auteure, «renvoie aux catégories fondamentales du droit civil à l'égard desquelles le droit québécois ne diffère pas du droit français» (*L'Administration, supra* note 3 au para. 84). La nature des rapports entre ces deux droits nationaux est un thème important dans les travaux de Mme Cantin Cumyn, notamment en ce qui concerne le sujet de ce traité; voir par ex. M. Cantin Cumyn, «L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-atlantique», D.1992.Chron.XXIII.117.

³⁹ Nous tirons l'expression de l'ouvrage de H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford, Oxford University Press, 2000 à la p. 39.

⁴⁰ La vocation et la provenance de ces principes — «êtres normatifs énigmatiques et plastiques toujours en attente de service» — retiennent l'attention d'A.-F. Bisson, «La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*» (1999) 44 R.D. McGill 539 aux pp. 556-57.

⁴¹ Voir, à titre d'exemple, la critique que fait Mme Cantin Cumyn du choix législatif d'un régime de pleine administration pour le curateur aux biens du majeur à l'art. 282 C.c.Q. (*L'Administration, supra* note 3 au para. 195).

⁴² Voir par ex. l'anachronisme à l'art. 213 C.c.Q., qui exige une autorisation judiciaire pour certains actes posés par le tuteur et portant sur les immeubles, suivant, on peut le supposer, une logique législative surannée fondée sur l'adage *res mobilis, res vilis*; *ibid.* au para. 208.

⁴³ Voir par ex. la «requalification» de la fiducie-sûreté de l'art. 1263 C.c.Q. proposée par Mme Cantin Cumyn, *ibid.* au para. 130.

⁴⁴ Dans son article «Quebec's 'Common Laws' (droits communs) : How Many Are There?» dans E. Caparos, dir., *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 109 à la p. 114, John E.C. Brierley emprunte le mot de H.C. Gutteridge pour expliquer l'idée que le droit civil

identifier certaines «erreurs» du législateur où il s'écarte de la tradition⁴⁵. Elle signale, par exemple, un ensemble d'emplois de termes «mexacts» dans le Code qui s'éloignent du vocabulaire civiliste en la matière et qui doivent, de ce fait, être laissés de côté⁴⁶. Le réflexe nous met à nouveau sur la piste de *Lear* où l'on note le caractère illégitime d'un droit formel — des biens ! — qui s'écarte de l'ordre normatif supérieur auquel il est censé être redevable⁴⁷.

Doit-on s'en étonner quand *Lear* décrie l'ingratitude de ses filles à la suite de leurs agissements qui vont à l'encontre de son intérêt ? Outre une atteinte à l'affection et au devoir de piété dus au père, ce qui lui semble être «sharper than a serpent's tooth»⁴⁸ pourrait être vu comme une faute civile si le comportement constitue l'inexécution injustifiée, aux termes des articles 1308 et s. C.c.Q., d'une obligation imposée aux administrateurs de ses biens. Madame Cantin Cumyn apporte une contribution majeure au droit des obligations en démontrant comment le contexte particulier de l'administration du bien d'autrui invite les experts à penser ce droit autrement, c'est-à-dire du point de vue de «l'exercice de pouvoirs par un agent juridique intervenant dans un intérêt autre que le sien»⁴⁹. En définissant le pouvoir comme une prérogative juridique finalisée, elle nous fournit le lien entre l'administration du bien d'autrui et le droit des obligations. La finalité établie par l'autorité qui investit ou habilite l'administrateur constitue un «élément caractéristique»⁵⁰ du concept de pouvoir qui se manifeste dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans la poursuite d'un but déterminé. En effet, l'impact de la finalité sur l'exercice des pouvoirs relève en grande partie du droit des obligations, et nous nous permettons de voir, dans cette fine analyse des articles du Code portant sur les devoirs de l'administrateur envers le bénéficiaire,

comporte certains principes d'ordre supérieur, ayant des assises dans les normes implicites ou les réalités historiques, qui animent une des notions civilistes de droit commun.

⁴⁵ On voit une manifestation de ce regard critique dans un de ses travaux antérieurs : «Il importe, par ailleurs, de conserver la liberté de dire éventuellement 'que le législateur s'est trompé'» : M. Cantin Cumyn, «Le recours à l'ancien Code pour interpréter le nouveau» dans P.-A. Côté, dir., *Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Montréal, Thémis, 1993, 161 à la p. 173 (citant P. Rémy).

⁴⁶ Voir par ex. l'emploi impropre du mot «droit», plutôt que «pouvoir», à l'art. 1300, al. 2 C.c.Q., signalé par Mme Cantin Cumyn dans *L'Administration*, *supra* note 3 au para. 86, et son constat, à l'égard du mot «pouvoir», de «l'usage inapproprié qu'il [le législateur] fait de ce terme» (*ibid.* au para. 94) ; le «mandat donné en prévision de l'incapacité» qui n'en est pas un (*ibid.* aux para. 118-19) ; et la «maladresse dans la rédaction» à l'art. 172 C.c.Q. (*ibid.* au para. 224).

