

ARTICOLE

HISTOIRE TRES BREVE D'UNE RECODIFICATION ET DE SES EMBARRAS¹

Jean PINEAU*

Résumé : *Le Québec semble ne pas vouloir oublier l'année-anniversaire de la mise en vigueur de son Code civil, puisqu'il le "fête" tous les cinq ans : en 2009, ce nouveau code a 15 ans. Après avoir rappelé le travail de l'Office de révision, l'auteur résume le processus d'élaboration du projet de réforme entrepris par le ministère de la Justice sous la gouverne de ses ministres successifs, puis fait état de ce qui est nécessaire pour surmonter les embarras d'une recodification : besoin d'une volonté politique, obtention d'un consensus social malgré la diversité des opinions, recherche d'équilibres délicats et de compromis, maintien de la tradition civiliste dans un contexte anglo-américain. L'œuvre ne pouvant être parfaite, la jurisprudence et la doctrine aideront à la compréhension des textes, la création d'un institut de réforme du droit pouvant aussi amener le législateur à suivre avec attention l'évolution du droit et à apporter, de façon ordonnée et cohérente, les modifications qui s'imposent au fil des ans.*

Mots clés : *codification, recodification, code civil*

En 1999, déjà, on fêtait les 5 ans de mise en vigueur, du Code civil du Québec, en 2004, en même temps que le bicentenaire du Code civil des français, on fêtait les 10 ans du Code du Québec; et ne voilà-t-il pas qu'aujourd'hui nous en sommes à 15 ans! Si le Code du Québec, comme le Code civil des français, atteint deux fois 100 ans, que de réjouissances en perspective!... On a, depuis longtemps déjà, relevé que les français aimaient les célébrations, les commémorations, les fêtes : eh bien, voici au moins un point commun entre québécois et français, d'un côté et de l'autre de l'Atlantique, *l'homo festivus* s'agite!

Pourtant, en France, le premier centenaire du Code civil fut célébré sobrement, *malgré* la publication des deux tomes du Livre du Centenaire et *malgré* le feu mis par une militante féministe à un exemplaire dudit Code, au pied de la colonne Vendôme; quant au 150^e anniversaire, il fut célébré avec presque 20 ans de retard (1973) par l'émission d'un timbre- poste figurant Bonaparte et Portalis sur fond de Conseil d'État, ce qui avait fait s'interroger le doyen Carbonnier : « Le timbre-poste se souvenait, mais se souvient-on longtemps d'un timbre-poste? ». On se racheta lors du bicentenaire que l'on célébra en grande pompe. Alors, n'imitons pas, au Québec, cette discrétion française à l'égard des 150 premières années du Code Napoléon,

et fêtons comme il se doit les 15 ans du successeur du Code civil du Bas-Canada qui, lui, avait eu droit à un centenaire glorieux, et commençons à « fêter » en rappelant brièvement l'histoire d'une recodification et de ses embarras, beaucoup ayant été déjà dit et écrit sur le sujet.

Pour mémoire, mentionnons les noms de Thibaudeau Rinfret et d'André Nadeau qui, successivement en 1955 et en 1961, avaient été chargés, le premier de préparer un projet de modification du Code, le second de réviser le Code. C'est cependant en 1965 qu'un véritable travail de révision vit le jour, avec la création de l'« Office de révision » présidé par monsieur Paul-André Crépeau, lequel Office déposait son projet de Code civil accompagné de ses commentaires en 1977 et le remettait au ministre de la Justice de l'époque, l'Honorable Marc-André Bédard, lequel projet allait se reposer quelque temps dans quelque tiroir du ministère. Il importe de souligner ici que les travaux de l'Office s'effectuèrent *sans* le concours du pouvoir politique, hormis le financement, *sans* la moindre préoccupation gouvernementale. Néanmoins, en 1980, à la veille d'un référendum, naquit un Code civil du Québec, commençant et finissant par un Livre Deuxième, consacré au droit de la famille, soient des articles 400 à 659 : un embryon de code! Il était alors clair que le nouveau Code verrait, certes, le jour, *mais* par étapes successives, vu d'une part l'ampleur de la tâche, d'autre part l'étapisme étant, à cette époque, une politique privilégiée.

