Document generated on 07/13/2025 7:51 a.m.

Les Cahiers de droit

Philosophie et efficience du droit civil

Claude Fabien

Volume 37, Number 1, 1996

URI: https://id.erudit.org/iderudit/043374ar
DOI: https://doi.org/10.7202/043374ar

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

Fabien, C. (1996). Philosophie et efficience du droit civil. *Les Cahiers de droit*, *37*(1), 7–15. https://doi.org/10.7202/043374ar

Article abstract

In Civil Law, the notion of « might is right vs. the rights of weaker parties » calls for four distinctions. First, any division of society along lines of force and frailty is far from obvious. Secondly, the *Civil Code of Québec* of 1991 was not crafted by strong parties over weaker ones. Third, the essentiel mission of Civil Law is not to protect the weak from the strong. Fourth and finally, to determine if Civil Law adequately protects weaker parties from strong ones, some thought must be devoted to its philosophy and effectiveness.

The philosophy underpinning Civil Law consists in creating a socially acceptable equilibrium between conflicting legitimate interests among a plurality of persons whose relations it must govern. This equilibrium must be reviewed periodically to take social evolution into account. This challenge has been successfully met by those who contributed to the *Civil Code of Québec* of 1991.

The effectiveness of Civil Law is incomplete. The costs and delays inherent in the legal system create imbalance. Hence economically weaker parties are put at a disadvantage when seeking justice through the courts and faced with opponents who are less limited by resources and time to pursue their interests. Remedies to such situations largely depend upon the will and creativity of all involved.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1996

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Philosophie et efficience du droit civil*

Claude FABIEN**

Le thème « La loi du plus fort, les droits du plus faible », appliqué au droit civil, appelle quatre tempéraments. Premièrement, la division de la société contemporaine en forts et en faibles n'est pas évidente. Deuxièmement, le Code civil du Québec *de 1991 n'a pas été fait par les forts contre les faibles. Troisièmement, le droit civil n'a pas pour mission essentielle de protéger les faibles contre les forts. Quatrièmement, enfin, pour déterminer si le droit civil protège « suffisamment » les faibles contre les forts, il est nécessaire de réfléchir sur sa philosophie et sur son efficience.*

La philosophie du droit civil consiste à créer un équilibre socialement acceptable entre les intérêts légitimes en conflit d'une pluralité de personnes dont il doit régir les rapports. Cet équilibre doit être révisé périodiquement pour tenir compte de l'évolution sociale. Le défi a été relevé avec succès par ceux et celles qui ont contribué à l'élaboration du Code civil du Québec *de 1991.*

L'efficience du droit civil laisse à désirer. Le coût et les délais de la justice engendrent un déséquilibre. La partie économiquement faible est désavantagée lorsqu'elle cherche à obtenir la sanction de son droit par voie judiciaire contre une partie qui a les moyens de payer et intérêt à prolonger indûment le procès. Les correctifs qui s'imposent font appel à la volonté et à la créativité de tous les intervenants.

---

* Le présent texte consiste en de brèves réflexions de synthèse présentées le 13 octobre 1995 en conclusion du colloque de réflexion en droit civil « La loi du plus fort, les droits du plus faible » organisé par le Groupe de recherche en droit civil et commercial du Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

** Doyen, Faculté de droit, Université de Montréal.

Les Cahiers de Droit, vol. 37, nº 1, mars 1996, pp. 7–15
(1996) 37 *Les Cahiers de Droit* 7

In Civil Law, the notion of « might is right vs. the rights of weaker parties » calls for four distinctions. First, any division of society along lines of force and frailty is far from obvious. Secondly, the Civil Code of Québec *of 1991 was not crafted by strong parties over weaker ones. Third, the essentiel mission of Civil Law is not to protect the weak from the strong. Fourth and finally, to determine if Civil Law adequately protects weaker parties from strong ones, some thought must be devoted to its philosophy and effectiveness.*

The philosophy underpinning Civil Law consists in creating a socially acceptable equilibrium between conflicting legitimate interests among a plurality of persons whose relations it must govern. This equilibrium must be reviewed periodically to take social evolution into account. This challenge has been successfully met by those who contributed to the Civil Code of Québec *of 1991.*

The effectiveness of Civil Law is incomplete. The costs and delays inherent in the legal system create imbalance. Hence economically weaker parties are put at a disadvantage when seeking justice through the courts and faced with opponents who are less limited by resources and time to pursue their interests. Remedies to such situations largely depend upon the will and creativity of all involved.

