

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite

disponible à : www.themis.umontreal.ca



Codes et histoire

Jean PINEAU*

Outre les aléas d'une carrière universitaire, la nationalité française obtenue à la naissance, puis la citoyenneté canadienne gracieusement accordée quelque quarante années plus tard ont très certainement contribué à me conférer l'honneur d'avoir à vous présenter, ce soir, un mince aperçu de l'histoire de ce *Code civil des Français* et de son rayonnement ; rayonnement plus particulièrement en terre canadienne, à une époque où le Canada connaissait un Haut et un Bas, mais allait vite se transformer en un État fédéral se divisant en provinces, dont celle du Québec qui conserva une part de son héritage français.

Les Français, paraît-il, adorent les célébrations, les commémorations, les fêtes : l'*homo festivus* aurait remplacé l'*homo civilis*. Les Québécois, quant à eux, ne semblent pas réfractaires à cet état d'esprit. Le *Code civil* nous fournit alors cette occasion – qui est une chance – de célébrer un bicentenaire, en même temps que l'anniversaire d'un presque-adolescent.

C'est, cependant, pour moi, un honneur redoutable de devoir vous conter une histoire de codes – au pluriel – qui a déjà fait l'objet d'une littérature d'une qualité exceptionnelle et d'une ampleur débordante, et qui plus est, une histoire de deux fois cent ans en deux fois dix minutes. Que pourrais-je dire qui n'a pas été dit, sans puiser à ces sources intarissables.

Remontant dans le temps, nous parcourrons donc, à pas de géant, les étapes nécessaires à la confection d'un Code civil, de l'un et l'autre côté de l'Atlantique, puis nous nous interrogerons sur le destin de ces codes.

* Professeur émérite de l'Université de Montréal.

I. La confection d'un Code civil

A. Bien sûr, en France, d'abord

«[...] Et, à force de travail», écrit Maleville, «nous parvînmes à faire un Code civil en quatre mois»¹. Maleville n'était pourtant pas marseillais : originaire du Périgord, il naquit et mourut à Domme, superbe bastide du 13^e siècle perché au sommet du pic rocheux qui surplombe la verte Dordogne. Un tel propos mérite donc un complément d'information.

À la fin du 18^e siècle, le Royaume est divisé en pays de droit coutumier et pays de droit écrit : au nord, 65 coutumes générales, plus de 300 coutumes locales ; au sud, le droit romain, agrémenté de droit canonique. On rappellera le mot bien connu de Voltaire : « Un homme qui voyage dans ce pays change de loi presque autant de fois qu'il change de chevaux de poste »². Résultats : conflits et incohérences.

À diverses reprises, l'idée d'une mise en ordre fut évoquée sous les rois : citons seulement les grandes Ordonnances de Colbert sous Louis XIV et celles du Chancelier d'Aguesseau sous Louis XV. Même si les conquêtes royales n'enlevaient pas leurs coutumes aux pays conquis probablement par crainte de quelque fronde³, on regrettait généralement l'incongruité de la diversité des lois et on la dénonçait ; pourtant cette diversité ne déplaisait pas à Montesquieu : « il y a de certaines idées d'uniformité », écrivait-il, « qui saisissent quelquefois les grands esprits (car elles ont touché Charlemagne), mais qui frappent infailliblement les petits. Ils y trouvent un genre de perfection qu'ils reconnaissent [...]. Mais cela est-il toujours à propos, sans exception ? Le mal de changer est-il toujours moins grand que le mal de souffrir ? [...] Lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'ils suivent la même ? »⁴. Cette diversité n'allait d'ailleurs

¹ Cité par Jean-Louis SOURIOUX, « Le rôle du premier Consul dans les travaux préparatoires du Code civil », dans *1804-2004 Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, Dalloz-Sirey, 2004, p. 107 et 108.

² *Dictionnaire philosophique*, V^o Coutumes.

³ Voir : Jean LECLAIR, « Le Code civil des Français de 1804 : une transaction entre révolution et réaction », (2002) 36 R.J.T. 1, 20, note 61.

⁴ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XXIX, c. XVIII, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », p. 882.

pas davantage déplaire à Portalis : alors qu'il était encore avocat à Aix, le Barreau lui demanda de rédiger une « Lettre des avocats du parlement de Provence à Mgr le Garde des Sceaux », le 17 mai 1788, dénonçant comme illégaux les édits de Loménie de Brienne qui mettaient en veilleuse notamment le parlement de Provence : « L'uniformité », écrivait-il notamment, « est-elle un bien si absolu qu'elle ne puisse comporter aucune exception ? [...] N'est-il pas utile que chaque cité, chaque province conserve ses coutumes qui sont la morale du peuple, l'objet de son attachement, les garants de ses propriétés et par cela même le lieu le plus fort qui puisse l'unir à la puissance qui protège tout ? »⁵. Mais en 1800, il changea d'avis : l'état du pays n'étant plus le même, il était bon de procéder alors à l'unification des lois⁶.

Quoi qu'il en soit, en 1789, l'idée d'unifier le droit civil est au programme de la Révolution ; en 1790 et 1791, deux promesses successives à cet effet, sans suite ; en 1793, sous la Convention, est créé un comité de législation sous la présidence de Cambacérès, ancien magistrat et député qui avait voté la mort du Roi. Un mois et demi plus tard, le 9 août 1793, Cambacérès présente un 1^{er} projet de 719 articles : rejeté 3 mois plus tard. Dix mois après ce rejet, un 2^e projet de Cambacérès – 297 articles – à nouveau rejeté ; en 1796 – nous sommes sous le Directoire – 3^e projet présenté par l'entête Cambacérès : nouvel échec, comme d'ailleurs, en 1798, un 4^e projet, projet privé de l'avocat Jacqueminot⁷.

Survint alors le 18 brumaire an VIII, 9 novembre 1799, qui sera, selon Xavier Martin, l'« aboutissement d'impatiences accumulées »⁸. La France est lasse de la violence, lasse de voir (organisé), « le despotisme de la liberté pour écraser le despotisme des rois », le credo de Marat⁹, lasse de la Terreur.

Oserai-je dire : « enfin, Bonaparte vint ! »

⁵ Voir : Jean-Luc A. CHARTIER, *Portalis – père du Code civil*, Paris, Fayard, 2004, p. 40.

⁶ *Id.*, p. 160.

⁷ Voir : *Code civil des Français*, Édition du Bicentenaire, Paris, Dalloz, 2004, édition présentée par Jean-Denis Bredin, de l'Académie française.

