
Le Code civil face aux défis de la société moderne : une perspective comparative entre la révision française de 1904 et le nouveau *Code civil du Québec* de 1994

Jean-François Niort*

La réforme d'ensemble du Code civil, dans un pays de tradition civiliste, est toujours un événement considérable, et elle permet notamment de saisir l'évolution de la philosophie juridique locale. Celle qui vient tout juste d'être complétée au Québec ressemble à celle qui aurait pu avoir eu lieu au début du vingtième siècle en France. De plus, au-delà des influences doctrinales, c'est une communauté d'inspirations politiques qui ressort quant à l'esprit du droit civil contemporain, aux confins de l'individualisme libéral et de la justice sociale.

C'est le constat du décalage important séparant les textes des codes civils de la réalité socio-économique et juridique qui fut à la base de la réforme québécoise et la tentative de réforme française. Si la tentative de réforme française était supportée par une importante activité doctrinale, celle du Québec donna plutôt lieu à l'émergence d'une doctrine juridique originale. Afin de préserver la stabilité politique et sociale, ces deux événements, marqués par une grande implication de gens provenant de tous les milieux, furent introduits comme une mise à jour des modifications existantes et non pas comme un important bouleversement. Le droit ne devait plus être statique mais plutôt demeurer en constante évolution ; dorénavant, celui-ci s'adapterait aux besoins de la société. Par ailleurs, tant en France qu'au Québec, il importait de procéder à une réforme globale afin d'intégrer tous les principes de droit commun à un seul texte législatif complet et cohérent.

La tentative de réforme française et la réforme québécoise furent toutes deux marquées par la volonté d'accorder plus d'attention à la personne ; or ceci contribua largement à la socialisation du droit, notamment par l'introduction des notions de bonne foi et d'abus de droit dans le nouveau Code civil québécois. De plus, les droits civils québécois et français contemporains accordent maintenant à l'individu un rôle social beaucoup plus actif, opposant à l'individualisme libéral «sauvage» de l'ancien droit les objectifs de justice et de moralisation du droit moderne. Notons toutefois que le droit contemporain est largement influencé par un désir de maintenir l'équilibre délicat entre le libéralisme échevelé et le dirigisme, ce qui limite parfois les possibilités de procéder à l'introduction de dispositions «socialisantes» issues de législations protectrices.

On finira par une courte réflexion selon laquelle ce n'est pas tant la codification en elle-même que la manière dont elle est interprétée et appliquée qui cause le décalage entre les textes et la réalité, du fait d'un certain conservatisme du monde du droit, à ne pas confondre avec l'esprit juridique conservateur.

The reform of the entire civil code, in a country with a civilian tradition, is always a formidable event, and, in particular, helps us understand the evolution of local legal philosophy. The reform which has just been completed in Quebec is similar to the attempted reform which took place at the beginning of the twentieth century in France. As well, beyond doctrinal influences, it is this community of political inspirations, ranging from liberal individualism to social justice, that reflects the spirit of contemporary civil law.

It was the significant discrepancy between the civil codes and socio-economic and legal reality that was the basis for the Quebec and attempted French reforms. If the attempted French reform was supported by important doctrinal work, that of Quebec gave rise to the emergence of an original legal doctrine. In order to preserve political and social stability, these two events, marked by a great involvement of people from all fields, was introduced as an updating of existing amendments, not as a major upheaval. Law must not be static, but rather, should be constantly evolving; henceforth, it should adapt to the needs of society. Furthermore, in the two cases of reform, it was important to undertake a global reform in order to integrate all common law principles into a single, complete and coherent legislative text.

The Quebec reform and the attempted French reform were both marked by the desire to pay greater attention to the person, and this largely contributed to the socialization of law, notably by the introduction of notions of good faith and abuse of rights into the new Quebec Civil Code. Moreover, contemporary Quebec and French civil law now grants the individual a much more active social role, pitting the objectives of modern law, that is, justice and the raising of moral standards, against the "primitive" liberal individualism of the old law. We should note, however, that contemporary law is largely influenced by a desire to maintain the delicate balance between uncontrolled liberalism and State interventionism, which sometimes limits the possibility of introducing "socialist" provisions through protective legislation.

The article concludes with the suggestion that it is not codification itself but rather the manner in which it is interpreted and applied that causes the discrepancy between text and reality, as a result of a certain conservative tendency in the legal world, which is not to be confused with a conservative legal spirit.

* Étudiant au doctorat à l'Université Paris I et chercheur invité à l'Université du Québec à Montréal. Je tiens à remercier ici le professeur Claude Masse de l'Université du Québec à Montréal, qui, en m'invitant dans son Groupe de recherches en droit civil et commercial, a contribué à donner un cadre structurel à mes recherches. Merci également à toute la dynamique équipe du Département des sciences juridiques de cette université ainsi qu'à son directeur, Pierre Robert.

Cet article constitue l'un des résultats d'une recherche générale comparative entre les droits québécois et français. Ce texte s'inspire de communications données au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal et à l'Atelier de droit civil de la Faculté de droit de l'Université McGill. Une première version en a été lue et commentée librement par Jean-Louis Baudouin, Paul-André Crépeau et Jean Pineau, que je remercie vivement pour leur aimable collaboration. Les auteurs pertinents concernés par les thèmes de cette étude voudront bien excuser l'absence d'exhaustivité dans les matières traitées et dans les références bibliographiques indiquées en raison de l'ampleur du sujet et de l'orientation synthétique suivie.

Sommaire

Introduction

- I. Philosophie de la codification
- II. Épistémologie et ontologie juridiques
- III. Solutions juridiques
- IV. Philosophie politique

* * *

Introduction

Il faut sans aucun doute saisir l'occasion de la réforme du Code civil québécois pour réaffirmer encore¹ l'intérêt que peut revêtir l'étude du droit québécois pour le juriste français, et pas seulement pour le comparatiste. L'inverse est également vrai : il apparaît en effet utile de confronter les récents développements du droit civil québécois avec les conceptions juridiques et philosophiques qui se sont exprimées en France au début du siècle.

Droit «mixte» selon certains², le droit civil québécois reste cependant très fidèle à la tradition civiliste³, comme on va d'ailleurs le voir. Évoluant, particu-

¹Voir le court mais très complet article de R. Cabrillac, «Le nouveau code civil du Québec» D.1993.Chron.267. Voir aussi P.-G. Jobin, «Chronique de droit civil québécois : Le nouveau code civil» [1993] Rev. trim. dr. civ. 911. Toutefois, outre ces textes, il est dommage de constater le peu d'écho que la codification québécoise a suscité dans les revues ou ouvrages français.

²En raison notamment des influences de la *common law*, qui, il faut le rappeler, inspire directement l'organisation judiciaire et politique ainsi que les droits public, pénal et commercial du Québec (voir par ex. L. Baudouin, *Les aspects généraux du droit privé dans la Province de Québec (Droit civil, droit commercial, procédure civile)*, Paris, Dalloz, 1967). Voir aussi, spécialement sur l'histoire du droit québécois, le récent ouvrage de J.E.C. Brierley et R.A. Macdonald, dir., *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993. La thèse de la «mixité» du droit civil québécois a spécialement été défendue (de manière critique) par M. Tancelin, notamment dans «Comment un droit peut-il être mixte ?» dans son introduction au F.P. Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, trad. par M. Tancelin, Toronto, Butterworths, 1980 aux pp. 1-32.

³Voir notamment R. Savatier, «La femme et son ménage dans le mariage français» dans J. Boucher et A. Morel, dir., *Livre du centenaire du code civil*, t. 1, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, 174 [ci-après *Livre du centenaire (de 1966)*]. Voir l'analyse beaucoup plus détaillée de P.-G. Jobin, «L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : Le rapprochement et l'éloignement de deux continents» [1992] R.I.D.C. 381. Voir aussi le beau volume dirigé par H.P. Glenn, *Droit québécois et droit français : Communauté, autonomie, concordance*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1993. Nombre de professeurs québécois sont d'ailleurs d'origine française, tels Louis Baudouin et son fils Jean-Louis Baudouin (professeur à l'Université de Mont-

lièrement depuis les années cinquante, vers une autonomisation accrue de ses sources d'inspiration et de son contenu⁴, ce droit civil vient de recevoir la consécration d'une nouvelle codification, acte de dimension juridique, mais aussi éminemment politique⁵. Il paraît dès lors intéressant de présenter quelques aspects de l'esprit de ce nouveau Code civil, et encore plus intéressant de les mettre en parallèle avec les débats qui ont dominé la tentative de la révision du Code civil français en 1904⁶. En effet, la réussite de l'opération de recodification du droit civil québécois peut être source d'inspiration pour l'Hexagone, car toutes les tentatives de ce genre y ont échoué. En outre, lorsqu'on se penche sur les conceptions de la doctrine juridique, en général très progressiste, de l'époque de la tentative de révision du *Code Napoléon* en 1904, on découvre qu'elle aurait peut-être conféré à ce Code un visage assez proche de celui du nouveau Code québécois⁷ ...

Mais au-delà de la continuité doctrinale, il faut constater la présence d'une conception politique commune, à la recherche d'un fragile équilibre entre libéralisme sauvage et socialisme dirigiste. De plus, s'il a été entamé précisément au début du siècle pour le droit civil français, le débat sur les modalités de la

réal avant d'être nommé juge à la Cour d'appel du Québec en 1989), Maurice Tancelin, Jean Pineau. D'autres ont été personnellement influencés par la doctrine française, tel Paul-André Crépeau, qui a fait sa thèse de droit sous la direction de René David.

⁴Voir Jobin, *supra* note 1 ; S. Normand, «Une analyse quantitative de la doctrine en droit civil québécois» (1982) 23 C. de D. 1009.

⁵Voir par ex. le Rapport du professeur Boulanger, au moment de la (seconde) tentative de révision du Code civil français, présenté à l'Association Capitant («Rapport de M. le professeur Boulanger sur l'opportunité d'une partie générale dans le futur Code civil français» dans *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. 1, Paris, Dalloz, 1945, 73 à la p. 76) : «Toute loi se réfère, inconsciemment ou non, à une philosophie ; elle implique une prise de position politique [...]» (cité par J. Pineau dans sa synthèse, «La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec» (1992) 71 R. du B. can. 423). On y reviendra plus loin.

⁶Largement méconnue (y compris au Québec) ou sous-estimée, cette (première) tentative de révision du *Code Napoléon*, pourtant bien entamée, échouera finalement. Cependant, les débats qu'elle a suscités, outre qu'ils participent sans doute des plus beaux fruits de la doctrine juridique française, ont l'immense mérite d'avoir mis en lumière les enjeux juridiques, politiques et philosophiques auxquels devait faire face le droit civil à l'aube du vingtième siècle. On verra plus loin que ces enjeux n'ont guère changé aujourd'hui. Pour ces raisons et quelques autres, au rang desquelles figure l'influence juridique de Saleilles, on a donc choisi de confronter cette période à l'esprit du nouveau Code québécois.

⁷On ne peut citer ici toute l'énorme bibliographie sur le *Code civil du Québec* depuis le début du processus de réforme. Renvoyons donc au méritoire ouvrage de S. Normand, *Bibliographie sur le Code civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1991, qui rassemble tous les rapports, projets de lois, colloques et études doctrinales sur le sujet. Depuis cette date, outre les études personnelles auxquelles nous avons fait ou ferons référence, citons les ouvrages collectifs suivants : *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne* (Journées Maximilien-Caron 1990), Montréal, Thémis, 1991 ; *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec : Actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1992 [ci-après *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*] ; *Le nouveau Code civil : Interprétation et application* (Journées Maximilien-Caron 1992), Montréal, Thémis, 1993 [ci-après *Le nouveau Code civil*] ; *La réforme du Code civil : Un nouveau départ*, Actes du Congrès annuel du Barreau du Québec, Montréal, 1993 ; Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Publications du Québec, 1993 ; *La réforme du Code civil*, Ste-Foy (Qué.), Presses de l'Université Laval, 1993 ; *Un nouveau code civil* (brochure d'information diffusée par le ministère de la Justice du Québec en 1993).

synthèse jugée nécessaire entre individualisme libéral et socialisme est toujours d'actualité, comme le prouve de manière éclatante la réforme de 1994. Celle-ci aura néanmoins eu le grand mérite d'avoir réussi à y apporter une réponse d'envergure, révélatrice de l'état de la conscience juridique nationale en cette fin de siècle.

On se rendra aisément compte, même si les contraintes d'espace de notre étude nous condamnent à la superficialité, de l'intérêt de cette mise en parallèle des cas québécois et français, à travers quelques idées-forces comparatives, telles que la philosophie de la codification, l'épistémologie et l'ontologie juridiques, les solutions juridiques retenues, et finalement la philosophie politique⁸.

I. Philosophie de la codification

Codifié pour la première fois en 1866⁹, le droit civil du Québec a subi, comme tous les droits élaborés au dix-neuvième siècle, une évolution interne par voie interprétative qui n'a pas suffi pour adapter correctement le système juridique aux nouvelles conditions économiques et sociales¹⁰. Cette considération a déterminé le législateur québécois, au sortir de la longue période d'immobilisme politico-social que cette province avait connue jusqu'alors, en faveur d'une réforme du *Code civil du Bas-Canada*. Entamée officiellement en 1955 et en réalité en 1963, ce processus vient tout juste d'aboutir, avec l'entrée en vigueur du nouveau Code au premier janvier 1994¹¹.

Il est assurément très méritoire pour le Québec d'être parvenu à recodifier entièrement son Code civil¹², à une époque où l'on ne peut contester le caractère élevé de complexité du droit ainsi que son étendue matérielle, et alors que s'élèvent des voix, au sein des doctrines juridiques des pays de tradition civiliste, pour critiquer la codification en tant que méthode législative¹³. Au-delà du succès de l'opération, de nombreux enseignements peuvent être tirés du processus recodificatif québécois et de sa comparaison avec l'époque de la tentative de révision du Code français au début du siècle¹⁴.

⁸Dans un souci d'exhaustivité, il faudrait même élargir la comparaison aux codes allemand, suisse, etc. Il reste néanmoins éclairant de s'en tenir à la France et au Québec, principalement en raison de l'intimité qui lie les deux cultures juridiques et, plus spécialement, en raison de l'axe 1904-1994.

⁹Voir l'article de référence de J.E.C. Brierley, «Quebec's Civil Law Codification: Viewed and Reviewed» (1968) 14 R.D. McGill 521.

¹⁰P.-A. Crépeau, «La renaissance du droit civil canadien» dans *Livre du centenaire (de 1966)*, supra note 3, xiii à la p. xvi et s.

¹¹Sur l'historique de ce processus, voir par ex. J.-L. Baudouin, «Réflexions sur le processus de recodification du code civil» (1989) 30 C. de D. 817 [ci-après «Réflexions sur le processus»]; J.-L. Baudouin, «Quelques perspectives historiques et politiques sur le processus de codification» dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, supra note 7, 13 aux pp. 15-16 [ci-après «Quelques perspectives»].

¹²«Quelques perspectives», *ibid.* à la p. 13.

¹³Voir notamment *La codification, forme dépassée de législation*, XI^e et XII^e congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Milan, 1982, et Caracas, 1982; et, de manière générale, *Codification : Valeurs et langage*, Actes du colloque international de droit civil comparé, Montréal, 1-3 octobre 1981, Québec, Service des communications du Conseil de la langue française, 1985.

¹⁴Pour des comparaisons entre d'autres périodes (1804-1866, 1945-1994, etc.), on renvoie à l'in-

Remarquons immédiatement que dans les deux cas, la commémoration du centenaire du code a été l'occasion de constater le décalage entre le vieux code et la réalité socio-économique et juridique ainsi que de développer les premières critiques importantes¹⁵. Étrangement, ces moments de commémoration coïncident avec de sévères critiques et le début d'un véritable processus de révision, révélant donc une certaine *désacralisation* des vieux codes¹⁶. Certains intervenants semblent d'ailleurs quelque peu s'en inquiéter, en rappelant aux «réformateurs» que le code, malgré ses imperfections et son vieillissement, est encore «digne d'éloges», et qu'il y a quelque «ironie du sort» à commémorer son centenaire «au moment même où l'on s'apprête à le réformer»¹⁷. Effectivement, ce qui rapproche en ce sens les processus recodificatifs québécois et français du vingtième siècle, en les opposant par conséquent aux codifications de 1804 et de 1866, est que dans le premier cas il existe un consensus, ou au moins un fort mouvement en faveur d'une *réforme* en profondeur du droit civil, alors que dans le second on se contente de *codifier* le droit existant¹⁸. Toutefois la désacralisation aura sans doute été plus complète au Québec, puisque l'entreprise de réforme globale, de *refonte générale*, y a finalement réussi¹⁹.

