

LE RÔLE DE LA PRATIQUE DANS LA FORMATION DU DROIT CIVIL

Monique Ouellette

Volume 14, numéro 2, 1984

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1109415ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/20192>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Ouellette, M. (1984). LE RÔLE DE LA PRATIQUE DANS LA FORMATION DU DROIT CIVIL. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 14(2), 455–485. <https://doi.org/10.17118/11143/20192>

LE RÔLE DE LA PRATIQUE DANS LA FORMATION DU DROIT CIVIL*

par Monique OUELLETTE**

SOMMAIRE

REMARQUES PRÉLIMINAIRES	457
A. LA PRATIQUE DU DROIT	457
1. Les formes de la pratique	457
2. L'importance de la pratique	458
B. L'INFLUENCE DE LA PRATIQUE SUR LES SOURCES FORMELLES	458
1. L'influence sur le droit positif	458
2. L'influence de la pratique sur les réformes législatives	458
INTRODUCTION	459
A. LA PRATIQUE DU DROIT	460
1. Les formes de la pratique	460
a. Les sources	460
b. Les modalités d'introduction et de développement	463
c. Connaissance des pratiques	465
2. L'importance de la pratique	468
B. L'INFLUENCE DE LA PRATIQUE SUR LES SOURCES FORMELLES	470
1. L'influence sur le droit positif	470
a. Le droit positif	471
b. La jurisprudence	474
c. Le législateur	477

* Rapport national québécois en droit civil.

** Avocate, professeur titulaire, Faculté de Droit, Université de Montréal.

2. L'influence sur les réformes législatives	479
a. La réforme législative	480
b. Autorité des organismes sur la réforme	482
CONCLUSION	484

REMARQUES PRÉLIMINAIRES

1. Selon les instructions du Secrétariat général, les rapports devraient "susciter une réflexion approfondie sur la pratique du droit dans ses rapports avec les sources formelles". Le questionnaire général qui suit tente de tenir compte des deux aspects.
2. Par pratique du droit, il faut entendre, toujours selon les instructions données, "un ensemble de comportements juridiques d'un groupe social cohérent". Ainsi entendue, l'expression exclut par conséquent, d'une part, de simples comportements qui n'ont aucun caractère juridique et, d'autre part, la jurisprudence des tribunaux étatiques.
3. La nature du thème interdit que l'on donne à ce questionnaire un caractère trop contraignant. Chaque rapporteur doit en effet s'y sentir suffisamment libre pour pouvoir décrire les spécificités de son droit national. C'est dire que l'indiscipline est tolérée, même conseillée, l'essentiel étant de respecter l'esprit du questionnaire.
4. Il va de soi que l'analyse portera sur tout le droit civil (au sens où l'entend le droit français), même si c'est évidemment dans les domaines laissant la plus large place à l'autonomie privée qu'elle apportera le plus d'informations.

A. LA PRATIQUE DU DROIT

Il s'agit dans cette première partie de caractériser les formes sous lesquelles apparaît la pratique du droit et l'importance qu'elle a dans les principaux domaines du droit civil.

1. Les formes de la pratique

- a) Quelles sont les principales "sources" de la pratique du droit dans votre pays?

Ex.: — contrats, contrats-types, conventions collectives, conditions générales, etc.;

- formulaires officiels ou privés, pratique notariale, pratique professionnelle, pratique des pouvoirs publics, etc.;
- jurisprudence des organismes de conciliation ou d'arbitrage (national ou international);
- autres formes.

- b) Quelles sont les modalités d'introduction et de développement de ces pratiques?

- Ex.: — influence des usages, de la coutume, de la tradition;
 — rôle des organismes (privés ou semi-publics) qui peuvent les imposer (juridiquement) à leurs membres ou à des tiers;
 — rôle des entreprises (privées ou semi-publics) et des ententes qui sont en mesure (économiquement) de les imposer à des tiers;
 — rôle des pouvoirs publics, etc.

c) Ces pratiques sont-elles portées à la connaissance du public ou autrement révélées? Dans l'affirmative, sous quelles formes?

- Ex.: — publication dans des organes privés ou publics;
 — transmission réservée à certaines catégories de personnes.

2. L'importance de la pratique

Quels sont les principaux domaines du droit civil dans lesquels la pratique ou certaines formes particulières jouent dans votre pays un rôle particulièrement important?

B. L'INFLUENCE DE LA PRATIQUE SUR LES SOURCES FORMELLES

Il s'agit dans cette seconde partie d'examiner si et dans quelle mesure la pratique du droit exerce une influence sur le droit en vigueur et ses réformes.

1. L'influence sur le droit positif

- a) Dans quelle mesure la pratique du droit complète-t-elle, modifie-t-elle, voire supplante-t-elle le droit positif? Quelles sont à votre avis les principales causes de ces phénomènes?
- b) Dans quelle mesure la jurisprudence se plie-t-elle aux solutions de la pratique ou tente-t-elle au contraire d'y résister?
- c) Dans quelle mesure le législateur tente-t-il de réduire, de contrôler ou, au contraire, de favoriser l'influence et la portée de la pratique?

- Ex.: — attitude à l'égard des conditions générales, des formulaires, des contrats-types, etc.;
- possibilité de donner force obligatoire à certaines pratiques (conventions collectives, contrats);
- compétences particulières accordées à certains organismes professionnels.

2. L'influence de la pratique sur les réformes législatives

- a) Dans quelle mesure la pratique a-t-elle pour effet de provoquer des révisions législatives? Ces interventions veulent-elles consacrer les solutions de la pratique ou au contraire y mettre fin?
- b) Dans quelle mesure le législateur tient-il compte, dans la procédure de réforme, des solutions de la pratique et des opinions des organismes qui l'influencent?

INTRODUCTION

L'étendue du sujet proposé et la multiplicité des interprétations qu'il suscite ont amené le Secrétariat général de l'Association à fournir des précisions préliminaires à l'intention des rapporteurs généraux. Ces directives sont reflétées dans le questionnaire en droit civil soumis par M. le professeur Pierre Tercier.

Des restrictions diverses sont imposées aux rapporteurs nationaux: les communications doivent être brèves et rédigées dans un temps limité. Elles doivent, le plus fidèlement possible, refléter les spécificités du droit national afin de permettre les comparaisons.

M. le rapporteur général précise que l'étude doit porter sur le droit civil "au sens où on l'entend en droit français". On me permettra une dissidence rendue nécessaire par les contingences mentionnées plus haut et par la pratique du droit québécois. Cette pratique exclut généralement du droit civil, le droit commercial et le droit du travail. Sans en faire des droits "parallèles", la pratique les a développés de façon telle, qu'on peut les déclarer autonomes. Le droit civil québécois demeure suffisamment riche, en dépit de ces exclusions, pour illustrer notre propos.

M. le professeur Tercier assure aux rapporteurs nationaux que, face au questionnaire proposé, l'indiscipline sera tolérée, voire même conseillée. Est-ce là une pratique qu'il faut encourager? Malgré les charmes de l'indiscipline et en dépit des tentations qu'elle inspire, nous respecterons le plan et l'esprit du questionnaire. Les exemples seront principalement choisis dans les domaines suivants: le droit de la famille, le droit de la responsabilité délictuelle et le droit médical avec, à l'occasion, des incursions dans d'autres domaines d'activité juridique.

A. LA PRATIQUE DU DROIT

Cette première partie suppose l'étude de la "coutume" juridique quotidienne et contemporaine. La démarche présente des difficultés: la coutume bénéficie habituellement de l'indulgence du temps et de la compétence des historiens. Au moment où l'on s'y intéresse, elle a déjà acquis ses lettres de noblesse puisqu'elle a force de loi. Toutefois, à l'ère des ordinateurs et des explorations spatiales, la coutume — ou la pratique — n'exige peut-être plus la caution des siècles pour acquérir un statut juridique.

1. Les formes de la pratique

a. Les sources

Le contrat est sans doute la principale "source" de la pratique en droit québécois. Loi entre les parties, [sous réserve du respect de l'ordre public et de bonnes mœurs] il est privilégié pour répondre aux besoins grandissants et diversifiés des justiciables. Le contrat permet et tolère les clauses imaginatives ... avec des résultats variables, voire même étonnants. Les avocats et notaires appelés à rédiger des contrats conformes aux désirs de clients particuliers, créent le droit par des clauses qui deviendront rapidement des clauses-types, usuelles, "imposées" aux clients futurs.

Le droit familial, complètement réformé depuis quelques années¹, fournit à cet égard des exemples intéressants. L'adoption de la *Loi sur le divorce* pousse les notaires, dans les contrats de mariage, à rédiger des clauses prévoyant la caducité des donations advenant un divorce². L'article 208 C.c.³ devient graduellement supplétif: plutôt que de laisser au juge, siégeant en divorce, le soin de se prononcer sur les donations, les parties, avant le mariage, règlent elles-mêmes leur sort.

1. On peut faire remonter la réforme à juin 1970, date de l'entrée en vigueur de la *Loi sur le divorce*. Plus récemment, la *Loi no 89* instituant un nouveau *Code civil* et portant réforme du droit de la famille s'est substituée au *Code civil du Bas-Canada*. Cette Loi est partiellement entrée en vigueur le 2 avril 1981 et le 1^{er} décembre 1982.