⁸ Cité par J. LECLAIR, *loc. cit.*, note 3, 46.

⁹ *Id.*, 44.

Le 24 Thermidor an VIII (12 août 1800) est constituée une commission chargée de rédiger un projet de code, composée de quatre membres, deux provenant des pays de coutume et deux autres des pays de droit écrit. Du nord, celui qui devait présider la Commission, Tronchet, parisien, qui, ayant été l'un des avocats de Louis XVI, dut se cacher un certain temps pour réapparaître à l'époque du Directoire et qui était, alors, président du Tribunal de cassation ; avec lui, Bigot de Préameneu, originaire de Rennes, qui, favorable à Louis XVI, fut emprisonné sous la Terreur, puis devint commissaire du gouvernement près le Tribunal de cassation. Venant du Sud, Portalis, d'une vieille famille d'Aix où il fut d'abord avocat ; monarchiste, il dut se cacher dès 1792, puis fut emprisonné, déporté, exilé en Suisse puis en Allemagne, pour revenir après le 18 brumaire et être nommé commissaire au conseil des prises. Enfin, Maleville, le sudiste du Périgord, avocat au Parlement de Bordeaux, qui sut, semble-t-il, traverser tous les régimes, fut nommé au Tribunal de cassation, puis désigné à la commission pour remplir les fonctions de secrétaire-rédacteur. Point commun de ces quatre éminents juristes : la modération.

L'arrêté consulaire ordonne au ministre de la justice de remettre, dès l'ouverture des conférences, les projets de code civil déjà rédigés, à ces quatre juristes qui devront comparer l'ordre suivi dans la rédaction de ces projets, déterminer le plan qu'il leur paraîtra le plus convenable d'adopter et discuter ensuite « les principales bases de la législation en matière civile »¹⁰. Ainsi peut commencer le travail des codificateurs qui durera quatre mois et produira un projet, le 21 janvier 1801, dénommé projet de l'an VIII.

Les codificateurs ne connurent pas les groupes de pression tels que les subissent, de nos jours, les législateurs. En premier lieu, ils obtinrent un avis globalement positif des tribunaux d'appel et de cassation. Toutefois, le 28 messidor an XI – 17 juillet 1801 – devait commencer le parcours du combattant : Conseil d'État – étude effectuée par la section de législation, puis en assemblée plénière (107 séances dont 55 présidées par Bonaparte) ; ensuite Tribunal, qui se borne à exprimer un vœu, soit d'adoption, soit de rejet ; enfin Corps législatif, qui ne délibère pas, mais vote¹¹.

¹⁰ J.-L. SOURIOUX, *loc. cit.*, note 1, 108 ; voir également : J. LECLAIR, *loc. cit.*, note 3, 53 et suiv.

¹¹ J. LECLAIR, *loc. cit.*, note 3, 49 ; également : J.-L. SOURIOUX, *loc. cit.*, note 1, 109 qui indique 102 séances, dont 52 présidées par Bonaparte.

Bonaparte éprouva une grande déconvenue auprès du Tribunat et du Corps législatif : les bonapartistes n'y étaient pas majoritaires. Le 1^{er} Consul profita d'un renouvellement d'une partie des membres de ces deux assemblées pour procéder à une purge, de même qu'à une modification de procédure ; ainsi le Tribunat offrit-il enfin un vœu d'adoption et le Corps législatif l'exauça-t-il¹² !

Les travaux de ces assemblées durèrent donc près de trois ans ; c'est le 30 ventôse an XII – le 21 mars 1804 – qu'une loi réunit les 36 lois qui avaient été votées entre temps.

Unification de la loi civile, avons-nous dit, dans toute la France, mais aussi ciment politique : « L'ordre civil vient de cimenter l'ordre politique », clame Portalis. « Nous ne sommes plus Provençaux, Bretons, Alsaciens, mais Français [...]. La loi est la mère commune des citoyens, elle leur accorde une égale protection à tous »¹³.

Voici donc ce *Code civil des Français*, baptisé *Code Napoléon* en 1807, débaptisé sous la Restauration, rebaptisé sous le Second Empire, devenu par la suite simplement *Code civil* sans pour autant avoir été redébaptisé officiellement, « entreprise de longue haleine qui arrive à terme », selon l'expression du professeur Jean-Louis Halpérin, 200 ans d'existence, mais, selon certains romanistes, Code qui a 2 000 ans ! Et d'invoquer Gaïus, Papinien, Ulpien, Paul et tant d'autres¹⁴ !

En vérité, toute la philosophie à la base de ce Code se trouve dans le Discours préliminaire sur le projet de code civil, conçu et rédigé par Portalis : « Nous avons fait une transaction entre le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité du système, et sans choquer l'esprit général. Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire : les lois doivent ménager les habitudes quand ces habitudes ne sont pas des vices »¹⁵.

¹² J. LECLAIR, *loc. cit.*, note 3, 51 ; J.-L. SOURIOUX, *loc. cit.*, note 1, 110.

¹³ Jean Étienne Marie PORTALIS, « Discours préliminaire », dans *Le discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris, Litec, 2004, p. LXV et LXVI (ci-après cité « *Le discours et le Code* »).

¹⁴ Pierre-Yves GAUTHIER, « Sous le Code civil des Français : Rome (l'origine du droit des contrats) », dans *Paris II, op. cit.*, note 1, p. 51.

¹⁵ J.É.M. PORTALIS, *loc. cit.*, note 13, XXXII.

C'est bien dire que l'on ne peut faire un bon Code-transaction 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, [...] ». Or, lors de la prise en mains par Bonaparte, « la France respire, et la constitution qui garantit son repos lui permet de penser à sa prospérité »¹⁶. Le moment était donc venu – et le 1^{er} Consul était déterminé – de fixer les principaux objets d'un code civil : famille, biens, contrats, les trois piliers du Code.

On ne reviendra pas sur l'idée d'autorité qui gouverne la famille, toute puissance maritale et paternelle, sur l'importance accordée à la propriété principalement immobilière, intéressant tout citoyen, alors que « les richesses mobilières sont le partage du commerce », sur la consécration de la liberté contractuelle : « En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse [...]. La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique »¹⁷.

