

Les Cahiers de droit

Fragilité et résistance des codes

Marie José Longtin



Volume 46, Number 1-2, 2005

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043854ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043854ar>

[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

Longtin, M. J. (2005). Fragilité et résistance des codes. *Les Cahiers de droit*, 46(1-2), 561–576. <https://doi.org/10.7202/043854ar>

Article abstract

Civil codes reveal areas of resistance and fragility and the legal norms themselves are resistant or fragile depending on circumstances, interpretations and the debates that envelop them. The evolution of the *Civil Code of Québec* over the past decade illustrates numerous examples of evolutions in standards that issue in part from the resistance of such norms or their fragility as regards the needs expressed by citizens, court interpretations or professional practice. Moreover, since normative changes are inevitable, one part of the author's thinking also relates to the model that the legal community may offer in support of such changes.

Fragilité et résistance des codes

Marie José LONGTIN*

Les codes civils présentent des zones de résistance et de fragilité et les normes elles-mêmes sont résistantes ou fragiles selon les circonstances, les interprétations et les débats qui les entourent. L'évolution du Code civil du Québec pendant la dernière décennie offre de nombreux exemples d'évolution des normes qui tient pour partie à la résistance de celles-ci ou à leur fragilité par rapport aux besoins exprimés par les citoyens, aux interprétations des tribunaux ou à la pratique professionnelle. Par ailleurs, les changements normatifs étant inévitables, une partie de la réflexion de l'auteure porte aussi sur le modèle que la communauté juridique peut offrir en appui aux changements.

Civil codes reveal areas of resistance and fragility and the legal norms themselves are resistant or fragile depending on circumstances, interpretations and the debates that envelop them. The evolution of the Civil Code of Québec over the past decade illustrates numerous examples of evolutions in standards that issue in part from the resistance of such norms or their fragility as regards the needs expressed by citizens, court interpretations or professional practice. Moreover, since normative changes are inevitable, one part of the author's thinking also relates to the model that the legal community may offer in support of such changes.

* Directrice générale associée aux affaires législatives, ministère de la Justice du Québec.

	<i>Pages</i>
1 Le défi de la codification	563
1.1 Une recherche d'équilibre	563
1.2 Une lutte contre le chaos et l'entropie	564
2 La vie d'un code	566
2.1 Une décennie d'interventions	566
2.2 L'appui au changement.....	573
Conclusion	575

La codification, qu'elle veuille simplifier le droit et le rendre plus accessible ou qu'elle ait un objectif plus politique pour appuyer la puissance ou restaurer la grandeur d'un empire, comme le voulurent Justinien et Napoléon, ou encore pour clarifier un état de droit ou affirmer le caractère distinctif d'une société, ce qui fut le cas du Québec, est un défi lancé au temps. Dans sa visée d'intégration du droit, le code est une tentative de contournement du temps et une lutte contre le chaos ou l'entropie. Mais, le code, pas plus que le droit, n'échappe au temps, non plus d'ailleurs qu'à son espace, à la société pour laquelle il a été conçu et dans laquelle il se développe. Au surplus, il n'échappe pas à sa forme, laquelle, comme disait un auteur, est ce qui reste lorsque le fond a perdu son sens.

Si les codes évoluent dans le temps, la force de cette évolution est variable. En certains cas ou en certaines matières, l'évolution se fait rapidement, constamment ou ponctuellement, alors qu'en d'autres cas elle se manifeste comme une imperceptible alluvion. S'agit-il de résistance ou de fragilité du code sinon de ses dispositions? Entre résistance et fragilité, il faut surtout considérer les équilibres recherchés et qui doivent être maintenus.

Ces deux termes sont le point de départ de notre réflexion pour tenter de cerner les zones de résistance et de fragilité des codes — ou plus précisément du code civil — et d'examiner la recherche d'équilibre entre l'évolution et la stabilité, entre la fragilité et la résistance. La vie du *Code civil du Québec* pendant cette dernière décennie permettra de faire un constat de cet équilibre. Par ailleurs, la codification étant un mode d'expression du droit que l'on souhaite sauvegarder et même privilégier, et prenant acte que le changement est inévitable, cette réflexion nous conduit à nous interroger

sur l'appui qu'il convient d'apporter au renouvellement des normes pour assurer cet équilibre.

1 Le défi de la codification

1.1 Une recherche d'équilibre

Le droit s'inscrit dans l'espace et dans le temps. S'il a donc une certaine fixité spatiale en raison des limites territoriales de l'État, il est néanmoins assujéti à la dynamique du temps qui force l'évolution sociale. Malgré les invocations qui peuvent lui être adressées de suspendre son cours, le temps avance et, imperceptiblement ou abruptement, il force le changement. Dans cette mouvance, fuir ou refuser le changement, c'est déjà pourtant y consentir.

