

Article

« Le Code civil catalan : choix, finalités et transplantations législatives du Code civil québécois »

Esther Arroyo I Amayuelas

Les Cahiers de droit, vol. 46, n°1-2, 2005, p. 271-293.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/043839ar>

DOI: 10.7202/043839ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

Le Code civil catalan : choix, finalités et transplantations législatives du Code civil québécois*

Esther ARROYO I AMAYUELAS**

Après la description du processus de codification du droit civil en Catalogne, l'auteure s'intéresse à la transposition juridique de certaines institutions du Code civil québécois dans le nouveau Code civil catalan. La réception de celui-ci est plutôt partielle, par rapport à des institutions déterminées ou bien à la philosophie qui les inspire et, sans aucun doute, dans la plupart des cas, l'importation s'adapte à la vision du législateur catalan. L'auteure s'attache spécialement au cas de l'adoption de la disposition préliminaire ainsi qu'à la perspective d'implantation de la fiducie et de l'administration du bien d'autrui. Dans le domaine du droit de la personne, elle souligne que d'autres emprunts seraient souhaitables.

Following a description of the codification process of civil law in Catalonia, the author turns her attention towards the legal transposition of certain institutions found under the Civil Code of Québec into the new

-
- * L'article qui suit fait partie du projet *BJU 2002-02594* et du projet III Pla de Recerca de la Generalitat de Catalunya (2001 SGR 00022). L'auteure considère l'état du droit catalan jusqu'à juin 2004 et n'intègre donc pas les nouveautés survenues par la suite. La dernière modification apportée au droit catalan remonte au 26 janvier 2004, alors que la Section plénière de la Commission générale de codification (pour son fonctionnement, voir *infra*, section I) avait approuvé les textes qui devaient faire partie du Code civil concernant la communauté, les droit d'usufruit et usage, les servitudes réelles et la modification de la loi sur les rentes viagères. Il s'agit de textes élaborés par le groupe de travail sur les droits réels appartenant à la Commission de codification. Des travaux ont également conduit à la rédaction d'un avant-projet de loi sur les corporations professionnelles et à une loi concernant le louage des terres.
- ** Professeure, Université de Barcelone.

Catalan Civil Code. Integration under the Catalan Civil Code remains somewhat incomplete considering the specific institutions or philosophical grounds that inspire them and, doubtless to say, remains limited in most cases since such importing adapts itself to the Catalan legislator's vision. The author focuses specifically on the adoption of the preliminary provision as well as a perspective for implementing the trust and the administration of the property of others. In the field of the law of persons, she emphasizes that other borrowings would be advantageous.

	<i>Pages</i>
1 La décision de codifier le droit en Catalogne: l'élan et les obstacles politiques	273
2 Un code civil: pourquoi et comment?	276
3 La forme et le fond du Code civil catalan	277
3.1 Incomplet par exigence constitutionnelle.....	278
3.2 De rédaction ouverte.....	278
3.3 De la rénovation d'anciens contenus et des innovations	280
3.4 Avec une systématique nouvelle	280
4 Le Code civil québécois comme modèle de droit comparé	281
5 Quelques institutions empruntées: la Disposition préliminaire	283
6 Quelques institutions pour l'avenir	285
6.1 En relation avec le droit de la personne.....	285
6.2 En relation au droit des biens	287
6.2.1 L'administration du bien d'autrui	287
6.2.2 La fiducie.....	290
Conclusion	293

La pluralité du droit civil en Espagne se manifeste dès la promulgation du premier Code civil, soit en 1889, code qui n'a pas achevé l'unification législative de tout l'État espagnol et qui se réfère à cette pluralité dans son actuel article 13.2. Par la suite, la Constitution espagnole de 1978 a reconnu cette pluralité et, de plus, a permis la conservation, la modification et le développement d'un droit civil propre à certaines communautés autonomes (la Catalogne, la Navarre, l'Aragon, les îles Baléares, la Galice, le Pays

basque)¹. Plus précisément, les communautés qui ont compétence pour légiférer sur le droit civil sont celles qui, dans le passé, avaient adopté une compilation de droit civil. La Compilation catalane remonte à son origine en 1960.

Cette Compilation reprenait l'état du droit civil catalan à un moment historique donné et était conditionnée par la situation politique existante, soit la dictature de Francisco Franco. Cependant, une fois la Constitution approuvée, la nécessité d'adapter ce corps légal aux principes constitutionnels (principes d'égalité des enfants et entre les époux) est apparue, et c'est pour cette raison qu'une réforme du droit civil a été effectuée en 1984. De plus, cette Compilation avait également été très importante pour la fixation des éléments essentiels qui ont permis d'élaborer pour la première fois le concept d'« ordonnancement juridique catalan » sur la base de la tradition juridique catalane (art. 1.2) et les principes généraux du droit (art. 1.2 et disposition finale n° 4). Ce sont ces éléments qui, par la suite, devaient éviter l'application sans discrimination du Code civil espagnol comme droit supplétif².

À partir de 1984, le rythme de production législative du Parlement catalan n'a fait qu'augmenter, conformément à l'objectif d'adapter le droit civil à la réalité sociale³.

1 La décision de codifier le droit en Catalogne : l'élan et les obstacles politiques

La possibilité de développer un droit propre à certaines communautés autonomes s'est matérialisée récemment en Catalogne sous la forme de codes sectoriels, soit le Code de successions, en 1991⁴ et le Code de la

1. Pour des explications détaillées, voir : E. ARROYO I AMAYUELAS, « Le pluralisme de l'ordonnancement civil en Espagne et le droit civil en vigueur en Catalogne », (1998) 29 *R.G.D.* 411.

2. *Id.*, 432-434, à propos de la tradition juridique catalane.

3. Une compilation de toute la législation catalane se trouve dans le site du : DÉPARTEMENT DE JUSTICE DE CATALOGNE, *Dret civil català*, [En ligne], 2005, [www.gencat.net/justicia/justicia/dret_civil/index.htm] (12 mars 2005). En plus, voir le projet de la FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GIRONA, *Norma civil*, [En ligne], 2005, [civil.udg.es/normacivil/] (12 mars 2005). Version papier, l'édition la plus complète est celle qui a été éditée par : J. ÈGEA FERNANDEZ et J. FERRER RIBA, *Codi civil de Catalunya i Legislació complementària amb notes de concordança i jurisprudència*, 11^e éd., Barcelone, EUB, 2003.

4. *Llei 40/1991, de 30 de desembre. Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya*, DOGC n° 1544, 12 janvier 1992 ; correction d'erreurs : DOGC n° 1582, 13 avril 1992 et n° 1600, 29 mai 1992 (ci-après cité : « C.S. »).

famille, en 1998⁵. Actuellement, les travaux sont centrés sur la modernisation du droit patrimonial⁶, bien qu'il existe en même temps une initiative de modification du Code de successions, du Code de la famille et de la loi sur les couples non mariés, dans le but de parvenir à une reconnaissance complète des droits aux couples homosexuels (adoption, tutelle et droits de succession)⁷.

Il est prévu que les deux codes plus haut mentionnés et d'autres lois spéciales qui sont liées à la codification, ainsi que d'autres qui le seront à l'avenir, s'intègrent dans le futur Code civil de la Catalogne, dont la Loi 29/2002, de 30 décembre 2002, *Primera Llei del Codi civil de Catalunya* (C.c.C.) promulgue le livre premier, qui contient les dispositions générales sur les effets et l'application du droit civil catalan, l'exercice des droits, la prescription et la caducité des droits et des prétentions par non usage.