Certes, un grand nombre de règles sont empruntées au droit coutumier, mais proviennent aussi de la législation royale, du droit canonique, du droit romain ; « [la] dette [des codificateurs] est immense à l'égard des Dumoulin, Loysel, Bourjon [...] Pothier », nous dit le professeur Halpérin, mais « des pans entiers de l'Ancien droit étaient tombés avec la Révolution et le Code allait se construire sur les fondations de la Révolution », ce qui conduit M. Halpérin à « envisager la codification napoléonienne comme le dernier maillon d'une chaîne forgée en moins d'une dizaine d'années »¹⁸. Voilà bien qui va à l'encontre des propos de M. Esmein selon qui les codificateurs seraient simplement les « ouvriers de la dernière heure »¹⁹ et de ceux de Savigny qui ne voient en eux que des dilettantes.

Quant aux affaires commerciales, on sait que le législateur napoléonien leur réserva un *Code de commerce* – « *Code de boutiquiers* », l'a-t-on alors baptisé – voté en 1807, mis en vigueur le 1^{er} janvier 1808, considéré à l'époque comme dérogatoire au droit commun ;

¹⁶ *Id.*, p. XXII et XXIII.

¹⁷ *Id.*, p. XLVIII et XLIX.

¹⁸ Jean-Louis HALPÉRIN, « Le regard de l'historien », dans *Le Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004, p. 49 et 50.

¹⁹ A. ESMEIN, « L'originalité du Code civil », dans *Le Livre du Centenaire*, Paris, t. 1, p. 18.

ce qui n'a pas empêché certains commercialistes d'y voir un droit autonome, alors que d'autres admettent volontiers que *Code de commerce* et *Code civil* font bon ménage et s'interpénètrent l'un l'autre, ou s'interrogent même sur l'intérêt d'un duo de Codes²⁰.

Quoi qu'il en soit, voici donc la France nouvelle avec un Code, véritable « constitution civile de la France », « livre-symbole et livre de symboles », selon les formules de Carbonnier. Modèle de législation, mais aussi instrument de politique étrangère : « Pourquoi mon Code Napoléon n'eût-il pas servi de base à un Code européen ? », bougonne l'Empereur déchu²¹. Volonté politique, mais aussi volonté de puissance, comme le souligne encore le doyen Carbonnier.

L'Empire avait vu le soleil d'Austerlitz et remporté maintes autres victoires, avait aussi connu la Bérésina et s'était abattu à Waterloo ; mais c'est ce même Empire qui institua le *Code civil* et Napoléon lui-même le reconnut comme son œuvre maîtresse : « Ma gloire n'est pas d'avoir gagné 40 batailles [...]. Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires [...]. Mais ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil, ce sont les procès-verbaux du Conseil d'État »²².

L'Empereur aura été visionnaire, au moins pour une période de 200 ans. Car ce Code eut une portée internationale considérable : en Europe, au Japon, en Amérique du Sud, en Amérique du Nord, très particulièrement au Québec.

B. Au Québec, qu'en fut-il ?

Il était si peu aisé de trouver son chemin dans le dédale des lois de ce qui fut la Nouvelle-France, qu'en 1857 fut adoptée une loi prévoyant la codification du droit civil du Bas-Canada. La multiplicité des sources (françaises, anglaises) était telle que s'avérait nécessaire une mise en ordre du droit hérité du 18^e siècle et des réformes

²⁰ Voir : Michel GERMAIN, « Le Code civil et le droit commercial », dans *Paris II*, *op. cit.*, note 1, p. 639 ; Xavier BLANC-JOUVAN, « L'influence du Code civil sur les codifications étrangères récentes », dans *Le Livre du Bicentenaire*, *op. cit.*, note 18, p. 477.

²¹ Jean CARBONNIER, « Le Code civil », dans *Le Livre du Bicentenaire*, *op. cit.*, note 18, p. 17.

²² Cité dans : J. LECLAIR, *loc. cit.*, note 3, 82 ; J.-L.A. CHARTIER, *op. cit.*, note 5, p. 205.

et bouleversements du système juridique qui se manifesteront jusqu'à la codification²³.

C'est seulement en 1859 qu'étaient désignés trois commissaires, le juge Caron, le juge Day et le juge Morin. Ils étaient chargés de «réduire» en un code les lois civiles, même celles qui se rattachaient aux affaires commerciales, de coordonner le droit existant, en suivant le plan général du *Code civil des Français* de même que «la même somme de détails sur chaque sujet». Il ne s'agissait donc pas d'innover, mais plutôt de clarifier, d'ordonner, de consolider. Toutefois, outre le modèle qui leur était proposé, les commissaires allaient bénéficier du demi-siècle d'application de ce Code et des commentaires qui en avaient été faits.

Ainsi, dans leur 1^{er} rapport déposé le 12 octobre 1861, ils exposent qu'ils ont cru bon de ne pas toujours suivre le plan français – pas toujours heureux – que l'œuvre offre parfois une rédaction incertaine, qui donne lieu à des interprétations différentes voire contradictoires. «Ces défauts [...] ont été signalés énergiquement par des commentateurs distingués [...]. Les commissaires auraient été sans excuse», poursuivent-ils, «s'ils avaient poussé le respect pour leur modèle jusqu'à reproduire des fautes avérées»²⁴. Effectivement, tout au long de leur rapport, on trouve les références à Troplong, Toullier, Marcadé, Zachariae, Duranton, Delvincourt, Domat, sans omettre Pothier, bien sûr.

Et l'on peut constater qu'ils ont suivi les leçons de Portalis; ils rappellent que tout ne se trouve pas dans le Code, qu'«ils ne se sont pas décidés par le seul poids des autorités d'un côté ou de l'autre (en présence d'opinions contradictoires ou de doute), mais [...] ont donné la préférence aux règles qui, dans la pratique, leur paraissaient devoir offrir plus d'avantages et être les plus convenables [...]». C'est un compromis entre les avantages et les inconvénients que

²³ Sur l'historique de la codification de 1866, on pourra consulter: Sylvio NORMAND, «La codification de 1866: contexte et impact», dans H. Patrick GLENN, *Droit québécois et droit français. Communauté, Autonomie, Concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 43; Michel MORIN, «La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866», dans H. Patrick GLENN, *id.*, p. 1, X; Michel MORIN, «Des juristes sédentaires? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du Code civil du Bas-Canada», (2000) 68 R. du B. 247.

²⁴ *Code civil du Bas-Canada*, Premier, second et troisième rapport, Québec, Imprimé par George E. Desbarats, 1865, 1^{er} rapport, p. 7.

chacune [des lois] présente, et dans bien des cas on trouvera que les raisons en faveur de l'une ou de l'autre se balancent si également, qu'il importe peu laquelle l'emporte, pourvu que celle qui est choisie soit certaine et claire»²⁵. En effet, les lois ne peuvent être parfaites !