Notons également que, sans doute encouragé par ce mouvement de désacralisation, le *droit comparé* aura été, en 1904 comme en 1994, largement mis à contribution dans le processus de recodification²⁰. Le droit canadien en général

téressante étude de L. Langevin et D. Pratte, «Du Code civil du Bas-Canada au nouveau Code civil du Québec : L'influence de la codification française» dans Glenn, *supra* note 3, 63. Il est peut-être néanmoins dommage qu'aucune référence n'ait été faite par les auteurs aux débats générés par la révision du Code français en 1904, malgré le renvoi à l'ouvrage *Le Code civil, 1804-1904 : Livre du centenaire*, Paris, Rousseau, 1904 [ci-après *Livre du centenaire (de 1904)*].

¹⁵Symptomatiques à cet égard sont le *Livre du centenaire (de 1904)*, *ibid.* et le *Livre du centenaire (de 1966)*, *supra* note 3.

¹⁶Comme le dit Jean-Louis Baudouin en des termes qui pourraient aisément être appliqués au cas français : «L'hésitation à modifier le Code civil du Bas-Canada de 1866 se comprenait. On touche, en effet, rarement à ce qui est un symbole et la valeur symbolique de ce Code l'a longtemps mis à l'abri» («Quelques perspectives», *supra* note 11 à la p. 23).

¹⁷Voir par ex. M. Caron, «De la physionomie, de l'évolution et de l'avenir du Code civil» dans *Livre du centenaire (de 1966)*, *supra* note 3, 3 ; É. Thaller, 1904 *Bulletin de la Société d'études législatives* 427 à la p. 474 et s. [ci-après BSEL] ; 1905 BSEL 24 à la p. 26.

¹⁸Contrairement à ce que laissent entendre Louise Langevin et Denise Pratte (*supra* note 14 à la p. 65 et s.), la codification de 1804 n'a pas été animée d'une réelle volonté de *réformer* le droit civil, mais seulement de *codifier* plusieurs acquis révolutionnaires *déjà en vigueur* et de choisir pour le reste entre les diverses dispositions de l'ancien droit. Certes, il y a donc eu une certaine *sélection*, mais très peu d'*innovations* (voir les références citées *infra* note 88).

¹⁹Les refontes ou créations de codes tous azimuts en France (le nouveau Code pénal est par exemple entré en vigueur le 1^{er} mars 1994) ont en effet épargné jusqu'à aujourd'hui le Code civil.

²⁰L'arrêté ministériel du Garde des sceaux nommant en décembre 1904 la «Commission extra-parlementaire de révision du Code civil» prescrivait en ce sens que celle-ci se devait notamment de rechercher «dans les législations civiles étrangères», les solutions juridiques pertinentes (1905 BSEL 93). Voir aussi E. Gaudemet, «Les codifications récentes et la révision du Code civil» dans *Livre du centenaire (de 1904)*, t. 2, *supra* note 14, 967 ; R. Saleilles, «Le Code civil et la méthode historique» dans *Livre du centenaire (de 1904)*, t. 1, *ibid.*, 95 aux pp. 127-28. On ne s'étendra pas sur le prestige de la Société de législation comparée. Rappelons seulement qu'elle est étroitement associée à l'initiative de la commémoration du centenaire du *Code Napoléon* et à la tentative de révision. Pour le C.c.Q., voir par ex. H.P. Glenn, «Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec» dans *Le nouveau Code civil*, *supra* note 7, 175.

et québécois en particulier sont d'ailleurs assez largement ouverts au droit comparé, et le Québec dispose de structures qui s'attèlent au développement d'une science juridique comparative dynamique²¹.

Cependant, il faut souligner le fait que la révision de 1904 a été *précédée* (et sans doute déterminée) par une période d'intense et de bouillonnante activité doctrinale, animée par un corps professoral prestigieux et dynamique²². Au Québec, il faut plutôt dire que lorsque la révision a été officiellement entamée, en 1955²³, l'activité doctrinale et le corps professoral étaient bien minces, et qu'à partir du moment où les travaux de révision ont véritablement commencé, on peut remarquer qu'ils ont *accompagné* (et même peut-être *stimulé* dans une certaine mesure) la naissance d'une véritable doctrine juridique locale²⁴.

Quant aux réactions de la doctrine vis-à-vis de l'idée de recodifier, on peut dire qu'elles furent majoritairement favorables dans les deux cas, à quelques notables exceptions près²⁵. On remarquera rapidement, à défaut de pouvoir s'étendre sur le sujet, qu'un des arguments des opposants consiste à affirmer que la codification risque de nuire à la créativité doctrinale, et donc à l'évolu-

²¹Outre l'Institut de droit comparé de l'Université McGill et l'Association québécoise de droit comparé, il faut citer le Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, dirigé par Paul-André Crépeau, d'ailleurs actuel président de l'Académie internationale de droit comparé. Rappelons également que c'est à Montréal qu'a été fondée l'Association Henri Capitant et que s'est déroulé son premier congrès, en 1939 (Jobin, *supra* note 3 à la p. 393). Voir plus généralement A. Mayrand, «Le droit comparé et la pensée juridique canadienne» (1957) 17 R. du B. 1 ; L. Baudouin, *Le droit civil de la Province du Québec : Modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953.

²²Il suffit de penser à Saleilles, Gény, Planiol, Capitant, Ripert, Vareilles-Sommières, Tissier ... À propos du rôle social et politique des juristes de cette époque, voir Y.-H. Gaudemet, *Les juristes et la vie politique de la III^e république*, Paris, Presses Universitaires de France, 1970 ; A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société : Du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, Presses Universitaires de France, 1975.

²³*Loi concernant la révision du Code civil*, L.Q. 1955, c. 47.

²⁴Crépeau, *supra* note 10 ; Jobin, *supra* note 3 ; Normand, *supra* note 4.

²⁵Outre un certain nombre de professeurs tout simplement inquiets d'avoir à refondre leurs propres cours en cas de recodification complète (voir ce qu'en dit Marcel Planiol dans la préface de son *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 5^e éd., Paris, Pichon, 1908), et qui d'ailleurs ne participent pas de la «doctrine» telle qu'on l'entend ici (c'est-à-dire les auteurs d'études et d'opinions, qu'ils soient enseignants ou praticiens), il faut surtout citer Planiol justement, qui, notamment en raison de ses positions personnelles assez conservatrices et aussi des arguments techniques évoqués plus bas (*infra* note 27 et texte correspondant), s'oppose à toute révision d'ensemble (M. Planiol, «Inutilité d'une révision générale du Code civil» dans *Livre du centenaire (de 1904)*, t. 2, *supra* note 14, 953). Voir aussi Gaudemet, *supra* note 20. Voir toutefois François Gény, juriste réformateur, fondateur de «l'école scientifique», dont les positions en faveur de l'accroissement du rôle de la jurisprudence le rendent *a priori* peu confiant en l'efficacité d'une réforme législative du Code (*Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, A. Chevalier-Maresq, 1899 (avec préface de Saleilles)). Cependant, il envisage malgré tout cette possibilité avec sérieux, en dressant un programme détaillé de la méthode législative qu'il conviendrait alors d'adopter («La technique législative dans la codification civile moderne (À propos du centenaire du Code civil)» dans *Livre du centenaire (de 1904)*, t. 2, *ibid.*, 987). Notons que, alors qu'elle était orientée vers une *refonte générale* au départ, la réforme va plutôt finir par apparaître en France comme une *révision* plus ou moins profonde selon les auteurs (voir Vallé, 1905 BSEL aux pp. 80-81, et déjà dans son discours lors de la cérémonie du centenaire, reproduit dans *Le centenaire du Code civil, 1804-1904*, Paris, Imprimerie nationale, 1904 à la p. 23), ce qui implique moins de bouleversements, notamment dans la forme et le plan du Code.

tion du droit, absorbant, tel que ce fut le cas à la suite des codifications de 1804, 1866 et 1896²⁶, l'essentiel des énergies dans un gros travail d'exégèse²⁷. Nul doute que cet argument aura pesé son poids dans l'échec de la révision de 1904²⁸. Il appartiendra à l'avenir de trancher la question pour le nouveau Code québécois²⁹.

Dans ce sens, on peut également relever un autre débat : le code doit-il être en partie «doctrinal», c'est-à-dire consacrer explicitement des théories particulières ? La réponse est non dans les deux cas. Quant aux définitions légales, qui peuvent plus ou moins revêtir une dimension «doctrinale», on sait que le reproche a été fait au nouveau Code québécois d'en contenir un trop grand nombre³⁰. En 1904, la majorité des auteurs s'entendaient pour conserver au texte du Code un caractère sobre et positif et limiter les définitions. On estime généralement que plus ce sera le cas, plus le texte laissera place à l'interprétation et par conséquent ne nuira pas à l'évolution du droit. «Les conceptions doctrinales passent, le texte du code reste» : telle pourrait être résumée la vision partagée par les auteurs³¹. Néanmoins, certains réformateurs s'écartent de cette règle lorsqu'ils sont particulièrement déterminés à faire aboutir une réforme particulière, n'hésitant pas alors à demander la consécration textuelle des théories doctrinales qu'ils défendent. Un grand débat à cet égard aura été celui de savoir si le Code devait se prononcer sur la nature juridique des personnes morales (réalité ou artificialité)³².

²⁶Date de promulgation du B.G.B., le Code civil allemand, entré en vigueur en 1900. Voir la traduction du Comité de législation étrangère (auquel a participé Raymond Saleilles, qui s'était fait l'avocat — certes critique — de ce code moderne en France à travers de multiples études détaillées) dans *Code civil allemand*, t. 1, Paris, Imprimerie nationale, 1904 (introduction de Saleilles).

²⁷«Inutilité d'une revision générale du Code civil», *supra* note 25 à la p. 961 ; Thaller, *supra* note 17 à la p. 497.

²⁸À une époque où «l'École de l'exégèse» n'a pas bonne presse en France, les juristes réformateurs se définissent souvent en effet *contre* l'esprit qui était censé présider à la méthode juridique de cette école. Voir ce qu'en rapportent C. Jamin dans «Relire Labbé et ses lecteurs» (1992) Arch. philo. dr. 247, et C. Atias, «Philosophie du droit : Les enjeux d'une fin de siècles» dans G. Planty-Bonjour et R. Legeais, dir., *L'évolution de la philosophie du droit en France et en Allemagne depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991, 235 à la p. 241 et s. Aujourd'hui, certains travaux ont réévalué positivement l'utilité et la richesse de cette «École» — qui n'en est d'ailleurs pas une d'après leurs conclusions — (voir notamment P. Rémy, «Éloge de l'exégèse» (1982) R.R.J. 254, repris dans (1985) I *Droits* 115). Le travail de l'exégèse est d'ailleurs toujours nécessaire pour les juristes, et constitue un préalable indispensable à une saine interprétation juridique (voir notamment L. Julliot de la Morandière, dir., *Traité de droit civil français de Ambroise Colin et Henri Capitant*, t. 1, 12^e éd., Paris, Dalloz, 1953 aux pp. vii-viii ; S. Gaudet, «La doctrine et le Code civil du Québec» dans *Le nouveau Code civil*, *supra* note 7, 223 à la p. 233 et s.).

²⁹Voir Gaudet, *ibid.* à la p. 227 et s.

³⁰À ce titre, on lui a aussi reproché de s'écarter du modèle napoléonien. À mon avis, le Code de 1804 comprend lui aussi beaucoup de définitions doctrinales, bien plus en tout cas que le C.c.B.-C. Voir en effet ce qu'en disent les codificateurs eux-mêmes dans *Code civil du Bas-Canada : Premier, second et troisième rapports*, Québec, Desbarats, 1865 à la p. 11. Voir aussi la recension des définitions légales données dans le C.c.Q. par Y. Tardif, «Code civil du Québec : 261 définitions» *Le Journal du Barreau* (1^{er} mars 1994) 4 aux pp. 4-5.

³¹Voir par ex. «Inutilité d'une revision générale du Code civil», *supra* note 25 à la p. 960 ; Saleilles, *supra* note 20.

³²Voir un état de la question dans *Traité élémentaire de droit civil*, *supra* note 25 à la p. 259 et s. Voir aussi R. Saleilles, «Rapport présenté à la première sous-commission de la Commission de

Les réactions des corps de praticiens sont plus difficiles à cerner ; ceux-ci sont souvent favorables aux améliorations techniques et même aux changements, mais méfiants à l'égard de toute perspective de *bouleversement*. En 1904 comme en 1994, on constate aussi une certaine réticence, sinon une réelle inquiétude des praticiens devant le risque de voir leur formation et leur capital intellectuel devenir obsolètes³³. Peut-être d'ailleurs est-ce la raison pour laquelle les corps d'avocats et de notaires du Québec ont fortement manifesté le désir de bénéficier rapidement de commentaires ministériels officiels, ce à quoi le ministre Rémillard a d'ailleurs répondu, alors que ce besoin s'est beaucoup moins fait sentir chez les professeurs³⁴.

C'est sans doute en partie pour ces raisons, de même qu'en considération du principe légitime de sécurité juridique, que dans les deux cas, la révision, malgré les réformes qu'elle contenait, ne fut pas présentée comme un *bouleversement*, mais plutôt comme une amélioration, un *perfectionnement*, et une adaptation, une *mise à jour* des dispositions du Code avec les nouveaux besoins socio-économiques et avec l'état du droit positif, dans la continuité du droit antérieur³⁵.

Par ailleurs, on aura assisté depuis 1955 au Québec à la mise en œuvre de *plusieurs techniques de révision*. Cette révision, officiellement confiée à un seul juriste³⁶, fit notamment intervenir ensuite un organe collectif important³⁷,

révision du Code civil sur la question de savoir s'il y aurait lieu de traiter de la matière des personnes juridiques dans le futur Code civil» 1906 BSEL à la p. 251 et s.

³³Sur les réactions du monde des praticiens à la perspective de la venue d'un nouveau code, il y aurait beaucoup à dire. Pour la France, voir notamment les indications données par F. Larnaude dans «Le Code civil et la nécessité de sa révision» dans *Livre du centenaire (de 1904)*, t. 2, *supra* note 14, 915. Pour le Québec, voir notamment Gaudet, *supra* note 28 à la p. 247, parlant de l'«immense besoin de sécurité des juristes». Jean-Louis Baudouin me confiait d'ailleurs récemment que la plupart des avocats plaidaient encore, plusieurs mois après l'entrée en vigueur du nouveau Code, sur la base du C.c.B.-C. Voir aussi l'allocation du juge en chef de la Cour d'appel du Québec, Claude Bisson, lors de la rentrée judiciaire 1993-1994 (résumée dans C. Massé, «La journée du Barreau : Une journée bien remplie» *Le Journal du Barreau* (1^{er} octobre 1993) 1 à la p. 2). Voir aussi, symboliquement et sur un plan plus léger, les vers acides et cyniques décernées au C.c.Q. par Gilles Auclair dans «Oh, quelle réforme!» *Le Journal du Barreau* (1^{er} mars 1994) 7, et on se souviendra peut-être des critiques adressées lors de la soirée des «funérailles nationales» du C.c.B.-C. organisée par la Fondation du Barreau le 11 mai 1994 (voir A. Lamarche, «Requiem pour le vieux Code civil : Qu'il repose en paix!» *Le Journal du Barreau* (15 juin 1994) 1).

³⁴Ce qui s'explique évidemment en partie par l'orientation théorique et le suivi naturel de l'évolution doctrinale par les professeurs, alors que les praticiens sont centrés sur l'application, l'efficacité, la certitude et l'opérationnalité des règles juridiques.