Ce code civil de Catalogne devra être structuré en six livres auxquels s'ajouteront des dispositions additionnelles, transitoires et finales (art. 2 C.c.C.). L'organisation des six livres se dégage de l'article 3 : le livre premier (dispositions générales) inclut les dispositions préliminaires et la régulation de la prescription et de la caducité ; le livre II (personne physique et famille) inclut les matières qui actuellement font partie du Code de la famille et qui sont aussi l'objet de réglementation dans d'autres lois spéciales ; le livre III (personne juridique) prévoit l'inclusion de la régulation des associations et

-
5. *Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família*, DOGC n° 2687, 23 juillet 1998 (ci-après cité : «C.F.»); correction d'erreurs : DOGC n° 2732, 28 septembre 1998.
 6. A. MIRAMBELL ABANCÓ, «El dret patrimonial en el futur Codi Civil de Catalunya», (2001) 9-10 *La Notaria* 19. Les travaux sont exposés dans l'OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA, *Treballs preparatoris del Llibre cinquè dels Codi civil de Catalunya «Els drets reals»*, Barcelone, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia i Interior, 2003. Ils comprennent ce qui devait être le contenu du livre V du Code civil catalan et sont partiellement reproduits dans la proposition de loi (déjà morte au feuilleteon) que le parti gouvernant au moment où ils étaient rédigés et formant maintenant l'opposition (CiU, droite nationale catalaniste) a présenté au Parlement (BOPC n° 9, 26 janvier 2004). Il faut signaler que ce projet de loi, *Segona Llei del Codi civil de Catalogne*, contenant le livre V, équivaut au projet de loi du 23 juin 2003 qui avait été approuvé par le gouvernement de CiU, mais qui n'avait pu être soumis à la discussion parlementaire en raison du déclenchement d'élections. Depuis mars 2004, c'est la gauche formée par trois partis politiques (communiste, indépendantiste et socialiste) qui gouverne, ce qui permet de prévoir que les travaux rédigés sous les ordres de l'ancien gouvernement ne seront plus pris en considération par le gouvernement actuel, du moins, pas dans leur totalité.
 7. Le texte de l'avant-projet peut être consulté dans le site du : DEPARTAMENT DE JUSTICIA, *Avantprojecte de llei de modificació de diverses lleis de dret civil en matèria d'adopció i tutela*. [En ligne], 2004, [www.gencat.net/justicia/justicia/dret_civil/informa/index.html] (12 mars 2005). Il a été approuvé par le gouvernement, mais pas encore débattu dans le Parlement.

des fondations ; le livre IV (successions), tout comme le livre II avec le droit de la famille, intègre les matières qui font partie du Code de successions ; le livre V réglemente le droit des biens et inclut les lois du Parlement déjà existantes sur cette matière, sans se limiter toutefois à celles-ci ; et, enfin, le livre VI traite du droit des contrats et doit inclure une réglementation autonome pour les contrats de consommation⁸.

Dans le but d'adapter la réalité juridique aux développements sociaux et à l'évolution de la société catalane, le gouvernement a créé en 2000 l'Observatoire du droit privé, qui, maintenant, est l'organisme chargé de la codification en Catalogne⁹. Dès sa constitution et jusqu'aux élections de l'année 2004, qui ont changé la composition et l'orientation du gouvernement, l'Observatoire était organisé autour d'un conseil rectoral, d'une direction exécutive et d'une commission de codification (art. 5 Décret 13/2000). Cette commission fonctionnait par l'entremise de sections particulières et d'une section plénière constituée de la réunion mixte des membres des différentes sections (art. 10 Décret 190/2000). Concernant les sections, elles étaient chargées de la révision du droit des successions, du droit de la famille et du droit patrimonial. Finalement, une section d'harmonisation coordonnait et révisait les propositions dans leur ensemble (art. 14 Décret 190/2000). En section plénière, était discutée et approuvée la version définitive des textes des propositions législatives (art. 12 *d* Décret 190/2000)¹⁰.

-
8. L'ancienne Section du droit patrimonial de la Comisión générale de codificación avait presque fini les travaux concernant le droit de contrats. Toutefois, elle n'en avait pas terminé l'étude avant les élections de 2004. Maintenant, le nouveau gouvernement ne donne pas priorité à cette tâche. Effectivement, l'idée est que la compétence législative espagnole sur les « bases des obligations contractuelles » (art. 149.1.8 CE) risquerait d'empêcher le succès d'une telle initiative législative catalane. Alors, le gouvernement applique encore le droit supplétif dans cette matière. Sans vouloir créer une polémique sur ce point, nous ne pouvons faire fi de l'idée que l'expression « bases des obligations » (théorie générale des obligations) n'équivaut pas à « bases des contrats ». Voir sur le sujet : F. BADOSA COLL, « La competència de la Generalitat i les bases de les obligacions contractuals », (article inédit) ; F. BADOSA COLL, « El futur Codi patrimonial: propostes innovadores », dans DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA (dir.), *Jornades « Cap a un codi civil de Catalunya »*, Barcelone, Departament de Justícia, 2001, p. 129, 133-134.
 9. *Decret 13/2000, de 10 de gener, de reestructuració parcial del Departament de Justícia*, DOGC n° 3059, 19 janvier 2000, 481-489, Préambule 2 : « òrgan que ha de facilitar l'assessorament, l'estudi, el debat i la divulgació de les accions de modernització i de codificació del dret civil català i de seguiment dels ordenaments jurídics privats autonòmic, estatal i europeu ». Voir aussi l'article 3, II du même décret. Également : *Decret 190/2000, de 29 de maig, sobre l'Observatori de Dret privat de Catalunya*, DOGC n° 3156, 7 juin 2000.
 10. Voir : M. MARTÍN CASALS, « El Codi civil de Catalunya en la cruïlla del Dret Privat europeu », (2002) 3 *Revista Jurídica de Catalunya* 633, 635 ; A. MIRAMBELL ABANCÓ, *loc. cit.*, note 6, 19-21.

Cependant, la structure de l'Observatoire a subi des modifications. Le Décret 266/2004, du 27 avril, *De regulació dels òrgans de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya*¹¹, a fait disparaître les sections et a créé une unique commission permanente au sein de la Commission de codification, qui est chargée de proposer les réformes législatives et qui, éventuellement, peut désigner des groupes de travail pour exécuter des tâches ponctuelles. C'est en session plénière que des propositions sont discutées.

2 Un code civil: pourquoi et comment ?

Il n'y a pas de codification du droit civil sans volonté politique. Même si le gouvernement actuel n'a pas commencé le travail de codification, heureusement les changements politiques survenus en Catalogne ne sont pas un obstacle à sa continuation¹².

Les raisons qui poussent à la rédaction et à l'adoption d'un code civil sont faciles à comprendre, d'autant plus qu'elles rejoignent celles qui ont été avancées par la doctrine québécoise lors de la codification et de la recodification de son droit civil. Certaines raisons sont purement techniques : la codification implique une simplification du droit et, par conséquent, elle augmente la sécurité juridique. D'autres motifs sont politiques : il existe une volonté d'exaltation de l'identité nationale, qui veut éviter le recours à un droit qui ne devrait pas s'appliquer en Catalogne. Ainsi, la codification du droit civil catalan a pour objet de freiner l'application du Code civil espagnol¹³, comme la codification du droit québécois voulait entraver l'invocation de la common law.

En outre, un code est l'instrument le plus approprié pour l'expansion et la projection des droits nationaux dans un contexte européen qui réclame l'harmonisation juridique. Bien qu'il s'agisse d'européaniser le droit civil catalan en incorporant l'acquis communautaire déjà existant¹⁴, il faut aussi prendre conscience de l'importance de la diffusion du droit propre et du rôle qu'il peut jouer comme modèle de droit comparé¹⁵. Alors, si l'Europe

11. *Decret 266/2004, de 27 d'abril, de regulació dels òrgans de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya*, DOGC n° 4122, 29 avril 2004.

12. Sur la relation entre volonté politique et codification, voir : R. CABRILLAC, *Les codifications*, Paris, PUF, 2002, p. 79-80, 160-169.