Pages

1. La philosophie du droit civil 10

2. L'efficience du droit civil 14

Pendant des années, les civilistes du Québec ont vécu dans l'ombre de l'industrie constitutionnelle. L'avènement du nouveau *Code civil du Québec* leur a fait connaître un moment de gloire. Il serait dommage que ce ne fût qu'un feu d'artifice sans lendemain. Comme civiliste, je me réjouis qu'un groupe de recherche en droit civil et commercial se soit constitué et propose d'entretenir le feu sacré par des réflexions comme celles auxquelles nous ont conviés les organisateurs du remarquable colloque intitulé « La loi du plus fort, les droits du plus faible », en 1995.

Le thème du colloque « La loi du plus fort, les droits du plus faible » est très « engagé ». Il oriente volontairement dans une direction précise. Un brin provocateur, il m'a incité à regarder dans deux directions plutôt qu'une, pour tenter de faire la part des choses. Comme il est formulé, de façon fort astucieuse d'ailleurs, le thème repose sur quatre postulats qui méritent d'être relativisés. Les deux premiers sont explicites, les deux autres implicites.

Le premier postulat, c'est qu'il y a des forts et des faibles. Ce postulat n'est pas dénué de fondements. Toutefois, on ne peut plus y voir de nos jours une classification permanente et immuable des personnes dans notre société. La mobilité sociale, l'interaction des personnes, la diversité des rôles feront sans doute vivre à une même personne des situations successives de force et de faiblesse dans les actes de la vie civile. Ainsi, la personne qui achète une voiture neuve aujourd'hui deviendra un jour le coquin vendeur d'une voiture d'occasion : il y a alors renversement des rôles. Notre société contemporaine se livre mal à une analyse fondée sur la lutte des classes.

Le second postulat, c'est que les forts sont ceux qui font la loi, qui la font dans le sens de leurs intérêts et au détriment des faibles. Ce postulat me semble difficilement pouvoir s'appliquer au *Code civil du Québec*. Son histoire révèle que, dans un premier temps, la révision fut menée par des juristes appartenant à plusieurs segments et à plusieurs générations de la communauté juridique. Dans un deuxième temps, des projets mis au point par des fonctionnaires et des experts furent soumis à la critique des commissions parlementaires et aux interventions de groupes de pression venant de tous horizons. Le fait qu'un grand nombre de personnes de toutes tendances soit intervenu sur une longue période (environ 25 ans) laisse peu de prise à la thèse du complot des forts contre les faibles.

Le troisième postulat, implicite celui-là, veut que la loi ait pour mission de protéger le faible contre le fort, en lui reconnaissant des « droits ». C'est l'idéologie de la protection. Le législateur la connaît bien, puisqu'il a coulé son nom dans le titre de lois célèbres comme la *Loi sur la protection du consommateur*. Une technique à la mode pour assurer cette protection, c'est l'attribution de « droits » à la partie faible, sorte de flèches que le faible peut diriger contre le fort. Cette attribution est à sens unique, puisque le fort, par définition, n'a pas besoin des recours de la loi. On peut donc passer sous silence la question de savoir s'il a, lui aussi, des droits.

Or, il n'est pas certain, à mon sens, que la loi, comprise ici dans le sens de droit civil, ait pour mission de « protéger » le faible contre le fort, à supposer qu'une telle typologie existe. Et si le droit civil le fait à l'occasion,

il n'est pas dans sa manière d'attribuer des « droits » à la partie faible exclusivement. Les droits, comme au jeu de cartes, sont distribués à tous les joueurs. La théorie des obligations en est une belle illustration. L'obligation est un rapport de droit entre deux personnes : un créancier, titulaire d'un droit, et un débiteur tenu à un devoir, comme le rappelle si bien l'article 1458 du *Code civil du Québec*. Dans la plupart des situations juridiques, notamment en matière de contrats synallagmatiques, les obligations sont multiples et vont dans toutes les directions, conférant ainsi des droits et des devoirs autant au fort qu'au faible.

