

---

## BOOK REVIEW

---

### CHRONIQUE BIBLIOGRAPHIQUE

Paul Roubier, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960 (réimpression par Yvon Blais, Cowansville (Qué.), 1993). Pp. 608 [45,00\$]. Commenté par Daniel Jutras\*

Le recueil d'études publié en l'honneur du doyen Paul Roubier s'ouvre, comme c'est la coutume, sur une photographie de celui dont on salue la carrière<sup>1</sup>. Immortalisé par les Studios d'Harcourt à Paris, comme les grands artistes de la scène de son époque, Roubier y apparaît dépouillé de ses attributs universitaires, sans toge ni bibliothèque. Le professeur est «saisi au repos», dans son «essence intemporelle». Alors que certains de ses collègues choisissent d'être représentés le visage tourné pensivement vers leur œuvre qui s'éloigne, Roubier, «le visage poncé par la vertu», fixe intensément l'objectif<sup>2</sup>. Il sait (et il nous annonce) que son œuvre est sans date et chose du présent.

Ainsi, plus de soixante ans après sa première parution, l'ouvrage le plus célèbre de Paul Roubier se découvre un second, pour ne pas dire un troisième, souffle. Publié d'abord en deux volumes<sup>3</sup>, réédité en 1960 à la demande générale<sup>4</sup>, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)* était épuisé et, jusqu'à tout récemment, introuvable. Il est aujourd'hui réimprimé par l'éditeur québécois Yvon Blais.

#### I. À propos du livre...

Est-il utile de faire état du contenu du livre, comme on le ferait pour une nouveauté<sup>5</sup>? L'ouvrage est connu, et la thèse qu'il expose a fait l'objet de nom-

---

\* Faculté de droit et Institut de droit comparé, Université McGill. Mes collègues Roderick A. Macdonald et Nicholas Kasirer ont lu et commenté une version antérieure de ce texte. Qu'ils trouvent ici l'expression de ma gratitude.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1994

Mode de référence: (1994) 39 R.D. McGill 936

To be cited as: (1994) 39 McGill L.J. 936

<sup>1</sup> *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz et Sirey, 1961.

<sup>2</sup> J'emprunte ici librement à la fort intéressante iconographie des photographies des Studios d'Harcourt qu'on trouvera dans R. Barthes, *Mythologies*, Paris, Seuil, 1957.

<sup>3</sup> P. Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, t. 1, Paris, Sirey, 1929; t. 2, Paris, Sirey, 1933.

<sup>4</sup> P. Roubier, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960 [ci-après *Droit transitoire*]. C'est cette édition qui est aujourd'hui réimprimée. On notera au passage le changement de titre, qui relègue au second plan l'expression «conflits des lois». Même si les analogies entre les conflits de lois dans le temps et les conflits de lois dans l'espace viennent aisément à l'esprit, Roubier souligne les dangers d'une telle association. Voir *Droit transitoire*, *ibid.* aux pp. 3-9.

<sup>5</sup> Le livre de Roubier n'est-il pas une nouveauté, du simple fait de sa réimpression? Sur les fins

breux commentaires et raffinements<sup>6</sup>. À ceux et celles qui en ignoreraient encore la teneur, il suffit de dire que Roubier y élabore un système de droit transitoire qui envisage trois modes d'action d'une loi dans le temps : la loi peut être rétroactive, lorsqu'elle s'applique à des faits entièrement accomplis avant son entrée en vigueur ; la loi n'a qu'un effet immédiat, si elle s'applique aux faits qui surviennent après son entrée en vigueur ; enfin, il y a survie de la loi (ancienne) lorsqu'elle continue de s'appliquer aux situations juridiques commencées sous son empire, même après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. À partir d'une longue analyse historique, d'où il ressort que la théorie des droits acquis est le fruit d'un égarement momentané du droit transitoire, Roubier expose la distinction fondamentale des faits accomplis et des situations en cours, et énonce deux grands principes. D'une part, la loi nouvelle n'a pas d'effet rétroactif, en ce sens qu'elle ne peut atteindre les faits accomplis sous l'empire de la loi ancienne à moins qu'une telle conséquence ne soit prévue expressément par le législateur. D'autre part, la loi nouvelle régit immédiatement, pour l'avenir seulement, les situations juridiques en cours au jour de son entrée en vigueur. C'est l'effet immédiat (ou général) de la loi nouvelle.