13. Dans ce sens, voir : Préambule I, 3 C.S.

14. S. ESPIAU ESPIAU, «Unification of the European Law of Obligations and Codification of Catalan Civil Law», dans H. MACQUEEN, A. VAQUER et S. ESPIAU ESPIAU (dir.), *Regional Private Laws & Codification in Europe*, Cambridge, University Press, 2003, p. 172, aux pages 184-187.

15. A. VAQUER ALOY, «La codificació del Derecho patrimonial en Catalunya: en busca de modelos comparados», (2001) 11 *La Notaria* 62, 88-90.

est à la poursuite d'une pensée juridique commune, les juristes catalans ne veulent pas être exclus de ce processus¹⁶. Force est donc de conclure que, au moment de codifier les règles de droit européennes, l'existence d'un code catalan aide à faire voir aux autres États qu'un autre droit existe et qu'il est possible de compter sur lui.

3 La forme et le fond du Code civil catalan

La codification suppose une révision générale de la législation, au-delà de la simple mise à jour des anciennes lois. Dans la plupart des cas, cette révision implique un changement des principes, dans le but de réconcilier le droit avec la société du moment, et une harmonisation des lois préexistantes. En outre, il faut donner une régulation *ex novo* de certaines matières, inexistantes auparavant. Cela comporte une réduction sensible du rôle de la tradition juridique catalane laquelle, par contre, a été le principal instrument d'interprétation et d'intégration du droit dans la Compilation de 1960. Cela ne suppose pas que l'interprétation historique des lois doive être exclue (art. 111-2 C.c.C.), mais ce n'est pas nécessairement l'histoire qui doit justifier ou légitimer les lois actuelles, ou les deux à la fois, comme l'ont considéré les juristes de la Compilation de droit civil de la Catalogne de 1960.

La codification catalane n'est pas une codification à *droit constant*, caractérisée par la cristallisation de lois et textes refondus et non par leur réforme. La fonction de réduction, de simplification et de reformulation du droit est absente de ce type de codification. En fait, la codification en Catalogne s'apparente davantage à l'expérience québécoise qu'à celle qui se déroule à l'heure actuelle en France¹⁷, bien que le législateur codifie en Catalogne pour la première fois, tandis qu'au Québec deux codes ont été déjà promulgués. Tout de même, il faut préciser que le législateur catalan va au-delà de la conception de la codification du XIX^e siècle, car «ce n'est pas possible de recueillir dans un seul corps légal toutes les lois civiles» et «les lois qui y sont recueillies n'ont pas un caractère permanent ou immuable» (Préambule, I, 2 C.c.C.). Certes, ces affirmations ne sont pas une nouveauté: il est plus qu'évident qu'un code civil ne peut pas être exhaustif, étant donné que les questions trop détaillées ou d'évolution sociale rapide ne font pas partie du contenu naturel d'un code, ni maintenant ni au siècle dernier. De plus, bien que les lois n'aient pas un caractère

16. Voir: S. ESPIAU ESPIAU, *loc. cit.*, note 14, 184-198.

17. Pour une critique de la «codification à droit constant», voir R. CABRILLAC, *op. cit.*, note 12, p. 49-53.

permanent ou immuable, un code devrait, au contraire, avoir cette vocation de permanence à partir de la généralisation des principes qu'il énonce.

3.1 Incomplet par exigence constitutionnelle

Le Code civil catalan présente deux types de lacunes : d'abord, celles qui relèvent du développement incomplet de la compétence en matière civile (le Parlement n'a pas encore légiféré dans tous les domaines dans lesquels il a la compétence) ; ensuite, celles qui sont imposées constitutionnellement. En effet, l'article 149.1.8 de la Constitution espagnole (CE) permet l'octroi de compétences en matière civile aux communautés autonomes qui possédaient un droit civil propre avant l'entrée en vigueur de la CE. Cependant, cet article établit une liste de matières réservées à l'État espagnol, soit les formes du mariage, les instruments publics, la tenue des registres de l'État civil, les bases des obligations contractuelles, les conflits de lois et les sources du droit (dans ce dernier cas, en tenant compte des particularités que peuvent établir les communautés autonomes). Ce n'est pas le moment de discuter longuement ici de ce sujet, mais il suffit d'indiquer que, malheureusement, l'interprétation de cet article est à la base de nombreux conflits, surtout à propos du contenu des « bases des obligations contractuelles » (théorie générale des obligations), que le Tribunal constitutionnel espagnol compare, à tort, aux contrats et à la responsabilité extracontractuelle¹⁸. La crainte d'une interprétation restrictive des pouvoirs dévolus à la Catalogne par le Tribunal constitutionnel a souvent freiné l'élan législatif du gouvernement catalan, ce qui a eu pour résultat l'abandon de la faculté de transposer des directives communautaires qui, comme cela est connu, portent pour la plupart sur le droit des obligations.

3.2 De rédaction ouverte

Pour le moment, la codification en Catalogne est sectorielle — elle se développe par matières — et ses lacunes sont provisionnelles, car, comme nous l'avons déjà indiqué, elle n'a pas encore épuisé les compétences qui lui sont attribuées. Le préambule de la loi instituant le *Code civil de la Catalogne*¹⁹ déclare que la principale aspiration du législateur est l'établissement d'un code « ouvert », et par son contenu et par sa structure, qui permette l'incorporation progressive des nouvelles lois (ajouts à venir dans ce code) ou des modifications aux autres parties déjà existantes, sans pour

18. S. ESPIAU ESPIAU, *loc. cit.*, note 14, 180-182.

19. *Llei 29/2002, de 30 de desembre. Primera llei del Codi civil de Catalunya*, DOGC n° 3798, 13 janvier 2003.

cela en touchant la systématique globale (Préambule, I C.c.C. et art. 6 C.c.C.). Toutefois, si le Code civil catalan a besoin d'une actualisation continue, comme le croit le législateur, ce n'est peut-être pas encore le moment de codifier. C'est-à-dire que le législateur n'est pas en train d'élaborer un code, mais une compilation de lois, par laquelle il veut que la numérotation des articles reste immuable. Le modèle hollandais, qui est souvent invoqué pour justifier le choix du législateur de codifier par étapes (Préambule, I, 4 C.c.C.), n'a pas suivi ce chemin, puisque, presque toujours, chaque étape du Code hollandais avait comme résultat un livre²⁰, qui dans certains cas, était précédé d'une partie générale (livre III, droit patrimonial). Bien au contraire, en Catalogne l'article 6.2 C.c.C. prévoit que chaque étape puisse se conclure par un résultat plus modeste comme un titre, un chapitre, une section ou une sous-section (d'accord avec la distribution interne établie par l'article 4 C.c.C.).

Jusqu'à aujourd'hui, le Parlement a déjà approuvé le livre premier du *Code civil de la Catalogne* (L. 29/2002). En plus, le groupe parlementaire *Convergència i Unió* (CiU) avait présenté une proposition de loi ayant pour objet d'approuver la deuxième loi du même code, dont la finalité était de soumettre le livre V qui porte sur le droit des biens²¹. Cependant, conséquence de la convocation d'élections, la proposition n'a pu être discutée au Parlement et elle est morte au feuillet.

Il est intéressant de remarquer qu'en aucun cas les livres proposés ne sont complets : le premier a seulement deux titres et le législateur a précisé qu'il pourra être développé à l'avenir (Préambule, II, 1 L. 29/2002). De son côté, la proposition de loi présentée établissait la structure du livre V et introduisait directement dans le Code civil catalan la réglementation complète des titres 1, 2, 3 et 5. Néanmoins, d'autres restaient inachevés (les livres IV et VI). Certains aspects réglés auparavant dans la Compilation de 1960 et dans d'autres lois spéciales, au lieu d'être incorporés dans le Code civil catalan, devaient faire l'objet d'un texte refondu (Préambule, *in fine*). Voilà qui constitue un exemple frappant de ce que nous pourrions qualifier de mauvaise technique législative.

