
Les silences du *Code civil du Québec*

Maurice Tancelin*

Attention, un code peut en cacher un autre ! Le «remplacement» du Code civil de 1866 par celui de 1991 ne veut pas dire qu'on en ait forcément terminé avec le premier. À l'aide de deux exemples tirés des principes de la responsabilité civile et du statut juridique du corps humain, l'auteur s'interroge sur les conséquences de la non-reproduction de certains articles d'importance majeure de la première rédaction du Code civil. Il soutient la thèse selon laquelle l'absence d'un article ne signifie nullement sa nécessaire abrogation, sauf disposition formelle en sens contraire. Il conclut par des réserves sur la façon dont la mise à jour du Code civil a été menée depuis l'origine, contrairement aux vœux des Commissaires de 1866, dont le Rapport continuera d'être une référence pour les sources, faute d'un document équivalent, en dépit d'apparences trompeuses, pour la rédaction de 1991.

Warning: one code may be hiding another! The "replacement" of the 1866 Civil Code by the Code of 1991 does not necessarily imply that we are through relying on the first. Using two examples drawn from the principles of civil liability and from the legal status of the human body, the author examines the consequences of the omission of crucial provisions found in the first Civil Code. He argues that the absence of an article does not inevitably mean that it has been repealed, unless there is a specific formal provision to that effect. He concludes with some reservations as to the methodology adopted since the beginning of the reform, which was contrary to the wishes of the Codifiers of 1866. The Codifiers' Report will continue to serve as a source of interpretation, for lack of an equivalent document for the 1991 version, despite misleading appearances.

* Professeur à l'Université Laval.

Sommaire

Introduction

I. Les articles 1056, 1056a, 1056d et 1057 C.c.B.-C. — la responsabilité civile et légale

II. L'article 1059 C.c.B.-C. — le statut juridique du corps humain

Conclusion

* * *

Introduction

Parmi les dispositions du Code civil de 1866 qui ne sont pas reproduites dans la rédaction de 1991, un certain nombre sont essentielles. Comme l'abrogation implicite n'a pas cours dans notre droit¹, on ne peut conclure du seul silence du texte nouveau à un rejet par le droit positif du contenu d'un article non réédité. Cette solution s'impose d'autant plus que les dispositions finales disent bien qu'il s'agit d'un remplacement et non d'une abrogation. L'article 10 de la *Loi d'interprétation*² fait du remplacement une catégorie techniquement distincte de l'abrogation. Le sens du mot remplacement ne doit pas être recherché dans le *Petit Larousse illustré*, n'en déplaise à certains. Un code n'est pas un filtre à huile : on ne jette pas l'ancien pour mettre le nouveau à la place. Il va falloir vivre pendant encore plusieurs années avec «les codes civils» comme disaient les éditeurs depuis la tentative avortée de 1980³.

La consolidation de la jurisprudence, qui constitue la partie réussie du *Code civil du Québec*, occupe une place tellement importante qu'on est plutôt devant un *Restatement* à l'américaine que devant une codification au sens où on entendait cette opération en Europe au XIX^e siècle et au Québec en 1866. C'est dans cette perspective qu'il convient d'insister sur la signification technique de remplacement opposé à abrogation.

Remplacer en droit législatif veut dire substituer une rédaction à une autre, avec maintien sans solution de continuité, c'est-à-dire sans interruption de ce qui n'est pas changé. Le remplacement conduit à rechercher avec précision ce qui est nouveau dans la nouvelle rédaction, car tout ne l'est pas, tant s'en faut.

¹P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1990 à la p. 87 et s.

²L.R.Q. c. I-16.

³La seule formule pratique d'édition du nouveau texte pour la période transitoire est celle de M^e Marjolaine Gaudet, qui montre le texte du Code de 1866 vis-à-vis l'article correspondant du Code de 1991, dans *Les codes civils comparés et dispositions transitoires*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993.

Le *Code civil du Québec* n'est pas exactement au sens juridique un nouveau code civil, contrairement à l'opinion courante. Au sens courant on peut bien parler de nouveau code, mais juridiquement le mot «nouveau» appliqué au droit a un sens déterminé qui est oublié quand on s'exprime ainsi. La question est loin d'être purement sémantique; c'est du fond du droit qu'il s'agit. Si le chapitre 64 des Lois de 1991 avait abrogé le Code civil de 1866, le *Code civil du Québec* serait de droit nouveau. Avec un remplacement au lieu d'une abrogation, ne constituent du droit nouveau que les dispositions nouvelles. Tout ce qui est réédité sans modification même formelle est du droit ancien. Ce qui est modifié formellement est du droit nouveau *ou* du droit ancien *selon ce qu'en décidera la jurisprudence*.

Ces lapalissades ont des conséquences moins évidentes. La méthode suivie a pour effet que le Code de 1991 est susceptible d'être interprété comme un nouveau code ne conservant que le minimum de l'ancien ou à l'inverse comme l'ancien Code modifié seulement sur des points précis. L'ambiguïté inhérente au recours ouvert et poussé à la discrétion judiciaire est accrue de façon exponentielle par toutes les questions implicitement laissées à l'interprétation : d'innombrables fils laissés pendants devront être noués par la jurisprudence. Le nouveau texte ouvre un siècle d'incertitude juridique, notamment par ses silences. La problématique du silence du texte est complexe. Un texte peut ne pas être reproduit pour toutes sortes de raisons. On peut essayer d'en dresser une liste mais on ne peut pas prétendre qu'elle soit exhaustive. Il s'agit d'un problème d'herméneutique, non d'un problème technique dont les paramètres seraient identifiables avec certitude⁴.