³⁵Voir l'allocation de Vallé, *supra* note 25 à la p. 81, notamment : «Il s'agit moins d'une œuvre d'invention que de perfection». Voir aussi l'introduction à *Quelques éléments du projet de loi 125 présenté à l'Assemblée nationale le 18 décembre 1990*, Québec, Publications officielles, mai 1991 [ci-après *Quelques éléments du projet de loi 125*] ; Pineau, *supra* note 5 à la p. 428 et s. Jean-Louis Baudouin estime qu'environ 70 % des dispositions du nouveau Code ne font que reprendre le droit positif antérieur («Quelques perspectives», *supra* note 12 aux pp. 13, 17-18).

³⁶En la personne de M. le juge en chef (à la retraite) Thibaudeau Rinfret de la Cour suprême du Canada, en 1955, puis de l'avocat André Nadeau en 1962, avant le professeur Crépeau à partir de 1965.

³⁷Le professeur Crépeau créera en effet, en 1965, l'Office de révision du Code civil, qu'il dirigera jusqu'en 1977. Cet organisme, divisé en plusieurs commissions, associera à ses travaux plus de cent cinquante juristes (voir notamment P.-A. Crépeau, «La réforme du Code civil du Québec»

un comité restreint d'experts³⁸ et enfin une commission parlementaire³⁹.

En 1904, au contraire, un vaste débat s'était engagé à propos de la technique de révision appropriée⁴⁰. Finalement, le Garde des sceaux, Ernest Vallé, avocat et président du Parti radical depuis 1901, établira une «commission extraparlamentaire» par arrêté du 3 décembre 1904⁴¹. De composition assez variée, elle comprend soixante-et-un membres, dont seize parlementaires, quasiment tous de formation juridique (au rang desquels on compte Poincaré, Briand, Viviani, Cruppi et Bourgeois), dix professeurs de droit (dont Glasson, Saleilles, Colin, Massigli, Lyon-Caen et Eismein), seize magistrats éminents (y compris des conseillers d'État), dont le premier président de la Cour de cassation, Ballot-Beaupré (président de la Commission), et sept avocats de renom. S'y adjoignent vingt-six membres d'un «secrétariat» (fonctionnaires et avocats) avec voix consultative, dirigé par Henri de Jouvenel, chef de cabinet du Garde des sceaux. La Commission est divisée en six sous-commissions, chacune responsable de l'étude d'une partie du Code. La répartition des membres entre les diverses sous-commissions est néanmoins souple, et ne met «pas d'obstacle à des changements ultérieurs non plus qu'à l'accès des différents commissaires, le cas échéant, dans celles des sections différentes de la sienne auxquelles il croirait utile de communiquer ses observations»⁴². De plus, les travaux des sous-commissions doivent être discutés en assemblée générale, seule habilitée à arrêter les grands principes des réformes à réaliser et à statuer sur la possibilité de leur incorporation au Code civil⁴³.

Il faut cependant souligner qu'à l'époque, beaucoup d'auteurs se montrent réticents à l'idée d'une révision par voie de commissions nombreuses⁴⁴ et

[1979] R.I.D.C. 269), et proposera finalement un projet complet de Code civil assorti de commentaires détaillés (Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, Éditeur officiel, 1978 [ci-après ORCC], dont la valeur technique est largement reconnue.

³⁸Ce comité de quatre personnes (M. le juge Georges Chassé, M. le professeur Jean Pineau, les avocats André Cosette et Marie-Josée Longtin), constitué par le ministre Herbert Marx en 1985; rédigea plusieurs avant-projets pour le compte du gouvernement ainsi que le projet de loi définitif (appelé projet de loi 125), présenté à l'Assemblée nationale le 18 décembre 1990. Il faut aussi mentionner le «comité des sages», présidé par Jean-Louis Baudouin et qui, à la demande du ministre Gilles Rémillard, a déposé un rapport (confidentiel) fin 1989 sur l'opportunité des politiques législatives suivies dans l'avant-projet définitif de Code. Il était composé aussi du bâtonnier Michel Jolin, Raymond Landry (Université d'Ottawa) et Robert Kouri (notaire, Université de Sherbrooke).

³⁹La sous-commission des institutions chargée d'étudier le projet de loi 125 était composée de sept députés, auxquels étaient adjoints des «experts juristes», conseillers du ministère de la Justice (Jean Pineau), ou de l'opposition officielle (Claude Masse, Monique Ouellette et François Frenette), sans compter les juristes du ministère de la Justice (voir *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1 *supra* note 7 aux pp. xi-xii). Plus de mille amendements ont été proposés par le gouvernement, discutés et finalement apportés au projet durant les six mois qu'a duré son étude en Commission parlementaire (*ibid.* à la p. vi).

⁴⁰Voir ce débat dans le 1905 BSEL à la p. 21 et s., et dans le *Livre du centenaire (de 1904)*, *supra* note 14, notamment l'article de Félix Moreau intitulé «La révision du Code civil et la procédure législative», t. 2, *ibid.* à la p. 1040 et s.

⁴¹Ainsi, au-delà de la commission de réforme nommée en 1945, qui a peut-être influencé la création et la philosophie de l'ORCC au Québec (Langevin et Pratte, *supra* note 14 à la p. 66, avec les références), c'est déjà en 1904 qu'il faut chercher les racines de cette influence.

⁴²1905 BSEL à la p. 82. Voir aussi *ibid.* aux pp. 80-84, 93 et s.

⁴³*Ibid.* à la p. 353.

⁴⁴Leurs craintes se sont avérées en partie fondées, car la Commission de révision n'a guère pro-

semblent peu confiants en la capacité du Parlement de s'entendre sur une révision concertée et méthodique du *Code Napoléon*. Chez certains même, la légende du Bonaparte législateur refait surface avec quelque nostalgie : on regrette le temps où un seul homme, un homme décidé, pouvait initier et faire aboutir par son autorité et sa volonté un projet entier de code. On va même jusqu'à comparer l'impuissance, en la matière, des assemblées révolutionnaires et de la Chambre des députés de 1904⁴⁵.

D'ailleurs, et on est unanime à le reconnaître outre-Atlantique, la révision doit son succès à la *volonté politique* d'aboutir⁴⁶, volonté qui aura manqué en France, malgré les certitudes du ministre Vallé⁴⁷. L'atmosphère politique des années 1905-1914, marquée par la montée de la droite réactionnaire, la séparation et les affrontements entre radicaux et socialistes⁴⁸, est en effet peu propice à la stabilité ministérielle, accentuée d'ailleurs par les institutions et la pratique constitutionnelle de la troisième république⁴⁹.

Cependant, même si l'opération de recodification est subordonnée à l'existence d'une volonté politique opiniâtre, celle-ci se doit dorénavant de constater au préalable l'accord de la société civile⁵⁰. Il faut en effet que soit présente la «volonté sociale» de recodifier, et c'est pour cela que, dès les années soixante, les représentants de la société civile québécoise furent largement associés au processus de révision, dans le but de réaliser une sorte de consensus sur le contenu des réformes⁵¹. Cette recherche de consensus s'est accentuée et a été élargie

duit de travaux. C'est surtout la Société d'études législatives, fondée par Saleilles en 1901, composée des plus grands professeurs et magistrats de l'époque (et dont nombre d'entre eux sont aussi membres de la Commission de révision), qui se montrera active, étant d'ailleurs officieusement associée aux travaux de la Commission (dont elle publie les rapports) avec la bénédiction de la Chancellerie. La Société d'études législatives est d'ailleurs présidée de 1903 à 1905 par Louis-Achille Baudouin, procureur général auprès de la Cour de cassation, également président de la Société de législation comparée, et qui n'est autre que l'aïeul de M. le juge Jean-Louis Baudouin.

⁴⁵Assemblées révolutionnaires qui, on le sait, n'étaient pas parvenues à élaborer un projet définitif, ou du moins consensuel (voir les quatre premiers projets — 1793, 1794, 1796 et 1799 — de Code civil dans P.A. Fenet, dir., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, 2^e éd., Paris, Videococq, 1836). Voir A. Sorel, «Introduction» dans *Livre du centenaire (de 1904)*, t. 1, *supra* note 14, xiii.

⁴⁶Voir par ex. Pineau, *supra* note 5 à la p. 427 ; «Quelques perspectives», *supra* note 11 à la p. 19. En effet, l'opiniâtreté politique des ministres Marx et Rémillard en la matière est notoire.

⁴⁷«Il est d'usage de médire des grandes commissions et de prétendre que leur principal défaut est de ne pas aboutir. Un tel langage ne pourra avoir accès ici», affirme Vallé lors de la première réunion de la Commission le 22 décembre 1904. «J'ai déjà chargé trois commissions d'élaborer des projets de loi, toutes trois ont abouti. Je vous souhaite même fortune», conclut-il fermement (*supra* note 25 à la p. 81). Mais outre les facteurs d'échec liés à la composition de la Commission de révision et à son nombre de membres, il faut rappeler, à décharge du ministre Vallé, qu'il perdra son poste quelques mois seulement après avoir créé la Commission de révision, et que plusieurs ministres de la justice se suivront rapidement dans des cabinets successifs.

⁴⁸La fondation de la Section française de l'internationale ouvrière en 1905 entraîne en effet la fin de l'alliance parlementaire entre radicaux et socialistes jaressistes.

⁴⁹Voir notamment G. Bourguin, *La III^e République (1871-1914)*, Paris, Armand Colin, 1967 (révisé par J. Néré).

⁵⁰«Quelques perspectives», *supra* note 11 à la p. 14.

⁵¹L'ORCC envoyait ainsi à plus de deux mille «correspondants» (institutions religieuses et financières, partis politiques, associations diverses) ses projets de réformes afin d'obtenir leur avis.

au «grand public» depuis les années quatre-vingt-dix. Symptomatiquement, le ministre de la Justice a présenté le nouveau Code comme un «contrat social»⁵² et a tout fait pour obtenir, fait certes remarquable, l'unanimité à l'Assemblée nationale⁵³.

Il faut savoir que cette préoccupation était aussi celle de Saleilles, qui désirait associer le public juridique et même le «grand public» à la réforme du droit civil, de sorte que le nouveau Code puisse être présenté comme l'expression de la «conscience nationale»⁵⁴. Le conseil d'administration de la Société d'Études législatives reconnaissait d'ailleurs que «[l]'un des objets — et peut-être le principal — que se proposait [celle-ci] en prenant l'initiative de la célébration du Centenaire, était *d'attirer l'attention du public*» [italiques dans l'original]⁵⁵. De plus, même si c'est en nombre réduit, la Commission de révision ne comprend pas que des juristes. D'ailleurs, bien plus que la présence de quelques technocrates⁵⁶, c'est surtout la nomination d'écrivains à la mode qui retiendra l'attention du grand public : Paul Hervieu, de l'Académie française, Marcel Prévost, ancien président de la Société des gens de lettres, et Brioux, «homme de lettres»⁵⁷. Accusé par certains d'avoir si largement ouvert l'accès à la Commission, le Garde des sceaux Vallé rétorque qu'au contraire, un de ses «meilleurs souvenirs» de ministre sera d'avoir ouvert la Chancellerie (où se tiennent les réunions de la Commission) «à certains des représentants les plus illustres de l'esprit public»⁵⁸. De plus, en ce qui concerne la question féminine, on verra plus loin que ni Vallé ni certains membres de la Commission, et spécialement deux des trois écrivains nommés plus haut, ne resteront insensibles à la pression de l'opinion publique.

Remarquons cependant que, sans parler des changements de majorité parlementaire qui ont certainement compliqué le processus, la volonté politique aura quand même quelque peu erré au Québec : alors qu'il bénéficiait d'un projet de code civil entièrement rédigé et commenté après le dépôt en 1977 du *Rapport de l'Office de révision du Code civil*, le gouvernement a préféré faire à nouveau examiner le projet par des experts et agir par voie de réformes législatives partielles, à l'instar du gouvernement français d'ailleurs⁵⁹. Cette technique s'est pourtant révélée inefficace, notamment en raison des impératifs d'harmonisa-

⁵²Voir par ex. *Un nouveau Code civil*, *supra* note 7 à la p. 3 ; *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *supra* note 7 à la p. ix. Ernest Vallé avait lui aussi parlé, à propos de la révision du *Code Napoléon*, de «mettre notre *contrat social* en harmonie avec l'état social actuel» (*supra* note 25 à la p. 81).

⁵³*Commentaires du ministre de la Justice*, *ibid.* à la p. vi.

⁵⁴1906 BSEL à la p. 351. Jugeant peu «ouverte» la composition de la Commission de révision, Saleilles fera notamment appel à des professionnels spécialistes (médecins, fonctionnaires, industriels) pour s'associer aux travaux de la Société d'études législatives. Par ailleurs, membre de la première sous-commission, il la convaincra de recourir à l'opinion du grand public pour enrichir ses travaux (1905 BSEL à la p. 247).

⁵⁵1905 BSEL à la p. 93 et s.

⁵⁶Tels Pualet, directeur au ministère du Commerce, De Monzie, chef du cabinet du ministre de l'Instruction publique et des Beaux-Arts, et Briat, membre du Conseil supérieur du travail.

⁵⁷1905 BSEL aux pp. 94-95. Voir *infra* note 94.

⁵⁸*Ibid.* à la p. 81.

⁵⁹C'est en effet la voie qu'il a suivie depuis 1804 à l'égard du *Code Napoléon*, y compris jusqu'à aujourd'hui. Sur cet «étapisme», voir Langevin et Pratte, *supra* note 14 aux pp. 69-70, 78.

tion de ces dispositions législatives avec les principes généraux du droit civil contenus dans le Code⁶⁰. C'est la raison pour laquelle le législateur déposera le 18 décembre 1990 un nouveau projet entier de code civil⁶¹. On pourrait citer ici les arguments de Saleilles et Colin par exemple, qui faisaient remarquer en leur temps qu'il était dangereux et difficile de réformer le Code par tranches successives, sans vue d'ensemble et sans harmonisation entre les dispositions d'un système juridique de droit civil qui, par sa nature, est fortement intégré⁶². Il s'agit donc ici d'un succès de l'esprit civiliste, devant lequel le législateur québécois s'est incliné⁶³, tandis que son homologue français est toujours resté dans la voie des réformes partielles et successives.

Un des arguments techniques en faveur de la révision fut d'ailleurs, des deux côtés de l'Atlantique, la prolifération des lois et réglementations spécifiques sur de larges domaines de la vie socio-économique, comme autant de réponses du législateur à des besoins exprimés par le corps social, mais non envisagées du point de vue de la cohérence du droit civil tout entier, et tranchant de plus en plus, sur le plan des principes, avec l'esprit du vieux code. En France, à l'époque qui nous occupe, on peut citer la fameuse *Loi du 1^{er} avril 1898*, et de manière générale, le développement du droit du travail⁶⁴; au Québec, dans le même sens, on peut citer par exemple la *Loi sur la protection du consommateur*⁶⁵.

En effet, c'est aussi la volonté de conserver au droit civil, et au Code qui le contient essentiellement, le caractère de *droit commun* qui a motivé dans les deux cas la révision⁶⁶. Le nouveau Code québécois exprime d'ailleurs fortement cette idée au deuxième alinéa de sa disposition préliminaire :

⁶⁰Voir les critiques de P.-A. Crépeau, «Les lendemains de la réforme du Code civil» (1981) 59 R. du B. can. 625.

⁶¹Voir pour un résumé, *Quelques éléments du projet de loi 125*, supra note 35. Ce nouveau projet s'inspire largement de celui de l'ORCC (voir notamment J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1993 à la p. 5; Pineau, supra note 5 à la p. 427). Le projet de loi 125 sera adopté par l'Assemblée nationale un an jour pour jour après son dépôt, le 18 décembre 1991.

⁶²Voir 1905 BSEL aux pp. 78 et s., 85.

⁶³Comme le dit Jean-Louis Baudouin («Quelques perspectives», supra note 11 à la p. 16) :

La difficulté d'adopter un nouveau Code civil par tranches apparut cependant vite aux responsables. Un Code, en effet, est un tout, un ensemble, une structure organisée, logique dont tous les éléments sont interdépendants les uns des autres [...] ; un morcellement risque donc de provoquer des contradictions ou du moins de nuire à l'unité de pensée et de philosophie désirable.

