

La codification des lois civiles au Bas-Canada et l'idée de loi naturelle

Richard LaRue

Volume 34, Number 1, 1993

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043195ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043195ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

LaRue, R. (1993). La codification des lois civiles au Bas-Canada et l'idée de loi naturelle. *Les Cahiers de droit*, 34(1), 5–26. <https://doi.org/10.7202/043195ar>

Article abstract

This paper attempts to circumscribe in the most accurate manner possible the part played by natural law in the process of codifying the civil laws of Lower Canada. Within the framework of political modernity, the concept of natural law can only exist in a attenuated or token form. This concept may be broached as the symbolic mediation within which the modernity of Canadian Civil law will be organized. A mediation that will also bring about the entrenchment of the Quebec civilist tradition, assembled through codification, into English public law. Thus it is that we may interpret the primary and central role conferred upon the title of obligations in the general presentation of the codification. Likewise, the organization of juridical personality in the 1866 codification expresses the logic of natural law so represented.

La codification des lois civiles au Bas-Canada et l'idée de loi naturelle*

Richard LARUE**

Le présent article essaie de délimiter de la manière la plus précise possible le rôle de la notion de loi naturelle dans le cadre de l'opération de codification des lois civiles au Bas-Canada. Dans le contexte de la modernité politique, la notion de loi naturelle ne peut plus exister que sous une forme dégradée, représentée. Cette notion peut être abordée comme la médiation symbolique au sein de laquelle s'organisera la modernité du droit civil canadien. Médiation qui réalisera aussi la mise en rapport de la tradition civiliste québécoise, recueillie par la codification, et du droit public anglais. C'est ainsi que l'on peut interpréter le rôle central, premier, conféré au titre des obligations dans l'économie générale de la codification. De la même manière, l'organisation de la personnalité juridique dans la codification de 1866 exprime la logique de la loi naturelle représentée.

This paper attempts to circumscribe in the most accurate manner possible the part played by natural law in the process of codifying the civil laws of Lower Canada. Within the framework of political modernity, the concept of natural law can only exist in a attenuated or token form. This concept may be broached as the symbolic mediation within which the modernity of Canadian Civil law will be organized. A mediation that will also bring about the entrenchment of the Quebec civilist tradition, assembled through codification, into English public law. Thus it is that we may interpret the primary and central role conferred upon the title of

* Je tiens à remercier MM. Jean-Marie Fecteau et Sylvio Normand qui ont bien voulu faire une lecture critique d'une première version du présent texte.

** Chargé de cours, Département d'histoire, Université du Québec à Montréal.

obligations in the general presentation of the codification. Likewise, the organization of juridical personality in the 1866 codification expresses the logic of natural law so represented.

	<i>Pages</i>
1. La problématique de la loi naturelle.....	8
1.1 La loi naturelle représentée.....	9
1.2 Le conservatisme : conjoncture bas-canadienne	11
2. La codification et l'idée de loi naturelle.....	12
2.1 Les obligations.....	13
2.2 Le plan du Code civil : une hypothèse	15
3. Deux aspects de la personnalité juridique et la loi naturelle.....	17
3.1 Le problème de la citoyenneté	18
3.2 L'organisation familiale	22
Conclusion	26

Il y a un rapport étroit entre la pratique de la codification et la forme d'une société. À son degré de détermination le plus général, l'idée de codification n'est pas spécifiquement juridique : elle désigne seulement le rassemblement de règles, de préceptes, de prescriptions ou encore de conventions¹. Et dans la mesure où il peut aussi exister du droit non codifié, il n'y a rien dans le juridique qui implique nécessairement le code². De ce point de vue, on peut dire des codifications du XIX^e siècle qu'elles expriment une certaine trajectoire historique de la modernité, qui englobe le juridique. C'est ainsi que, par exemple, on a pu interpréter la codification du droit civil français comme la mise en œuvre du programme individualiste et rationaliste dans le droit³.

1. En ce sens, la notion de codification telle qu'elle est utilisée ici ne correspond pas au concept tel qu'il a été défini par Bourdieu comme la « formalisation des pratiques », tel que cela s'oppose à l'*habitus*, forme plus indéterminée du fonctionnement social. En fait, ce concept de codification n'apporte rien de plus que celui de forme sociale. P. BOURDIEU, « *Habitus, code et codification* », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, 1986, pp. 40-44.
2. On pourrait même développer un peu plus cette idée en reprenant ici la distinction entre codification quantitative et qualitative : la première ne serait que le seul regroupement, en un texte unique, de l'ensemble du droit, sans que cela ne suppose une transformation de sa substance ; la seconde présente une exigence de systématisation qui emporte un très haut degré de complétude. M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, pp. 113-115.
3. A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969.

L'idée même de codification se situe à l'interface du juridique et de l'ensemble du social. À la centralisation politique et à l'homogénéisation sociale correspondent l'unification et la systématisation du droit. Aussi est-il courant, en ce qui concerne l'histoire française, de rapporter le développement d'un droit civil frappé au coin de l'individualisme et du rationalisme à l'émergence de la démocratie conçue selon le modèle contractualiste. Ainsi non seulement la modernité et la démocratie entraînent-elles la « désincorporation » du droit, pour suivre ici l'analyse de Claude Lefort⁴, mais encore impliquent-elles du même élan la transformation interne du droit. Il est devenu courant d'appliquer la problématique de l'individualisme à la description de l'ensemble de ce processus historique. Pour ce qui est du droit, on peut mettre en évidence un individualisme juridique qui s'impose au XIX^e siècle comme la doctrine dominante dans la pensée civiliste. On peut résumer cette doctrine en trois propositions : « d'abord l'homme naturel est asocial et possède des droits subjectifs propres ; ensuite, la volonté individuelle est le fondement du droit, ce que l'on désigne par théorie de l'autonomie de la volonté ; enfin, la coexistence des libres volontés individuelles est le but du droit⁵ ». Donc, non seulement la codification, mais encore le développement du droit civil se présentent-ils comme le développement du droit au sein de la trajectoire contractualiste/subjectiviste (« l'homme naturel asocial possédant des droits subjectifs propres ») et individualiste⁶.

Qu'en est-il alors de l'expérience juridique bas-canadienne/québécoise de la codification de son droit civil ? Comment peut-elle se faire en accord avec un droit public et au sein d'un dispositif institutionnel rejetant la notion de l'origine contractuelle de la société ? Le *Code civil du Bas Canada* serait-il une œuvre inachevée⁷ ? On pourrait alors rapporter le caractère « empiriste » ou « quantitatif » de la codification du droit civil à l'incomplétude de la centralisation et de l'unification territoriale et ethni-

4. C. LEFORT, « Droits de l'Homme et politique », *Libre*, vol. 7, 1980, pp. 22-23.

5. V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté*, Paris, PUF, 1980, p. 130.

6. Il s'agit en fait de la position correspondant à la trajectoire « humaniste » de la modernité, dont on pense à tort qu'elle s'identifie à l'individualisme. Sur cette distinction, voir A. RENAUT, *L'ère de l'individu*, Paris, Gallimard, 1989.

7. Ce qui se rapprocherait, d'une certaine manière, de la position tenue par Maurice Tancelin, qui affirme que « tant que l'hypothèque constitutionnelle ne sera pas levée, il ne sera pas possible de faire une théorie générale du droit privé au Québec » : M. TANCELIN, « Comment un droit peut-il être mixte ? », dans F.P. WALTON (dir.), *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, trad. M. Tancelin, Toronto, Butterworths, 1980, p. 6.

que dans la société bas-canadienne/québécoise qu'exprime la forme quasi fédérale de l'Union, et même, sans doute, de la Confédération à venir⁸.