Une première raison est que le texte non reproduit émettait une pure évidence : ce qui va sans dire n'est simplement pas dit, contrairement à la sagesse populaire. Ainsi l'article 993, deuxième alinéa C.c.B.-C., disposant que le dol ne se présume pas et doit être prouvé n'est pas reproduit à l'article 1401 C.c.Q. : nul ne songerait à soutenir que la règle soit abandonnée, d'autant moins qu'elle est dite sous forme du précepte inverse à l'article 6 C.c.Q.

Une autre raison allant aussi dans le sens de la continuité est que le texte non reproduit édictait une règle spécifique qui est incluse dorénavant dans une règle plus générale. Ainsi les articles 1058 et 1472 C.c.B.-C. parlent d'une obligation de donner qui a disparu des articles 1373 et 1708 C.c.Q., ce dernier parlant plus exactement de transfert de propriété, désormais inclus dans l'expression obligation de faire. La modification est purement formelle.

Voici deux exemples nullement limitatifs de traitement par prétérition de deux règles essentielles qui sont manifestement inchangées. Ils vont dans le sens de la règle selon laquelle l'abrogation tacite n'aurait pas sa place en droit dans

⁴À propos du silence de Rousseau sur la traite des Noirs, voir L. Sala-Molins, *Le Code Noir ou le calvaire de Canaan*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987 à la p. 245 :

On prend des risques en argumentant *a silentio* : il n'a rien dit, il pensait donc qu'il n'y avait rien à dire ; ou bien, il n'a rien dit de concret ni de singulier parce qu'il a parlé suffisamment haut et clair en termes généraux. Il faut choisir l'une ou l'autre des deux explications, pour sonder le silence.

un texte de remplacement. Est-ce dire qu'il faille toujours une disposition expresse du nouveau texte pour écarter avec certitude une solution reçue sous l'empire du texte précédent et non rééditée ? La complexité des règles d'interprétation va à l'encontre d'une telle simplification.

Il est possible que la solution d'un texte non reproduit soit interprétée comme étant rejetée non seulement du fait de sa contradiction formelle avec un texte nouveau (abrogation explicite), mais aussi du fait de son incompatibilité déclarée par interprétation judiciaire avec une ou plusieurs dispositions nouvelles (abrogation indirecte). À partir de cette constatation, on voit l'immensité du chantier ouvert par la Refonte du Code civil telle qu'elle a été finalisée.

Faute de méthodologie déclarée sur ce point essentiel, la refonte de 1991 est une boîte noire au sens technique du *Petit Robert* : «[D]ispositif dont on connaît la réponse à un signal d'entrée, mais dont on ignore le fonctionnement interne». Dans la mesure où l'interprétation judiciaire est la clé du fonctionnement interne du droit, un code n'en est plus un s'il s'en remet ouvertement au juge non seulement dans des cas précis dont il est possible de faire l'inventaire, mais surtout dans des cas, à découvrir, où le texte est ambigu. La boîte noire peut facilement devenir une boîte à malice si les ambiguïtés portent sur des questions trop importantes ou si elles sont trop nombreuses.

Nous avons choisi, à titre d'exemple d'ambiguïtés portant sur des points essentiels, les articles 1056 à 1059 C.c.B.-C., une suite d'articles non reproduits dans la refonte de 1991. Nous ne reviendrons pas sur l'article 1058 C.c.B.-C. puisqu'il est clair que «donner» voulait dire transférer la propriété et que le transfert de propriété peut être analysé comme une obligation de faire. La modification est donc terminologique et non substantive.

I. Les articles 1056, 1056a, 1056d et 1057 C.c.B.-C. — la responsabilité civile et légale

À en croire les tables de concordance, dont l'autorité purement doctrinale risque d'être ravageuse, les articles en question ne sont pas réédités. À la place de cette interprétation littérale, la table de concordance suivante est proposée et sera défendue :

<u>C.c.B.-C.</u>	<u>C.c.Q.</u>
1056	1457, al. 2
1056a	1457, al. 1
1056d	1457, al. 1
1057	1372, 1457, al. 1

Les deux articles centraux, 1056 et 1057 C.c.B.-C. ne sont certainement pas abandonnés du fait de leur non-reproduction dans les mêmes termes. Ce n'est pas ici la place de refaire l'histoire de l'article 1056 C.c.B.-C., entré au Code civil de 1866 par effraction commise contre les institutions démocratiques. Cet article, dont l'interprétation erronée a privé pendant cinquante longues années de multiples victimes de leur droit à réparation a été finalement

remis à sa place par l'arrêt *Laurent*⁵. Ainsi a été rejetée dans les ténèbres extérieures la sinistre jurisprudence minoritaire *Regent Taxi*⁶. Il est indiscutable qu'en ne reproduisant pas l'article 1056 C.c.B.-C. on a entériné *par prétérition* la jurisprudence *Laurent*. On a du même coup condamné une interprétation de l'article 1053 C.c.B.-C. qui était restrictive, voire minimisante et contraire à l'article 12 C.c.B.-C., devenu 41 et suivants de la *Loi d'interprétation*. L'article 1056 C.c.B.-C. est dorénavant inclus dans l'article 1457, deuxième alinéa C.c.Q., qui ne fait tout simplement plus de distinction entre les victimes, désignées par le mot inchangé «autrui». C'est un cas où une règle spécifique est comprise dans une règle générale. Le droit positif est inchangé, à ceci près que techniquement l'interprétation de l'article 1457, deuxième alinéa C.c.Q. est à l'abri de l'interférence de tout autre article, à la différence de l'article 1053 C.c.B.-C. avec l'ombre portée par l'article 1056 C.c.B.-C.

