

Les pauvres et le droit civil : essai sur la production du savoir juridique

Alexandra Bahary-Dionne and Marc-Antoine Picotte

Volume 4, Number 1, 2023

Contraintes et droits

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1108313ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1108313ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

UQAM Département des sciences juridiques
UQAM Faculté de science politique et de droit

ISSN

2563-9250 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Bahary-Dionne, A. & Picotte, M.-A. (2023). Les pauvres et le droit civil : essai sur la production du savoir juridique. *Communitas*, 4(1), 32–55.
<https://doi.org/10.7202/1108313ar>

Article abstract

This article delves into an analysis of the sources of contract law and property law, aiming to explore how the sources of civil law, despite their universalistic aims, predominantly reflect the legal issues faced by corporate entities and affluent individual. The article posits that this tendency is primarily driven by structural and epistemic inequalities in the generation of legal knowledge. In essence, traditional methods of establishing legal knowledge, disparities in access to the legal system, as well as the social standing of those authorized to shape civil norms and the knowledge about these norms significantly influence the kinds of issues, actors, and worldviews that permeate this body of knowledge. This results in a noticeable absence of representation for underprivileged individual within this legal framework. Ultimately, the article calls for a thoughtful consideration of ways to better acknowledge the experiences of poor individuals with civil law, despite the socio-economic and epistemic constraints that are brought to light.



Les pauvres et le droit civil : essai sur la production du savoir juridique

Alexandra Bahary-Dionne
Marc-Antoine Picotte¹

« Y en a qui ont tout,
Pis tous les autres, y ont rien
Change-moi ça »

- Richard Desjardins, *Y va toujours y avoir*

RÉSUMÉ

À partir de l'analyse des sources du droit des obligations et du droit des biens, cet article examine comment les sources du droit civil, malgré la vocation universaliste de ce dernier, reflètent avant tout les enjeux juridiques vécus par les personnes morales et les personnes physiques aisées. Il propose que cette tendance s'explique principalement par des inégalités structurelles et épistémiques dans la production du savoir juridique. Effectivement, les procédés de constitution du savoir juridique, les inégalités d'accès aux tribunaux, de même que le statut social des personnes autorisées à produire les normes civilistes ainsi que le savoir sur ces normes sont des contraintes. Ces dernières façonnent considérablement le type d'enjeux, de protagonistes et de visions du monde susceptibles de percoler afin de constituer ce savoir. En découle alors une invisibilité marquée des personnes pauvres en son sein. Nous proposons ultimement une réflexion en droit civil sur les manières de mieux refléter leurs expériences en dépit des contraintes socioéconomiques et épistémiques exposées.

MOTS-CLÉS : Droit civil, pauvreté, Code civil, épistémologie, contraintes.

ABSTRACT

This article delves into an analysis of the sources of contract law and property law, aiming to explore how the sources of civil law, despite their universalistic aims, predominantly reflect the legal issues faced by corporate entities and affluent individual. The article posits that this tendency is primarily driven by structural and epistemic inequalities in the generation of legal

knowledge. In essence, traditional methods of establishing legal knowledge, disparities in access to the legal system, as well as the social standing of those authorized to shape civil norms and the knowledge about these norms significantly influence the kinds of issues, actors, and worldviews that permeate this body of knowledge. This results in a noticeable absence of representation for underprivileged individual within this legal framework. Ultimately, the article calls for a thoughtful consideration of ways to better acknowledge the experiences of poor individuals with civil law, despite the socio-economic and epistemic constraints that are brought to light.

KEYWORDS: Civil law, poverty, Civil Code, epistemology, constraints.

REMERCIEMENTS

Les auteur·trice·s tiennent à remercier Me Jessica Leblanc ainsi que la personne ayant évalué anonymement cet article pour leurs précieux commentaires sur une version antérieure de ce texte.

¹ Doctorant·e·s à la section de droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa

Introduction

Le présent texte découle d'une réflexion qui est née dans la foulée de nos travaux sur les incidences du recours au générique masculin dans le Code civil du Québec pour les femmes et les personnes non-binaires. Nous cherchions alors à saisir les répercussions des représentations mentales découlant de l'usage du générique masculin en comparaison avec un générique épïcène ou inclusif. L'idée nous est alors venue de développer cette réflexion en élargissant sa portée, c'est-à-dire en s'intéressant aux protagonistes (aux parties créancière, propriétaire, assureuse, rentière, etc.) que le Code civil met en scène en nous demandant quelles sont les représentations mentales ainsi formées, cette fois-ci du point de vue de la condition sociale. Cet article en est le résultat, et se veut un essai¹ sur les *contraintes* qui pèsent sur la production du savoir juridique et sur leurs conséquences vis-à-vis de l'appréhension de la pauvreté par le droit civil.

Le Code civil n'a certes pas la vocation de s'intéresser spécifiquement à la pauvreté ni à la marginalisation, contrairement au droit social, dont la raison d'être serait de saisir les « situations de fragilité »². Dans une logique presque antinomique, c'est plutôt le principe d'indifférenciation des êtres³, et donc de présomption d'égalité entre les personnes⁴, qui fonde la philosophie du droit commun, lequel « vante sa neutralité devant les distributions préalables du marché »⁵ malgré la présence de lois et de régimes de protection spécifiques⁶.

¹ Éric FOKOU et André BÉLANGER, « Dialogue entre le droit civil des contrats et un droit traditionnel africain : essai sur le Nsoutee dans la communauté Ngombale de l'Ouest-Cameroun », (2022) 52 RGD 103, 107.

² Emilia SCHIJMAN, *À qui appartient le droit ? Ethnographier une économie de pauvreté*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 2019, p. 145. Selon Pierre Issalys, on appréhende typiquement le droit social comme « un ensemble de règles juridiques [...] visant à agir sur les rapports de pouvoir induits dans la société notamment par son organisation économique en faveur d'une égalisation de ces rapports » : « Une théorie du droit social dans un État libéral : l'œuvre de Hans Friedrich Haecher », dans Stéphanie BERNATCHEZ et Louise LALONDE (dir.), *Approches et fondements du droit, volume 4 - Branches du droit et concepts juridiques*, Montréal, Yvon Blais, 2019, p. 159, à la page 161. Cette définition correspond selon lui à la formulation laconique de François Ewald, selon laquelle le droit social serait « le droit des inégalités » : *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 450. Pour Andrée Lajoie et Claude Parizeau, le droit social serait même explicitement « le droit des pauvres » : « La place du juriste dans la société québécoise », (1976) RJT 393, 490-491, cité dans P. ISSALYS, *id.*, à la page 171.

³ Natacha SAUPHANOR-BROUILLARD et Céline BLOUD-REY, « Catégories de personnes et droit des contrats », dans Pascale BLOCH et al. (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Paris, Economica, p. 157, aux pages 164 et 165.

⁴ Louis JOSSERAND, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », (1937) *Dalloz* 1. Selon Marie-Neige Laperrière, c'est « [...] l'écart existant entre l'être humain dans sa globalité et la personne juridique [qui] permet au droit d'ignorer les inégalités sociales. Elles deviennent simplement extérieures à l'expertise de la discipline du droit moderne » : « Qu'est-ce que la doctrine en droit civil ? Une déconstruction féministe de discours entourant la capacité juridique des femmes mariées », (2017) 47:2:3 RDUS 365, 224. En matière contractuelle, voir Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 35, 36 : « Il est, dans cette conception, de l'essence abstraite des hommes d'être libres et égaux. Leur autonomie naturelle fait qu'aucune autre volonté que la leur ne peut les commander. Les relations sociales ne peuvent être organisées que sur un fondement volontaire, c'est-à-dire contractuel ». Pascal Lokiec qualifie une telle conception de fiction : « Le droit des rapports contractuels s'est construit en 1804 sur une fiction, celle de deux contractants libres et égaux », dans *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 2004, p. 11.

⁵ E. SCHIJMAN, *préc.*, note 2, p. 145.

⁶ Jean-Louis BAUDOUIN, « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », dans *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, coll. « Anthologie du droit », Paris, LGDJ, 2011, p. 29. Selon

Sur ce dernier point, si la doctrine se réfère à la catégorie de « personne vulnérable » en tant que destinataire de telles normes de protection, les tentatives de clarification du concept distinguent deux types de vulnérabilité, soit 1) celle résultant « d'une inaptitude fonctionnelle individuelle » comme l'incapacité, et 2) celle « structurelle », résultant de la position dans un rapport contractuel spécifique, par exemple de consommation⁷. Ce concept n'inclut donc pas explicitement la condition sociale malgré les corrélations possibles, voire probables, avec ces deux sous-catégories.

Nonobstant cette absence d'intérêt *spécifique* à l'égard de la condition sociale, le Code civil a une vocation générale, voire *universaliste*, visant précisément à s'appliquer à une universalité de personnes⁸. Cet engagement envers l'universalité des normes et de leur appropriation par les acteurs et actrices du social amène à se demander quelle est la place occupée par les personnes les plus démunies de notre société au sein du droit civil – notamment les personnes pauvres.

Nous nous sommes intéressé·es à cette question en particulier quant à deux branches du droit civil qui font l'objet de nos recherches et de nos enseignements, soit au droit des obligations et au droit des biens. Le droit des obligations aurait pour vocation de constituer « le fondement juridique de la vie quotidienne », soit de « la vie de tous les jours mise en équation juridique »⁹, selon la formule de Paul-André Crépeau. Pour sa part, le droit des biens régit le rapport entre les biens et les personnes, de sorte que ces dernières puissent « assurer leur subsistance, améliorer leur bien-être ou simplement accroître leur richesse et affirmer leur pouvoir »¹⁰. D'aucun·es estiment même que le titre sur le droit des biens serait la quintessence du Code : « La plus précieuse maxime d'un Code civil, la première comme la plus importante de ses dispositions, est celle qui constate le droit de propriété ; toutes les autres n'en sont que les suites et les conséquences »¹¹. Or, notre analyse des sources du droit, qui fera l'objet du présent article, révèle en leur sein une invisibilité marquée des personnes pauvres.

Louise Rolland, ces protections feraient office de « poches sociales isolées » sur le mode du « couple général/exception » : « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec » (1999) 44 *RD McGill* 903, 912 et 918.

⁷ Marie Annik GRÉGOIRE, « La personne vulnérable, une oubliée du Code civil du Québec ? » dans Vincent CARON, Gabriel-Arnaud BERTHOLD, Charlotte DESLAURIERS-GOULET et Jérémie TORRES-CEYTE (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2014, p. 43. Voir aussi en ce sens Christophe BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2003.

⁸ Voir le préambule : « Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte de la langue française (chapitre C-11), la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens ».