Le dernier postulat, lui aussi implicite, est que la loi ne reconnaît pas « suffisamment » les droits du faible. Cette insuffisance se manifeste soit parce que les droits reconnus au faible ne vont pas assez loin, soit parce que la loi s'est abstenue de déclarer certains droits. Ce postulat soulève la question suivante : à quelle aune mesure-t-on l'insuffisance ou la suffisance de la protection que la loi accorde au faible? Autrement dit, après avoir précisé la mission du droit civil, comment sait-on que cette mission est bien réalisée? Ces questions m'amènent à deux réflexions, l'une sur la philosophie du droit civil, l'autre sur son efficience.

1. La philosophie du droit civil

Chercher la philosophie du droit civil n'est pas une mince affaire. On risque de se heurter à un mythe comparable à celui de l'intention du législateur. Il peut être instructif d'interroger les témoins privilégiés du développement du droit civil, pour tenter ensuite de faire une synthèse entre l'héritage historique et la situation contemporaine.

Les commissaires qui ont écrit le *Code civil du Bas Canada* de 1866 n'étaient pas des philosophes. Ils étaient plutôt des pragmatiques qui avaient adopté la philosophie du Code civil français de 1804 qui leur servait de modèle. Si on regarde en amont, on s'aperçoit que la conception exprimée par les commissaires français était tout aussi pragmatique et dépourvue d'idéologie radicale.

Portalis, le plus célèbre des commissaires chargé de rédiger le Code civil français, écrivait par exemple ceci[1] :

> [Le législateur ne doit point perdre de vue] qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux ; qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de

1. J.-É.-M. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844, p. 4.

> la correction même; qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative; qu'au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer; que l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles.

Un siècle et demi plus tard, Georges Ripert écrivait dans son célèbre ouvrage *Le déclin du droit — Études sur la législation contemporaine*[2] :

> On a bien souvent répété la parole de Lacordaire : « Entre le fort et le faible [...] c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui affranchit. » De la chaire de Notre-Dame tombent souvent des cris éloquents de charité qui ne sauraient avoir la prétention d'exprimer des vérités juridiques. La loi ne peut pas affranchir parce que tout homme en est le sujet. Il se peut que l'assujettissement à la loi vaille mieux que celui qui résulterait du contrat. Il n'en reste pas moins qu'un contrat peut être déclaré abusif tandis qu'il n'existe aucun recours contre la tyrannie légale. L'homme est donc plus assujetti par la loi que par le contrat.

Ces témoignages révèlent la conception que la tradition juridique française se faisait du droit civil. On peut en dégager les traits suivants :

— modération de l'intervention législative dans les rapports privés (les dispositions impératives restreignent la liberté) ;

— absence d'idéologie de protection (la protection est limitée aux inaptes, et ce serait faire injure aux personnes aptes que de les protéger) ;

— pragmatisme plutôt qu'utopie (le mieux est l'ennemi du bien, et il faut savoir souffrir à la marge quelque imperfection) ;

— ordre social fondé sur la raison.

Portalis écrivait[3] : « Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. »

Il y a certes beaucoup de sagesse dans ce propos et matière à alimenter la réflexion du néo-libéralisme. Toutefois, on n'échappe guère à la nécessité d'adapter les lois au contexte sociopolitique dans lequel elles sont appelées à servir. Portalis le reconnaissait lorsqu'il écrivait[4] : « Il [le législateur] ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites. »

---

2. G. RIPERT, *Le déclin du droit — Études sur la législation contemporaine*, Paris, L.G.D.J., 1946, p. 44.
3. J.-É.-M. PORTALIS, *op. cit.*, note 1, p. 4.
4. *Ibid.*

Le législateur moderne doit intégrer des traits de la société contemporaine. Il se trouve que le système politique est poreux et particulièrement perméable aux groupes de pression qui réclament la protection de leurs intérêts particuliers. Ces pressions produisent du meilleur et du pire. Dans certains cas, les mesures adoptées se traduisent par un coût important payé par ceux qui ne bénéficient pas de la protection accordée. Lorsque tout le monde paye, on a l'impression que personne ne paye, jusqu'à ce que le contribuable étouffe sous le poids des charges et que les finances publiques soient en crise. Dans d'autres cas, les mesures adoptées sont plus heureuses. Elles survivent à l'épreuve du temps ou s'imposent par leur sagesse. Il est normal que le droit civil cherche à les intégrer.