À ce stade, c'est la pérennité de l'ouvrage qu'il faut expliquer, plutôt que le système qu'il expose. Quelle est, en effet, l'utilité d'un livre étranger déjà vieux d'un demi-siècle pour le juriste qui croule sous le poids des dernières informations sur l'état du droit, ici et maintenant ? Il y a, bien sûr, la profondeur de la réflexion, l'érudition de l'auteur et la cohérence du système. Mais même pour le juriste qui n'a que faire de la doctrine, l'intérêt de l'ouvrage est criant : le livre de Roubier a servi de canevas pour la rédaction de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*<sup>7</sup>.

---

culturelles et scientifiques de la résurrection d'un «livre *emeritus*», voir N. Kasirer, «A Reading of Georges Scelle's *Précis de droit des gens*» (1986) 24 Can. Y.B. Int'l L. 372 à la p. 372.

<sup>6</sup>On peut consulter, en particulier, E.L. Bach, «Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps» (1969) 67 Rev. trim. dr. civ. 405 ; J. Héron, «Étude structurale de l'application de la loi dans le temps» (1985) 84 Rev. trim. dr. civ. 277 ; P.-A. Côté, «La crise du droit transitoire canadien» dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1989 aux pp. 177-96 ; P.-A. Côté et D. Jutras, «Le droit transitoire relatif à la réforme du Code civil» dans *La réforme du Code civil*, vol. 3, Ste-Foy (Qué.), Presses de l'Université Laval, 1993 aux pp. 935-1058.

<sup>7</sup>L.Q. 1992, c. 57 [ci-après *Loi d'application*]. Le ministre de la Justice évoque en termes sybillins l'important apport de «l'expérience étrangère, notamment celle du droit français» dans les *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 3, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 1. À cet égard, on notera par exemple la remarquable similitude entre l'article 2 de cette loi, et un article du projet de titre préliminaire adopté en 1948 par la Commission de réforme du *Code civil* français, projet auquel Roubier a été associé de très près. L'article 2 de la loi québécoise se lit comme suit :

2. La loi nouvelle n'a pas d'effet rétroactif : elle ne dispose que pour l'avenir.

Ainsi, elle ne modifie pas les conditions de création d'une situation juridique antérieurement créée ni les conditions d'extinction d'une situation juridique antérieurement éteinte. Elle n'altère pas non plus les effets déjà produits par une situation juridique.

L'article 23 du Chapitre V du Titre préliminaire, *Travaux de la Commission de réforme du Code civil : Année 1948-49*, Paris, Sirey, 1950 à la p. 326, se lit quant à lui comme suit :

23. La loi n'a pas d'effet rétroactif ; elle ne statue que pour l'avenir.

La loi nouvelle ne modifie pas les conditions d'établissement d'une situation juridique antérieurement créée ni les conditions d'extinction d'une situation juridique antérieurement éteinte. Elle ne modifie pas non plus les effets produits par une situation juridique au temps où la loi précédente était en vigueur.

Les ressemblances sont telles que la filiation est incontestable. Sur le plan structurel, d'abord, le législateur québécois s'inspire des enseignements de Roubier et adopte des règles permanentes de conflit (ou dispositions générales) et des règles pour résoudre des conflits particuliers (ou dispositions particulières)<sup>8</sup>. Quant au fond, on trouve dans la *Loi d'application* l'essentiel du dispositif conceptuel assemblé par Roubier : les trois modes d'action de la loi dans le temps, la notion de situation juridique, les concepts de création, d'extinction et d'effets d'une situation juridique, et quoi encore<sup>9</sup> ? C'est presque tout le système du doyen Roubier qui est ainsi greffé au droit québécois, et son livre permet donc d'élucider la problématique du droit transitoire telle que l'envisage le législateur. Il offre aussi des solutions à plusieurs questions techniques fort complexes qui ne sont pas toujours traitées dans la loi elle-même<sup>10</sup>. Par ailleurs, au delà du cadre analytique, l'œuvre permet de mieux saisir les prémisses à partir desquelles se construit le système de l'effet immédiat. Ainsi en est-il du droit commun de la rétroactivité qu'élabore Roubier, auquel on aura très certainement recours dans la définition de la portée temporelle des dispositions rétroactives de la *Loi d'application*<sup>11</sup>.