2. Les notaires sont également "responsables" du choix du régime matrimonial. Un nombre important de québécois choisissent la séparation de biens, plutôt que le régime commun de la société d'acquêts, à l'instigation des notaires.

3. Cet article se lisait comme suit:

"La séparation de corps emporte celle de biens; le divorce emporte dissolution du régime matrimonial.

L'introduction du divorce en droit québécois provoque la création des conventions de séparation (*separation agreement* ou projet d'accord ou entente). Ce contrat conclu entre les futurs ex-conjoints, règle les conséquences du divorce (ou de la séparation de corps), soit: la garde des enfants, les droits de visite et de sortie, la pension alimentaire, le partage des biens, le règlement du régime matrimonial, etc... La validité de ces conventions fut au début, mise en doute. En effet, l'article 9 de la *Loi sur le divorce* fait de la collusion une fin de non-recevoir à l'action. La convention signée par les parties, avant l'audition de la cause, constitue-t-elle une collusion? La doctrine⁴ et la jurisprudence reconnaissent que ces accords n'ont pas pour but d'entraver le bon déroulement de l'instance ou de frauder la justice, bien au contraire. Les conventions de séparation, qui ne lient pas le juge, facilitent le déroulement du procès et abrègent considérablement la preuve que l'on est, autrement, obligé de présenter. La *Loi sur le divorce* ne prévoit pas cette procédure mais la pratique s'en est à ce point développée que les avocats orientent d'abord leurs clients vers cette solution.

Le nouveau droit de la famille contient des mesures de protection de la résidence familiale. Les articles 449 et suivants du Code civil du Québec obligent le conjoint propriétaire d'un immeuble, contre lequel une déclaration de résidence familiale a été enregistrée, à obtenir le consentement de l'autre conjoint pour aliéner ou grever cet immeuble d'un droit réel⁵. Ces dispositions sont tellement nou-

Ils donnent à chacun des époux le droit de poursuivre l'exécution des dons entre vifs à lui consentis par contrat de mariage et devenus exigibles, à moins que le tribunal n'en décide autrement, soit pour en différer le paiement, soit pour les réduire ou même les déclarer forfaits.

Ils n'emportent pas d'eux-mêmes nullité des donations contenues au contrat de mariage, qui ne sont pas encore devenues exigibles ou qui ont été faites à cause de mort, mais le tribunal peut, s'il le juge à propos, les déclarer forfaites en prenant en considération l'état et la condition des parties, leur situation lors de la signature du contrat de mariage et les circonstances dans lesquelles il a été conclu, la gravité des torts de l'un des époux envers l'autre, et les autres circonstances". Cet article a été abrogé le 1^{er} décembre 1982. Le sort des donations est désormais régi par les articles 557 à 559 du Code civil du Québec.

4. Voir entre autres: Albert MAYRAND, "Conventions de séparation entre époux", (1971) 73 R. du N. 411.
5. Les sanctions varient selon la grosseur de l'immeuble; l'inobservation de cette condition est sanctionnée par la nullité dans le cas des immeubles de moins de cinq logements (art. 452); pour les immeubles de cinq logements et plus, le conjoint non-propriétaire peut exiger que l'acquéreur lui consente un bail des lieux déjà occupés mais il ne peut exiger la nullité de l'acte (art. 453).

velles qu'un petit nombre seulement de personnes s'en prévalent. Les tribunaux commencent à peine à les interpréter et à préciser leur portée. Pour ces raisons, les notaires, hommes prudents et diligents, optent pour la sécurité et exigent le consentement du conjoint non-proprétaire pour procéder à la vente d'un immeuble lequel, sans répondre aux critères du Code civil du Québec, risquerait d'être qualifié de résidence familiale. La pratique notariale impose donc, de façon générale, une formalité que la loi limite à certains cas déterminés.

Une pratique, qualifiée parfois de marginale, risque peut-être d'avoir quelque incidence sur la formation du droit. L'on se réfère aux contrats entre concubins dans lesquels ces derniers fixent les droits et obligations régissant leur union. Certains contestent la validité de ces contrats et vont jusqu'à les considérer comme contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs. Au soutien de cet argument, ils invoquent le refus du législateur d'accorder une reconnaissance officielle — si minime fut-elle — à l'union libre dans le nouveau droit de la famille. Pour d'autres, ces contrats sont non seulement valides mais font preuve de sagesse et de prudence. L'abstention du législateur représente alors un choix purement politique qui ne doit pas empêcher les tribunaux, le cas échéant, de respecter la volonté des parties et d'y donner suite. Le débat sur ce point reste ouvert.

Les besoins résultant de l'évolution rapide des techniques médicales inspirent la création de pratiques. Ainsi, aucun texte législatif canadien ne donne une définition précise de la mort. Pourtant, un civiliste répondra sans hésiter que le droit retient la définition basée sur la mort cérébrale constatée, entre autres, par au moins trois électroencéphalogrammes plats. Cette définition lui est, en quelque sorte, imposée par les médecins qui l'utilisent quotidiennement. Les critères médicaux s'appliquent également aux interventions visant la stérilisation des personnes capables, le changement de sexe, l'insémination artificielle et le refus de soins extraordinaires. Le monde médical reproche aux juristes leur lenteur et leur abstention, alors que ces derniers, pour le moment, voient dans la pratique une source officielle de droit.

La pratique est donc source de droit au Québec plus spécialement dans les contrats entre particuliers et dans l'intervention des avocats et notaires auprès des clients. La pratique médicale répond, pour sa part, à des besoins pressants. La liste n'est pas exhaustive. Le droit commercial, par exemple, établit ses propres "coutumes" pour faciliter les échanges entre voisins canadiens et américains de tradition juridique anglaise. L'arbitrage en droit civil est si peu utilisé qu'il

semble être le propre du droit du travail pour régler des griefs issus des clauses de convention collective. Quant à la conciliation, elle vient de faire une entrée officielle et remarquée en matière familiale dans le nouveau Code civil du Québec⁶. Des services de conciliation existent depuis quelques années pour aider les parties à “réussir” leur divorce. Il est encore trop tôt — toutes les structures n’étant pas encore en place — pour connaître l’influence qu’aura la pratique de conciliation sur le règlement des conflits familiaux.

b. Les modalités d’introduction et de développement

Les modalités d’introduction et de développement des pratiques sont multiples et changeantes. Pour illustrer ces variations, retenons les exemples cités antérieurement en y ajoutant quelques éléments nouveaux.

L’usage et la coutume ont connu leur heure de gloire dans l’attribution du nom des enfants et dans l’acquisition, par la femme mariée, du nom de son mari. Jusqu’en avril 1981, aucun texte de loi n’imposait précisément à l’enfant le nom patronymique du père. L’on enseignait pourtant que le caractère patriarcal de la société québécoise allié à l’exercice de la puissance paternelle n’aboutissaient qu’à une seule conclusion: l’enfant n’avait d’autre nom que celui de son père⁷.

En se mariant, la femme acquérait principalement un mari, la sécurité et un statut social enviable! En prime, on lui imposait l’utilisation d’un nom nouveau. La coutume avait force de loi puisqu’aucun document officiel — passeport, permis de conduire, etc. — n’était

6. On se réfère principalement à l’article 653 C.c.Q. qui prévoit: “en cas de difficultés relatives à l’exercice de l’autorité parentale, le titulaire de l’autorité parentale peut saisir le tribunal qui statuera dans l’intérêt de l’enfant après avoir favorisé la conciliation des parties”. Notons également l’article 528 alinéa 1 C.c.Q. qui stipule: “à tout moment de l’instance en séparation de corps, il entre dans la mission du tribunal de conseiller les époux, de favoriser leur conciliation et de veiller aux intérêts de l’enfant”.

7. La puissance paternelle est remplacée, depuis 1977 par l’autorité parentale qui consacre l’égalité des deux parents face à l’enfant. Ce changement s’est concrétisé, quant au nom de l’enfant, par un amendement à l’article 56 C.c.B.C. qui se lit comme suit:

56.1 “On attribue à l’enfant, au choix de ses père et mère, un ou plusieurs prénoms, ainsi que le nom de l’un d’eux ou un nom composé d’au plus deux parties provenant des noms de ses père et mère”.

Lorsque les deux parents ont eux-mêmes un nom composé, les variations sont infinies! Cet amendement est entré en vigueur le 2 avril 1981.

émis sous le nom qui apparaissait à l'acte de naissance alors qu'il existait un acte de mariage. La femme rebelle et contestataire était vite rappelée à l'ordre par le fonctionnaire compétent qui lui soulignait que la *loi* lui imposait le nom de son mari. Aucun de ces fonctionnaires n'arrivait à trouver le texte de loi en question ... puisqu'il n'existait pas. Le législateur québécois a adopté en avril 1981, une mesure qui renverse la coutume: la femme mariée conserve en mariage les noms et prénoms qui apparaissent à l'acte de naissance et elle ne peut exercer ses droits civils que sous ces noms et prénoms. Peut-être a-t-on versé dans l'excès contraire puisque la femme n'a pas plus le choix maintenant qu'autrefois⁸.