⁹ Paul-André CRÉPEAU, « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 *RD McGill* 729, 732.

¹⁰ Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, p. 1.

¹¹ Jean-Philippe LÉVY, *Histoire de la propriété*, coll. « Que sais-je ? », n° 36, Paris, PUF, 1972, p. 94. Voir également, dans la même veine, Yaëll EMERICH, « Propriété relation et exclusivité : étude de droit comparé » (2009) 4 *Revue de la recherche juridique/Droit prospectif* 1841 et Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., Paris, PUF, 2008, par. 233.

Nous soutenons que cette invisibilité persistante, en dépit des velléités universalistes du droit civil, s'explique par des inégalités non seulement structurelles, mais également de type épistémique. Ces inégalités ont pour effet d'exclure ces personnes et les enjeux qu'elles vivent de la production du savoir en droit civil. Effectivement, le savoir juridique reconnu se construit presque exclusivement à partir de ses sources formelles, soit de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine, mais aussi à partir de l'organisation hiérarchique *entre* ces sources et *au sein* de chacune d'entre elles¹². Cependant, les inégalités d'accès aux tribunaux civils de même que le statut social des personnes autorisées à produire les normes civilistes et le savoir sur ces normes – autrement dit, le contexte social de leur production – infléchissent considérablement la composition de ce savoir¹³ en influençant directement le type d'enjeux, de protagonistes et de visions du monde susceptibles de percoler en son sein. Par conséquent, les sources classiques du droit civil réfléchissent avant tout les problématiques juridiques vécues par les personnes morales et les personnes physiques aisées. L'épistémologie sociale désigne l'inégalité épistémique comme « un type particulier d'inégalités qui se manifeste dans l'accès, la reconnaissance et la production des savoirs et des différentes formes d'ignorance »¹⁴. En l'espèce, nous souhaitons mettre en lumière deux causes spécifiques¹⁵ derrière l'invisibilité des personnes pauvres dans le droit civil. Il s'agit premièrement des inégalités d'accès aux professions permettant de créer, de mettre en œuvre et d'interpréter la norme juridique – inégalités fondées sur la condition économique. En d'autres termes, *qui* fait la loi, la jurisprudence et la doctrine ? Deuxièmement, nous souhaitons mettre en exergue la manière dont les *opérations de production* du savoir juridique favorisent la représentation des personnes morales et des personnes physiques aisées au sein du discours et du savoir juridique au détriment des personnes pauvres, dont les expériences sont moins susceptibles de percoler dans la jurisprudence et la doctrine. Ce sont en l'espèce des inégalités structurelles d'accès aux capitaux affectant la composition sociodémographique tant des architectes que des destinataires du droit qui façonnent par la suite des inégalités épistémiques.

En somme, nous soutiendrons dans cet article que les fondements épistémiques du savoir juridique civiliste, soit l'identité des personnes autorisées à le produire, son contenu ainsi que sa structure hiérarchique agissent comme des *contraintes* façonnant l'invisibilité des personnes pauvres dans le droit civil. Il en découle que les discours doctrinaux sur la « nouvelle moralité contractuelle »,

¹² Voir notamment Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, 1999.

¹³ Alexandra BAHARY-DIONNE et Emmanuelle BERNHEIM, « Accès à la justice et injustices épistémiques : état des lieux, obstacles et possibles », dans Baptiste GODRIE, Marie DOS SANTOS et Simon LEMAIRE (dir.), *Lucidités subversives. Dialogue entre savoirs et disciplines sur les injustices épistémiques*, Québec, Éditions science et bien commun, 2021.

¹⁴ Baptiste GODRIE et Marie DOS SANTOS, « Présentation : inégalités sociales, production des savoirs et de l'ignorance », (2017) 49-1 *Sociologie et sociétés* 7, 7.

¹⁵ Lesquelles ne sont pas exhaustives.

souvent considérés comme limitant le principe de liberté contractuelle, peinent à expliquer les difficultés persistantes que vivent les personnes marginalisées au contact de contrats essentiels à leur survie¹⁶, difficultés pourtant constatées sur le terrain¹⁷. Cette analyse apparaît d'autant plus pertinente et prioritaire que les écrits portant sur le Code civil et la condition sociale datent de l'époque du Code civil du Bas-Canada¹⁸. Plus généralement, malgré un engouement croissant pour les perspectives critiques sur le droit, de telles analyses restent exceptionnelles en droit civil¹⁹, hormis dans une certaine mesure en droit de la famille.

Afin de le démontrer, nous procéderons en trois temps. Nous tenterons d'abord d'illustrer et d'expliquer l'invisibilité des pauvres au sein du Code civil du Québec (I), puis nous ferons de même en ce qui a trait à la jurisprudence (II) et à la doctrine (III) en droit des contrats et en droit des biens. Pour chaque partie, nous traiterons tant des artisan·es que des sujet·tes de la source concernée ainsi que du lien entre les deux.

1. L'invisibilité des pauvres dans le Code civil du Québec

¹⁶ Pierre-Claude LAFOND, « Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », (2013) 47 *RJTUM* 9, 21 : « Si on peut être tenté d'affirmer que le nouveau Code civil reconnaît la situation particulièrement sensible du consommateur et instaure désormais une nouvelle moralité contractuelle aux stipulants, sur le plan des orientations générales et des fondements, le principe directeur de la liberté contractuelle conserve toute sa puissance et sa préséance en droit civil québécois. Bien qu'elles demeurent précieuses pour le consommateur, les mesures particulières font figure d'accommodements ».

¹⁷ Par exemple, en matière de contrats de crédit, voir *Crédit à la consommation : qu'en pensent les nouveaux arrivants ?* Rapport de recherche, Option consommateurs, 2014, en ligne : <<https://option-consommateurs.org/publications/credit-a-la-consommation-que-pensent-les-nouveaux-arrivants/>> (consulté le 20 novembre 2021); Yves COUTURIER, Louise BELZILE, Olivier MOREAU, Anne-Marie MILLAIRE, Nathalie DAME et Élisabeth GIBEAU, *Émergence de l'endettement chez les personnes aînées : bien comprendre pour mieux agir*, Rapport final. Programme ami des aînés, Montréal, Union des consommateurs, 2017, en ligne : <<https://uniondesconsommateurs.ca/endettement-chez-les-personnes-ainees/>> (consulté le 2 décembre 2021); Bertrand RAINVILLE, *Le surendettement : fracture individuelle et sociale*, Trois-Rivières, CIBES, 2006, en ligne : <<http://cibes-mauricie.ca/outils-et-publications/recherches/fracture-individuelle/>> (consulté le 3 décembre 2021). En matière de baux locatifs, voir Martin GALLIÉ et Julie VERRETTE, « Le parcours judiciaire des victimes d'insalubrité (le cas de la moisissure) », (2020) 13:2 *Revue droit et santé de McGill* 181.

¹⁸ Jean HÉTU et Herbert MARX, « Les défavorisés, le Code civil et les juges », (1976) 22-3 *McGill Law Journal* 352, 352 : « À qui profitent les principes énoncés dans le Code civil du Québec ? On a déjà dit de ce Code, fondement de notre droit privé, qu'il en était un de "classe, celui des bourgeois, des propriétaires fonciers". Et pourtant notre Code contient bien des principes neutres ou qui devraient l'être [...] »; Dorval BRUNELLE, *Le Code civil et les rapports de classe*, Montréal, PUQ, 1975 (sur la propriété et le contrat de travail). Héту et Marx réfèrent à l'ouvrage séminale de André-Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français – La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », Paris, LGDJ, 1973. Plus récemment, voir toutefois Nicholas BLOMLEY, Alexandra FLYNN et Marie-Eve SYLVESTRE, « Governing the Belongings of the Precariously Housed: A Critical Legal Geography », (2020) 16-1 *Annual Review of Law and Social Science* 165, sur le traitement juridique différentiel que reçoivent les personnes en situation de précarité locative en ce qui a trait à la saisie, à la dévaluation, au vol ou à la destruction de leurs biens, quoique le droit civil n'y soit pas explicitement traité.

¹⁹ Marie-Neige LAPERRIÈRE, « Comment critiquer le droit civil ? Une proposition d'innovation méthodologique féministe », (2018) 48 *RDUS* 197, 201. L'autrice croit que ce serait notamment en raison de la technicité du domaine et de ses nombreuses subtilités.

Depuis plusieurs décennies déjà, diverses perspectives féministes²⁰, queer²¹ et antiracistes²² sur le droit ont remis en question la prétention de neutralité, d'universalité et d'objectivité de ce dernier en mettant en lumière son caractère *situé*²³. De telles perspectives cherchent à contextualiser la règle de droit afin de se demander qui fait les lois – en forte majorité des hommes blancs, cisgenres et hétérosexuels –, pour qui et pourquoi²⁴. Or, leurs cadres d'analyse mettent en relation ce positionnement social avec le contenu, l'interprétation et l'application de la règle de droit, dans la mesure où la perspective depuis laquelle on regarde l'objet contribue à façonner non seulement l'interprétation de l'objet, mais aussi l'objet lui-même²⁵. Les théories féministes ont soutenu, par exemple, que le droit à l'égalité était conçu par les décideurs (et plus rarement les décideuses) à partir de leur conception partielle du monde, qui leur apparaît neutre, objective et complète, faisant de ce droit un droit à leur image²⁶. Plus récemment, la professeure Marie-Neige Laperrière a examiné comment le point de vue situé des hommes en amont de la conception du sujet de droit a influencé la construction des catégories de « propriétaire » et de « locataire » en droit civil²⁷. Finalement, sans nécessairement adopter de perspective féministe, certains écrits sur l'accès à la justice ont souligné l'importance de l'accès de groupes minorisés à certaines fonctions politiques et juridiques afin de véhiculer des conceptions de la justice plus diverses²⁸.

²⁰ Susan B. BOYD et Elizabeth A. SHEEHY, « Feminist perspectives on Law: Canadian Theory and Practice », (1986) 2 *Canadian Journal of Women and the Law* 1; Michelle BOIVIN, « Le féminisme en capsule : un aperçu critique du droit », (1992) 5 *Revue femmes et droit* 357; Kim BROOK, « Why Feminism Matters to the Study of Law », (2015) 27:2 *Canadian Journal of Woman and the Law* 207.

²¹ Lise GOTELL, « Queering Law: Not by Vriend », (2002) 17:1 *Canadian Journal of Law and Society* 89; Dean SPADE, *Normal life: Administrative Violence, Critical Trans Politics, and the Limits of Law*, Durham, Duke University Press, 2015; Brenda COSSMAN, « Queering Queer Legal Studies: An Unreconstructed Ode to Eve Sedgwick (and Others) » (2019) 6:1 *Critical Analysis of Law*, 23.