Dans le domaine de la législation, le changement est continu, mais, comme la loi régit de nombreux secteurs d'activité, la stabilité des normes peut être suffisamment préservée pour parer au sentiment de chaos. En effet, avant d'être intégrées dans la législation, les propositions de changement ont une vie. Elles émergent souvent lentement de débats publics, s'imposent à la suite d'événements médiatisés ou se discutent dans des forums politiques ; elles sont ensuite étudiées, pesées et soupesées, puis chiffrées par la fonction publique et par les décideurs, et enfin prises en charge par les responsables politiques. La proposition devient norme. Par la suite, lue, interprétée et appliquée, elle se déforme ou se reforme selon les besoins jusqu'au jour où, devenue inapte à accomplir sa fonction, la norme voit son renouvellement exigé.

La codification n'échappe pas à ce processus. Certes, le code jouit d'un certain avantage par rapport à la loi sectorielle puisque, s'agissant de déclarer le droit commun et d'établir la « constitution civile », ses textes sont moins spécialisés. Mais, si le code peut être lieu de mémoire, il ne doit pas pour autant être sacralisé. La vie n'est pas statique, la société s'invente et se réinvente constamment, même si elle peut demeurer fidèle à des modèles ancestraux. Et le code n'est jamais qu'une forme pour accueillir des normes et les structurer de manière à maintenir les équilibres voulus.

Lorsqu'il codifie le droit, le législateur recherche divers types d'équilibre : entre le juste et l'injuste, entre les droits et les obligations, entre le fond et la forme, entre les principes posés pour fonder une institution, les notions-cadres qui lui permettent de se développer et les règles de fonctionnement plus précises qui permettent de réduire le recours à des interprètes et d'assurer une égalité de traitement entre tous les utilisateurs de la norme. Cet équilibre, il l'obtient en créant « un ensemble législatif structuré

et hiérarchisé [qui] ne dit pas tout [car] son rôle est d'établir des règles qui pourront s'adapter à la diversité des situations humaines et sociales et d'intégrer les développements scientifiques ou sociaux¹», mais qui dit suffisamment pour permettre à tous de régler leur conduite en se fondant sur l'usage de leur raison.

Dans l'expression du droit commun, le législateur consent, en bien des matières, à des compromis entre des besoins et des intérêts diversifiés, sinon opposés, et il traduit également nombre d'ambivalences. C'est pourquoi il faut tout autant éviter de déclarer le code intouchable que de le considérer comme un brouillon toujours à réécrire. Il doit comporter dans sa structure même des normes suffisamment flexibles pour lui permettre d'accepter plusieurs changements sans pour autant être modifié, ou d'accepter des modifications sans pour autant être bouleversé.

1.2 Une lutte contre le chaos et l'entropie

Si le changement est inévitable, il importe cependant, dans l'expérience humaine, de préserver une certaine stabilité. Nous ne pourrions vivre dans une société sans repères normatifs stables. Si l'anarchie peut être créatrice et s'accepter dans certaines circonstances, elle ne peut réguler la société et assurer la réalité de ces idéaux de justice que sont la liberté, le respect, l'égalité et la solidarité. La justice requiert pour se développer et s'exercer une volonté collective, ainsi que des institutions et des normes stables, à la fois résistantes, sans rigidité, et souples, sans fragilité.

La codification permet de regrouper les règles selon une logique systématique, tout en recherchant la simplicité et la cohérence. L'accessibilité et la transparence des textes qui en résultent représentent une valeur qui facilite la prévisibilité de la norme et, par là, un rapport d'égalité dans la détermination et l'application du droit.

Dans le contexte du code, la norme doit pouvoir résister et opposer sa propre force à une autre qui tendrait à l'annuler. Elle doit pouvoir s'opposer à une déformation de son sens, mais sans rigidité puisque, au besoin, elle doit, pour durer, accepter un accroissement du sens. Sinon, le temps transforme la résistance en une rigidité qui risque d'entraîner la désuétude de la norme. Dès lors, résister, c'est aussi être apte à faire l'équilibre entre la raideur et l'abandon : autrement, le refus du changement peut entraîner la cassure, alors que l'acceptation du changement à tout vent entraîne le risque de perdre le sens. Il faut donc allier rigueur et souplesse.

1. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. VII.

Il est permis de penser qu'une norme générale et fluide, qui exprime le nécessaire, sans trop dire, et qui conserve le flou suffisant pour se remodeler constamment, tout en demeurant juste et équitable, peut maintenir sa force par rapport au changement induit par le passage du temps. Dès lors, la norme résiste. De même, la structure du code est aussi un élément de résistance dans la mesure où elle exprime une hiérarchie des valeurs et des règles. En outre, pour autant qu'elle constitue un faisceau de convergences des normes qui peut être accueillant à l'innovation, cette structure offre une souplesse qui permet d'éviter la fracture.

En revanche, la fragilité paraîtra dangereuse. Elle traduit la précarité, un manque de solidité, un fonctionnement délicat, une détérioration rapide et une absence de durée. Cependant, il n'est pas toujours possible d'en faire l'économie, surtout lorsque les situations sociales qu'il faut traduire sont elles-mêmes instables. Par ailleurs, une règle qui semble fragile peut s'avérer résistante. Le temps, à cet égard, est seul juge.