L'article 1057 C.c.B.-C. a été traité d'autre façon que l'article 1056 C.c.B.-C., puisque la jurisprudence *contra legem* le concernant n'a jamais été répudiée par la Cour suprême. Il n'y a pas eu d'arrêt équivalent à l'arrêt *Laurent* pour l'article 1057 C.c.B.-C. Il y a eu au contraire un arrêt *Lapierre*⁷ qui a endossé l'abrogation jurisprudentielle de l'article 1057 C.c.B.-C. Ici les héritiers spirituels du juge Mignault ont remporté la manche.

Pourtant l'affaire *Lapierre* a eu une suite législative : une loi est intervenue pour corriger le caractère inacceptable de la décision⁸. La question se pose alors de savoir comment il se fait que le législateur, qui a dû intervenir à la pièce pour corriger le résultat de l'affaire *Lapierre*, n'ait pas jugé opportun de le régler de façon générale dans la «réforme» du Code civil, en dépit de l'énormité du problème du sang contaminé par exemple ? Est-ce dire que le législateur québécois se considère comme réduit à réagir ponctuellement, le cas échéant aux décisions politiquement inopportunes de la jurisprudence plutôt que de prendre les devants en donnant des directives propres à influencer le comportement des agents sociaux ? Dans un système de droit civil, qui est dépositaire du droit commun : le juge ou le législateur ?

Il y a une réponse à toutes ces interrogations soulevées par la disparition apparente de l'article 1057 C.c.B.-C. dans la Refonte de 1991. Enfermé dans la logique de la première phase du capitalisme, les groupes de pression qui ont l'oreille du gouvernement ont soigneusement banni du Code civil de 1991 toute allusion explicite à l'indemnisation sans faute, que la deuxième phase du capitalisme, celle du *New Deal* et de l'État-providence avait dû mettre au point pour survivre : les lois d'indemnisation en matière de travail puis d'automobile et les multiples lois spéciales sont pudiquement tenues à l'écart du temple du droit

⁵*Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605, 3 C.C.L.T. 109 [ci-après *Laurent*].

⁶*Regent Taxi & Transport Company c. Congrégation des petits frères de Marie*, [1929] R.C.S. 650, [1930] 2 D.L.R. 353, M. le juge Mignault (dissident).

⁷*Québec (P.G.) c. Lapierre*, [1985] 1 R.C.S. 241, 16 D.L.R. (4^e) 554 [ci-après *Lapierre*]. Une hypothèse de recherche à falsifier consiste à rechercher si cette décision a eu un effet sur le comportement des responsables du scandale du sang contaminé au Canada.

⁸*Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q. c. P-35, art. 16.1-16.5, mod. par L.Q. 1985, c. 23, art. 18, 26.

civil. Les allusions directes que faisait le Code civil de 1866, dûment complété par des lois particulières au cours des années, les articles 1056*a* et 1056*d* notamment ont été gommées.

Comment savoir si le passage aux profits et pertes de ces deux derniers articles dans les tables de concordance est le fruit d'un lapsus ou d'une volonté délibérée de venir à bout de ces lois «sociales»? Quel sera le résultat de ce qui apparaît de prime abord comme une tartufferie tout à fait dans le goût de l'époque, contre ces lois?

Il est possible de lire le *Code civil du Québec* autrement. L'article 1457 C.c.Q. fait l'objet dans les tables de concordance d'un traitement *global*, en dépit de sa division en trois alinéas. Ces tables en donnent comme concordance les articles 1053 et 1054, premier alinéa C.c.B.-C. Ces deux concordances sont celles des alinéas deuxième et troisième : l'alinéa premier est passé à l'as, tout simplement.

Or cet alinéa premier qui vise «[t]oute personne» est évidemment distinct du deuxième alinéa, qui ne vise que *certaines* personnes, celles qui sont douées de raison : «Elle est, lorsqu'elle est [...]» dit élégamment ce deuxième alinéa, qui introduit, à lui seul, la condition de la faute. Il faut donc trouver une concordance propre à l'article 1457, premier alinéa C.c.Q. dans le *remplacement* du texte de 1866 par celui de 1991 : cette concordance est, selon nous, l'article 1057 C.c.B.-C., notamment.

L'article 1057 C.c.B.-C. a deux concordances dans le *Code civil du Québec* : de façon générale l'article 1372 C.c.Q., qui vise «tout acte ou fait auquel la loi attache d'autorité les effets d'une obligation» [nos italiques] et de façon spécifique l'article 1457, premier alinéa C.c.Q., qui reprend soixante-dix ans plus tard les termes utilisés par Lord Sumner dans *Vandry*⁹.

En disant «[t]oute personne [...]» à l'alinéa premier, on peut soutenir que l'article 1457 C.c.Q. reprend mot pour mot la supposition de Lord Sumner dans la discussion sur l'article 1054 C.c.B.-C. : «Toute personne est responsable»¹⁰. Certes l'article 1054 C.c.B.-C. ne le disait pas comme ça, mais l'article 1457 C.c.Q. commence la Section I, «Des conditions de la responsabilité» *en le disant* : «Toute personne a le devoir de [se conduire] de manière à ne pas causer de préjudice à autrui». Cet alinéa premier a une portée incontestablement plus générale que l'alinéa deuxième, qui n'est que la règle générale au second degré¹¹. Cependant le choix de la présentation formelle des différentes règles est susceptible de maintenir des débats artificiels.