Certains organismes, par les normes et directives qu'ils édictent, ont créé le droit. Ainsi les hôpitaux ont, pendant quelques années, exigé le consentement du mari pour pratiquer, sur la personne de l'épouse, une intervention contraceptive. Aucun texte de loi n'imposait cette formalité et aucune intervention n'était faite sans elle. Le consentement visait à éviter les poursuites en responsabilité civile qu'aurait pu entreprendre le mari ainsi privé des facultés reproductrices de son épouse. Les protestations véhémentes ont forcé les hôpitaux à abandonner cette pratique, d'autant plus que l'inverse n'avait jamais été reconnu. En effet, les maris qui demandaient une stérilisation n'avaient pas à obtenir le consentement préalable de leur épouse.

La *Charte des droits et libertés de la personne*⁹, garante officielle des droits fondamentaux au Québec, crée une Commission qui veille à son application. En dépit des pouvoirs étendus dont jouit la Commission, elle n'est pas un tribunal et ses décisions ne sont pas exécutoires. Son pouvoir moral grandissant nous permet d'affirmer cependant que la pratique lui reconnaît un certain ascendant et un bon nombre de ses décisions sont, de fait, respectées. Les divers organismes privés, chargés de la protection du consommateur, accomplissent des exploits "juridiques" appréciables en jouant avec zèle leur rôle de chien de garde. La publicité qui entoure leurs "découvertes" entraîne, chez les commerçants, des réactions qui visent à réparer les torts causés ou à rétablir l'équilibre contractuel que leur approche abusive avait rompu.

Les entreprises de crédit (VISA — MASTER — AMERICAN EXPRESS, etc.) ont leur propre rituel d'enquête face aux demandes des clients. Un système bien organisé finit par en révéler plus sur le client que le client n'en connaît lui-même! Les lois de protection du

8. Art. 442 C.c.Q.

9. L.R.Q., c. C-12, arts 57 ss.

consommateur et de protection de la vie privée ont tenté d'endiguer le flot des abus et des excès avec un succès très relatif.

Sans entrer dans le détail des mécanismes de négociation des entreprises semi-publiques avec leurs employés, retenons un exemple, simplifié volontairement, qui suscitera l'intérêt des spécialistes en droit du travail. Le gouvernement du Québec décrète des coupures salariales importantes pour ses employés des secteurs public et parapublic: fonctionnaires, enseignants, personnel hospitalier. Ces coupures se font sentir à l'expiration des conventions collectives, soit plus ou moins en janvier 1983. Abstraction faite des méthodes utilisées, des arguments économiques invoqués et des plaidoyers des parties, la question posée est la suivante: les politiques budgétaires gouvernementales peuvent-elles affecter des organismes privés? Par exemple, l'Université de Montréal, maison d'enseignement et de haut savoir, à caractère *privé*, doit-elle se soumettre à ces mesures? Jusqu'à maintenant la réponse est affirmative. L'Université étant très largement subventionnée par l'État, ce dernier, en définitive, impose à des particuliers les conditions de négociation et les clauses de leur contrat. Dans ce contexte, l'entreprise n'a de privées que ses lettres d'incorporation. Sans être présent à la table de négociation, le gouvernement approuve ou désavoue, en bout de ligne, les ententes qui s'y sont conclues.

En résumé, les modalités d'introduction et de développement des pratiques s'élaborent de diverses façons. Nos exemples ont retenu les usages et la coutume, les mesures inspirées par la prudence, la crédibilité et le poids moral d'un organisme. L'entreprise privée, pour sa part, a développé des pratiques dans le but avoué de faciliter les échanges commerciaux ou de protéger la sécurité des transactions. Enfin, en dépit d'une brève mention, il ne faudrait pas tirer de principes généraux d'une certaine pratique en matière de négociations salariales entre des organismes privés et leurs employés. Ces pratiques ont, nous le souhaitons, été inspirées par un contexte économique exceptionnel auquel s'ajoute des dimensions politiques hors de notre propos.

c. Connaissance des pratiques

Pour cerner la diffusion de pratiques ayant quelque incidence sur le droit, il faut envisager le rôle important des média d'information ainsi que l'influence des praticiens du droit et des professionnels de la santé.

La presse écrite, la radio, la télévision ont une fonction essentielle pour porter à la connaissance du public l'existence de certaines

coutumes. L'oeuvre de vulgarisation réalisée par les média a un double effet. Dans un premier temps, ils assurent la diffusion des connaissances: ainsi, on apprendra l'après-midi, à une émission de télévision dite féminine, qu'il est possible de faire des conventions de séparation pour faciliter le déroulement du procès en divorce. Une autre chaîne, le soir, engagera un débat sur l'adoption internationale ou les mères porteuses.

Précisons l'exemple de la recherche d'antécédents en matière d'adoption. Ce mouvement prend naissance aux États-Unis où des adoptés se regroupent pour faire pression auprès des autorités législatives afin de faire modifier les lois d'adoption. L'amendement demandé vise à permettre aux adoptés d'entreprendre des recherches pour retrouver leurs parents biologiques¹⁰. L'activité de ces groupes attire l'attention des média, qui en parlent abondamment, et accordent à cette démarche une publicité enviable. L'information rejoint vite le Québec où un mouvement analogue s'organise. On assiste alors au développement d'une pratique étonnante pour tenter d'assouplir un principe fondamental de l'ancienne loi d'adoption garantissant le secret le plus absolu de toute démarche touchant l'institution. Les avocats soumettent alors aux tribunaux une interprétation large de l'article 31 de la *Loi d'adoption* qui se lisait comme suit:

“Les dossiers du tribunal, les archives des sociétés d'adoption et les documents transmis au ministre sont confidentiels.

Le tribunal qui a rendu le jugement d'adoption, peut toutefois, à la requête d'une personne qui établit un intérêt compatible avec le plus grand bien de l'adopté, l'autoriser, par jugement écrit et versé au dossier, à consulter les dossiers du tribunal et, au besoin, à en obtenir des extraits”.

“L'intérêt compatible avec le plus grand bien de l'adopté” est, jusque là, interprété restrictivement et se limite aux urgences médicales et à l'exécution de dispositions testamentaires. Il s'agit, dès lors, de convaincre le tribunal que l'intérêt psychologique de l'adopté réside dans la recherche de ses “racines” et que cette démarche doit être permise voire même encouragée. Dépendant des preuves soumises, les tribunaux parfois accordent, parfois refusent les requêtes faites en ce sens. En dépit de certains échecs la pratique se développe et s'amplifie et un “protocole” s'élabore: l'adopté contacte une société d'adoption, laquelle demande l'autorisation du tribunal. Si l'on

10. Il est assez étonnant de noter que ce mouvement a pris de l'ampleur à la suite de la diffusion et du succès phénoménal, d'une “mini-série” télévisée intitulée *ROOTS*, dont l'auteur est un noir américain nommé Alex Haley. L'un des thèmes touche justement la recherche faite par un descendant d'esclave pour retracer ses origines jusque sur le continent africain.

découvre le ou les parents biologiques et que ceux-ci consentent, une rencontre est alors organisée entre les intéressés. Nous verrons, dans la deuxième partie, l'incidence de cette pratique sur le nouveau droit de l'adoption.

Si les médias ont un rôle positif dans la diffusion des pratiques, appuyant ainsi leur influence sur l'élaboration du droit, ils ont aussi un effet négatif qu'il faut mentionner. Parce que le temps consacré à ces sujets est relativement bref et parce qu'il faut "vendre du papier" ou des minutes d'antenne, ce ne sont que les éléments les plus spectaculaires d'une pratique qui sont retenus. Parce que l'auditeur ou le lecteur est très souvent distrait, l'information est mal comprise ou interprétée erronément. D'où un nombre important de questions invraisemblables, et parfois farfelues, qui sont adressées aux juristes. Ces derniers doivent alors compléter ou refaire "l'éducation" du contribuable qui abandonne devant la confusion ainsi créée.

La confusion et l'incertitude viendront également de nos voisins américains. Équipés d'un appareil peu coûteux, (le câble), de nombreux foyers québécois ont libre accès à plusieurs chaînes de télévision américaines¹¹. Or, la pratique et le droit américains peuvent différer de la pratique et du droit québécois autant que les drapeaux respectifs ou les hymnes nationaux. De ce fait découlent deux conséquences: la première résulte dans la "mésinformation" du contribuable québécois sur les pratiques de "son pays"; la seconde est plus positive en ce que ce même contribuable sera encouragé à développer des pratiques identiques ou, à tout le moins, à les adapter à sa vie quotidienne.

Les juristes précisent ou rectifient l'information diffusée par les médias. Le rôle des avocats et des notaires ne se limite pas à cette activité! Bien que leur "cote d'écoute" soit nettement inférieure à celle des médias, les juristes feront connaître les diverses pratiques à leurs clients respectifs. Ainsi les notaires suggèrent des clauses prévoyant le sort de certaines donations au contrat de mariage. Ils exigent, lors de la vente d'un immeuble qui risque d'être qualifié de résidence familiale, le consentement du conjoint non propriétaire. Ces précautions, inspirées par la prudence, sont perçues par le client comme étant des dispositions de la loi.

