

THE CANADIAN BAR REVIEW

LA REVUE DU BARREAU CANADIEN

Vol. 71

September 1992 septembre

No. 3

LA PHILOSOPHIE GÉNÉRALE DU NOUVEAU CODE CIVIL DU QUÉBEC

Jean Pineau*
Montréal

Le Code civil du Bas-Canada, datant de 1866, se voulait être un code concret, commode, sans énoncé de principes philosophiques. Il en est de même du Code civil du Québec qui fut adopté par l'Assemblée nationale le 18 décembre 1991. Le nouveau code est dominé par deux grandes idées: ne pas rompre avec le passé et donc assurer la continuité du droit actuel, mais aussi s'adapter à la société québécoise de la fin du vingtième siècle et donc assurer une meilleure adéquation au présent.

Dans ce code on consolide et on améliore. On consolide en mettant les textes en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne, en codifiant un certain nombre de principes généraux, en consacrant certaines solutions jurisprudentielles. On améliore en renouvelant certaines institutions, plus particulièrement dans les domaines de la propriété, de la prescription, des sûretés, de l'administration du bien d'autrui. On améliore aussi en intégrant au Code certaines lois particulières, sans omettre toutefois de s'interroger sur ce qu'est une codification et sur ce qui n'y a pas sa place.

Pour s'adapter à la société québécoise actuelle le code tient aussi compte des valeurs et des techniques nouvelles. Les valeurs nouvelles concernent le respect de la personne. Ainsi, on voit apparaître la primauté de la personne en matière de responsabilité, où, dans certains cas, la loi considère la victime plutôt que l'auteur présumé du préjudice. Respect de la personne, mais aussi meilleur équilibre entre

* Jean Pineau, de la Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal. Ce texte, inspiré d'une conférence prononcée lors des journées Maximilien-Caron en mars 1992, est publié ici grâce à l'aimable autorisation des autorités de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

les personnes dans une nouvelle "justice contractuelle". Quant aux techniques nouvelles, elles conduisent à la création de registres informatisés destinés à répondre aux besoins actuels. Elles se rencontrent encore dans le domaine de la preuve et dans des domaines sensibles qui touchent la personne, de sorte qu'il importe de veiller à ce que la modernisation ne fasse pas échec à la primauté de la personne.

The civil Code of Lower Canada of 1866 was a practical and accessible code, and did not contain any statements of philosophic principle. The same is true of the Civil Code of Quebec, which was adopted by the National Assembly on December 18, 1991. The new Code is founded on two main ideas: no break with the past, thus ensuring continuity of existing laws, but also adjustment to Quebec society at the end of the twentieth century, thus ensuring a greater relevance to the present.

The Code consolidates and improves. It consolidates by harmonizing with the Quebec Charter of Rights and Liberties of the Person, by codifying some general principles and affirming some jurisprudential solutions. It improves by recasting some institutions, particularly in the areas of property, prescription, suretyship and administration of the property of others. It also improves in integrating specific laws into the Code, but paying due regard to what should and should not be in a code.

The Code also takes into account new values and techniques in order to adjust to the realities of modern Quebec society. The new values are based on the respect for the individual. Related to this primacy of the individual are principles of civil responsibility, where, in some cases, the law considers the victim rather than the presumed wrongdoer. There is also a better balance in the relationship between individuals in a new "contractual justice". As for new techniques, they lead to the creation of computerized registration systems to meet today's needs. They also appear in the laws of evidence and in sensitive areas relating to the individual, and consequently it must be ensured that modern techniques do not adversely affect the primacy of the individual.

Introduction

La confection d'un code engage normalement toute une philosophie du droit. La question a maintes fois été posée: un code doit-il avoir une philosophie ou, plutôt, doit-il en énoncer une? En 1866, le codificateur du Bas-Canada qui, d'ailleurs, n'avait pour mandat que de codifier le droit existant, confectionna un Code à l'image du code français dont avait été banni tout énoncé de principe philosophique: nous rappellerons qu'avait été éliminé de l'avant-projet de l'An VIII, le titre préliminaire qui affirmait les principes du droit naturel, considéré comme inutile dans un code de droit positif; le Code civil français comme celui du Bas-Canada se veulent des oeuvres pratiques et non point des codes savants. Et il est intéressant d'observer qu'au lendemain de la seconde guerre mondiale, lors des premiers travaux de l'Association Capitant, en 1945, l'un des premiers sujets de discussion porta sur la question de savoir si le futur code civil français

devait ou non contenir une partie générale à contenu philosophique, afin de retrouver l'éclat d'antan, tempéré au début du vingtième siècle par la luisance de ce code savant qu'est le code allemand: le rapport du professeur Boulanger est clair à cet égard: "Toute loi, dit-il, se réfère, inconsciemment ou non, à une philosophie; elle implique une prise de position politique, mais le législateur n'a pas à afficher dans la loi ses conceptions, non plus que ses desseins". Et Boulanger de dénoncer le caractère didactique de la manière de légiférer du législateur allemand, "... idée de professeur en quête d'un plan pour une introduction à son cours de droit civil".¹ On retourne ainsi à la déclaration de Portalis pour qui il était "sage de faire la part de la science et la part de la législation. Les lois sont des volontés. Tout ce qui est définition, enseignement, doctrine, est du ressort de la science. Tout ce qui est commandement, disposition proprement dite est du ressort des lois".² Déclaration qui faisait dire à Andrieux devant le Tribunat qui examinait le fameux titre préliminaire: "Il nous semble que le projet ne tient pas ce qu'a promis l'exposé".³ Ainsi Portalis dut-il refaire son devoir et s'en tenir plus strictement au mot du Chancelier de l'Hôpital: "La loi commande; elle n'est pas faite pour instruire, elle n'a pas besoin de convaincre". C'est cette même position qui faisait une quasi unanimité à l'Association Capitant autour de Boulanger: Niboyet, Rouast, Ancel, P. Mazeaud, Esmein.

Tel est également le Code civil du Québec, un code sans prétention. Certes, si tout le monde—ou presque—s'entend pour faire du nouveau Code civil, comme l'a écrit P.-A. Crépeau, "le reflet des réalités sociales, morales et économiques de la société québécoise d'aujourd'hui; un corps de lois vivant, moderne, sensible aux préoccupations, attentif aux besoins, accordé aux exigences d'une société en pleine mutation, à la recherche d'un équilibre nouveau";⁴ l'unanimité n'existe plus lorsque vient le moment de peindre le reflet de ces réalités, de cerner les préoccupations et les exigences de la société dans laquelle nous vivons, de définir l'équilibre nouveau. Tous, certes, sont favorables à la vertu, mais quelle vertu, par quelle politique la manifester, par quelle technique juridique l'atteindre?

Aussi, le législateur, qui se veut prudent, part-il à la recherche d'une "philosophie". Car, si, au début des travaux, le ministère de la Justice, puis le gouvernement, favorisent certaines "valeurs" philosophiques ou morales, suggèrent et proposent telle ou telle autre politique législative

¹ Travaux de l'Association H. Capitant, T. 1, 1945 (1946): Le Code civil français en préparation devrait-il comporter une partie générale?, Rapport de J. Boulanger, p. 73, aux pp. 76 et 77.

² Discours préliminaire, dans Naissance du Code civil, An VIII—an XII—1800-1804. Préface de François Ewald (1989), p. 98.

³ *Ibid.*, p. 99.

⁴ Préface au Rapport sur le Code civil du Québec, vol. I, Projet de code civil (1977), p. XXVI.

reposant sur ces valeurs, il n'est pas certain que celles-ci puissent être maintenues jusqu'au bout du processus. Le législateur d'aujourd'hui se garde bien d'être idéaliste et n'entend pas faire du code un catéchisme.