Voir aussi les remarques du sous-ministre de la Justice Jacques Chamberland sur la «pensée civiliste» dans «Le discours inaugural du sous-ministre de la Justice M^e Jacques Chamberland» dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, supra note 7, 1 à la p. 9.

⁶⁴Voir Ambroise Colin, dans 1905 BSEL aux pp. 84-85; Gaudemet, supra note 20.

⁶⁵Baudouin, supra note 61 aux pp. 4, 7. L'insertion dans le C.c.Q. de la *Loi sur la protection du consommateur* (L.R.Q. c. P-40) a fait couler beaucoup d'encre. Une véritable «saga», conduite par un législateur versatile, tantôt programmant son intégration tout entière dans le futur Code, tantôt n'en retenant que quelques dispositions dont il s'inspire pour réglementer et définir le contrat de consommation. Voir à ce sujet les points de vue exposés dans (1988) 29:4 C. de D. et (1989) 30:4 C. de D., et déjà P.-A. Crépeau, «Intégration ou non-intégration du droit de la consommation au Code civil» (1979) 10 R.G.D. 13.

⁶⁶Voir par ex. Ambroise Colin : «Le droit civil [...] c'est le droit commun privé [...]. [Il] n'est pas un progrès [...] réalisé dans ce vaste domaine [des théories générales du droit privé], qu'il ne doive accueillir et adopter» (1905 BSEL aux pp. 84-85). Voir aussi les belles pages que consacre

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

Droit général, droit de référence, droit effectif et applicable : voilà autant de leitmotivs partagés en 1904 et 1994 et qui se heurtent, certes, à l'inévitable débat : dans quelle mesure consacrer dans le nouveau Code des législations spéciales, surtout si leurs principes dérogent à ceux du droit civil général et que ces législations revêtent un caractère provisoire, ou du moins évolutif⁶⁷ ?

Il faut souligner que ce sont parfois les plus ardents défenseurs de ces législations spéciales (en général progressistes) qui s'opposent à leur intégration dans le code, préférant opter au mieux pour la constitution d'un code spécial (de la santé, de la consommation, du travail), au pire pour le *statu quo*. La raison en est souvent que ces défenseurs craignent la dispersion, la dépréciation, ou même la disparition des «acquis» juridiques réalisés grâce aux lois spéciales par leur consécration dans le code de droit commun, forcément plus général et donc plus laconique, et aussi par définition moins «dérogatoire» à l'égard des grands principes de l'ordre juridique que ne le sont parfois les législations spéciales⁶⁸. C'est là que le législateur reprendra sa liberté, sa capacité de choix discrétionnaire entre les divers principes et solutions juridiques, assumant ou non leur éventuelle révolution. Nous y reviendrons plus loin. Notons auparavant que l'idée même d'une législation provisoire ou évolutive n'est guère représentative des conceptions juridiques du dix-neuvième siècle. Elle trahit en effet un changement considérable sur le plan de l'épistémologie du droit.

II. Épistémologie et ontologie juridiques

Les débats occasionnés par le centenaire du *Code Napoléon* en 1904 révélèrent parfaitement les transformations récentes qu'avaient subies la science et la théorie du droit. À un droit statique, abstrait et rationnel, situé dans l'individu et dans les textes, s'était adjointe, et parfois substituée, une conception du droit comme fait social, produite par le contact des hommes en société, et évoluant au rythme de celle-ci. Le juriste doit par conséquent se faire en partie sociologue pour se mettre à l'écoute du social⁶⁹. Comme l'avait affirmé avec force Henri

A. Sorel (*supra* note 45 à la p. xiv et s.) au rôle du C. civ. en matière de droit commun. Voir aussi, pour le C.c.Q., J.-M. Brisson, «Le Code civil, droit commun ?» dans *Le nouveau Code civil*, *supra* note 7, 293. C'est d'ailleurs une topique générale de la codification civiliste (Langevin et Pratte, *supra* note 14 à la p. 75 et s.).

⁶⁷ Voir ce débat fréquent lors des séances de la Société d'études législatives et dans le *Livre du centenaire (de 1904)*, *supra* note 14. Pour le Québec, voir Pineau, *supra* note 5 aux pp. 439-40.

⁶⁸ On sait par exemple que certains «consumentistes» préféreraient ne pas voir inclure la *Loi sur la protection du consommateur* dans le C.c.Q. (voir *supra* note 65 ; Chamberland, *supra* note 63 à la p. 10). En matière de droit du travail, il faut signaler que le nouveau titre sur le contrat de travail a failli connaître lui aussi cette mauvaise fortune, la Confédération des syndicats nationaux ayant réclamé son retrait de manière soudaine en 1991, lors de la dernière semaine des travaux de la commission parlementaire. Voir dans le même sens pour le Code français, Raoul Jay dans 1906 BSEL à la p. 457 et s., progressiste qui s'oppose néanmoins à l'insertion d'un titre spécial sur le contrat de travail en raison des risques qu'elle ferait courir à l'évolution du droit du travail.

⁶⁹ Voir G. Fasso, *Histoire de la philosophie du droit : XIX^e-XX^e siècles*, trad. par C. Rouffet, Paris,

Capitant : «[L]e droit n'est pas une création arbitraire du législateur ; il est le produit du milieu social. Il s'adapte aux conditions économiques, sociales, morales, de chaque société. Il se modifie incessamment sous leur poussée ; il évolue»⁷⁰.

Au Québec, cette transformation n'est perceptible que dans les années soixante, mais se révèle symptomatiquement elle aussi au moment du centenaire du *Code civil du Bas-Canada*⁷¹. Depuis, elle est constamment affirmée. Une de ses conséquences techniques est par exemple l'idée d'une évolution inéluctable du droit en tant que phénomène social⁷², la recherche de sa prise en compte par le nouveau Code⁷³, au moyen notamment d'un processus de révision périodique⁷⁴, et de manière générale la reconnaissance, avec une modestie de la part d'un législateur civiliste, de son caractère nécessairement incomplet et de l'importance de son interprétation judiciaire et doctrinale⁷⁵.

Mais déjà Saleilles lui-même, promoteur principal de la révision de 1904, plaide en faveur de deux modifications profondes des conceptions juridiques, nécessaires d'après lui pour maintenir la *positivité*⁷⁶ du Code civil : la reconnais-

Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976 à la p. 148 et s. ; J.-F. Niort, «La naissance du concept de droit social en France : Une problématique de la liberté et de la solidarité» (1994) R.R.J. 773.

⁷⁰Introduction à l'étude du droit civil, Paris, Pédone, 1904 à la p. 7. Comparer Crépeau, *supra* note 60 à la p. 626 et s.

⁷¹Le Livre du centenaire (de 1966), *supra* note 3, est particulièrement révélateur sur ce plan : les contributions des juristes y côtoient celles des sociologues, anthropologues, médecins.

⁷²Voir Baudouin, *supra* note 61 à la p. 1 : «Le droit civil n'est pas une science morte ou stagnante. Il est en fait l'expression morale, sociologique, économique et politique d'un peuple à un moment donné de son évolution historique». Selon Serge Gaudet (*supra* note 28 à la p. 240), même en présence d'une doctrine imaginative et d'une jurisprudence dynamique, «[s]i la société continue à évoluer aussi rapidement qu'au XX^e siècle, la période où ce code-ci sera conforme aux besoins de la société québécoise devrait être relativement courte [...]».

⁷³Voir par ex. J.-L. Baudouin, qui déclare : «La nouvelle codification devrait, au contraire, ne pas se laisser dépasser et distancer par l'évolution du droit. C'est là probablement pour l'avenir une autre condition essentielle de succès d'une opération déjà bien engagée» («Quelques perspectives», *supra* note 11 à la p. 23). Voir aussi Chamberland, *supra* note 63 à la p. 12 ; *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *supra* note 7 à la p. vii : «[Le] rôle [du Code] est d'établir des règles qui pourront s'adapter à la diversité des situations humaines et sociales et d'intégrer les développements scientifiques ou sociaux».

⁷⁴Le ministère de la Justice du Québec a prévu à cet égard la création d'un Institut de réforme du droit, chargé de soumettre des propositions de réforme et de développement du droit, de tenir des consultations et de publier des études. En effet, «[l]e Code civil du Québec se doit d'être en évolution constante. Le Québec est une société dynamique. C'est pourquoi il s'avérait nécessaire de prévoir de façon permanente une structure qui permette la révision et la modernisation régulières de notre droit» (*Un nouveau Code civil*, *supra* note 7 à la p. 25).

⁷⁵Voir les *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *supra* note 7 à la p. vii : «Ni le Code ni aucune loi d'ailleurs ne remplacent l'usage de la raison, pour interpréter les textes et leur ouvrir de nouvelles avenues». Voir aussi ces mots de la brochure, *Un nouveau Code civil*, *ibid.* à la p. 5 : «[L]es dispositions du nouveau code sont suffisamment précises pour en permettre une saine application *par la raison* et leur adaptation suivant l'évolution de notre société» [nos italiques]. Sur tous ces points, on ne peut bien sûr s'empêcher de penser à Portalis.

⁷⁶Sous l'influence des conceptions sociologisantes de l'époque, le sens du terme «droit positif» tend à se transformer, c'est-à-dire à signifier moins le droit *valide théoriquement*, «en vigueur», que le droit tel qu'il est *effectivement appliqué*, dans la réalité. Sur ce point, ainsi que sur ceux qui

sance expresse par la loi d'une plus grande marge de manœuvre laissée au juge⁷⁷ et la transformation de l'interprétation légale⁷⁸. À l'interprétation traditionnelle, respectueuse de l'intention *originelle* du législateur, doit en effet se substituer une interprétation *évolutive*, et donc plus libre, telle qu'elle avait été en partie mise en application par la Cour de cassation française au cours du dix-neuvième siècle.

L'opinion de Saleilles reçoit d'ailleurs un double appui considérable à l'époque : celui du ministre Vallé⁷⁹ et celui de Ballot-Beaupré, président de la Commission de révision et Premier président de la Cour de cassation, qui l'affirme nettement lors de la commémoration du centenaire :

Mais, lorsque le texte [de loi] présente quelques ambiguïtés, lorsque des doutes s'élèvent sur sa signification et sa portée, lorsque, rapproché d'un autre, il peut, dans une certaine mesure, être, ou contredit ou restreint, ou, à l'inverse, développé, j'estime que le juge, alors, a les pouvoirs d'interprétation les plus étendus ; *il ne doit pas s'attarder à rechercher obstinément quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code en rédigeant tel ou tel article ; il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux ; il doit se dire qu'en présence de tous les changements qui, depuis un siècle, se sont opérés dans les idées, dans les mœurs, dans les institutions, dans l'état économique et social de la France, la justice et la raison commandent d'adapter libéralement, humainement, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne [nos italiques]*⁸⁰.

Or, dans cette perspective épistémologique, le droit individuel est désormais conçu comme subordonné aux exigences sociales. D'absolu, il devient relatif, ce qui ne signifie cependant pas son dépérissement. De finalité en soi, le droit subjectif doit remplir dorénavant, comme Ihering l'avait déjà dit, une *fonction sociale*⁸¹. La valorisation du droit objectif impliquée par cette évolution autorise et légitime un interventionnisme étatique jugé nécessaire. De plus, on s'en doute, cette conception d'un droit «social» entraîne avec elle un certain nombre de solutions juridiques nouvelles, dans un cadre qui consacre le grand retour de la notion de bien commun⁸² en tant que but du droit, bien commun exprimé dans le sens d'un désir plus grand de justice sociale. Car il s'agit là en définitive, en 1904 comme en 1994, d'œuvrer en faveur de l'émancipation de la personne⁸³.

suivent, voir généralement Fasso, *supra* note 69, et plus spécialement J.-F. Niort, «Formes et limites du positivisme juridique» (1993) 1 R.R.J. 157.

⁷⁷Voir notamment Saleilles, *supra* note 20 à la p. 126 ; A. Eismein, «La jurisprudence et la doctrine» (1902) 1 Rev. trim. dr. civ. 5.

⁷⁸Voir R. Saleilles, «Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse» (1902) 64 *Revue internationale de l'enseignement* 329. Voir aussi sa préface au texte de François Gény, *supra* note 25 aux pp. vii-ix, xi-xiii.

⁷⁹*Supra* note 25 à la p. 80.

⁸⁰*Le centenaire du Code civil, 1804-1904*, *supra* note 25 aux pp. 27-28.

⁸¹L'influence des conceptions de Rudolph Ihering sur la doctrine française de l'époque est considérable. Capitant et Saleilles s'y réfèrent souvent, et Planiol considère même le juriste allemand comme «le plus grand peut-être des temps modernes» (*Traité élémentaire de droit civil*, *supra* note 25 à la p. 990).

⁸²Voir l'opinion de Maximilien Caron en 1947, selon laquelle le droit tend à «la réalisation du bien commun», citée par H. Dumont, «Préface» dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, *supra* note 7 à la p. v. Comparer avec Capitant, *supra* note 70 à la p. 14.

⁸³Capitant (*ibid.* aux pp. 16-17) expliquait dans ce sens que les «deux sortes de droits (droit individuel et social) [...] ont pour destination dernière l'intérêt de l'homme social».

III. Solutions juridiques

S'il est un principe fortement affirmé dans le nouveau Code québécois, c'est bien celui de la prééminence de la personne. Beaucoup d'auteurs le soulignent⁸⁴. Le renvoi par la «Disposition préliminaire» du Code⁸⁵ à la *Charte des droits et libertés de la personne* de 1976⁸⁶ — texte de valeur quasi-constitutionnelle au Québec — ne fait que conforter cette prééminence. Or rappelons qu'en 1904 le climat est similaire, tant dans le monde littéraire, politique que juridique⁸⁷.

On remarquera au passage que nombre des jugements portés à cette occasion sur le *Code civil du Bas-Canada* de 1866 pourraient s'appliquer au *Code Napoléon*. Il faut en effet reconnaître, n'en déplaise à ceux qui voient encore dans ce dernier l'expression de l'idéal humaniste de la Révolution française, que même si la personne était chronologiquement première dans le plan de ces deux codes, ce sont les biens qui y occupaient la première place⁸⁸.

Dans le nouveau Code québécois, comme les réformes du droit familial sont déjà en vigueur depuis longtemps⁸⁹, cette recherche de protection et d'épanouissement de la personne se manifeste en matière médicale et dans le domaine du droit de l'enfant⁹⁰, alors qu'en 1904, c'était plutôt en faveur de l'élargissement du divorce et de l'égalité conjugale que se mobilisaient les réformistes⁹¹.

⁸⁴Voir par ex. Pineau, *supra* note 5 à la p. 434 et s.; M. Ouellette, «Livre premier : Des personnes» dans *La réforme du code civil*, t. 1, *supra* note 7, 11 à la p. 13 et s.; C. Masse, «La responsabilité civile (droit des obligations III)» dans *La réforme du Code civil*, t. 2, *ibid.*, 235 à la p. 329. Voir déjà dans le projet de l'ORCC, «La réforme du Code civil du Québec», *supra* note 37.

⁸⁵«Le code civil 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». Voir M. Caron, «L'égalité sous le Code civil : L'incidence des Chartes» dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, *supra* note 7, 25.

⁸⁶Dont le texte initial a d'ailleurs été rédigé en 1971 par les professeurs P.-A. Crépeau et F.R. Scott.

⁸⁷Voir notamment le pertinent journaliste Louis Delzons qui remarquait que «de plus en plus, l'idée s'affirme du droit absolu, essentiel, de tout être humain, à la liberté de disposer de lui-même» (*Revue Bleue* (12 mars 1904) 340-41). Voir plus généralement C. Beudant, *Le droit individuel et l'État*, Paris, Arthur Rousseau, 1891.

⁸⁸Voir par ex. Chamberland, *supra* note 63 à la p. 3, pour le C.c.B.-C., ainsi que R. Larue, «La codification des lois civiles au Bas-Canada et l'idée de loi naturelle» (1993) 34 C. de D. 5. Sur le Code français, voir l'un des nombreux articles de X. Martin sur le sujet dont «Nature humaine et Code Napoléon» (1985) 2 *Droits* 117, ainsi que mes remarques dans «Droit, idéologie et politique dans le code civil français de 1804» (1992) 29 R.I.E.J. 85 et dans «Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon» (1992) Arch. philo. dr. 101.

