

NORMALISATION DU VOCABULAIRE DU DROIT DES DÉLITS
DOSSIER DE SYNTHÈSE
par Isabelle Chénard

Groupe *malfeasance, misfeasance, nonfeasance*

TERMES EN CAUSE

Malfeasance
Malfeasant
Misfeasance
Misfeasor
Nonfeasance
Nonfeasor

ANALYSE NOTIONNELLE

Le terme *malfeasance* désigne une transgression, un acte illicite :

A wrongful or unlawful act; esp. wrongdoing or misconduct by a public official; MISFEASANCE IN PUBLIC OFFICE. Cf. MISFEASANCE; NONFEASANCE. (*Black's Law Dictionary*, 8^e éd., 2004)

[T]he doing of an unlawful act, *e.g.*, a trespass. (*Jowitt's Dictionary of English Law*, Second Edition, London, Sweet & Maxwell Limited, 1977)

Le terme *misfeasance* a deux sens. Dans un premier sens (restreint), il désigne l'exécution incorrecte d'un acte légitime. Dans un deuxième sens (large), il désigne une transgression ou une atteinte. Dans ce sens, il est synonyme de *malfeasance*.

1. A lawful act performed in a wrongful manner. [...] **2.** More broadly, a transgression or trespass; MALFEASANCE. Cf. NONFEASANCE. (*Black's Law Dictionary*, 8^e éd., 2004)

[T]he improper performance of a lawful act, as where a person is guilty of negligence in performing a contract. A misfeasor is a person who does a misfeasance. In the old books misfeasance was used especially to signify trespasses and other offences in parks, forests, etc. (*Jowitt's Dictionary of English Law*, Second Edition, London, Sweet & Maxwell Limited, 1977)

Finalement, le terme *nonfeasance* décrit le défaut d'agir alors qu'il existe une obligation positive de faire quelque chose :

The failure to act when a duty to act existed. Cf. MALFEASANCE; MISFEASANCE; FEASANCE. [...]

“Hence, there arose very early a difference, still deeply rooted in the law of negligence, between ‘misfeasance’ and ‘nonfeasance’ – that is to say, between active misconduct working positive injury to others and passive inaction or a failure to take steps to protect them from harm.” W. Page Keeton et al. Prosser and Keeton on the Law of Torts. §56, at 374 (5th ed. 1984). (Black’s Law Dictionary, 8^e éd., 2004) [Je souligne.]

[T]he neglect or failure of a person to do some act which he ought to do. The term is generally used to denote, not a breach of contract, but rather a failure to perform a duty towards the public whereby some individual sustains special damage peculiar to himself, as where a highway authority permits a road to become worn into a dangerous hole. If they had purported to repair the hole and then opened it to the public in a dangerous state, there would be a misfeasance. (Jowitt’s Dictionary of English Law, Second Edition, London, Sweet & Maxwell Limited, 1977) [Je souligne.]

Dans la pratique, les tribunaux se sont longtemps montrés réticents à imposer une obligation positive d'agir aux citoyens. Dans leur ouvrage *La responsabilité délictuelle en common law*, Éditions Yvon Blais, 2005, Louise Bélanger-Hardy et Denis Boivin expliquent cette réticence des tribunaux et exposent différents contextes dans lesquels cette situation tend aujourd'hui à se corriger (p. 452) :

Plusieurs raisons expliquent cette tendance, que ce soit l'emprise de la philosophie de l'individualisme et de celle du laissez-faire économique, ou la difficulté qu'auraient les tribunaux et les citoyens à définir la portée de ce type d'obligation ou encore l'incompatibilité d'une telle obligation avec le principe de justice corrective perçue par plusieurs comme le fondement philosophique du droit des délits. Malgré tout, au cours des dernières années, [...] l'hésitation des tribunaux a diminué, sans toutefois disparaître complètement. Plusieurs catégories d'obligation positive seront examinées ci-dessous : l'obligation de venir à la rescousse d'autrui, l'obligation de contrôler la conduite d'autrui, l'obligation d'assurer la sécurité d'autrui, l'obligation de donner suite à une promesse gratuite, l'obligation de divulguer les risques à autrui. Ce ne sont pas là les seuls exemples, car l'omission d'agir peut également se présenter dans des contextes qui ne correspondent pas nécessairement aux catégories dont il est question ci-dessous.