En effet l'article 1457 C.c.Q. aurait pu faire l'objet de trois articles distincts plutôt que d'un seul divisé en trois alinéas. Ce faisant, on aurait conféré incontestablement à ce qui est devenu l'article 1457, premier alinéa une auto-

⁹*Quebec Railway, Light, Heat and Power Co. c. Vandry*, [1920] A.C. 662 aux pp. 674-75 (C.P.).

¹⁰*Ibid.* à la p. 678 (en français dans le texte de l'arrêt).

¹¹Pourtant l'article 1457, premier alinéa C.c.Q., modifiant l'article 1515, premier alinéa de l'Avant-projet de 1987 relatif aux obligations passe déjà inaperçu sous sa première forme. Voir N. Kasirer, «The *infans* as *bon père de famille*: 'Objectively Wrongfull Conduct' in the Civil Code Tradition» (1992) 40 Am. J. Comp. L. 343 à la p. 355.

nomie plus marquée par rapport aux deux suivants. En ne le faisant pas, on a savamment laissé la possibilité pour les traditionalistes de lire dans l'article 1457, premier alinéa un énoncé général de principe annonçant les règles des deux alinéas suivants. Cependant les juges qui se risqueraient à cette interprétation diluante devraient au préalable franchir l'obstacle de l'article 41 de la *Loi d'interprétation* modifié par l'article 602 de la *Loi d'application*¹². Car une lecture de l'article 1457, premier alinéa comme une annonce ou une introduction à l'article 1457, deuxième alinéa, le tout rééditant purement et simplement l'article 1053 C.c.B.-C. est impossible en vertu des nouvelles règles d'interprétation : elle serait ouvertement *contra legem* par rapport à la *Loi d'interprétation*.

En somme tant l'article 1056 et ses acolytes 1056a et 1056d notamment que l'article 1057 C.c.B.-C. sont bel et bien repris sous une autre forme dans le *Code civil du Québec*. Il en est de même à notre avis de l'article 1059 C.c.B.-C.

II. L'article 1059 C.c.B.-C. — le statut juridique du corps humain

Les tables de concordance passent également l'article 1059 C.c.B.-C. aux profits et pertes. Là encore les correspondances suivantes peuvent être proposées :

<u>C.c.B.-C.</u>	<u>C.c.Q.</u>
1059	2795, 2876

La contraction en forme de contorsions stylistiques des articles 1058 à 1062 C.c.B.-C. dans les deux articles 1373 et 1374 C.c.Q. ne doit pas seulement être complétée par la concordance de l'article 1061, deuxième alinéa C.c.B.-C. avec 631 C.c.Q., mais aussi par celle de l'article 1059 C.c.B.-C. avec les deux articles qui reprennent la formule de choses dans le commerce sous la forme inversée de bien «mis hors commerce» ou de «ce qui est hors commerce». Il est manifeste qu'on est devant la même transformation que celle de l'article 993, deuxième alinéa C.c.B.-C. dans l'article 6 C.c.Q. Le renversement de la formule constitue de l'agitation législative stérile. Au fond il n'y a rien de changé.

Dans le cas de l'article 1059 C.c.B.-C., l'absence de méthode de la refonte consistant à reprendre ou à ne pas reprendre un article selon la fantaisie des équipes de rédaction est particulièrement grave en l'absence d'un statut juridique du corps humain. Pourtant avec les progrès fulgurants de la science médicale, ce statut aurait dû être une des priorités de la réforme.

Le *Code civil du Québec* a remplacé le cadavre humain du Code civil de 1866¹³, par le corps humain¹⁴, notamment sous les rubriques «Du respect du

¹²Loi sur l'application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, c. 57, art. 602 :

L'article 41 de la Loi d'interprétation (L.R.Q., chapitre I-16) est modifié par le remplacement du premier alinéa par le suivant :

«41. Toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage».

¹³Art. 22, 66 C.c.B.-C.

¹⁴Art. 42 et s., 126 et s. C.c.Q.

corps après le décès» et «Des actes de décès». Cependant il ne contient aucun élément d'un statut juridique du corps humain, distingué littéralement de la personne, dont il est question à partir de l'article 2 C.c.Q. On constate seulement que cette personne est subitement qualifiée de physique à l'article 303 C.c.Q., à propos de la personne morale.

Il est évidemment impossible de prétendre que le corps humain possède les attributs de la personne énoncés notamment aux articles 1 à 6 C.c.Q. Telle est pourtant l'incohérence à laquelle aboutit la doctrine selon laquelle «[l]e corps c'est la personne»¹⁵, que le *Code civil du Québec* semble avoir faite sienne.

Si le corps humain et *a minori* ses éléments organiques composants n'entrent pas dans la catégorie des personnes, ils font nécessairement partie de celle des biens. Comme le note avec raison Jean Pierre Baud, en invoquant l'article 1128 du *Code civil* français «à propos de l'être humain, on affirme que son corps est une chose»¹⁶. Si le corps humain est inévitablement une chose au sens juridique, quelle serait la signification de la suppression de l'article 1059 C.c.B.-C. qui dispose expressément : «Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet d'une obligation» ?