Les avocats jouent un rôle identique lors du divorce. Ils proposent à leur client des projets d'accord leur faisant valoir que c'est là une procédure assurant un bon règlement de leur conflit ou un meil-

11. Cette remarque s'applique aussi à la radio et à la presse écrite, qui ont tout de même un impact beaucoup moins grand.

leur déroulement du procès. Si les résultats de cette pratique sont partiellement vrais et bénéfiques, les clients ne comprennent pas toujours clairement que des futurs ex-conjoints soient obligés de s'entendre!

Le personnel hospitalier a imposé des pratiques qu'il représente comme des obligations législatives. Ces pratiques prennent alors un caractère d'autant plus absolu que les rapports de force sont inégaux. C'est le patient qui sollicite un type de service que l'hôpital ou le médecin veulent bien ou doivent lui fournir à la condition qu'il se soumette aux exigences qu'on lui impose. Non seulement le "client" prend-il connaissance de ces pratiques, il réalise en même temps qu'il a le choix entre consentir ou renoncer à l'intervention qu'il sollicite.

2. L'importance de la pratique

La pratique a une importance variable selon le domaine d'activité juridique que l'on choisit d'observer. Une démarche satisfaisante commanderait une analyse exhaustive de chaque chapitre du Code civil afin d'identifier les pratiques correspondantes et de préciser leur importance. Cet exercice dépasse largement le cadre de notre propos; aussi nous contenterons-nous de commentaires de portée générale.

Certains chapitres du Code civil, soit à cause de leur rigueur, soit parce qu'ils sont exhaustifs, laissent peu de place à l'improvisation de pratiques. L'on songe exceptionnellement au droit successoral qui permet certaines fantaisies au nom du principe de la liberté illimitée de tester. Les tutelles, les curatelles, les servitudes, les hypothèques en faveur de particuliers, les contrats spéciaux, les assurances, les actes de l'état civil permettent quelques pratiques limitées dont l'impact demeure restreint.

La même remarque vaut pour le droit des obligations, domaine stable entre tous et quasi immuable de notre droit civil¹², à l'exception, peut-être, de la responsabilité délictuelle où des pratiques se créent et se raffinent au niveau du calcul des dommages. Ainsi en est-il du montant, variant de \$1500 à \$3000, accordé par points d'incapacité physique supportée par la victime. Ainsi en est-il des prouesses de sémantique et des exploits de vocabulaire qui permettent parfois d'obtenir compensation pour le *solatium doloris*, à la condition qu'il soit appelé autrement. D'une façon générale, la méthode de calcul des dommages trouve sa source dans la pratique en constante évolution.

12. C'est le contenu des contrats qui révèle parfois une improvisation délirante!

Le droit de la famille laisse sans doute plus de place à l'imagination. Il faut évoquer ici la dimension constitutionnelle qui produit un résultat étonnant pour qui n'est pas familier avec les articles 91 et 92 de la constitution canadienne. Précisons que le pouvoir provincial a compétence pour légiférer en matière de droits civils et de célébration du mariage alors que le pouvoir fédéral a compétence pour légiférer sur le mariage et le divorce. La *Loi sur le divorce* émane du fédéral mais elle est appliquée et interprétée par les tribunaux siégeant dans chaque province. Cette structure judiciaire permet d'adapter la loi aux besoins respectifs des sociétés "locales" et, dans les limites de la légalité, de créer certaines pratiques. C'est dans ce cadre que s'inscrivent les conventions de séparations auxquelles nous faisons allusion antérieurement.

On ne peut passer sous silence l'inquiétude soulevée par la dissolution de la famille. L'instabilité de l'unité familiale est l'objet d'une préoccupation constante chez les juristes, les sociologues, les philosophes, les gouvernements et les sociétés. De ce phénomène, que certains assimilent à un fléau, naît une volonté de sauvetage de la famille et des membres qui la composent. Pour atteindre cet objectif l'on imagine des pratiques qui se juxtaposent aux dispositions législatives pour les rendre moins dures et moins destructrices. La garde matérielle conjointe des enfants en est un exemple frappant¹³. Premières victimes du divorce, les enfants désirent garder avec les deux parents des relations affectives et matérielles constantes. Pour faciliter ces relations, la garde conjointe des enfants accordée aux parents constitue une solution attrayante, tout en maintenant une égalité absolue des deux parents à leur endroit. La pratique a cependant démontré qu'il s'agit là d'un idéal inatteignable. En effet, pour que la garde conjointe fonctionne, il faut une entente telle entre les parents que l'on comprend difficilement la raison de leur divorce! Aussi, les juges accordent-ils la garde légale conjointe mais ils précisent les modalités d'application en statuant sur la garde matérielle, les droits de visites, de sorties et de vacances.

Si la pratique a un rôle important dans l'élaboration des règles de droit familial, elle a une fonction aussi essentielle, pour des raisons différentes, en droit médical. Les progrès scientifiques évoluent à une rapidité telle qu'il est à peu près impossible pour le législateur de les réglementer. C'est l'application quotidienne qui donne naissance à des pratiques ayant force de loi. Nous avons mentionné antérieure-

13. Voir entre autres sur ce sujet: Claire L'HEUREUX-DUBÉ, "La garde conjointe, concept acceptable ou non?", (1979) 39 *R. du B.* 835; A.D. FINEBERG, "Joint Custody of Infants: Breakthrough or Fad?", (1979) 2 *Rev. Can. D. Fam.* 417.

ment le problème de la définition de la mort¹⁴. Les médecins "créent le droit" en fixant les critères de sélection des personnes qui désirent avoir recours à l'insémination artificielle¹⁵. Ce sont eux qui décident de procéder à la fécondation *in vitro*. Les chercheurs ne sont pas à l'abri de la création spontanée de pratiques à effets juridiques. Par exemple, pour vérifier l'efficacité d'un médicament nouveau, l'on aura recours à la pratique des groupes témoins. Les risques sont réels pour tous les participants; les consentements donnés plus ou moins éclairés¹⁶. Aucun texte législatif n'existe en droit civil^{16a} et seule la bonne foi et l'intégrité de la majorité des hommes de science limitent les risques d'abus auxquels ces pratiques peuvent donner naissance. Peut-être qu'il n'est pas opportun de légiférer. Une loi trop rigide rend l'utilisation de techniques nouvelles impossible. Une loi trop large n'a pas de contrôle. La rapidité des développements scientifiques rendrait désuète aujourd'hui une loi adoptée hier et la lenteur du processus législatif empêcherait d'y remédier.

La pratique joue donc un rôle certain dans l'élaboration du droit civil québécois mais, nous le constatons, il convient de nuancer cette affirmation selon le secteur d'activité envisagé. Seule source de droit dans certains cas, elle s'avère marginale ou inexistante dans d'autres.

B. L'INFLUENCE DE LA PRATIQUE SUR LES SOURCES FORMELLES

La pratique est source de droit au Québec. Si cette affirmation se vérifie dans la vie courante, il faut voir plus loin et envisager l'influence de ces pratiques sur le droit positif et les réformes législatives.

1. L'influence sur le droit positif

La pratique influence le droit positif et la jurisprudence qui la tolère ou l'entérine; elle entraîne des réactions variées de la part du législateur.

14. Les médecins sollicitent généralement de la famille l'autorisation de débrancher les appareils maintenant la vie artificiellement. Le risque de poursuite criminelle existe toujours bien qu'aucune plainte n'ait été, jusqu'à maintenant, portée.

15. Ils fixent également les conditions à être respectées et le protocole à suivre.

16. Le consentement est inexistant en droit criminel si l'expérimentation entraîne le décès du "cobaye" (art. 14 C.cr.).

16a. Sauf, peut-être, l'article 20 C.c.B.C. qui permet l'expérimentation à la condition que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en retirer. Interprété littéralement, cet article limite considérablement les expériences permises. Voir l'arrêt: *Halushka c. Un. of Saskatchewan et al.*, 53 D.L.R. (2d) 436.

a. Le droit positif

Le domaine des contrats, du droit familial, du droit médical sont, à des degrés divers, affectés par la pratique. Reprenons certains exemples mentionnés dans la première partie.

Si l'on admet la validité des contrats entre concubins, cette pratique fait plus que compléter le droit, elle le crée. Le législateur a gardé un silence absolu sur ce type d'union dans le nouveau droit de la famille du Québec. Pourtant, de nombreux couples favorisent ce mode de relations et éprouvent, dans ce contexte, le besoin d'une certaine sécurité. Le législateur n'ayant fait aucune suggestion, les époux de fait comblent un vide et inventent leur propre "régime matrimonial". Ce faisant, ils supplantent le législateur. Dans la mesure où ce dernier refuse de reconnaître l'union de fait, le contrat entre concubin modifie le droit en y intégrant un élément volontairement exclu. C'est pour cette raison, entre autres, que ces contrats risquent un jour d'être déclarés nuls par les tribunaux.