Par ailleurs, les passages suivants montrent que, pour pouvoir imputer la responsabilité civile, les tribunaux ont tendance à considérer des omissions d'agir qui s'apparentent au *nonfeasance* comme des délits de *misfeasance* (sens large).

Linden, *Canadian Tort Law* (4^e éd.), à la page 269 :

Courts have categorized conduct which superficially resembles nonfeasance as misfeasance in order to impose civil liability. Thus, the failure of a driver to apply the brakes of a speeding automobile, the omission of a proper signal for a proposed left turn, and neglecting to shut off the steam of a train in order to avoid an accident, are considered properly to be negligent, positive conduct rather than failure to act.

Plus loin, à la page 292 :

[...] a provincial department of highways was held liable for placing an 18” barrier as a median on a highway instead of a 30” barrier, which was the proper height in accordance with its own “policy decision”. It was concluded that it was “misfeasance” to fail to install the 30” median within reasonable time, since that was “exercising business powers” of the department and “implementing the policy decision of officials who had a discretion as to the policy to be adopted”.

Fleming, *The Law of Torts*, 6^e éd., à la page 136 :

What superficially looks like nonfeasance is often, upon correct analysis, a case of misfeasance. An engine-driver’s failure to turn off steam in time to prevent a collision is not an example of supine inaction: an omission is involved, but it is merely the element that makes his *active* conduct – driving – negligent. So, creating a situation of peril, however blamelessly, generates a consequential duty to adopt precautions before it culminates in injury, like warning approaching traffic after breaking down just before the crest of a hill, and most probably to aid anyone actually injured.

LES ÉQUIVALENTS

Pour les synonymes *malfeasance* et *misfeasance*², Juriterm recommande « malfaisance ». À deux occasions, les traducteurs de la Cour suprême rendent ces deux termes par « méfait ». Dans un autre jugement de la CS, *malfeasance* est traduit par « acte illégal ». Le CTDJ propose « faute de commission ». Pour *misfeasance*², Linden propose « action fautive »; la Cour suprême propose « action fautive » et « atteinte à un droit ».

Dans le *Trésor de la langue française*, on trouve la définition suivante de « malfaisance » :

A. — Vieilli ou région. [Le compl. du nom, explicité ou non, désigne une pers.]
Tendance à faire du mal, fait de faire du mal. Anton. *bienfaisance*. *Acte de malfaisance; agir par malfaisance. On a souvent (...) parlé de l'influence d'André Gide; on a dénoncé sa malfaisance* (MASSIS, *Jugements*, 1924, p. 87). *Clodius (...) était devenu une sorte d'idée du mal; et, si l'on éprouvait sa malfaisance, lui, demeurait insaisissable* (BOSCO, *Mas Théot.*, 1945, p. 195):

• ♦... les politiques (...) ont employé toutes leurs ressources de **malfaisance** à couvrir, par de nouvelles violations des lois, tout ce qu'ils ont pu des actes abominables que la conscience publique réproouve.

CLEMENCEAU, *Vers réparation*, 1899, p. 230.

Rem. „Peu usité`` ds Ac. 1835, 1878, „vieilli`` ds DG, „vx`` ds Lar. Lang. fr.
B. —Caractère, effet nocif.

1. [D'une chose concr.] *La malfaisance d'un air vicié, d'un produit avarié* (Ac. 1935). *À la séance du conseil municipal de Paris du 22 décembre 1930, M. Fernand Laurent évoqua «l'archaïsme grotesque, la bêtise profonde, et la malfaisance certaine du tramway»* (ALBITRECCIA, *Gds moyens transp.*, 1931, p. 68). *Quand on sait quelle peut être la malfaisance ou le bienfait de cette petite ampoule que l'infirmière ou le médecin injecte au malade, on postule une surveillance minutieuse des moindres produits thérapeutiques livrés au public* (BIOT, *Princ. et techn. pol. santé*, 1933, p. 11).

2. [D'une chose abstr.] *L'auteur est jugé d'après le bienfait de son oeuvre, ou d'après sa malfaisance* (Arts et litt., 1936, p. 40-7). *La malfaisance du racisme* (MARIN, *Ét. ethn.*, 1954, p.31).

Le Petit Robert :

♦ Disposition à faire du mal à autrui. *Accusés de malfaisance et de vandalisme.*
PAR EXT. Action, influence mauvaise, nuisible. => **méfait**. CONTR. Bienveillance, bienfait.

La notion de « malfaisance » me semble nettement plus abstraite et moins affirmée que celle des termes *malfeasance* et *misfeasance*².