20. A. HARTKAMP, «Civil Code Revision in The Netherlands 1947-1992», dans P.P.C. HAANAPPEL et E. MACKAAY (dir.), *New Netherlands Civil Code: Patrimonial Law*, Deventer-Boston, Kluwer, 1990, p. XIII, aux pages XIV-XVI ; repris maintenant par M. MARTÍN CASALS, *loc. cit.*, note 10, 633, 657, pour justifier la même méthode en Catalogne.

21. Concernant la proposition de loi, voir *supra*, note 6.

En outre, le fait de justifier la structure ouverte du Code civil catalan sur la possibilité de modification nous semble trop évidente. Il faut chercher à savoir si les principes qui inspirent ce code permettent qu'il soit « ouvert », et jusqu'à quel point. Ce n'est pas une question de flexibilité, mais plutôt de conception idéologique du contenu du terme « codification ».

3.3 De la rénovation d'anciens contenus et des innovations

Certains soutiennent qu'un « code ouvert », outre qu'il n'est pas adopté par une loi unique (art. 6.1 C.c.C.), implique aussi qu'il ne s'agit pas d'un code de nouvelle régulation intégrale (art. 6.3 C.c.C.)²². Par cela, on veut insister sur l'idée que le *Code civil de la Catalogne* refond et modifie des normes déjà existantes (art. 6.4 C.c.C.), qui seront incluses dans chacune de ses parties (art. 6.5 C.c.C.).

C'est certainement le cas du livre premier, au sujet des sources du droit et de l'effet des lois, qui reprend les dispositions de l'article 1.2 et la disposition finale n° 4 de l'ancienne Compilation de 1960 et des articles 7.2 et 26.3 du Statut d'autonomie de la Catalogne. Cependant, dans ce même livre et titre 1, des dispositions sont complètement nouvelles, notamment celles qui expriment les principes généraux du droit civil catalan et qui traitent de la régulation positive du principe de liberté civile, de l'exercice non abusif ou antisocial des droits, de l'interdiction de *venire contra factum proprium* ou, dans le titre 2, les effets du temps sur l'extinction des prétentions, pouvoirs ou facultés (prescription et caducité) sont complètement nouveaux. Le contenu de l'ancien avant-projet ou proposition de livre V (droit des biens) est aussi nouveau, puisqu'il incorpore beaucoup d'innovations par rapport au droit existant jusqu'à présent dans le droit civil catalan (par exemple, l'administration des biens d'autrui ou la fiducie, dont nous traiterons plus loin). Cela démontre que le Code civil catalan ne se borne pas à être tout simplement un code de « refontes ».

3.4 Avec une systématique nouvelle

Le Code civil catalan est structuré en six livres et des dispositions additionnelles, transitoires et finales (art. 2 C.c.C.), dont le contenu a été présenté plus haut.

Ce code comprend l'introduction de plusieurs innovations : d'abord, le législateur abandonne la structure traditionnelle des codes européens, composés de trois ou cinq livres, en faveur d'une structure en six livres — sans cependant atteindre les dix livres du *Code civil du Québec*. Ensuite,

22. M. MARTÍN CASALS, *loc. cit.*, note 10.

d'après le modèle du Code civil espagnol, les dispositions préliminaires qui ouvrent le livre I, titre 1 incluent le système de sources du droit et les dispositions d'interprétation et d'application du droit. Au Québec, au contraire, ces dispositions restent en dehors du Code civil et sont intégrées dans la *Loi d'interprétation*²³.

De plus, comme nous l'avons déjà signalé, le Code civil catalan suit une numérotation des articles qui permet l'actualisation périodique, d'après le modèle des États-Unis, de la France ou des Pays-Bas²⁴. Par conséquent, les articles sont numérotés avec deux nombres séparés d'un tiret, pour indiquer d'abord le livre, le titre et le chapitre (les trois chiffres du premier nombre) et ensuite le numéro de l'article dans chaque chapitre (art. 5 C.c.C.).

4 Le Code civil québécois comme modèle de droit comparé

Le *Code civil du Québec* n'est pas le seul modèle utilisé pour la rédaction du *Code civil de la Catalogne*, de la même façon que le législateur québécois a puisé à plusieurs sources pour élaborer son code²⁵.

En Catalogne, le Code québécois joue un rôle particulièrement important en matière de droit des biens, au moins dans l'actuel avant-projet du futur livre V. Bien que ce livre ait déjà été élaboré par la Section du droit patrimonial de l'Observatoire, son étude n'est pas prévue dans un avenir immédiat et, de plus, ses contenus présenteront sûrement quelques différences par rapport à ce qui a déjà été rédigé, puisque les changements à l'échelle gouvernementale laissent prévoir que les travaux entamés ne seront pas repris entièrement par les partis qui sont aujourd'hui au pouvoir. Néanmoins, nous ferons référence à ces travaux dans l'analyse qui suit puisque, au moment où nous écrivons ces lignes, ce sont les documents les plus récents en la matière. Rappelons que, à la suite des résultats des élections de mars 2004, qui ont changé la composition et l'orientation du gouvernement, l'Observatoire n'a pas encore eu le temps de prévoir une

23. *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16. P.-A. CRÉPEAU, « Les enjeux de la révision du Code civil », dans A. POUPART (dir.), *Les enjeux de la révision du Code civil. Colloque sur la révision du Code civil*, Montréal, Faculté de l'éducation permanente de l'Université de Montréal, 1979, p. 11, à la page 18; A.-F. BISSON, « Effet de codification et interprétation en droit civil québécois », (1986) 40 *Revue juridique et politique, indépendance et coopération* 521, 529.

24. Pour plus de détails : M. MARTÍN CASALS, *loc. cit.*, note 10, 658-660.

25. P.-G. JOBIN, « Le droit comparé dans la réforme du *Code civil du Québec* et sa première interprétation », (1997) 39 *C. de D.* 477; P.H. GLENN, « Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec », dans JOURNÉES MAXIMILIEN-CARON, *Le nouveau Code civil : interprétation et application. Les journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Presses de l'Université/Thémis, 1992, p. 177.

nouvelle planification législative, et il est dès lors impossible de s'attendre à des résultats immédiats.

Il est important maintenant d'analyser les raisons qui poussent le législateur catalan à importer certaines institutions puisées dans la législation québécoise dans les lois civiles catalanes. Il existe au moins deux justifications possibles : premièrement, à cause des nouveautés qu'incorpore le Code québécois et, deuxièmement, parce que la société à qui est destiné ce dernier code présente une réalité sociale, politique et historique (d'oppression) très analogue à celle de la société catalane. Dans les deux cas, l'idée de promulguer un code civil répond en grande mesure à une revendication nationale.

En effet, lors de sa rédaction, le *Code civil du Bas Canada* avait été conçu comme un instrument essentiellement technique qui rationalisait le droit et restait éloigné de tout sentiment politique d'affirmation nationale. Néanmoins, l'argument du nationalisme a été employé *a posteriori* pour justifier la codification. Le binôme Code civil — nation (francophone ou québécoise) est un argument politique qui n'apparaît qu'après le moment où commence le débat sur le projet de fédération entre les provinces²⁶. Et, bien entendu, étant donné sa pertinence, ce discours sur le caractère distinct d'une société déterminée et la codification comme signe qui l'identifie et la fait différente ne sera plus abandonné jusqu'à aujourd'hui²⁷.

La situation en Catalogne n'est pas très différente. En 1918, la Mancomunitat de Catalunya a décidé de convoquer une assemblée pour normaliser la vie juridique catalane, et ainsi défendre le droit civil catalan devant les agressions des juges castillans. Cela a été une des raisons qui ont déclenché la proposition de codification des règles de droit applicable en Catalogne, mais l'initiative a pris fin avec la dictature de Franco. La préservation du droit propre catalan moyennant la codification pour éviter l'application incorrecte du droit espagnol à titre de droit supplétif subsiste encore de nos jours (Préambule C.S., I, 2).