La pratique notariale, qui exige dans tous les cas le consentement des deux conjoints lors de la vente d'un immeuble occupé par la famille, modifie le droit civil du Québec. Le Code, aux articles 452 et 453, fait la distinction entre un immeuble de quatre logements, dont un sert de résidence familiale, et un immeuble de cinq logements et plus¹⁷. L'absence de consentement n'est sanctionnée que si la déclaration de résidence familiale a été dûment enregistrée. Or, les notaires exigent le consentement du conjoint non-proprétaire, dans tous les cas, qu'il y ait ou non une déclaration. En ce sens, la mesure de prudence adoptée par les notaires a pour effet de modifier la loi en la rendant plus sévère.

Les conventions de séparation des conjoints, futurs divorcés, complètent la loi et, dans une certaine mesure, la supplantent. Ces conventions ne sont exécutoires que si le jugement les "intègre". La procédure est la suivante: les parties s'entendent sur les termes de l'accord et le requérant, dans les conclusions de sa requête, demande au juge d'accorder le divorce et de se prononcer sur les mesures accessoires conformément à l'entente signée par les parties. Le juge n'est pas lié mais, si à sa face même, l'entente apparaît équitable et acceptable, son jugement s'y conformera. La convention est dès lors, soumise à, et protégée par, les mesures d'exécution prévues au Code de procédure civile. Techniquement, le juge détient toujours le pouvoir décisionnel confié par la loi; mais il est parfois tellement largement "inspiré" par l'accord des parties que l'impression qui se dégage de cette pratique est qu'elle modifie la loi.

17. Voir *supra*, note 5, où des précisions ont été énoncées.

Les méthodes élaborées par la pratique en matière de calcul des dommages complètent et précisent le droit substantif. L'article 1053 C.c. reprend à peu de chose près l'article 1382 du Code civil français. Le dommage causé par la faute est susceptible de réparation et les termes de cette réparation sont précisés par la jurisprudence qui s'inspire de la pratique. Les chefs de réclamation et les quantum varient avec chaque cas d'espèce et suivent l'évolution économique. L'incidence des calculs empruntés aux compagnies d'assurance et l'intervention des actuaires relèvent également du développement de la pratique. Dans cette perspective, la pratique ne supprime pas le droit mais le complète, le précise et l'éclaire.

La pratique médicale crée le droit. La définition de la mort élaborée par les médecins s'est imposée aux civilistes. L'absence totale d'intervention législative et le besoin impérieux d'une norme claire poussent la profession médicale à combler le vide. Le protocole suivi lors de l'interruption des soins extraordinaires et l'élaboration de critères dans le choix des patients soumis à certaines formes de traitements s'inspirent des mêmes données. Dans ce contexte, la pratique dépasse le droit.

Le refus d'intervenir du législateur explique partiellement l'influence de la pratique sur le droit positif. Des motifs différents justifient l'élaboration de pratiques propres aux autres secteurs d'activités que nous avons retenus.

Les concubins choisissent, pour des raisons personnelles ou par principe, de ne pas se marier. L'existence de cette société, quel qu'en soit le fondement, entraîne des conséquences matérielles: les concubins paient un loyer, achètent des aliments; ils ont des enfants¹⁸. Des raisons politiques ont amené le législateur à ignorer une situation de fait qui se répand. On a craint, d'une part, que la reconnaissance officielle du concubinage soit mal reçue par la population et soit interprétée comme une atteinte au mariage et à la famille "légitime". D'autre part, il est apparu illogique d'imposer à des individus des contraintes qu'ils refusent manifestement: s'ils désirent ces contraintes, ils n'ont qu'à se marier¹⁹! Quoiqu'il en soit, le besoin de sécurité économique des concubins est réel, d'où l'intervention "privée". Les

18. Pour ces derniers, le législateur a prévu l'article 594 C.c.Q. qui leur accorde les mêmes droits et les mêmes obligations qu'aux enfants nés en mariage. Depuis le 2 avril 1981, les mots légitime, naturel, ont pratiquement disparu du vocabulaire juridique québécois.

19. Notons que le choix n'est pas toujours aussi clair. Le concubinage est parfois "supporté" ou "subi" parce que le mariage est rendu impossible faute d'avoir liquidé une situation matrimoniale antérieure.

règles du contrat servent à prévoir et à régler les problèmes financiers durant la vie commune et lors de la rupture. Certains notaires acceptent de rédiger ces contrats bien que personne ne soit dupe: leur validité, répétons-le, demeure hautement discutable. De façon aléatoire et temporaire, on se substitue au droit ... en attendant la jurisprudence.

La pratique notariale qui demande un consentement là où le législateur n'en exige pas — en matière de vente d'immeuble — s'explique par la prudence et le besoin de stabilité en matière immobilière. Peu de personnes connaissent ce moyen nouveau de protéger la résidence familiale: par une déclaration dûment enregistrée. Le fait qu'un conjoint y songe dans l'hypothèse d'un divorce éventuel, n'arrange pas les choses. La jurisprudence peu abondante et contradictoire ajoute à l'incertitude. Tous ces facteurs expliquent la réaction de prudence des notaires lorsque le conjoint, propriétaire d'un immeuble occupé par la famille, désire le vendre. Ajoutons qu'en droit civil québécois les biens immobiliers jouissent d'un statut privilégié et protégé. Toute transaction portant sur ces biens s'inscrit dans une longue tradition de formalisme visant à garantir à l'acheteur la pureté absolue du titre qu'il acquiert. Sensibilisés à cette tradition dont ils s'estiment justement les gardiens, les notaires "enrichissent" le Code civil en créant une condition de vente plus sévère que la loi.

Les fluctuations de l'économie expliquent manifestement l'influence de la pratique dans l'évaluation des dommages subis par la victime d'un délit ou d'un quasi-délit. On ne saurait avoir dans ce domaine rien de trop fixe ou de trop rigide²⁰. La victime a droit à la pleine compensation du préjudice subi et ce préjudice "augmente" au rythme de l'inflation et du coût de la vie. La "découverte" récente des droits fondamentaux de la personne et l'emphase particulière placée sur le principe de l'inviolabilité de l'intégrité physique expliquent la réaction de la pratique qui exige de forts montants de compensation lorsque cette intégrité est atteinte.

La volonté de régler eux-mêmes les conséquences de leur échec et le désir d'obtenir rapidement le jugement de divorce justifient,

20. Il faut pourtant noter trois décisions de la Cour suprême du Canada qui fixent à \$100,000.00 le montant maximum accordé pour compenser les dommages non pécuniaires (souffrances, douleurs, perte de jouissance de la vie) subis par la victime. Ces arrêts sont les suivants: *Andrews c. Grand and Toy Alberta Ltd.*, (1978) 2 R.C.S. 229; *Thornton c. Board of School Trustees of School District No 57*, (1978) 2 R.C.S. 267; *Arnold c. Teno*, (1978) 2 R.C.S. 287. Suivi au Québec, en particulier dans *Corriveau c. Pelletier*, (1981) C.A. 347.

semble-t-il, la pratique des conventions de séparation. S'ils n'ont pas réussi leur mariage, certains conjoints ont à coeur de réussir leur divorce! L'entente connue, acceptée, à laquelle on a consenti vaut parfois mieux que celle imposée par le tribunal. En période de crise matrimoniale, la convention de séparation offre un élément de stabilité. Cette pratique manifeste un souci de respect de la dignité des conjoints en évitant un combat acrimonieux en présence de tiers. Ces commentaires ne favorisent ni ne condamnent les conventions de séparation qui soulèvent, par ailleurs, de nombreuses difficultés. Les accords s'inspirent d'une philosophie "pacifiste": même en situation de conflit mieux vaut trouver un terrain d'entente que de s'engager dans une bataille destructrice.

Sans prétendre à une étude exhaustive et approfondie, l'on peut affirmer que la pratique en droit québécois tantôt complète, tantôt modifie parfois supplante le droit positif. L'absence d'intervention du législateur et son silence prémédité sont à l'origine de certaines coutumes en devenir. Le besoin de sécurité dans les transactions et la volonté d'éviter des conflits en expliquent d'autres. Des données économiques en évolution constante rendent certaines pratiques nécessaires. Il serait intéressant de s'interroger sur l'influence de la "common law", qui favorise les solutions empiriques, sur le droit codifié qui laisse moins de place à l'improvisation.

b. La jurisprudence

Face à la pratique, les tribunaux ont des réactions diverses d'acceptation, de refus et de tolérance, rarement d'étonnement²¹. Ceci s'explique sûrement par le fait que les juges sont d'anciens avocats qui ont exercé la profession pendant au moins dix ans. Si toutes les pratiques imaginées par l'exercice du droit ne leur sont pas nécessairement familières, la tradition générale ne leur est pas étrangère. Ce qui ne veut pas dire que les juges entérinent toutes les pratiques portées à leur attention alors qu'ils sont sur le banc.