²² Patricia WILLIAMS, *The Alchemy of Race and Rights: Diary of a Law Professor*, Cambridge, Harvard University Press, 1991; Neil A. GOTANDA, « A Critique of "Our Constitution is Colorblind" », (1991) 44 *Stanford Law Rev.* 1; Mari MATSUDA, « Looking to the bottom: Critical Legal Studies and Reparations », (1987) 22 *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review* 323.

²³ Sandra HARDING, « Rethinking Standpoint Epistemology: What is "Strong Objectivity"? », (1992) 36:3 *The Centennial Review* 437. Pour une application en droit civil, voir M.-N. LAPERRIÈRE, préc., note 4; M.-N. LAPERRIÈRE, préc., note 19.

²⁴ Carrie MENKEL-MEADOW, « Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or "The Fem-Crits Go to Law School" », (1988) 38 *J. Legal Educ.* 61, 71 : « Feminist legal theory began within the limitations of laws and theoretical constructs created by men »; *Symes v Canada*, Women's Court of Canada [2006] 1 WCR 31.

²⁵ M.-N. LAPERRIÈRE, préc., note 4, 209.

²⁶ C. MENKEL-MEADOW, préc., note 24, 73. Voir par exemple Martha MINOW, « The Supreme Court 1986 Term – Forward: Justice Engendered », (1987) 101 *Harvard L. Rev.* 10.

²⁷ M.-N. LAPERRIÈRE, préc., note 4, p. 233 et s.

²⁸ Pour Roderick A. Macdonald, par exemple, cet objectif ferait partie de la « cinquième vague » du mouvement d'accès à la justice, qui a émergé dans les années 2000 après les vagues consacrées à l'accès aux avocat·es et aux tribunaux, à la refonte des institutions, à la démystification du droit et au droit préventif : « Access to Justice in Canada Today: Scope, Scale and Ambitions », dans Julia BASS, W. A. BOGART et Frederick H. ZEMANS (dir.), *Access to Justice for a New Century: the Way Forward*, Toronto, Law Society of Upper Canada, 2005, p. 23.

Compte tenu de l'interdépendance entre les enjeux de *reconnaissance* et de *redistribution*²⁹, il nous semble pertinent de transposer ce cadre d'analyse à la condition socioéconomique, en particulier dès lors qu'il s'agit de s'intéresser à la production des sources juridiques relatives à la propriété et au contrat, qui est « le moyen privilégié de faire passer des biens d'une personne à une autre »³⁰. Autrement dit, qui a fait le Code ?

Sans nier que l'édiction d'une loi d'une telle ampleur est le fait d'une pluralité d'acteurs et actrices, de fondements et d'influences parfois antagonistes, des *contraintes* d'espace nous obligent à limiter notre propos à certains moments clés prioritaires. Le processus de révision du Code a été entamé en 1955 avec l'adoption de la *Loi concernant la révision du Code civil* sous l'impulsion du gouvernement de Maurice Duplessis, suivie de la *Loi modifiant la Loi concernant la révision du Code civil* en 1960. De 1955 à 1961, c'est Thibaudeau Rinfret, l'ancien juge en chef de la Cour suprême du Canada, qui est chargé de la préparation du projet de modification. En 1961, il est remplacé par M^e André Nadeau, qui doit à son tour passer le flambeau alors qu'il est nommé juge à la Cour supérieure du Québec en 1965. M^e Nadeau est alors remplacé par le professeur Paul-André Crépeau de l'Université McGill, ancien boursier Rhodes et diplômé de l'Université d'Oxford. Il présidera l'*Office de révision du Code civil du Québec* (ORCC), constitué par le gouvernement la même année. En juin 1978, l'ORCC dépose le *Rapport sur le Code civil du Québec* à l'Assemblée nationale afin de proposer un ensemble de règles que ses auteurs (et ses quelques autrices) estimaient mieux adaptées à la société québécoise contemporaine.

Dans un article éclairant, la professeure Julie Paquin se penche sur la genèse des travaux de l'ORCC vis-à-vis du cinquième livre sur le droit des obligations jusqu'à l'adoption du Code civil³¹. Elle commence par rappeler le rôle prépondérant qu'ont joué les ordres professionnels, en l'occurrence le Barreau du Québec et la Chambre des notaires, dans les orientations définitives du corps législatif³². À l'origine, le premier président de l'ORCC souhaitait que le projet du Code civil assure une certaine équité contractuelle, en plus de réduire l'ascendant de la liberté individuelle par l'ajout de dispositions impératives édictées par l'État³³. Or, suivant les contestations virulentes desdits ordres,

²⁹ Voir Nancy FRASER et Axel HONNETH, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, Londres et New York, Verso, 2003; Nancy FRASER, « Justice sociale, redistribution et reconnaissance », (2004) 1-23 *Revue du MAUSS* 152. En droit civil, sur les liens entre socialisation et reconnaissance, voir Christophe JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », dans Gregory LEWKOWICZ et Mikhaïl XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 175.

³⁰ P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, 749.

³¹ Julie PAQUIN, « La soif de certitude et la peur du chaos dans la réforme du droit des contrats : une analyse rhétorique du discours du Barreau et de la Chambre des notaires du Québec », (2014) 55 *C de D* 385.

³² *Id.*, p. 389.

³³ *Id.*, p. 394.

notamment au sujet de la reconnaissance universelle de la lésion entre personnes majeures, un autre comité a été constitué afin de trancher les dernières questions litigieuses³⁴. En définitive, soutient la professeure Paquin, le comité a retenu plusieurs observations des ordres professionnels, ce qui a eu pour effet de limiter les mesures de protection des parties défavorisées³⁵. Soulignons que ce comité était formé d'un juge à la Cour d'appel (Jean-Louis Baudouin), d'un ancien surintendant à la faillite et professeur (Raymond A. Landry), d'un notaire et professeur (Robert P. Kouri) et du bâtonnier du Québec de l'époque (Michel Jolin)³⁶. Même un professeur qui a consacré une partie imposante de sa carrière et de ses travaux au droit de la consommation affirmait craindre, en commission parlementaire, que le corps législatif n'introduise trop de « principes de protection » dans les titres portant sur les obligations en général et les contrats nommés³⁷. L'issue de ces débats a amené un autre professeur à commenter que, lors de l'adoption du Code civil, « [e]n 1991, le vent du néolibéralisme s'était levé au Québec, comme ailleurs au Canada »³⁸.

Enfin, on peut aussi penser que l'utilisation des termes employés dans le Code marque une invisibilité des personnes pauvres. De fait, les chercheurs Markus Brauer et Michaël Landry ont démontré, dans une étude empirique, l'influence de l'utilisation des mots sur les représentations mentales des participant·es qui en découlaient en comparant le recours au générique masculin avec les formulations épicènes. Ils y constatent que « l'utilisation du générique masculin augmente la probabilité que les gens pensent aux hommes plutôt qu'aux femmes »³⁹. Sur cette base, nous pourrions alors nous demander ce qu'il en est des dispositions dans le Code vis-à-vis de la condition sociale. Est-ce que, comme le croyait André Jean-Arnaud à propos du Code civil français, notre Code n'est pas conçu⁴⁰, mais plutôt pour celles qui détiennent d'importants capitaux ? Au sein de ce dernier, nous retrouvons 545 occurrences de « (co)créancier », 368 occurrences de « (nu- ou co)propriétaire », 358 occurrences de « (co)débiteur », 193 occurrences de « locateur », 187 occurrences d'« assureur » et même 35 occurrences de « (crédi- ou débi)rentier ». Ces titres sont, bien entendu, (trop !) peu à la portée d'une partie importante de la population. Par exemple, quelles représentations mentales ont les personnes

³⁴ *Id.*, p. 412.

³⁵ *Id.*, p. 413 et 416.

³⁶ *Id.*, p. 412.

³⁷ *Id.*, p. 405.

³⁸ Pierre-Gabriel JOBIN, « La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil du Québec : Quelle modernité ? », (2000) 52 *Revue internationale de droit comparé* 49, 74.

³⁹ « Un ministre peut-il tomber enceinte ? L'impact du générique masculin sur les représentations mentales », (2008) 108 *L'année psychologique* 243, 253.

⁴⁰ A. J. ARNAUD, *préc.*, note 29, 66.

qui étudient les articles visant les propriétaires⁴¹ ou un luxueux bien immobilier ? *Quid* des parties créancières et débitrices ? Se figurent-elles un e banquier ère ou une personne qui n'arrive plus à payer son hypothèque et dont les créances ont été cédées sur le marché des capitaux ? Quels sont les biens qui viennent en tête à la lecture des articles 909 et 910 du Code civil, qui définissent le capital (« les actions ou les parts sociales d'une personne morale ou d'une société [...] et autres titres d'emprunt payables en argent »), les fruits (« ce qui est produit spontanément par le bien de même que par ce qui est produit par la culture ou l'exploitation d'un fonds ») et les revenus (« les loyers, les intérêts, les dividendes ») ? Il évoque sans l'ombre d'un doute⁴² des biens qui ne sont pas à la portée de toutes et de tous. Au demeurant, lorsque les étudiant·es, les chercheur·ses, les juges et les praticien·nes lisent les dispositions du Code, c'est toute une partie du monde qui est invisibilisée et silenciée. C'est pourtant par la lecture et l'interprétation des articles du Code que se façonnent les savoirs juridiques. Quoique le Code ait une portée générale, voire universelle, à même son préambule, il semblerait que certaines personnes soient plus universelles que d'autres, pour paraphraser une sentence bien connue. Si ces réflexions sur la langue du Code restent sujettes à une étude similaire à celle de Brauer et Landry afin de confirmer ce que nous avançons, notre analyse d'une autre source du droit, la jurisprudence, est quant à elle encore plus frappante.

2. L'invisibilité des pauvres dans la jurisprudence civiliste

Ce sont les juges qui se révèlent à être les architectes de la deuxième source du droit civil : la jurisprudence. En plus de trancher des différends en interprétant la législation, on leur alloue souvent la fonction d'amenuiser les inégalités et iniquités qui pourraient être engendrées par cette législation. Par exemple, on attribue souvent la « nouvelle moralité contractuelle » du Code civil du Québec, laquelle favoriserait l'équité⁴², la bonne foi⁴³ et la répression des abus⁴⁴, à un plus grand pouvoir interventionniste des juges⁴⁵. Or, s'il est encore rare aujourd'hui, mais possible, que certain·es juges soient issu·es de divers groupes minorisés⁴⁶, les juges ne peuvent, par définition, être pauvres ni peu éduqué·es. Afin d'être admissible à cette fonction dans un tribunal judiciaire, il faut avoir exercé la profession d'avocat·e à titre de membre du Barreau du

⁴¹ N. BLOMLEY, A. FLYNN et M.-E. SYLVESTRE, préc., note 18.