⁸⁹La partie réformée du droit conjugal et parental du C.c.Q. avait été votée dès 1980 (elle correspondait en fait au Livre premier du projet de code civil de l'ORCC), et n'a subi dans le nouveau projet que peu de modifications (voir Ouellette, *supra* note 84 à la p. 149 et s.).

⁹⁰Voir le Livre premier du C.c.Q., art. 1-49.

⁹¹Le Parlement français est à cette époque encombré de propositions de loi dans ce sens, telle celle déposée par le député Morlot en décembre 1905 visant l'établissement du divorce par consentement mutuel. Plus radical, celle de Pierre Magnaud et des frères Margueritte, écrivains féministes à succès, réclame la reconnaissance du divorce pour simple incompatibilité d'humeur à l'initiative d'un seul époux (1906 BSEL à la p. 280 et s.).

Les féministes étaient d'ailleurs très actives et décidées à l'époque. Plusieurs féministes juristes organisaient des conférences pour dénoncer l'archaïsme des dispositions du Code, tel que l'article 213 selon lequel «le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari»⁹². Lors de la cérémonie du centenaire, en présence du président de la République Émile Loubet, une militante, Madame Kaufmann, interrompt le discours du ministre Vallé, en criant des slogans hostiles au Code civil. Au même moment, d'autres féministes manifestent dans les rues de Paris, brûlant même, dans un geste symbolique, un exemplaire du *Code Napoléon* à la place de la Concorde. De plus, ces revendications reçoivent en 1904 un large soutien public. Le ministre Vallé lui-même, dans son allocution d'ouverture des travaux de la Commission de révision, quelques semaines après la commémoration du centenaire, répond ainsi aux critiques portant sur l'absence de représentation des femmes :

Si vous pensez [...] que j'ai, comme on l'a dit, manqué de galanterie et de hardiesse en ne demandant pas aux femmes de venir dire leur mot sur ce Code qui les malmène quelque peu, je vous laisse le soin de m'indiquer comment, dans quelles conditions, sous quelles formes je devrai réparer mes oublis⁹³.

Stimulée par le climat d'exacerbation de la liberté individuelle qui régnait à l'époque, spécialement dans la littérature, la cinquième sous-commission de la Commission de révision du Code civil, composée notamment de Paul Hervieu et de Marcel Prévost⁹⁴, va réaliser un «coup» médiatique sans précédent en proposant une nouvelle rédaction, *révolutionnaire* pour l'époque, de l'article 212 et suivants, consacrant l'égalité des époux, et l'«amour» au rang des obligations conjugales, donc des causes de divorce possibles :

212. Les époux sont égaux. Ils forment entre eux une association dans laquelle leurs droits et leurs devoirs respectifs sont réglés comme suit.

213. Les époux se doivent mutuellement amour, secours, fidélité, assistance.

214. La femme portera le nom du mari, Les époux fixeront d'accord le domicile conjugal⁹⁵.

⁹²Voir ainsi Renée Pingrenon, présidente du *Groupe français d'études féministes*, auteure d'un opuscule retentissant intitulé *Le Bluff de l'article 213*, Paris, Billard, 1904, et qui prononcera une conférence sur ce thème le 14 décembre 1904. Plusieurs organisations féministes avaient appelé à une manifestation le jour du centenaire, par le biais d'un appel public relayé par la presse, aux termes duquel on disait notamment : «Riches ou pauvres, femmes de tout rang et de toutes conditions, venez nous rejoindre pour réclamer la modification du Code dont toutes, nous sommes victimes» (voir *Le Figaro* du 30 octobre 1904 et *Le Radical* du 29 octobre 1904). C'est l'époque où se tiennent de nombreux congrès féministes (1898 à Bruxelles, 1896 et 1900 à Paris), et où l'Office féministe universel publie des projets élaborés de révision des codes civils belge et français (Bruxelles, Lamertin, 1896).

⁹³*Supra* note 25 à la p. 81. Voir aussi parmi les discours prononcés le lendemain du centenaire, lors d'une soirée de gala à laquelle les femmes avaient été expressément conviées, Vallé et Lyon-Caen (*Le centenaire du Code civil, 1804-1904*, *supra* note 25 à la p. 63 et s.).

⁹⁴Hervieu, d'ailleurs juriste de formation, était auteur de pièces de théâtre très populaires, telles *Les Tenailles* (1896), s'attaquant au problème du droit des femmes en général et du divorce en particulier ; Prévost s'était spécialisé dans le roman de psychologie féminine (avec notamment *Les vierges fortes* (1900)), dont il traitait néanmoins avec une certaine misogynie. Comme membre de la cinquième sous-commission, il faut notamment rajouter l'avocat René Viviani, futur ministre du Travail et de la Prévoyance sociale dans le gouvernement Clémenceau de 1906, et le sénateur Cazot, sensibles eux aussi aux préoccupations féministes.

⁹⁵Au lieu de respectivement : art. 212 : «Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours,

Il faut néanmoins reconnaître que la majorité des juristes, même chez les progressistes, se montra peu encline à consacrer ces bouleversements⁹⁶, bien qu'ayant souvent manifesté des velléités dans le sens contraire en 1904. Toutefois, on ne peut qu'être admiratif face à la hardiesse de cette proposition de rédaction, car il faudra attendre bien longtemps avant que ces réformes ne se réalisent⁹⁷.

Par ailleurs, en 1904 comme en 1994, c'est justement cette volonté d'accorder plus d'attention à la personne et à son légitime épanouissement qui va contribuer à la «socialisation» du droit. Comme le résume bien Albert Tissier dans le *Livre du centenaire*, reprenant des positions répandues :

Ce ne sont pas seulement les socialistes de toutes nuances qui soutiennent la légitimité de cette intervention [de l'État]. Une école individualiste nouvelle, moins intransigeante et plus soucieuse de justice et de moralité, l'admet également. Le but essentiel du droit étant le respect de la personne, sa liberté, son développement, la législation doit précisément être établie en vue de garantir à chacun une égale liberté et une égale possibilité d'exercer ses droits : l'État doit intervenir dès que l'expérience a signalé, à cet égard, des lacunes dans la législation, ou des abus que la jurisprudence ne suffit pas à empêcher. Or, l'expérience n'a-t-elle pas démontré les abus de la libre concurrence de forces inégales ? N'est-il pas certain que la liberté réelle nécessite souvent des règles établies, un ordre imposé ? D'un autre côté, les droits privés ne peuvent être envisagés sans qu'on tienne compte des conséquences sociales de leur exercice. Et enfin, il est bien permis de penser que le droit privé n'a pas pour objet unique la propriété, la fortune acquise et les modes de s'enrichir : il doit se préoccuper des autres droits et des autres biens de la personne ; il doit poursuivre des fins morales. Tout cela constitue ce qu'on appelle la socialisation du droit⁹⁸.

Tant en 1904 qu'en 1994, il s'agit là non pas d'une volonté de révolutionner le droit actuel, mais bien d'un projet éminemment démocratique selon les auteurs : «[I]ntroduire dans la législation plus de véritable égalité, de morale et de justice»⁹⁹. D'ailleurs, comme l'affirme le sous-ministre de la Justice du Québec :

La réforme [...] épouse les grands objectifs de fond que sont la primauté de la personne humaine, l'égalité des personnes au sein de la cellule familiale, et l'égalité entre les membres de la société. En se gardant d'affaiblir les effets bénéfiques de

assistance» ; art. 213 : voir texte correspondant à la note 92 ; art. 214 : «La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état».

⁹⁶Voir notamment le compte-rendu d'Estrabaut dans 1905 BSEL à la p. 353 et le rapport de Tissier dans 1906 BSEL à la p. 180 et s. La seule réforme qui sera finalement apportée au Code est la loi de 1907 consacrant à la femme mariée la libre disposition de ses gains et salaires (*Loi du 13 juillet 1907 relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage*, J.O., 15 juillet 1907, Gaz. Pal. 2^e sem. 1907. Lég.679).

⁹⁷Grosso modo les années 80 au Québec et les années 65-75 en France.

⁹⁸A. Tissier, «Le Code civil et les classes ouvrières» dans *Livre du centenaire (de 1904)*, t. 1, supra note 14, 71 aux pp. 91-92. Voir aussi J. Charmont, pour lequel la «socialisation du droit» doit s'entendre d'une certaine manière comme une *extension de l'individualisme juridique*, c'est-à-dire une extension du droit du riche au pauvre, du possédant au salarié, de l'homme à la femme, du père à l'enfant («La socialisation du droit» (1903) 11 *Revue de métaphysique et de morale* 379).

⁹⁹Tissier, *ibid.* à la p. 94.

la société de droit, la réforme vise cependant à contribuer à la formation d'une société plus juste¹⁰⁰.

Mil neuf cent quatre, c'est l'époque où Saleilles et Demogue militent pour une conception «sociale» du contrat, et où Josserand pose les bases de sa théorie du droit subjectif comme fonction sociale¹⁰¹, empruntée à Saleilles qui lui-même s'inspire de Ihering. La théorie de l'autonomie de la volonté, d'ailleurs tout récemment exprimée en termes explicites, est fortement critiquée en raison de l'absence de contrôle social sur la liberté contractuelle qu'elle implique¹⁰². Prenant exemple sur le Code allemand, Saleilles défend la fameuse théorie de la déclaration de volonté et tous les auteurs de l'époque reconnaissent le rôle croissant qu'a pris la loi dans le droit des obligations¹⁰³.

Dans le nouveau Code québécois, on retrouve ces exigences de moralisation et de socialisation du droit. Alors que la loi est effectivement promue à un rang plus digne dans le droit des obligations¹⁰⁴, le principe de la *bonne foi*, si fondamental dans le droit civil français, bénéficie d'une consécration exemplaire en exergue du nouveau Code, manifestant le désir d'affirmer et de développer davantage le principe. Comme l'indique l'article 6 : «Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi»¹⁰⁵. D'après les commentaires officiels, l'article 6 s'inspire de l'article 1134 du Code français et a pour effet d'«empêcher que l'exercice d'un droit ne soit détourné de sa *fin sociale intrinsèque* et des normes morales généralement reconnues dans notre société» [italiques dans l'original]¹⁰⁶.

Ainsi en est-il également de l'*abus de droit*, conséquence indirecte mais logique du principe de la bonne foi et objet d'étude à l'honneur en 1904, dont

¹⁰⁰Chamberland, *supra* note 63 à la p. 3. Comparer avec la fameuse formule de Raymond Saleilles (*De la déclaration de volonté*, Paris, F. Pichon, 1901 à la p. 351) : plutôt que de dire, traditionnellement, «[c]ela est juste parce que cela a été voulu», les juristes veulent pouvoir dire dorénavant «[c]ela doit être voulu, parce que cela est juste».

¹⁰¹L. Josserand, *De l'abus de droit*, Paris, Rousseau, 1906.

¹⁰²Voir sur tous ces points V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté : Naissance et évolution d'un concept*, Paris, Presses Universitaires de France, 1980 à la p. 129 et s.

¹⁰³Jean Pineau se réfère à Planiol qui avait réduit les sources des obligations à deux : le contrat et la loi («Théorie des obligations» dans *La réforme du Code civil*, t.2, *supra* note 7, 9 à la p. 27). Voir en effet M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 3^e éd., Paris, Pichon, 1905 à la p. 258.

¹⁰⁴L'Office de révision du Code civil avait proposé en 1977 de reprendre la proposition de Planiol. Finalement, l'article 1372, premier alinéa C.c.Q. établit un compromis en disposant que «[l]'obligation naît du contrat et de tout acte ou fait auquel la loi attache d'autorité les effets d'une obligation».

¹⁰⁵Il faut rajouter à cette disposition l'article 1375 C.c.Q. qui dispose que «[l]a bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction». Comme on a pu le souligner, la bonne foi est non seulement explicitement et fortement consacrée comme principe général du droit civil, mais son acception est également élargie à l'idée d'un comportement *actif*, et non plus seulement passif (voir Masse, *supra* note 84 aux pp. 260-61).

¹⁰⁶*Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *supra* note 7 à la p. 8. Remarquons qu'il s'agit en outre d'une conception *objectivante* de la bonne foi, puisqu'on ne doit s'attacher qu'à «une conformité apparente entre l'acte et ce qui est généralement exigé pour que l'on considère qu'il y ait bonne foi» (*ibid.*).

Saleilles par exemple veut voir consacrer le principe au frontispice du futur Code, pour consolider et étendre cette théorie d'inspiration «sociale» que la jurisprudence emploie depuis la moitié du dix-neuvième siècle et, surtout, pour symboliser l'adhésion du futur Code aux idées progressistes. Saleilles, encouragé en cela par les récents exemples suisse et allemand, plaidera, au sein de la Commission de révision, en faveur de la généralisation du principe et sa consécration dans le Code¹⁰⁷. Affirmant qu'«on ne peut faire servir la protection de la loi à un but de malveillance ou de rancune»¹⁰⁸, qu'il serait «antisocial», qu'il ne serait pas «juste» que la loi prête en effet son concours à un tel acte¹⁰⁹, il propose d'insérer, à titre de principe général et de corollaire de l'article 6 C.c.Q., un nouvel article ainsi libellé : «Un acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer l'exercice licite d'un droit»¹¹⁰.

En 1994, le projet de Saleilles s'est réalisé outre-Atlantique : l'article 7 du nouveau Code, sortant, comme on le désirait déjà en 1904, l'abus de droit du champ trop étroit de la responsabilité civile¹¹¹ pour l'ériger en principe général du droit civil, prévoit en effet qu'«[a]ucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi»¹¹².

Outre les commentaires officiels cités plus haut, rappelons que le fait de sanctionner aussi symboliquement la bonne foi et l'abus de droit renvoie à une conception relativiste, sinon même fonctionnaliste du droit subjectif, tel qu'un Jossierand a pu s'en faire l'avocat par exemple¹¹³. Dans ces théories, le fait qu'un droit soit utilisé de manière malicieuse constitue en soi un comportement antisocial condamnable, une sorte de faute, ou plutôt de non-respect de l'obligation légale, et éminemment morale, de bonne foi¹¹⁴.

L'impératif de justice sociale s'illustre aussi dans la consécration du *contrat d'adhésion*, bénéficiant de mécanismes de protection exorbitants du droit

¹⁰⁷Voir son brillant rapport sur la question présenté à la première sous-commission de la Commission de révision du code civil le 25 mars 1905 (1905 BSEL à la p. 325 et s.).

¹⁰⁸*Ibid.* à la p. 349.

¹⁰⁹*Ibid.* à la p. 335.

¹¹⁰*Ibid.* à la p. 348.

¹¹¹Saleilles (*ibid.*) affirmait qu'il y avait un «intérêt supérieur» à soustraire l'abus de droit du «domaine étroit et insuffisant de l'article 1382». Voir aussi la formulation de ce souhait par Maurice Tancelin dans *Des obligations : Contrat et responsabilité*, 4^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1988 à la p. 267.

¹¹²Comparer ces articles avec ceux du projet de l'ORCC, L. 1^{er}, *supra* note 37 aux art. 8, 9.

¹¹³Voir Jossierand, *supra* note 101 ; L. Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1939.

¹¹⁴Baudouin, *supra* note 61 à la p. 2. La jurisprudence québécoise en matière d'abus de droit permet d'envisager une interprétation assez objectivante de l'article 7, sans rapport nécessaire à la faute délictuelle et à l'intention de nuire (voir notamment *C.E.C.M. c. Lambert*, [1984] C.A. 179 ; Tancelin, *supra* note 111). Saleilles assumait déjà les conséquences d'une telle évolution, puisqu'il concluait son rapport (1905 BSEL à la p. 349) en disant que l'abus de droit, tel qu'il en proposait la définition, ne serait apprécié que d'après sa «matérialité objective, exactement comme la faute d'imprudance de l'art. 1383 est devenue aujourd'hui, pour la jurisprudence, une condition à vérifier d'après les circonstances purement extérieures du fait, en dehors de toute recherche tirée de la mentalité ou des possibilités psychologiques de l'agent».

classique. Or on retrouve encore ici le projet de Saleilles, répondant, dans le domaine du droit privé, aux analyses de Duguit et Hauriou en droit public¹¹⁵. Inventeur de l'expression «contrat d'adhésion», Saleilles reconnaît que ce type de contrat était déjà, en 1904, très courant, et que face à cette réalité, le droit contractuel classique présentait l'inconvénient de ne pas offrir de protection suffisante à l'adhérent¹¹⁶. Le législateur québécois, remarquant que ce type de contrat est «désormais fort courant»¹¹⁷, l'intègre donc au Code et en donne une définition¹¹⁸ ; il consacre également le contrat de consommation¹¹⁹, et crée un régime «spécial et protecteur» adapté¹²⁰. Dans les deux cas, on juge opportun de protéger la partie «faible» économiquement du risque d'exploitation qui en résulte par le biais d'une législation protectrice.