C'est pourquoi il n'apparaît pas inopportun de rappeler très rapidement l'histoire de l'élaboration de ce code. Nous dirons simplement qu'au commencement était l'Office de révision du Code civil, qui déposait son projet à l'Assemblée nationale du Québec en 1978. Le gouvernement d'alors décida de traiter d'une partie jugée prioritaire du dossier—le droit de la famille—: il procéda à des consultations en 1979 et, le 19 décembre 1980, le projet de loi 89 portant réforme du droit de la famille fut adopté. En 1982-83, les projets de loi 106, 107 et 58 portant réforme du droit des personnes, des successions et des biens étaient présentés à l'Assemblée nationale, retirés puis représentés en un tout, le projet de loi 20, en 1985, adopté le 15 avril 1987. Entre décembre 1986 et juin 1988, étaient successivement présentés à l'Assemblée nationale un avant-projet de loi sur les sûretés réelles et la publicité des droits, un avant-projet de loi sur les obligations et les contrats nommés, enfin un avant-projet de loi sur la preuve, la prescription et le droit international privé: l'ensemble des sujets que le nouveau code devait contenir était ainsi soumis à la consultation publique. Toute personne ou tout organisme intéressé a donc pu venir à l'Assemblée nationale dire, devant une commission parlementaire, ce qui lui semblait devoir être dit, et déposer un rapport.

Après analyses et études de toutes les représentations faites,⁵ oralement ou par écrit, sur ces avant-projets ou projets, le gouvernement présentait à l'Assemblée nationale, le 18 décembre 1990, le nouveau Code civil du Québec dans son entier, le projet de loi 125; après que les personnes ou organismes intéressés aient fait à nouveau part de leurs observations et commentaires, cette fois-ci par écrit seulement, la sous-commission des Institutions de l'Assemblée procédait à l'étude détaillée, article par article, du projet de loi 125, à compter du 27 août 1991 et, après avoir apporté 1000 amendements de fond ou de forme, terminait ses travaux le jeudi 12 décembre: le projet de loi 125 était adopté par l'Assemblée nationale le 18 décembre 1991, très exactement un an après sa présentation et 125 ans après l'adoption du Code civil du Bas-Canada.

Ceux qui ont suivi de près les travaux qui ont mené à l'adoption de ce nouveau code civil demeurent alors confondus lorsqu'ils entendent dire qu'il n'y a pas eu de débat autour du Code civil ou qu'aurait dû

⁵ Plus de 200 mémoires ont été déposés: Barreau du Québec, Commission des services juridiques, Chambre des Notaires, Association des Banquiers canadiens, Bureau des Assurances du Canada, Mouvement Desjardins, Office de protection des consommateurs, Associations de consommateurs, Régie des loyers, Associations de locataires, Association de propriétaires, Commission des droits de la personne, Conseil du Statut de la femme, Office des personnes handicapées, Associations d'entrepreneurs, d'ingénieurs, d'architectes, de concessionnaires d'automobiles, *etc.*

se dérouler, autour du Code civil, un débat du type de celui que l'on connaît autour de la Constitution! Voilà une entreprise dont les débuts datent de plus de trente ans et qui devait nécessairement aboutir maintenant, sous peine de ne jamais voir le jour. Pour cela, il fallut une volonté politique: l'honorable Herbert Marx, ministre de la Justice en 1985, l'avait exprimée et c'est sous sa gouverne que furent présentés le projet de loi 20 et les avant-projets; l'honorable Gil Rémillard prit la relève et sa ténacité permit l'aboutissement, appuyé d'ailleurs par un parti d'opposition qui, lui aussi, comprit l'importance du facteur temps.

Ce qu'il importe donc de mettre en lumière ici, ce sont, nous semble-t-il, les idées et les principes directeurs qui ont inspiré les rédacteurs de ce code. La société québécoise a incontestablement changé et change rapidement: il nous paraît s'agir, en certains domaines, moins d'une évolution que d'une véritable transformation. On brûle facilement aujourd'hui ce que l'on a adoré hier: l'Église omnipotente hier, écroulée aujourd'hui; le libéralisme triomphant hier, l'État-providence le lendemain et des lendemains qui déchantent; conservatisme parfois réactionnaire, progressisme éventuellement outrancier. Comment les "politiques" ou politiciens peuvent-ils s'y retrouver, lorsqu'ils ne sont ni réactionnaires ni révolutionnaires. Ils s'efforcent de trouver un consensus minimum, un "juste équilibre"—locution combien de fois entendue au cours des travaux de la commission—entre les intérêts en présence, c'est-à-dire équilibre fragile étant donné la diversité des opinions et souvent même leur extrême opposition; car il ne faut pas oublier qu'au Québec comme en France, "la diversité a envahi le milieu juridique", le constat en est aisé à faire: "Il n'est pas de consensus qui n'ait ses dissidences, pas d'idéal qui n'essouffle le réel".⁶

Il n'était cependant aucunement question de faire table rase du code existant qui, d'ailleurs, fit l'objet de nombreuses modifications dans les quinze dernières années. Et si le projet de l'O.R.C.C., déposé en 1978, ne fut pas adopté—pas même discuté à l'Assemblée nationale—cela ne signifie pas qu'il ne fut pas commenté, analysé, scruté par les divers milieux gouvernementaux ou autres. Et même s'il fut remis sur le chantier, nombreux sont les principes de base qui lui furent empruntés.

"Les lois, dit Portalis, sont des actes de sagesse, de justice et de raison. . . . [Elles] sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois: elles doivent être adaptées aux caractères, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites. . . . Il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative";⁷ de même, "les lois ne doivent jamais être plus parfaites que les hommes à qui elles sont destinées ne peuvent le comporter".⁸

⁶ Jean Carbonnier, *Quelques remarques sur l'esprit de la loi française du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux* (1968), 14 R.D. McGill 590, à la p. 595.

⁷ Cité dans *Naissance du Code civil*, *op. cit.*, note 2, pp. 38, 39.

⁸ *Ibid.*, p. 60.

L'avenir dira si le Code civil du Québec est un acte de sagesse, de justice et de raison, mais c'est certainement cela qui a été souhaité; comme le dit Philippe Rémy, "le législateur n'impose pas tout ce qu'il souhaite ou ne souhaite que ce que la société civile, en son état, peut accepter".⁹ Et pour ce faire, tel qu'il se présente aujourd'hui, ce code nous paraît dominé par deux grandes idées, sources de préoccupations constantes: ne pas rompre avec le passé et donc assurer la continuité du droit actuel (1^{er} point), mais aussi s'adapter à la société québécoise de la fin du vingtième siècle et donc assurer une meilleure adéquation au présent¹⁰ (2^e point).

I. *Continuité du droit actuel*

Un certain vent de panique semble avoir soufflé sur la communauté juridique: on efface tout et on recommence! Tel n'est pas le cas, même si la langue est modifiée: à cet égard, il faut comprendre que le renouveau d'un code comporte "le renouvellement de l'expression juridique"; comme le dit le doyen Cornu, "si le législateur, au moment où il parle, est derrière les mots qu'il emploie, une nouvelle écriture est l'occasion de discerner ce qui peut encore et ce qui ne doit plus s'énoncer de la même manière. Un code est, pour le langage du droit, un bain de Jouvence".¹¹

On n'efface donc pas tout, on conserve beaucoup dans le code nouveau, beaucoup plus, d'ailleurs, que dans les avant-projets: "Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire: les lois doivent ménager les habitudes, quand ces habitudes ne sont pas des vices".¹² Mais on consolide et on améliore.