Malgré tout, on aura avantage à faire un usage prudent du livre de Roubier parce que certaines des lignes de force du système de l'effet immédiat n'ont pas été retenues par le législateur. Il en est ainsi, par exemple, du principe de survie de la loi ancienne pour tout ce qui concerne les effets à venir des situations contractuelles en cours. L'article 4 de la *Loi d'application* prévoit bien la survie de la loi ancienne à certains égards en matière contractuelle, mais ce principe avait une portée beaucoup plus large pour Roubier, et s'appuyait sur des distinctions qui ont changé de contenu dans la loi québécoise<sup>12</sup>. Des notions fondamentales, comme celle de «loi de procédure» ou celle de «situation contractuelle», n'ont pas nécessairement dans la *Loi d'application* l'acception que Roubier leur donnait<sup>13</sup>. Par ailleurs, les difficultés conceptuelles liées à la localisation temporelle

<sup>8</sup>Voir *Droit transitoire*, supra note 4 aux pp. 148-49.

<sup>9</sup>La *Loi d'application* reprend aussi certaines distinctions qui sont, pour l'essentiel, propres à l'œuvre de Roubier. On notera, par exemple, la distinction entre la preuve débattue en justice et la situation juridique probatoire déjà constituée (reprise aux articles 9 et 141 de la *Loi d'application*). Voir *Droit transitoire*, *ibid.* aux pp. 229-42. Voir, sur cette question, P. Biron, «L'effet dans le temps des lois sur la preuve» (1987) 47 R. du B. 365 ; F. Heleine, «Droit transitoire et preuve» (1993) 53 R. du B. 127.

<sup>10</sup>Par exemple, les faits créateurs et extinctifs de situations juridiques se présentent sous de multiples formes (instantanés, successifs, continus) qui rendent fort délicate l'entreprise du droit transitoire. Voir, sur cette question, *Droit transitoire*, *ibid.* aux pp. 293-314 ; P.-A. Côté, «La position temporelle des faits juridiques et l'application de la loi dans le temps» (1988) 22 R.J.T. 207.

<sup>11</sup>La loi rétroactive régit les faits accomplis, mais sans toucher aux litiges qui sont clos de manière définitive, par un jugement ou une transaction. Voir la distinction entre les *causæ finitæ* et les *causæ pendentes* dans *Droit transitoire*, *ibid.* aux pp. 285-91.

<sup>12</sup>Roubier distingue, par exemple, les règles relatives au régime contractuel, et les règles relatives aux modes d'exercice des droits contractuels. Voir *Droit transitoire*, *ibid.* aux pp. 403-10. Même si l'article 4 de la *Loi d'application* s'appuie lui aussi sur la différence entre les droits contractuels et leur mise en œuvre, Roubier aurait répudié l'effet immédiat que ce texte permet d'accorder à certaines règles (comme celles qui régissent l'exécution forcée des obligations) qui relèvent plus du fond que de la forme.

<sup>13</sup>La notion de situation contractuelle s'oppose, dans l'œuvre de Roubier, à celle de statut lé-

des faits produisent des interprétations qui varient sensiblement lorsqu'on passe du texte doctrinal initial aux annotations à la loi qui sont l'œuvre du ministre de la Justice du Québec<sup>14</sup>.

Bref, si la filiation est incontestable, il n'y a tout de même pas eu clonage. Cette mise en garde faite, on retiendra que l'ouvrage de Paul Roubier est devenu, par delà le temps et l'espace, l'incontournable album de famille du droit transitoire civil au Québec. Déliçieux paradoxe que cette intemporalité d'un ouvrage sur le droit en mutation.

## II. À propos du mythe ...

Le système de Roubier n'apporte de solution qu'à un problème bien circonscrit, qui est celui des conflits de lois dans le temps, où le mot «loi» s'entend des règles écrites émanant de l'État. Les principes énoncés par Roubier servent donc à déterminer, en présence de deux règles écrites distinctes (une ancienne et une nouvelle), laquelle régit l'aspect litigieux d'une situation juridique donnée. Le problème auquel il s'attaque étant ainsi défini, on ne saurait reprocher à l'auteur l'image réductrice du processus de transformation du droit qui émerge de son ouvrage<sup>15</sup>. N'empêche que la norme juridique ne s'y retrouve que dans sa forme écrite, et sa mutation est l'affaire d'un instant, moment magique où le texte est modifié.