Une fois de plus, le silence de la refonte conduit à deux solutions possibles contraires. Ou bien la non-reproduction du texte ne change rien. On peut invoquer à l'appui de cette première branche de l'alternative les deux articles précités référant à la catégorie négative du hors commerce, où le corps humain aurait sa place.

À l'inverse on peut prétendre que le corps humain n'est pas *a priori* une chose hors commerce. Les modifications apportées au Code civil de 1866 avant la refonte de 1991 permettent de le soutenir. Le droit civil du Québec a commencé dans les années soixante-dix à mettre le corps dans le commerce juridique en autorisant la vente de ses parties «susceptibles de régénération» : le lait, les ovules, le sperme, les cheveux et surtout le sang¹⁷. C'est l'époque où l'on a parlé de «location d'utérus» et de «grossesse par procuration», dans un langage médico-légal digne d'Orwell.

Le *Code civil du Québec* ne cède que sur le caractère onéreux de l'aliénation des parties renouvelables, devenues symboliquement des «produits du corps»¹⁸. Le corps peut toujours faire l'objet d'une disposition à titre gratuit : dans cette mesure, il est bel et bien laissé dans le commerce juridique par la refonte de 1991. Les autorités s'y emploient d'ailleurs activement en mettant à la disposition des personnes «physiques» des formulaires de cession à l'endos des cartes d'assurance-maladie et des permis de conduire. C'est la conception

¹⁵France, Conseil d'État (Section du rapport et des études), *Sciences de la vie : De l'éthique au droit*, 2^e éd., Paris, Documentation française, 1988 à la p. 16, cité par J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée : Une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993 à la p. 25.

¹⁶Baud, *ibid.* à la p. 26. Voir aussi *ibid.* aux pp. 226-29. L'article 1059 C.c.Q. est inspiré de l'article 1128 du *Code civil* français.

¹⁷Art. 20, al. 3 C.c.B.-C.

¹⁸Art. 25 C.c.Q.

d'«une certaine propriété collective des cadavres»¹⁹ qui inspire aussi la loi française du 22 décembre 1976 sur les prélèvements d'organes²⁰.

L'article 25 C.c.Q. rejette donc la doctrine *body is money* en imposant le caractère gratuit à l'aliénation «d'une partie ou de produits de son corps» par une personne. Cette solution s'écarte ainsi de la décision de la Cour d'appel de Californie dans l'affaire *John Moore*²¹. Cependant la partie finale du second alinéa de cet article 25 C.c.Q. pourrait donner lieu à de fructueux développements grâce à l'utilisation de la bonne vieille méthode de la règle et de l'exception. Le début de l'article 25, deuxième alinéa C.c.Q. applique la règle vertueuse de l'exclusion du contrat à titre onéreux ayant pour objet «l'expérimentation», entendez sur le corps humain. Mais la partie finale énonce une restriction de taille : «[H]ormis le versement d'une indemnité en compensation des pertes et des contraintes subies». Ce qui est interdit directement est permis indirectement par le biais extrêmement flou des qualifications. Autrement dit, pas de prix, mais une indemnité.

L'indemnité compensatoire de l'article 25, deuxième alinéa C.c.Q. peut déboucher sur deux issues, l'une contentieuse, en vertu du droit commun de la responsabilité civile, l'autre réglementaire, en vertu d'une tarification administrative. Le goût de l'époque pour la déréglementation fait incontestablement pencher les probabilités en faveur de la première solution.

Les dommages-intérêts compensatoires pour «pertes et contraintes subies» par suite d'une expérimentation auraient à franchir l'obstacle de l'acceptation des risques. Mais on peut estimer que l'article 1477 C.c.Q. a grandement affaibli l'objection, même s'il ne l'a pas fait disparaître.

Que le préjudice soit corporel ou moral, il tombe sous le coup de l'interdiction de la clause élisive ou limitative de responsabilité de l'article 1474, deuxième alinéa C.c.Q. Mais seul le préjudice qualifié de corporel serait soumis à l'article 1614 et suivants C.c.Q. Le préjudice moral serait assujéti aux plafonds établis par la jurisprudence, d'ailleurs non consolidée dans la nouvelle rédaction du Code : un silence, d'une autre sorte celui-là, un silence sur la jurisprudence établie, prouvant seulement que la consolidation n'est pas complète non plus.

¹⁹Baud, *supra* note 15 à la p. 36.

²⁰Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976, J.O., 23 décembre 1976, Gaz. Pal. 1977. 1^{er} sem. Lég.31.

²¹*Moore c. Regents of the University of California*, 793 P.2d 479 (Cal. 1990). Baud, *supra* note 15 à la p. 23 :

Imaginez des médecins s'apercevant que la leucémie a donné naissance, dans le corps d'un malade, à des cellules uniques au monde. Ils savent qu'on peut les prélever, les conserver, les multiplier ; et vendre très cher les produits pharmaceutiques auxquels elles donneront naissance. C'est ce qu'ils feront pendant sept ans, mais sans rien en dire à John Moore, jusqu'au jour où celui-ci découvrira la vérité et entamera une procédure en revendication de ses cellules. La cour d'appel de Californie lui donnera raison en se fondant sur le principe selon lequel un homme a un véritable droit de propriété sur les produits de son corps.