A. *Consolidation*

On s'est gardé, certes, de faire de la théorie: pas de partie générale, mais une disposition préliminaire: "Le *Code civil du Québec* régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens. Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun.

⁹ P. Rémy, dans *Codification: valeurs et langage*, Actes du colloque International de droit civil comparé, Université de Montréal, octobre 1981, Conseil de la langue française, Université McGill, Université de Montréal, p. 574.

¹⁰ Cf. La réforme du Code civil. Quelques éléments du projet de loi 125 présentés à l'Assemblée Nationale le 18 décembre 1990. Document du ministère de la Justice, direction des communications, mai 1991.

¹¹ G. Cornu, conférence inaugurale: *Codification: valeurs et langage*, *op. cit.*, note 9, p. 35.

¹² Portalis, *op. cit.*, note 2, p. 52.

En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger”.

1. *Principes généraux codifiés*

Hormis la référence à la Charte, on ne fait ici qu'affirmer ce que tout le monde admet depuis longtemps, mais que certains ont pu avoir tendance à oublier.

D'une part, les principes généraux appartiennent au droit positif, encore qu'on pourrait se demander si la jurisprudence peut exprimer des principes généraux qui ne seraient extraits ni de la loi ni de la coutume, par exemple telle règle morale ou tel principe du droit naturel: selon Goubeaux et Ghestin, ces “valeurs philosophiques ou morales inspirent l'interprétation des règles du droit positif, mais, opérant uniquement dans la conscience du juge, ne pourraient être assimilées à des principes généraux de droit”.¹³ “Un principe, dit Portalis, tant qu'il appartient à la science, n'est qu'une thèse philosophique qui peut être controversée; mais quand un principe appartient à la législation, il devient une règle qui doit être obéie”.¹⁴

D'autre part, affirmation non moins reconnue: c'est dans le Code civil que se trouvent le droit commun et le fondement des autres lois; il n'est pas inopportun d'ériger cette vérité en une règle fixée par l'autorité.

Indépendamment de cette fonction que remplit le Code civil, il faut dire que l'armature très solide, constituée par l'ensemble des règles écrites, fait en sorte qu'en matière civile les principes généraux sont invoqués moins fréquemment qu'en matière judiciaire ou administrative, et sans doute le seront-ils moins encore, dans la mesure où la nouvelle codification s'est appropriée certains d'entre eux pour les ériger en règles: ainsi l'enrichissement sans cause, l'abus de droit, la bonne foi dans l'exercice des droits, l'exception d'inexécution, sont autant de principes consacrés désormais par des dispositions particulières.¹⁵

2. *Acquis doctrinaux et jurisprudentiels*

Nombreuses aussi sont les solutions jurisprudentielles plus ponctuelles consacrées dans un texte: une analyse serrée du nouveau code démontrera l'apport considérable des tribunaux à la confection des règles, lorsque ces

¹³ G. Goubeaux et J. Ghestin, *Traité de droit civil. Introduction générale* (1977), p. 339.

¹⁴ *Op. cit.*, note 2, p. 107: “Il ne faut pas tout abandonner à la science. Il ne faut pas tout régler par des lois. La science, abandonnée à la dispute, n'offre qu'une mer sans rivage. Les règles posées par la législation, font que les rivages ne manquent pas à la mer.”

¹⁵ Ce n'est pas à dire que tous les principes reconnus ont été codifiés; par exemple, on n'y trouve pas: “le juge ne peut refuser de juger”; “nul n'est censé ignorer la loi”; “*fraus omnia corrumpit*”; “*error communis facit jus*”, etc.

solutions ont été considérées comme les plus favorables au bien commun: ainsi disparaissent les controverses passées (par exemple, l'article 1442 C.c.Q. consacre l'arrêt *Kravitz*¹⁶ sur l'effet relatif du lien obligatoire). Ce qui signifie également que le législateur a parfois exprimé son désaccord avec la jurisprudence: ainsi, le rejet du principe de l'option entre les régimes de responsabilité vient incontestablement contrarier la Cour suprême (art. 1458 C.c.Q.).

Il est aussi évident que les acquis doctrinaux ont également joué leur rôle et ont été intégrés à la législation toutes les fois qu'ils furent estimés utiles (par exemple, l'obligation de voisinage: art. 976 C.c.Q.).

Ainsi est stabilisé le droit. Un simple survol du titre premier du livre cinquième sur "les obligations en général" montrerait que la théorie générale n'est guère modifiée, si ce n'est que l'on insiste davantage sur certaines notions qui n'ont peut-être pas été suffisamment exploitées—tels le caractère libre et éclairé du consentement, la bonne foi, la réticence—insistance qui pourrait cependant donner un éclairage nouveau sur des valeurs que, tout à l'heure, nous dirons "nouvelles", alors qu'en réalité elles sont plus oubliées que nouvelles. Dans ce souci de stabilisation, mais aussi de systématisation et donc de cohérence, le code nouveau présente un essai de synthèse des questions relatives à la restitution des prestations (art. 1699 à 1707 C.c.Q.), que cette restitution résulte d'un paiement fait ou reçu par erreur ou sans droit, d'un acte juridique subséquemment anéanti rétroactivement ou de l'application de la théorie des risques: règles aujourd'hui éparses, ambiguës et discutées.

Si l'on considère le droit de la famille, on constate que le Code complet se borne à reprendre les dispositions déjà existantes du code embryon de 1981, et il n'y a là rien de surprenant: la législation en matière familiale est bien trop récente et bien trop sensible sur certains points pour qu'elle puisse faire l'objet de nouvelles modifications. Ce n'est d'ailleurs pas la seule matière en pareille situation: tel est le cas, en matière contractuelle, du louage, de l'assurance.

B. Améliorations

Le législateur semble aussi avoir été conscient de la nécessité de renouveler certaines institutions, plus particulièrement dans les domaines de la propriété, de la prescription, des sûretés, de l'administration du bien d'autrui. Il s'est aussi interrogé sur la possible intégration de lois particulières.

1. Renouvellement de certaines institutions

La propriété demeure, dans l'esprit du législateur, une valeur à protéger, qui se porte d'autant mieux que ceux qui, dans les pays de l'Est, ne l'ont

¹⁶ *General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790.

pas connue n'aspirent aujourd'hui qu'à la connaître. Elle demeure "le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien", nous dit l'article 947 C.c.Q., "sous réserve des limites et des conditions fixées par la loi". Elle se porte donc bien, même si, comme le dit Hugues Perinet-Marquet, "les propriétaires ne présentent pas paradoxalement, une santé aussi florissante".¹⁷ Cet auteur observe, avec raison nous semble-t-il, que les choix politiques tendent à "relativiser davantage les prérogatives du propriétaire", mais ce, tantôt dans un but pratique, tantôt dans un but d'équité.