Résistance et fragilité ont donc chacune un pôle positif et négatif. Résister, c'est refuser l'éphémère, mais cela peut aussi être le refus du changement nécessaire; la fragilité passe souvent par la souplesse, mais c'est aussi la précarité de la règle qui répond à une mode. Codifier, c'est donc être placé devant le risque de se tromper sur la résistance ou la fragilité de la norme, mais c'est aussi agir pour ne faire que ce qu'il faut, mais pour le faire en temps utile.

Le *Code civil du Bas Canada* a vécu plus de 125 ans. Il lui a été reconnu nombre de qualités. Il a d'ailleurs semblé à certains, pendant le processus de recodification, que ce code n'avait presque aucun défaut. Néanmoins, il n'a pas été exempt de résistance et de fragilité. La permanence de ses règles a été vantée, mais la résistance de la règle n'était-elle pas devenue d'une fragile obsolescence lorsqu'il a fallu attendre 95 ans pour revoir la disposition selon laquelle la femme n'était pas admise à demander la séparation de corps, à moins que la concubine du mari ne demeure au domicile des époux²? En matière familiale, le refus du changement qui s'est manifesté dans nombre de textes a été à la source de problèmes multiples encore présents dans le droit d'aujourd'hui, dans la mesure où celui-ci compte nombre de règles qui répondent à des situations anciennes. Par ailleurs, le maintien inconditionnel de la liberté de tester ou du principe de l'autonomie de la volonté étaient-ils des résistances appropriées dans des contextes d'abus de droit ou de contraintes économiques? N'était-ce pas détourner la finalité du droit et creuser un déficit de justice que de couvrir l'abus?

2. *Code civil du Bas Canada* de 1866, art. 188, remplacé par : *Loi modifiant le Code civil*, S.Q. 1954-1955, c. 48.

La résistance du *Code civil du Bas Canada* au changement peut être associée à l'esprit du temps, perçu comme statique. Mais la société et les mœurs n'en continuaient pas moins leur évolution et les besoins de justice des citoyens se faisaient plus pressants. Le décalage entre cette résistance du code et le changement de la société a, en un certain sens, rendu le code fragile. Car si le code ne changeait pas, les règles se modifiaient par des lois sectorielles, par des pratiques professionnelles, par quelques décisions d'avant-garde.

À l'opposé, la fragilité pourrait plutôt être liée aux multiples interventions législatives. Cependant, l'extrême sollicitude du législateur et sa compassion pour les maux d'autrui peuvent aussi s'expliquer par un changement dans la perception même de la loi. Celle-ci s'inscrit dans un ensemble mouvant. Si, à l'origine, seuls les codes pouvaient constituer des compilations ordonnées du droit et assurer une permanence, aujourd'hui, la refonte des lois remplit une partie de ces fonctions. Quoique les textes soient constamment modifiés et mis à jour, la permanence de l'ensemble suffit à procurer un sentiment de sécurité. Par ailleurs, la fragilité de la loi, si elle est souvent contestée, est néanmoins acceptée. La loi a perdu son mystère, elle est maintenant conçue comme un instrument d'intervention pour communiquer une volonté politique et répondre à des besoins, à des attentes, à des situations que l'on sait changeantes, et ce, même en droit civil.

La représentation du droit est aussi appelée à être modifiée avec les nouvelles technologies de l'information. Actuellement, pour une part, la perception de stabilité du droit ou du code vient de son support. Le droit est écrit, et l'écrit supporté par le papier demeure. Toutefois, dans la mesure où s'accroît l'utilisation de l'informatique dans la consultation de la loi, ce schème de référence s'affaiblit. Sur un support technologique, le droit n'est constitué que de fragments d'information qui s'organisent et se réorganisent au gré des demandes ; les ensembles se créent et se recréent constamment autour de leurs structures. Il y a là une fragilité apparente, mais c'est alors dans la norme même qu'il faut chercher la résistance.

2 La vie d'un code

2.1 Une décennie d'interventions

Si, en 1866, le législateur pouvait compter sur la pérennité des normes, le législateur d'aujourd'hui ne peut plus avoir cette présomption. Il doit envisager que la loi, pour survivre, devra être modifiée. C'est pourquoi, dans sa conception même, le *Code civil du Québec* a été structuré pour être modifié et, de fait, il l'a été puisque, au cours de la dernière décennie, 28

lois l'ont modifié. De ce nombre, 15 l'ont fait directement et 13, de manière indirecte. Quant au nombre de modifications, il s'élevait, au 1^{er} juillet 2004, à 438³.