26. À ce sujet : S. NORMAND, «La codification de 1866 : contexte et impact», dans P.H. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 43, aux pages 59-62; J.E.C. BRIERLEY, «Quebec's Civil Law Codification. Viewed and Reviewed», (1968) 14 *R.D. McGill* 521, 527-533.

27. P. GARANT, «Code civil du Québec, Code de procédure civile et société distincte», (1996) 37 *C. de D.* 1141; J.E.C. BRIERLEY, «The Renewal of Quebec's Distinct Legal Culture: The New *Civil Code* of Quebec», (1992) 42 *U.T.L.J.* 484, 502-503.

5 Quelques institutions empruntées : la Disposition préliminaire

Le rôle du *Code civil du Québec* comme lieu d'expression du droit commun est reconnu dans une disposition préliminaire. Par cet énoncé, le législateur québécois a voulu souligner la portée des principes qui y sont formulés et montrer la place centrale occupée par le Code civil dans la législation québécoise²⁸, ainsi que l'a confirmé récemment la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Prud'homme c. Prud'homme*²⁹.

Le fait que le Code civil québécois édicte « le droit commun », même quand il existe une législation fédérale qui touche le droit privé, met en évidence la valeur de ce code et sa conception de la part du législateur. D'un côté, l'expression indique que ce code n'épuise pas toutes les situations possibles³⁰. Il doit être donc complété par les lois spéciales et est donc supplétif à ces mêmes lois³¹. À l'inverse, la valeur de droit commun du Code civil laisse voir que ses principes s'appliquent toujours, quand il n'y a pas de réglementation spéciale sur une matière ou quand elle présente des lacunes. Le Code civil incorpore les principes des réglementations spéciales³² qui sont, à l'origine, nées en-dehors de ce dernier. D'un autre côté, le Code civil comme expression du droit commun implique qu'il intègre des règles historiques. De fait, ses institutions n'ont pas de sens si n'est pas considéré le droit antérieur partiellement contenu dans le *Code*

28. J.E.C. BRIERLEY, « The Civil Law in Canada », (1992) 84 *Law Libr. J.* 159, 163; J.E.C. BRIERLEY, « Quebec's Common Laws (droits communs): How Many Are There? », dans E. CAPARROS (dir.), *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 109, aux pages 122-123; A.-F. BISSON, « Dualité de systèmes et codification civiliste », dans INSTITUT CANADIEN D'ÉTUDES JURIDIQUES SUPÉRIEURES: JOURNÉES LOUISIANAISES, *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec. Actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1991*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 39, à la page 45; plus récemment: A.-F. BISSON, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec », (1999) 44 *R.D. McGill* 539. Voir aussi la contribution de M. CANTIN CUMYN, « Les innovations du *Code civil du Québec*, un premier bilan » dans le présent numéro.

29. *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 682.

30. J.-L. BERGEL, « Spécificités des codes et autonomie de leur interprétation », dans JOURNÉES MAXIMILIEN-CARON, *op. cit.*, note 25, p. 5, aux pages 7 et 8; D. LE MAY, « The Quebec Legal System: An Overview », (1992) 84 *Law Libr. J.* 189, 193; L. LANGEVIN et D. PRATTE, « Du Code civil du Bas Canada au nouveau Code civil du Québec: l'influence de la codification française », dans P.H. GLENN (dir.), *op. cit.*, note 26, p. 63, aux pages 76-77.

31. R. CABRILLAC, « Le nouveau Code civil du Québec », D.1993.chron.267, 269; A. BISSON, « Nouveau Code civil et jalons pour l'interprétation: traditions et transitions », (1992) 23 *R.D.U.S.* 1, 8 et 9; A.-F. BISSON, *loc. cit.*, note 28, 46.

32. L. LANGEVIN et D. PRATTE, *loc. cit.*, note 30, 82.

civil du Bas Canada et aussi partiellement développé par la doctrine et la jurisprudence³³.

Quelle signification cette disposition préliminaire acquiert-elle en Catalogne relativement au droit du Code civil espagnol? En Espagne, le droit civil est aussi un droit à caractère commun ou général, et ce droit se ramifie en d'autres droits qui constituent des droits privés spéciaux en raison de la matière: le droit commercial, le droit du travail, le droit agraire. Le droit commun, général, servirait alors pour combler leurs lacunes, comme droit supplétif, de même que le Code civil québécois le fait pour les autres matières non rattachées au droit civil³⁴. Toutefois, l'expression «droit civil général ou commun» est employée aussi pour exprimer la relation entre le droit civil de l'État espagnol et le droit civil des différentes communautés autonomes. En effet, ce terme s'emploie souvent en opposition au «droit civil spécial». À ce sujet, l'idée est de rappeler que le droit catalan est d'application préférentielle (art. 26.1 Statut d'autonomie de la Catalogne; art. 111-5 C.c.C.), sauf pour les matières réservées à l'État espagnol, qui sont d'application directe générale (art. 13.1 Code civil espagnol; art. 149.1.8 Constitution espagnole).

L'article 111-4 du Code civil catalan établit formellement, pour ce qui tient au droit civil catalan, le caractère de droit commun du droit codifié. Par conséquent, en Catalogne, les dispositions de droit civil catalan sont la principale source de droit civil, et le *Code civil de la Catalogne* est un «droit commun général», car il est supplétif quand il existe une lacune dans les autres lois catalanes; à n'en pas douter, ce code complète les lois spéciales³⁵. Il est le droit commun en Catalogne, de la même façon que le Code civil espagnol joue ce rôle pour le reste de l'Espagne.

Dans cette matière, l'influence de la disposition préliminaire du Code civil québécois est évidente, car cette disposition n'a pas d'équivalent dans d'autres codes. Tout de même, la déclaration du Code civil catalan

33. J.E.C. BRIERLEY, «Quebec's Common Laws (droits communs): How Many Are There?», *loc. cit.*, note 28, 118-120, à propos de la valeur historique du «droit commun». Sur le recours au Code civil abrogé pour l'interprétation du nouveau: M. CANTIN CUMYN, «Le recours à l'ancien Code pour interpréter le nouveau», dans JOURNÉES MAXIMILIEN-CARON, *op. cit.*, note 25, p. 163; A. MAYRAND, «Le recours aux précédents comme moyen d'interprétation du nouveau Code civil», dans JOURNÉES MAXIMILIEN-CARON, *op. cit.*, note 25, p. 253.

34. Voir: M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 33.

35. F. BADOSA COLL, dans F. BADOSA COLL (dir.), *Manual de Dret civil català*, Madrid-Barcelone, Marcial Pons, p. 69; A. MIRAMBELL ABANCÓ, «Notes a la primera llei del Codi civil de Catalunya», (2003) 104 *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña* 163.

n'entraîne pas que le droit civil de l'État espagnol cesse d'être supplétif en Catalogne. En fait, il reste supplétif, par l'effet de l'article 149.3 de la Constitution espagnole et de l'article 4.3 du Code civil espagnol, mais le droit civil catalan codifié s'interpose dans l'ordre d'appel à ce droit supplétif (art. 111-5 C.c.C.).

Néanmoins, l'État espagnol avait contesté la loi qui approuve l'élaboration d'un code civil catalan en argumentant qu'il n'y a pas d'autre droit commun que le droit contenu dans le Code civil espagnol³⁶. C'est la même opinion que défend avec détermination une partie de la doctrine espagnole (non catalane)³⁷.