Il faut concilier les intérêts du propriétaire et du locataire, mais il faut aussi répartir les droits qu'ont sur un même bien différentes catégories de titulaires de droit réel. C'est surtout sur ce point que nous voyons un renouvellement: les dispositions sur la copropriété divise d'un immeuble ont fait l'objet d'une attention particulière (art. 1038 et suiv. C.c.Q.); l'indivision conventionnelle est aménagée, afin de permettre le report d'un partage dans le meilleur intérêt des partageants (art. 1012 et suiv. C.c.Q.); la propriété superficière est consacrée sur le plan législatif et organisée (art. 1110 et suiv. C.c.Q.); l'emphytéose et la coemphytéose sont renouvelées afin de revitaliser ce mode de détention d'un bien (art. 1195 et suiv. C.c.Q.). Il faut encore signaler l'insertion d'un titre (Titre 6, Livre 4, Les biens) sur les patrimoines d'affectation (art. 1256 et suiv. C.c.Q.). Certes, la théorie classique du patrimoine rattaché à la personne, telle que présentée par Aubry et Rau, perdure; néanmoins, le patrimoine peut faire l'objet d'une affectation dans la mesure prévue par la loi: la fondation et la fiducie s'analysent désormais de cette manière. Ainsi admet-on, en certains cas, l'existence de patrimoines sans propriétaire, répondant donc aux critiques faites à l'unicité et à la trop forte personnalisation du patrimoine, et permet-on également à un système de droit écrit de civiliser cette institution qu'est la fiducie, si utile et si commode, mais qui occupait, dans notre droit, une place mal taillée.

Les règles sur la prescription acquisitive ont fait l'objet de rajeunissement et de simplification, comme de raccourcissement dans le temps, ce dont bénéficie également la prescription extinctive. On notera, cependant, que—s'agissant d'un immeuble—la possession va jouer un rôle bien moindre que dans le passé en matière de prescription acquisitive. Le rôle de la publicité des droits, en effet, est de première importance puisque toute personne doit désormais pouvoir se fier aux inscriptions figurant dans le registre foncier. Il a donc fallu aligner les règles de la prescription acquisitive sur celles de la publicité des droits (art. 2918, 2943, 2962 C.c.Q.).

¹⁷ H. Perinet-Marquet, *La relativité du droit de propriété dans le Code civil québécois: point de vue français*, dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne* (1991), pp. 147-150.

Le renouveau est sensible dans le domaine des sûretés. D'une part, dans un souci de justice, le législateur tente, dans la mesure du possible, d'abolir les privilèges, en ne laissant subsister que ceux justifiés par l'intérêt commun (frais de justice, État, municipalités, commissions scolaires) ou encore celui du vendeur d'un meuble impayé ou celui du rétenteur d'un meuble, seuls moyens de traiter équitablement ces deux particuliers; afin de marquer ce renouveau, le vocabulaire est, lui aussi, changé. Ces anciens privilèges deviennent désormais des "priorités", qui certes demeurent des causes légitimes de préférence, mais ne comportent pas le droit de suite (art. 2650 et suiv. C.c.Q.).

L'abolition des privilèges est un noble voeu, sa réalisation n'est pas aisée; aussi certaines créances privilégiées qui ne deviennent pas des créances prioritaires donneront lieu désormais à une hypothèque légale: comment obtenir de l'État qu'il accepte de céder sa place pour obtenir satisfaction; comment refuser les droits de préférence et de suite aux personnes qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble, au syndicat des copropriétaires pour le paiement des charges communes et des contributions au fonds de prévoyance, au justiciable qui a obtenu jugement: c'est une question de justice (art. 2724 et suiv. C.c.Q.).

Quant à l'hypothèque conventionnelle, elle est, elle aussi, réaménagée. Est introduite dans le code une notion—qui se trouve aujourd'hui dans une loi particulière—, désormais baptisée "hypothèque ouverte" (art. 2715 et suiv. C.c.Q.) et non point hypothèque "flottante", afin qu'elle ne soit pas confondue avec le "*floating charge*" de *common law* duquel on n'aurait pas manqué de le rapprocher, voire de le confondre; cette hypothèque, seule la personne ou le fiduciaire qui exploite une entreprise peut la consentir sur les biens de l'entreprise (art. 2686 C.c.Q.). Mais la question essentielle qui fut débattue, au niveau politique, fut celle de savoir si l'hypothèque mobilière pouvait être ou non acceptée. Le gouvernement qui, dans l'avant-projet, avait limité la possibilité d'hypothéquer les meubles à l'exploitant d'une entreprise et à une personne physique uniquement sur le bien déterminé qu'elle acquerrait, s'est alors fait reprocher sa timidité; aussi, fort de nombreux et solides appuis, il généralisa l'hypothèque mobilière dans le projet de loi 125, mais il allait se heurter alors à l'Opposition officielle qui invoquait contre ce principe, outre l'argument technique de la difficulté de suivre un meuble aliéné successivement, l'argument politique de la trop grande facilité d'endettement du citoyen; bien qu'à cette objection il fut répondu que le taux d'intérêt hypothécaire pouvait être moins élevé que le taux d'intérêt versé aux institutions financières par le canal des cartes de crédit ou autres moyens, le législateur en est venu finalement à disposer qu'"À moins qu'elle n'exploite une entreprise et que l'hypothèque ne grève les biens de l'entreprise, une personne physique ne peut consentir une hypothèque mobilière sans dépossession que dans les conditions et suivant les formes autorisées par la loi" (art. 2683 C.c.Q.).

Il reste donc à prévoir—hors les cas de nantissement mobilier déjà connus et désormais appelés “hypothèques mobilières”—quels meubles pourront faire l’objet d’une hypothèque: on le voit, le souci d’œuvrer dans le sens du bien commun est partagé par tous, mais la façon d’atteindre le but n’est pas perçue par tous de manière identique.

Enfin, des dispositions générales sur l’administration du bien d’autrui viennent, dans un souci de simplification, d’unification et de cohérence, regrouper des règles actuellement éparses et souvent ambiguës, tout en les complétant par des règles reconnues par les tribunaux.

2. *Intégration des lois particulières*

Se pose aussi, dans ce cadre, la question de l’intégration ou non de lois particulières dans le code; c’est alors soulever tout le problème de ce qu’est une codification.¹⁸ Ont été fondues dans le nouveau code des lois particulières telles que celles portant sur le changement de nom, sur les pouvoirs spéciaux des corporations, sur la cession de biens en stock, sur la preuve photographique; mais devait-on aller plus loin et y inclure également la *Loi sur l’assurance automobile*,¹⁹ la *Loi sur l’indemnisation des victimes d’accidents du travail ou des actes criminels*,²⁰ la *Loi sur la protection du consommateur*,²¹ la *Loi sur les normes de travail*?²² Il suffit d’apercevoir ces lois particulières pour vite comprendre qu’elles ne correspondent nullement à l’idée que Portalis se faisait d’un code, lorsqu’il déclarait que “l’office de la loi est de fixer par de grandes vues des maximes générales du droit, d’établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière”, en laissant “aux magistrats et aux juristes pénétrés de l’esprit général des lois, ... [le soin d’]en diriger l’application”.²³

Pourtant, une tentative fut faite à cet égard: l’avant-projet sur les obligations contenait, après le premier titre “des obligations en général” et le titre deuxième “des contrats nommés”, un titre troisième “des règles particulières au contrat de consommation” qui reproduisait la *Loi sur la protection du consommateur*, expurgée seulement de ses dispositions pénales; or, ce fut un tollé général: même certains défenseurs des consommateurs s’inquiétèrent de cette insertion, invoquant la trop grande dispersion des sources de ce droit de la consommation, les règlements et le droit pénal se trouvant ailleurs. ... On aurait pu certes songer à n’introduire dans le

¹⁸ Il en a été abondamment traité en d’autres occasions, notamment dans le cadre du colloque Codification: valeurs et langage, *op. cit.*, note 9.

¹⁹ L.R.Q. 1977, c. A-25.

²⁰ L.R.Q. 1977, c. I-6; *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, L.R.Q., c. S-2.1.

²¹ L.R.Q. 1977, c. P-40.1.

²² L.R.Q. 1977, c. N-II.