Les interventions sont qualifiées de directes lorsque le changement concernait clairement une institution de droit civil déjà régie par le Code civil ou qui devait l'être si elle ne l'était pas. Pensons ici à la vente d'entreprise dont les formalités étaient déjà, lors de l'adoption du code, dénoncées comme des obstacles inutiles, à l'hypothèque mobilière sur des biens personnels dont les dispositions donnaient déjà ouverture à une extension du champ hypothécaire, à l'institution de l'union civile qui est venu apporter une réponse aux demandes d'union, notamment entre couples de même sexe, ainsi que, par voie de conséquence, à certaines ouvertures pour étendre le champ des célébrants compétents pour officier aux mariages et aux unions civiles. Par ailleurs, même parmi ces modifications directes, plusieurs n'apportent pas de réels changements au droit. C'est ainsi qu'un nombre élevé de modifications ne servent qu'à établir l'équivalence des textes anglais et français.

Quant aux modifications indirectes, elles sont liées à la situation centrale du Code civil dans l'ensemble législatif. Comme l'affirme la disposition préliminaire du code, celui-ci est un ensemble législatif, déclaratif du droit commun. Comme tel, il fonde les autres lois. Or, lorsque celles-ci sont modifiées ou remplacées ou que de nouvelles lois sont adoptées, elles peuvent avoir des incidences sur ce droit commun. Parmi les 13 lois qui ont modifié le code de manière indirecte depuis 1994, plusieurs d'entre elles sont de pure concordance, ou s'imposaient en raison même de la réforme du Code civil⁴.

Qu'elles soient directes ou indirectes, les interventions n'ont pas toutes la même portée. Certes, l'appréciation de la qualité des modifications est toujours une chose subjective, mais elle s'impose pour l'examen des textes touchés. C'est ainsi que nous qualifions de substantielles les modifications qui changent le fond d'une règle juridique, de modifications de cohérence celles qui adaptent certains textes pour tenir compte des

3. Voir le tableau des modifications et des textes publiés dans : MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Code civil du Québec 1994-2004*, Québec, Les Publications du Québec, 2004.

4. Par exemple, le remplacement, en 1997, de la *Loi sur la protection du malade mental*, L.Q. 1972, c. 44, par la *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, L.Q. 1997, c. 75, s'imposait en raison même de la réforme du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, en matière d'intégrité et de garde des personnes. À son tour, l'adoption de la nouvelle loi a entraîné des modifications de concordance dans les renvois que le Code civil prévoyait à la loi et dans quelques dispositions où il fallait assurer la cohérence des deux textes.

modifications substantielles et de techniques les autres modifications qui viennent changer la structure ou les intitulés ou encore assurer l'équivalence des textes français et anglais ou qui, de concordance, remplacent le titre d'un officier public, ou corrigent un renvoi.

Entre ces catégories, les 438 modifications effectuées au cours de la décennie, se partagent ainsi : 126 modifications peuvent être qualifiées de substantielles, 184 sont des modifications de cohérence, dont 58 résultent de l'ajout de l'union civile au Code civil, et 128 modifications sont purement techniques, dont 19 qui ont été apportées à la structure et aux intitulés et 89 qui assurent l'équivalence des textes français et anglais. En pourcentage, cela se traduit par les proportions suivantes : 28,8 p. 100 des modifications sont substantielles, 42,0 p. 100 sont des modifications de cohérence et 29,2 p. 100, des modifications de concordance.

Si tous les livres sont touchés, ils ne le sont pas tous également. Le Livre sur la publicité des droits est celui qui a subi le plus de modifications. Il en totalise 121, dont 33 substantielles. Pour une part, la fragilité de ce livre tient au caractère administratif de nombre de ses dispositions qui, dans la lignée de la tradition du *Code civil du Bas Canada*, organisent les modalités de la publicité foncière et mobilière et circonscrivent le rôle des officiers de la publicité des droits. Cependant, plusieurs des changements apportés à ce livre, notamment en 2000⁵, sont liés au fait que certains concepts fondateurs de la réforme du Code civil, tels que la présomption absolue de propriété liée à l'immatriculation de l'immeuble, le processus d'actualisation des titres et l'exigence de la qualification des droits inscrits, n'ont pu opposer leur force intrinsèque à la résistance de la pratique professionnelle traditionnelle en droit immobilier et à l'usage ancien de publier des documents plutôt que des droits.

Un autre livre, souvent touché, est celui sur le droit des personnes. On y compte 86 modifications, dont une vingtaine peuvent être dites de substance. Ces modifications ont été apportées par huit lois différentes. Ainsi, au regard des droits de la personnalité, furent notamment touchées les règles sur le consentement aux soins pour, à l'article 15 du code, reconnaître au conjoint de fait la possibilité de consentir pour autrui, ainsi que celles qui sont prévues à l'article 21 pour ouvrir plus largement le champ de l'expérimentation, lorsque des personnes incapables de consentir sont en cause, de manière à englober particulièrement les interventions d'urgence et pour transférer l'appréciation d'opportunité des expérimentations du tribunal

5. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, L.Q. 2000, c. 42.