Nous en sommes au point où il importe de faire la synthèse des deux courants antagonistes que sont le libéralisme et le protectionnisme. Cette synthèse devrait faire apparaître un droit commun des rapports privés fondé sur la raison, l'équilibre, l'harmonie entre tous les sujets de droit, sans exclusion et sans distinction de classes. C'est la vieille sagesse du droit romain qui proposait de rendre à chacun ce qui lui est dû.

Ainsi, la mission fondamentale du droit civil m'apparaît être la recherche et la réalisation d'un équilibre entre des intérêts légitimes en conflit. Le droit civil le réalise admirablement dans ses constructions classiques : intérêts des deux parties d'un contrat synallagmatique ; intérêt de la victime à recevoir réparation du préjudice et intérêt du débiteur à n'être tenu responsable que pour le préjudice qu'il a causé ; intérêts réciproques des conjoints dans le mariage. Le droit civil reconnaît par ailleurs une zone incontestable de protection : celle des inaptes.

Dans cette perspective, le défi de la révision du Code civil était de corriger les déséquilibres que le statisme des textes ou de la jurisprudence avait pu créer au gré de l'évolution de la réalité ambiante. Aucun champ du Code civil n'a échappé à ces mises au point, grandes ou petites, dont l'objectif délibéré ou spontané était la recherche d'un nouvel équilibre. En matière de mandat, par exemple, il était clair que le régime classique visait un modèle dépassé : celui du mandataire bénévole qui rendait un service d'ami. Ce modèle était mal adapté à l'activité des mandataires professionnels et commerciaux où le réseau des intérêts s'en trouve modifié et beaucoup plus complexe. De partie dominante qu'il était, le mandant, qui théoriquement donne des ordres, est devenu un client plus vulnérable qui avait besoin de certaines mesures de protection.

On peut même penser que des équilibres spontanés se sont produits lorsque deux courants antagonistes se sont heurtés et que des compromis politiques ont été nécessaires. À l'idée classique du contrat immuable s'est

opposée l'idée d'un contrat instable susceptible de révision pour lésion. Le compromis a consisté à rejeter le principe général de la lésion entre majeur mais à admettre certaines exceptions bien circonscrites, comme dans le cas de la clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion (article 1437 C.c.Q.).

Si l'objectif est l'équilibre, on aimerait bien trouver la méthode par laquelle on détermine s'il est atteint. Tout changement engendre des risques d'erreur, comme disait Portalis, et le remède se révèle parfois pire que le mal. On aimerait que des techniques empruntées aux sciences sociales ou ailleurs permettent de prédire les avantages et les inconvénients d'une mesure législative, sans parler de son coût réel ou intangible. Voilà un beau champ de recherche scientifique pour les facultés de droit. Ces instruments de mesure ne sont pas facilement disponibles. De toute manière, ils ne sauraient remplacer l'intuition, la réflexion, le jugement de valeur et l'expression de la volonté démocratique qui doivent continuer à jouer un rôle important dans le processus de réforme du droit. Enfin, le droit comparé permet parfois d'éviter les erreurs des autres ou de bénéficier de leur génie.

Quoi qu'il en soit, un moyen incontournable pour atteindre cet équilibre se trouve dans la démarche critique qui invite à la rétroaction et à l'entretien périodique du véhicule. Un colloque comme celui auquel nous avons participé et les publications qui en découlent sont certes une contribution significative à ce processus. Le critère qui devrait nous guider dans cette constante vérification du point d'équilibre entre les intérêts légitimes en conflit est le degré d'acceptation sociale entourant une solution, mais aussi la persistance de la volonté de coopérer entre les citoyens, rendue visible par ses résultats.

Enfin, il m'apparaît que les tribunaux ont un rôle clé à jouer dans la réalisation de cet équilibre. L'œuvre du législateur est perfectible. Les juges ont peut-être des outils mieux adaptés que le législateur pour faire des adaptations fines. Ils y parviendront, à condition de n'épouser aucune idéologie, fût-elle celle d'une protection dont la vertu semble séduisante. Leur impartialité devrait leur commander d'adopter le parti pris de l'équilibre.

Le tour d'horizon que nous a offert le colloque « La loi du plus fort, les droits du plus faible », sur les solutions du droit civil, devrait nous laisser optimistes. La révision du Code civil est une œuvre colossale dont le bilan me paraît largement positif. C'est dans le domaine de l'efficience du droit que le bât blesse et que la formulation du thème du colloque devient une critique fondée.