Puis, en 1982, allaient être proposés trois projets sur le droit des personnes, des biens et des successions qui, après quelques avatars, étaient étudiés fin 1984 en Commission parlementaire, réunis en un projet de loi n° 20 – l'Honorable P.M. Johnson étant devenu ministre de la Justice – sans toutefois aboutir puisque des élections législatives devaient faire du parti gouvernemental – qui l'avait proposé – le nouveau parti d'opposition et... vice versa. C'est alors, que le nouveau ministre de la Justice – M. Herbert Marx (le 3^e que connut le Projet) – créait un « Comité de réforme du Code civil », composé de 4 personnes, Me Marie-Josée Longtin et le regretté André Cossette – l'un et l'autre, hauts fonctionnaires et responsables du projet – ainsi que le regretté Juge Chassé et votre serviteur, comité chargé notamment de proposer des politiques législatives, de superviser la préparation des textes des projets de loi et de les coordonner; c'est aussi ce nouveau ministre Marx qui déclara, après consultation des milieux intéressés, que le Code civil serait adopté et mis en vigueur en une seule fois : avec M. Marx, fini l'étapisme! Ce qui n'allait d'ailleurs pas manquer d'affoler la communauté juridique, malgré l'obtention par elle de ce qu'elle avait préalablement déclaré vouloir! Décidément, on est rarement satisfait...

Le comité se mettait donc au travail, avec l'équipe du ministère et, en 18 mois, préparait 3 blocs d'avant-projets qui, joints à la réforme de la famille et au projet n° 20, couvraient toute la matière du Code civil. De la même façon que Maleville

ne disait pas la vérité en écrivant, en 1804, « Et à force de travail, nous parvînmes à faire un Code civil en 4 mois » (Maleville est originaire du Périgord), nous pourrions affirmer – nous aussi en mentant – : Et, à force de travail, nous parvînmes à faire un Code civil en 18 mois. Mais nous ne dirons rien de tel : en vérité, il fallut près de 30 ans! Le Code français eut Cambacérès, le Code québécois eut l'Office.

Après études, analyses en Commission parlementaire de ces avant- projets, après réception d'une foulditude de commentaires et observations, et après leurs études et analyses, le Comité de réforme remettait à son nouveau-nouveau ministre (le 4^e) – l'Honorable Gil Rémillard ayant, entre temps, succédé à l'Honorable Marx – des textes qui, réunis en un projet de Code civil n^o 125, allaient être présentés à l'Assemblée nationale le 18 décembre 1990.

Il n'est toutefois pas anodin de rappeler qu'avant cette présentation du projet de Code à l'Assemblée, celle-ci avait adopté, en 1987, pour des raisons de procédure parlementaire et afin d'en fixer les termes, le projet 20 – le bloc personnes, biens, successions – et que, notamment de ce fait, le ministère de la Justice avait eu *quelques distractions*, avec le souhait exprimé par certains milieux, de voir mettre en vigueur sur le champ certaines dispositions en certaines matières : citons pour exemple le consentement aux soins, le régime de protection des majeurs, l'étonnant patrimoine familial, autant de morceaux de bravoure, qui allaient s'insérer dans le Code civil du Bas-Canada : le Québec fut donc riche dans un bref laps de temps de deux codes, et connut une entorse à la globalité ou de l'étalement dans la globalité.

Enfin, du 27 août au 12 décembre 1991, la Commission des Institutions réunie en sous-commission étudiait, article par article, ce projet 125, qui devenait les 3168 articles du nouveau Code civil du Québec, adopté le 18 avril 1991, 125 ans après le Code civil du Bas-Canada, mis en vigueur le 1^{er} janvier 1994, il y a 15 ans.

Qu'est-il utile ou que n'est-il pas inutile, maintenant, de rappeler ici sur les embarras d'une recodification?