Pour illustrer le point, retenons certains exemples puisés d'abord dans le droit matrimonial. Après avoir soulevé quelques interrogations, la pratique des conventions de séparation en matière de divorce est maintenant acceptée²². Non liés par les accords des parties, les juges gardent toujours un droit de regard sur la convention; si elle apparaît injuste ou abusive, le juge la modifie dans le jugement. Si au contraire elle semble équitable et satisfaisante, le jugement sur les

21. Sauf devant certaines pratiques notariales ... peut-être!

22. Albert MAYRAND, *loc. cit.*, note 4.

mesures accessoires au divorce s'y réfère et l'intègre. Les tribunaux acceptent donc le principe des accords entre futurs divorcés mais les juges conservent leur pouvoir décisionnel et leur obligation de parer les injustices que cette pratique peut entraîner.

La réponse des tribunaux aux demandes de garde matérielle conjointe des enfants est froide voire même négative²³. Pour fonctionner, la garde conjointe des enfants après le divorce suppose une entente parfaite entre les ex-conjoints et une infrastructure difficilement réalisable. Sensibles au fait que cette garde peut être la solution théorique idéale pour les enfants, certains juges l'ont accordée. La pratique démontre que dans presque tous les cas, quelques mois plus tard, les parties reviennent devant le tribunal pour obtenir une décision "traditionnelle" à savoir: la garde matérielle à un conjoint et des droits de visite et de sortie pour l'autre. Devant cette situation, les juges réagissent en refusant cette pratique qui tentait de s'instaurer. La garde conjointe ne sera accordée que dans des cas rares et tout à fait exceptionnels.

La jurisprudence est partagée face aux demandes de consultation des archives d'adoption. La pratique a voulu élargir l'interprétation de l'article 31²⁴ en faisant admettre, par les tribunaux, que "l'intérêt compatible avec le plus grand bien de l'adopté" puisse résider dans la recherche de ses antécédents biologiques. Si certains juges ont reçu favorablement ces requêtes, plusieurs, tout en exprimant leur sympathie pour la démarche entreprise, les ont refusées. Ces derniers voyaient dans les articles de l'ancienne loi une consécration absolue du principe du secret. Quelques juges sont allés plus loin en affirmant que la confidentialité garantissait l'existence même de l'institution²⁵. Pour s'établir, cette pratique aura dû d'abord s'imposer au législateur lors d'une récente réforme législative²⁶.

Les contrats entre concubins n'ont pas encore, à notre connaissance, subi l'épreuve des tribunaux. Si l'on peut imaginer les arguments qui seront invoqués par les parties: autonomie de la volonté dans les contrats d'une part et bonnes moeurs et ordre public d'autre part, la réaction des tribunaux reste imprévisible. L'hypothèse prudente qui semble rallier un certain consensus est la suivante: ces

23. Voir Claire L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 13.

24. Ancienne *Loi sur l'adoption*.

25. Quelques décisions sont rapportées sur ce point; l'information donnée ici a été recueillie lors de rencontres, colloques ou échanges avec des avocats travaillant dans ce domaine.

26. Nous préciserons cette affirmation au point suivant.

contrats ne sont pas valides mais en cas de conflit, les tribunaux accepteraient de les consulter pour trouver des indices de solution dans la volonté déjà exprimée des parties. On s'en inspirerait pour régler équitablement l'aspect pécuniaire d'une situation de fait sinon reconnue, du moins tolérée.

Le critère de la mort cérébrale, qui est maintenant une constante dans la pratique médicale, s'imposera probablement aux juges. Se fiant aux témoignages d'experts, les juges auraient du mal à retenir une définition autre. La question a été abordée indirectement dans l'arrêt *La Reine c. Kitching et Adams*²⁷ dans les circonstances suivantes. Jeté littéralement à la porte d'une discothèque, la victime est transportée à l'hôpital où l'on constate deux fractures du crâne et l'absence de signes vitaux. Des manoeuvres de réanimation sont entreprises avec un succès relatif et l'on utilise alors un respirateur. Des examens subséquents indiquent une absence presque totale d'activité cérébrale. Dans les heures qui suivent, le patient subit un arrêt cardiaque qui normalement aurait "confirmé" son décès. On maintient artificiellement les fonctions vitales afin de procéder au prélèvement des reins. Ce prélèvement effectué, on coupe le respirateur et le coeur bat pendant 13 minutes. Une plainte est portée par la couronne contre les deux personnes qui ont jeté la victime sur le pavé. La poursuite soutient que cet acte est la cause du décès alors que les accusés prétendent, pour leur part, que ce sont les médecins qui ont tué la victime en procédant au prélèvement. Reconnus coupables en première instance, le verdict est confirmé en appel. Un juge se penche sur le problème de la définition de la mort: sans adopter le critère de la mort cérébrale, il n'émet pas d'opinion dissidente quant à la culpabilité des accusés. Ce qui nous amène à affirmer, avec réserve, qu'il n'a pas non plus rejeté la définition de la mort appliquée quotidiennement²⁸.

Quant à l'évaluation des dommages subis par la victime d'un délit ou d'un quasi-délit, la pratique est partiellement reçue par les tribunaux. La victime subit toujours des dommages perçus par elle comme étant considérables. Cette évaluation subjective se traduit dans la réclamation par un montant exact mais très généreux. Le défendeur estime, pour sa part, qu'il n'a pas commis de faute et que si, par hasard, on peut lui en reprocher une, les dommages en résultant sont minimes. C'est le juge qui tranche en respectant la règle d'or

27. (1976) 6 W.W.R. 697.

28. Notons que le débat ne portait pas principalement sur ce point; quelle qu'ait été la définition de la mort retenue, la décision aurait été la même par application du principe énoncé à l'article 208 C.cr.

à l'effet que la victime ne doit pas s'enrichir mais qu'elle doit être compensée pour la totalité du dommage subi. Utilisant l'argument des aléas de la vie, toujours défavorables à la victime, le juge réduit de 20% à 50% le montant de la réclamation. Deux remarques s'imposent; dans un premier temps, les tribunaux québécois désirent éviter les abus des jugements américains où des montants exorbitants sont octroyés, entraînant des conséquences économiques indésirables²⁹. En second lieu, l'on remarque que nos tribunaux sont, depuis quelques années, beaucoup plus généreux à l'égard de la victime pour laquelle ils ont toujours manifesté une sympathie certaine en dépit des apparences. Ce sont trois décisions de la Cour suprême du Canada qui ont amorcé ce mouvement³⁰. Bien que ces arrêts originent des provinces de common law, les principes énoncés quant à l'évaluation des dommages, semblent vouloir s'imposer au Québec³¹. À la lumière de la jurisprudence récente, il n'est pas faux d'affirmer que la pratique d'évaluation des dommages est reçue, avec réserve, par les tribunaux.

c. Le législateur

La réponse du législateur varie selon les pratiques auxquelles il est confronté. Ainsi, afin d'éviter un débat qui déboucherait sur l'euthanasie, l'avortement, les soins extraordinaires, le législateur s'en remet au monde médical pour définir la mort. Il adopte alors une attitude de neutralité dans l'abstention, évitant de se compromettre sur une question qui se politiserait nécessairement. Quelle que soit la solution favorisée, le législateur serait toujours perdant. Dans cette optique, définir la mort risque ultimement de compromettre l'issue d'une élection prochaine. Encore que l'on pourrait soutenir que l'attitude du législateur en est une d'indifférence. En période de récession économique, d'augmentation vertigineuse du taux de chômage etc... pourquoi s'arrêter à une telle question puisque le système actuel semble fonctionner. À quoi bon alors intervenir et prendre le risque d'attirer l'attention sur un problème qui n'intéresse, somme toute, que quelques médecins, juristes et moralistes.

Le droit de la famille présente une problématique bien différente. Nous verrons au point suivant que deux pratiques ont été

29. Par exemple, le montant astronomique des primes d'assurance responsabilité médicale (mal practice insurance) qui peut dépasser \$50,000, par an. Ce montant, "refilé" au client, explique partiellement le coût inabordable des soins médicaux aux États-Unis.

30. Il s'agit des arrêts mentionnés antérieurement à la note 20.

31. De nombreuses décisions québécoises les citent et s'y réfèrent. Notons principalement l'arrêt *Corriveau c. Pelletier*, (1981) C.A. 347.

récupérées par le législateur lors de la réforme récente: la séparation de corps sur projet d'accord et la recherche d'antécédents en adoption. Reste le contrat entre concubins. L'Office de Révision du Code civil³² suggérait quelques timides propositions sur les droits et obligations des conjoints de fait³³. Au moment du dépôt en Chambre du projet de loi 89³⁴, ces dispositions avaient complètement disparu. La volonté de respecter la liberté des individus a sans doute joué dans cette prise de décision. La "raison d'état" fut, croyons-nous, déterminante. En effet, une loi qui efface le stigmate de l'illégitimité des enfants nés hors mariage et qui prévoit des mesures très poussées de protection de la famille (entendons surtout de la femme) est une loi populaire, qui se vend bien. Pourquoi alors prendre le risque de diminuer l'impact positif d'une telle législation en y incluant des dispositions qui seront interprétées par les uns, comme une reconnaissance officielle d'une situation irrégulière et par les autres, comme une intrusion indésirable dans leur vie privée? Si la société québécoise tolère le concubinage ... elle n'est pas prête à accorder à cette situation, statut juridique et protection. Le législateur québécois a donc ignoré les concubins et la pratique des contrats se développe.