6 Quelques institutions pour l'avenir

6.1 En relation avec le droit de la personne

Certaines dispositions du Code civil québécois sur le droit de la personne ont influé sur le droit civil catalan, sans que le législateur catalan les ait adoptées de façon systématique. Par exemple, l'article 2 du Code civil québécois, reconnaît la propriété et ses caractéristiques comme droit subjectif : il s'agit ici d'un concept qui inspire l'article 512-1 et 2 av. pr. C.c.C., dont les motifs affirment que la règle s'appuie sur l'article précité et aussi sur les articles 302, 911 et 1260 C.c.Q. Il faut signaler toutefois que, si le Code civil québécois prévoit la disposition à ce sujet dans le livre sur les personnes, le Code civil catalan la situe dans la sphère du droit des biens.

De la déclaration de l'article premier du *Code civil du Québec*, selon laquelle « tout être humain possède personnalité juridique³⁸ », le législateur québécois dégage la reconnaissance de la titularité individuelle des droits civils qui, dans certains cas, peuvent être exercés à travers un régime de représentation ou d'assistance (art. 4 et art. 153 C.c.Q. et suiv.). Du point de vue des charges tutélaires pour les majeurs, le législateur établit trois institutions qui développent ces fonctions : la curatelle, la tutelle et le conseil (art. 258.1 C.c.Q.). La curatelle implique un régime de représentation (art. 281 C.c.Q.), et le conseil, un régime d'assistance (art. 291 C.c.Q.), alors

36. Pour un commentaire critique favorable : J. EGEA FERNÁNDEZ, *Codificació civil i competència legislativa de la Generalitat de Catalunya*, [En ligne], 2005, [www.indret.com/res_articulos_DCat/cat/dc08.pdf] (13 mars 2005).

37. R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, « Código civil », (2004) 6 *Aranzadi Civil* 11 [Tribuna].

38. L'équivalent en Catalogne se trouve en matière de successions, concrètement dans l'article 9 C.S. : « tenen capacitat per a succeir totes les persones nascudes o concebudes al temps de l'obertura de la successió i que sobrevisquin al causant ».

que la tutelle permet de combiner les deux contenus (art. 288.2 C.c.Q.)³⁹. Malgré les influences significatives du Code civil québécois sur le Code de la famille en Catalogne⁴⁰, le législateur catalan n'a pas été aussi innovateur que le législateur québécois. Le Code de la famille n'a en effet que deux régimes de protection : le régime de représentation pour les mineurs et les majeurs inaptes qui ont besoin d'un tuteur (art. 167.2 a, 209, 213 et suiv., 218 et suiv. C.F.) et le régime qui offre un complément de capacité au majeur protégé, assisté d'un curateur (art. 167.2 c, 237 c, 245 C.F.).

En outre, le Code de la famille ne prévoit pas la possibilité de conjuguer des régimes différents dans une même institution. Le législateur catalan a préféré ne pas s'éloigner de la réglementation traditionnelle en Catalogne, qui est dans ce cas analogue à celle du Code civil espagnol.

Cependant, une réglementation rigide des institutions n'aboutit pas à des solutions satisfaisantes, comme le prouve la jurisprudence quand elle accorde la garde au curateur dans les cas de restriction partielle de la capacité d'agir. C'est une faculté que, cependant, la loi n'accorde qu'au tuteur⁴¹. Par conséquent, pour avoir un code réellement utile, l'adaptation du Code de la famille à la nouvelle structure du Code civil catalan exige une conception réformiste analogue à celle du Code civil québécois. Le législateur catalan aurait dû également suivre l'exemple du législateur québécois pour incorporer le mandat en cas d'incapacité (art. 2131, 2166 C.c.Q.) au livre VI de l'avant-projet sur les contrats, au lieu de se contenter de réglementer l'extinction d'un tel mandat, en présupposant son existence (art. 652-14.2 av. pr. C.c.C.)⁴². L'institution est sans doute souhaitable à l'instar de la

39. É. DELEURY et D. GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, n^{os} 331 et suiv., 390 et suiv., 662 et suiv.

40. Il suffit de lire quelques dispositions pour se rendre compte que la rédaction se ressemble beaucoup, même si parfois elles se trouvent dans un contexte différent : art. 167.1 C.F. = art. 256.1 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après cité : «C.c.Q.») ; art. 169 C.F. = art. 210 C.c.Q. ; art. 167 C.c.Q. = art. 217.1 C.F. ; art. 218 C.F. = art. 260.1 C.c.Q. ; art. 240 C.F. = art. 268 C.c.Q. De plus, il est possible que la réglementation du Conseil de tutelle dans le C.F. (art. 226-236) soit fondée sur l'institution du C.c.Q. du même nom (art. 222-232).

41. Trib. Sup. just. Cat. 8 octobre 2001 (Repertorio Jurídico Aranzadi 2002/6960).

42. Art. 652-14.2 : « en el cas d'incapacitació del mandant el contracte no s'extingeix quan s'ha establert la continuïtat o s'ha celebrat per al cas d'incapacitat apreciada conforme a allò determinat pel mandant ». La proposition a été rédigée, conformément à la réglementation du contrat de mandat, par l'ancienne Section de droit patrimonial de l'Observatoire de droit privé de la Catalogne. Elle n'est pas publique : nous ne connaissons son contenu que grâce à l'amabilité de son ancien président, le professeur Antoni Mirambell, que nous remercions à nouveau. Comme nous l'avons déjà annoncé (*supra*, note 8), il est difficile de prévoir le destin de toute la réglementation qui concerne le livre VI, puis qu'il n'est pas sûr que le nouveau gouvernement veuille aborder la codification dans le domaine des contrats, vu les énormes problèmes que comporte toujours la détermination

réglementation du testament biologique⁴³ et de l'autotutelle (art. 172 C.F.), car elle suppose l'autonomie de la volonté du sujet dans la détermination de celui qui devrait gérer les affaires personnelles et comment elles devraient l'être au moment où une personne n'est plus capable de s'en charger⁴⁴. Cependant, bien que ce soit le cas au Québec, il n'est pas recommandable qu'en droit catalan l'exécution d'un tel mandat exige la restriction de la capacité d'agir du mandant⁴⁵. Il serait préférable de s'abstraire de cette exigence, surtout quand il s'agit de personnes âgées qui, malgré des facultés affaiblies (ce qui nécessite la présence d'un mandataire), conservent encore certaines de leurs facultés physiques et mentales. En Espagne, la restriction de la capacité implique un procès, souvent perçu comme infamant et dénigrant, qui aggrave la situation de marginalité sociale du sujet.

6.2 En relation au droit des biens

6.2.1 L'administration du bien d'autrui

Le titre VII du livre IV du *Code civil du Québec* (art. 1299-1370), relatif à l'administration du bien d'autrui, est une innovation dans les codifications contemporaines. Comme l'ont fait les Pays-Bas (art. 126-165)⁴⁶ ou la Russie (art. 209.4 et 1012-1024)⁴⁷, la Catalogne a aussi adopté des dispositions de même nature dans l'avant-projet de livre V de son code⁴⁸.

de la compétence sur les « bases des obligations » qui appartient exclusivement à l'État espagnol.