L'hypothèse élaborée ici est tout autre. J'essaierai de montrer que la codification du droit civil québécois se fait sous l'emprise d'un concept de la loi naturelle. L'idée de loi naturelle fonctionnera comme la médiation symbolique au sein de laquelle la modernité du droit civil bas-canadien sera réfléchie. Médiation encore dans la mesure où elle permettra la concorde de l'héritage civiliste, des formes institutionnelles reçues de l'Empire britannique et de son droit public. Et dans la mesure où la codification du droit civil bas-canadien pose en même temps le problème de la mixité du droit, on aura avantage à examiner les problèmes émergeant de la jonction du droit civil et du droit public anglais où devrait se révéler l'articulation du droit civil à la problématique de la loi naturelle. Pour ce faire, il faudra dans un premier temps examiner brièvement le destin de la notion de loi naturelle dans la modernité politique, pour ensuite essayer de voir comment elle a servi de médiation symbolique dans l'opération de codification⁹.

1. La problématique de la loi naturelle

L'idée de loi naturelle apparaît d'abord dans le travail de la codification sous la plume du juge Day. Dans son cahier de travail, on trouve en effet le passage suivant :

Every Code of Laws however full & complete it may be necessarily presupposes not only the existence but also the knowledge [...] of certain primary and fundamental principles. There are laws of God, of Nature and of common sense which must underlie and sustain all positive legislation¹⁰.

Avant d'examiner le rôle et l'importance effective de cette référence à l'idée de loi naturelle dans la codification, il convient de se demander à quoi pouvait-on faire allusion dans ce contexte. Que pouvait bien signifier cette référence à la loi naturelle dans le contexte de la codification du droit civil au Bas-Canada ? Mon hypothèse est que l'on a affaire ici à une forme « représentée » de la loi naturelle.

8. R. LARUE, «Code Napoléon et codification des lois civiles au Bas-Canada : notes sur le problème de l'égalité au Québec», dans P. BOULLE et R. LEBRUN (dir.), *Le Canada et la Révolution française*, Montréal, Centre interuniversitaire d'études européennes, 1989, pp. 147-163.

9. Ce texte constitue le premier exposé d'une problématique plus générale concernant l'expérience canadienne de la modernité. À ce titre, il a une visée à la fois théorique et empirique. Je me réserve toutefois pour plus tard le développement plus complet de certaines des idées qui ne seront qu'effleurées dans le cadre restreint du présent exposé.

10. Cité par J.E.C. BRIERLEY, « Quebec's Civil Law Codification Viewed and Reviewed », (1968) 14 *McGill L.J.* 565.

1.1 La loi naturelle représentée

Il faut d'abord souligner que, dans sa réflexion, le juge Day utilise le concept de *law* et non celui de *right*. Pour reprendre une formule devenue classique depuis Hobbes, à l'idée de loi, qui prescrit des devoirs, s'oppose la notion de « droits » qui sont ceux de l'homme, notion qui exprime l'idée de la liberté des sujets. La différence entre les deux tient notamment à la disparition de l'idée ancienne de nature. Celle-ci disparaît lorsque naît « la science naturelle moderne, la science naturelle non téléologique », ce qui entraîne « la ruine des fondations du droit naturel traditionnel¹¹ ». Or, selon Leo Strauss, cette rupture est celle qui existe entre Locke et Hooker et qui établit entre eux et au sein de la tradition jusnaturaliste une rupture irrémédiable. Plus récemment, Blandine Barret-Kriegel a repris la distinction entre loi naturelle et droit naturel dans l'optique de réhabiliter la problématique de la loi naturelle comme manière de penser « les droits de l'homme » hors de la philosophie du sujet¹². Ce faisant, elle s'est attirée les critiques de ceux pour qui, précisément, la démocratie et la modernité sont indissociables de l'idée de sujet¹³. Il n'est pas question ici de situer l'analyse à l'intérieur de ce débat, où il s'agit en fait de définir conceptuellement la meilleure façon de préserver les droits et les libertés fondamentales dans les sociétés modernes. Le problème ici n'est pas un problème de philosophie politique, mais plutôt d'histoire : qu'advient-il du dispositif de la loi naturelle lorsqu'a disparu l'idée ancienne de nature sur laquelle il reposait ?

Il s'agit alors de développer l'idée suivante : la loi naturelle demeure dans l'histoire politique moderne comme la reconnaissance d'une limite à l'autodétermination des sujets, constitutive de l'idée même de modernité, ou de démocratie. Ou plus exactement, elle se survit sous la forme d'une antinomie entre la liberté du sujet (autodétermination) et la cause objective, ou le caractère déterminé, de ses actions¹⁴. C'est ainsi que l'on peut arriver à définir une position de la loi naturelle qui ne fasse pas référence à l'idée d'une nature téléologique. Cette position implique toutefois que l'on considère que la loi positive existe par rapport au sujet comme quelque chose qui échappe à sa libre détermination. Dans la mesure où la modernité politique est fondée sur l'entrée de la loi dans le domaine de la volonté politique, c'est l'obligation politique, en tant qu'obligation d'obéir à la loi, qui est déterminée :

11. L. STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, coll. « Champs », n° 158, Paris, Flammarion, 1986, p. 153.

12. B. BARRET-KRIEDEL, *Les droits de l'homme et le droit naturel*, Paris, PUF, 1989.

13. A. RENAUT et L. SOSOE, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1991, p. 69 et suiv.

14. Cette formulation du problème moderne de la loi naturelle est empruntée à L.L. WEINREB, *Natural Law and Justice*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1987.

Insofar as positive law is the law actually in effect and enforced, from the point of view of someone subject to the law it is determinate. Obligation under the positive law is the analogue of human freedom within the natural order; it marks the difference between a self-determined action and an action determined otherwise. If one ought unconditionally to comply with the positive law and the outcome of its application is unqualifiedly just, as had been asserted about the normative order of nature, then one can assert meaningfully that membership in civil society and recognition of its laws is consistent with freedom. If not [...] it is meaningless to talk of freedom in a civil society¹⁵.

Dans cette optique, la loi naturelle n'existe plus que comme analogie, en tant que représentation de quelque chose qui n'est plus. Ou plutôt elle passerait d'une certaine effectivité à sa simple positivité. C'est en ce sens précis, dans la mesure où le concept repose en fait sur une analogie, que l'on s'autorise à traiter ici de cette idée de loi naturelle comme de la loi naturelle représentée¹⁶.

Il est important alors d'apercevoir toutes les conséquences du maintien de la référence à la loi naturelle en tant que limite à la liberté humaine. Cela se traduit premièrement par la naturalisation de l'existant. Plus précisément, dans une idéologie de la loi naturelle, la société est présentée comme un ordre naturel. Cela n'est pas en contradiction avec l'idée moderne de lois immanentes au fonctionnement de la société, mais ça l'est avec l'idée voulant que le fonctionnement de la société exprime la volonté rationnellement formée (la loi) des sujets. Plus précisément, une idéologie de la loi naturelle est plus susceptible d'être formulée dans les termes de l'économie politique classique que dans ceux du droit naturel. Ce qui a une autre conséquence des plus importante : la démocratie n'est pas la valeur suprême mise en avant par une telle idéologie. Au gouvernement du peuple par le peuple et à l'expression de la volonté générale, on préférera le gouvernement constitutionnel, dont la légitimité provient plus de l'histoire, ou de la coutume, que du droit défini de manière abstraite et générale.