aux comités d'éthique de la recherche — lesquels n'ont vraiment été établis dans le réseau de la santé qu'en 1998. Furent aussi touchés : l'article 30 pour contrer une décision de la Cour d'appel qui ne reconnaissait pas le pouvoir du tribunal de première instance d'apprécier lui-même, même sans contre-expertise, la nécessité de la garde d'une personne atteinte de maladie mentale⁶; l'article 35 pour y supprimer, sur la pression de médias qui confondaient les notions d'héritiers et de descendants, le droit des héritiers à assurer la protection de la réputation de leur auteur; l'article 54 pour y remplacer le droit du directeur de l'état civil d'intervenir pour s'opposer au fait d'attribuer à l'enfant un nom susceptible de le ridiculiser ou de le déconsidérer par un pouvoir d'appréciation du procureur général. Plusieurs autres modifications ont touché l'état civil, entre autres pour ne porter certaines inscriptions que sur le registre informatisé — avec le résultat paradoxal de rendre ce registre plus complet que celui qui est tenu sur support papier, alors que ce dernier prime en cas de conflit dans les inscriptions — et pour mieux, dans la foulée des mesures législatives qui ont suivi les attentats du 11 septembre 2001, contrôler l'identité en restreignant le droit d'obtenir des copies de certificats et d'actes de l'état civil. En matière de tutelle et de protection des majeurs, le Code civil a reconnu, à l'article 200, le droit des parents de désigner le tuteur dans leur mandat en prévision de l'incapacité et il a permis expressément, à l'article 264, l'administration de certaines allocations par les établissements de santé et de services sociaux où les personnes sont gardées. La première modification est intervenue dans le contexte d'une loi de procédure civile qui a attribué aux notaires la compétence pour recevoir et traiter comme quasi-décideurs diverses demandes en matière gracieuse⁷, la seconde dans le contexte d'une accentuation de la mission du curateur public en matière de protection des majeurs.

Le Livre deuxième sur le droit de la famille a été modifié 65 fois, ce qui peut paraître moins imposant mais c'est celui qui a été le plus touché substantiellement. Ainsi, 40 modifications peuvent se qualifier comme substantielles, parmi lesquelles deux séries de modifications retiennent l'attention. En premier lieu, trois lois sont intervenues pour modifier les règles en matière alimentaire. La première avait pour objet de faire disparaître, à l'article 585, l'obligation alimentaire entre ascendants et descendants autres qu'au premier degré. La deuxième demandait qu'il soit tenu compte de

6. *Montambeault c. Curateur public du Québec*, C.A. Montréal, n° 500-08-000114-993, 8 juillet 1999.

7. *Loi modifiant le Code de procédure civile en matière notariale et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1998, c. 51.

l'établissement de tables de fixation des pensions alimentaires au bénéfice des enfants, tables dont l'application permet de présumer l'adéquation entre les besoins du créancier d'aliments et les facultés du débiteur. Enfin, la troisième visait à favoriser un traitement plus égalitaire entre les enfants nés d'une première union et ceux nés d'une union subséquente et à permettre au parent de l'enfant majeur de réclamer des aliments au nom de ce dernier, à moins d'opposition de sa part. En second lieu, une série de modifications est liée à l'évolution du débat sur le mariage des homosexuels. L'ampleur et la vigueur de ce débat, timides en 1991, se sont accentuées dans les années qui ont suivi l'adoption du Code civil en s'appuyant sur le droit à l'égalité. Il en est résulté une interdiction de discriminer des personnes sur la base de l'orientation sexuelle dans les régimes d'avantages sociaux en 1996⁸, puis en 1999 la reconnaissance des unions de fait entre conjoints de même sexe⁹. Le débat s'est cristallisé par la suite sur la reconnaissance civile de l'union et des droits afférents, dont le droit successoral et la protection alimentaire en cas de séparation, ce qui a conduit le législateur, en 2002, à introduire dans le Code civil l'union civile. Celle-ci est en quelque sorte un calque du mariage, sous quelques réserves cependant, dont l'une, intéressante, qui reconnaît la possibilité de mettre fin à l'union de manière contractuelle. Cette nouvelle institution a été bien accueillie, mais elle n'a pas mis fin au débat puisque celui-ci porte depuis sur le droit au mariage¹⁰. Lors du débat tenu à l'Assemblée nationale sur le projet de loi portant sur l'union civile, une autre réforme s'est greffée au projet concernant le droit de la filiation. En effet, les témoignages rendus par plusieurs enfants de parents homosexuels ont fortement touché les parlementaires qui, de fil en aiguille, ont accepté de revoir plusieurs des règles de filiation : présomption de paternité applicable dans les cas d'union civile, remplacement de la procréation médicalement assistée par la notion plus large de procréation assistée pour englober des formes autres d'assistance, déclaration possible à l'état civil de parents du même sexe, adoption par les conjoints de même sexe, etc. Outre ces deux séries de modifications, quelques autres ont aussi

8. *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1996, c. 10.

9. *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, c. 14.

10. Ce droit a été reconnu par la Cour d'appel du Québec en mars 2004 et, en juin, le ministre de la Justice présentait, à titre de projet, la *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*, Projet de loi 59 (adoption de principe le 17 juin 2004), 1^{re} session, 37^e législature (Québec). La loi qui a notamment pour objet de permettre aux conjoints unis civilement de contracter mariage sans devoir au préalable dissoudre leur union civile a été adoptée le 10 novembre 2004 : *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*, L.Q. 2004, c. 23.