L'expression « faute de commission » est déjà recommandée dans le dossier DNT-BT délits 15 pour rendre *fault by/of commission* qui désigne une faute commise intentionnellement ou par négligence.

Je rejette « atteinte à un droit », « atteinte » étant déjà normalisé pour *trespass*¹ (voir le dossier CTDJ délits 5), et « acte illégal », trop restrictif; de plus ce terme est l'équivalent naturel d'*illegal act*. Pour ce qui est d'« action fautive », il met l'accent sur la faute, un élément de sens qu'on ne retrouve pas dans la définition des termes *malfeasance* et *misfeasance*².

Le terme « méfait » avait été envisagé dans le dossier CTDJ délits 7 pour rendre la notion de *wrong*. Je reprends les renseignements qui y figurent concernant « méfait » :

Selon le *Petit Robert*, **méfait** : « 1. Action mauvaise, nuisible à autrui. => **faute**. Commettre les pires méfaits. Petits méfaits. => **tour** »

Et le *Trésor de la langue française* :

MÉFAIT, subst. masc.

A. —Action mauvaise, nuisible. *Commettre de graves méfaits, les pires méfaits. Avoir lâchement nié quelques autres méfaits que j'ai accomplis*

avec joie, délit de fanfaronnade, crime de respect humain (BAUDEL., *Poèmes prose*, 1867, p.50). La mère disant de son enfant, à propos de je ne sais quel petit méfait: «Alors, j'ai fait des noeuds à mon mouchoir, et je lui en ai donné!...» (GONCOURT, *Journal*, 1894, p.552):

[...]

— *En partic.* Acte criminel. Le garni de la rue Guérin-Boisseau était plutôt pour lui un refuge qu'un domicile. C'était là qu'il se cachait chaque fois qu'il avait commis quelque méfait et redoutait les pièges de la police (PONSON DU TERR., *Rocamboles*, t.1, 1859, p.694). Il était devenu, dans la prison où de nouveaux méfaits l'avaient ramené, quelque chose comme guichetier (HUGO, *Misér.*, t.1, 1862, p.333).

Le méfait (*mischief*) est une infraction prévue au *Code criminel* :

Méfait	<p>430. (1) Commet un méfait quiconque volontairement, selon le cas :</p> <p>a) détruit ou détériore un bien;</p> <p>b) rend un bien dangereux, inutile, inopérant ou inefficace;</p> <p>c) empêche, interrompt ou gêne l'emploi, la jouissance ou l'exploitation légitime d'un bien;</p> <p>d) empêche, interrompt ou gêne une personne dans l'emploi, la jouissance ou l'exploitation légitime d'un bien.</p>
Méfait concernant des données	<p>(1.1) Commet un méfait quiconque volontairement, selon le cas :</p> <p>a) détruit ou modifie des données;</p> <p>b) dépouille des données de leur sens, les rend inutiles ou inopérantes;</p> <p>c) empêche, interrompt ou gêne l'emploi légitime des données;</p> <p>d) empêche, interrompt ou gêne une personne dans l'emploi légitime des données ou refuse l'accès aux données à une personne qui y a droit.</p>

J'ai d'abord proposé « méfait », mais le Comité ne l'a pas retenu parce que ce terme traduit déjà *misdeed*. De plus, *malfeasance* désigne la commission d'un acte alors que « méfait » ne désigne que l'acte. Le Comité recommande plutôt le terme « malfaisance », malgré les réticences que j'ai exprimées plus haut. Selon lui, *malfeasance* est un terme propre à la common law et il est normal que sa traduction donne lieu à un néologisme de sens. Pour *malfeasant* et *misfeasor*², on aura « malfaisant/e », même si le *Trésor de la langue française* indique que, dans la documentation, sa forme substantive n'est attestée qu'au masculin pluriel.

Pour *misfeasance*¹, Juriterm recommande « malfaçon », le CTDJ, « faute d'exécution »; la Cour suprême propose « faute d'exécution », « mauvaise exécution ». Juriterm a aussi relevé dans ses constats « exécution irrégulière », « exécution fautive », « commission irrégulière (d'un acte) ».

« Malfaçon » est défini comme suit dans le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu (4^e éd.) :

Exécution défectueuse du travail par l'ouvrier, due not. au défaut de compétence ou à la négligence et résultat de cette exécution.