Si l'on aborde maintenant cette question à rebours, en se demandant ce que peut bien vouloir exclure une telle référence, on voit alors qu'elle a pour conséquence de situer la codification hors de la logique de ce que l'on a appelé « l'individualisme juridique ». Il n'y a pas de place dans un tel système pour l'idée d'un individu naturel asocial disposant de droits subjectifs que la société devrait protéger. Par défaut, en raison de la disparition de l'idée ancienne de nature, cela exclut aussi les formes traditionnelles de l'existence sociale. Cela n'implique pas toutefois la disparition de l'idée d'individu. Au contraire, l'idée de la loi naturelle s'installe au cœur de la différence qui existe entre le sujet de droit et l'individu. La loi naturelle

15. *Id.*, p. 98.

16. L'autre forme moderne de la loi naturelle est le vitalisme.

représentée, autrement dit la loi naturelle dans le contexte moderne, maintient la liaison entre l'individu et l'ordre naturel (le droit à la vie), alors que l'idée atomiste repose sur l'idée d'une rupture fondamentale entre la nature et le sujet¹⁷. À l'atomisme correspond l'idée de la société fondée sur les droits des sujets et proclamant la primauté de ces droits, alors que l'individualisme serait l'idéologie d'une société conçue selon le respect d'un ordre naturel¹⁸.

1.2 Le conservatisme : conjoncture bas-canadienne

Le concept de loi naturelle apparaît comme ce qui rattache l'opération de codification du droit civil au contexte idéologique bas-canadien en général. L'« idéologie de la loi naturelle », telle que je viens de la décrire, était certes la donnée idéologique fondamentale caractérisant la société bas-canadienne à la veille de la Confédération. S'il est vrai qu'il existait dans cette société une tendance libérale « classique » ou républicaine assez forte, principalement regroupée autour de l'Institut canadien, nul ne peut contester l'hégémonie du discours catholique réactionnaire au sein de la formation idéologique canadienne-française de l'époque — à moins bien sûr de confondre la notion d'hégémonie avec celle de monolithisme. De la même façon, les travaux récents sur les idéologies politiques au Canada ont remis en question l'idée communément admise d'une nature essentiellement pragmatique, c'est-à-dire non idéologique, de la vie politique canadienne¹⁹. Ainsi, il est maintenant établi, à la suite des travaux de Peter J. Smith, que les grandes orientations politiques définies institutionnellement au moment de la Confédération répondent de l'idéologie « commerciale » ou conservatrice²⁰. Il importe ici de faire une distinction métho-

17. B. BARRET-KRIEGLER, *op. cit.*, note 12.

18. On notera au passage que les deux sont susceptibles d'une dérive antidémocratique. D'un côté, l'idée d'autonomie sociale portée par la problématique du sujet peut dégénérer en fantasme de toute-puissance totalitaire. De l'autre, l'idée des contraintes portées à l'autodétermination implique une certaine légitimation des régimes autoritaires, ceux qui se dressent contre les « excès de la démocratie » ou ses « effets pervers ».

19. Par exemple, voir R. PREECE, « The Political Wisdom of Sir John A. Macdonald », *Revue canadienne de science politique*, vol. XVII, n° 3, 1984, pp. 459-486 ; P. RESNICK, *The Mask of Proteus. Canadian Reflections on the State*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1990, pp. 13-106.

20. P. J. SMITH, « The Ideological Origins of Canadian Confederation », *Revue canadienne de science politique*, vol. XX, n° 1, pp. 3-29. Il faudrait aussi discuter des rapports existant entre cette idéologie de la loi naturelle et ce que Charles Taylor appelle l'« expressionnisme ». Voir C. TAYLOR, *Hegel*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, ch. 1. Et cette discussion pourrait aussi largement profiter des travaux de Y. YOVEL, *Spinoza et autres hérétiques*, Paris, Seuil, 1991 (surtout la deuxième partie : « Les aventures de l'immanence »).

dologique : ce que j'ai appelé l'« idéologie de la loi naturelle » n'est pas nécessairement l'« idéologie commerciale », ou encore ce que l'on appelle aussi le « conservatisme ». Elle se situe à un niveau d'abstraction supérieur, et emporte donc un moindre degré de complexité. C'est-à-dire qu'elle comporte un nombre inférieur de déterminations concrètes. Elle est une structure exprimée autant par l'idéologie commerciale et ses manifestations que par le conservatisme catholique, tels qu'ils coexistent et établissent leur hégémonie commune dans l'espace culturel et politique canadien²¹.

Pour comprendre le rapport entre la codification des lois civiles et le contexte idéologique au Bas-Canada, on peut alors non pas décrire exhaustivement les thèmes repris et développés dans chacun des discours idéologiques qui sont tenus dans la société bas-canadienne, mais plutôt montrer de manière très générale comment ces discours s'articulent l'un à l'autre. Dans cette optique, nul doute que l'idée de la loi naturelle, de l'existence de la société non pas comme accord des volontés subjectives, mais comme *ordre naturel*, soit le principal point de passage entre la doctrine néo-thomiste qui est le fondement du conservatisme catholique et celles qui sont plus directement inspirées de l'économie politique et du conservatisme britannique. Que ce soit en référence à l'ordre donné au monde par l'intelligence divine que l'être humain peut reconnaître par l'exercice de la raison²², ou que ce soit par le postulat d'une harmonie préétablie qui se révèle à travers la poursuite des intérêts individuels, la formation de la société échappe à la raison subjective. De là, encore, un commun mépris pour la démocratie associée à l'idée de contrat social aussi bien que pour la sacralisation de la propriété privée que partagent les conservateurs canadiens, qu'ils soient catholiques ou protestants.

Il reste maintenant à voir comment cette forme idéologique par laquelle se dessine une certaine trajectoire conservatrice du moderne se retrouve dans la codification des lois civiles.

2. La codification et l'idée de loi naturelle

On a vu que, dans le cahier de travail du juge Day, la référence à la loi naturelle est explicite. On remarquera toutefois que dans le passage correspondant dans le premier rapport des codificateurs la référence n'est plus

21. Pour une description de ce conservatisme catholique, voir N. FAHMY-EID, *Le clergé et le pouvoir politique au Québec : une analyse de l'idéologie ultramontaine au milieu du XIX^e siècle*, coll. « Cahiers du Québec », n° 41, Montréal, Hurtubise HMH, 1978.

22. Pour une description du néo-thomisme comme traditionalisme amendé, ménageant une certaine place à la raison, voir P. THIBAUT, *Savoir et pouvoir : philosophie thomiste et politique cléricale au XIX^e siècle*, Québec, PUL, 1972, p. 83 et suiv.

aussi évidente. On n'y mentionne plus que l'existence obligée, dans tout code de lois, de « principes fondamentaux sur lesquels doit reposer et se soutenir toute législation positive²³ ». Ici, le mode de fonctionnement de la commission, qui récusé jusqu'à la possibilité même d'un débat théorique, fait écran et laisse une marge de manœuvre qui paraîtra peut-être trop grande à l'interprétation. Sauf que surgit dès le commencement de l'opération une divergence radicale entre le travail des codificateurs bas-canadiens et la méthode du Code Napoléon. C'est-à-dire que, contrairement à ce à quoi on aurait dû s'attendre, le premier rapport produit par les commissaires ne porte pas sur le livre des personnes (premier livre du Code Napoléon), mais plutôt sur la question des obligations, qui, selon les commissaires, est la plus importante et qui en plus est celle dont les autres dépendent logiquement²⁴.