L'expérience du Québec montre qu'aucune réforme véritable, complète et *rapide* du Code ne vit le jour tant que cette réforme ne fut pas une priorité gouvernementale; et cette priorité *absolue* ne fut admise qu'en 1985, à la faveur d'un changement de gouvernement, avec la nomination de M. Marx aux fonctions de ministre de la Justice : enfin, la volonté politique de réformer *rapidement* le Code s'affirmait, volonté absolument nécessaire, la codification étant avant tout un acte de volonté politique, à défaut de quoi on ne légifère qu'en pièces détachées, au gré des besoins les plus pressants. Le ministre Marx qui, préalablement à sa nomination, avait la responsabilité du dossier du projet 20 (personnes, biens, successions) en commission parlementaire au nom de l'Opposition officielle, avait compris que le moment était venu d'aller enfin *et rapidement* jusqu'au bout, sous peine de ne jamais

arriver à destination. De même, après son départ du gouvernement en cours de route, son successeur au portefeuille de la Justice – M. Gil Rémillard – eut ce même souci, cette même volonté politique d'aboutir, ce qui me fit *déjà* dire ailleurs, que M. Marx avait mis le train sur les rails et que M. Rémillard l'avait fait entrer en gare de destination.

Cette expérience-démonstration du Québec, qui arrive dans un moment d'accalmie politique, au lendemain d'une question référendaire âprement discutée, ne fait d'ailleurs que confirmer une observation de Portalis, selon lequel, pour bien légiférer, il faut non seulement une volonté politique, mais encore faut-il que l'on ne soit pas en période révolutionnaire ou même seulement en période de crise politique : « Toute révolution est une conquête... Par la seule force des choses, ces lois sont nécessairement hostiles, partiales... » Sans vouloir inventer un Québec en révolution, sans doute est-il permis d'évoquer, alors, un Québec politiquement apaisé dont la détermination fut le carburant indispensable à la bonne marche de l'opération.

Outre cette volonté politique d'aboutir, encore fallait-il avoir la volonté d'instituer des politiques législatives susceptibles de rencontrer ce qu'on appelle un « consensus social »! Mais comment « rencontrer un consensus social », si ce n'est devoir plaire à tous, plaire à la société du moment. Comment savoir ce qui est accepté, ce qui est rejeté, ce qui est acceptable, jusqu'où on peut ne pas aller? « L'art législatif s'apparente à l'art de la guerre, nous dit le doyen Carbonnier, d'une guerre défensive et juste » qui amène le législateur à se faire tacticien, voire stratège. Aussi, le législateur québécois, en procédant par avant-projets, a-t-il tâté le pouls de la société, ce qui lui permettrait d'effectuer, le cas échéant, quelques replis stratégiques sur des positions plus ou moins préparées à l'avance!

Cependant, cette société dont on tâte le pouls, quelle est-elle? C'est celle qui répond à la consultation publique, à l'enquête ou sondage camouflé, autant d'éléments dont les résultats ne sont pas toujours aisés à exploiter si l'on considère qu'ils sont rarement harmonieux, la nation étant un groupe humain aujourd'hui de moins en moins homogène. Alors, qui arbitre les divergences? Nous devons répondre : le législateur, théoriquement! Car, qui est le législateur? Certes, les députés, bien évidemment, doit-on répondre; *mais* peut-on passer sous silence le poids des groupes de pression de tout acabit, faibles ou puissants, qui laissent rarement insensible le Politique, à moins qu'il ne s'agisse là, de la rançon du régime démocratique : ne pouvant plaire à tous, tâchons de ne pas déplaire aux groupes qui, politiquement, peuvent nous abîmer.