43. *Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica*, DOGC n° 3303, 11 janvier 2001, p. 464 et suiv.; correction d'erreurs : DOGC n° 3353, 22 mars 2001, p. 4211, art. 8.
44. Voir : C. FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *R. du B. can.* 951.
45. À propos de son adoption en Espagne : E. ARROYO I AMAYUELAS, « Del mandato « ordinario » al mandato « de protección » », (2004) 49 *Rev. Jur. del Notariado* 9.
46. A.S. HARTKAMP, « Das neue niederländische Gesetzbuch aus europäischer Sicht », (1993) *Rabels Zeitschrift* 664, 677 ; A.S. HARTKAMP, *loc. cit.*, note 20, XXXI. Les articles restent encore sans contenu, puisque le livre auquel ils appartiennent n'est toujours pas achevé.
47. A.L. MAKOVSKY et S.A. KHOKHLO, dans P.B. MAGGS (dir.), *The Civil Code of the Russian Federation: Parts 1 and 2*, Londres, 1997, p. I, LXXXV, CV.
48. Comme M. CANTIN CUMYN, « L'administration des biens d'autrui dans le Code civil du Québec », (2003) 3 *Revista Catalana de Dret Privat* 17, 26, l'avait suggéré, ces règles s'appliquent cependant à bien d'autres institutions : « le thème recoupe presque toutes les matières de droit privé. On pourrait aussi bien le placer entre le droit des personnes et le droit des biens, en faire un livre en soi ou l'inclure dans une partie préliminaire. À chacun de choisir sa propre solution. » Récemment, voir A. MIRAMBELL, « La administración de bienes o patrimonios ajenos : un proyecto de regulación en el derecho Civil de Cataluña », dans M. Garrido Melero et J.M. FUGARDO ESTIVILL (dir.) *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. I, Barcelone, Consejo General del Notariado et Bosch ed., 2005, p. 139-203.

La nouveauté réside dans le regroupement et la systématisation de toutes les dispositions sur l'administration du bien d'autrui⁴⁹, indépendamment de la source de légitimation (volontaire, légale ou judiciaire) de celui qui doit administrer (art. 1299 C.c.Q., art. 513-2 av. pr. C.c.C.), que ce soit un bien particulier ou un patrimoine complet (art. 1299 C.c.Q., art. 513-3 av. pr. C.c.C.). La finalité est d'accorder à l'administration un régime juridique unitaire et supplétif à la fois (art. 1299 C.c.Q., art. 513-1 av. pr. C.c.C.)⁵⁰. Au Québec, il s'agissait notamment de combler les lacunes dans la réglementation de la gestion des administrateurs de sociétés commerciales⁵¹. En Catalogne, le but de l'institution n'est pas spécifié, mais il est clair qu'elle veut également combler les lacunes dans la réglementation de certaines situations d'administration des biens (tutelle, autorité parentale, exécution testamentaire, mandat, fiducie, administration héréditaire des biens des mineurs ou des handicapés, etc.) et, par conséquent, éviter les contradictions et les incohérences que provoque l'application de dispositions à une situation pour laquelle ces dernières n'ont pas été conçues.

Les nouvelles dispositions reposent sur une base théorique qui établit des distinctions entre les concepts de « capacité », de « légitimation », de « pouvoir » ou de « fonction ». L'emploi de ces deux derniers termes a pour objet de restreindre la liberté d'action de l'administrateur. L'administration est une « fonction » et les « pouvoirs » de l'administrateur des biens d'autrui doivent y rester subordonnés⁵².

Les codes du Québec et de la Catalogne donnent une description du statut juridique de l'administrateur des biens d'autrui : ils établissent ses devoirs et ses facultés, la diligence qu'il doit employer, les règles de fonctionnement commun s'il y a plus d'un administrateur, et la portée de sa légitimation (extension, types d'actes, efficacité et responsabilité). Ces deux

49. M. CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 91 : « Il s'agit somme toute de donner effet à l'idée que le titre 7^e énonce le droit commun applicable aux personnes investies de pouvoirs sur des biens. » La même idée se trouve dans : M. CANTIN CUMYN, *loc. cit.*, note 48, 17, 19, 23.

50. M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 49, p. 56 : « L'innovation consiste alors à offrir une première codification du régime juridique de l'administration du bien d'autrui » ; M. CANTIN CUMYN, *loc. cit.*, note 48, 17, 19.

51. M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 49, p. 44. Tout de même, l'auteur met en évidence (p. 64) le paradoxe qu'implique le fait que la désignation de l'« administrateur du bien d'autrui » ne sert pas à désigner l'administrateur d'une personne morale, qui se verrait réserver le nom de mandataire (art. 321 C.c.Q.). Voir aussi les réflexions critiques de l'auteur dans son article intitulé : « Les innovations du *Code civil du Québec*, un premier bilan », dans le présent numéro.

52. Pour des réflexions à ce propos dans le droit civil québécois : M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 49, p. 64-67 et 69 et suiv. ; M. CANTIN CUMYN, *loc. cit.*, note 48, 19 et suiv.

codes exigent que la fonction s'exerce dans l'intérêt d'autrui. Cependant, cela n'exclut pas que le bien administré appartienne partiellement à l'administrateur, comme dans le cas de la communauté ordinaire de biens, la société civile ou le régime économique matrimonial de séparation de biens (art. 513.2 av. pr. C.c.C.).

Quant au contenu, les deux codes parlent de « conservation ». Notons que la « conservation » ne s'oppose pas à l'« administration » mais à la « liquidation ». Celle-ci implique une extinction des droits et obligations et, essentiellement, des dettes (partage de la succession, liquidation du régime matrimonial, liquidation du patrimoine du débiteur insolvable)⁵³, alors que l'administration a comme objet la subsistance de certains biens (simple conservation) ou leur productivité (administration dans le sens strict). L'article 513-2 av. pr. C.c.C. l'exprime à partir des termes « conserver » ou « exploiter ».

L'administration peut se réaliser dans sa modalité ordinaire ou extraordinaire (art. 513-5 av. pr. C.c.C.), termes qui correspondent à l'administration « simple » ou « pleine » du Code civil québécois (art. 1301 et suiv., 1306 et suiv.)⁵⁴. Cette classification est établie à partir de l'impact sur le patrimoine et le risque que celui-ci subit. L'administration ordinaire a pour objet la conservation et la protection des biens d'un patrimoine, et l'obtention des revenus qu'ils produisent en tenant compte de la destination économique de celui-ci. L'article 513-6.3 av. pr. C.c.C. donne quelques exemples d'administration : obtention de fruits et rentes, exercice de droits et actions inhérentes aux biens ou aux valeurs immobiliers administrés, perception de crédits et paiement des dettes, investissements prudents, réalisation de dépenses ordinaires, substitutions de biens qui perdent leur valeur par l'effet du temps.

Malgré tout, l'administration est une activité économique et elle réclame donc parfois l'aliénation, et ce, surtout pour les biens qui peuvent subir une détérioration (fruits). Cette vente représente un acte de disposition du point de vue juridique, mais qui, du point de vue économique, revient à un acte d'administration (art. 513-6.2 av. pr. C.c.C.). Si, au contraire, l'administrateur dispose de capital (par exemple, si l'administrateur constitue un usufruit), l'acte doit être qualifié comme acte de disposition (art. 513-7.4 av. pr. C.c.C.).

53. Sur la gestion du patrimoine successoral : J. BEAULNE, *La liquidation des successions*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 289-307 ; M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 49, p. 195.

54. M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 49, p. 164 ; M. CANTIN CUMYN, *loc. cit.*, note 48, 22 ; J. BEAULNE, *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 171-172.

Le concept d'administration «extraordinaire» inclut les actes de disposition (dans le sens économique et non juridique) qui, en général, ont besoin d'une légitimation formelle de la part de celui qui accorde le pouvoir d'administration ou bien d'une autorisation judiciaire (art. 513-7.2 et 3 av. pr. C.c.C.). Dans ce cas, l'administrateur peut accomplir tous les actes qui entreraient dans le concept de *de riguroso dominio* (actes de propriétaire) (art. 1713 C.c. espagnol). Il peut donc aussi changer la destination économique des biens (formellement interdite dans le cas de l'administration ordinaire par l'article 513-6.1 et permise pour l'extraordinaire par l'article 513-7 av. pr. C.c.C.). L'article 513-7.4 av. pr. C.c.C. établit une liste non exhaustive des actes qui peuvent être considérés comme de disposition. En fait, l'article se limite à décrire les actes pour lesquels les titulaires de l'autorité parentale et le tuteur ont besoin d'une autorisation judiciaire (art. 151, 212 C.F.).