2.1 Les obligations

Si l'on en croit ce qu'affirment les codificateurs au début de leur rapport sur les obligations : « Ce livre contient les principes fondamentaux sur lesquels reposent une grande partie des droits et des obligations civiles et donne des règles d'une application générale pour les déterminer²⁵. » On peut penser qu'il n'y a pas là seulement un motif d'ordre pragmatique concernant l'organisation du travail de la Commission, mais qu'il y a aussi une « intention philosophique » précise au fondement de cette divergence entre le mode d'exposition (le plan du Code Napoléon assigné aux codificateurs par le législateur) et le mode d'élaboration du travail des codificateurs²⁶. Pour le juge Day qui a rédigé le rapport concernant cette partie, le commencement logique du Code civil n'est pas la définition et l'énonciation des droits des personnes. Ce point de départ serait plutôt la notion d'obligation et ses différents modes d'existence. On privilégie ainsi la nature de la relation entre les termes plutôt que la définition préalable des termes mis en relation. Ainsi, à propos de l'absence de rescision pour cause

23. A.N. MORIN *et al.*, *Code civil du Bas-Canada. Premier, second et troisième rapports*, Québec, G.E. Desbarast, 1865, p. 33.

24. Dans leur rapport sur le titre préliminaire, les commissaires affirment ne pas ignorer qu'en soumettant un premier rapport portant sur le « Titre des obligations », ils s'écartaient de l'ordre logique et naturel suivi par le Code Napoléon. « Cet écart temporaire leur a cependant paru avantageux à raison de l'importance des principes contenus dans le titre des obligations » : A.N. MORIN *et al.*, *op. cit.*, note 23, p. 7.

25. *Ibid.*

26. Et le fait que cette partie du travail ait été sous la responsabilité du juge Day ne fait que renforcer cet argument. Nous verrons plus loin qu'il adoptera une position similaire à propos du problème de la citoyenneté.

de lésion en cas de transaction immobilière, le rapport des codificateurs énonce :

[...] qu'il n'y a aucun motif valable, dans un pays comme celui-ci, où la propriété foncière se transfère si facilement et est un objet de spéculation quotidienne, de donner à une personne dans l'exercice absolu de ses droits la faculté de se faire restituer contre son imprudence, dans cette espèce de contrat plutôt que dans toute autre. Cette règle viole l'intégrité des contrats sur laquelle les commissaires ont spécialement insisté dans tout le cours de ce titre, et ils n'hésitent aucunement à recommander l'adoption de l'article qu'ils suggèrent comme amendement à la loi en force²⁷.

Il apparaît donc clairement ceci, sur quoi on se doit d'insister : cette modification du droit ancien et même d'une disposition du Code Napoléon dans le sens du « libéralisme économique » n'est pas fondée sur la suprématie des droits et de la volonté des individus commerçants. On valorise certes l'engagement de sa volonté par l'individu, mais on pense d'abord et avant tout à la sécurité des contrats et au commerce comme fondement de l'ordre social dans la plus pure tradition utilitariste.

Cette déviation théorique par rapport au modèle français est aussi profonde qu'elle peut l'être. Elle concerne aussi la présentation de l'organisation d'ensemble du droit civil. On sait que c'est le plan tripartite des *Institutes* tel que l'ont récupéré les romanistes modernes et les juristes français qui a inspiré directement le *Code civil français*. Ainsi, en introduction à leur rapport portant sur le titre des personnes, les codificateurs affirment :

Le droit civil a deux objets, les personnes et les biens. Les lois relatives aux personnes règlent leur état et leur capacité. C'est par celles-là qu'il convenait de commencer et aussi forment-elles le premier livre de ce Code ; dans les autres livres l'on s'occupe des biens et des différentes manières de les acquérir²⁸.

Et l'on peut remarquer que cette distinction entre les biens et les personnes semble être effectivement celle qui structure l'ensemble de la démarche de la codification en tant qu'elle implique la modernisation des lois civiles²⁹. Alors que le Code Napoléon adopte non seulement la présentation tripartite, mais colle davantage au plan de droit romain en définissant

27. A.N. MORIN *et al.*, *op. cit.*, note 23, p. 13.

28. *Id.*, p. 146.

29. Cette distinction est à rapprocher du plan proposé par Leibniz au début du jusrationalisme. « En ce qui concerne le plan, il suffit de fonder le corps entier de Droit sur la *qualitas moralis* des actes juridiques ; on examinera successivement les *sujets*, les *objets*, et les *causes* qui sont autant de modes d'acquisition » : A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 3, p. 132. Et il vaut la peine de souligner qu'après le *Code civil français* s'impose la conception objective de la cause des conventions : J.-M. PUGHON, « Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat », (1990) 12 *Droits* 54.

trois objets du droit civil. Dans son discours de présentation du projet de Code civil, Cambacérès affirme :

La législation civile règle les rapports individuels, et assigne à chacun ses droits, quant à la propriété. Le Code civil doit donc considérer : 1) Les personnes, relativement à la vie civile, au lien du mariage, aux droits de famille, aux caractères que leur donnent l'exercice du droit de propriété [...]; 2) Les choses, pour déterminer si elles sont susceptibles ou non d'une propriété privée, et comment le droit de propriété s'établit sur elles par d'autres causes que par l'effet des qualités personnelles; 3) Les obligations que les personnes contractent entre elles relativement aux droits de propriété. Ainsi les personnes, les propriétés et les conventions sont les trois objets de la législation civile, et la matière du projet de Code dont nous allons essayer d'analyser la théorie³⁰.

Je n'insisterai pas ici sur la nature rationaliste et individualiste de cette « tripartition » qui ne correspond plus que formellement au plan de Gaius³¹. On notera seulement la différence entre cette présentation et celle des codificateurs bas-canadiens. La question se pose alors de savoir de quoi rend compte la définition de trois objets du droit civil (personnes, biens, obligations) d'un côté et de seulement deux (personnes et biens) de l'autre.

2.2 Le plan du Code civil : une hypothèse

Il me semble que cette variation témoigne de la place particulière accordée en théorie à la question des obligations. Et il s'agit bien seulement de théorie dans la mesure où le Code bas-canadien, reprenant le plan du Code Napoléon, reprend donc aussi la division tripartite des *Institutes*. Pour les codificateurs bas-canadiens, nous l'avons vu, les obligations sont considérées comme une dimension principielle, fondamentale, qui détermine en grande partie les droits civils. À ce point qu'on la doit traiter au tout début de l'ouvrage, comme un aspect de l'opération se situant à un niveau logique supérieur, d'où découlent les autres. À ce titre, il est possible d'affirmer qu'elle fonctionne sur le modèle de la loi naturelle, comme une détermination du droit civil extérieure aux sujets. Dans cette optique, on peut considérer le privilège logique et théorique accordé à la notion d'obligation comme une trace, comme un signe de la survivance dans le droit civil moderne au Bas-Canada de la problématique de la loi naturelle, alors que,

30. J.-J. CAMBACÉRÈS. « Discours préliminaire prononcé par Cambacérès au conseil des Cinq Cents lors de la présentation du 3^e Projet de Code civil, faite au nom de la Commission de la classification des lois », dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, Osnabrück, Otto Zeller, 1968, p. 141. Voir aussi J.-E.-M. PORTALIS *et al.*, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du Gouvernement », dans P.A. FENET, *op. cit.*, p. 485.