Il importe donc de naviguer entre les écueils, les opinions, les orientations et les objectifs divergents, il importe d'aboutir à ce que Philippe Rémy appelait « *un compromis prudent du souhaitable et du possible* », œuvre de transaction,

de conciliation entre les dispositions anciennes et les nouvelles ou œuvre de modification des unes par les autres, « sans rompre l'unité du système, comme le rapportait Portalis relativement aux coutumes et au droit civil, et sans choquer l'esprit général. Il est utile de conserver, écrit-il encore, tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire : les lois doivent ménager les habitudes quand ces habitudes ne sont pas des vices ». Il ne s'agit pas de tout bouleverser, en vérité, mais de tout revoir. Ainsi est-il, peut-être, possible que le Code nouveau soit, alors, comme le souhaitait Paul-André Crépeau, « le reflet d'une volonté collective » ou plutôt, dirai-je, le reflet de la volonté de la collectivité non silencieuse... Faut-il alors s'étonner que ces accommodements soient parfois déraisonnablement boiteux? Un peu de moralisation, mais pas trop; un peu de socialisation, mais pas trop; la recherche d'un juste équilibre entre des intérêts divergents, ce qui signifie inévitablement équilibre fragile, côte mal taillée.

Quant aux traits dominants de la réforme, on se contentera de redire que ce code nouveau est caractérisé par la continuité du droit d'hier et par une meilleure adéquation au présent, par la tentative d'apporter une réponse aux réalités sociales et économiques de la fin du 20^e et du début du 21^e siècle, tout en maintenant la tradition civiliste dans un contexte anglo-américain.

L'accueil reçu, tout au moins peu avant (mais aussi peu après) l'adoption du projet, fut quelque peu frisquet : trop conservateur pour certains, trop progressiste pour d'autres, sans ambition pour quelques uns, tout à fait nul pour quelques autres qui, d'ailleurs, annonçaient le chaos juridique pour l'an 1994. C'est la constitution d'un comité dit « aviseur » présidé par le Juge Jean-Louis Baudouin, chargé de conseiller le ministre de la Justice sur certaines options d'orientations législatives, qui allait contribuer à calmer l'ardeur démesurée et destructrice de certaines communautés d'intérêts.

Quant au style, que n'a-t-on pas entendu! Certains ont même prétendu que ce code avait été rédigé par des common lawyers! Certes, ce n'est pas le style de Portalis, lequel n'est plus de ce monde, *mais* aller à l'essentiel et être concis ne sont peut-être plus toujours des règles aussi faciles que jadis à respecter : les problèmes que le droit doit aujourd'hui régler sont plus complexes et diversifiés, les solutions moins franches et plus nuancées que jadis, l'essentiel étant multiple, la concision pouvant être parfois réductrice d'une réalité compliquée. D'où la nécessité pour le législateur d'être plus bavard et plus souple qu'il ne l'était jadis. Je ne puis d'ailleurs m'empêcher de songer, à cet égard, aux cinq articles du Code des français sur la responsabilité civile (1382 à 1386) que l'on n'a jamais cessé d'encenser pour leur beauté, leur clarté, leur précision, leur concision; mais on n'a jamais calculé combien d'ouvrages et de pages il fallut à la doctrine pour les expliquer, combien

d'efforts de réflexion et d'écriture furent nécessaires aux juges pour les appliquer – combien d'arbres cela coûta à nos forêts – pour dire et écrire ce que ces beaux textes disaient ou pour leur faire dire ce qu'ils ne disaient pas! Et je ne puis m'empêcher de constater qu'en 1998, après le 5^e article (1386), 18 articles (1386-1 à 1386-18) furent nécessaires pour traiter de la responsabilité du fait des produits défectueux : les civilistes et législateur français seraient-ils devenus des common lawyers?

Quoiqu'il en soit, si les textes créent des doutes, l'autorité de la raison viendra les dissiper, le juge interprétera, peut-être aidé par la doctrine, rendra cohérent ce qui paraît incohérent – chacun sa cohérence –, la disposition préliminaire du Code l'invitant à ce faire. D'ailleurs, le juge Albert Mayrand ne nous avouait-il pas, dans un colloque du même type que celui-ci, qu'il était « doux de douter »?