La temporalité de la transformation juridique est beaucoup plus complexe, et le dessein de Roubier n'était pas d'analyser tous les aspects des rapports entre le temps et le droit<sup>16</sup>. Mais l'œuvre est si remarquable par sa clarté qu'elle finit par déborder ses cadres. Pour le lecteur trop enthousiaste, le changement législatif se confond avec le changement du droit. Cette confusion est d'ailleurs toute naturelle lorsqu'un vaste projet législatif occupe l'avant-scène, comme c'est

gal. Voir *Droit transitoire*, *ibid.* à la p. 415 :

[L]a formule bien connue d'après laquelle les lois nouvelles n'ont pas d'effet sur les contrats en cours doit subir une légère correction ; il faut dire : les lois nouvelles *relatives au régime des contrats* n'ont pas d'effet sur les contrats en cours. Ce n'est pas d'après la forme, c'est-à-dire d'après l'existence ou la non-existence d'un contrat, que se fait la distinction des situations légales et contractuelles ; c'est d'après le fond, selon qu'on est en face d'une matière abandonnée à l'autonomie privée, ou d'une matière de statut légal.

Voir aussi *ibid.* aux pp. 423-39. Cette distinction servira-t-elle à définir le domaine de l'article 4 de la *Loi d'application* ?

<sup>14</sup>Pour Roubier, on doit qualifier de rétroactive toute règle qui prive d'effet, même pour l'avenir, une stipulation contractuelle qui était valide sous l'empire de la loi ancienne. Ainsi l'article 5 de la *Loi d'application*, qu'on devrait voir comme un cas de rétroactivité tempérée dans le système de Roubier, est décrit par le ministre comme une conséquence du principe de l'effet immédiat. Voir le commentaire sous l'article 5, *Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 7 aux pp. 8-9, et comparer *Droit transitoire*, *ibid.* aux pp. 290-91, 384.

<sup>15</sup>Roubier était parfaitement conscient du domaine limité de son système de droit transitoire. Pour une discussion du problème du droit transitoire dans son rapport avec la jurisprudence et la coutume, voir *Droit transitoire*, *ibid.* aux pp. 23-29.

<sup>16</sup>Sur cette question, voir en particulier F. Ost, «Les multiples temps du droit» dans J.J. Austruy *et al.*, dir., *Le droit et le futur*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985, 115. L'analyse du droit transitoire propre aux normes juridiques non-législatives reste à faire, de même que la systématisation d'un droit transitoire qui tiendrait compte de l'ensemble des sources du droit.

nécessairement le cas au moment d'une recodification du droit civil : on ne peut nier la force symbolique du nouveau livre qui, sur les rayons d'une bibliothèque, prend la place de l'ancien, à une date qui acquiert une vertu incantatoire à force d'être répétée. Le droit transitoire assurant le passage de l'ancien au nouveau Code épuise alors la question de l'articulation du droit et du temps. Ce qui n'était qu'un aspect de la mouvance du droit — le remplacement d'un texte législatif par un autre — devient rapidement l'image même de cette mouvance. Un véritable mythe de la transmutation juridique émerge des prémisses de la théorie des conflits de lois dans le temps.

Il est utile de déchiffrer ce mythe. D'abord, parce qu'un tel examen permet de mieux cerner les limites de l'entreprise de Paul Roubier (qui sont aussi celles de l'entreprise du législateur qui en reprend l'essentiel dans la *Loi d'application*). Mais aussi parce que tout ce qui contribue à placer la réforme du Code civil dans des proportions plus justes et moins dramatiques, ne peut être que salutaire. Qu'en est-il, donc, de cette image épurée de la transmutation juridique que nous renvoie la théorie des conflits de lois dans le temps ? Le mythe s'appuie sur trois idées : la règle de droit se trouve dans le texte ; la règle change à l'instant même où le nouveau texte remplace l'ancien ; les règles — les textes — se succèdent sans coexister. Il s'agit d'une hypothèse heuristique, indispensable à la construction d'un système de résolution des conflits de lois dans le temps, dont l'utilité est incontestable. Mais, à l'instar de Roubier, on se gardera d'y voir l'expression achevée des rythmes et des conditions de la transformation du droit.