31. Rupture de sens de laquelle Pothier a certes été l'un des artisans principaux : A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 3, p. 165 et suiv.

dans le raisonnement exposé par Cambacérès, les trois objets — personnes, propriétés, conventions — sont considérés sur le même pied, comme des objets de la législation civile. Il n'y a pas de lien privilégié établi dans et par ce raisonnement entre les obligations et les deux autres objets. Les personnes et les conventions ne sont liées que par l'intermédiaire de la législation civile. Entre les conventions et le droit naturel, la rupture est totale. Cela est probablement en relation avec la fameuse erreur que les codificateurs, à la suite de Toullier, reprochent au Code Napoléon : en ne distinguant pas les obligations des contrats, les codificateurs auraient commis l'erreur de confondre la cause avec l'effet³². Toutefois, peut-être que cette « erreur » ne relève pas d'une rédaction hâtive mais plutôt de l'économie générale de l'ouvrage, où c'est la législation civile, figurant la volonté subjective, qui prend la place logique de la cause³³ ? Les rapports existant entre les individus à propos des choses (propriété) seraient conceptualisés de telle manière qu'ils seraient essentiellement fondés dans la société civile. Le domaine des conventions s'intégrerait, au même titre que celui du droit des personnes et des biens, à l'ordre de la législation civile, c'est-à-dire au volontarisme juridique.

Le raisonnement mené par les commissaires s'intègre à une autre rationalité. Le premier article qu'ils rédigent dans ce livre, qui sera l'article 982, se présente comme une définition : « Il est de l'essence d'une obligation qu'il y ait une cause d'où elle naisse, des personnes entre qui elle existe, et qu'elle ait un objet. » Et il ne s'agit pas de n'importe quel type de définition. Le juge Day considère d'un mauvais œil la méthode française consistant à procéder à partir d'un ensemble de définitions qu'il qualifie de « scholastiques ». Il préfère s'en remettre à la règle romaine : *Omnis definitio jure civili periculosa est*. Ainsi, les seules définitions acceptables « sont celles qui sont impératives et sacramentelles, ainsi que celles qui contiennent quelque règle de droit, ou qui sont tellement inséparables d'une règle particulière que leur omission la rendrait obscure ou inefficace³⁴ ». Et de l'ensemble des définitions proposées dans le Code Napoléon à propos des contrats, on n'a retenu, comme satisfaisant à ce critère, que celles qui se retrouvent finalement aux articles 982 et 983. Il n'est sûrement pas abusif d'en conclure que dans le plan de travail défini par le juge Day ces articles contiennent des règles qui, placées directement sous le titre général des obligations et avant le sous-titre des contrats, relèvent

32. A.N. MORIN *et al.*, *op. cit.*, note 23, p. 7.

33. En effet, dans la mesure où le Code ne définit pas la cause, celle-ci est comme un lieu vide ou dont le contenu peut varier. Sur l'imprécision et la variation de la notion de cause, voir J.-M. PUGHON, *loc. cit.*, note 29, 47-58.

34. *Ibid.*

d'un niveau logique supérieur en ce sens qu'elles ont une portée plus générale.

Serait-ce alors aller trop loin que de voir là, en guise d'ouverture au travail de la commission, la reprise de la classification jusnaturaliste, soumise cette fois-ci à l'existence de l'obligation : d'abord la cause d'où elle naît, ensuite les sujets et après les objets ? Autrement dit, à une conception humaniste où dominant sans partage les droits reconnus au sujet et son autonomie, le *Code civil du Bas Canada* répondrait par une conception basée sur l'obligation comme mode de liaison des individus. Il y a dans le Code une *forme théorique*, ou une structure, qui correspond aussi bien à la problématique de la loi naturelle qu'à sa radicalisation nominaliste mise en œuvre par l'utilitarisme³⁵. Alors que l'on maintienne ou non la référence à la loi naturelle, l'obligation n'en est pas moins la source d'un rapport juridique défini, de ce fait, hors de la libre détermination du sujet, indiquant le caractère naturel d'un certain ordre social.

3. Deux aspects de la personnalité juridique et la loi naturelle

La différence entre le mode d'exposition et le plan d'élaboration du Code civil bas-canadien laisse voir qu'un autre plan s'est glissé dans celui qui a été hérité de la tradition civiliste, rationaliste et axiomatique. Dans cette optique, le sujet n'a plus la prééminence que lui confère l'individualisme juridique et la loi naturelle est ce qui assure l'ancrage de l'édifice dans l'ordre naturel, définissant ainsi sa légitimité. Si cette conclusion est exacte, elle doit pouvoir se vérifier encore dans les sections du Code où est traitée l'organisation de la personnalité juridique. Déjà le caractère religieux reconnu à l'institution de l'état civil pourrait nous mettre sur la piste. Toutefois, faute d'espace, on remettra à plus tard le développement de cet aspect de la problématique pour n'aborder ici que deux aspects du problème qui semblent déterminants : la question de la citoyenneté et celle de l'organisation familiale³⁶. Si la thèse élaborée ici est exacte, chacun de

35. On pourra noter que même Bentham ne peut se défaire de cette classification du droit hérité de l'École de la loi naturelle, lorsqu'il divise les droits entre droits sur les choses et droits sur les services des personnes. Dans cette optique, la notion d'obligation légale demeure importante, mais elle n'est plus fondée que sur l'obligation légale qui prend la place de l'obligation dérivant de la loi naturelle. Voir M. EL SHAKANKARI, *La philosophie juridique de Bentham*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970, p. 363 et suiv. Sur les rapports entre l'utilitarisme et la problématique de la loi naturelle, voir T.P. SCHOFIELD, « Conservative Political Thought in Britain in Response to the French Revolution », *The Historical Journal*, vol. 29, n° 3, 1986, pp. 601-622.

36. Étant donné le cadre restreint du présent exposé, on ne m'en voudra pas de laisser de côté la question des corporations.

ces objets devra, d'une manière ou d'une autre, se distancier explicitement de la problématique atomiste, telle que la définit l'humanisme.

3.1 Le problème de la citoyenneté

On ne doit certes pas considérer comme insignifiant le fait que la rédaction du livre des personnes du Code civil ait donné lieu à la publication d'un rapport minoritaire de la part d'un des commissaires. Au contraire, il s'agit là de la manifestation la plus poussée possible, étant donné le mode de fonctionnement des travaux de la Commission qui fait écran aux débats doctrinaux et théoriques pouvant survenir entre les commissaires, de la contradiction existant entre deux conceptions de la modernisation des lois civiles.

Le problème est soulevé à propos des articles qui déclarent quelles personnes sont sujets britanniques et comment s'acquiert et se perd cette qualité. Le problème est double. Le juge Day s'oppose à l'inclusion de ces articles dans le Code civil pour deux motifs : premièrement parce qu'ils traitent « d'une classe de droits qui sont réglés par le droit général de l'Empire et ne peuvent être contrôlés par nos lois locales³⁷ » ; deuxièmement — et particulièrement en ce qui concerne les articles sur la mort civile — en invoquant le motif de l'erreur de droit : « l'allégeance, suivant les lois d'Angleterre, est inaliénable, et [...] ces lois n'admettent pas l'abdication ou abandon de la qualité de sujet britannique³⁸ ».