Et puis, n'avons-nous pas les commentaires du ministre? Que n'a-t-on pas dit et écrit sur eux! Tantôt ils constituent une mauvaise doctrine, tantôt ils ne disent rien! Personne, ici, n'a songé à reprendre le cri de Napoléon lors de la parution du 1^{er} commentaire sur le code français : « Un commentaire, mon Code est perdu! » Non! Non seulement le Code du Québec ne fut pas perdu par les commentaires du ministre, mais mieux encore, les juges les citèrent plutôt abondamment; il y aurait donc lieu de croire que, peut-être, de temps en temps, ces commentaires disent quelques petites choses, à moins que les juges ne les citent que... pour ne rien dire! Et s'ils ne disent rien, ces commentaires, ils ont au moins une vertu : ils ne se trompent pas.

Enfin, qu'est-il advenu de ce code, 15 ans après sa mise en vigueur? Nous le saurons au cours de ce colloque. Cependant, nous savons déjà qu'après l'*adoption de ce code à l'unanimité* par l'Assemblée nationale, le législateur – sur proposition d'un nouveau gouvernement – se dépêcha, particulièrement en matière familiale, de réformer la réforme, de façon précipitée, en oubliant les conseils de Portalis : la loi doit être « préparée avec une sage lenteur... avec sagesse, et non décrétée avec fureur et précipitation... »

Or, dès le début de l'étude détaillée du Projet 125 en Commission parlementaire, l'Opposition de l'époque décréta qu'elle ne voterait pas son adoption si l'on ne créait pas un Institut de réforme du droit, afin de s'assurer de la suite à donner aux lacunes qui pourraient être relevées ou de s'assurer des modifications que certaines situations nouvelles pourraient nécessiter, en un mot assurer ce que l'on aime appeler aujourd'hui un « suivi » destiné à corriger un « vécu », mal « vécu »... Une loi fut immédiatement adoptée en 1992, créant cet organisme qui, aujourd'hui encore, est en attente : conçu il y a 17 ans, mais toujours fœtus!

Ce 15^e anniversaire du Code devrait ou pourrait être une belle occasion de songer à se pencher sur le berceau d'un organisme de ce type qui serait effectivement

chargé de surveiller les problèmes issus de l'application des règles de ce Code adolescent, d'assurer une révision éventuelle des dispositions qui nécessitent quelque toilette ou modifications, de réfléchir sur des ajouts souhaitables, et cela, « sans rompre l'unité du système et sans choquer l'esprit général », en se souvenant que le Code contient le droit commun.

Si le législateur ne se lasse pas de légiférer, qu'il légifère donc de façon mûrie ou pesée et ordonnée, sans oublier cependant le propos de Montesquieu :

Il ne faut point faire de changement dans une loi sans une raison suffisante. Justinien ordonna qu'un mari pourrait être répudié sans que la femme perdît sa dot, si pendant 2 ans il n'avait pu consommer le mariage. Il changea sa loi, et donna 3 ans au pauvre malheureux. Mais, dans un cas pareil, 2 ans en valent 3 et 3 n'en valent pas plus que 2.

Peut-être Voltaire n'avait-il pas tort, lorsqu'il prétendait que Montesquieu « faisait de l'esprit sur les lois!... »

Enfin s'il est vrai, comme le dit encore Portalis, que les lois sont « des actes de sagesse, de justice et de raison », c'est à vous qu'il appartient maintenant de nous dire si le Code civil du Québec répond aux leçons des anciens et s'il a atteint ses objectifs. Ce que, déjà, nous savons et dont nous sommes sûrs puisque nous sommes ici réunis, c'est qu'il n'y eut pas chaos : quel soulagement!

¹ Material a fost publicat pentru prima oară în "La revue du barreau canadien", vol. 88 nr. 2 sept. 2010, toate drepturile de proprietate intelectuală fiind deținute de autor și de revista menționată (disponibilă online la adresa : www.cba.org).

* Jean PINEAU, Professeur émérite de la Faculté de droit à l'Université de Montréal. Il est l'auteur de plusieurs livres et articles, notamment un ouvrage important sur la théorie générale des obligations dans le cadre du Code civil du Québec. Il était également l'un des quatre membres du comité ayant le mandat d'effectuer la réforme du Code civil du Québec.