⁴⁷ Que l'on se rappelle la plainte d'Edmund qui, exhérédu du fait de sa naissance dite «bâtarde», signale la dissonance entre le droit et l'ordre normatif de la nature : «Thou, Nature, art my goddess; to thy law / My services are bound» (*Lear*, *supra* note 1, 1.2.1-2). Pour une brillante méditation sur l'importance de ce texte de *Lear* dans la philosophie du droit, il faut lire P.W. Kahn, *Law and Love: The Trials of King Lear*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 2000 aux pp. 21-28.

⁴⁸ *Lear*, *ibid.*, 1.4.297.

⁴⁹ *L'Administration*, *supra* note 3 au para. 268. Mme Cantin Cumyn note très justement que les experts en droit des obligations «ont traditionnellement concentré leur attention sur l'exercice de droits subjectifs par le titulaire, dans son intérêt propre».

⁵⁰ *Ibid.* aux paras. 111 et 288.

l'heureuse influence de son collègue et ami de très longue date, Paul-André Crépeau⁵¹, directeur scientifique de la collection dans laquelle cette publication s'inscrit.

On supposerait que la décision de Goneril et Regan, si elle était faite à titre d'administratrices du bien d'autrui, de réduire le nombre de cavaliers de cent à cinquante, pour ensuite les réduire davantage, relèverait de la maladministration des biens de Lear. Mais à quel titre ? Excès de pouvoirs, certes, voire violation de l'obligation de diligence à l'égard de l'intérêt supérieur du père ; mais c'est surtout l'inexécution du devoir de loyauté — imposé à l'article 1310 C.c.Q. — que ressent le père blessé. Madame Cantin Cumyn insiste sur le caractère central de l'obligation de loyauté à cette branche du droit⁵², et on la félicitera d'avoir donné un contenu juridique à cette obligation qui se rapporte — comme les romanistes nous le rappellent à l'égard de la *fides* primitive⁵³ — à l'univers si peu juridique des sentiments. Au-delà des manifestations particulières de ce devoir «déontologique»⁵⁴ — éviter les conflits d'intérêts, agir avec impartialité, ne pas confondre les biens administrés, fournir des informations — on peut se demander si ce que le juge Cardozo nomme «the punctillo of an honor the most sensitive»⁵⁵ aura une existence autonome en droit québécois. La tâche de faire entrer ce qu'un chercheur a audacieusement qualifié de «*deon-telos*»⁵⁶ dans l'univers conceptuel des biens, dominé par les droits plutôt que les obligations, est de taille. Le droit et ses sujets composent difficilement avec la loyauté quand il y a lieu de la préciser — «Prescribe not us our duty»⁵⁷ nous annonce Regan — et l'ouvrage de Madame Cantin Cumyn a le mérite d'exposer, dans un langage prescrip-

⁵¹ Fondateur du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec et ancien titulaire de la chaire Arnold Wainwright, M. Crépeau a invité sa collègue Madeleine Cantin Cumyn à faire partie de l'équipe scientifique du *Traité de droit civil* dès 1979. Mme Cantin Cumyn nous renvoie, dans le cadre de sa discussion de l'obligation de prudence et de diligence de l'administrateur (*ibid.* au para. 269), à la conception que se fait M. Crépeau de l'obligation de moyen — tirée notamment de son ouvrage *L'intensité de l'obligation juridique*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1989.

⁵² Voir *L'Administration*, *supra* note 3 aux paras. 288-89.

⁵³ Voir, sur l'appréciation de la *fides* primitive romaine en tant que notion «sociologique» plutôt que juridique, J. Imbert, «De la sociologie au droit : la 'Fides' romaine» dans *Droits de l'antiquité et sociologie juridique : Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris, Sirey, 1959, 407 aux pp. 407-408. Je suis reconnaissant à ma collègue Élise Charpentier du Centre pour notre discussion de ce point.

⁵⁴ Dans son ouvrage intitulé *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, le professeur Jacques Beaulne présente une analogie entre l'esprit des obligations imposées par le Code civil et les principes de déontologie professionnelle (au para. 305).

⁵⁵ *Meinhard c. Salmon*, 164 N.E. 545 à la p. 546 (N.Y.C.A. 1928). Je tiens à remercier mon collègue Richard Janda pour notre discussion à ce sujet.