#### A. *La norme et le texte*

La question de savoir si une règle a été modifiée est étrangère au droit transitoire. Il s'agit d'une question préalable qui en définit le domaine d'application. Une chose est sûre, cependant : il n'y a pas de conflit de lois dans le temps sans modification d'un texte, sans différence dans la présentation formelle et explicite de la norme juridique. Le système de Roubier n'intéresse ni la mutation d'un usage, ni l'évolution constante, parfois à peine perceptible, du sens accordé à un texte, ni le revirement jurisprudentiel qui marque une époque. De là à conclure que le droit transitoire s'appuie sur une conception simpliste du droit, où la norme juridique et son support textuel sont une seule et même chose, il n'y a qu'un pas qu'on s'abstiendra de franchir.

Ainsi, le droit transitoire n'a pas vocation à s'appliquer chaque fois qu'un texte est changé, puisque le recours à une syntaxe ou à un vocabulaire différents dans la loi nouvelle n'est pas toujours le signe d'un changement normatif. Il ne suffit donc pas de comparer de manière formelle l'ancien texte au nouveau. Il faut, en fait, comparer l'ancienne règle à la nouvelle<sup>17</sup>. L'essentiel du droit transitoire se trouve là, dans cette comparaison qui s'effectue entre la règle antérieure, telle qu'elle est conçue par l'interprète, et la règle postérieure, telle qu'elle apparaît dans le nouveau texte.

---

<sup>17</sup>Dans le contexte de la réforme du Code, il y a le problème additionnel des dispositions dont le texte est inchangé, qui acquièrent un sens différent en raison de la modification de règles connexes dans d'autres parties du Code.

Une telle analyse n'est possible qu'en postulant une forme déterminée et connaissable pour chacun des termes de la comparaison. L'ancienne et la nouvelle règle doivent être cristallisées, figées comme dans les clichés «avant» et «après» d'une mauvaise publicité. Mais la cristallisation ne procède pas de la même manière pour l'une et pour l'autre.

L'ancienne règle, d'abord, se trouve pour l'essentiel en dehors du texte. On reconnaîtra sans peine, par exemple, que la description d'une règle découlant d'un article du *Code civil du Bas-Canada* ne peut se faire à partir du texte lui-même, sans tenir compte de la lente sédimentation des lectures différentes qu'on a pu en faire au fil des ans. En ce sens, le texte de l'ancien Code n'est qu'un des éléments dans la détermination de l'état du droit avant sa modification. Mais dès lors que l'on admet que la norme est extérieure au texte, dès lors que l'on s'éloigne de cette forme réifiée et fixe de la norme, la possibilité de dire le droit repose nécessairement sur une conception limitative de ce qu'il est. On ne peut dire «le droit en vigueur au 31 décembre 1993» que s'il est conçu comme un ensemble de règles, ayant une forme définie à chaque moment, plutôt que comme une pratique mouvante et dynamique, dont la substance est pratiquement insaisissable. On ne peut connaître «le droit en vigueur au 31 décembre 1993» que s'il est conçu comme le fruit explicite de l'activité étatique : seules certaines sources — la loi, et la représentation que l'on se fait d'une «jurisprudence constante» — peuvent servir à circonscrire la règle<sup>18</sup>. Quant à la nouvelle règle, tout se passe comme si elle tenait tout entière dans le nouveau texte, comme le montre bien la tentation exégétique qui accompagne l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* (le nouveau texte exprime-t-il, oui ou non, le droit en vigueur sous l'ancien régime ?). Dans cette perspective, le droit peut être non seulement saisi et connu malgré sa mouvance, il peut aussi être fixé dans un texte, reconstruit par un acte de volonté autorisé. Le droit transitoire met donc l'accent sur la possibilité de construire le droit, de le transformer au moyen d'un texte qui le cristallise. Est-il nécessaire de dire que cette vision plutôt instrumentaliste des rapports entre le texte et la norme s'accorde bien mal avec la notion même de code civil ? La lettre d'un code bien conçu, plastique et abstraite, n'emprisonne pas la règle. Elle fixe des balises. Mieux encore, elle ouvre des portes. Bref, la nouvelle règle, comme l'ancienne, se trouve à la fois dans le texte et à côté de celui-ci. L'une et l'autre ne sont saisissables qu'à partir d'une analyse inéluctablement réductrice de ce qu'est le droit. C'est dire que la réponse que le droit transitoire offre à la question qu'il se pose (quel est le texte législatif applicable à cette situation juridique ?) ne saurait être autre chose qu'un point de départ dans la quête de la règle de droit.