«[L]a constitution d'un marché des produits du corps» redoutée par M.-A. Hermitte («L'affaire Moore, ou la diabolique notion de droit de propriété» *Le Monde diplomatique* (décembre 1988) 20, cité par Baud, *ibid.* à la p. 24) est devenue une réalité, selon le même mensuel (M. Pinero, «Enlèvement d'enfant et trafic d'organes» *Le Monde diplomatique* (août 1992) 16).

Quelle que soit l'interprétation jurisprudentielle de l'article 25, deuxième alinéa C.c.Q., elle sera enfermée dans les paramètres établis. L'industrie médico-pharmaceutique n'aura éventuellement et à l'occasion qu'à faire des déboursés modestes pour mettre légalement la main sur le matériel inestimable que représente le corps humain offert à l'expérimentation, sans parler des déchets organiques autrement promis à l'incinérateur.

L'article 25 C.c.Q. contient donc des éléments qui permettent de soutenir la thèse selon laquelle le corps humain est dans le commerce, puisqu'il peut être aliéné à titre gratuit et faire l'objet d'un contrat intéressé, c'est-à-dire intermédiaire entre le gratuit et l'onéreux. Les articles précédents relatifs à l'expérimentation, notamment l'article 21 C.c.Q. révèlent une avancée considérable de la mainmise médicale sur le corps des sujets souffrants. En somme le droit du corps humain se réduit dans la Refonte de 1991 à la faculté de disposer de son corps, décrite sous la rubrique «Des soins»²², du chapitre intitulé «De l'intégrité de la personne», comme si le corps et la personne ne faisaient qu'un.

En face de ce régime de libre disposition limitée d'un bien, non reconnu comme tel, on constate la disparition de la division fondamentale des biens entre ceux qui sont dans le commerce et ceux qui ne le sont pas. Si la non-reproduction de l'article 1059 C.c.B.-C. devait être interprétée comme une abrogation, cela impliquerait le basculement du corps humain dans la catégorie indifférenciée des biens. Pourtant cet article constitue, à l'instar de l'article 1128 du *Code civil* français dont il est inspiré «le texte sur lequel peut s'établir un droit du corps humain assurant à celui-ci *protection et respect comme une conséquence de son classement au sein de la catégorie des choses*»²³. C'est la raison pour laquelle il nous semble important de soutenir que, en dépit du silence du *Code civil du Québec* l'article 1059 C.c.B.-C. est maintenu dans les articles 2795 et 2876 C.c.Q., relatifs à ce qui est hors commerce.

Vu l'acuité des problèmes concernant le corps humain, on peut considérer comme aberrante la décision de ne pas reproduire l'article 1059 C.c.B.-C. dans le *Code civil du Québec* et de le transformer sous la forme négative, à l'instar de l'article 993, deuxième alinéa C.c.B.-C. : la pertinence de ce genre de réforme est pour le moins douteuse.

* * *

Conclusion

On voit donc l'ampleur insoupçonnable au premier abord des problèmes posés par la seule non-reproduction d'un texte du *Code civil* de 1866 dans sa rédaction de 1991. Ce qui vaut pour des problèmes centraux comme le principe de la responsabilité civile ou le statut juridique du corps humain est transposable aux nombreuses interrogations que soulèveront les autres articles non repris et non formellement contredits. Le principe qui domine est l'absence d'abrogation

²²Art. 11-25 C.c.Q.

²³Baud, *supra* note 15 à la p. 222.

implicite par une loi de «remplacement». Dans une telle loi, un article non reproduit qui n'est pas contredit par un ou plusieurs articles de la nouvelle rédaction ou d'autres lois peut être considéré comme étant toujours en vigueur. Ainsi l'article 651 C.c.B.-C. disposant que «le titulaire de l'autorité parentale a sur l'enfant un droit de correction modéré et raisonnable» n'est pas reproduit dans la nouvelle rédaction. Si aucun texte du *Code civil du Québec*, ni d'une loi particulière n'écarte expressément cette faculté de correction physique ou morale, on peut soutenir que l'article 651 C.c.B.-C. fait toujours partie du droit positif. Sa position ne sort certes pas renforcée de ce silence, mais celui-ci ne permet certainement pas de dire que les parents n'ont plus le droit de donner la moindre tape ou la plus légère réprimande à leurs enfants, en vertu du «nouveau» Code civil. À moins de prétendre que les théories du célèbre Dr. Spock font autorité en droit civil québécois ...

Ceci amène à s'interroger sur la méthodologie de la réforme du Code civil. Si des questions aussi fondamentales que celles examinées ici et aussi nombreuses que celles non examinées et résultant de la non-reproduction littérale de près de six cents articles²⁴ ne trouvent pas de solution ni même de principe de solution dans la nouvelle rédaction du Code civil, à quoi sert-elle ? La réponse pourrait se trouver en partie dans la manière dont l'opération de révision du Code civil a été mise en route, conduite et surtout terminée.

Après la mise sur les tablettes d'une grande partie du *Rapport sur le Code civil du Québec*²⁵, la tâche reprise par diverses commissions administratives a progressivement conduit à la procédure habituelle de réforme législative. Au cours des dix années qui se sont écoulées entre la remise du *Rapport* et la sortie des avant-projets de loi constituant les livres blancs, *il n'y a pas eu de livre vert exposant les solutions possibles entre lesquelles existaient les choix politiques à faire avant de procéder à une réforme de l'envergure de celle d'un code civil*. Les enjeux politiques majeurs sont toujours restés cachés sous les arcanes de la technique juridique de la révision.