Les justifications apportées par les commissaires majoritaires pour maintenir dans le projet les articles visés par la critique du juge Day révèlent la nature et l'enjeu du débat³⁹. On doit remarquer d'entrée de jeu que le désaccord ne porte pas d'abord sur la compétence législative du Parlement du Canada en cette matière. Les commissaires majoritaires ne contestent pas le fait qu'il s'agisse là bel et bien d'une compétence exclusive de l'Empire. Ils affirment ne faire que signaler le droit existant, rappelant qu'il en serait autrement s'il s'agissait de le transformer. Dès lors, le débat se déplace, il ne s'agit plus seulement, ni même vraiment d'un problème de souveraineté ou de compétence, mais plutôt de la nature même de la tâche assignée aux codificateurs. La question devient : est-il de la nature du *Code civil du Bas Canada* de comprendre ces dispositions même si elles ne font pas partie des compétences reconnues au législateur bas-canadien ? Se pose donc ici le problème des relations entre le droit civil dans son ensemble et la citoyenneté. Et alors, de ce point de vue, la

37. A.N. MORIN *et al.*, *op. cit.*, note 23, p. 236.

38. *Ibid.*

39. *Id.*, p. 148.

citoyenneté fait immédiatement partie du droit civil, celui-ci se définissant comme l'ensemble des droits des citoyens. À la limite, le problème des conflits de compétence ne concernerait pas du tout les codificateurs, qui n'auraient qu'à examiner la loi et à la compiler selon le plan du Code Napoléon.

De la même façon qu'il avait défini la question des obligations comme le commencement naturel de la codification, le juge Day adopte ici une position qui ne vise pas d'abord l'énonciation des droits du sujet, mais plutôt la détermination de la compétence législative. Non seulement insiste-t-il sur cette question de compétence, mais encore reviendra-t-il tout au long de l'opération sur une vision stricte de la séparation entre le droit privé et le droit public. Il s'opposera à certains articles proposés par les deux autres commissaires comme relevant du droit public plutôt que du droit civil. Mais ce qui compte surtout pour lui, c'est le fait que la question de la qualité de sujet britannique déborde la compétence du législateur canadien. On pourrait dire aussi qu'elle ne dépend pas, en fait, de la volonté des citoyens bas-canadiens. Pour lui, les lois générales et particulières de l'Empire sont d'une autre portée ou d'une autre nature, portent sur « une autre classe de droits ». Cela ne suffit pas pour autant à inscrire ses remarques dans la problématique de la loi naturelle⁴⁰. La seule référence aux lois de l'Empire pointe certes vers la problématique de la loi naturelle, en tant qu'elle désigne un niveau législatif supérieur, déterminé, hors de la portée du législateur bas-canadien. Mais son argumentation comporte aussi une référence plus explicite à la question de la loi naturelle⁴¹.

Le juge Day inscrit la question essentiellement dans le cadre de la forme traditionnelle de la citoyenneté britannique qui est celle de l'allégeance. Et pour lui, l'erreur commise par les commissaires est de considérer que la relation entre le sujet et le souverain, qui est en fait le fondement de la communauté politique naturelle, puisse être récusée par le

40. Bien qu'il soit possible de considérer, dans le contexte des luttes politiques pour la définition des compétences de l'assemblée bas-canadienne, que les lois de l'Empire ont fonctionné très exactement comme une référence à la loi naturelle : R. LARUE, « Allégeance et origine : contribution à l'analyse de la crise politique au Bas-Canada », *Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol. 44, n° 4, 1991, p. 545 et suiv.

41. Et il n'est pas sans importance de souligner aussi que le juge Day ne fait pas référence ici à l'Acte relatif à la validité des lois coloniales, 1865 (R.-U.), 29-29 Vict., c. 63.

42. W. BLACKSTONE, « Commentaries on the Laws of England », dans ST. GEORGE TUCKER (dir.), *Blackstone's Commentaries with Notes of Reference to the Constitution and Laws of the Federal Government of the United States and of Commonwealth of Virginia*, t. 1, South Hackensack (NJ), Rotham Reprints, 1969 (1803), ch. 10, p. 366. Une des principales références à propos de la définition de l'allégeance est le fameux *Calvin's Case*, tel qu'il a été rapporté par Coke.

sujet. Il faut donc réfléchir ici sur l'inaliénabilité de la qualité de sujet britannique. Qu'est-ce que l'allégeance pour être une relation inaliénable ? Si l'on se fie à Blackstone, « allegiance is the tie, or *ligamen*, which bends the subject to the King, in return for that protection which the King affords the subject⁴² ». L'allégeance est une relation naturelle entre le souverain et le sujet. Elle est ce par quoi l'ordre politique britannique se rattache d'abord à la nature. C'est-à-dire que la relation entre le souverain et le sujet ne s'indexe pas à un quelconque imaginaire du contrat⁴³ ; elle est liée au respect de la loi naturelle. La communauté politique ainsi mise en scène est une communauté fondée sur le respect de la loi naturelle autant de la part du souverain que du sujet, sur la définition d'un espace juridique logiquement antérieur à la loi positive. Comme le précise encore la doctrine de l'époque, l'allégeance en tant que relation naturelle existe avant même qu'elle n'ait été exprimée par un serment :

[...] there is an implied original and virtual allegiance going from every subject to his sovereign, antecedently to any express promise ; and although the subject never swore any faith or allegiance in form. For as the king, by the very descent of the crown, is fully invested with all the rights, and bound to all the duties of sovereignty, before his coronation ; so the subject is bound to his prince by an intrinsic allegiance, before the superinduction of those outward bonds of oath homage and fealty which were only instituted to remind the subject of his previous duty, and for the better securing its performance⁴⁴.

Cela signifie en somme que l'allégeance, forme traditionnelle ou non contractuelle de problématisation de la société en tant que communauté politique naturelle, est une forme de la citoyenneté qui se situe hors de la logique atomiste de la philosophie du sujet. Elle ne repose en aucun cas sur la reconnaissance de la volonté individuelle et abstraite comme fondement de l'ordre politique. C'est ce que signale l'importance accordée à l'inaliénabilité de l'allégeance comme caractéristique du sujet britannique.

Les commissaires majoritaires répondent à la question de l'inaliénabilité de l'allégeance de la manière suivante :

Cette majorité pense que l'allégeance est inaliénable, dans ce sens que sans le consentement du souverain à qui elle est due, le sujet ne peut s'y soustraire légalement ; que si, cependant, sans ce consentement, il abdique son pays et en adopte un autre, en se soumettant à une autre allégeance, il ne perd pas pour cela sa première qualité de sujet, de manière à se libérer des obligations qu'elle lui imposait ; mais en se mettant de lui-même hors d'état de remplir ses devoirs de

43. J'emprunte l'expression à M. MIRANDA, *La société incertaine*, Paris, Librairie des Méridiens, 1986, p. 56 et suiv.

44. Stephens dans C. DE LORIMIER et C.A. VILBON, *La Bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, 2^e éd., t. 1, Montréal, Cadieux & Derome, 1885, p. 293.

sujet, il forfait les droits attachés à cette qualité, comme l'équivalent des devoirs qu'elle lui imposait⁴⁵.

Les codificateurs prétendent que ce raisonnement est fondé à la fois sur le droit anglais et sur la pratique française en la matière. Pour ce qui est du droit français, ils ont sans doute raison. Mais, pour ce qui est du droit anglais, l'affaire est moins claire⁴⁶. En effet, un des rares arguments allant quelque peu dans le sens de la solution retenue par les codificateurs bas-canadiens se fonde sur la distinction entre l'allégeance naturelle et l'allégeance locale, la première étant perpétuelle et la seconde temporaire. L'allégeance locale est celle qui est due par les étrangers, ceux qui sont nés hors de l'allégeance du roi, ou qui se mettent sous la domination d'un autre souverain :

Indeed the natural-born subject of one prince, to whom he owes allegiance, may be entangled by subjecting himself absolutely to another ; but it is his own act that brings him into these straits and difficulties, of owing service to two masters : and it is unreasonable, that by such voluntary act of his own, he should be able at pleasure to unloose the bonds by which he is connected to his natural prince. In certain cases he may forfeit his rights as a british subject, by adhering to a foreign power, but he remains always liable to his duties⁴⁷.