⁴² CcQ, art. 1434.

⁴³ CcQ, art. 6 et 1375.

⁴⁴ CcQ, art. 7. Sur la clause abusive, voir notamment CcQ, art. 1437.

⁴⁵ J.-L. BAUDOUIN, préc., note 6, 32.

⁴⁶ Ce n'est pas le cas des femmes, alors que la magistrature frôle la parité. En date du 13 décembre 2022, 48,6 % des juges à la Cour du Québec se présentent comme femmes (N = 292). Cette proportion est de 46,6 % à la Cour supérieure (N = 148), de 36,4 % à la Cour d'appel (N = 22) et de 44,4 % à la Cour suprême (N = 9). On constate donc un certain plafond de verre. Au total, il s'agit d'une proportion de 47,3 % (N = 471). Nous avons exclu de ce calcul les juges surnuméraires, les juges de paix magistrat·es et les juges suppléant·es.

Québec (ou de l'une des provinces dans le cas de la Cour suprême) pendant au moins dix ans⁴⁷. Surtout, en 2022, le salaire annuel des juges est de 310 000 \$ au Québec⁴⁸ et de 403 300 \$ pour la Cour suprême⁴⁹. Selon les dernières données qui datent de 2020, le revenu total médian au Québec était de 39 300 \$⁵⁰. En somme, il s'agit d'un euphémisme d'affirmer que les juges constituent une classe particulièrement privilégiée de la population, et qu'il y a un fossé socio-économique important entre cette dernière et les justiciables.

On peut ensuite se demander qui, parmi ces justiciables, est représenté·e au sein de la production judiciaire, soit de la jurisprudence en elle-même. Ici, nous suggérons qu'en raison des procédés de constitution de cette source du droit, soit du fait de faire l'objet d'un jugement écrit et publié, les personnes pauvres sont peu ou prou représentées dans une telle source. Effectivement, l'accès aux tribunaux civils se heurte à de multiples barrières, notamment socioéconomiques. L'un des principaux aspects de ce que l'on conçoit comme « une crise dans l'accès au système de justice » est l'accès aux services d'un·e avocat·e⁵¹. Ce sont d'abord les honoraires professionnels, lesquels sont essentiellement déterminés en fonction des moyens des entreprises clientes et notamment des grands bureaux⁵², qui seraient en cause⁵³. Une enquête du Barreau du Québec révèle que le taux horaire médian de ses membres oscille entre 101 \$ et 150 \$⁵⁴. Or, un sondage réalisé par le consortium de recherche Accès au droit et à la justice (ADAJ) révèle que près des trois quarts de la population interrogée estime ne pas être en mesure de payer plus de 100 \$ par heure pour les services d'un·e

⁴⁷ *Loi sur la Cour suprême*, LRC (1985), c. S-26, art. 5 et 5.1; *Loi sur les tribunaux judiciaires*, RLRQ, c. T-16, art. 87. L'alinéa 2 précise que peut aussi être considérée une expérience pertinente après l'obtention d'un diplôme d'admission au Barreau du Québec ou d'un certificat d'aptitude à exercer la profession d'avocat·e au Québec.

⁴⁸ Le gouvernement du Québec a haussé le salaire des juges de 22 % le 1^{er} juillet 2022 (Tommy CHOUINARD, « Québec haussera le salaire des juges de 22 % à 50 % », *La Presse*, sect. Justice et faits divers (3 février 2022), en ligne : <<https://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-faits-divers/2022-02-03/quebec-haussera-le-salaire-des-juges-de-22-a-50.php>> (consulté le 6 décembre 2022)).

⁴⁹ *Loi sur les juges*, LRC (1985), c. J-1, art. 9. Ce salaire est de 435 600 \$ pour le ou la juge en chef.

⁵⁰ Statistique Canada. *Tableau 11-10-0239-01 Revenu des particuliers selon le groupe d'âge, le sexe et la source de revenu, Canada, provinces et certaines régions métropolitaines de recensement*.

⁵¹ R. A. MACDONALD, préc., note 28, à la page 19.

⁵² Pierre-Claude LAFOND, *L'accès à la justice civile au Québec : portrait général*, Cowansville, Yvon Blais, 2012, p. 57. Russel G. PEARCE, « Redressing Inequality in the Market for Justice : Why Access to Lawyers Will Never Solve the Problem and Why Rethinking the Role of Judges will Help », (2004) 73 *Fordham L. Rev.* 969, 972; Gillian K. HADFIELD, « The Price of Law: How the Market for Lawyers Distorts the Justice System », (2000) 98 *Mich L. Rev.* 953.

⁵³ Dans un sondage commandé par le ministère de la Justice du Québec, 87 % des répondant·es estiment que les honoraires d'avocat·es sont la dépense principale empêchant d'accéder aux tribunaux : Information, Recherche et Analyse de la Société, *Enquête sur le sentiment d'accès et la perception de la justice au Québec*, réalisée pour le ministère de la Justice, Québec, 2016, p. 16-19.

⁵⁴ Barreau du Québec, *Barreau-mètre 2015 : la profession en chiffres*, p. 34, <https://www.barreau.qc.ca/media/1163/barreau-metre-2015.pdf> (consulté le 6 décembre 2022). Fait intéressant, les taux varient entre 201 \$ et 250 \$ pour les avocats et entre 101 \$ et 150 \$ pour les avocates. Précisons que 71 % des avocat·es opteraient pour une tarification à l'heure (p. 39).

avocat·e⁵⁵. Pierre-Claude Lafond suggère que « [l]es années de coupure et de désengagement étatique ont eu comme impact d'éloigner les avocats de ceux qui ont le plus besoin de leurs services et, par voie de conséquence, de rapprocher les membres de la profession des personnes socialement et économiquement privilégiées »⁵⁶.

Malgré une amélioration récente des seuils d'admissibilité⁵⁷, le programme d'aide juridique, qui permet l'accès à des services juridiques gratuits ou à faible coût, n'est accessible qu'aux personnes particulièrement démunies⁵⁸. Au surplus, l'aide juridique ne couvre que certains types de dossiers en matière civile, c'est-à-dire essentiellement certaines matières familiales et successorales relatives à une tutelle, un régime ou un mandat de protection ou à certaines demandes à l'état civil, en matière de protection de la jeunesse, lorsqu'il est manifeste qu'une atteinte grave à la liberté, notamment en matière de garde en établissement, et que la sécurité physique ou psychologique d'une personne, y compris ses moyens de subsistance et ceux de sa famille, sont en jeu⁵⁹. Quoi qu'il en soit, les affaires en diffamation ou les actions en dommages pour « aliénation d'affectation » ne sont jamais couvertes en demande⁶⁰. En outre, l'aide peut être refusée ou retirée dans plusieurs contextes, notamment lorsque l'affaire a peu de chance de succès, que le jugement n'est probablement pas susceptible d'exécution ou que la personne bénéficiaire refuse une proposition raisonnable de règlement sans motif valable⁶¹. Le fait d'établir la présence de plusieurs de ces situations est laissé à la discrétion des avocat·es concerné·es. Finalement, on peut aussi penser que

⁵⁵ ACCÈS AU DROIT ET À LA JUSTICE, *Justice pour tous*, en ligne : <http://adaj.ca/justicepourtous/sondage> (consulté le 6 décembre 2022).

⁵⁶ P.-C. LAFOND, préc., note 50, p. 120. C'est ainsi que la tarification à l'heure est de plus en plus remise en question, notamment par les tribunaux, qui déplorent une certaine « inflation dans les conventions d'honoraire » : BARREAU DU QUÉBEC, *La tarification horaire à l'heure de la réflexion*, Québec, 2016; *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2017 QCCS 200, par. 89 et 86, cités dans Emmanuelle BERNHEIM, Dominique BERNIER, Alexandra BAHARY-DIONNE, Laurence GUÉNETTE, Louis-Philippe JANNARD et Richard-Alexandre LANIEL, « L'autoreprésentation et le plaideur citoyen » dans Pierre NOREAU et al. (dir.), *22 chantiers pour l'accès au droit et à la justice*, Montréal, Yvon Blais, 2020, p. 7, à la page 9.

⁵⁷ Depuis le 1^{er} janvier 2016, les seuils d'admissibilité à l'aide juridique ont été haussés de sorte qu'une personne seule qui travaille 35 heures par semaine au salaire minimum ait droit à l'aide juridique gratuite. Ainsi, chaque fois qu'augmente le salaire minimum, comme ce fut le cas en 2022, les seuils d'admissibilité sont ajustés dès le 31 mai suivant : LA PRESSE CANADIENNE, « Aide juridique : seuils d'admissibilité relevés de 5,6 % au Québec », *Le Soleil*, 31 mai 2022, en ligne : <https://www.lesoleil.com/2022/05/31/aide-juridique-seuils-dadmissibilite-releves-de-5-6-au-quebec-3dc3901a42d33a3f7f8c1ca2e4ad38ad> (consulté le 6 décembre 2022).

⁵⁸ Avec l'indexation du 31 mai 2022, le seuil d'admissibilité pour l'aide juridique gratuite est de 25 935 \$ pour une personne seule et de 42 530 \$ pour une famille de quatre personnes ou plus. Le seuil d'admissibilité en contrepartie d'une contribution financière est de 36 228 \$ pour une personne seule et de 59 403 \$ pour une famille de quatre personnes ou plus : *Règlement sur l'aide juridique*, RLRQ, c. A-14, r. 2, art. 18 et 20. En 2019, le seuil de faible revenu après impôt était de 23 086 \$ pour une personne seule et de 46 171 \$ pour un ménage de quatre personnes : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, INSTITUT DE LA STATISTIQUE, « Seuils du faible revenu selon la Mesure de faible revenu (MFR), après impôt, selon la taille du ménage, Québec, 1996-2019 », en ligne : <https://statistique.quebec.ca/fr/produit/tableau/seuils-du-faible-revenu-mfr-seuils-apres-impot-selon-la-taille-du-menage-quebec> (consulté le 6 décembre 2022).

⁵⁹ *Loi sur l'aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques*, RLRQ, c. A-14, art. 4.7, 4.8 et 4.9.

⁶⁰ *Id.*, art. 4.8.

⁶¹ *Id.*, art. 4.11.

les conditions de pratique de ceux-ci et celles-ci, notamment de ceux et celles qui prennent des mandats d'aide juridique, ont une incidence sur la décision d'aller à un procès plutôt que de négocier ou d'aller en appel.