C'est dire que même si les commissaires n'avaient pour tâche que de codifier le droit existant, ils avaient une parfaite connaissance du Code français ; que, s'ils n'ont pas recopié le Code français, ils s'en sont fortement inspirés, favorisant la Coutume de Paris au détriment du droit romain, éliminant l'aspect le plus révolutionnaire du Code français, privilégiant le droit canonique en matière familiale. Ce qui ne signifie pas qu'il n'y eut aucune empreinte du droit anglais : le droit de la preuve, le principe de la liberté totale de tester en sont des exemples.

Il faut aussi noter qu'aux trois Livres prônés par le Code français, un quatrième fut ajouté au *Code civil du Bas Canada*, intitulé « Lois commerciales ». « Notre système », écrivent les Commissaires, « si toutefois on peut lui donner ce nom, a été emprunté, sans trop de discernement, partie à la France et partie à l'Angleterre ; il s'est formé par une espèce de coutume ou assentiment tacite, sans aucun plan ou arrangement méthodique, et n'a pas encore acquis par les décisions des tribunaux une forme symétrique et bien définie ». Aussi, on référera à l'ancien et au nouveau droit français, aussi bien qu'aux « écrits des jurisconsultes écossais et américains, ainsi que du droit continental »²⁶.

En matière maritime, on se repose sur cette bible qu'est l'Ordonnance sur la marine de 1681, en se référant à Valin, Emérigon et Pardessus ; on a consulté les décisions d'Angleterre qui ne sont « que le développement des règles émises dans le code français » et on cite également les écrivains anglais, écossais et américains²⁷.

C'est le 31 janvier 1865 que la totalité des rapports (8) des commissaires fut communiquée, à Québec, aux corps législatifs ; c'est le 26 mai 1866 qu'une proclamation fut lancée à Ottawa, fixant le 1^{er} août 1866 comme date de l'entrée en vigueur du *Code civil du Bas-Canada* et c'est en 1867 que le Bas-Canada devenait le Québec.

²⁵ *Id.*, 1^{er} rapport, p. 33.

²⁶ 7^e rapport, p. 215-217.

²⁷ *Id.*, p. 225-227.

Avec l'adoption de ce Code, « le Québec s'[était] doté d'un instrument consacrant son appartenance à la tradition civiliste »²⁸. C'est également, semble-t-il, ce qui, politiquement, va devenir l'affirmation d'une société distincte.

Que sont donc devenus ces codes civils du 19^e siècle ?

II. Le destin de ces codes civils

A. Le Code civil français

Franchissons allègrement le siècle : en 1904 : le premier Centenaire fut célébré sobrement ; certes, les juristes se manifestèrent avec le fameux Livre du centenaire, 2 tomes, quelque 40 auteurs, mais peu d'écho dans la presse, anniversaire ignoré du citoyen. Pourtant, une militante féministe qui aimait assister aux mariages civils afin de troubler la lecture des dispositions du *Code civil*, se rendit au pied de la Colonne Vendôme pour en brûler un exemplaire²⁹ ! En vérité, on discuta sur les vertus et les vices du Code, surtout sur les vices et lacunes : « on voit les qualités de loin et les défauts de près », nous dit Hugo ! On s'interrogea sur l'opportunité ou non d'une révision : révision inutile, clame Planiol. Il était vrai que les réformes venaient autant de la jurisprudence que de la loi. À cet égard, n'oublions pas l'insistance de Portalis sur le rôle des juges – comme d'ailleurs sur celui de la doctrine – : « Un code quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat [...]. C'est au magistrat et jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application »³⁰. Pourtant, nombreux sont ceux qui souhaitent lui redonner le lustre dont le jeune BGB était en train de le dépouiller ; une commission de 60 membres chargée de le rajeunir fut bien nommée, mais ses travaux ... s'égarèrent. Attaqué à droite parce que trop révolutionnaire, attaqué à gauche parce que très bourgeois, le code poursuit néanmoins sa route, à travers deux guerres mondiales.

²⁸ M. MORIN, dans H.P. GLENN, *op. cit.*, note 23, p. 40.

²⁹ Dominique BUREAU, « Les regards doctrinaux sur le Code civil », dans *Paris II*, *op. cit.*, note 1, p. 171, à la page 208, note 216.

³⁰ J.É.M. PORTALIS, *loc. cit.*, note 13, XXV ; voir : Jean FOYER, « Loi et jurisprudence », dans *Le discours et le Code*, *op. cit.*, note 13, p. 21.

Pour le 150^e anniversaire, on réussit à émettre, avec presque 20 ans de retard, en 1973, un timbre-poste figurant Bonaparte et Portalis sur fond de Conseil d'État : « le timbre-poste se souvenait, mais – interroge Carbonnier – se souvient-on longtemps d'un timbre-poste ? »³¹.

Cette discrétion serait-elle due à ce que le professeur Jean Foyer, ancien Garde des Sceaux, appelle « l'espoir déçu d'une codification nouvelle »³² ?

En effet, dès après la Libération, sous l'impulsion, d'ailleurs, de l'Association Capitant, fut instituée, en 1945, une commission constituée de 12 membres, chargée de préparer une révision générale du *Code civil* sous la présidence du doyen Julliot de la Morandière. Les travaux, qui durèrent 19 ans de manière assidue, furent si mal accueillis qu'en 1963 le président Julliot de la Morandière demanda au Garde des Sceaux d'y mettre fin, ce qui fut fait.

L'instabilité gouvernementale sous la IV^e République, le désintérêt des gouvernements successifs ne pouvaient permettre l'aboutissement d'une telle entreprise ; Portalis avait raison : pour bien légiférer, il faut ne pas être en période de crise politique, il faut une volonté politique, peut-être faut-il encore un général victorieux. Il faut aussi que les codificateurs ne tirent à hue et à dia : « Une suffisante communauté de pensée », nous dit Jean Foyer, « est la condition de réalisation d'une œuvre législative cohérente et belle »³³. Portalis prêche en outre la modération, encore en harmonie avec Montesquieu, pour qui « [l']esprit de modération doit être celui du législateur ; le bien politique, comme le bien moral, se trouve toujours entre deux limites »³⁴.

L'échec de la commission Julliot de la Morandière conduisit la V^e République, en 1964, à préférer, à la révision totale du Code, une refonte pièce par pièce et à privilégier aussi, plutôt que le procédé de la commission, celui du rédacteur unique et ce fut, on le sait, l'œuvre capitale du doyen Carbonnier qui accomplit ce que le doyen Cornu appelle « la refondation du droit de la famille ».