été apportées, les unes pour étendre la compétence à célébrer les mariages et les unions civiles aux maires, à des élus municipaux et à des fonctionnaires, ainsi qu'aux notaires, les autres pour contrer encore ici deux arrêts majoritaires de la Cour d'appel. Dans l'un, cette cour, en permettant d'établir la filiation par le test d'ADN, sans le consentement du père présumé, s'opposait au principe de l'inviolabilité de la personne, comme le soulignait d'ailleurs la dissidence¹¹. Le législateur a retenu la solution, mais il en a fixé l'encadrement. Dans l'autre, la Cour d'appel a exempté les juges, sur des bases purement techniques, de l'application des règles sur le patrimoine familial et a créé ainsi une situation défavorable aux conjoints des juges par rapport aux autres conjoints¹². Le législateur est intervenu dans ce cas pour rétablir l'égalité des droits des citoyens, en se fondant d'ailleurs sur la dissidence exprimée.

Le Livre cinquième sur le droit des obligations a fait l'objet de 58 modifications. Mis à part quelques modifications techniques, seuls 9 articles ont été touchés de manière substantielle, et cela, au titre des contrats nommés. Ces modifications résultent de l'abrogation des formalités entourant la vente d'entreprise¹³, de la mise en œuvre d'une phase prévue de développement du registre des droits personnels et réels mobiliers pour que puissent y être inscrits les droits mobiliers créés par une réserve de propriété, une vente à réméré, un crédit-bail ou un bail et assujettis aux règles d'exercice des droits hypothécaires¹⁴, de l'obligation d'utiliser un formulaire en matière de bail résidentiel, de l'ajout de l'article 2167.1 pour prévoir des mesures préventives à l'homologation du mandat en prévision de l'incapacité et de la précision ajoutée à l'article 2441 quant à la portée de l'exclusion d'assurance en cas de suicide de l'assuré si le décès survient dans un délai de deux ans suivant une augmentation de la couverture d'assurance.

Les autres livres du Code civil ont subi peu de changements. En droit des successions, 27 modifications ont été faites, dont 5 de fond portant sur la vocation successorale des conjoints unis civilement, sur l'administration des successions dévolues à l'État et sur les formalités d'inscription liées à la désignation ou au remplacement du liquidateur. En droit des biens,

11. *A.P. c. L.D.*, [2001] R.J.Q. 16 (C.A.).

12. *Droit de la famille – 2743*, [1997] R.J.Q. 2134 (C.A.).

13. Il s'agit des anciens articles 1767 à 1778.

14. Ces modifications ont été apportées aux articles 1745, 1749, 1750, 1847 et 1852 du Code civil. L'implantation progressive du Registre des droits personnels et réels mobiliers était prévue par l'article 162 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57.

18 modifications ont été apportées, mais deux seulement sont substantielles : l'une pour obliger l'acquéreur d'une fraction, notamment à la suite de l'exercice d'un droit hypothécaire, au paiement des charges communes dues, l'autre pour assujettir la fiducie créée en vue de garantir une obligation à l'obligation d'inscription des droits.

Par ailleurs, 24 articles du Livre des priorités et des hypothèques ont été touchés, dont 7 substantiellement. Ces changements concernent principalement l'affirmation du caractère réel des priorités en faveur des municipalités, ce qui permet de protéger ces créances dans les cas de faillite du débiteur, cas soumis à la Loi fédérale sur la faillite et l'insolvabilité¹⁵. Par ailleurs, l'extension prévue en 1991 à l'article 2683 pour permettre aux personnes n'exploitant pas une entreprise d'hypothéquer certains de leurs biens a été réalisée en 1998 et, en 2002, il a été mis fin à une controverse sur la portée, à l'article 2762, de la notion de frais engagés pour l'exercice du droit hypothécaire par l'exclusion claire des honoraires extrajudiciaires des avocats. Cette controverse est née du fait que certains ont conclu de la simple correction de l'anglicisme « frais encourus » par « frais engagés » à un changement substantiel du droit.

Pour sa part, le Livre sur la preuve a été touché 14 fois et les 6 modifications sur le fond sont consécutives à l'adoption du chapitre 32 des lois de 2001 portant sur le cadre juridique des technologies de l'information. Ces changements s'inscrivaient dans la philosophie de la loi qui vise à reconnaître l'équivalence juridique de l'information que l'écrit soit sur un support papier ou sur un support technologique, dans la mesure où l'intégrité du document est assurée. En ce qui concerne le Livre sur la prescription, il a été touché à 2 reprises pour assurer la cohérence de ses règles avec les changements apportés en matière de publicité des droits et avec l'introduction de l'union civile. Quant au Livre sur le droit international privé, si nous excluons les modifications apportées aux intitulés et au texte anglais, il n'a été touché que 13 fois : 12 modifications, dont l'ajout de 4 règles de fond, sont liées à l'union civile, tandis que la dernière concerne les sûretés sur des meubles déplacés d'un État à un autre.