Si la Cour des petites créances visait à appréhender certains de ces obstacles, les litiges se règlent de plus en plus en médiation⁶², impliquant la non-publicité des règlements. Sur ce plan, certaines études ethnographiques dénotent une pression importante de certains médiateur·trices à l'égard de la partie défavorisée afin qu'elle accepte un règlement⁶³. Au surplus, une autre étude empirique montre qu'à rebours des ambitions d'inclusion des classes populaires, les parties demanderesse·s y sont particulièrement favorisées du point de vue sociodémographique en comparaison avec la population générale, soit

disproportionnellement des hommes, francophones, blancs, citoyens canadiens, québécois dits de souche, professionnels, bien instruits, avec un revenu annuel largement supérieur à la moyenne, et âgés entre 35 et 55. Pas moins du sixième de ces demandeurs étaient des avocats poursuivant leurs clients pour des honoraires impayés⁶⁴!

La classe sociale et le statut économique constituaient les critères les plus déterminants⁶⁵. Finalement, au-delà des honoraires professionnels, et notamment dans l'optique où les justiciables peuvent s'autoreprésenter, les frais judiciaires peuvent aussi être rébarbatifs pour les personnes moins nanties. En matière civile, pour les personnes physiques, ces frais varient entre 92,25 \$ et 737 \$ selon les types d'actes et de créances en jeu, ce à quoi s'ajoutent des frais de 276 \$ par journée d'audience pour un procès de plus de trois jours⁶⁶. À ces frais peuvent s'ajouter d'autres dépenses comme les frais d'huissier·ère et d'expertise⁶⁷. Au total, on estime le coût moyen d'un procès civil à 31 330 \$ pour un procès de deux jours et à 56 439 \$ pour un procès de cinq jours, le coût minimum estimé étant

⁶² En ce qui concerne la médiation judiciaire, le nombre de dossiers ayant fait l'objet d'une médiation à la Division des petites créances est en hausse constante depuis 2014-2015 : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Plan stratégique 2019-2023*, 2^e éd., 2021, p. 8.

⁶³ Au Québec, voir Richard-Alexandre LANIEL, « Le pire règlement vaut mieux que le meilleur jugement » : une ethnographie des pratiques de médiation à la Division des petites créances de la Cour du Québec (Mémoire de maîtrise en droit social, Université du Québec à Montréal, 2018). Voir également Susan S. SILBEY et Sally E. MERRY, « Mediator Settlement Strategies », (1986) 8:1 *Law & Policy* 7.

⁶⁴ Roderick A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », (2003) 33:1 *RDUS* 133, 147. L'auteur se réfère à l'étude suivante : Seana C. MCGUIRE et Roderick A. MACDONALD, « Small Claims Court Cant », (1996) 34 *Osgoode Hall Law Journal* 509. Voir aussi en ce sens Pierre-Claude LAFOND, « L'exemple québécois de la Cour des petites créances : "cour du peuple" ou tribunal de recouvrement ? », (1996) 37:1 *C de D* 63.

⁶⁵ R. A. MACDONALD, *id.*, 148.

⁶⁶ *Règlement sur les Tarifs des frais judiciaires en matière civile*, RLRQ, c. T-16, r. 10, art. 5, 6. Les tarifs sont indexés chaque année.

⁶⁷ E. BERNHEIM *et al.*, *préc.*, note 54, p. 10.

respectivement de 13 299 \$ et de 29 500 \$⁶⁸. Or, rappelons que le revenu disponible moyen au Québec est de 28 785 \$ par année⁶⁹. Au demeurant, selon un sondage réalisé par le consortium de recherche ADAJ, 73,7 % des personnes interrogées considèrent ne pas avoir les moyens financiers de poursuivre quelqu'un ou de se défendre devant les tribunaux⁷⁰.

Il semble donc que ce sont essentiellement les personnes physiques très aisées et les personnes morales⁷¹ qui voient leurs enjeux juridiques représentés dans les jugements – d'autant plus en appel. Peut-être est-ce pour ces raisons que l'apprentissage du droit civil dans les facultés de droit, en particulier en droit des contrats et des biens, se fait typiquement à partir des expériences de ces deux groupes de personnes, lesquelles fondent la plupart des jugements de principe.

Ainsi, c'est généralement à partir des litiges entre deux personnes morales que nous apprenons à distinguer le contrat à exécution instantanée du contrat à exécution successive⁷² ou le contrat par adhésion du contrat de gré à gré⁷³, à nous familiariser avec l'échange de consentements⁷⁴, l'offre⁷⁵, l'erreur⁷⁶, l'obligation de renseignement⁷⁷, la théorie de l'imprévision⁷⁸, la formation du contrat à distance⁷⁹, les obligations implicites⁸⁰, l'interprétation du contrat⁸¹, la

⁶⁸ Marie-Claude PEDNAULT, « Quand les tribunaux sont réservés aux mieux nantis », *Radio-Canada*, 8 septembre 2015, en ligne : <http://ici.radio-canada.ca/nouvelles/societe/2015/09/08/003-prix-justice-poursuites-chantal-savoie.shtml> (consulté le 6 décembre 2022).

⁶⁹ Gouvernement du Québec, Institut de la statistique du Québec, « Revenu disponible », *Bulletin Flash*, mai 2019, p. 2, en ligne : <https://statistique.quebec.ca/fr/fichier/bulletin-flash-revenu-disponible-mai-2019.pdf> (consulté le 6 décembre 2022).

⁷⁰ ACCÈS AU DROIT ET À LA JUSTICE, préc., note 53. Un autre sondage commandé par le ministère de la Justice expose également que 69 % des répondant·es croient ne pas avoir les moyens de faire valoir leurs droits devant les tribunaux : Information, Recherche et Analyse de la Société, préc., note 51, p. 16-19.

⁷¹ Selon P.-C. LAFOND, préc., note 50, p. 122 : « Sur le chapitre des honoraires, en pratique, seules les personnes très fortunées, les grandes entreprises, les organisations gouvernementales et les personnes admissibles à l'aide juridique sont capables de s'offrir le luxe d'une action en justice ».

⁷² *Ateliers d'usinage Malcor c. Soniplastics*, J.E. 2000-986 (CA).

⁷³ *Régie d'assainissement des eaux du bassin de La Prairie c. Janin Construction* (1983), [1999] R.J.Q. (CA); *Martineau c. Société Canadian Tire Ltée*, 2011 QCCA 2198.

⁷⁴ *Groupe Canvar c. Camille Piché inc.*, 2004 CanLII 49194 (CS).

⁷⁵ *Association pharmaceutique de la province de Québec (D) c. T. Eaton Co. Ltd.(d)*, (1931) 50 B.R. 482.

⁷⁶ *B. Fréreau et fils inc. c. Société québécoise d'assainissement des eaux*, J.E. 2000-809 (CA) (erreur simple); *Monarque du Richelieu inc. c. Boisé Richelieu inc.* 2018 QCCA 2168; *Superior Energy Management Gas. L.p. c. 9102-8001 Québec Inc.*, 2013 QCCA 682 (erreur dolosive).

⁷⁷ *Banque de Montréal c. Bail*, [1992] 2 RCS 554.

⁷⁸ *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46.

⁷⁹ *Clôtures spécialisées du Nord c. Équipements JVC*, 2012 QCCA 1644.

⁸⁰ *Aéroports de Montréal c. Hôtel de l'aéroport de Mirabel*, [2003] R.J.Q. 2479 (CA).

⁸¹ *Immeubles Régime XV c. Indigo Books & Music*, 2012 QCCA 239; *H & R Transport Ltd. c. 9171-5367 Québec inc.*, 2019 QCCA 810. (Ici, l'unique employé, actionnaire et administrateur de l'entreprise demanderesse, qui est camionneur, est également demandeur.)

transmissibilité des droits⁸², l'obligation à terme⁸³ ou conditionnelle⁸⁴, la subrogation⁸⁵, la délégation de paiement et l'action oblique⁸⁶, la compensation⁸⁷, la force majeure⁸⁸, le droit de rétention⁸⁹, l'injonction⁹⁰, la résolution⁹¹, la résiliation⁹², la responsabilité contractuelle⁹³, les clauses d'exclusion de responsabilité⁹⁴ et même l'ordre public de protection⁹⁵. Quant aux litiges opposant une personne physique et une personne morale, ils mettent en scène des courtiers immobiliers⁹⁶, des propriétaires d'une multitude de logements⁹⁷ ou d'un immeuble à logements⁹⁸, la succession de la caution d'un dentiste réputé⁹⁹, des propriétaires et actionnaires d'une compagnie¹⁰⁰, des représentants aux ventes¹⁰¹, des comptables¹⁰², des prêteurs à taux élevé¹⁰³, des employeurs¹⁰⁴, des

⁸² *C.D.L. 7000 Holdings c. Scanaxa*, [2004] R.J.Q. 2139 (CS).

⁸³ *Amparo Construction c. Cie d'assurance Standard Life*, [1990] R.L. 196 (CA).

⁸⁴ *Société en commandites Place Mullins c. Services immobiliers Diane Bisson inc.*, 2015 CSC 36.

⁸⁵ *Promutuel Verchères, société mutuelle d'assurances générales c. Claude Joyal inc.*, 2015 QCCS 1973; *D.I.M.S. Construction (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 RCS 564; *Entreprises Gexpharm c. Services de santé du Québec*, [1994] R.J.Q. 1696 (CS).

⁸⁶ *9183-7708 Québec inc. c. Soltan Realty*, 2016 QCCA 155.

⁸⁷ *Forges M. Dembiermont, s.a. c. Aciers Solac Itée*, [1995] R.J.Q. 1213 (CS).

⁸⁸ *Guarantee Company of North America c. Machinerie G. Simard*, 2010 QCCA 952.

⁸⁹ *Air Charters c. TSA Aviation*, 2005 QCCA 355.

⁹⁰ *Place Bonaventure c. Imasco*, [1993] R.J.Q. 2895 (CS); *Royal Bank of Canada c. Propriétés Cité Concordia Ltée*, 1983 CanLII 2764 (CA).

⁹¹ *Ahsan c. Second Cup LTD.*, 2003 CanLII 10600 (CA).

⁹² *Société de transport de Longueuil c. Marcel Lussier Itée*, J.E. 2004-173 (CA); *Place Fleur de lys c. Tag's Kiosque*, [1995] R.J.Q. 1659 (CA).

⁹³ *BNP Paribas (Canada) c. IKEA Property Ltd.*, [2005] R.R.A. 319 (CA).