La crainte des abus amène parfois une réaction rapide du législateur face à une pratique qui menace de se développer. C'est l'impression qui se dégage de la lecture des dispositions en matière d'adoption internationale. Il y a quelques années, les médias ont fait grand état de particuliers ou d'agences privées qui "importaient" des enfants venus de pays défavorisés pour les offrir en adoption à des couples québécois. La loi interdisait, bien sûr, la vente des enfants mais les futurs adoptants devaient défrayer les coûts de l'opération. Cette pratique a fait craindre le pire: le marché noir et le trafic d'enfants. Le législateur est intervenu d'abord pour interdire les adoptions dites privées et, ensuite, pour contrôler et superviser les adoptions internationales. Quelques associations seulement, reconnues et autorisées par le Ministère des Affaires Sociales, peuvent oeuvrer dans ce domaine³⁵.

32. O.R.C.C. organisme de recherches qui a travaillé pendant environ treize ans à la réforme complète du Code civil. Le projet de *Code civil* fut remis au Ministre de la Justice en juin 1977. Le projet sert "d'inspiration" à la réforme entreprise par le gouvernement depuis quelques années.

33. Il s'agit des articles 47, 48 et 49 du Livre deuxième, titre I, chap. VII qui obligent les époux de fait à contribuer aux charges du ménage et qui leur appliquent les dispositions du mandat domestique.

34. Depuis le 2 avril 1981, le *Code civil du Québec*.

35. Voir l'article 825 C.p.c. tel qu'amendé par la *Loi no 18* entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1982; cette même loi modifie la *Loi sur la protection de la*

La Loi sur la protection du consommateur³⁶ interdit des pratiques jugées abusives par le législateur. Pour illustrer cette affirmation, nous avons l'embarras du choix. En fait, l'objectif même de la loi, comme son nom l'indique, est de rétablir l'équilibre fondamental, essentiel à toute négociation contractuelle. La pratique démontrait que le rapport de force des parties en présence était à ce point inégal qu'on ne pouvait plus parler de contrat librement consenti au sens du droit des obligations³⁷. Ainsi l'achat de biens de consommation (par exemple une voiture) se fait, chez nous, à crédit. Ces contrats contiennent une clause à l'effet que l'acheteur ne devient propriétaire qu'au dernier paiement effectué. Avec le résultat que l'acheteur, qui avait versé les dix-huit premiers paiements (sur vingt par exemple), pouvait se voir déposséder de l'objet s'il négligeait de faire les deux derniers. Ayant payé les neuf dixièmes de la chose, cette dernière pouvait toujours être revendiquée par celui qui finançait la transaction, soit le vendeur, soit le cessionnaire aux droits du vendeur. L'article 142 de la loi interdit, depuis 1971, cette pratique abusive³⁸.

Visant des objectifs particuliers et pour des motifs différents, la réaction du législateur à la pratique est tout aussi variable que celle des tribunaux. Il ignore une pratique qui risque d'être embarrassante; il contredit une pratique abusive ou qui menace de le devenir, enfin, il récupère des pratiques politiquement rentables.

2. L'influence sur les réformes législatives

Le Code civil québécois subit une réforme importante depuis le 2 avril 1981. Le droit de la famille, premier domaine visé, sera bientôt suivi par le droit des personnes et le droit des successions³⁹. Il est,

jeunesse (L.R.Q., c. P-34.1) en ajoutant les articles 72.1 ss et l'article 135.1. Toutes ces dispositions visent à réglementer l'adoption internationale qui ne peut être faite que par des organismes reconnus, sous la surveillance du directeur de la protection de la jeunesse et/ou du Ministère des Affaires Sociales.

36. L.R.Q., c. P-40.1.

37. *Marcel Grenier Automobile Inc. c. Thauvette*, (1969) C.S. 159.

38. L'article se lit comme suit: "Si, au moment où le consommateur devient en défaut, celui-ci a acquitté au moins la moitié de la somme de l'obligation totale et du versement comptant, le commerçant ne peut exercer le droit de reprise à moins d'obtenir la permission du tribunal". Cet article reproduit à peu de chose près l'article 38 de la loi de 1971 qui fixait la proportion aux deux tiers de la somme financée.

39. Projets de loi nos 106 et 107, déposés à la fin de l'année 1982. L'on annonce officieusement le dépôt de d'autres projets pour l'automne 1983.

dans ce sens, relativement facile de vérifier l'incidence de la pratique sur les réformes législatives ainsi que l'influence de divers organismes.

a. La réforme législative

Des réformes législatives en matière de consommation et d'adoption internationale ont déjà été mentionnées. Voyons ce qui s'est fait en droit de la famille.

Les contrats entre concubins ne sont pas retenus dans le Code civil du Québec. Pour des raisons politiques et juridiques, l'union de fait ne reçoit aucune reconnaissance officielle. Tout au plus, le principe de la liberté illimitée de tester permettra-t-il de considérer valide une disposition testamentaire avantageant l'un ou l'autre des époux de fait.

La pratique des conventions de séparation et de la recherche d'antécédents a eu une influence réelle sur le droit nouveau. En effet, depuis le 1^{er} décembre 1982, les parties peuvent demander et obtenir la séparation sur simple projet d'accord soumis au juge⁴⁰. Précisons que, contrairement à l'information diffusée, cette procédure ne s'applique pas au divorce. Si la constitutionnalité de plusieurs articles du nouveau code est douteuse, sur cette question, il y a certitude: le législateur provincial n'a pas compétence pour légiférer en matière de divorce. La nouvelle procédure laisse les avocats perplexes. En effet, contrairement à une tradition plus que centenaire, bien ancrée dans la pratique, un seul avocat peut désormais représenter les deux parties. À la demande du couple, il rédige le projet d'accord et présente la demande au tribunal⁴¹. Dans ce contexte, le rôle de l'avocat se transforme: de défenseur des intérêts d'un client, il devient l'arbitre et/ou le représentant des adversaires. La nouveauté de cette loi, la "timidité" des avocats devant les changements et l'absence de jurisprudence expliquent les doutes éprouvés. La patience et le rodage de la loi permettront, dans quelque temps, une évaluation plus équitable.

En dépit d'oppositions farouches, le chapitre sur la filiation adoptive contient des dispositions qui permettent, à certaines condi-

40. Voir les articles 527 C.c.Q. et 822 ss C.p.c.

41. En cas de conflit, les parties pourront et devront se constituer d'autres procureurs. Voir l'article 253.1 C.p.c. tel qu'amendé par la *Loi no 18* en vigueur le 1^{er} décembre 1982. Voir également l'article 813.1 C.p.c. ainsi que les articles 814 ss C.p.c. sur la demande conjointe. Il semble cependant qu'une pratique se développe et que les avocats refusent la représentation conjointe. Ils estiment que les intérêts de chacun sont mieux protégés s'ils ont leur propre défenseur. La difficulté de remplir un mandat conjoint, alors que les parties sont en conflit, ne fait pas de doute ...

tions, la recherche d'antécédents. Le principe de la confidentialité est maintenu; exceptionnellement, lorsque l'adopté est majeur (18 ans) et consentant, que le ou les parents biologiques y consentent également, ces personnes pourront se rencontrer et se connaître⁴². Le consentement des adoptants n'est pas requis⁴³ non plus que l'autorisation du juge. Sans défendre une thèse plutôt qu'une autre, l'on note simplement qu'une pratique qui cherchait à s'imposer depuis quelques années, avec un succès relatif, a été consacrée par le législateur⁴⁴.

L'évaluation des dommages-intérêts dus à la victime d'un délit ou d'un quasi-délit n'intéresse le législateur que dans les domaines où c'est l'État qui assume la compensation. Ainsi en est-il en matière d'accidents d'automobile et d'accidents du travail. Les lois qui créent ces régimes de compensation sont accompagnées d'annexes et de règlements qui contiennent un "catalogue" des dommages et traumatismes et de leur valeur "marchande". On ne saurait parler de pratiques qui ont un effet sur des réformes législatives; l'on est confronté ici à des législations sociales et des contingences purement administratives justifient cette procédure. Si ces domaines ont été récupérés par l'État, c'est qu'au départ une pratique injuste atteignait les victimes. Tant en matière automobile que lors d'accidents du travail, l'article 1053 C.c. ne répondait plus aux besoins des victimes souvent privées de compensation.

Le législateur a réagi assez rapidement aux premières greffes cardiaques en incluant au Code civil du Bas-Canada les articles 20 et ss; les progrès de la science affectant les critères de définition de la mort, par exemple, le laissent indifférent ou lui inspirent de la prudence. Il est vrai que le Code civil n'a jamais contenu une telle disposition ... ce qui n'a pas empêché les québécois de mourir comme il se doit! Une définition de la mort ne sera utile que si elle s'accompagne

42. Arts 631 et 632 C.c.Q.

43. Les informations reçues de plusieurs avocats qui ont procédé à des recherches d'antécédents sont à l'effet que le consentement des adoptants est également requis bien que la loi soit silencieuse sur ce point. Dans la mesure où cette formalité est généralement respectée, l'on assiste à la création d'une nouvelle pratique qui elle-même crée du droit en ajoutant une condition non prévue par le législateur. Issue de la pratique, la recherche d'antécédents fait son chemin jusque dans le droit civil nouveau et devient alors créatrice d'une nouvelle pratique. Faut-il y voir un phénomène de résistance au changement rattaché à la durabilité des lois?