²³ *Op. cit.*, note 2, p. 42.

Code que les dispositions générales de ce contrat—ce fut là l'une parmi plusieurs possibilités envisagées—, mais la critique eût été encore plus acerbe, la dispersion des sources étant alors plus grande encore. C'est, d'ailleurs, ce qui avait été proposé pour le contrat de travail dont on retrouve, dans le Code civil, l'énoncé des règles les plus fondamentales de la *Loi sur les normes de travail*; or, cette attitude fut, elle aussi, l'objet de vigoureuses critiques, allant dans tous les sens: pour certains, c'était trop peu et, pour d'autres, c'était beaucoup trop!

Aussi le repli du législateur fut-il total dans le cas du contrat de consommation, alors qu'il maintint ses positions dans celui du contrat de travail; il importait, en effet, en ce dernier cas, que figurât, dans le Code civil, l'ossature de cette convention lorsqu'elle est individuelle, alors qu'en matière de consommation, on devait se contenter, dans le texte du Code, de certaines références à ce contrat qui, par ailleurs, est l'objet de tant de sollicitude de la part du législateur et fait tellement partie du quotidien du citoyen.

Il est en effet difficile, sinon impossible, de revenir sur des législations particulières qui sont majoritairement acceptées, même dans le souci de les valoriser et d'assurer une certaine cohérence de la réforme globale du Code. Il était, par exemple, impensable de retirer du Code les règles sur le bail d'habitation, alors même que maintes dispositions relèvent bien plus de la réglementation que de la législation.

Consolidation et amélioration sont, certes, la marque de la continuité du droit actuel; mais la confection complète d'un nouveau Code civil serait inutile si la réforme devait se limiter à cet objectif. Il convenait aussi de s'ajuster au présent.

II. *Meilleure adéquation au présent*

Le législateur se devait, en effet, de tenir compte de la société nouvelle pour faire de ce code "le reflet de réalités sociales, morales et économiques" telles qu'elles sont vécues au Québec. Pour ce faire, il était nécessaire de s'appuyer d'abord sur les valeurs nouvelles, mais aussi sur les techniques nouvelles.

A. *Valeurs nouvelles*

Les valeurs nouvelles tournent, nous semble-t-il, autour de deux axes: d'une part, le respect de la personne et, d'autre part, la réalisation d'un meilleur équilibre dans le commerce juridique.

1. *Respect de la personne*

Il ne fait aucun doute que la primauté de la personne est une préoccupation majeure: le livre premier, consacré aux "Personnes", est

précédé de la disposition préliminaire qui réfère à la *Charte des droits et libertés de la personne*,²⁴ avec laquelle le Code se veut être en harmonie. Il n'y avait donc pas lieu de répéter, dans le Code, toutes les dispositions de la Charte, même s'il fut jugé utile d'en reprendre certaines, telles celles qui reconnaissent les droits de la personnalité: droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de la personne, droit au respect du nom, de la réputation, de la vie privée, ainsi que celle qui reconnaît à tout être humain la personnalité juridique.

Hors l'énoncé des dispositions générales sur la jouissance et l'exercice des droits civils, il parut nécessaire d'aborder de façon plus précise les problèmes relatifs à l'intégrité de la personne, au respect des droits de l'enfant, au respect de la réputation et de la vie privée, autant de sujets que les codificateurs du dix-neuvième siècle ont négligés. Certes, doctrine et jurisprudence ont su utiliser le code de 1866 pour sanctionner certains comportements qui témoignaient d'un manque total de respect pour la personne, en faisant appel, entre autres, à l'article 1053 du C.c.B.C. sur la responsabilité civile, mais le code de 1866 lui-même, après un titre préliminaire sur la promulgation, la distribution, l'effet, l'application, l'interprétation et l'exécution des lois en général, se borna à distinguer les sujets britanniques des étrangers et à énoncer des règles sur la privation des droits civils.

Au contraire, le législateur de 1991 prend grand soin de mettre la personne en tête du Code, en consacrant notamment tout un chapitre—plus de vingt articles—aux problèmes épineux portant sur les soins donnés à une personne mineure ou majeure, faisant ou non l'objet d'une mesure de protection particulière, sur l'expérimentation, ainsi qu'aux problèmes résultant de la garde en établissement et de l'examen psychiatrique (art. 10 à 31 C.c.Q.). Ces questions avaient été débattues en commission parlementaire, en 1985, lors du projet de loi 20, des règles avaient été adoptées en 1987 et, néanmoins, le débat devait se faire à nouveau en commission parlementaire en 1991. Il en fut de même de la question du respect de la réputation et de la vie privée, principalement de la constitution d'un dossier sur une personne et de sa consultation. Ces débats sans cesse repris ne sont-ils pas la marque d'une attention et d'un souci particuliers? Sujets brûlants et délicats, car, nul doute, primauté de la personne, mais comment assurer juridiquement cette primauté, comment mettre la personne à l'abri des atteintes provenant des autres, mais aussi des atteintes pouvant provenir d'elle-même? Et jusqu'où doit-on ou peut-on aller? Il ne faut alors pas s'étonner d'avoir des règles que certains jugeront inutilement complexes, que d'autres préféreront trouver nuancées. Cependant, le législateur s'est refusé à prendre des décrets sur le commencement ou la fin de la vie, problème de morale, problème d'éthique, de tels sujets ne relevant pas

²⁴ L.R.Q. 1977, c. C-12.

du Code civil, tout au moins tant que ne se dégage pas un très large consensus.

En revanche, il y eut unanimité pour réformer le statut des incapables et, à cet égard, on notera un changement appréciable dans l'orientation législative. Le Code civil du Bas-Canada avait déjà opté pour un système de tutelle et de curatelle d'une certaine manière coupé de la famille, dans la mesure où les parents du mineur—ou la famille du majeur inapte à gouverner sa personne ou ses biens—n'étaient pas considérés comme étant les mieux placés pour s'occuper de l'incapable, de sorte que la tutelle ou la curatelle était "dative", ou plus précisément judiciaire. Puis, progressivement, l'État se fit sentir de plus en plus lourdement, en développant le rôle de la curatelle publique: le code nouveau rompt avec cette tendance à laquelle fait place un système qui se veut à caractère nettement familial. Les père et mère sont désormais automatiquement les tuteurs de leur enfant mineur et le curateur public ne représentera désormais le majeur protégé que dans l'hypothèse où aucun membre de la famille ou de l'entourage de ce majeur ne prendra soin de lui. Ainsi valorise-t-on, incontestablement, le rôle de la famille.

Ce respect de la personne nous apparaît aussi dans le langage. Comparons l'article 246 C.c.B.C. et l'article 153 C.c.Q. Selon le droit d'aujourd'hui, "Tout individu ... demeure en minorité jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de 18 ans accomplis", tandis que, selon le droit de demain, "l'âge de la majorité est fixé à 18 ans. La personne jusqu'alors mineure, devient capable d'exercer pleinement tous ses droits civils". Ainsi, le mineur, plutôt que d'être frappé d'incapacité, est une personne capable en devenir. De même, les termes "interdiction", "interdits", "démence, fureur ou imbécillité" sont bannis et remplacés par les vocables "régimes de protection", "majeurs protégés". Le terme "incapacité" est, d'ailleurs, rarement utilisé (par exemple, art. 256, al. 2 C.c.Q.). Pouvoir du langage, "pouvoir considérable, nous dit le doyen Cornu, tant il est vrai qu'un nom patronne le destin de l'institution qu'il lance et qu'il couvre".²⁵

Il n'est pas permis de passer ici sous silence le livre deuxième consacré au droit de la famille. Toutefois, s'agissant d'un droit d'une désastreuse stabilité jusqu'en 1964, d'une profonde transformation depuis les années 70 et d'une incessante gesticulation depuis 1981, il a beaucoup été dit, écrit, jugé, commenté, et suffisamment pour qu'on n'en parle point encore aujourd'hui. Nous nous bornerons donc à rappeler la consécration législative, outre du principe du respect des droits de l'enfant, du principe d'égalité entre les enfants nés *dans* le mariage et *hors* du mariage, la consécration du principe d'égalité entre mari et femme sur le plan des rapports personnels, certes, mais aussi sur le plan des rapports économiques, nous dit-on; sur ce dernier point, il y aurait d'ailleurs lieu de se demander si les très récentes

²⁵ Cornu, dans *Codification: valeurs et langage*, *op. cit.*, note 9, p. 35.

règles adoptées (projet de loi 146²⁶) ne relèvent pas davantage d'un fâcheux et vain égalitarisme que d'un véritable souci d'égalité.