⁹⁴ *SSQ, société d'assurances générales c. Hydro-Québec*, 2015 QCCS 5207.

⁹⁵ *Garcia Transport c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 RCS 499.

⁹⁶ *Simard c. Royal LePage Saguenay-Lac-St-Jean*, 2014 QCCS 4044.

⁹⁷ *2760-1699 Québec inc. c. Lamarre*, 2003 CanLII 33401 (CS).

⁹⁸ *9046-5014 Québec inc. c. Gum*, [2002] R.J.Q. 3246 (CQ); *Immeubles Di Sabato c. Guerrero*, 2007 QCCQ 4644; *Fattal c. Société en commandite Gaz Métro*, 2010 QCCA 83 (information disponible dans le jugement ayant fait l'objet de l'appel : *Société en commandite Gaz Métro c. Fattal*, 2008 QCCS 1135).

⁹⁹ *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 RCS 339; LA PRESSE, 22 octobre 1963, p. 16, en ligne : <https://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/2758186> (consulté le 7 décembre 2022).

¹⁰⁰ *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 RCS 122; *Trust La Laurentienne du Canada c. Losier*, J.E. 2001-254 (CA); *Chartré c. Exploitation agricole et forestière des Laurentides*, [2002] R.J.Q. 1623 (CA).

¹⁰¹ *Howick Apparel Ltd. c. Champoux*, 2007 QCCA 674.

¹⁰² *Ifergan c. Société des loteries du Québec*, 2014 QCCA 1114; Monique SCOTT, « Supreme Court of Canada rejects man's fight for half of \$27M jackpot », *Montreal Gazette*, 30 janvier 2015, en ligne : <https://montrealgazette.com/news/local-news/countrys-top-court-rejects-mans-fight-for-half-of-27m-jackpot> (consulté le 7 décembre 2022). Soulignons que l'appelant s'est endetté de plus de 250 000 \$ en frais juridiques : Véronique LEDUC, « DDO : Joël Ifergan perd son combat contre Loto-Québec », *Journal métro*, 9 février 2015, en ligne : <https://journalmetro.com/local/ouest-de-lile/716393/ddo-joel-ifergan-perd-son-combat-contre-loto-quebec/> (consulté le 7 décembre 2022).

¹⁰³ *Pépin c. B2B Alliance inc.*, 2016 QCCS 852.

¹⁰⁴ S'il n'y a pas de précisions additionnelles dans le jugement, il est indiqué que l'un des défendeurs fait témoigner l'un de ses employés : *Rawleigh c. Dumoulin*, [1926] RCS 551, 553 et 555.

administrateurs et dirigeants d'une grande compagnie¹⁰⁵, des développeurs immobiliers¹⁰⁶ ou encore des médecins-chercheurs¹⁰⁷. Même pour l'application de la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁰⁸, nous étudions un litige opposant un dentiste collectionneur d'œuvres d'art à une société œuvrant dans le crédit-bail qui concerne une aquarelle de Marc-Aurèle Fortin d'une valeur qui oscillait, au tournant des années 2000, entre 20 000 \$ et 50 000 \$¹⁰⁹. Les rares jugements de principe qui convoquent deux personnes physiques ou plus, portent sur un fonds de commerce¹¹⁰ ou opposent un ancien avocat radié et un propriétaire de plusieurs terrains¹¹¹, un avocat et un développeur immobilier¹¹², des investisseurs et des propriétaires immobiliers¹¹³, l'acheteur et la vendeuse de deux immeubles ainsi que le notaire instrumentant¹¹⁴, les copropriétaires indivis d'un immeuble à logements¹¹⁵, des développeurs immobiliers¹¹⁶, les actionnaires d'une compagnie familiale¹¹⁷, un commerçant et un entrepreneur¹¹⁸, le propriétaire de plusieurs immeubles¹¹⁹ ou logements¹²⁰, la caution d'une compagnie¹²¹. Figurent tout de même quelques exceptions comme les litiges concernant la vente d'une maison¹²² ou d'un autobus¹²³, la transmissibilité d'une garantie¹²⁴ ou qui mobilisent

¹⁰⁵ *Multiver Itée c. Wood*, 2015 QCCS 2847.

¹⁰⁶ *Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 RCS 880.

¹⁰⁷ *Corporation de l'École polytechnique de Montréal c. Fardad*, 2010 QCCA 992.

¹⁰⁸ RLRQ, c. P-40.1.

¹⁰⁹ *Pacific National Leasing Corp. c. Rose*, 2001 CanLII 20657 (CA).

¹¹⁰ *Dahmé c. Dahmé*, 2007 QCCA 851 (information disponible dans le jugement de première instance : *Dahmé c. Dahmé-Saulnier*, 2005 QCCS 50858); *Thibodeau c. Thibodeau*, [1961] RCS 285. Il s'agit d'un jugement portant sur la capacité de l'un des appelants au moment où il avait échangé contre son immeuble le fonds de commerce de son frère.

¹¹¹ *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 RCS 500. Il est par ailleurs intéressant de noter que même ce propriétaire n'avait pas les moyens de faire appel à un-e avocat-e en bonne et due forme afin d'intenter des démarches judiciaires visant à faire cesser des écoulements d'eau en provenance d'un terrain voisin.

¹¹² *Michon c. Dallaire*, 2019 QCCA 554.

¹¹³ *Duchesne c. Demers*, [2004] R.J.Q. 2909 (CA).

¹¹⁴ *B.P. c. C.B.*, 2007 QCCS 5136.

¹¹⁵ *Potvin c. Potvin*, 2011 QCCQ 14903.

¹¹⁶ *Éderhy c. Bistrice*, 2007 QCCA 377.

¹¹⁷ *Légaré c. Morin-Légaré*, [2002] R.J.Q. 2237 (CA).

¹¹⁸ *Lafrance c. Carter*, 2018 QCCQ 198.

¹¹⁹ *Lussier c. Pigeon*, [2002] R.J.Q. 359 (CA); *Diamantopoulos c. Montréal (Ville)*, [2004] R.D.I. 993 (CQ); *Haddad c. Groupe Jean Coutu (PJC)*, 2010 QCCA 2215. (Il est aussi mentionné que le particulier est pharmacien.)

¹²⁰ *Boissy c. Boissy*, 2011 QCCS 986.

¹²¹ *Stone (Syndic de)*, 2007 QCCA 534.

¹²² *Bouchard c. Fortin*, [2000] R.D.I. 286 (CS); *Pelletier c. St-Laurent*, [1996] R.D.I. 153 (CA); *Gagné c. Caouette*, [1994] R.D.I. 126 (CS); *Monette c. Desroches*, 2011 QCCS 1033. Ou opposant une institution financière et des propriétaires occupants : *Fiducie canadienne italienne c. Folini*, [2001] R.D.I. 202 (CA).

¹²³ *Lortie c. Bouchard*, [1952] 1 RCS 508.

¹²⁴ *General Motors Products of Canada c. Kravitz*, [1979] 1 RCS 790.

un aspirant policier et un service de police municipal¹²⁵, un consommateur¹²⁶, un OSBL¹²⁷, des bénéficiaires d'un régime de retraite¹²⁸, des locataires¹²⁹ ou des propriétaires occupants¹³⁰. Dans ces derniers cas, du moins, il n'y a pas suffisamment d'informations pour déterminer si les parties concernées sont particulièrement nanties.

En ce qui a trait au droit des biens, en plus des remarques qui précèdent concernant les barrières d'accès aux tribunaux, on constate également que les parties impliquées sont généralement assez aisées. En effet, le fait d'être titulaire de droits réels sur un bien est une condition préalable *per se* – pour ne pas dire une *contrainte*. Ainsi, nous étudions la distinction entre droit réel et droit personnel par l'entremise de propriétaires de terrains de camping et de fonds de commerce¹³¹, le caractère perpétuel du droit de propriété par le biais de boursicoté-uses¹³², les troubles de voisinage par le prisme d'une cimenterie¹³³, l'enclave et le droit de passage par le truchement de propriétaires de résidences secondaires, dont l'un souhaitant faire construire, à ses frais, un chemin d'une valeur de 2 000 000 \$ sur les propriétés voisines afin d'avoir accès en toute saison à son chalet évalué à environ 900 000 \$¹³⁴, la possession et la prescription acquisitive par l'entremise de propriétaires de chalets au pied des pentes de ski à Bromont¹³⁵ ou encore les limites incluses aux règlements d'immeubles dans les copropriétés divisées par l'entremise d'un propriétaire qui effectue une activité commerciale en louant ses nombreuses unités au sein d'un immeuble détenu en copropriété divisée¹³⁶. Plusieurs des décisions à l'étude sont des arrêts de la Cour d'appel ou de la Cour suprême, ce qui signifie que les parties ont en outre dû dépenser des sommes colossales pour obtenir un jugement définitif.

Sans nier la pertinence des analyses jurisprudentielles dans certains cas, il semblerait donc que le corpus jurisprudentiel nous renseigne très peu lorsqu'il s'agit d'avoir une vision d'ensemble des enjeux juridiques civils vécus par les

¹²⁵ *Aubrais c. Laval (Ville de)*, [1996] R.J.Q. 2239 (CS).

¹²⁶ *Gareau Auto c. Banque Canadienne impériale de commerce*, [1989] R.J.Q. 1091 (CA). Dans cette affaire, une institution prêteuse était toutefois défenderesse en garantie.

¹²⁷ *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 RCS 801.

¹²⁸ *Smurfit-Stone c. Goudreault*, 2005 QCCA 948.

¹²⁹ *Prescott c. Bacon*, [1993] R.J.Q. 1945 (CQ); *Lafleur c. Issa*, [2000] R.J.Q. 87 (CS).

¹³⁰ *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, [2002] R.J.Q. 365 (CA); *Ledoux c. France*, [1991] R.J.Q. 2704 (CS).

¹³¹ *Tremblay c. Martel*, 2009 QCCQ 2465.

¹³² *Greenberg c. Gruber*, 2004 CanLII 14882 (CA).

¹³³ *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64.

¹³⁴ *Rankin c. Gaucher*, 2019 QCCA 1718, voir plus précisément le par. 38.

¹³⁵ *Ostiguy c. Allie*, 2017 CSC 22. Voir également LA PRESSE CANADIENNE, « La Cour suprême tranche un conflit concernant un stationnement à Bromont », Radio-Canada, 7 avril 2017, en ligne: <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1026805/la-cour-supreme-tranche-un-conflit-concernant-un-stationnement-a-bromont> (consulté le 14 décembre 2022).