Mais il faut aller plus loin. Si, dans l'univers du droit transitoire, la norme explicite éclipe aisément les autres formes de normativité, dans une conception élargie de la normativité, on qualifiera de mythologique l'idée que le nouveau

---

<sup>18</sup>On obtient alors quelque chose comme l'image figée d'un film brusquement interrompu — métaphore picturale oblige. Mais pour être plus réaliste et tenir compte du dynamisme et de la pluralité du droit, la meilleure représentation est probablement celle que l'on trouve dans les célèbres «Nu descendant un escalier» de Marcel Duchamp, où les phases successives d'un geste sont superposées sur la toile. L'objet représenté perd son intégrité au profit d'une mise en scène du mouvement.

texte puisse faire table rase, et signifier un nouveau départ, à un moment déterminé par la volonté du législateur. Même si l'on fait de la norme explicite et formelle la pièce maîtresse de l'ordre juridique, ce dont il est permis de douter, elle ne naît pas toujours à l'heure choisie, et les textes qui sont censés se succéder coexistent parfois.

### B. *La transmutation instantanée*

L'objet du système de Roubier, et celui de la *Loi d'application*, est de déterminer le moment précis à compter duquel une situation juridique donnée cesse d'être régie par l'ancienne règle, et tombe sous l'empire du nouveau texte. Dans le cadre de la réforme du Code civil au Québec, on a fait tellement de cas de la date d'entrée en vigueur du nouveau texte, le premier janvier 1994, que l'image d'un instant magique, d'un moment de transfiguration de l'ensemble du droit privé québécois, a fini par s'imprimer dans notre inconscient collectif.

Même si le nouveau Code — «mouvement de société» — y perd un peu de sa mystique, il faut dire que sur le plan technique, il n'y a pas un seul, mais bien plusieurs moments de transformation. La transition ne s'effectue pas globalement, un régime de droit privé prenant la place d'un autre, mais bien règle par règle<sup>19</sup>. Les principes du droit transitoire confèrent donc à chaque nouvelle règle une période d'applicabilité formelle. L'ancienne règle s'éteint en même temps que la nouvelle naît, et ce moment varie selon les choix exprimés par le législateur dans la *Loi d'application*. Le plus souvent, la «naissance» de la nouvelle règle coïncide avec l'entrée en vigueur du nouveau Code (c'est l'effet immédiat). Mais dans certains cas, le moment de transition précède cette date d'entrée en vigueur (c'est la rétroactivité). Dans d'autres cas, la nouvelle règle ne s'applique pas aux situations en cours, et sa naissance se trouve retardée (c'est la survie de la loi ancienne). Il reste qu'il y a bien, pour chaque règle, un moment déterminé, un instant de transition, qui marque le début de sa période d'applicabilité.

Ceci dit, ce qu'on pourrait appeler la période d'effectivité d'un texte, c'est-à-dire la période durant laquelle il joue un rôle normatif, ne coïncide pas nécessairement avec sa période d'applicabilité formelle. Le texte vit avant et après cette période, même sans phénomène de rétroactivité ou de survie.

D'abord, la transformation des pratiques juridiques obéit à un rythme qui lui est propre, en contrepoint par rapport au changement législatif. Dans la mesure où les textes émanant de l'État ont une influence sur les autres ordres normatifs, cette influence n'est pas conditionnée uniquement par la date à laquelle le texte devient applicable à une situation juridique donnée. Le *Code civil du Québec*, par exemple, est passé par plusieurs versions successives à valeur officielle variable, des tout premiers rapports préliminaires sur la révision du Code civil jusqu'au texte définitif adopté en 1991. Chaque version, la dernière surtout, aura servi de point de référence pour les justiciables. Chacune offrait des indices des orientations législatives à venir, bien entendu, mais aussi un nouveau langage, une nouvelle grammaire, de nouveaux concepts à partir

<sup>19</sup>Dans certaines matières, comme en droit des sûretés, la transition s'effectue même cas par cas.