C'est également dans cet esprit qu'avait été proposée au Québec la généralisation du domaine de la lésion. Le projet de Code civil québécois de 1978, ainsi que, dans une moindre mesure, l'avant-projet de réforme des obligations de 1987, prévoyaient en effet l'appliquer à l'ensemble des majeurs¹²¹. Devant les réactions négatives soulevées chez certains par une telle perspective, le gouvernement a fait marche arrière¹²². Néanmoins, le domaine de la lésion a été quelque peu étendu par rapport au droit antérieur¹²³, et l'acception qui en est donnée¹²⁴ coïncide à peu près avec celle qui était proposée à la

¹¹⁵Voir en effet L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901 à la p. 52 et s. ; M. Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, 1910 à la p. 211 ; M. Hauriou, note sous Cons. d'État, 23 mars 1906, S.1908.III.17.

¹¹⁶*Supra* note 100 aux pp. 229-30.

¹¹⁷*Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *supra* note 7 à la p. 836.

¹¹⁸ 1379. Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées. [...].

¹¹⁹Le C.c.Q. reprend en élargissant la définition donnée par la *Loi sur la protection du consommateur* de 1978. Voir les *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *supra* note 7 à la p. 839 ; Pineau, *supra* note 103 aux pp. 32-33, qui remarque qu'ainsi le législateur a voulu «montrer clairement que cette loi, comme d'ailleurs d'autres lois protectrices, font partie intégrante du droit civil, bien que non insérées dans le code civil», afin aussi de souligner le caractère de droit commun du Code.

¹²⁰Les articles 1435 à 1437 C.c.Q. introduisent des dispositions protectrices en faveur des consommateurs et adhérents en matière de clause externe, de clause illisible ou incompréhensible et de clause abusive.

¹²¹ORCC, L. V *supra* note 37, art. 37. Avant-projet de loi, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, 1^{er} sess., 33^e lég., Québec, 1987, art. 1449a. La lésion était en effet limitée dans ce projet aux relations non professionnelles, en dehors du domaine de «l'entreprise». Voir la discussion sur la lésion dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, *supra* note 7 aux pp. 49 et s., 57, 61, 91-92.

¹²²Voir les réactions du Barreau dans R. Nadeau, «La réforme du droit des obligations : Le point de vue du Barreau du Québec» (1989) 30 C. de D. 647. Le projet de loi 125 fait donc disparaître la lésion comme cause générale de nullité des contrats, sauf en matière de contrats de consommation et d'adhésion.

¹²³Par exemple, en matière de clause pénale, de renonciation aux partages des acquêts, de prêt portant sur une somme d'argent. Voir un exposé sur la matière dans Pineau, *supra* note 103 à la p. 57 et s.

¹²⁴ 1406. La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne

Commission de révision du Code français en 1905 à propos du contrat de travail¹²⁵. On remarquera notamment que dans les deux cas, la lésion est définie de manière autonome et non pas par référence aux vices du consentement, ce qui renforce son caractère «objectif» et donc le principe juridique d'équité contractuelle¹²⁶.

Rappelons à ce propos que les juristes réformistes de 1904 proposaient l'introduction dans le futur Code d'un titre spécial sur le contrat de travail contenant l'essentiel du droit commun relatif à ce dernier¹²⁷. Le Code de 1994, fidèle à son ambition d'incarner le droit commun, consacre douze articles à ce nouveau contrat nommé¹²³. Dans les deux cas, on note une volonté de donner au nouveau Code *plus d'emprise sur la réalité*, en l'adaptant à celle-ci¹²⁹. On pourrait également, à titre de conséquence d'une vision relativiste du droit subjectif, relever l'abandon par le nouveau Code québécois de la définition classique de la propriété comme droit «absolu»¹³⁰, au profit

une disproportion importante entre les prestations des parties ; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation. [...].

Le second alinéa définit un type de lésion plus protectionniste au bénéfice des mineurs et des majeurs protégés.

¹²⁵«Doit être considérée comme illicite toute clause du contrat de travail par laquelle l'une des parties a abusé du besoin, de la légèreté ou de l'inexpérience de l'autre pour lui imposer des conditions en désaccord choquant avec les conditions habituelles de la profession et de la région» (art. XI — inspiré de l'art. 138 du B.G.B. allemand — du projet de réglementation du titre du futur code civil relatif au contrat de travail, présenté à la sixième sous-commission de la Commission de révision par C. Perreau, 1905 BSEL à la p. 503).

¹²⁶Une tendance accentuée par la récente décision de la Cour d'appel du Québec dans *Gareau Auto Inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*, [1989] R.J.Q. 1091 (C.A.), à propos de la *Loi sur la protection du consommateur* et de l'interprétation de ses articles 8 et 9. Voir C. Masse, «Développements récents en matière de lésion entre majeurs et d'équité contractuelle» dans *Actes du Congrès annuel du Barreau du Québec*, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, 1990 à la p. 170 et s.

¹²⁷Voir *supra* note 125. On adopte d'ailleurs une définition large de la notion de salarié, qui englobe notamment le travail intellectuel, et on propose le terme «employé» plutôt que «travailleur», car «la pratique actuelle le réserve aux ouvriers de l'industrie» (1905 BSEL à la p. 506). On insiste également sur le caractère éminemment «démocratique» de la disparition des vieilles appellations de «domestiques et ouvriers», de «gens de travail», qui «rappellent de très près la hiérarchie ancienne des professions et métiers, tout imbue de préjugés aristocratiques» (Cauwès, 1906 BSEL à la p. 96).

¹²⁸Art. 2085 et s. C.c.Q. De même qu'en 1804, le C.c.B.-C s'était montré laconique et lacunaire sur le contrat de travail, l'associant encore au louage de choses et d'ouvrage. Le C.c.Q. crée officiellement l'expression «contrat de travail», et régit le contrat d'entreprise, ainsi que le désiraient les réformateurs de 1904 (voir M.-F. Bich, «Le contrat de travail : Code civil du Québec, Livre cinquième, titre deuxième, chapitre septième (Articles 2085-2097 C.c.Q.)» dans *La réforme du Code civil*, t. 2, *supra* note 7, 741 à la p. 743 et s.).

¹²⁹Voir par ex., sur l'impact des dispositions du C.c.Q. sur la législation du travail existante, R. Bonhomme, C. Gascon et L. Lesage, *Le contrat de travail en vertu du nouveau Code civil du Québec*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1994. La définition du salarié qui y est adoptée est d'ailleurs plus large que celle du *Code du travail* (L.R.Q. c. C-27, art. 11) ou de l'ORCC (*supra* note 37, art. 667 et s.), et reprend celle de la *Loi sur les normes du travail* (L.R.Q. c. N-1.1, art. 1). D'après Claude Masse (Communication présentée aux *5^e Journées de droit social et de droit du travail*, Université du Québec à Montréal, 3 juin 1994), les commentaires du ministre de la Justice (t. 2, *supra* note 7 aux pp. 1310-11) relatifs à l'art. 2085 C.c.Q. ne rendent pas compte de la véritable définition du salarié à laquelle se réfère en réalité cette disposition.

¹³⁰L'art. 406 C.c.B.-C reprenait textuellement l'art. 544 C. civ.

d'une formulation plus modeste¹³¹, proche de celle que proposait Vareilles-Sommières en 1905¹³².

Citons enfin très rapidement deux autres nouveautés du Code québécois que Saleilles aurait applaudi, car il s'en était fait le champion : la consécration de la théorie du patrimoine d'affectation¹³³, et le renforcement des dispositions que le *Code civil du Bas-Canada* avait édicté en matière de personnalité morale¹³⁴.

Néanmoins, malgré toutes ces nouveautés juridiques, le nouveau Code québécois est loin d'être révolutionnaire : ainsi, par exemple, il ne consacre pas la théorie des risques, au rang des principes de droit commun, il n'étend pas la responsabilité sans faute¹³⁵, et on l'a dit, il n'a pas procédé à la généralisation de la lésion. De tels choix appartiennent, au-delà de la politique législative, au domaine de la philosophie politique.

IV. Philosophie politique

Tous les auteurs le reconnaissent, en 1904 comme en 1994 : la codification est un acte éminemment politique¹³⁶ à l'occasion duquel il faut choisir, à travers les solutions retenues ou repoussées, entre plusieurs projets de société, à la

¹³¹ 947. La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi. Elle est susceptible de modalités et de démembrements.

Voir les *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *supra* note 7 aux pp. 554-56. Voir aussi la consécration de la jurisprudence en matière de troubles de voisinage dans l'art. 976 C.c.Q., et les commentaires de Claude Masse sur le point de savoir s'il s'agit d'une responsabilité sans faute (*supra* note 84 à la p. 266 et s. Comparer Pineau, *supra* note 5 aux pp. 437-38).

¹³² «La définition et la notion juridique de la propriété» [1905] *Rev. trim. dr. civ.* 443. S'attaquant à la définition classique (caractères absolu, exclusif, perpétuel), et répondant au «despotisme» que selon Demolombe la propriété confère, l'auteur indique notamment que «[j]amais le droit de propriété n'est sans limites, et souvent il ne donne à son titulaire que les faibles pouvoirs d'un roi constitutionnel» (*ibid.* à la p. 482). Mais c'est du Code civil suisse que s'est peut-être inspiré le législateur québécois, si l'on en juge par la formulation, certes beaucoup plus laconique que celle de l'art. 947 C.c.Q., de l'art. 635 de ce qui n'est encore que le projet suisse en 1904, rapporté comme beaucoup d'autres par Gaudemet, *supra* note 20 à la p. 984 : «Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi».

¹³³ Art. 2 C.c.Q. Les *Commentaires du ministre de la Justice* (t. 1, *supra* note 7 à la p. 5) se réfèrent d'ailleurs à Saleilles.

¹³⁴ Voir art. 298 et s. C.c.Q. (titre intitulé «De la personnalité juridique») ; *Commentaires du ministre de la Justice*, *ibid.* à la p. 200 et s. Comparer avec Saleilles, *supra* note 32 ; R. Saleilles, *De la personnalité juridique : Histoire et théories*, Paris, Rousseau, 1910. Le C.c.Q. intègre également l'institution de la fondation (art. 1256 et s.), dont Saleilles aussi s'était fait l'ardent défenseur (voir son «Rapport préliminaire présenté à la Commission nommé par la Société d'études législatives pour l'étude de la question des fondations», 1906 BSEL à la p. 467 et s. ; 1908 BSEL ; 1909 BSEL). Pour une synthèse des travaux très divers de Saleilles, voir *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Rousseau, 1914, avec des contributions de Thaller, Gény, Colin, Capitant, Tissier, Charmont *et al.*

¹³⁵ Voir Masse, *supra* note 84 aux pp. 251 et s., 266 et s.

¹³⁶ Voir par ex. Pineau, *supra* note 5 aux pp. 424-25. Voir aussi les contributions de H. Dumont (*Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, *supra* note 7 aux pp. vi-vii), M. Caron (*ibid.* à la p. 27), M. Moreau (*ibid.* aux pp. 40-41), M. Coipel (*ibid.* aux pp. 84, 97) ; G. Goldstein (*ibid.* aux pp. 106, 124).

lumière d'un débat d'ensemble public, solennisé par l'importance même du code dans la vie juridique. Ainsi, comme l'indique la quatrième de couverture des *Commentaires du ministre de la Justice* : «Un code civil reflète la vision qu'une société a d'elle-même et ce qu'elle veut être».

Or on voit clairement que le législateur québécois s'est malgré tout montré assez mesuré dans sa réforme¹³⁷. Même si, outre la consolidation et la rationalisation du droit existant, il s'est reconnu la tâche, le cas échéant, de donner force de loi à «certaines tendances récentes qu'il apparaît souhaitable de consacrer»¹³⁸, il n'a pas fait œuvre suffisamment novatrice aux yeux de certains¹³⁹. En revanche, d'autres s'estiment satisfaits du résultat obtenu¹⁴⁰. En fait, il semble que les impératifs de sécurité et de stabilité juridique aient souvent joué contre le désir d'innover¹⁴¹.

En réalité, comme tout législateur occidental moderne, le législateur québécois n'a pu échapper au pragmatisme, à la *realpolitik*, quitte à y sacrifier la rigueur ou la cohérence de son inspiration philosophique et juridique. Il a dû simultanément mener un double jeu d'équilibre¹⁴² entre, d'une part, les avis des «experts» juristes et l'«apport si essentiel des consultations publiques», et, d'autre part, les valeurs qu'il voulait voir consacrées dans le nouveau Code avec une certaine continuité d'inspiration ainsi que les pressions des différents lobbies sociaux¹⁴³. Ce pragmatisme s'explique aussi par la transformation idéologique qu'ont subie les sociétés occidentales depuis les années soixante, allant vers un plus grand pluralisme des valeurs et entraînant de plus en plus d'affrontements entre des conceptions opposées mais toutes reconnues comme étant légitimes¹⁴⁴.

¹³⁷Il est particulièrement édifiant de comparer à cet égard l'avant-projet de loi sur les obligations de 1987 avec le texte définitif du C.c.Q.

¹³⁸Chamberland, *supra* note 63 à la p. 6.

¹³⁹Voir notamment Jobin, *supra* note 1 à la p. 914. Voir surtout les critiques de Maurice Tancelin, notamment dans *Sources des obligations : L'acte juridique légitime*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993. Voir aussi M. Tancelin, «Les bases philosophiques de l'avant-projet de réforme de 1987 en matière de droit des obligations» (1988-89) 19 R.D.U.S. 1 ; M. Tancelin, «Le nouveau Code civil, un danger pour la Société distincte» *Le Devoir [de Montréal]* (1^{er} novembre 1991) B8.

¹⁴⁰Par ex. Pineau, *supra* note 5 aux pp. 443-44.

¹⁴¹Voir Jobin, *supra* note 1 à la p. 914 ; «Quelques perspectives» *supra* note 11 aux pp. 13, 17-18. Serge Gaudet (*supra* note 28 à la p. 230) constate à cet égard que «le grand vent de réforme qui a soufflé sur le Québec depuis des décennies ne nous aura donné qu'un code somme toute assez près du droit actuel».

¹⁴²Le professeur Jean Pineau, acteur et donc témoin privilégié du processus de recodification, indique que dans sa recherche de «consensus minimum», le législateur québécois s'est efforcé de trouver «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 [...]» (*supra* note 5 à la p. 427).

¹⁴³Chamberland, *supra* note 63 aux pp. 2, 10, 12. Le Barreau du Québec se sera d'ailleurs montré assez rétif aux innovations de principe, telles que la généralisation de la lésion et l'insertion au Code de la *Loi sur la protection du consommateur*. Voir Jobin, *supra* note 1 à la p. 914 ; Nadeau (président de la sous-commission des obligations du Barreau du Québec), *supra* note 122, notamment à la p. 653 : «Nous ne sommes pas d'accord avec le principe de la création, en guise de nouveau Code civil, d'une gigantesque Loi de protection du consommateur qui risque dorénavant de fausser les relations contractuelles et, possiblement, de nous placer dans un ghetto commercial».

¹⁴⁴Voir par ex., dès 1970, M.-A. Tremblay, «Le rajeunissement du droit de la famille : Une entreprise multidisciplinaire» dans *Livre du centenaire (de 1966)*, *supra* note 3, 67 à la p. 70, qui place

En ce sens, on a pu remarquer que le Code de 1866 bénéficiait d'une plus grande cohérence idéologique dans son inspiration et dans ses solutions¹⁴⁵. Ce n'est toutefois plus le cas désormais : «[L]e nouveau code est, à l'image du Québec contemporain, tout en nuances et en recherche de délicats équilibres»¹⁴⁶.