¹³⁶ *Kilzi c. Syndicat des copropriétaires du 10 400 boul l'Acadie*, 2001 CanLII 10061 (CA).

personnes pauvres, voire les personnes disposant d'un revenu moyen. Comme le constate Susan Silbey, notre imaginaire social se nourrit de « procès parfois spectaculaires, mais statistiquement rares » alors que le procès constitue « la partie émergée d'un iceberg géant de questions qui sont façonnées et interprétées par le droit »¹³⁷. Ce faisant, la plus grande partie de l'iceberg resterait invisible¹³⁸ :

Ainsi, une grande partie de ce qui est visible de l'iceberg de la légalité concerne ce qu'il faut faire en cas de violation ; certaines de ces questions suscitent des litiges et certaines, très rares, conduisent à des procès, et plus rarement encore, à des recours en appel [...] Cependant, ces batailles juridiques visibles ne sont que des cas qui s'écartent des activités juridiques ordinaires¹³⁹.

Notre propos ici n'est pas de dire qu'il devrait en être autrement, soit que les personnes qui ne sont pas aisées devraient forcément se saisir davantage des tribunaux. Il s'agit à tout le moins d'un autre enjeu, déjà largement couvert par les travaux sur l'accès aux services juridiques. Nous souhaitons plutôt simplement souligner le manque de représentativité sociodémographique de la source du droit que constitue la jurisprudence, et mettre en garde quant au fait de le constituer en objet de savoir relativement aux expériences quotidiennes avec le droit, surtout celles des personnes moins nanties. La question se pose maintenant de savoir si la doctrine pallie ou peut pallier cette limite.

3. L'invisibilité des personnes pauvres dans la doctrine civiliste

Après avoir abordé deux des trois sources de droit à l'étude, analysons la place des personnes pauvres dans la production du savoir juridique en doctrine. En droit civil, ce sont encore une fois les perspectives féministes sur la doctrine qui ont contribué à remettre en question la neutralité, l'objectivité et l'universalité du discours doctrinal. En comparant les écrits doctrinaux au sujet de la capacité juridique des femmes mariées avec ceux des militantes féministes sur la question, Marie-Neige Laperrière expose que la différence entre ces deux types d'écrits ne réside pas dans leur caractère militant ni même dans la qualité de l'analyse juridique, mais plutôt dans le type d'intérêts défendus¹⁴⁰. Or, elle soutient que c'est particulièrement « le critère du statut de juriste, central dans la construction

¹³⁷ Le procès serait ainsi le « symbole iconographique officiel de la légalité » : Susan S. SILBEY, « After Legal Consciousness », (2018) 100-3 *Droit et société* 571, 581.

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Id.*, 581 et 582.

¹⁴⁰ M.-N. LAPERRIÈRE, préc., note 4, 371.

de la notion de doctrine »¹⁴¹, qui détermine ce qui constitue ou non de la doctrine, soit le fait que les femmes en question ne soient pas reconnues comme autrices de doctrine. Une conception implicite sous-tendrait alors que, pour que nous soyons en présence de doctrine, ses auteurs et autrices doivent appartenir « à la grande famille des juristes », c'est-à-dire les professeur·es d'université, les avocat·es, les notaires et les juges – ce qui exclut typiquement les non-juristes¹⁴². Cette exclusivité dans l'autorisation à interpréter le droit a pour effet de limiter le contenu des savoirs susceptibles d'éclairer l'analyse de questions juridiques qui touchent pourtant une diversité d'acteurs et actrices¹⁴³. Or, selon Laperrière, l'exclusion systématique des femmes des professions juridiques jusqu'en 1941 pour le Barreau du Québec et en 1956 pour la Chambre des notaires, et donc dans la production doctrinale, a eu des effets tangibles sur la construction du savoir juridique¹⁴⁴. Ce serait donc à partir du point de vue masculin, érigé en point de vue neutre et universel, que se serait construit le savoir doctrinal au détriment des savoirs – notamment, mais pas seulement expérientiels – des femmes et d'autres groupes minorisés. Ainsi, « [l']absence d'écrits doctrinaux émanant des communautés autochtones, des groupes racisés et des groupes de population les plus pauvres » aurait des implications directes sur les intérêts représentés¹⁴⁵.

Ces inégalités d'accès dans la *production* du savoir juridique, mais aussi dans la *reconnaissance* de certains savoirs en fonction du statut social de ceux et celles qui le produisent¹⁴⁶ revêtent une puissance explicative particulièrement riche en ce qui concerne la condition sociale. Effectivement, plusieurs écrits font état d'une omission non seulement par le corps législatif et les tribunaux, mais également par le savoir doctrinal sur le droit relativement aux expériences des personnes pauvres de ce que Boaventura de Sousa Santos appelle l'« épistémologie de l'aveuglement » – qui rend la pratique invisible ou sous-théorisée¹⁴⁷. De tels travaux confrontent l'universalité apparente de certains concepts juridiques au sein des écrits théoriques avec l'hétérogénéité des expériences « profanes » en la matière, notamment sur le plan du droit des biens et des obligations¹⁴⁸. À titre d'exemple, en observant les différents cercles

¹⁴¹ *Id.*, 376. L'autrice met ainsi en lumière le « raisonnement circulaire » qui sous-tend le concept même de doctrine : « Dit de manière caricaturale : la doctrine est de la doctrine à condition qu'elle soit écrite et reconnue comme telle par des juristes », 380.

¹⁴² *Id.*, 382. Voir également Sébastien GRAMMOND, « La doctrine, une obligation ? », (2016) 118 *R du N* 311, 314; Jacques CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », (2002) 50:1 *Droit et société* 103.

¹⁴³ A. BAHARY-DIONNE et E. BERNHEIM, préc., note 13, à la page 183.

¹⁴⁴ M.-N. LAPERRIÈRE, préc., note 19, 384 et 428.

¹⁴⁵ *Id.*, 428-429.

¹⁴⁶ A. BAHARY-DIONNE et E. BERNHEIM, préc., note 13; Miranda FRICKER, *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

¹⁴⁷ *Épistémologies du Sud : Mouvements citoyens et polémique sur la science*, Paris, Desclée De Brouwer, 2016, p. 199 et s.

¹⁴⁸ Nicholas BLOMLEY, « The Boundaries of Property: Complexity, Relationality, and Spatiality: The Boundaries of Property », (2016) 50:1 *Law & Society Rev* 224, 225; E. SCHIJMAN, préc., note 2.

d'obligations en toile de fond de toutes les relations entre les résident·es d'une cité en Argentine, Emilia Schijman observe que : « À suivre le Code civil commenté par Jean Carbonnier, une fois nées, les obligations n'auraient comme seul destin que de s'éteindre. Or, le trait caractéristique de cette enquête, c'est de voir se transformer les dettes de place en place sans jamais s'éteindre »¹⁴⁹.

Certaines personnes pourraient opposer, avec raison, que la capacité d'agir des auteurs et autrices de doctrine est ici limitée par une contrainte importante, soit les procédés de constitution du savoir juridique. De fait, la doctrine se doit d'interpréter et de donner des opinions sur les autres sources juridiques, la législation, la jurisprudence et d'autres doctrines qui, comme nous l'avons vu es, représentent peu les expériences des personnes pauvres, parfois en raison de *contraintes* d'ordre structurel et politique – comme les inégalités d'accès aux professions juridiques et aux tribunaux. Sur ce dernier plan, selon Silbey, les jugements de principe « ne sont que des cas qui s'écartent des activités juridiques ordinaires. Ironiquement, ces écarts ont fini par devenir le corpus textuel de la doctrine juridique »¹⁵⁰. Sans doute, les auteurs et autrices de doctrine n'ont pas le choix de prendre pour exemple, si l'on prend le cas du dol, les personnes morales, les client·es d'une croisière de luxe déçu·es¹⁵¹, le « médecin qui [souhaite] se faire consentir une cession d'immeuble moyennant une rente viagère »¹⁵², la falsification d'un rapport comptable ou financier¹⁵³, un club de golf¹⁵⁴, les acquéreurs d'actions¹⁵⁵ ou d'un fonds de commerce¹⁵⁶, l'héritier d'un actif important¹⁵⁷, un bijoutier ayant vendu une bague en diamant¹⁵⁸ ainsi que les dirigeants d'une société¹⁵⁹. De même, en droit des biens, ils et elles se doivent d'aborder l'usufruit de créance ou de valeurs mobilières¹⁶⁰, l'emphytéose de « terrains de grande valeur situés dans des zones urbaines » à titre d'instrument de

¹⁴⁹ E. SCHIJMAN, préc., note 2, p. 76. L'ethnographe met en lumière d'autres définitions doctrinales qu'elle juge restrictives à la lumière des pratiques de vente, d'occupation et de prêt mises en exergue par son enquête comme les notions d'usucapion et de propriété axées sur l'usage exclusif et de transfert de titre, certaines « subiss[ant] des altérations que le droit civil ne prévoit pas » (p. 158).

¹⁵⁰ S. S. SILBEY, préc., note 135, 581-582.

¹⁵¹ Pierre-Gabriel JOBIN, Nathalie VÉZINA et Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013, par. 228 et Vincent KARIM, *Les obligations*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, par. 1184, se référant à l'affaire *Deschênes c. Juan*, [1975] R.L. 267 (CP).

¹⁵² *Id.*, par. 227.

¹⁵³ Didier LUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018, par. 616.

¹⁵⁴ *Id.*, par. 623, citant *Club de golf de l'île de Montréal (2004) Inc. c. Constructions du golf de l'île de Montréal Inc.*, 2014 QCCS 228.

¹⁵⁵ *Id.*, par. 624 et 630.

¹⁵⁶ *Id.*

¹⁵⁷ *Id.*

¹⁵⁸ *Id.*, par. 663, se référant à *Demers c. Latendresse Bijoutiers Québec Inc.*, [1984] C.P. 207.

¹⁵⁹ V. KARIM, préc., note 149, par. 1181.