desquels l'activité juridique pouvait s'orienter. Inversement, plusieurs aspects de l'ancien régime juridique, qui devraient disparaître dès l'entrée en vigueur du nouveau texte, continueront de déterminer les pratiques juridiques postérieures à cette date. S'il est possible, par exemple, de rédiger de nouveaux contrats-type pour les adapter à la nouvelle grammaire, il n'est pas certain que ces modifications puissent affecter du jour au lendemain la dynamique des rapports entre les parties et les pratiques commerciales et professionnelles qui en découlent. L'habitude est une seconde nature, et le législateur le plus ambitieux se doit d'être patient.

Ce décalage entre la période d'effectivité d'un texte et sa période d'applicabilité formelle peut aussi être observé, de manière encore plus évidente, au sein même de l'ordre juridique étatique. Ainsi, certaines formules canoniques de l'ancien Code, comme celle que l'on trouve à l'article 1053 C.c.B.-C., refuseront de disparaître, ne serait-ce qu'en raison de la qualité et de la simplicité de leur expression. Inversement, dès avant son entrée en vigueur, le texte du *Code civil du Québec* est invoqué devant les tribunaux et cité par les juges. C'est vrai surtout quand l'interprète est d'avis que le contenu de la règle est inchangé malgré la modification du texte. Mais même lorsqu'il y a véritablement conflit de lois, lorsque le changement de fond est incontestable, le nouveau Code sert de révélateur du droit tel qu'il existe avant son entrée en vigueur.

En somme, l'instant de transition qu'on identifie à partir de la théorie des conflits de lois dans le temps n'a qu'une valeur indicative : il représente le moment à partir duquel le nouveau texte acquiert toute sa légitimité comme source formelle du droit. Mais le calendrier de l'effectivité du texte se divise autrement.

### C. *Le temps linéaire*

La théorie des conflits de lois dans le temps s'appuie sur une troisième idée, dernier élément constitutif du mythe de la transmutation juridique : les règles s'y succèdent de manière séquentielle, comme une suite ordonnée de plans distincts qui ne se superposent pas.

Dès lors qu'on accepte que l'espace normatif ne peut être occupé que par un texte à la fois, il y a nécessairement un moment où le nouveau texte devient le point de référence exclusif. Lorsque la règle est inchangée quant au fond, l'ancien texte perd son attrait ; il n'est plus que l'expression bien imparfaite de l'état du droit, alors que le nouveau texte, plus «moderne» et plus complet, offre à l'interprète tout ce qu'il doit savoir. Lorsque, à l'inverse, il y a véritablement changement de fond, et que les règles du droit transitoire conduisent à l'application du nouveau texte, l'ancien texte n'a plus qu'une valeur historique. Bref, dans cette représentation de la réforme du droit, les textes juridiques sont prêts-à-porter et jetables-après-usage, et le mythe sert à soutenir un certain idéal de progrès. Mais au-delà du mythe, on trouve un inévitable dialogue des textes.

En l'absence de conflits de lois, d'abord, les textes, l'ancien comme le nouveau, coexistent et se juxtaposent. Tout comme le bilinguisme juridique, qui permet le fertile dédoublement de la même idée, la consolidation et la modernisation des textes favorisent un échange de sens, un dialogue entre les versions



successives. Les éditeurs des différentes versions de nos codes civils l'auront bien compris, eux qui ne sauraient envisager la publication des nouveaux textes sans les tables de concordance qui permettent d'identifier l'ancien texte correspondant. Bien plus, l'idée même qu'une règle donnée puisse être exprimée dans deux versions différentes, sans changer de contenu, suggère que la connaissance juridique est extérieure au texte, et qu'elle est possible malgré l'indétermination du texte<sup>20</sup>. Le sens de la norme se trouve donc entre les deux textes, dans leur juxtaposition, et dans les facteurs indicibles — contexte et culture juridiques — qui rendent possible la conclusion que les deux versions expriment la même idée.