³¹ J. CARBONNIER, *loc. cit.*, note 21, 18 et 19.

³² Jean FOYER, « Le Code civil de 1945 à nos jours », dans *Paris II*, *op. cit.*, note 1, p. 275-277.

³³ *Id.*, 279.

³⁴ MONTESQUIEU, *op. cit.*, note 4, Livre XXIX, c. I, p. 865.

En 2004, que dit-on de ce *Code civil*?

Certes d'innombrables louanges lui sont décernées : constitution civile de la France, livre-symbole, livre de symboles, partie du patrimoine culturel de la France, monument³⁵, cela est admis. Cependant, que reste-t-il, en 2004, du Code de 1804 ? À peu près la moitié de ses dispositions³⁶, ce qui n'est pas mince : mais les modifications ne cessent de se succéder, et même la « refondation du droit de la famille » fait l'objet d'une réforme qui ne sait se calmer.

Outre cela, le droit civil se trouve-t-il encore dans le Code ? Nombreux sont les auteurs qui dénoncent « l'éclatement du droit civil hors le Code civil »³⁷. La partie immobile du Code est en vérité remaniée hors du Code : « le changement, écrit le professeur Rémy, s'est fait en dehors du Code, par des lois particulières, ou par-dessus le Code, par des constructions jurisprudentielles ». On a assisté à la multiplication des codes, « codification spéciale à droit constant [qui est], au fond, un aspect de la décodification civile »³⁸.

Invité par monsieur le Premier président de la Cour de cassation, à prononcer une conférence dans la Grand Chambre de la Cour de cassation, M. Basil Markesinis, Queen's Counsel, membre de plusieurs Académies, ne compara-t-il pas le Code à « quelqu'un qui, au cours de sa longue vie, a subi une greffe du cœur, des poumons et du foie et peut-être d'autres organes encore [...] greffes auxquelles s'ajoutent quelques liftings [...] que sont les réformes ; sous certains aspects, c'est une autre personne », ajouta-t-il, « mais il est toujours en vie ». Toutefois, ce conférencier a raison de dire que « cette longévité constitue en elle-même une belle performance »³⁹.

À l'éclatement du droit civil hors les murs du Code s'ajoutent « les droits venus d'ailleurs », les sources internationales, leur domination sur les sources internes, « la communautarisation du Code

³⁵ Voir : J. CARBONNIER, *loc. cit.*, note 21 ; « Le Code civil des Français dans la mémoire collective », dans *Paris II, op. cit.*, note 1, p. 1045.

³⁶ Voir : Philippe RÉMY, « Regards sur le Code », dans *Le Livre du Bicentenaire, op. cit.*, note 18, p. 99 et suiv.

³⁷ Jean-Luc AUBERT, « La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil », dans *Le Livre du Bicentenaire, op. cit.*, note 18, p. 123.

³⁸ P. RÉMY, *loc. cit.*, note 36, 99-110, 112.

³⁹ Basil MARKESINIS, « Deux cents ans dans la vie d'un code célèbre », *Rev. trim. dr. civ.* 2004.1.45, 46 et 47.

civil », qui fait se demander où vont logger toutes les directives européennes, de même que la « fondamentalementisation du droit civil », qui fait se demander « quelle place [elle laisse] aujourd'hui à la définition d'un véritable ordre civil »⁴⁰.

Alors, doit-on faire un nouveau Code civil national, ou bien, doit-on faire un Code européen des contrats, ou bien encore doit-on faire un Code civil européen ?

Autant de questions débattues avec passion, mais d'une complexité inextricable.

S'agissant d'un Code civil national, comment recodifier ? Une partie importante du *Livre du Bicentenaire* porte sur les difficultés de la recodification dans chacun des sujets traités dans le code⁴¹. Que faire avec les textes déjà existants hors du Code, le Code ne serait-il plus que l'expression d'un « droit commun à vocation résiduelle », selon la formule de Philippe Rémy⁴² ? « Que doit-on faire également des textes communautaires ? Doit-on intégrer dans une codification nationale un "corps étranger" [...] qui se déclare seul maître de ses définitions ainsi que de l'interprétation des dispositions qu'il formule », demande le professeur Yves Lequette⁴³ ? À cet égard, une décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004 sur la question de la suprématie du droit communautaire sur la constitution française ne manque pas d'alimenter la littérature juridique ; et les interprètes de la décision ne semblent pas tous jouer la même partition !

Doit-on, alors, se tourner vers un Code européen, soit partiel, soit complet ? Certains y travaillent déjà ; on songe d'abord à un Code européen des contrats : à marché unique, droit unique, modernité oblige ! Alors, se demande-t-on, le citoyen européen ne s'intéresse-t-il donc qu'au marché, l'ordre civil est-il réduit à cette seule dimension ?

⁴⁰ Yves LEQUETTE, « Recodification civile et prolifération des sources internationales », dans *Le Livre du Bicentenaire*, *op. cit.*, note 18, p. 171, 175 et 186.

⁴¹ *Le Livre du Bicentenaire*, *op. cit.*, note 18, p. 201-470.

⁴² Cité par Yves LEQUETTE, « D'une célébration à l'autre », dans *Paris II*, *op. cit.*, note 1, p. 9.

⁴³ Y. LEQUETTE, *loc. cit.*, note 42, 25.

Pourquoi pas, alors, un Code européen global – dans quelle langue, dans combien de langues ! – qui permettrait cependant de dire : « L'ordre civil vient de cimenter l'ordre politique. Nous ne sommes plus Français, Allemands, Polonais, Lithuaniens etc., mais Européens ».

Certains y songent sérieusement : messieurs von Bar et Lando se sont attelés à la tâche ; les réactions aux travaux déjà effectués, de type germanique, sont plutôt hostiles. Un Code civil européen ne relève-t-il pas de l'utopie !

Pas de Code sans utopie, selon Philippe Malaurie. Le contraire est également vrai. (Même si la codification napoléonienne est la négation de l'utopie), pas de codification sans une certaine utopie. Pour le *Code civil*, c'est « la libération de l'homme ». Quant à l'utopie du Code civil européen, « elle est », nous dit-il, « sans racines historiques ni culturelles et pour l'instant sans véritable volonté politique. Elle est de nulle part [...] une vraie utopie [...] sans autre idéologie que celle du marché »⁴⁴.

Les débats ne font que commencer : affaire à suivre.