On se souvient que les timides et souvent maladroites velléités de réforme des avant-projets de lois ont volé en éclats devant le front commun des groupes de pression économiquement et politiquement influents. C'est à peine si la question de la réserve héréditaire a fait un temps surface, sans jamais être mise en rapport avec ses tenants et aboutissants économiques et sociaux. Le reflux majeur opéré par le *Projet de loi 125*²⁶ n'a épargné que les mesures utiles aux groupes d'intérêts mentionnés. Peu à peu, la révision du Code a pris son allure de problème banal de modification législative et a été dépouillée de sa dimension politique majeure. Un texte qui touche d'aussi près aux problèmes fondamentaux de la personne et des biens a été ravalé au niveau de la *Loi sur les abeilles*. Il a fait l'objet des marchandages habituels au niveau des sous-commissions, à quoi se réduit apparemment la procédure législative contemporaine. La différence avec le débat public de la fin des années soixante-dix autour

²⁴Il est facile de les identifier dans l'ouvrage de M^e Gaudet, *supra* note 3.

²⁵Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, Éditeur officiel, 1978 [ci-après *Rapport*].

²⁶P.L. 125, *Code civil du Québec*, 1^{re} sess., 34^e lég., Québec, 1990.

de la *Loi sur l'assurance automobile*²⁷ témoigne d'une chute de tension spectaculaire. Il s'agit pourtant exactement des mêmes problèmes.

Au résultat de l'opération menée subitement toutes voiles dehors, après des décennies de navigation au régime ralenti parfois proche de la panne, on se retrouve avec une mosaïque de textes disparates²⁸, rédigés par des équipes mal coordonnées²⁹, raccordés surtout par la numérotation successive inhérente à toute loi.

L'absence d'un rapport des codificateurs à l'Assemblée nationale en 1991, tel que celui présenté à la Chambre législative du Bas-Canada en 1866 démontre la perte complète du sens de la codification. Son remplacement par un texte forgé *postérieurement* à la procédure parlementaire est un maigre palliatif³⁰.

Les quelques innovations majeures que le *Code civil du Québec* comporte, au milieu du remue-ménage généralisé qui constitue la majeure partie de l'opération ont été passées en douce, sans que leur signification ait été comprise. Ainsi il aurait pourtant été facile d'expliquer aux «non instruits», comme disait Jean Lesage, que la pluralité de patrimoines de l'article 2 C.c.Q. est une technique permettant de généraliser en droit provincial une institution nommée fiducie, qui avait déjà été partiellement introduite en 1888 par une modification majeure du Code civil de 1866. On aurait pu ajouter que cette institution, inspirée du *trust* est celle qui a été utilisée notamment par le dernier gouvernement Trudeau dans la fiducie familiale, qui a coûté au fisc canadien un certain nombre de milliards de dollars faisant partie du déficit qu'on est en train de faire payer à tout le monde, en mettant la facture sur le dos des chômeurs et des assistés sociaux.

Parallèlement les innovations possibles qui n'ont pas été réalisées par le *Code civil du Québec* ont une signification politique tout aussi marquée. Ainsi on a vu que le principe de responsabilité sans faute n'était pas admis de façon très claire par la nouvelle rédaction du Code civil. Il risque par conséquent de rester cantonné dans les lois particulières qui lui ont fait place en droit positif depuis 1909 jusqu'à 1977. Chacun aurait pu s'apercevoir qu'un principe juridique non enchâssé *explicitement* dans le Code civil est moins solide qu'un principe de droit commun³¹. Or il s'agit de choses aussi concrètes et immédiatement compréhensibles que les accidents du travail, les maladies professionnelles et les accidents d'automobile.

Pour l'essentiel, le *Code civil du Québec* n'est que de la consolidation et «de la plus pure concordance» selon la juste expression du Barreau³². Si ce der-

²⁷L.R.Q. c. A-25.

²⁸L'emprunt du chapitre de la prescription au *Rapport* (avec des amputations majeures) témoigne d'une rupture de style consternante. Le style du chapitre sur les successions n'est pas au point.

²⁹Le chapitre de l'administration du bien d'autrui et du mandat contiennent des variations sur le même thème (art. 1319 et s., 2157 et s. C.c.Q.).

³⁰On peut aussi y voir une nouvelle forme de doctrine, la doctrine officielle propre aux régimes totalitaires. Cette affaire évoque pour nous le cri du sculpteur Vaillancourt sur la murale du Grand-Théâtre de Québec : «Vous êtes pas écœurés de mourir, bande de caves ! C'est assez !».

³¹C. de Brie, «Feu sur l'État-providence» *Le Monde diplomatique* (janvier 1994) 1.

³²Barreau du Québec, *Droit des obligations (avant-projet de loi)*, Mémoire présenté à la Com-

nier aspect a entraîné un travail aussi harassant qu'inintéressant pour l'interprète, il ne faut pas croire que celui-ci, fut-il critique, n'apprécie pas à sa juste valeur le travail de consolidation réalisé par le *Code civil du Québec*. Néanmoins ce Code présente par les réformes qu'il apporte, des analogies frappantes avec les Codes civils louisianais et californien, dont il a acquis le même rôle de pâte à modeler pour les groupes de pression influents³³. Enfin le rôle extensif délégué au juge, chargé très souvent d'éclairer lui-même sa lanterne fait douter du caractère de droit commun du texte, proclamé par la «disposition préliminaire».