En matière successorale au contraire, on observera que les tentatives du législateur pour faire adopter le principe d'une réserve héréditaire se heurtèrent à un mur de béton, le principe de la liberté de tester demeurant roi, ce qui ne manque pas de surprendre dans ce contexte d'égalitarisme. Cette liberté de tester est cependant atténuée par l'énoncé du principe de la survie de l'obligation alimentaire au cas où les déshérités seraient ... dans le besoin. Quant à la dévolution successorale, on notera que le conjoint survivant est désormais en meilleure situation dans le droit d'aujourd'hui (art. 666 et suiv. C.c.Q.).

On retrouve encore la primauté de la personne dans les principes retenus en matière de responsabilité; certes l'article 1053 C.c.B.C. n'est pas réinventé, mais le législateur, avant d'énoncer le principe de la réparation, par l'auteur d'une faute, du préjudice causé à autrui, a éprouvé le besoin, contrairement aux codificateurs de 1804 et de 1866, d'énoncer que "toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice" (art. 1457, al. 1 C.c.Q.) et qu'elle a aussi "le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés" (art. 1458, al. 1 C.c.Q.). Il a également énoncé qu'une personne ne peut aucunement exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice corporel ou moral causé à autrui (art. 1474, al. 2 C.c.Q.).

On notera que le code nouveau n'a pas repris les dispositions de l'avant-projet sur les obligations (art. 1677 à 1860 avant-projet) sur les "dommages punitifs". Certes, la possibilité pour le tribunal d'octroyer des dommages-intérêts à caractère punitif ou "exemplaire" se trouve déjà dans la *Charte des droits et libertés de la personne* (art. 49). La question s'est alors posée de savoir si cette sanction devait ou non être incluse dans le Code civil, afin qu'elle soit plus encadrée et mieux circonscrite. Après y avoir répondu positivement dans un premier temps, tout en refusant à la victime la possibilité de s'enrichir en une telle occasion (versement de l'indemnité à un organisme intéressé à la prévention du fait reproché), le législateur décida de revenir au statu quo, après s'être entendu dire qu'il était normal que la victime en profitât: là encore, recherche générale du bien commun, mais où donc se trouve-t-il?

Alors que les codes du dix-neuvième siècle ont envisagé la responsabilité sous l'angle de l'auteur du préjudice, seul l'auteur fautif devant réparation, le législateur d'aujourd'hui atténue cette perspective en examinant plutôt la responsabilité, tout au moins en certains cas, sous l'angle de la victime, celle-ci ayant un droit à la réparation. Ainsi en est-il dans les rapports

²⁶ L.Q. 1989, c. 55.

entre voisins: réparation est due lorsque les inconvénients du voisinage dépassent les limites de la tolérance (art. 976 C.c.Q.); ainsi en est-il du tiers, victime d'un préjudice résultant d'un défaut de sécurité d'un bien meuble, vis-à-vis du fabricant de ce bien, du distributeur ou du fournisseur (art. 1468, 1469, 1473 C.c.Q.). Toutefois, le législateur n'a pas réussi dans sa tentative de rendre responsable, comme en droit français, le majeur non doué de raison, lorsque le préjudice qu'il a causé résulte d'un comportement qui, autrement, aurait été fautif; il n'a pas non plus réussi dans sa tentative de rendre responsable le mineur fautif, lorsque les parents réussissent à se libérer et que le mineur a des biens.

2. *Meilleur équilibre*

Respect de la personne, mais aussi meilleur équilibre dans les rapports entre les personnes; autrement dit, recherche d'une meilleure "justice contractuelle". Nombreux sont aujourd'hui ceux qui contestent le dogme de l'autonomie de la volonté, dénoncent les abus du libéralisme, proclament que "qui dit contractuel [ne] dit [pas nécessairement] juste" et pour qui, en conséquence, il faut un peu plus de justice dans les contrats! Néanmoins le dogme conserve des partisans, prêts toutefois à atténuer leur position à l'égard de certaines catégories de personnes.

Le projet de l'O.R.C.C. proposait une disposition générale qui sanctionnait la lésion entre majeurs, la notion de lésion retenue relevant *et* de la conception objective *et* de la conception subjective, puisqu'on référerait à la fois à l'idée de déséquilibre sérieux des prestations et à l'idée d'exploitation. Cette proposition ayant fait, à l'époque, l'objet de débats abondants, le législateur en reprit la double idée dans son avant-projet de 1987 sur les obligations (art. 1449), mais en en excluant l'application dans les relations entre commerçants. Malgré cette restriction importante, ce fut un tel tollé que le gouvernement retira la disposition du projet de loi 125, l'idée de sécurité des conventions l'emportant sur l'idée de justice. Ainsi mourut le principe de la sanction de la lésion entre majeurs, la sanction demeurant comme aujourd'hui l'exception.

Cependant, nous semble-t-il, le repli n'est pas aussi total qu'il y paraît et les juges trouveront dans les textes des armes qui, certes, ne sont pas nouvelles, mais n'ont pas été utilisées jusqu'à maintenant et sont sans doute plus apparentes aujourd'hui: la notion de consentement libre et éclairé, l'erreur (art. 1300, al. 1 C.c.Q.), le dol, le silence, la réticence (art. 1401 C.c.Q.), l'exigence de la bonne foi (art. 6, art. 1375 C.c.Q.), l'abus de droit (art. 7 C.c.Q.), autant d'ingrédients qui mettent en relief l'obligation implicite de renseignements, ce qui n'exclut pas l'obligation de se renseigner qui transparaît dans la règle sur l'erreur inexcusable (art. 1400, al. 2 C.c.Q.), et permettent d'aboutir à plus de justice. D'ailleurs, cette préoccupation ne date pas de la seconde moitié du vingtième siècle: Portalis ne disait-il pas que "la liberté de contracter ne peut être limitée que par la *justice*,

par les bonnes mœurs, par l'utilité publique".²⁷ Ces références à la justice et à l'utilité publique n'auraient-elles pas dû constituer un frein à l'interprétation volontariste que l'on a faite des textes législatifs?

On observera également que l'avant-projet sur les obligations affirmait, à l'exemple du code français, que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1480 avant-projet), affirmation que l'on ne retrouve pas dans le projet de loi 125 ni dans la version définitive du Code. Certes, le *Code civil du Bas Canada* n'énonce pas explicitement le principe qui, pourtant, n'a jamais été renié; mais il n'était sans doute plus temps de le proclamer si l'on considère que les règles impératives ont tendance à se multiplier dans les contrats nommés les plus courants (vente, louage, assurance), dans le souci précisément de protéger la partie contractante que le législateur estime la plus vulnérable.