Les textes coexistent aussi lorsque la nouvelle règle diffère de l'ancienne quant au fond, même s'il faut alors parler de superposition plutôt que de juxtaposition. On admettra sans peine, d'abord, que le nouveau texte ne puisse être compris que par référence à l'ancien. Le changement législatif s'exprime le plus souvent par un jeu subtil de silences, de corrections et d'ajouts. Dans le cas du *Code civil du Québec*, cette technique législative est portée à un tel niveau d'intensité qu'on est tenté de parler, de manière un peu facétieuse, du Codicille du Québec. Pour cette raison, le sens de la règle ne se trouve pas dans le nouveau texte, pris isolément, mais dans le rapport que ce texte entretient avec son prédécesseur, et dans les facteurs qui permettent de distinguer le changement de fond de la simple correction du style. Le nouveau texte affecte l'ancien de manière analogue, même si cet effet est parfois moins évident. De même que la description de l'ancien droit ou du droit romain, par exemple, est modulée par les catégories à partir desquelles les juristes contemporains pensent le droit, le sens accordé à l'ancien texte est nécessairement reconstruit à partir du contenu et de la forme du nouveau texte. Ainsi, les textes superposés s'interpellent, et la distance entre l'ancienne règle et la nouvelle règle est elle-même à géométrie variable, puisque la teneur de chaque règle n'est jamais fixée une fois pour toutes.

À ce nécessaire et fécond dialogue entre les textes envisagés individuellement, il faut ajouter l'osmose entre les deux codes civils, conçus comme des phénomènes organiques distincts. La première cause de cette osmose se trouve dans les cas de rétroactivité et survie prévus par le législateur. En vertu de la *Loi d'application*, plusieurs situations juridiques seront régies par l'ancien Code à certains égards, et par le nouveau à d'autres égards. Le texte à effet rétroactif est parachuté sur le terrain conceptuel du *Code civil du Bas-Canada*, et le texte qui survit s'imbrique dans l'édifice du *Code civil du Québec*. Dans un cas comme dans l'autre, dès lors que le droit civil s'interprète comme un tout, le texte «étranger» modifie la logique interne du système normatif qui le reçoit.

Par ailleurs, à la différence d'une loi particulière, un code civil ne peut probablement pas être totalement éclipsé par le nouveau texte qui le remplace. Un code, dans sa globalité, est une tentative de construire le réel en fonction d'une culture juridique donnée. Bien entendu, chaque code civil est enraciné dans un

---

<sup>20</sup>Pour une discussion de cette idée, voir R.A. Macdonald, «Legal Bilingualism» (à paraître, manuscrit en possession de l'auteur).

cadre socio-politique déterminé, mais sur le plan idéologique, l'entreprise de codification présuppose néanmoins la continuité historique du droit civil<sup>21</sup>. En ce sens, chacun des deux codes québécois, par sa structure et son langage, est la manifestation d'une quête permanente du génie du droit civil au Canada<sup>22</sup>. Ainsi, même si le *Code civil du Bas-Canada* n'a plus de force obligatoire officielle, il n'a pas perdu grand chose de sa valeur normative en tant qu'artefact ou phénomène social.

Rien de tout cela ne prive *Le droit transitoire* de son immense valeur sur le plan scientifique. Le doyen Roubier «a su explorer en maître l'abîme de temps où les lois un instant se poursuivent avant de se perdre [...]»<sup>23</sup>, sans jamais confondre le droit transitoire et la transition du droit. Le lecteur averti fera de même.

---

<sup>21</sup>Pour cette raison, on peut regretter que le législateur moderne ne se soit pas inspiré du passé dans la mise en œuvre du *Code civil du Québec*. Alors que le *Code civil du Bas-Canada* s'insérait sans heurts dans le droit civil canadien, préservant le droit existant alors à titre supplétif (art. 2712 C.c.B.-C.), le nouveau Code houscule l'ancien et le remplace sans faire de politesses («Dispositions finales» C.c.Q.).

<sup>22</sup>Voir généralement J.E.C. Brierley et R.A. Macdonald, dir., *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993 aux pp. 33-152 ; P.-A. Côté, dir., *Le nouveau Code civil : Interprétation et application* (Journées Maximilien-Caron 1992), Montréal, Thémis, 1993. Voir aussi A.-F. Bisson, «Nouveau Code civil et jalons pour l'interprétation : Traditions et transitions» (1992) 23 R.D.U.S. 1.

<sup>23</sup>La formule est de Jean Carbonnier, «Sur le caractère primitif de la règle de droit» dans *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, vol. 1, *supra* note 1 à la p. 109.