Le dépôt largement publicisé quelques semaines avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* du rapport d'une commission d'enquête sur la bioéthique³⁴ est à comparer avec le black-out médiatique maintenu sur le Code pendant les deux années qui se sont écoulées entre son adoption et son entrée en vigueur. Le droit civil n'est-il pas devenu *ouvertement* ce qu'il a toujours été, à savoir un droit de juristes ?

La réforme du Code civil de 1866 a été menée de façon critiquable d'un bout à l'autre de l'existence de ce code. Les trois commissaires, qui avaient, eux, fait l'effort de dominer l'ensemble du droit civil et du droit commercial avaient recommandé une procédure de révision périodique particulière³⁵. En ne

mission des institutions, octobre 1988.

³³La. Civ. Code, art. 2531 (West 1961) (vices cachés), modifié à la suite de l'arrêt *Prince c. Paretii Pontiac*, 281 So.2d 112 (La. 1973) ; Cal. Civ. Code § 1714 (Deering 1949) (faute commune), modifié à la suite de l'arrêt *Li c. Yellow Cab*, 13 Cal. 3d 804, 532 P.2d 1226, 119 Cal. Rptr. 858 (1975). Comparer avec l'article 1473 C.c.Q. en regard de l'arrêt *General Motors Products of Canada c. Kravitz*, [1979] R.C.S. 790, 93 D.L.R. (3^e) 481.

³⁴Canada, *Un virage à prendre en douceur : Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*, Ottawa, Ministre des services gouvernementaux Canada, 15 novembre 1993 (Présidente : P. Baird).

³⁵*Code civil du Bas-Canada : Sixième et septième rapports*, Québec, Desbarats, 1865 aux pp. 263-65 :

Le Code a pour objet de répondre en termes exprès ou par implication légale à toutes les questions qui tombent dans la vaste étendue des sujets dont il traite. Il compose un système dont toutes les parties sont rattachées les unes aux autres avec soin, et toute législation par pièce, faite dans la vue de quelque changement particulier, peut affecter sérieusement d'autres parties de l'ouvrage que l'on ne voulait pas toucher, et conduire à un désordre et à une confusion considérable et imprévue.

Pour exprimer plus correctement leurs vues relativement au mode de procéder en matière d'amendements et d'additions qui pourraient être faits plus tard, qu'il soit permis aux Commissaires de soumettre les observations qui suivent :

Les imperfections du Code doivent résulter soit d'omissions ou de l'insertion de règles de droit incommodes ou nuisibles, soit de fausse interprétation de la loi, ou de son expression incertaine. Ces imperfections ressortiront principalement de la difficulté qu'on éprouvera dans l'interprétation judiciaire et dans l'application de la loi ; *les tribunaux supérieurs devraient donc être astreints à faire au gouvernement des rapports spéciaux de toutes les causes dans lesquelles telle difficulté manifeste existe*, et l'autorité compétente sera par là mise en état de juger si la loi est véritablement imparfaite ou susceptible d'objection au point de requérir l'action de la législature sur le sujet.

Lorsque des amendements sont jugés nécessaires, ils ne devraient pas être faits en détail, mais au moyen d'une révision périodique et par un seul statut préparé sous le contrôle du gouvernement, et comme règle générale, être restreints aux sujets contenus dans les rapports spéciaux, considérant que la législation basée sur l'expérience est plus

la suivant pas et en procédant au contraire à la pièce, un nombre très élevé de fois aisément calculable en consultant l'édition historique de Crépeau et Brierley³⁶, on a fait entrer le Code civil dans le rang en ce qui concerne la procédure législative. La perte du sens de la codification ne peut donc pas être imputée exclusivement aux artisans de la refonte de 1991 : elle était déjà inscrite dans les mœurs juridiques québécoises. Cependant l'«idolâtrie» dont le Code civil faisait l'objet pour des considérations socio-historiques étrangères à la technique juridique a entretenu l'idée d'une réforme globale. La façon dont celle-ci a été terminée montre bien que le point de vue technique a complètement recouvert les intentions qui ont présidé à l'opération pluri-décennale de la révision. L'étape constituée par le *Code civil du Québec*, qui a l'avantage insigne de rétablir l'unité formelle du code brisée à la légère en 1980 appelle immédiatement la mise en route de la phase suivante de révision d'un texte largement insuffisant, notamment du fait de ses silences. Même si ce code n'encourait aucun reproche — la critique est aisée mais l'art est difficile — il faudrait quand même songer à son maintien à jour, car comme disait Portalis : «Un Code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat»³⁷. Avec toutes les questions dont la solution est expressément remise entre les mains des juges, ceux-ci seront encore plus occupés dans les prochaines décennies.

sûre et plus durable que lorsqu'elle ne se fonde que sur des idées spéculatives.

En adoptant ce mode ou quelqu'autre équivalent, le Code deviendra graduellement et sûrement de plus en plus complet, et ainsi les inconvénients résultant de décisions judiciaires en contradiction les unes avec les autres, et l'interprétation divergente des commentateurs, qu'on ne pourra éviter entièrement, seront considérablement diminués [nos italiques].

³⁶P.-A. Crépeau et J.E.C. Brierley, dir., *Code civil — 1866-1980 : Édition historique et critique*, Montréal, Université McGill, Chambre des notaires du Québec et Société d'information juridique, 1981.

³⁷Portalis *et al.*, «Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du gouvernement» dans P.A. Fenet, dir., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, Au dépôt, 1827 à la p. 469.