Il semble donc abusif d'établir une réciprocité entre l'abandon de ses droits et celle de ses devoirs. Ce qui est en cause ici, c'est le droit à l'émigration, conçu comme faculté pour un sujet de transférer son allégeance à un autre souverain. Or, il faut attendre 1870 pour que soit reconnu un tel droit. En effet, c'est seulement à ce moment qu'est présenté au Parlement de Westminster le *Naturalization Bill*, qui sera encore modifié en 1872 et auquel on se référera par la suite comme aux *Naturalization Acts, 1870 and 1872*. L'adoption des actes de naturalisation est ici importante à considérer dans la mesure où elle représente le moment où l'on abandonne en Grande-Bretagne l'ancienne maxime *Nemo protest exuere patriam*. Le comité chargé d'enquêter sur le problème et de proposer les modifications a résumé ainsi la situation :

The allegiance of a natural-born British subject is regarded by the Common Law as indelible. We are of opinion that this doctrine of the Common Law is neither reasonable nor convenient. It is at variance with those principles on which the rights and duties of a subject should be deemed which is now recognized as most conducive to the general good as well as to individual happiness and prosperity ; and it is especially inconsistent with the practice of a State which allows to its subjects absolute freedom of emigration. It is inexpedient that British law should

45. A.N. MORIN *et al.*, *op. cit.*, note 23, p. 150.

46. P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, Whiteford & Theoret, 1895, p. 149.

47. Stephens dans C. DE LORIMIER et C.A. VILBON, *op. cit.*, note 44, p. 294.

maintain in theory, or should by foreign nations be supposed to maintain in practice any obligations which it cannot enforce and ought not to enforce if it could ; and it is unfit that a country should remain subject to claims for protection on the part of persons who, so far as in them lies, have severed their connection with it⁴⁸.

À partir de ce moment, l'allégeance cesse d'être le fondement naturel et présumé de la communauté politique britannique. La citoyenneté se pense en fonction de la possibilité du souverain ou de ses sujets d'accomplir leurs obligations respectives, ce qui correspond à reconnaître dans le droit le fait de l'émigration⁴⁹. Il tombe sous le sens que si les Britanniques ont jugé bon de modifier leur droit sur la question en 1870 et en 1872, de manière à éviter les problèmes posés par l'émigration (c'est-à-dire la présence massive de sujets nés britanniques aux États-Unis ou au Canada), il est, *a posteriori*, erroné de prétendre cette même doctrine conforme au droit britannique au moment de la publication de ce rapport. Quoi qu'il en soit, le problème allait se résoudre de lui-même dans la mesure où le Parlement du Canada-Uni allait décider de ne pas trancher la question en affirmant à l'article 30 que les droits civils se perdent dans les cas prévus par les lois de l'Empire et par la mort civile. Mais alors, et quoi qu'il en soit de la question de la mort civile et des objections de Day à ce sujet, on peut penser que la référence à la loi naturelle aura été maintenue par la médiation des lois de l'Empire.

La seule opposition du juge Day à la rédaction des articles donnant les conditions entraînant perte de la qualité de sujet britannique témoigne de l'existence d'un conflit entre deux logiques à l'œuvre au sein de la codification. D'un côté, la logique dominante à l'intérieur de la Commission, fidèle à l'esprit du droit civil, attentive à énoncer, sinon à définir, les droits du sujet et à en faire le pivot de l'opération. De l'autre, la logique minoritaire au sein de la Commission de codification — mais qui se verra confirmée par le législateur — centrée sur le droit public anglais et attentive au mode d'existence de l'identité politique caractéristique de l'Empire britannique.

3.2 L'organisation familiale

On peut partir de l'idée qu'une conception résolument subjectiviste de la famille sacrifierait autant que faire se peut à l'idée de contrat. Ainsi, elle serait étrangère à l'idée de famille en tant que forme naturelle de l'individualité sociale, et ne verrait dans la famille qu'une société fondée sur

48. CHAMBRE DES LORDS, *Hansard*, 1870, p. 1130-1131.

49. Ce n'est donc pas avec l'indépendance de l'Inde que l'on abandonne cette catégorisation ancienne, comme on le prétend parfois.

l'accord de deux volontés autonomes⁵⁰. En ce sens, il n'y aurait aucune raison pour que le privilège accordé à la raison individuelle et à la libre détermination du sujet dans l'ordre politique ne se retrouve aussi dans l'organisation de la famille⁵¹. En fait, ce dont il est question ici, c'est du modèle kantien de la famille, où celle-ci ne préexiste pas à l'apparition des individus. Au contraire, la famille, dans ce système, est pensée exclusivement en fonction des catégories du droit privé et fait partie de ce que Kant a appelé les « droits personnels réels ». On insistera surtout ici sur l'aspect volontariste et contractuel de cette approche :

[...] le rapport des époux est un rapport d'égalité de possession tant des personnes qui se possèdent réciproquement [...] que des biens, quoiqu'ils aient le droit de renoncer à l'usage d'une partie de ces biens, encore que cela ne puisse se faire que par un contrat particulier⁵².

On voit le problème : il est difficile de poser la question de la famille au sein des seules catégories contractuelles sans représenter la formation d'une famille comme un échange où chacun fait de soi-même une *chose* dont peut jouir l'autre, cette négation de sa propre humanité n'étant admissible qu'en raison de la réciprocité et du caractère transitoire de l'opération⁵³. Mon propos n'est pas ici de faire une analyse critique, relevant de la philosophie du droit, de la théorie kantienne de la famille⁵⁴, mais seulement de décrire ce que devrait être une conception de l'organisation familiale qui ferait un absolu de l'autonomie subjective. Cette conception aurait comme

50. Le problème que je pose ici se distingue de l'opposition traditionnelle des conceptions sacramentelle et contractuelle de la famille. Il s'agit plutôt de poser la question sur un plan plus abstrait et de reconnaître une valeur paradigmatique à l'opposition des conceptions kantienne et hégélienne sur cette question. Pour une description de cette opposition, voir A. STANGUENEC, *Hegel, critique de Kant*, Paris, PUF, 1985, pp. 243-246.

51. Sur la nature de ces rapports entre famille et société politique au moment de la Révolution française, voir l'article d'A. BURGUIÈRE, « La famille comme enjeu politique de la Révolution au Code civil », (1990) 14 *Droit et société* 25.

52. E. KANT, *Métaphysique des mœurs. Première partie : doctrine du droit*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1968, p. 157.

53. Autrement dit, toute forme non réciproque (polygamie) ou permanente (prostitution) « d'usage des organes sexuels de l'autre » ne peut être juridique : E. KANT, *op. cit.*, note 52.

54. Hegel s'est explicitement attaqué à cette théorie qui fait de la famille un moment de la vie éthique, où c'est l'unité sous la forme du sentiment, de l'amour, qui la détermine. Dans ce contexte, la disposition d'esprit qui y correspond « est d'avoir la conscience de son individualité au sein de cette unité en tant qu'essence en soi et pour soi, et cela afin d'exister en elle comme membre et non comme personne pour soi » : G.W.F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1989, n° 158, p. 199.

caractéristique principale de situer la question de l'organisation familiale exclusivement dans le cadre des rapports de droit privé⁵⁵.