Ce survol de la décennie sur le plan législatif démontre bien que le Code civil est un texte essentiellement dynamique, nourri par un dialogue permanent entre la doctrine, le législateur, les tribunaux ainsi que les personnes et les groupements qui ont un intérêt dans la stabilité ou la modification de la règle de droit. Le changement devenant une constante, il nous faut voir de quelle manière la communauté juridique et sociale peut appuyer celui-ci.

15. *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), c. B-3. Voir également : C.c.Q., art. 2651 et 2654.1.

2.2 L'appui au changement

Comme la nature du changement varie selon les attentes exprimées et les événements, l'appui au changement doit adopter une forme qui puisse réellement soutenir le dialogue social et législatif. Dans le passé — et cela d'ailleurs a été le cas lors des travaux d'adoption du Code civil, les institutions formelles et permanentes de réforme ou de révision du droit ont été vues, du moins par la communauté juridique, comme un mode privilégié pour appuyer le changement. Cependant, la question de savoir si ce mode est vraiment le mieux adapté pour accomplir cette tâche mérite notre attention. Ne serait-il pas plus approprié, pour alimenter la réflexion et assurer le renouveau des normes, de favoriser des modes plus ouverts inspirés des réseaux d'échanges ? Cela ne correspondrait-il pas mieux aux besoins de nos sociétés éduquées et consensuelles ? Quelle que soit la réponse, il ne faut pas pour autant négliger la responsabilité étatique qui peut seule assurer cette constance et ces engagements.

Le législateur québécois a été, un temps, convaincu que la meilleure manière d'assurer une mise à jour régulière du Code civil serait la mise sur pied d'une institution permanente de réforme. C'est pourquoi il a créé l'Institut québécois de réforme du droit par le chapitre 43 des lois de 1992. La constitution de cet organisme offrait une réponse aux représentations faites dans le cours du processus d'adoption du *Code civil du Québec* où de nombreux intervenants s'inquiétaient du futur de ce code et du maintien à jour du droit privé.

L'Institut, tel que le prévoyait la loi, devait être un organisme dont la mission consisterait à proposer au ministre de la Justice des voies de réforme et de développement du droit, notamment par l'adaptation du système juridique aux besoins de la société, par la simplification, la codification et l'harmonisation des règles de droit de même que par l'humanisation des institutions liées à l'administration de la justice. Pour accomplir sa mission, l'Institut devrait élaborer un programme de recherche et effectuer lui-même ou diriger des recherches, mais après avoir consulté le ministre sur les programmes et donné priorité aux demandes de ce dernier. Selon la loi, l'Institut devrait promouvoir la collaboration et la concertation des chercheurs, praticiens et organismes, examiner les propositions présentées par toute personne qui s'intéresse à la réforme du droit, tenir des colloques et des réunions d'information et de consultation et publier des études ou participer à leur publication. Le fonctionnement de l'Institut devait reposer sur un conseil appuyé par un secrétaire et le personnel nécessaire. Le conseil serait formé de cinq à neuf membres nommés par le gouvernement, dont la majorité exercerait ses fonctions à temps plein. Une consultation auprès des milieux intéressés était prévue à ce sujet.

Le gouvernement n'a cependant jamais mis la loi en vigueur et le contexte actuel ne permet pas d'espérer un changement à cet égard. Toutefois, au-delà de ce fait, une remise en question du choix institutionnel peut s'imposer, car la formule des instituts permanents peut être inadéquate pour répondre aux besoins.

La formule des commissions de réforme du droit a été de bon ton dans les années 70 et nombre d'entre elles furent fort actives, dont la Commission canadienne de réforme du droit qui exerça un leadership certain en matière de droit des personnes et de droit criminel. Dans les provinces, ces commissions ont surtout étudié des réformes de droit privé pour pallier les faiblesses de la common law. Cependant, plusieurs de ces organismes sont disparus au cours des années 80 ou au début des années 90 dans les divers exercices de compressions budgétaires. Depuis, certains sont nés à nouveau, selon des formules plus souples ou quasi privées. C'est le cas pour la nouvelle Commission du droit du Canada, laquelle est cependant plus un lieu de réflexion générale sur le droit, lieu où s'expriment des tendances, qu'un organisme de réforme proprement dit.

Le Québec n'a pas expérimenté ce modèle, mais cela ne l'a pas empêché de procéder à un nombre important de réformes, notamment en procédure pénale, en organisation judiciaire municipale, en matière de justice administrative et en procédure civile. Plutôt que de recourir à un organisme permanent, le ministère de la Justice a plutôt choisi de constituer des groupes d'experts et de confier à ses propres directions les travaux d'analyse des résultats.