¹⁶⁰ S. NORMAND, préc., note 10, p. 270.

développement immobilier¹⁶¹ ou encore l'usage d'une piscine, d'un centre sportif ou des salles de réunion d'un immeuble en copropriété divisée¹⁶². Quoi qu'il en soit, la doctrine en droit posé – et malgré l'existence de critiques, que nous reconnaissons, par ailleurs – semble unanime sur l'idée voulant que le Code soit érigé afin qu'une personne propriétaire puisse exploiter de manière optimale son bien¹⁶³. Partant, il est encore question de croissance... pour autant qu'on soit propriétaire de biens! Si le Code n'est pas construit dans une optique d'acquisition par le plus grand nombre ou de redistribution des biens, il a pour vocation à terme de s'adresser toujours à un plus petit nombre qui voudra « exploiter de manière optimale » ses biens. À nouveau, réitérons qu'en raison des injustices épistémiques, la doctrine en droit civil posé est *contrainte*, d'une certaine manière, à invisibiliser certaines personnes. Mais là où le pouvoir des auteurs et autrices réside pour aborder d'autres réalités que celles des plus nanties, c'est peut-être en équilibrant ces exemples avec d'autres plus représentatifs des réalités des personnes pauvres, voire simplement pas particulièrement aisées. Ceci aurait également l'avantage d'une certaine portée didactique en ce que l'on se rapprocherait davantage des expériences de vie dans le sens commun¹⁶⁴. Afin de ne pas verser dans des cas purement spéculatifs, il serait éventuellement possible de dégager des exemples à partir des études empiriques ou qui reviennent fréquemment dans les milieux juridiques détenant un savoir d'intervention particulier auprès des personnes pauvres, tels que les cliniques juridiques communautaires ou les autres organismes soutenant ces personnes. Pour ne donner que quelques illustrations découlant de nos expériences de recherche et d'implications sociales, quels sont les droits des personnes en situation d'itinérance relativement à leurs biens lorsque leurs campements sont démantelés ? Quels sont les droits de parties débitrices d'une dette de loyer impayé à un office d'habitation, par exemple lorsque ce dernier a cédé sa créance ? Est-ce que les pouvoirs des huissiers et des agences de recouvrement sont les mêmes lorsqu'il est question de dettes judiciaires par rapport à des dettes privées ? Quels sont les droits relatifs au logement des personnes migrantes qui viennent travailler pour une entreprise qui fournit le logement en question ? Comment peut-on réfléchir au droit au maintien dans les lieux des locataires autrement que par le prisme du diptyque droit personnel/droit réel ? C'est tout un pan de la vie du droit qui mérite d'être abordé plus largement en doctrine.

¹⁶¹ *Id.*, p. 293.

¹⁶² Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2007, p. 841.

¹⁶³ Voir notamment : Yaëll EMERICH, *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, Montréal, Yvon Blais, 2017, p. 86; S. NORMAND, *préc.*, note 10, p. 270; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 8^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2018, p. 188-189.

¹⁶⁴ Et peut-être serait-ce une stratégie, quoique modeste, pour éviter ce que Duncan Kennedy appelle « la reproduction des hiérarchies » dans les méthodes d'enseignement du droit : *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies*, Montréal, Lux, 2010. Voir également C. MENKEL-MEADOW, *préc.*, note 24, 69 et s.

Bien entendu, nous reconnaissons que cette approche rencontrerait certaines limites en ce qui a trait à certaines matières. Par exemple, il pourrait être ardu de présenter le quotidien d'une personne peu aisée lorsque nous enseignons ou produisons de la doctrine du point de vue de la personne constituante en matière de fiducie, d'usufruit, d'emphytéose ou tout simplement plus largement lorsqu'il est question de propriété. Néanmoins, il serait opportun de rappeler à grands traits que contrairement à ce qui est édicté dans le préambule du Code, certaines portions de ce dernier ne s'appliquent qu'à certaines personnes, autrement dit « [l]e Code n'est pas fait pour les pauvres »¹⁶⁵.

Conclusion

Afin de s'approcher d'une compréhension plus éclairée de l'expérience des personnes pauvres au contact du droit, plusieurs autrices invitent à rompre avec une approche des domaines de droit en silo¹⁶⁶. Selon Anne Fleming, dès lors que le champ du « droit de la pauvreté » (*poverty law*) se consacre généralement à l'analyse des normes de droit public qui encadrent l'assistance sociale aux personnes pauvres, il laisse dans l'ombre le « *private law of the poor* », c'est-à-dire « *laws that govern the private economic relationships of those living in poverty or in danger of falling into destitution* »¹⁶⁷. Or, des stratégies diverses de régulation publique de la pauvreté auraient contribué à infléchir l'évolution du droit privé depuis plus d'un siècle. C'est pourquoi nous pouvons nous demander, en guise de conclusion, étant donné l'invisibilité législative, jurisprudentielle et doctrinale des personnes pauvres en droit civil, comment expliquer l'excès de visibilité¹⁶⁸ de ces mêmes groupes minorisés en droit public, y compris lorsque c'est le même corps législatif qui est impliqué ? Surtout, quelles sont les conséquences de cette absence de mise en relation ? Pour ne donner que quelques exemples issus de recherches québécoises récentes, Emmanuelle Bernheim expose que l'avènement des politiques néolibérales se traduit par un phénomène de judiciarisation de la pauvreté par les droits pénal et social, notamment au Québec¹⁶⁹. Marie-Ève Sylvestre et al. ont identifié, à Montréal seulement, « plus de 37 775 constats émis en vertu des règlements municipaux et

¹⁶⁵ Jean-François NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code civil français*, t. 2, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 167 et 175 : « En d'autres termes : pour entrer dans le jeu social, il faut posséder. Ensuite, on pourra jouer, c'est-à-dire *contracter* » ; « Comment en effet maintenir l'ordre dans la famille sans de quoi donner substance à la "liberté" testamentaire de son chef ; comment imprégner les hommes d'un esprit "conservateur" s'ils n'ont rien à conserver ? "Le Code n'est pas fait pour les pauvres", résume laconiquement André-Jean Arnaud ».

¹⁶⁶ Emmanuelle BERNHEIM, « Judiciarisation de la pauvreté et non-accès aux services juridiques : quand Kafka rencontre Goliath », (2019) 25:1 *Reflets* 71 ; Anne FLEMING, « The Public Interest in The Private Law of the Poor », (2019) 14 *Harvard Law & Policy Review* 159.

¹⁶⁷ *Id.*, p. 159.

¹⁶⁸ Marie-Eve SYLVESTRE, Céline BELLOT, Philippe Antoine COUTURE MÉNARD et Alexandra Caroline TREMBLAY, « Le droit est aussi une question de visibilité : l'occupation des espaces publics et les parcours judiciaires des personnes itinérantes à Montréal et à Ottawa », (2011) 26:3 *Revue canadienne droit et société* 531.

¹⁶⁹ E. BERNHEIM, préc., note 164, 71 (droit du logement, droit psychiatrique et protection de la jeunesse).

des règlements de la Société de transport de Montréal à l'encontre de 6 740 personnes itinérantes entre 1994 et 2006 », ce qui représente une augmentation de 400 % depuis 1994¹⁷⁰. On assiste ainsi à la judiciarisation accrue des personnes en situation d'itinérance pour des infractions liées à leur occupation de l'espace public qui sont peu susceptibles d'être appliquées à d'autres groupes sociaux, dont certaines d'ordre pénal réglementaire, comme le fait de transiger avec le conducteur ou la conductrice d'un véhicule ou de ne pas traverser la rue à un passage piéton¹⁷¹. Quant à notre deuxième question, Véronique Fortin, Catherine Chesnay et Elisabeth Greissler mettent en lumière le fait qu'en droit privé, les conjoint·es de fait n'ont en général pas d'obligation financière l'un·e envers l'autre, tandis que le droit social présume, voire impose, que ces conjoint·es se soutiennent financièrement¹⁷². Effectivement, en matière d'aide sociale, le montant moyen pour deux personnes considérées comme des conjointes sera moins élevé que pour une personne seule¹⁷³. Pourquoi alors cette définition comprend-elle notamment les conjoint·es de fait¹⁷⁴, à rebours du droit privé, qui se refuse à conférer des obligations à ces dernier·ères au nom du respect de l'autonomie et du libre choix ?

Une mise en relation de ces analyses et de celles du droit civil semble à tout le moins essentielle si l'on souhaite s'émanciper d'un droit civil du XIX^e siècle que Raymond Saleilles jugeait taillé à la mesure des propriétaires¹⁷⁵. Selon lui, si « en théorie on avait échafaudé une vaste construction dans laquelle tous devaient y trouver place », en pratique, « il arrivait que seules les classes possédantes s'y trouvaient à l'aise et que les autres restaient à l'entrée, luttant pour y pénétrer »¹⁷⁶. Or, et du moins si notre conception du droit tient compte de son *activation* par les acteurs et actrices du social¹⁷⁷, nous privons notre savoir d'un droit « entraîné-de-se-faire, dans sa conformité avec l'économie concrète, les activités des institutions, les faits et les croyances collectives »¹⁷⁸. En dépit de certains cadres de savoir qui se veulent dominants, « la production quotidienne de la société s'accomplit souvent à la marge, ou en dehors de ces cadres, à l'interface entre

¹⁷⁰ M.-E. SYLVESTRE, C. BELLOT, P. A. COUTURE MÉNARD et A. C. TREMBLAY, préc., note 166, 554.

¹⁷¹ On peut aussi penser au refus du gouvernement d'exonérer les personnes en situation d'itinérance de l'application du couvre-feu avant l'intervention de la Cour supérieure pendant la pandémie de COVID-19.

¹⁷² Véronique FORTIN, Catherine CHESNAY et Elisabeth GRESSLER, « Le traitement punitif des prestataires de l'aide sociale : L'exemple de la "vie maritale" », (2021) 32:1 *Nouvelles pratiques sociales* 166, DOI : 10.7202/1080875ar.

¹⁷³ *Règlement sur l'aide aux personnes et aux familles*, RLRQ, c. A-13 1.1, r. 1, art. 52.

¹⁷⁴ *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*, RLRQ, c. A-13.1.1, art. 22.

¹⁷⁵ « Le Code civil et la Méthode historique » dans LA SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LÉGISLATIVES, *Le Code civil, 1804-1904 : livre du centenaire*, t. 1, Paris, A. Rousseau, 1904, p. 96, à la page 115 : « Le Code civil ne visait guère que le droit des biens et, par la suite, il était fait pour ceux qui en avaient ».

¹⁷⁶ *Id.*

¹⁷⁷ Jacques COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?*, coll. « Folio », Paris, Gallimard, 2015.

¹⁷⁸ E. SCHIJMAN, préc., note 2, p. 157-158. Voir également Jean-Guy BELLEY, « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme », (2005) 26-4 *Les Cahiers de droit* 1045.

les services institutionnels ou associatifs et la complexité du monde social»¹⁷⁹. Non seulement le droit civil n'y fait pas exception, mais il semble ici particulièrement concerné. Peut-être serait-il temps d'en prendre conscience pour qu'il soit (enfin!) réellement « la vie de tous les jours mise en équation juridique », comme l'écrivait si bien Paul-André Crépeau.

¹⁷⁹ Christopher MCALL, « Des brèches dans le mur : inégalités sociales, sociologie et savoirs d'expérience », (2017) 49:1 *Sociologie et sociétés* 89, 108, DOI : 10.7202/1042807ar.