Dès lors la tâche est aisée de montrer comment la conception de la famille mise en œuvre par les codificateurs bas-canadiens s'éloigne d'une justification ne faisant appel qu'aux seules catégories du droit privé. Cette conception est nécessairement « ouverte » sur d'autres aspects de l'organisation juridique d'ensemble. La reconnaissance du caractère religieux de l'institution familiale et du mariage, l'absence d'un titre sur le divorce ou d'un autre sur l'adoption suffit à montrer que la conception contractualiste de la famille n'est pas la conception dominante, que l'organisation familiale est explicitement considérée comme relevant d'une logique antérieure, donc supérieure, aux droits reconnus à l'individu. Il est important de noter toutefois que cette dimension supérieure n'est pas directement identifiable au religieux. Cela passe plutôt par la référence à « nos circonstances » et à « notre état social », qui empêchent l'adoption de règles uniformes, ce qui aurait été possible dans une société « plus homogène⁵⁶ ». C'est-à-dire que les codificateurs invoquent encore ici non pas le principe de la nature religieuse du mariage, mais plutôt les circonstances particulières de la société bas-canadienne où il n'apparaît aucunement désirable d'uniformiser et donc de « civiliser » le mariage et l'état civil⁵⁷.

Cette opposition entre une conception humaniste tendant à civiliser entièrement la famille et une conception maintenant le rapport à la loi naturelle apparaît encore et avec davantage de clarté à propos de la légitimation de l'infériorité des épouses. Il s'agit d'examiner sur quoi se fonde l'incapacité qui touche la femme mariée dans le Code civil bas-canadien. Si elle avait sa source uniquement dans la convention matrimoniale, on pourrait la renvoyer à la problématique subjectiviste, où l'abandon de certains droits par l'une des parties n'aurait d'autre fondement que son accord. Or, on doit se rendre à l'évidence : l'infériorité de la femme mariée fait référence à une conception de la famille qui déborde largement la seule sphère des déterminations du sujet individuel. Pour les codificateurs, la question est claire : « Par suite de l'autorité maritale, la femme ne peut

55. Comme le note Michel Villey dans sa présentation critique : « Kant, prisonnier de la forme du droit subjectif, *privatise* le droit familial. Il imagine une troisième sorte de droit privé ayant pour objet les personnes, tout en présentant certains caractères du « droit sur les choses » : maîtrise du mari sur sa femme, pouvoir du père sur ses enfants, et du maître sur ses domestiques. » M. VILLEY, « La doctrine du droit dans l'histoire de la science juridique », dans E. KANT, *op. cit.*, note 52, p. 21.

56. A.N. MORIN *et al.*, *op. cit.*, note 23.

57. Cette façon de raisonner rappelle celle qu'ils adoptent encore par rapport à l'économie, où ils ne font référence ni aux principes de l'économie politique, ni à des études ou enquêtes, mais simplement à la perception qu'ils ont de l'état des choses.

poursuivre ou être poursuivie sans l'autorisation ou l'assistance de son mari⁵⁸. » On ne doit pas minimiser l'aspect autoritaire de cette explication. Ainsi, Pothier affirme :

Le besoin qu'a une femme de l'autorisation de son mari, pour les contrats et autres actes qui se présentent dans le commerce de la société civile, ayant son fondement dans la puissance que son mari a sur sa personne, et non sur la communauté de biens en laquelle elle est avec son mari, on en doit conclure qu'une femme quoique séparée de biens, soit par contrat de mariage soit par une sentence de séparation intervenue depuis le mariage ne laisse pas d'avoir besoin de l'autorisation de son mari pour les actes qu'elle fait, sauf pour ceux qui ne concernent que la simple administration de ses biens⁵⁹.

Il est donc important de remarquer que l'incapacité de la femme mariée, fondée sur la puissance maritale, est présentée comme une disposition ayant sa source hors du régime matrimonial lui-même. Elle ne dépend pas de la convention matrimoniale. Comme le dit P.-B. Mignault, la puissance maritale est une disposition d'ordre public. Le mari ne peut y renoncer, pas plus qu'il ne peut renoncer à la puissance paternelle⁶⁰. Autrement dit, la source de l'inégalité dans la famille n'a pas à être cherchée ailleurs que dans des déterminations extérieures aux sujets de droit. La puissance des maris sur leurs épouses ne se fonde pas sur la nature contractuelle de la famille. Elle repose sur des dispositions qui sont posées explicitement comme étant au-delà de la volonté des parties à la convention matrimoniale. Dans cette optique, il est d'importance secondaire de déterminer si les codificateurs québécois pensent l'infériorité des femmes sous la seule catégorie de la puissance maritale, ou si le Code bas-canadien contient des traces de l'idée de l'infériorité naturelle des femmes, de l'idée de *fragilitas sexus*. Même si l'on peut expliquer la différence qui existe ici avec le Code Napoléon, qui y fait explicitement référence, par la divergence des deux codes par rapport à l'individualisme. Une chose demeure certaine, les dispositions mises en œuvre par les codificateurs bas-canadiens ont pour fondement une anthropologie juridique qui ne cherche pas à fonder la nature même de l'organisation familiale sur la volonté des sujets.

58. A.N. MORIN *et al.*, *op. cit.*, note 23, p. 186. Et selon Ernest Caparros, il s'agit d'une position généralisée : « La *communis opinio* des auteurs québécois s'exprime avec des nuances, mais elle est très claire : la raison de l'incapacité de la femme mariée, on doit la chercher dans l'autorité qui existe au sein de la famille et qui est confiée à son chef, le mari ; celui-ci exerce la puissance maritale et la femme, étant assujettie à cette puissance, devient incapable du fait de son mariage. » E. CAPARROS, *Les lignes de force de l'évolution des régimes matrimoniaux en droits comparé et québécois*, Montréal, PUM, 1975, p. 201.

59. R.J. POTHIER, « Sur la puissance maritale », n° 15, cité dans C. DE LORIMIER et C.A. VILBON, *op. cit.*, note 44, t. 2, p. 163.

60. P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 46, p. 507.

Elle tend plutôt à maintenir la référence à un état de la famille antérieur à la loi civile, fondée sur la puissance relative des individus. Et il est difficile de ne pas mentionner ici que même le Code Napoléon, tout individualiste soit-il, n'échappe pas à une certaine logique « conservatrice », lorsqu'il vise à protéger la famille nucléaire⁶¹.

Conclusion

On savait déjà que le *Code civil du Bas Canada* ne pouvait exprimer la conception spécifiquement moderne du droit civil, dans la mesure où il ne concorde pas avec un État centralisateur et unitaire. Mais on peut voir maintenant que le caractère empirique du *Code civil du Bas Canada* et les distances qu'il prend avec son modèle français ne renvoient pas seulement à un défaut de centralisation. Le droit civil au Bas-Canada pense sa modernité au sein des catégories de loi naturelle. Cette situation n'est pas que l'expression brute de la domination politique britannique. Elle correspond aussi à une forme de compromis institutionnel qui permet la coexistence et l'articulation des forces sociales dominantes dans l'ensemble de la société québécoise.

61. Sur cette question, voir J. CAPDEVIELLE, *Le fétichisme du patrimoine*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1986, p. 160 et suiv. Aussi, pour justifier le retour à une conception moins égalitaire de l'organisation familiale, Cambacérès affirme que « quoique l'égalité doive servir de régulateur à tous les actes de l'organisation sociale, ce n'est pas s'en écarter que de maintenir l'ordre naturel, et de prévenir ainsi des débats qui détruiraient le charme de la vie domestique » : J.-J. CAMBACÉRÈS, *loc. cit.*, note 30, 156.