Cependant, par la même occasion, il n'a peut-être fait que donner une image assez fidèle de l'esprit de nos sociétés contemporaines, et spécialement de l'évolution de la «conscience juridique collective» de celles-ci, pour reprendre un mot cher à Saleilles, au-delà des particularités propres à chaque code et à chaque droit civil¹⁴⁷.

L'individu y est plus que jamais considéré comme fondement et finalité du droit, conformément à l'esprit de la philosophie individualiste des Lumières si souvent repris à travers le monde occidental¹⁴⁸. On assiste cependant, depuis deux siècles, à un développement, un élargissement de l'individualisme juridique, qui avait été réservé en quelque sorte aux pères de famille aisés dans les codes de 1804 et de 1866. Avec l'aide de la loi¹⁴⁹, les travailleurs salariés, puis les femmes, et maintenant les enfants¹⁵⁰, accèdent à la liberté juridique.

Le contrat est toujours promu au rang de mécanisme-type des relations sociales en tant qu'expression symbolique du régime de liberté auquel sont attachées nos sociétés. De plus, on affirme toujours l'importance de la propriété individuelle en tant qu'exigence symbolique, mais surtout, il faut le noter, en

au rang des «situations socio-économiques nouvelles [...] une diversité des croyances, des conceptions de la vie et des visions du monde ; l'existence d'idéologies pluralistes concurrentes». J. Carbonnier avait aussi constaté que désormais, «la diversité a envahi le milieu juridique» («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).

¹⁴⁵Paul-André Crépeau résume cette idéologie de la manière suivante : «[A]utoritarisme en matière familiale [...], individualisme dans le droit des biens [...], libéralisme en matière d'obligations conventionnelles [...]» (*supra* note 10 à la p. xxi).

¹⁴⁶Gaudet, *supra* note 27 à la p. 239. Voir l'aveu du législateur et la justification de son attitude dans les *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *supra* note 7 à la p. vii :

Si le Code civil, maintient, quant à certaines normes ou notions, un flou relatif, il traduit ainsi jusqu'à un certain point, les ambivalences et les intérêts diversifiés qui cohabitent dans la société. Il faut voir ces règles comme les pores par lesquels le code peut respirer, se vivifier et s'adapter par l'interprétation qui lui sera donné suivant l'évolution de notre société.

¹⁴⁷Voir sur ce point la synthèse de H.P. Glenn, «Droit québécois et droit français : Communauté, autonomie, concordance» dans Glenn, dir., *supra* note 3, 577.

¹⁴⁸Voir par ex. les *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *supra* note 7 à la p. 4, à propos du nouvel art. 1 C.c.Q. selon lequel «[t]out être humain possède la personnalité juridique ; il a la pleine jouissance de ses droits civils», inspiré de la *Charte des droits et libertés de la personne* : «Cet article reflète [...] une des règles essentielles du droit ; il reconnaît que l'être humain possède, du seul fait de son existence, la personnalité juridique et qu'il est sujet de droit». La jouissance des droits civils «constitue un attribut essentiel de la personnalité qu'un être humain possède du seul fait de son existence, dont il ne peut se départir et dont on ne peut le priver».

¹⁴⁹On retrouve fréquemment citée dans les études sur le C.c.Q. la phrase de Lacordaire selon laquelle c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit (voir par ex. *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, *supra* note 7 aux pp. 41, 81).

¹⁵⁰Voir Ouellette, *supra* note 84 à la p. 43 et s. Voir, déjà en 1966, l'opinion favorable du professeur Louis Baudouin, «La famille face à un code moderne» dans *Livre du centenaire (de 1966)*, *supra* note 3, 49 aux pp. 50-51.

tant que nécessité pratique et institution économiquement utile¹⁵¹. Cet individualisme juridique connaît d'ailleurs aujourd'hui un regain d'intérêt tant sur le plan des droits de l'homme ou de la personne (qui jouent un rôle de plus en plus grand dans la vie juridique) qu'en matière économique, où l'on assiste, conforté par la chute du collectivisme, à un renouveau du libéralisme économique¹⁵².

Dans cette perspective, on pourrait dire que les droits civils québécois et français contemporains, y compris au moment du centenaire de 1904, se caractérisent non pas par une révolution en matière d'individualisme juridique, mais plutôt par, d'un côté, un approfondissement et une extension de cet individualisme, et d'un autre côté, une transformation de l'idéal-type du citoyen moderne. En effet, à une vision essentiellement patrimoniale¹⁵³ du rôle de l'individu¹⁵⁴, s'est substituée une vision «entrepreneuriale»¹⁵⁵. Le modèle anthropologique du droit civil d'aujourd'hui est adapté à la réalité socio-économique et est perméable aux schèmes principaux de l'idéologie dominante¹⁵⁶.

Ainsi donc, comme le note Jean Carbonnier à propos du droit français, «[l]a propriété privée des moyens de production, le contrat, la famille [...] restent des réalités fondamentales, aujourd'hui comme en 1804»¹⁵⁷. De plus,

¹⁵¹Voir symptomatiquement le changement dans la justification du droit de propriété que constate Marcel Planiol au début du siècle (*Traité élémentaire de droit civil, supra* note 25 à la p. 748 et s.). Cette évolution est redevable des transformations de l'ontologie juridique vers la vision du droit comme fait et fonction sociaux.

¹⁵²Renouveau qui concerne aussi bien la France que le monde anglo-saxon depuis les années 1980. Sur ce dernier, voir notamment M. Azuelos, *L'économie du Royaume-Uni et des États-Unis depuis la fin des années 1970 : Structures, mutations, aspects terminologiques*, Paris, Presses Universitaires de France (coll. Perspectives anglo-saxonnes), 1994. Le regain du libéralisme économique entraîne avec lui un retour des idéologies libérales générales classiques, parfois qualifié de «néolibéralisme». Sur le «glissement idéologique» de la Gauche française en faveur du libéralisme, voir notamment le thème «La Gauche, expérience faite» dans la revue *Esprit*, n° 84 (décembre 1983). Quant au gouvernement québécois, la Confédération des syndicats nationaux va jusqu'à accuser son dernier budget de «pousser à fond sur l'accélérateur du néolibéralisme anti-social» (*Nouvelles CSN*, n° 379 (27 mai 1994) à la p. 5). Mais l'idéologie du C.c.Q. reste néanmoins beaucoup plus nuancée. Voir aussi *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne, supra* note 7 aux pp. 43, 45, 116, 146.

¹⁵³Avec une dimension immobilière plus marquée en 1804 qu'en 1866, ce qui se comprend.

¹⁵⁴On entend ici une vision fondée sur la possession, la richesse, envisagée assez statiquement, comme c'est le cas dans le *Code Napoléon* par exemple.

¹⁵⁵Voir la définition de la notion d'entreprise dans l'art. 1525 C.c.Q. On remarquera, en effet, l'utilisation croissante de la référence à la notion d'entreprise en droit français depuis quelques décennies, de même qu'en droit québécois dont la doctrine a été d'ailleurs influencée sur ce point par son homologue française. Sur l'esprit «entrepreneurial» du nouveau Code québécois, voir notamment *Sources des obligations : L'acte juridique légitime, supra* note 139, introduction ; C. Masse, «Nouvelle approche des contrats commerciaux dans le futur Code civil du Québec» dans *Formation permanente du Barreau du Québec, Développements récents en droit commercial*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1992, 117.

¹⁵⁶Rappelons que cette idéologie entrepreneuriale était déjà défendue en France au début du siècle par le Parti radical, qui, hostile au libéralisme aussi bien qu'au collectivisme, défend un programme basé sur l'abolition du salariat, l'universalisation de la propriété, en tant que condition même de la liberté et de la dignité, et une socialisation de l'économie suffisante pour redonner sa chance à la petite entreprise (voir G. Baal, *Histoire du radicalisme*, Paris, Découverte, 1994, notamment aux pp. 38-39).

¹⁵⁷*Droit civil : Introduction*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990 à la p. 135.

la responsabilité individuelle est toujours un principe essentiel et symbolique¹⁵⁸.

Par contre, toujours au nom de la personne — et notamment de sa responsabilité¹⁵⁹ — on multiplie les réglementations protectrices, en reconnaissant que la liberté abstraite n'est rien si les conditions socio-économiques lui sont défavorables. L'exigence d'épanouissement réel des individus et la prégnance du social amènent le législateur à limiter l'individualisme juridique. Ainsi les *Commentaires du ministre de la Justice* indiquent-ils que

[I]e Code civil du Québec met plus en évidence le respect de la personne humaine et de ses droits, *sans toutefois négliger l'expression de ses obligations et des devoirs qu'imposent les relations sociales*. Le code favorise aussi un nouvel équilibre notamment dans les relations familiales et en matière contractuelle où, tout en respectant les principes d'autonomie de la volonté et de libéralisme dans les conventions, il prévoit des tempéraments importants visant à protéger la partie la plus vulnérable [italiques dans l'original]¹⁶⁰.

Les objectifs de justice et de moralisation du droit face à un individualisme libéral «sauvage» correspondent d'ailleurs à une vision largement partagée et dominante de la démocratie contemporaine. S'il est vrai, comme on l'a beaucoup affirmé, que la démocratie sociale et économique est inhérente à la démocratie politique¹⁶¹, c'est, en tout cas, une ambition que l'on retrouve dans l'esprit du législateur de 1994¹⁶² et qui est déjà défendue en 1904 :

Une législation est démocratique quand elle cherche à établir, dans la réalité et non seulement dans les formules législatives, d'une part l'égalité des droits de tous les individus, d'autre part la protection des plus faibles. C'est bien à ces deux résultats que doit tendre le régime politique de la démocratie¹⁶³.

¹⁵⁸Au nom duquel est justifiée par exemple la non-généralisation de la lésion. Cette extension paraissait en effet susceptible de «diminuer dans une certaine mesure le sens des responsabilités des citoyens» (*Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *supra* note 7 à la p. 853). Comparer ORCC, L. V, *supra* note 37, art. 37.

¹⁵⁹La responsabilité implique en effet des obligations positives de comportement, dorénavant explicites et légalisées : ainsi, outre les art. 6 et 7 du C.c.Q., l'art. 1457 (équivalent du 1382 C. civ.) dispose que «[t]oute 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 à autrui [...]» ; l'art. 1458 indique quant à lui que «[t]oute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés» (voir *Commentaires du ministre de la Justice*, *ibid.* à la p. 886, et comparer avec les art. 1053-1054 C.c.B.-C ; ORCC, *ibid.*, art. 94).

¹⁶⁰*Ibid.* aux pp. vi-vii.

¹⁶¹G. Burdeau, *La démocratie*, Paris, Seuil, 1966. Voir aussi la tentative philosophique de John Rawls, dans sa *Théorie de la justice*, trad. par C. Audard, Paris, Seuil, 1987, pour concilier le droit individuel et son irréductibilité avec les exigences de la démocratie sociale redistributive. Sur le courant philosophique social-démocrate français (Fouillée, Marion, Renouvier) et l'idéologie solidariste (Bourgeois) qui ont accompagné la socialisation du droit au tournant du siècle, voir Niort, *supra* note 69, et plus généralement, C. Nicolet, *L'idée républicaine en France*, Paris, Gallinard, 1982.

¹⁶²«Le législateur a voulu que le Code civil du Québec reflète le contrat social de notre société de liberté et de démocratie» (*Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *supra* note 7 à la p. ix) ; il «porte les valeurs mises de l'avant par la société québécoise contemporaine : respect de la dignité humaine, responsabilité des individus et protection des plus vulnérables, démocratie et liberté» (*Un nouveau Code civil*, *supra* note 7 à la p. 3).

¹⁶³Tissier, *supra* note 98 à la p. 74. On retrouve en 1904 un net écho de cette conception sur la scène politique d'alors, dominée comme on l'a dit par le radicalisme. Gérard Baal (*supra* note 156

On a certes pu constater précédemment que, dans une large mesure, la «socialisation» du droit avait été beaucoup moins forte que prévu dans le nouveau Code québécois. Parfois, elle apparaît même moins nettement¹⁶⁴, toutes proportions gardées, que dans les discours des juristes réformateurs français du début du siècle¹⁶⁵. On peut probablement imputer cette attitude à ce renouveau néolibéral évoqué plus haut, ainsi qu'à la volonté du gouvernement québécois d'obtenir un consensus social en faveur du Code, de même que l'unanimité à l'Assemblée nationale, ce qui, bien sûr, impliquait une certaine souplesse vis-à-vis de ses positions initiales.

Néanmoins, le seul fait de consacrer l'idée que la loi doit se préoccuper de justice distributive, que l'État a vis-à-vis de l'individu des obligations positives (de même que les individus en ont entre eux), suffit à sortir le droit civil contemporain de l'orthodoxie libérale. Il existe un immense clivage, une véritable révolution intellectuelle entre Troplong, qui affirmait que le législateur devait se garder de transformer en obligations positives les devoirs de morale et d'humanité, se bornant à coordonner l'existence des libertés dans le cadre de l'égalité civile stricte¹⁶⁶, et Capitant pour lequel il faut au contraire que le droit

donne à chacun le pouvoir de profiter utilement de cette liberté, il faut qu'il répare l'injustice provenant des inégalités sociales, en mettant les faibles, les déshérités dans une situation telle qu'ils puissent se développer [...]. Ainsi, l'État a vis-à-vis de l'homme non seulement des obligations négatives, mais des obligations positives¹⁶⁷.

Telle est l'ambiguïté, l'ambivalence fondamentale du droit civil contemporain, divers dans ses inspirations philosophiques, à l'image de nos sociétés, et toujours à la recherche d'un «juste équilibre» entre les extrêmes, ces deux fléaux que sont le libéralisme échevelé d'une part et le dirigisme d'autre part¹⁶⁸.

à la p. 38) rappelle par exemple que, encore allié aux Jaressistes en 1904, le Parti radical avait proclamé lors de son congrès la même année sa volonté de «poursuivre, en même temps que l'émancipation intellectuelle et morale du prolétariat, son émancipation économique».

¹⁶⁴À l'exclusion du droit de la famille cependant.

¹⁶⁵Raymond Saleilles voulait par exemple généraliser la théorie des risques en l'insérant dans le Code par le biais d'une modification de l'article 1382 C. civ. (1905 BSEL à la p. 335 et s.). Voir aussi Ambroise Colin, qui va dans le même sens, et ajoute que l'on pourrait généraliser également la notion de contrat collectif (1905 BSEL aux pp. 84-85).

¹⁶⁶Troplong, qui refusait toute idée d'obligation civile créée par la loi et rejetait à ce titre l'art. 1370 C. civ., disait que les classes pauvres «doivent chercher dans l'activité individuelle le principe de leur progrès», et non pas «se traîner servilement à la suite de l'État, pour exiger de lui qu'il se fasse leur nourricier» (cité par Tissier, *supra* note 98 à la p. 76). Troplong ne fait qu'exprimer ici la position qu'ont défendue les libéraux tout au long du dix-neuvième et jusqu'au début du vingtième siècles (Bastiat, de Tocqueville, de Gérando, Jourdan, Paul Leroy-Beaulieu ...), position qui réapparaît de nos jours depuis la crise de l'État-providence. En 1904, ce sont la Société d'économie politique et le *Journal des économistes* qui se font les adversaires les plus acharnés des réformateurs «interventionnistes» du Code civil, en des termes à peu près identiques à ceux employés de nos jours (voir par exemple la discussion de cette Société sur le thème «Qu'est-ce qu'un capitaliste?», réunissant Frédéric Passy, Emmanuel Vidal, Alfred Neymark et Yves Guyot le 4 avril 1903, reproduite dans le *Journal des économistes* (avril 1903), 5^e série, t. 54 à la p. 87 et s.).

¹⁶⁷*Supra* note 70 à la p. 15.

¹⁶⁸Jean Pineau, qui constate que «[le] libéralisme absolu [...] est devenu inacceptable à une très forte majorité de citoyens», rappelle que les deux lignes de force du nouveau droit des obligations sont, d'une part «un meilleur équilibre dans les relations contractuelles», et d'autre part «l'accen-

Car, si la liberté «naturelle» tourne souvent à l'avantage du plus fort, la loi qui «libère» les citoyens renforce aussi le formalisme, alourdit les procédures, et, en dernière analyse, accentue le poids des activités de l'État.