44. Les consentements requis ne doivent faire l'objet d'aucune sollicitation (art. 632 C.c.Q.). Il y a là un problème énorme d'interprétation: une interprétation restrictive pourrait faire échec aux dispositions de la loi et rétablir la situation qui prévalait sous l'ancienne loi de l'adoption.

d'articles sur la mort digne, le droit du patient à l'autodétermination et à la vérité, les consentements et la liberté de choix⁴⁵. Les progrès en ce domaine sont à ce point rapides qu'une loi deviendrait vite périmée et inutilement astreignante. En dépit de l'incertitude et des inconvénients, la pratique, à cause de sa souplesse et de son adaptabilité, demeure pour le moment la meilleure solution.

b. Autorité des organismes sur la réforme

Il serait trop long de faire l'inventaire des organismes qui font des représentations auprès du gouvernement soit pour qu'il modifie une loi existante ou un projet de loi, soit pour qu'il adopte une loi nouvelle ou en abroge une autre. L'évaluation de l'impact et du pouvoir de ces organismes s'avérerait une tâche à la fois difficile et délicate, de la compétence des sociologues et non des juristes⁴⁶.

Les philosophes et les politicologues nous renseigneraient sur les choix du législateur, sur l'opportunité politique d'adopter une loi plutôt qu'une autre. Il est évident que, dans l'hypothèse d'une refonte globale du Code civil, un projet de loi sur la famille où l'on consacre l'égalité des conjoints, des mesures de protection presque excessives et la disparition de la filiation naturelle, il est évident, dis-je, que ce projet "vend" mieux une élection qu'une refonte en profondeur du gage et du nantissement!

Ces nuances posées, les solutions venant de la pratique ont une influence variable sur le législateur: parfois endossées sans question, parfois reçues avec réserves et modifications, parfois ignorées. Deux organismes retiennent principalement notre attention: l'Office de Révision du Code civil (organisme provincial) et la Commission de Réforme du droit du Canada (organisme fédéral).

45. Il est certain qu'ultimement, soit le législateur, soit les tribunaux devront se prononcer. À titre d'exemple nous retenons l'affaire *Dawson*, jugée par la Supreme Court of British Columbia le 1^{er} mars 1983 et qui a monopolisé, pendant plusieurs jours, l'attention et les discussions des canadiens. Dans cette affaire, l'on a retiré la garde d'un enfant, sévèrement handicapé, à ses parents qui refusaient leur consentement à une intervention chirurgicale relativement simple. Le refus aurait eu pour effet de précipiter le décès de l'enfant et d'augmenter ses souffrances entre-temps.

46. Cette évaluation peut se faire, entre autre, de la façon suivante: les projets de lois sont généralement débattus en Commission parlementaire. Tous les organismes qui le désirent peuvent faire des représentations auprès de ces Commissions dont les travaux sont publiés dans le *Journal des Débats*. Il devient alors possible de connaître la position des organismes et leurs revendications. Il devient également possible de savoir ce que le législateur en pense selon que l'on retrouve ou non ces suggestions dans la loi!

L'O.R.C.C. a reçu la mission de revoir dans son entier le Code civil du Bas-Canada. Ses travaux, commencés en 1964, se terminent en 1977 par le dépôt, auprès du Ministre de la Justice, d'un projet de Code civil du Québec. Pendant treize ans, des juristes de toute discipline et de formations variées, ont décortiqué, recensé, analysé, critiqué le Code civil, la jurisprudence, la/les pratiques du Québec. Certaines de ces pratiques ont été codifiées dans le projet, forçant le législateur, par organisme interposé, à les considérer. La réforme "concrète" est amorcée depuis le début de l'année 1980 avec le dépôt, devant l'Assemblée nationale, du projet de loi no 89 instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille.

Le projet de loi illustre l'influence considérable de l'O.R.C.C. Sans reprendre textuellement le projet de l'Office, le gouvernement s'en est très largement inspiré⁴⁷. De nombreuses critiques ont été adressées au Ministère de la Justice sur la technique législative qui morcelle et tronque le projet de l'Office et met en péril la cohérence et la logique d'un texte longuement réfléchi. Ces critiques sont, croyons-nous, justifiées. Il n'en reste pas moins que l'O.R.C.C. est l'organisme qui aura eu la plus marquante et profonde influence sur le Code civil du Québec.

La Commission de réforme du droit du Canada joue, sur le plan fédéral, un rôle analogue à celui de l'O.R.C.C. Ce n'est pas là sa seule fonction et la problématique est différente. Créée à la fin des années 1960, la C.R.D.C. a entrepris de vastes recherches en droit de la famille, en droit criminel et sur la protection de la vie. Ce dernier champ d'activité nous intéresse particulièrement. Parmi les nombreux documents de travail et rapports publiés par la Commission, nous retenons le rapport no 15 qui a pour titre: Critères de détermination de la mort⁴⁸. La Commission suggère un amendement au Code criminel canadien pour y inclure la définition suivante:

"Pour toutes les fins qui sont de la compétence du Parlement du Canada:

- (1) une personne décède au moment où elle subit une cessation irréversible de l'ensemble de ses fonctions cérébrales.

47. Il en est de même des deux projets actuellement à l'étude: Projet de loi no 106: "*Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes*"; projet de loi no 107: "*Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions*".

48. En plus de ce document, notons, dans la série "protection de la vie", les titres suivants: *Le consentement à l'acte médical, Le traitement médical, Le caractère sacré de la vie ou qualité de la vie, Stérilisation, Euthanasie*.

- (2) la cessation irréversible des fonctions cérébrales peut être constatée à partir de l'absence prolongée de fonctions circulatoire et respiratoire spontanées.
- (3) lorsque l'utilisation de mécanismes de soutien rend impossible la constatation de l'absence prolongée des fonctions circulatoire et respiratoire spontanées, la cessation irréversible des fonctions cérébrales peut être constatée par tout moyen reconnu par les normes de la pratique médicale courante".

Le texte proposé reprend essentiellement les critères élaborés par la pratique. On ne peut affirmer que cette définition deviendra loi mais on est en droit de croire qu'un texte législatif s'en écarterait peu. En ce sens, la pratique, par l'entremise de la C.R.D.C., aura eu une influence déterminante⁴⁹.

Les collègues du Barreau et amis de l'Ordre des Notaires nous en voudraient de ne pas mentionner leurs travaux de recherche et de critique des lois ainsi que leurs représentations auprès des autorités législatives. L'intervention des Chambres professionnelles se situent à un niveau autre que celui des organismes mentionnés plus haut dont l'approche est plus globale et parfois plus théorique. Les Chambres se manifestent par leurs commentaires et mémoires à caractère pragmatique et concret. Par elles, la voix de la pratique se fait entendre et sait parfois se faire écouter. Si les avocats et notaires commentent le fond et les options des projets de loi, c'est à eux que l'on s'adresse, pour connaître les pratiques existantes et pour prévoir les conséquences réelles des lois que l'on envisage. Malgré une certaine méfiance à l'endroit des propos qu'ils tiennent, le législateur, qui ne suit pas toujours leurs recommandations, les écoutent tout de même avec attention.

CONCLUSION

La pratique, source de droit, est une réalité au Québec. Les exemples choisis veulent illustrer cette affirmation. La "coutume" se crée au rythme des besoins des individus, des abstentions du législateur ou de la nécessité. Les contacts quotidiens avec des traditions juridiques étrangères au droit civil enrichissent les sources de création. L'intervention des média en assure la diffusion.

Les réactions à la pratique sont variées: tantôt refusée, tantôt tolérée, tantôt consacrée dans un texte de loi. Par les organismes qu'il

49. L'influence de la C.R.D.C. ne se limite pas à ce secteur. Nous avons choisi cet exemple parce qu'il nous avait servi tout au long de notre exposé.

créée, par les Chambres professionnelles, par les nombreux groupes qui s'expriment et représentent toutes les couches de la population, le législateur reste à l'écoute de la pratique quotidienne et des besoins qu'elle exprime. Si pour des raisons philosophiques ou politiques le législateur ne la sanctionne pas toujours, il faut reconnaître que souvent elle finit par s'imposer.

Nous avons choisi d'écarter de notre propos le droit commercial et le droit du travail qui ont, depuis un temps déjà, une existence autonome en dehors du droit civil. Le droit statutaire en général, et le droit criminel en particulier, auraient fourni des exemples encore plus convaincants de l'influence de la pratique sur la formation du droit. Le droit civil codifié, plus rigide, laisse moins de place à l'improvisation. Certains le regrettent, alors que d'autres souhaitent des structures moins souples. Quoiqu'il en soit, la pratique, et son influence sur le droit, répond à la lenteur du processus législatif qui sanctionne après coup les évolutions diverses de la société à laquelle il s'adresse. En ce sens c'est une pratique qu'il faut maintenir.