Il est cependant un point sur lequel le législateur fit preuve de fermeté, malgré de vigoureuses protestations de la part de certains groupes qui prônent la sécurité des conventions, quel qu'en soit le prix: sont désormais sanctionnées de nullité, dans les contrats d'adhésion et de consommation, la clause externe à laquelle renvoie le contrat, mais qui n'a pas été portée à la connaissance de l'adhérent ou du consommateur, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable, ainsi que la clause abusive, celle "qui, dans l'exécution du contrat, désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi" (art. 1435, 1436, 1437 C.c.Q.). Il s'avérerait donc important de définir les contrats de consommation et d'adhésion, de viser tous les contrats de consommation régis par des lois particulières (art. 1384 C.c.Q.) et de viser aussi les contrats d'adhésion, y compris ceux conclus entre les exploitants d'une entreprise (art. 1379 C.c.Q.); en effet, les citoyens consommateurs ne sont pas nécessairement seuls à se trouver en état d'infériorité vis-à-vis des commerçants: il y a aussi des professionnels au sens large du terme, des entrepreneurs, qui se trouvent en état de dépendance vis-à-vis de puissantes sociétés. C'est pourquoi il apparaît fondamental, dans l'esprit du législateur, de faire une différence entre les règles gouvernant les contrats d'adhésion et les règles gouvernant les contrats véritablement négociés entre les parties à armes égales, coupant ainsi le terrain contractuel en deux zones: la zone libre et la zone sous haute surveillance.²⁸

On le constate, nous revenons au problème évoqué précédemment, celui du contenu d'un code: justice contractuelle certes, mais quelle justice et selon quelle méthode? Le législateur doit-il privilégier la réalisation d'un code de la consommation? Mais alors, pourquoi pas aussi un code des

²⁷ *Op. cit.*, note 2, p. 78.

²⁸ C'est d'ailleurs dans ce sens que semble aller Ghestin, dans *Codification: valeurs et langage*, *op. cit.*, note 9, p. 361.

personnes, un code de la famille, un code de la responsabilité des professionnels, un code des transports, un code des assurances, un code de la construction, un code du travail-complément, sans parler d'un code de commerce, et enfin le Code civil résiduaire ou code croupion! Peut-on actualiser le droit des obligations sans recourir aux lois particulières? Débat difficile et sans fin: prudence et souplesse demeurent incontestablement nécessaires, mais nous croyons, comme le professeur Hein Kötz de l'Université de Hambourg, que "la législation spéciale montre une tendance à la verbosité et à la prolixité, ainsi qu'à des distinctions élaborées qui, avec le temps, s'avèrent aussi inutiles que susceptibles de donner lieu à de nouvelles disputes".²⁹ Portalis ne disait rien d'autre lorsqu'il s'écriait: "On gouverne mal, quand on gouverne trop . . .".³⁰ Aussi, le meilleur équilibre entre créanciers et débiteurs ne se trouve-t-il pas dans l'élaboration de règles générales qui donnent l'esprit de la loi et de règles ponctuelles, à caractère impératif, qui visent telle situation: celle du locataire face au locateur, celle de l'acheteur face au vendeur professionnel ou au vendeur d'un immeuble résidentiel qui est aussi promoteur ou constructeur, celle du client face à l'entrepreneur ou au prestataire de services.

Un danger, cependant, subsiste; celui de recourir de façon systématique à la catégorisation des individus et ce, à l'extrême, jusqu'à considérer le débiteur inévitablement dépendant des caprices du créancier. Or, la recherche du juste équilibre exige également de ne pas oublier que le poids de l'inertie d'un débiteur ou son caractère récalcitrant constitue une force redoutable que le créancier "honnête homme", raisonnable, a de la difficulté à combattre. Il faut se garder de classer juridiquement et de façon systématique les contractants en deux camps, celui des gentils et celui des méchants, les gentils méritant une protection semblable à celle des incapables, protection risquant de devenir ruineuse aux citoyens. "Quelques hommes sont si méchants que, pour gouverner la masse avec sagesse, il faut supposer les plus mauvais de tous les hommes, meilleurs qu'ils ne sont": ce conseil donné, une fois encore, par Portalis³¹ a peut-être été entendu par le législateur entre la présentation de l'avant-projet et celle du projet, et sans doute trouve-t-on, dans la version finale, moins de protectionnisme que dans l'avant-projet. "Juste équilibre" dans les forces en présence fut le leitmotiv entendu tout au long de la commission parlementaire.³²

²⁹ *Ibid.*, p. 307.

³⁰ *Op. cit.*, note 2, p. 82.

³¹ *Ibid.*, p. 83.

³² Cf. le débat sur la justice contractuelle dans Codification: valeurs et langage, *op. cit.*, note 9, pp. 295 à 366. On consultera également M. Moreau, *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*; D. Burman, *Le déclin de la liberté au nom de l'égalité*; M. Coipel, *La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile*, dans *Enjeux et valeurs d'un code civil moderne*, les Journées Maximilien-Caron 1990 (1991), pp. 37, 55 et 79.

En matière successorale, le code nouveau apporte une modification majeure à l'égard de deux principes fondamentaux. D'une part, lors du décès, la séparation du patrimoine du défunt de celui des héritiers est de plein droit tant à l'égard des créanciers de la succession que des créanciers de l'héritier ou du légataire particulier, jusqu'à ce que la succession soit liquidée (art. 780 C.c.Q.); d'autre part, les héritiers ne peuvent être tenus à l'égard des créanciers de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens recueillis: ce n'est qu'exceptionnellement qu'ils pourront être tenus au-delà (par exemple, art. 779, 782, 799, 800, 801 C.c.Q.). Il y a là, certes, le souci d'actualiser, sur le plan législatif, la pratique courante de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, mais il y a également la recherche d'un "juste équilibre" entre les créanciers de la succession et les créanciers de l'héritier, de même qu'il est apparu injuste que la continuation de la personne du défunt aille jusqu'au bout de sa logique. En revanche, cette idée traditionnelle perdure dans les situations où les héritiers agissent en connaissance de cause, décident de se soustraire à la loi (art. 799 C.c.Q.) ou négligent de s'y soumettre: les héritiers ayant pris leurs responsabilités ou ayant manqué de les prendre, s'impose alors la sanction qui consiste à payer.

En matière de sûretés, c'est essentiellement dans le cadre de l'exercice des droits hypothécaires que le législateur cherche à atteindre un meilleur équilibre entre les droits du créancier, d'une part, et les intérêts du débiteur et des tiers, d'autre part; c'est en permettant au débiteur et aux tiers d'être suffisamment informés des intentions du créancier et en leur laissant le temps de réagir afin de sauvegarder leurs intérêts qu'on tente de parvenir à ce résultat, de même qu'en regroupant dans le Code toutes les sûretés réelles mises au point par la pratique ou issues de lois particulières (*Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*,³³ *Loi sur les cessions de biens en stock*³⁴), intégrées sous un seul concept, celui d'hypothèque: la systématisation permet la cohérence, elle-même gage de justice. On remarquera que sont domestiquées la clause de dation en paiement utilisée comme garantie de l'exécution d'une obligation (art. 1801 et 2778 à 2783 C.c.Q.), ainsi que la vente faite avec faculté de rachat, qui a pour objet de garantir un prêt (art. 1756 C.c.Q.).