Le *Trésor de la langue française* en donne la définition suivante :

Défaut d'un ouvrage, d'une construction résultant d'une mauvaise exécution. *Indemnité pour malfaçons* (Ac. 1935). *On tolère les gaspillages et les malfaçons (...) pour nos constructions navales* (JAURÈS, *Alliances eur.*, 1914, p. 63). *La responsabilité de l'architecte (...) consiste à répondre (...) de toutes malfaçons ou erreurs qui auraient pu survenir dans la conception ou la réalisation des travaux* (Arts et litt., 1936, p. 72-3). *L'air qui reste enfermé dans un béton par suite d'un tassement insuffisant rompt la continuité de la pâte liante et peut amorcer la décohéssion du béton en présence des surcharges. C'est la malfaçon la plus grave qu'on puisse rencontrer* (CLÉRET DE LANGAVANT, *Ciments et bétons*, 1953, p. 165).

Et *Le Petit Robert* :

◆ Défectuosité dans un ouvrage mal exécuté => **défaut, imperfection**. *Malfaçon due à une erreur de l'entrepreneur.*

Sauf dans le Cornu, le terme « malfaçon » désigne le défaut, la défectuosité même, alors que *misfeasance*¹ désigne l'*improper performance*. Par ailleurs, le terme « malfaçon » a un sens beaucoup trop restrictif. En effet, *misfeasance*¹ ne se limite pas aux défauts de construction. Je ne retiens donc pas l'équivalent « malfaçon ».

Je rejette « exécution fautive » et « faute d'exécution » pour la raison exprimée plus haut concernant l'expression « action fautive ». Pour ce qui est des expressions « exécution irrégulière » et « mauvaise exécution », elles ont l'avantage d'être beaucoup moins limitatives que « malfaçon ».

Voici ce que dit *Le Petit Robert* sur le terme « mauvais » :

I (Opposé à *bon*) **1.** Qui présente un défaut, une imperfection essentielle; qui a une valeur faible ou nulle (dans le domaine utilitaire, esthétique ou logique). => **défectueux, imparfait**. [...] ◆ Mal fait, mal conçu. => **défectueux, déplorable, désastreux, détestable, raté** [...] ◆ Qui ne suit pas la logique ou les règles. => **1. faux, inexact**. [...] **incorrect**. ◆ Qui ne fonctionne pas correctement. **2.** (PERSONNES) Qui ne remplit pas correctement son rôle. **3.** Qui est mal choisi, ne convient pas, n'est pas approprié à l'objet considéré.

À mon avis, l'expression « mauvaise exécution » correspond bien au sens de *misfeasance*¹. Par contre, le mot « irrégulier » a une connotation juridique que n'a pas le mot « mauvais ». Voir le deuxième sens du terme « irrégulier » dans *Le Petit Robert* :

2. (ABSTRAIT) Qui n'est pas conforme à la règle établie, à l'usage commun. [...] => **illégitime**. Procédure irrégulière. => **illégal**. Étrangers *en situation irrégulière*. *Détention irrégulière*. => **arbitraire**.

Je retiens « exécution irrégulière ».

Pour *nonfeasance*, Juriterm recommande deux équivalents : « commission par omission » et « inaction »; Linden propose « inaction », le CTDJ, « faute d'omission »; la Cour suprême, « inaction » et « inexécution ».

Le terme « omission » est l'équivalent français pour *omission* (dossier DNT-BT délits 15). L'expression « faute d'omission » est également recommandée dans le dossier DNT-BT délits 15 pour rendre *fault by/of omission* qui désigne une faute commise intentionnellement ou par négligence.

Le terme « inexécution » ne convient pas. En effet, comme on l'a vu plus haut dans la citation tirée de l'ouvrage de Louise Bélanger-Hardy et Denis Boivin, l'omission d'agir peut se produire dans différents contextes où on ne pourrait pas parler d'« inexécution ».

Pour ce qui est du terme « inaction », voir la définition suivante du *Trésor de la langue française* :

A. —État d'une personne inactive (v. ce mot B 1), qui a cessé ou s'abstient de tout travail ou occupation. Synon. *désœuvrement*; anton. *activité*. *Sortir de l'inaction*; *être condamné, contraint, réduit à l'inaction*. *L'inaction, qui lui pesait, le poussait à de continuelles promenades* (ZOLA, *Germinal*, 1885, p. 1515). *Ce Breton vient tromper son inaction en admirant de la gloire* (BARRÈS, *Voy. Sparte*, 1906, p. 193) :

● ... j'étais accablée et brisée de mon **inaction**, car, dès mon plus jeune âge, ne rien faire a toujours été pour moi la pire des fatigues. Néanmoins j'eus beaucoup de peine à me remettre au travail.