B. Du Code civil du Bas Canada au Code civil du Québec

À l'instar du *Code civil* français, le *Code civil du Bas Canada* fut considéré comme un monument auquel il ne fallait pas toucher, espèce de ligne Maginot qui devait condamner la common law à demeurer hors les murs, protégeant ainsi un certain attachement au vieux pays et à la tradition civiliste. Ce fut donc, d'abord, un Code immobile, alors même que la société commençait à bouger.

Comme en France, on connut l'œuvre des tribunaux, mais on vit aussi proliférer hors du Code des lois civiles ; les dispositions du Code lui-même étaient ici et là modifiées, mais toutes ces législations étaient adoptées sans souci de cohérence, dans un style étranger à l'esprit civiliste, dans le total oubli des leçons de Portalis. Ainsi que l'a écrit le professeur Crépeau, « un immense fossé se creusait

⁴⁴ Philippe MALAURIE, « L'utopie et le bicentenaire du Code civil », dans *Paris II, op. cit.*, note 1, p. 1-3 et 8. Néanmoins, l'idée d'un Code européen des contrats pourrait faire son chemin. Sur le plan national, des juristes français travaillent, depuis quelque temps déjà, à une réforme des sûretés (une commission présidée par le professeur Grimaldi), de même qu'à la réforme du droit des obligations (un groupe présidé par le professeur Catala).

entre le Code civil et le droit civil, de même qu'entre le droit civil et les réalités sociales du Québec »⁴⁵.

Le *Code civil du Bas Canada* eut, lui aussi, son *Livre du centenaire*, en même temps qu'une célébration solennelle ; mais contrairement à la situation française, la décision était déjà prise de le réviser et de remplacer le *Code civil du Bas Canada* par un *Code civil du Québec*. La décision avait été prise en 1955, mais c'est véritablement en 1965, lorsque fut mis sur pied l'Office de Révision du Code civil à la présidence duquel fut nommé le professeur Paul-André Crépeau, que la véritable réforme fut entreprise. Le 21 octobre 1977, l'Office remettait au ministre de la Justice son rapport, comportant un Projet de Code civil et ses commentaires, projet indéniablement de facture civiliste traditionnelle, mais le silence suivit ce dépôt. Néanmoins, en 1980, un projet de loi fut présenté à l'Assemblée nationale, instituant le *Code civil du Québec*, ne portant réforme cependant que du droit de la famille, en s'éloignant d'ailleurs du projet de l'Office : un embryon de Code civil commençant à l'article 400 pour s'épuiser à l'article 659, mis en vigueur le 2 avril 1981. Le Québec fut alors riche de deux codes civils : celui du Bas-Canada et celui du Québec.

La volonté politique nécessaire à la confection d'une réforme n'était pas évidente ; en revanche, il était clair que s'il devait y avoir réforme, elle se ferait par étapes !

C'est en 1985, à la faveur d'un changement de gouvernement, que le nouveau ministre de la Justice, monsieur Herbert Marx, fit connaître sa volonté d'entreprendre une réforme globale sans processus étapiste et d'aboutir le plus rapidement possible, ce à quoi s'attacha son successeur, monsieur Gil Rémillard. Le Québec n'empruntait donc pas la méthode française.

Certes, le travail considérable de l'Office de révision du Code civil ne fut pas mis de côté, mais le temps qui le séparait de la remise en marche du projet avait déjà fait son œuvre ; l'évolution, voire la transformation accélérée, des mentalités et des mœurs durant cette période nécessitait des examens nouveaux. On utilisa la méthode comparative : on s'interrogea sur le droit des provinces anglaises, mais on visita beaucoup le droit français, sa jurisprudence et sa doctrine ;

⁴⁵ Paul-André CRÉPEAU, *La réforme du droit civil canadien*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 5 ; *Rapport sur le Code civil du Québec*, « Préface », p. XXV et suiv.

on fréquenta un peu le Code suisse, beaucoup la loi suisse sur le droit international privé, mais on se garda de tout Code civil qui se voulait être un Code savant. Le nouveau Code du Québec se veut être un corps de lois bien concrètes, comme le Code français, qui souhaitent répondre, comme l'enseigne Portalis, à ce mouvement qui ne s'arrête pas, des hommes qui ne se reposent jamais.

Nous n'entreprendrons pas l'exposé du contenu de ce Code dont certains déplorent le conservatisme ou l'absence de modernité : mais ne faut-il pas « être sobre de nouveautés en matière de législation » ... « faut-il dédaigner, tout ce qui est ancien ? » ... « On a conservé des lois anciennes tout ce qui pouvait se concilier avec l'ordre présent des choses »⁴⁶. Le discours de Portalis sur ce terrain ne demeure-t-il pas, pour le légiste, le Discours sur la méthode ?

Quant à la « modernité », qui peut dire, aujourd'hui, quelle est-elle ?

On mentionnera néanmoins l'existence d'une « Disposition préliminaire » au terme de laquelle ce Code est constitué, en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* et des principes généraux du droit, d'un ensemble de règles qui établit le droit commun. On a consolidé le droit existant, principes généraux et acquis jurisprudentiels et doctrinaux, on a renouvelé certaines institutions, mais on s'est aussi ajusté au présent en s'appuyant d'abord sur les valeurs nouvelles – respect de la personne, meilleur équilibre dans le commerce juridique –, mais aussi sur les techniques nouvelles – registres informatisés, données informatiques.

Le législateur québécois a donc voulu maintenir une fidélité de principe à la tradition civiliste : de principe seulement ? Il n'est pas toujours aisé d'être fidèle, surtout lorsqu'on doit aborder des sujets sensibles, ceux qui touchent le commerce juridique où l'on est à la merci de l'influence anglo-américaine. D'ailleurs, où commence l'infidélité ?

Alors, on tente de « civiliser » ou d'harmoniser⁴⁷.

⁴⁶ J.É.M. PORTALIS, *loc. cit.*, note 13, XXIII, XXXI, LXVI.

⁴⁷ Cf. Jean PINEAU, « La spécificité du droit civil québécois dans l'espace juridique canadien », dans *Souveraineté et intégration*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 107.

Ainsi a-t-on tenté de « civiliser » le trust – objet de première nécessité sur ce continent – trust qui avait été incorporé au *Code civil du Bas-Canada* en 1888, mais dont les dispositions ne soulevaient que des points d'interrogation : la fiducie est désormais intégrée au titre « de certains patrimoines d'affectation » avec un corps de règles qui se veut suffisamment structuré et complet, permettant de rendre, on l'espère, la fiducie québécoise aussi attrayante et commode que le trust anglais, fût-ce au prix d'une brèche à la théorie classique du patrimoine. Adaptation aux principes du droit civil, pas de rupture avec ses origines : tentative d'un doux compromis comme les aimait Portalis, « Transaction » entre droit civil et droit anglais, « sans rompre l'unité du système, et sans choquer l'esprit général ».