Il serait enfin permis de soutenir, nous semble-t-il, que la théorie de l'apparence joue un rôle accru dans le code civil nouveau: on en trouve la marque dans l'article 1707 C.c.Q. sur la situation des tiers de bonne foi dont les droits pourraient être compromis dans le cas d'une restitution de prestation. Il en est de même dans le livre neuvième consacré à la publicité des droits, qui apporte une réforme fondamentale au droit existant, en remplaçant l'enregistrement des documents attestant de droits réels par

³³ L.R.Q., c. P-16.

³⁴ L.R.Q., c. C-53.

une véritable publicité des droits inscrits dans un registre auquel les tiers désormais protégés pourront se fier, l'apparence pouvant donc l'emporter parfois sur la réalité. Cela nous amène à envisager les techniques nouvelles.

B. *Techniques nouvelles*

1. *Les registres informatisés*

Nous nous bornerons à mentionner la création d'un registre des droits personnels et réels mobiliers et d'un registre foncier qui remplace l'index des immeubles, aujourd'hui purement documentaire (art. 2969 et suiv. C.c.Q.).

La philosophie sous-jacente à cette réforme, outre le fait de simplifier et d'harmoniser les modalités d'inscription ou de radiation d'un droit inscrit, est d'introduire des registres sûrs où apparaîtront des droits, à l'existence et à la véracité desquels ceux qui les consultent sont... en droit de croire au moment où ils les consultent, même si ultérieurement ces droits s'avèrent inexistants ou douteux, et de maintenir à jour le cadastre et le registre foncier, le cadastre faisant partie de ce registre.

C'est dire le rôle que doit jouer l'informatique dans un tel contexte, la complexité et le coût de son implantation; cependant, un système qui se veut moderne et efficace, susceptible de donner aux citoyens l'assurance de leurs droits et de la conservation de leurs droits, de mettre fin à la longue et coûteuse opération d'examen de titres, force le législateur et les pouvoirs publics à prendre les moyens qui s'imposent à l'aube du vingt-et-unième siècle.

Ce qui est valable pour le registre foncier et le registre des droits personnels et réels mobiliers l'est également pour le registre de l'état civil, registre désormais unique et centralisé sous l'autorité d'un seul officier de l'état civil—le directeur de l'état civil—, tenu en double exemplaire, l'un écrit et l'autre sur support informatique (art. 104 et suiv. C.c.Q.). Ainsi le nouveau code adapte-t-il le régime des actes de l'état civil à la société moderne, en prenant soin de recueillir l'information adéquate sur les faits essentiels reliés à l'état de la personne, en s'assurant de la véracité du contenu et en leur donnant la publicité qu'il convient, sans heurter le caractère confidentiel qu'impose une certaine information.

2. *Données informatiques*

Enfin, les techniques nouvelles se rencontrent encore dans le domaine du droit de la preuve, relativement aux données d'un acte juridique inscrites sur support informatique (art. 2837 à 2839 C.c.Q.) et à la reproduction de certains documents (art. 2840 à 2842 C.c.Q.); elles se retrouvent en matière de paiement, par l'introduction de la carte de crédit comme moyen de paiement (art. 1564 C.c.Q.).

Mais on sait aussi que l'apparition de nouvelles technologies oblige parfois le législateur à intervenir dans des domaines sensibles qui touchent notamment la personne. On connaît les dangers de l'utilisation qui peut être faite de certaines données informatiques, portant atteinte à des droits fondamentaux. De façon plus générale, on a conscience, de plus en plus, de la potentialité des vertiges scientifiques: il n'appartient certes pas au Code civil de se prononcer sur ces questions; mais, en matière de filiation, il a paru opportun au législateur d'énoncer une série de règles relatives à la procréation médicalement assistée (art. 538 à 542 C.c.Q.), notamment la nullité absolue des conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui et l'impossibilité de fonder un lien de filiation entre l'auteur d'une contribution au projet parental d'autrui et l'enfant issu de cette procréation médicalement assistée, celle-ci englobant aussi bien l'insémination homologue ou hétérologue que la fécondation *in vitro* ou *in vivo* ou la maternité de substitution. L'avancement des sciences, la modernisation ne doivent pas faire échec à la primauté de la personne.

Conclusion

Ainsi pouvons-nous conclure que le Code civil n'est pas dépourvu d'arrière-pensées valeureuses, même s'il ne s'encombre pas d'une conception universaliste du droit ou de théories qui relèveraient plus de la métaphysique que du droit. C'est un "compromis prudent du souhaitable et du possible",³⁵ un code bien concret qui espère résoudre les difficultés futures comme l'a su faire le code d'hier; en cela, il est fidèle à la tradition française qui, si l'on en croit le professeur Boulanger, ne serait prête à admettre un titre préliminaire "que s'il existe des règles d'un caractère tellement général ou, à l'inverse, tellement spécial qu'elles ne puissent être sans arbitraire rattachées à la réglementation particulière de l'une quelconque de nos institutions civiles".³⁶ Et de songer alors aux conflits de loi dans l'espace et dans le temps.

Pour ce qui est de l'espace, le législateur québécois y a pourvu dans le Code lui-même, livre dixième et final, "du droit international privé", qui fournit un corps de règles (art. 3076 à 3168 C.c.Q.) qui se veut complet, fortement influencé par les solutions doctrinales et jurisprudentielles, les codifications étrangères récentes et les conventions internationales.

Pour ce qui est du droit transitoire, même si le Code est muet, le législateur a l'intention d'y pourvoir dans la loi d'application, espérant apporter une réponse heureuse à Boulanger qui se demandait, en définitive, "si la plasticité d'une tradition jurisprudentielle ne [valait] pas mieux en

³⁵ Formule empruntée à Rémy, dans Codification: valeurs et langage, *op. cit.*, note 9, p. 573.

³⁶ *Op. cit.*, note 1, p. 77.

cette matière que la rigidité de règles légales trop nombreuses et nécessairement insuffisantes”.³⁷

Les valeurs qui se dégagent de la codification nouvelle peuvent-elles constituer une source d'interprétation? La réponse devrait être affirmative: l'interprète ne doit pas s'agripper à la lettre de la loi, il doit aussi rechercher l'esprit de la réforme et s'y référer. Mais le législateur est dessaisi de la loi dès lors que celle-ci est en vigueur et ne peut rien faire sur l'interprétation, quelque commentaire qu'il puisse commettre de la loi ou explication qu'il puisse en donner. Certes, la doctrine peut, elle aussi, dire ce qu'elle veut, mais c'est en définitive le juge qui, en l'appliquant, l'interprète: “La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière les principes les plus favorables au droit commun; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre par une application sage et raisonnée aux hypothèses prévues, d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue et de ne pas s'exposer au risque d'être tour à tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude”.³⁸ Propos aussi vrais aujourd'hui qu'hier. C'est pourquoi la doctrine, comme le législateur, doivent veiller sur la jurisprudence, la première en n'hésitant pas à critiquer—de façon négative aussi bien que positive—, le second en changeant la loi le cas échéant.

Continuité du droit actuel, meilleure adéquation au présent: voilà, nous semble-t-il, les deux idées maîtresses qui ont guidé le législateur; fidélité et innovation: telle est l'image que veut se donner le code nouveau et qui devrait rejoindre une confortable majorité s'il est vrai, comme l'a dit notre collègue André Morel, que “l'innovation n'est pas synonyme de trahison, ni la fidélité, condamnation du changement”.³⁹

³⁷ *Ibid.*, p. 77.

³⁸ Portalis, *op. cit.*, note 2, p. 47.

* ³⁹ Cité par P.-A. Crépeau, dans sa Préface au Rapport sur le Code civil du Québec, *op. cit.*, note 4, p. xxix.