⁵⁶ C'est le terme inventé par David Lametti, collègue de Mme Cantin Cumyn dans l'enseignement des biens à l'Université McGill, pour évoquer les «duties, goals and responsibilities associated with the institution of private property» : D. Lametti, *The Deon-Telos of Private Property: Ethical Aspects of the Theory of Private Property*, thèse de doctorat en droit, Université d'Oxford, 1998 à la p. 17 [non publiée].

⁵⁷ *Lear*, *supra* note 1, 1.1.277.

tif, cette valeur qui est au coeur des relations de confiance qui animent à la fois *Lear* et le droit de l'administration du bien d'autrui.

Le rapprochement souligné ici entre *Lear* et l'administration du bien d'autrui cherche à mettre en valeur le travail de Madame Cantin Cumyn et non à dédramatiser, comme les métaphores des avocats risquent parfois de le faire, le message de Shakespeare⁵⁸. Pour le critique littéraire qui considère une telle démarche comme inopportune pour le droit, nous nous permettons de rappeler, comme le fait D.H. Lawrence, qu'il ne faut pas laisser son sentiment à l'égard du messenger fausser sa lecture du message⁵⁹. Nous savons, par exemple, qu'un collègue de Madame Cantin Cumyn a déjà indiqué comment Shakespeare peut aider le juriste dans le domaine qui nous intéresse ici⁶⁰. D'autres lectures juridiques de la pièce sont possibles⁶¹, mais celle proposée ici est, en quelque sorte, cautionnée vers la fin de *Lear* par l'affirmation lumineuse de Cordelia qui semble comprendre comment les rapports entre pouvoir, droit et finalité animent son propre destin⁶². Sortir *Lear* de l'Angleterre pour le placer devant les règles de l'administration du bien d'autrui du Québec nous rappelle l'universalité de

⁵⁸ Le risque est souligné par au moins un non-juriste : «Given the immense scope of the tragic action, to say that *King Lear* is a play about fee simple, or absolute ownership and inheritance of land falls a bit flat» : W.M. Hawley, *Shakespearean Tragedy and the Common Law: The Art of Punishment*, New York, Peter Lang, 1998 à la p. 68.

⁵⁹ «When I read Shakespeare I am struck with wonder / that such trivial people should muse and thunder / in such lovely language» : D.H. Lawrence, «When I Read Shakespeare» dans *Pansies*, New York, Knopf, 1931 à la p. 98.

⁶⁰ Voir D.R. Klinck, «“This Other Eden”: Lord Denning’s Pastoral Vision» (1994) 14 *Oxford J. Legal Stud.* 25, qui voit, dans l’invocation par Lord Denning du mot de John of Gaunt dans une affaire de fiducie, autre chose qu’un des «stylistic devices aimed at getting the reader’s attention» (à la p. 26).

⁶¹ Les juristes — ils ne sont pas nombreux — qui se penchent sur le droit dans *Lear* s’attardent davantage sur les questions de droit public (par exemple la délégation de pouvoirs du souverain) ou de successions : voir, pour un bel exemple de cette littérature, D.J. Kornstein, *Kill All the Lawyers? Shakespeare’s Legal Appeal*, Princeton, Princeton University Press, 1994 aux pp. 210-26. On comparera la perspective plus conviviale, pour nos fins, d’un professeur canadien d’études littéraires qui évoque, sans la nommer bien sûr, l’administration du bien d’autrui : «[Lear] is not, we should notice, abdicating. He will be a king without acting like one, leaving his sons-in-law to act like kings without being kings» : A. Leggatt, *King Lear*, Hertfordshire (R.-U.), Harvester, 1988 à la p. 73.

⁶² Pouvoir («business»), finalité («love»), droit («aged father’s right») — c’est la lecture que nous proposons de l’explication que Cordelia donne à sa décision de recourir à la force pour s’opposer à ses soeurs : «O dear father, / It is thy business that I go about [...] / No blown ambition doth our arms incite, / But love, dear love, and our aged father’s right» (*Lear*, *supra* note 1, 4.4.23-28).

la pièce et convient, croyons-nous, à la présentation d'un ouvrage aussi riche que celui de Madame Cantin Cumyn aux lecteurs du *Traité de droit civil*.

[†] Ce texte, légèrement modifié, était destiné à paraître comme note de présentation du traité de Madeleine Cantin Cumyn intitulé *L'Administration du bien d'autrui*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 2000 dans la collection du *Traité de droit civil*. À la demande de l'auteur, une note plus brève a paru dans l'ouvrage. À titre de directeur de la collection, je remercie la direction de la *Revue de droit de McGill* d'avoir bien voulu, avec empressement, accueillir, dans les pages de la Revue, ce texte, d'une valeur exceptionnelle, qui mérite d'être porté à la connaissance des membres de la communauté juridique.

Paul-A. Crépeau, c.c., o.g., c.r., de la Société royale du Canada
Directeur de la collection