SAND, *Hist. vie*, t. 2, 1855, p. 472.

SYNT. *Inaction profonde, longue, passagère; inaction intellectuelle, musculaire; demeurer, être, rester, sombrer, vivre dans l'inaction; tirer qqn de son inaction.*

B. —*P. anal.* [En parlant de choses animées] État de ce qui est inactif (cf. ce mot B 2). Synon. *inertie, repos*. *Paris était environné d'une infinité de moulins à eau et à vent, qui restaient dans l'inaction* (MARAT, *Pamphlets*, Nouv. dénonc. Necker, 1790, p. 186). *Je fus effrayé, hier, de l'inaction du port de Cherbourg pour les constructions* (MICHELET, *Journal*, 1845, p. 612).

Et *Le Petit Robert* :

◆ Absence ou cessation de toute action; état d'une personne inactive. => inactivité; **désœuvrement, oisiveté**.

Par ailleurs, j'ai relevé le terme « abstention » dans le *Vocabulaire juridique* de Cornu (4^e éd.) :

1 (sens gén.) Non-exercice d'un droit ou d'une fonction; non-exécution d'un devoir; parfois licite (ex. abstention électorale [...]), l'abstention peut constituer une faute civile (ex. ne pas donner l'alerte si l'on constate un commencement d'incendie dans un local inhabité), ou pénale (ex. abstention délictueuse). V. *omission, refus*.

[...]

de porter secours. Refus d'aider et d'assister une personne en péril sans risque pour soi ou pour les tiers (C. pén., a. 63). Syn. non-assistance à personne en danger. V. *omission*.

Le Petit Robert :

ABSTENTION ♦ Action de s'abstenir de faire qqch. *L'abstention de qqn dans une affaire, en matière de...* « *L'abstention de l'État en tout ce qui n'est pas intérêt social immédiat* » (Renan). => **neutralité, non-intervention.** – Le fait de ne pas se prononcer, de ne pas voter.

D'après la définition de Cornu, le terme « abstention » semble très près du sens de *nonfeasance*. Par contre, il sous-entend un choix de ne pas agir dans une situation donnée, alors que le *nonfeasance* peut être volontaire ou involontaire.

Après maintes hésitations, j'avais proposé « inaction ». Cependant, le Comité a rejeté ce terme parce qu'il n'est pas assez fort. Il a aussi écarté « abstention » parce que le *nonfeasance* ne comporte pas nécessairement un choix. Le Comité a finalement proposé l'expression « commission par omission » (recommandée par Juriterm) parce qu'elle reprend la notion de « commission » qu'évoque la terminaison « *-feasance* ».

Pour *nonfeasor*, nous aurons donc l'équivalent « auteur/e par omission ».

TABLEAU RÉCAPITULATIF

malfeasance; misfeasance²	malfaisance (n.f.)
NOTE The commission of an unlawful act.	NOTA Commission d'un acte illicite.
See also fault by commission; fault of commission; wrong ² ; wrongful act; wrongful conduct	Voir aussi faute de commission; faute par commission; transgression ²
ANT nonfeasance	ANT commission par omission

DIST misfeasance ¹	DIST exécution irrégulière
misfeasance ¹ NOTE Performance of a lawful act in an improper manner. DIST malfeasance; misfeasance ²	exécution irrégulière NOTA Mauvaise exécution d'un acte légitime. DIST malfaisance
malfeasant; misfeisor ² See malfeasance; misfeasance ²	malfaisant (n.m.), malfaisante (n.f.) Voir malfaisance
misfeisor ¹ See misfeasance ¹	auteur d'exécution irrégulière (n.m.), auteure d'exécution irrégulière (n.f.) Voir exécution irrégulière
nonfeasance NOTE Failure to perform a duty. See also act of omission; negative act; fault by omission; fault of omission ANT malfeasance; misfeasance ²	commission par omission (n.f.) NOTA Défaut d'agir alors qu'il existe une obligation de faire quelque chose. Voir aussi acte d'omission; acte négatif; faute d'omission; faute par omission ANT malfaisance
nonfeisor See nonfeasance	auteur par omission (n.m.), auteure par omission (n.f.) Voir commission par omission