Cette ambivalence peut même parfois tendre vers une certaine schizophrénie ou hypocrisie du droit civil, qui hésite souvent par exemple, spécialement en France, à consacrer symboliquement dans le Code des dispositions spécifiques de législations protectrices, comme pour garder intacts les principes individualistes libéraux qui dominent nos codes. Au risque de vider quelque peu ce droit commun de sa substance, alors que, quantitativement du moins, l'essentiel du droit civil réel est soumis à des législations particulières dérogatoires (santé, consommation, travail, location immobilière, circulation routière).

Cependant, cette ambivalence du droit civil d'une part, constitue la condition même de nos sociétés et d'autre part, doit être ramenée à l'indéniable constat de l'autonomie, au moins partielle, du droit vis-à-vis des idéologies politiques. C'est parce qu'elle est en général et traditionnellement plus ouverte que ces dernières à la réalité sociale et à sa complexité, que la pensée juridique arrive à proposer des positions et des conceptions plus nuancées, plus pondérées sur le juste et le droit, souvent aussi plus sages et plus raisonnables, et par conséquent plus durables.

À ce sujet, il est remarquable de constater la continuité extraordinaire qui unit par exemple la pensée juridique de Portalis et celle du nouveau Code québécois¹⁶⁹. Certes, dans certains domaines, tels la famille, les relations de travail, l'esprit n'est plus le même. Mais déjà en 1804 estimait-on que le «juste prix» d'une vente n'était pas celui qui résultait purement et simplement de l'accord contractuel¹⁷⁰, que la propriété n'était pas «absolue»¹⁷¹, et que l'ordre public, le

tuation de l'esprit protectionniste dans les contrats nommés», même si cet esprit a diminué d'ardeur dans la version définitive du Code comme on l'a rappelé plus haut. Mais ces deux idées-force sont réunies sous l'objectif général d'amélioration d'une «plus grande justice contractuelle» (*supra* note 103 à la p. 20). Voir aussi Baudouin, *supra* note 61 à la p. 7 et s., à propos de la «nouvelle moralité contractuelle» du droit civil québécois. Pour la situation du droit civil français contemporain, on pourra se reporter aux communications françaises dans le cadre du colloque international de droit comparé tenu en 1981 (*Codification : Valeurs et langage*, *supra* note 13), ainsi qu'à l'ouvrage intitulé *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, *supra* note 7.

¹⁶⁹Jean Pineau peut d'ailleurs très légitimement émailler sa présentation de l'esprit du C.c.Q. de nombreuses références à Portalis, dont la philosophie des lois est encore largement d'actualité (*supra* note 5).

¹⁷⁰Voir Portalis, «Examen des motifs du projet de loi relatif à la forme et à la nature de la vente» dans *Jean-Étienne-Marie Portalis : Écrits et discours juridiques et politiques*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988 à la p. 149 ; «Discours préliminaire sur le projet de Code civil» dans *ibid.* à la p. 57. Le Code civil français de 1804 sanctionnait en ce sens la lésion en matière de partage successoral (art. 887, al. 2), de vente immobilière (art. 1674) et de société (art. 1872). Ces dispositions seront d'ailleurs dès la Restauration fortement critiquées par les libéraux. Profitons-en pour dénoncer l'utilisation abusive de la formule d'Alfred Fouillée selon laquelle «Qui dit contractuel dit juste», à laquelle nous reconnaissons d'ailleurs avoir cédé un temps, formule tirée de son contexte et dénaturant en réalité la pensée d'un auteur au contraire orienté vers la contestation de l'individualisme libéral outrancier. Il s'agit là d'un contre-sens flagrant (voir Niort, *supra* note 69).

¹⁷¹Voir par ex. Fenet, t. 12, *supra* note 45 aux pp. 258-59 ; t. 14 aux pp. 57-58 (Bonaparte), et les extraits cités dans F. Ewald, dir., *Naissance du Code civil*, Paris, Flammarion, 1989 aux pp. 267 et s., 276, 281. Planiol ne s'y était pas trompé dans sa critique de l'art. 544 (*Traité élémentaire de*

bien commun et la justice devaient avoir la prééminence dans les principes du droit¹⁷².

Il est passionnant de réaliser à quel point ce sont les interprétations des codes, plus ouvertes aux courants idéologiques et à leurs besoins intrinsèques de légitimation, qui en ont changé l'esprit, souvent en le radicalisant¹⁷³. Dans une large mesure, nombre des exigences interventionnistes d'aujourd'hui auraient pu être remplies en recourant simplement aux principes et aux dispositions originelles des codes de 1866¹⁷⁴ et de 1804¹⁷⁵, interprétées ou complétées dans un sens adéquat¹⁷⁶.

Plutôt que de citer ici Saleilles¹⁷⁷, il est encore plus probant de citer le socialiste Emmanuel Lévy, qui se déclarait convaincu au début du siècle que l'article 1382 C.N., opportunément interprété, permettrait presque à lui seul d'assurer le progrès du droit vers un état de responsabilité plus socialisé¹⁷⁸. Jean

droit civil, *supra* note 25 à la p. 753 et s.), pas plus que Saleilles (*supra* note 20 à la p. 111), ou que Georges Ripert (dans sa thèse, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Paris, Rousseau, 1902). Et voir aujourd'hui par exemple C. Atias, «Ouverture» (1985) 1 *Droits : Revue française de théorie juridique* 5 à la p. 8 et s.; et sa contribution ainsi que celle de Joseph Comby dans l'ouvrage collectif, *Un droit inviolable et sacré : La propriété*, Paris, Association des études foncières, 1989.

¹⁷²Ainsi «la justice, les bonnes mœurs et l'utilité publique» sont autant de limites à la «liberté de contracter» selon Portalis («Discours préliminaire sur le projet de Code civil», *supra* note 170 à la p. 54). Sur tous ces points voir mes deux articles, *supra* note 88.

¹⁷³Ainsi en est-il de la théorie de l'autonomie de la volonté, «inventée» à la fin du dix-neuvième siècle en droit international privé et appliquée au *Code Napoléon* à la fois pour critiquer, chez certains, et pour louer, chez d'autres, l'idéologie individualiste du Code, qui l'est bien moins qu'on ne le pensait et qu'on ne le pense encore souvent (voir Ranouil, *supra* note 102).

¹⁷⁴Pineau, *supra* note 103 à la p. 20; Pineau, *supra* note 5 à la p. 438. Voir aussi J. Pineau, «Les grands objectifs et les lignes de forces de la réforme» (1989) 30 C. de D. 587 à la p. 588 :

Pourtant, ce Code civil [du Bas-Canada] fournissait aux tribunaux des armes leur donnant la possibilité de mettre, dans les contrats, un peu plus de justice : la théorie des vices du consentement, la notion de bonne foi, l'interprétation des contrats, l'ordre public ! Mais on n'a pas su, ou on n'a pas voulu les utiliser et on a préféré donner au Code une *interprétation* volontariste.

Voir dans le même sens, le président Ballot-Beaupré en 1904 (*Le centenaire du Code civil, 1804-1904*, *supra* note 25 à la p. 28 et s.). Voir par exemple une tentative de fonder juridiquement la lésion sur le principe de l'équité contractuelle dans Georges Massol, *La lésion entre majeurs en droit québécois*, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1989, notamment à la p. 58 et s.

¹⁷⁵Voir par ex. Marcel Planiol à propos de l'art. 6 C. civ., dans son *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, *supra* note 103 à la p. 111 et s.

¹⁷⁶On constate au contraire une rigidité *croissante* des tribunaux dans l'interprétation des codes français et québécois au dix-neuvième siècle. Ainsi la Cour de cassation écartait par exemple toute pertinence à la référence à l'«équité» (art. 1135 C. civ.) dans l'arrêt de principe du 3 mars 1876 (D.P. 1876.I.193). C'est d'ailleurs dans cette période de domination idéologique de l'individualisme libéral qu'a été confectionné le C.c.B.-C, et qui par conséquent est déjà considérablement moins favorable au protectionnisme que le C. civ. Et la disposition similaire à l'art. 1135 précité qu'il contient malgré tout (l'art. 1024), a été restrictivement interprétée par les tribunaux. Voir P.-A. Crépeau, «Le contenu obligationnel d'un contrat» (1965) 43 R. du B. can. 24. Sur le conservatisme judiciaire québécois dans l'interprétation du C.c.B.-C, voir aussi Baudouin, *supra* note 61 à la p. 8.

¹⁷⁷*Supra* note 20 à la p. 113.

¹⁷⁸Pour Emmanuel Lévy, l'article 1382 rendrait même «juridiquement» possible «ce qu'il est convenu d'appeler la révolution sociale» («L'exercice du droit collectif» [1903] *Rev. trim. dr. civ.* 95 à la p. 96).

Jaurès lui-même, sans aller si loin, remarquait à propos du *Code Napoléon* que «la société bourgeoise elle-même n'a pu assurer son fonctionnement sans soumettre la *propriété individuelle* à des démembrements, à des restrictions, à des règles qui semblent annoncer un droit social nouveau»¹⁷⁹.

Ainsi, nonobstant les critiques dont ils ont fait l'objet, notamment de la part de juristes de *common law*¹⁸⁰, les codes civils français et québécois, héritiers d'une sagesse juridique inillénnaire¹⁸¹, à mi-chemin entre le juste et l'utile¹⁸², entre le moralisme et l'amoralisme, loin de favoriser la formation d'un esprit servile et timoré de la part de ses interprètes et du législateur, leur fournissent plutôt un corpus cohérent de règles, inspiré par une pensée raisonnable et pondérée. Un corpus souple et évolutif, apte à remédier pour une part à la crise actuelle des sources du droit¹⁸³, qui renvoie d'ailleurs en définitive le législateur et la société à leur liberté et leur responsabilité dans leurs choix politiques et sociaux¹⁸⁴.

Rendons donc hommage aux codificateurs de 1804, de 1866 et de 1994, ainsi qu'aux réformistes de 1904, pour avoir eu l'immense mérite d'illustrer cette liberté de choix de l'homme vis-à-vis des règles qu'il se donne, en ne confondant pas le *conservatisme*, trop souvent hélas apanage du monde juridique¹⁸⁵, avec *l'esprit conservateur*, généralement si mal compris¹⁸⁶. Paul-André Crépeau cite à cet égard cette phrase du professeur André Morel : «L'innovation n'est pas synonyme de trahison ; ni la fidélité, condamnation du changement»¹⁸⁷.

¹⁷⁹Études socialistes, Paris, Édition des Cahiers, 1901 à la p. 172.

¹⁸⁰Paul-André Crépeau me rappelait, par exemple, qu'à l'occasion des travaux d'*Unidroit* à Rome auxquels il participait en 1993, les avocats de la *common law* s'étaient farouchement opposés à l'emploi du terme «codification» du droit des contrats du commerce international, au profit de celui, plus neutre, de «réglementation».

¹⁸¹Rappelons que le Code romain de Justinien date de 529 ap. JC, et qu'il est «glosé» en Europe par les juristes universitaires depuis le XII^e siècle.

¹⁸²Voir M. Coipel, «La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile» dans *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, supra note 7, 79.

¹⁸³La codification peut en effet apparaître comme un palliatif important à l'inflation législative et à l'éparpillement des sources du droit par exemple (voir R. Cabrillac, *Introduction générale au droit privé*, Paris, Eyrolles, 1992 au n° 163 et s.).

¹⁸⁴Voir Saleilles, supra note 20 à la p. 111 :

[I] serait difficile d'imaginer, pour l'époque tout au moins, une législation qui pût se prêter mieux que le Code civil, en dépit de ses origines philosophiques, à cette évolution des idées et des conceptions sociales. [...] Il n'a que des solutions positives, toujours faciles à adapter à tous les systèmes philosophiques ou sociaux.

¹⁸⁵Voir supra notes 25, 33, 174, 176. Voir aussi G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955 ; É. Thaller, «Avant-Propos» dans *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, supra note 134 à la p. 7 et s. Ce conservatisme se rencontre *a fortiori* pour une recodification (voir Baudouin, «Réflexions sur le processus», supra note 11 à la p. 824 et s. ; Larnaude, supra note 33 à la p. 915 et s.). Portalis parlait à cet égard du risque de «désobéir [à la loi] par esprit de servitude [à sa lettre]» («Discours préliminaire sur le projet de Code civil», supra note 170 à la p. 30).

¹⁸⁶Selon Ripert le «conservateur» n'est pas systématiquement hostile à tout changement ; il est seulement, par formation et en raison de l'objet même de sa discipline qui est l'étude des fondements de la stabilité sociale, tourné vers le passé. Comme dit Portalis, «il est utile de conserver tout ce qui n'est pas nécessaire de détruire» (*ibid.* à la p. 34). Voir sur ce point Gaudet, supra note 28 à la p. 228 et s.

¹⁸⁷Cité dans la préface au rapport de l'ORCC, L. 1^{er}, supra note 37 à la p. xxix ; cité également

Concluons en indiquant qu'au terme de l'étude comparative menée sur cet «axe» 1904-1994, on a bien l'impression que le nouveau Code québécois a provisoirement clos un vaste processus de remise en cause du droit civil issu des codifications du dix-neuvième siècle, processus qui s'est en fait déroulé tout au long du vingtième siècle, de concert avec les mutations de tous ordres que celui-ci a connu, et qui avaient déjà été, reconnaissons-le, bien perçues par les révisionnistes de 1904 ... Ceux-ci, à défaut d'avoir réussi leur tentative (bien compréhensible vu la précocité de leurs efforts de réforme), ont au moins eu le mérite de lancer le débat ; le Québec, et non pas la France, aura eu celui d'en proposer une synthèse intéressante, à l'aube du vingt-et-unième siècle. Pour ma part, j'estime que le nouveau *Code civil du Québec*, malgré ses indéniables (et parfois inévitables) imperfections, aura bien relevé les défis de la société occidentale moderne¹⁸⁸.

par Pineau, *supra* note 5 à la p. 444. D'autre part, voir dans le même sens la préface collective du *Livre du centenaire (de 1904)*, *supra* note 14, spécialement aux pp. x-xi, qui illustre magnifiquement l'esprit juridique conservateur. Voir aussi le discours du président Baudouin dans 1904 BSEL à la p. 100 et s.

¹⁸⁸On me permettra cette petite remarque finale, en guise d'invitation à la discussion : «société occidentale moderne» peut s'entendre également selon moi de la société anglo-saxonne. Elle est à peu près confrontée aux mêmes défis socio-économiques que son homologue de tradition civiliste. Sur le plan juridique, on remarquera d'ailleurs avec A. Watson (*The Making of the Civil Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1981) que c'est surtout un événement historique — rappelé *supra* note 181 —, bien plus que des facteurs sociaux, qui a déterminé la séparation des systèmes de *common law* et de droit civil. Et de même qu'avant le treizième siècle, et même bien au-delà (voir les contributions de H. Jaeger (à la p. 13 et s.) et G. Augé (à la p. 71 et s.) à «Philosophies du droit anglaises et américaines» (1970) Arch. phil. dr., notamment sur l'influence du droit romain et du droit français sur le droit anglais), ces systèmes juridiques se rejoignent aujourd'hui (voir H.P. Glenn, «La civilisation de la common law» (1993) R.I.D.C. 559). Et le nouveau Code québécois, exceptionnellement situé dans un monde juridique au carrefour de ces systèmes, intégrant maintes notions juridiques de *common law* dans un esprit civiliste avec une certaine réussite, prouve, semble-t-il, que le Code civil devrait convaincre nombre de juristes anglo-saxons de son utilité, à la suite des Jeremy Bentham, Duddley Field et autres John Austin et Joseph Story (voir notamment M.F. Hoeflich, «John Austin and Joseph Story : Two Nineteenth Century Perspectives on the Utility of the Civil Law for the Common Lawyer» (1985) 29 Am. J.L.H. 36). *A fortiori*, dans l'optique de cet esprit juridique conservateur (mais pas conservatiste) dont on a parlé plus haut, qui ne serait spécialement pas pour déplaire à nos amis anglais ...