Ainsi, a-t-on encore tenté de « civiliser » le concept anglais de « *floating charge* » que l'on a rendu, en français, par l'expression « hypothèque ouverte » plutôt que par charge ou hypothèque flottante : mécanisme de sûretés fréquemment utilisés dans le cadre d'emprunts dans le domaine des affaires : on a évité, dans les termes, des traductions littérales susceptibles d'accentuer la tendance qu'ont les interprètes du droit à se rapprocher trop intimement du droit anglais ; on a essayé de préciser les contours de cette sûreté et de les mieux intégrer au contexte du droit québécois des hypothèques. Ce ne sont que des exemples.

Il était aussi nécessaire d'harmoniser.

Dans le domaine des assurances, on ne pouvait guère faire abstraction des pratiques nord-américaines. On a pu dire qu'il s'agissait là, sur la base d'un énorme travail effectué dès 1974, d'« un exemple intéressant d'une recherche d'harmonisation de deux systèmes juridiques »⁴⁸.

Dans le domaine des sûretés, le droit se trouvait dans le Code, hors du Code et se dégageait aussi de la jurisprudence et des pratiques commerciales, le tout fortement influencé par le droit anglo-américain. On a donc tenté de regrouper toutes les formes de sûretés réelles en un concept unique, celui d'hypothèque, et de les soumettre à un régime unifié afin d'assurer systématisation et cohérence. En introduisant l'hypothèque mobilière, on s'est rapproché du droit voisin.

⁴⁸ Claude BELLEAU, « L'harmonisation du droit civil et de la common law en droit des assurances au Québec », (1991) 32 *C. de D.* 971-975.

Parfois, la tâche fut moins aisée. On a combattu, encore en matière d'hypothèque, l'introduction de la notion anglo-américaine de « présomption d'hypothèque », qui risquait de faire mauvais ménage avec les principes de la théorie générale des obligations, dans le cadre des situations dites privilégiées : victoire à la Pyrrhus !

On a dû lutter aussi en matière de lésion, afin de se débarrasser de l'intrusion d'une section ajoutée en 1954 dans le Code du Bas-Canada sur « l'équité en certains contrats », de la tentation de s'abreuver aux sources anglo-américaines pour interpréter une Loi de 1974 sur la protection du consommateur, loi « venue d'ailleurs ». Ainsi, s'est-on déterminé à définir ce qu'est la lésion, sans pouvoir pour autant obtenir la sanction souhaitée.

En matière de responsabilité, il était permis de se méfier de l'envahissement, par la notion de « *tort* », du domaine contractuel : on a consacré législativement le rejet de l'option des régimes de responsabilité, contrariant ainsi la jurisprudence de la Cour suprême du Canada.

On avait à combattre également l'attraction que l'on pouvait avoir au Québec pour les dommages-intérêts punitifs ou exemplaires, surtout tels qu'ils sont perçus, en millions de dollars, par les tribunaux américains : on a réussi à les circonscrire.

Cependant, il y a des domaines où aucune transaction n'est possible, la Constitution canadienne dictant la répartition des pouvoirs.

Certes, le droit civil est de compétence provinciale, mais en matière de mariage, seule la célébration est de sa compétence, les conditions de fond, ainsi que le divorce étant de compétence fédérale. Le Code civil mis en vigueur en 1994 a néanmoins traité du mariage... discrètement ; le Parlement fédéral, dans le passé, s'était fait plus encore discret, en ne légiférant que pour valider certains mariages douteux, de sorte que les dispositions du Code de 1866, antérieures à la Confédération, s'appliquaient encore jusqu'à ce qu'arriva 1994. Par une gymnastique suspecte, le nouveau Code transforma les conditions de fond en conditions de forme – magie législative – et le pouvoir fédéral ne s'en offusqua point⁴⁹. Néanmoins, vous le devinez, qui peut-on épouser ? Affaire à suivre !

⁴⁹ D'ailleurs, le Parlement fédéral devait adopter une loi d'harmonisation, reprenant les dispositions du Code québécois.

Quant aux règles commerciales, s'il est vrai qu'elles sont, au Québec, intégrées au corps des lois civiles – la notion d'entreprise ayant remplacé la notion de commerce –, il n'en demeure pas moins que droit de la faillite, commerce ou « *shipping* » interprovincial et international sont de compétence fédérale, relevant donc d'un autre système de droit. Mais, considérant la mondialisation des marchés, faut-il aller plus loin encore dans ce domaine : afin de faciliter le commerce, doit-on harmoniser, voire uniformiser les règles ?

Maintien de la fidélité de principe à la tradition civiliste. N'est-ce pas dire que l'infidélité peut s'insinuer, notamment dans l'esprit de l'interprète ? Ainsi, le plaideur qui doit défendre les intérêts de son client n'aura-t-il pas avantage parfois, à mettre au feu tous les fers qui sont à sa portée, y compris la jurisprudence des provinces anglaises ou des concepts de droit anglais ? L'avocat qui a l'habitude de manier les lois fédérales, souvent d'ailleurs dans leur version anglaise, n'aura-t-il pas parfois tendance à adopter – même dans d'autres domaines – une approche anglo-américaine ?

Quant au juge, lui, n'entend-il pas – même s'il ne les écoute pas nécessairement – tous les arguments que le plaideur fait valoir, y compris ceux qui sont hors contexte et ne peut-il pas avoir un instant de distraction ? Et les jugements ? Ne sont-ils pas rendus, partout au Canada, sous la forme anglaise, c'est-à-dire comme une plaidoirie destinée à convaincre les justiciables, l'avocat, les juges eux-mêmes du collège ou ceux des tribunaux inférieurs ? En conséquence, peut-être, arrêts ou jugements-plaidoiries fort longs, à l'inverse des arrêts ou jugements français que certains trouvent trop concis ! Ces éléments ne peuvent-ils pas avoir quelque impact néfaste sur l'esprit civiliste !

À cela, il faut ajouter une ancienne mauvaise habitude du législateur québécois que l'on souhaiterait ne pas lui voir reprendre, la tendance à plagier les lois voisines, à trouver le jardin du voisin plus beau que le sien !

C'est donc après un effort de quelque 30 années qu'était adopté le *Code civil du Québec*, très exactement, 125 ans après l'adoption du *Code civil du Bas Canada*. Ne faut-il pas voir, là, un symbole du type « livre-symbole », dont parlait Carbonnier ?