2. L'efficience du droit civil

Le problème de l'efficience de la loi peut être posé comme suit : à quoi sert la solution juridique la plus parfaite si son créancier est incapable d'obtenir la sanction effective de son droit? Le problème mérite d'être posé de façon particulière dans le domaine du droit civil, car, dans la plupart des cas, les parties sont des particuliers dont la fortune personnelle est limitée. À quoi sert le meilleur des codes civils si trop souvent il risque de demeurer lettre morte? Le problème juridique dominant de notre société n'est pas celui de la substance des lois. C'est plutôt celui de l'accès à la justice. C'est là que le fort jouit d'un avantage indû et le faible d'un handicap difficilement surmontable.

En cas de litige, le citoyen devrait avoir accès à un mode de solution qui soit abordable par son coût et efficace quant à ses délais. Il s'agit d'un problème d'une immense complexité, où tous les intervenants, y compris les avocats, ont un examen de conscience à faire. Un immense effort devrait être déployé du côté de la transformation des règles de preuve, des règles de procédure, des règles de pratique et des usages du Palais, pour simplifier et moderniser le procès civil. Le procès ressemble davantage à un rite religieux complexe qu'à un système conçu pour réaliser un objectif de qualité acceptable, au moindre coût. Ces rites sont d'un autre âge et notre société n'a plus les moyens de se les payer. Le grand rendez-vous judiciaire pour un procès de 25 jours où une kyrielle d'avocats vont exercer leur droit « sacré » au contre-interrogatoire des témoins tient davantage du folklore que de l'intérêt public bien compris. Quelqu'un doit crier que le roi est nu ou que les gens de justice ne portent qu'une toge imaginaire !

Diverses pistes doivent être explorées : la dématérialisation des procédures écrites, par l'informatique ; la désynchronisation du procès, par le recours systématique aux déclarations écrites ; une meilleure préparation du temps rare et précieux de l'audience, lorsqu'elle est strictement nécessaire. La médiation est aussi une voie prometteuse de progrès social, si les mécanismes en sont bien conçus et encadrés et si l'activité est entreprise avec de hauts standards professionnels.

Certes la prévention des litiges par l'éducation scolaire et la formation auprès des adultes paraît tout autant indiquée. Des efforts louables ont été faits pour fournir au citoyen un meilleur accès à l'information juridique. Mais tout cela ne suffit pas s'il n'y a pas aussi à la marge un mécanisme de contrôle et de répression des comportements antisociaux. Le droit civil et son système de sanction reposent presque sur un postulat universel de bonne foi. Ils sont très vulnérables à la mauvaise foi, à la déviance, surtout lorsqu'elle est systématique. Dans ces cas, il faut avoir recours à des méca-

nismes de répression bien ciblés et efficaces. Le domaine de la consommation demeure exposé à l'exploitation honteuse du public par quelques chevaliers d'industrie. L'affaiblissement récent de l'Office de la protection du consommateur, principalement quant à sa force de frappe et de contrôle des activités criminelles, ne manque pas d'inquiéter. Il me semble que les économies visées par ces mesures de compression relèvent de calculs superficiels qui seront déjoués par le coût réel de cette forme de délinquance.

En conclusion, force nous est de constater que, sur le plan de l'efficience du droit civil, la partie économiquement forte est en position d'imposer sa loi à la partie trop faible pour obtenir la sanction de ses droits. C'est trop souvent le triomphe de la force sur le droit.

Le thème du colloque a sûrement évoqué pour plusieurs le vague souvenir d'une fable de La Fontaine. Ne reculant devant aucun effort pour remonter aux sources, j'ai entrepris des recherches dont je livre ici les fruits. La fable s'intitule « Le loup et l'agneau » : l'agneau qui se trouve malencontreusement à portée de dent du loup plaide pour sa vie. Le loup n'est sensible à aucun argument rationnel et finit par croquer l'animal. En réalité, il n'y est pas question de loi. La fable commence ainsi :

> La raison du plus fort est toujours la meilleure :
> Nous l'allons montrer tout à l'heure.

Il est donc question du triomphe de la force brute sur le droit à la vie du pauvre agneau. La fable se termine ainsi :

> Le loup l'emporte, et puis le mange,
> Sans autre forme de procès.

Je termine sur cette dernière réflexion. D'une part, l'agneau n'avait pas les moyens de se payer un procès. D'autre part, le loup n'aurait pas eu la patience d'attendre !