L'exclusion du modèle institutionnel est aussi liée à l'ampleur du champ de la recherche juridique. Souvent perçue comme un exercice somptuaire dès lors qu'elle n'est pas immédiatement liée au fait de donner des services, cette recherche présente des enjeux d'intérêt pour l'ensemble de la société. Elle permet d'anticiper les tendances dans le domaine de la justice et, en appui à d'autres disciplines, de constituer une armature conceptuelle pour mener la réflexion et structurer une conception collective de la justice. La recherche juridique doit s'ouvrir dans divers champs d'intervention et innover en intégrant au domaine juridique une connaissance de l'environnement social, culturel, économique et scientifique. L'ampleur des domaines d'investigation dépasse largement le cadre prévu pour un institut de réforme et nous conduit à développer un autre modèle d'organisation pour appuyer la recherche et le changement législatif, notamment en droit privé.

Si, pour plusieurs, la crédibilité des instituts tient souvent à leur éloignement des structures gouvernementales, le même éloignement constitue un désavantage certain pour un gouvernement qui dispose de peu de fonds

et qui doit constamment tenir compte de délais serrés pour la réalisation des réformes envisagées. De plus, les perspectives dans lesquelles les travaux d'un organisme sont conçus, le calendrier des travaux et leur résultat ne coïncident pas toujours avec le temps politique ou les intérêts d'un gouvernement et, s'ils le font, ils doivent néanmoins, dans tous les cas, être révisés à la lumière de considérations qui tiennent au rôle de l'État.

Un autre modèle, qui permettrait de faire appel à une formule souple de partenariat coopératif, pourrait sans doute mieux répondre aux besoins tant du gouvernement que de la société et permettre de tirer un meilleur profit des ressources parfois limitées qui sont les nôtres. Ce modèle, sous forme de réseau, réunirait les ressources existantes dans les ministères, les universités, les centres de recherche et d'autres groupements professionnels ou sociaux autour d'un noyau permanent, secrétariat ou table de concertation, qui mettrait en évidence des axes de recherche et d'expertise, proposerait des pistes de réflexion et de développement, assurerait l'échange d'information et la permanence de lieux de discussion et faciliterait le financement des recherches ou des groupes de réflexion. Ce lieu d'échange et de concertation, à la fois résistant et fragile, pourrait aussi servir à informer la population sur les travaux en cours ou prévus, à valoriser les résultats des recherches et à assurer le suivi financier des activités. Ce lieu pourrait également participer à la réflexion sur des thèmes de réforme législative, du droit privé ou public. Son action pourrait donc permettre de consolider des interventions prévues à court terme et appuyer des réformes qui s'inscrivent dans la durée.

Conclusion

Les changements font partie de la vie des codes, particulièrement du Code civil. Et le changement, paradoxalement, peut tout autant refléter la fragilité que la résistance du code. C'est fragilité lorsque la norme ne répond plus aux besoins ou qu'elle est l'objet d'une opposition médiatique, eut-elle même été une norme acceptée pendant des siècles, c'est aussi fragilité lorsque l'institution mise en place pour pallier la déficience ou l'insuffisance d'une autre devient quasi inutile lorsque cette dernière est modifiée. C'est aussi une fragilité lorsqu'une norme est modifiée, alors que déjà le besoin auquel elle répond n'existe plus réellement, comme est aussi une fragilité la norme administrative sujette aux aléas de systèmes ou de pratiques en évolution. Mais, la norme est résistante, lorsque, précise ou générale, l'interprétation qui lui est donnée maintient l'intention législative ou demeure dans des bornes socialement acceptables ; elle est aussi résistante lorsque le législateur intervient pour la consolider lorsqu'elle a été mise à mal par l'interprétation ou qu'il accepte cet accroc pour éviter de l'affaiblir ; elle

l'est encore lorsque la résistance professionnelle à des bouleversements dans la pratique impose le retour de la norme qui avait été remplacée.

Le législateur a voulu un code qui soit au centre du droit québécois et de l'ensemble législatif, qui soit bien vivant et qui soit véritablement en symbiose avec la société. Cela entraînait le risque que le code soit souvent modifié. Mais la modification n'équivaut pas à la fragilité si elle est liée à la vie sociale ainsi qu'à l'évolution des institutions et des organismes étatiques qui appuient les citoyens dans leurs activités familiales ou économiques. Elle n'est alors que la manifestation de la vie et elle est donc parfaitement saine et naturelle. Dans les mêmes circonstances, la résistance pourrait être rigidité. Et, comme nous l'avons vu, la fragilité d'une norme tient moins à son contenu qu'au contexte dans lequel elle s'inscrit.

Enfin, le changement étant inévitable, il convient de préciser un modèle d'intervention qui permette de l'appuyer et qui soit adapté aux besoins de tous. Le changement vu comme nécessaire doit pouvoir intervenir en temps utile, mais il doit, autant que faire se peut, s'harmoniser avec le tronc législatif dans lequel il s'insère. Pour y arriver, il faut peut-être dépasser les modèles structurels rigides et adopter des modèles souples qui favoriseront le dialogue de tous les intéressés, le législateur n'étant pas le moindre d'entre eux.