On eût pu croire, alors, que le législateur s'en fût se reposer. Las, il n'est pas un travailleur intermittent ! Le nouveau gouvernement

qui, alors qu'il était opposition, avait voté unanimement l'adoption du nouveau Code, se dépêcha de réformer la réforme, sans laisser à ce jeune Code le temps de respirer, sans laisser au magistrat le temps de remplir son office. Oublierait-on que le juge n'est pas seulement un automate, pas plus qu'un simple exécutant d'une volonté légale préétablie ? Croit-on encore que le rôle du juge dans un système de droit civil et celui du juge dans un système de common law s'opposent, encore aujourd'hui, de façon caricaturale ?

Tout d'abord, le nouveau parlement pratique le pointillisme législatif, puis il passe aux choses sérieuses : par bribes, il modifie les textes sur les sûretés et la publicité des droits, à un point tel qu'un auteur soulève « la question de la naissance d'une contre-réforme ». Le Barreau lui-même déplore la situation : « Les solutions envisagées par les amendements législatifs peuvent parfois régler le problème ponctuel identifié, malheureusement souvent au détriment de la solidité de l'édifice juridique qu'est ce nouveau Code, en changeant radicalement les principes de droit civil depuis longtemps reconnus [...] »⁵⁰. Et pourtant, en son temps, le Barreau ne fut pas avare de critiques à l'égard du Projet de Code !

Mais le bouquet de la réforme de la réforme vint en matière familiale : dès 1996, grands-pères et grands-mères sont dispensés de leur obligation alimentaire sous la simple pression de cercles de l'Âge d'or tenant à préserver financièrement leur hibernation en Floride. La liste des célébrants du mariage civil s'allonge d'autant démesurément que les candidats au mariage se raréfient.

Cependant, la re-réforme majeure survient en 2002.

Lors de la mise en vigueur du nouveau Code, en 1994, l'une de ses dispositions édictait que le mariage ne pouvait être contracté qu'entre un homme et une femme : règle claire, trop claire, à éliminer ; c'est ce qui fut fait en 2002.

En outre, entre les articles 521 et 522, sont infiltrés les articles 521-1 à 521-19 qui font l'objet d'un Titre premier – 1 : *De l'union civile*, comptant 4 chapitres : de la formation, des effets, de la nullité, de la dissolution. C'est déjà le procédé par greffe.

⁵⁰ Voir : Pierre CIOTOLA, « Droit des sûretés : épizootisme législatif ou contre-réforme ? », dans *Mélanges Jean Pineau*, sous la direction de Benoît MOORE, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 41-60 et 66.

Ainsi, le nouveau-nouveau Code institue un contrat entre deux personnes qui expriment leur consentement à faire vie commune et à respecter les droits et obligations liés à cet état. Ce qui fait l'originale originalité de ce contrat, c'est qu'en dehors de l'identité de sexe dès lors permise, les conditions de fond et de forme, ainsi que les effets sont très exactement identiques à celles et ceux du mariage ; ce contrat n'a donc rien à voir avec le « PACS ». Il s'agit d'un ersatz de mariage – n'oublions pas que les conditions de fond du mariage sont de compétence fédérale – qui s'adresse tant aux couples homosexuels qu'aux hétérosexuels : quant à ces derniers, outre le mariage religieux, ils ont désormais le choix entre le mariage civil et... le mariage civil, dit contrat d'union civile : n'y a-t-il pas là un contrat de trop, n'atteint-on pas ici le comble de l'incohérence ?

Et dans le même envol, on re-réforme le droit de la filiation par l'adoption, par le sang, par procréation assistée, permettant ce qui était impensable seulement deux ans auparavant.

Et toute cette législation fondamentale dans la vie d'une société fut adoptée en catimini, sans le moindre débat. Or, la loi ne doit-elle pas « être préparée avec une sage lenteur », « avec sagesse, et non décrété[e] avec fureur et précipitation » ?⁵¹ Oh, pauvre Portalis !... comme il doit être contrarié, qui plus est, en matière de famille !

C'est maintenant au tour du pouvoir fédéral qu'il appartiendra de se prononcer : comme en France, le gouvernement fédéral est saisi du problème du mariage homosexuel ; il interroge la Cour suprême du Canada : est-il discriminatoire de définir le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme ?

Il y a peu de temps, c'était le droit à la différence que revendiquaient les groupes homosexuels, aujourd'hui, c'est le droit à l'égalité. Existe-t-il encore quelque différence entre différence et discrimination ? On s'est battu pour faire respecter le droit *des* enfants : ce droit *des* enfants n'est-il pas reconverti en droit à l'enfant ?

On en revient au problème de la fondamentalisation du droit civil. Comme le souligne le professeur Lequette, on ne raisonne plus en termes de droit objectif et institutions, mais en termes de droits

⁵¹ Voir : François EWALD, « Rapport philosophique : une politique du droit », dans *Le Livre du Bicentenaire*, op. cit., note 18, p. 77 ; J.É.M. PORTALIS, loc. cit., note 13, LXIV.

subjectifs : la « dimension institutionnelle [de la famille] cède devant l'aspiration au bonheur individuel qui anime chacun de ses membres »⁵² ; ainsi, fébrilement, nous nous acheminons vers un autre « droit à », le droit au bonheur !

Au Québec, les multiples greffes ou liftings ayant commencé dès avant l'adolescence, ledit Code risque, à ce train, de vieillir prématurément à moins que ce soit la modernité qui roule à si grande vitesse que l'on ait voulu nous signifier, au lendemain même de la recodification, que tout le travail qui venait d'être effectué était inutile et que l'époque des codes était dépassée ! Nous espérons, cependant, que le re-nouveau législateur se hâtera avec plus de lenteur dans les réformes à venir.

On le constate, les sujets de discussions sont légion. Les colloques qui vont se tenir tant à Ottawa qu'à Québec aborderont certains d'entre eux et ne manqueront pas d'apporter de nouvelles réflexions destinées à enrichir des débats qui risquent de se poursuivre un long temps encore, mais qui le méritent.

C'est la célébration d'un bicentenaire qui nous en donne ici l'occasion : tout bicentenaire qu'il soit, le petit livre rouge (parfois bleu) ne se porte pas si mal. Il a eu des enfants qui lui sont restés proches, ses petits-enfants ou arrière-arrière petits-enfants s'éloignent, certes, de son texte, mais – pour le moment – ils en gardent l'esprit.

⁵² Y. LEQUETTE, *loc. cit.*, note 40, 171-192.