6.2.2 La fiducie

L'exigence sociale en vue de développer une réglementation de la fiducie est en croissance constante⁵⁵. Au sein de l'ancienne Section de droit patrimonial de l'Observatoire, une commission avait été créée précisément pour l'analyse de la question en 2002⁵⁶. Malgré la rédaction d'un texte articulé autour du patrimoine fiduciaire, le gouvernement n'a manifesté finalement que peu d'intérêt à le prendre en considération.

Le Code civil québécois avait joué un rôle important dans la rédaction du texte mentionné, car, devant le modèle anglo-saxon du *trust*, la fiducie québécoise présente l'avantage d'éviter le dédoublement des titres de propriété sur les biens touchés⁵⁷.

Outre les nombreuses similarités, il existe aussi quelques différences entre la réglementation catalane et la québécoise.

55. Voir les considérations des juristes de la pratique dans : E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El Québec : un model de dret comparat per a Catalunya*, Barcelone, Universidad de Barcelona, Servicio de Informacion y Publicaciones, 2001, p. 143. Et récemment, à propos des fonds d'investissement : S. NASSARRE AZNAR, *Securitisation & Mortgage Bonds : Legal Aspects and Harmonisation in Europe*, Saffron Walden, Gostick Hall Publications, 2004, p. 96.

56. Sur les bases théoriques des fondements de la fiducie en Catalogne : F. BADOSA COLL, «La constitució de patrimonis fiduciaris en el Dret català», (2002) 5 *La Notaria* 15.

57. Sur le nouveau fondement de la fiducie : J. BEAULNE, *op. cit.*, note 54, p. 11 et suiv. ; J. BEAULNE, «La fiducie et le droit civil québécois», dans E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *op. cit.*, note 55, p. 101-124 ; M. CANTIN CUMYN, «La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires», dans M. CANTIN CUMYN (dir.), *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, xv^e Congrès international de droit comparé (Bristol 1998), Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 11.

Une d'entre elles fait référence à la constitution d'une fiducie. L'article 1260 du Code civil québécois exige un acte de transmission comme condition *sine qua non* pour constituer une fiducie (« transfère des biens qu'il affecte à un autre patrimoine qu'il constitue »)⁵⁸. Toutefois, en Catalogne, pour affecter des biens à une certaine finalité ou en faveur de certaines personnes, il n'est point nécessaire de recourir au titre ou à un acte translatif ou d'attribution et, encore moins, de feindre que des biens sont transmis à un patrimoine qui n'existe en réalité qu'à partir de l'affectation que fait le constituant. C'est pour cela que le législateur considère, en Catalogne, que le constituant réalise en fait un acte unilatéral de destination (de disposition), à travers lequel il lie des biens qui lui appartiennent (art. 514-1, 514-6 av. pr. C.c.C.). Le droit civil catalan ne régleme pas la fiducie à partir de la nature attributive de l'acte d'affectation — et donc aussi du contrat — et évite aussi de l'identifier avec la donation (à la différence de l'article 1262 du Code civil québécois). En effet, l'acte de constitution de la fiducie ne comporte pas un enrichissement : il n'y a pas de récepteur des biens. Ainsi, personne ne peut exiger l'apport de fonds. Le fiduciaire n'accepte que la charge d'administrer. Cette acceptation est une condition de perfection de l'acte qui, dès lors, devient irrévocable et crée un droit en faveur de ses bénéficiaires (art. 514-6, 514-9 av. pr. C.c.C.). C'est alors que la dépossession matérielle du constituant est essentielle (art. 514-6,1 av. pr. C.c.C.).

En outre, l'acceptation des bénéficiaires n'est pas une condition d'efficacité essentielle de l'acte, étant donné que ceux-ci n'interviennent pas dans sa constitution. Leur acceptation se présume (art. 514-9,1 av. pr. C.c.C.), mais comme pour les legs d'efficacité réelle (*per vindicationem*), le bénéficiaire maintient la faculté de répudier (art. 253.2, 267.1 C.S.). Naturellement, si celui qui renonce en est le seul bénéficiaire, la fiducie s'éteint et les biens reviennent au constituant ou à ses héritiers (art. 514-12,3 av. pr. C.c.C.).

Quant aux formes de constitution, il est admis, comme pour le droit québécois, qu'elle soit volontaire (*mortis causa* ou *inter vivos*), légale ou judiciaire (art. 514-1 a.-p. C.c.C.).

Parmi les applications de la fiducie *mortis causa*, une des plus avantageuses est celle qui permet aux parents d'établir un système d'administration des biens destinés à leurs enfants majeurs et non incapables. En effet, un testateur devrait pouvoir laisser à ses héritiers les rentes de ses biens, en évitant que ce ne soient eux qui les administrent, puisque de la même

58. Voir : J. BEAULNE, *op. cit.*, note 54, p. 99 ; M. CANTIN CUMYN, « L'acte constitutif d'une fiducie », dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, p. 648.

façon que l'article 166 du Code de successions permet de leur interdire de disposer des biens, il devrait aussi accorder la possibilité de leur imposer une certaine modalité d'administration. De nos jours, cependant, il n'existe aucun instrument qui permette cela.

La fiducie *inter vivos*, quant à elle, ouvrirait la porte à de nombreuses applications dans le monde commercial et serait aussi un mécanisme très utile pour les particuliers, en leur permettant d'éviter l'agression des créanciers comme le prévoit le Code civil québécois. Même s'il est évident que ce type de fiducie ne peut pas être utilisé avec une finalité frauduleuse (art. 1292 C.c.Q.), cette institution a trouvé de nombreux obstacles en Catalogne précisément par cette crainte d'une finalité frauduleuse. L'article 1911 du Code civil espagnol, d'application supplétive en Catalogne, établit la responsabilité patrimoniale universelle du débiteur, et quelques auteurs de doctrine considèrent que la disposition peut constituer un obstacle insurmontable à la possibilité de soustraire volontairement certains biens de la garantie qu'ils représentent pour les créanciers du constituant, effet qui est toujours à la base du *trust* ou fiducie. Surtout que, contrairement à ce que prévoit l'article 2645 du Code civil québécois, l'article 1911 du Code civil espagnol ne fait aucune référence à la possibilité d'établir des pactes à ce propos. De toute façon, nous croyons que le législateur catalan pourrait introduire des exceptions à cette règle générale, en établissant clairement dans quels cas, avec quelle finalité et pendant combien de temps ce type de fiducie peut être constitué⁵⁹. Il pourrait même revenir au juge de contrôler la viabilité de la fiducie, de façon que, si elle ne répondait pas à un intérêt juste et légitime, il pourrait lui-même réaliser la désaffectation.

Pour l'instant, il est clair dans l'avant-projet que l'affectation des biens ne peut pas s'opposer aux créanciers du constituant antérieurs à la conclusion de l'acte (art. 514-4 av. pr. C.c.C.).

Finalement, la constitution judiciaire de la fiducie est admise, comme dans l'article 591 du Code civil québécois⁶⁰, pour assurer le paiement de pensions alimentaires dans les cas de divorce ou de séparation. Il serait possible d'envisager la même application pour la Catalogne, surtout que l'article 84.4 du Code de la famille permet au juge d'adopter n'importe

59. À ce propos, voir E. ARROYO I AMAYUELAS, «Dos principios básicos para la incorporación del *trust* en españa: el patrimonio de destino y la limitación de la responsabilidad», dans M. GARRIDO MELERO et J.M. FUGARDO ESTIVILL (dir.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. II, Barcelone, Consejo General del Notariado et Bosch ed., 2005, p. 857-906.

60. Voir dans ce sens : J. BEAULNE, *op. cit.*, note 54, p. 85.

quelle mesure qui a comme finalité de faciliter le paiement. Les articles 268.3 et 269.2 du Code de la famille reprennent cette idée à propos des prestations alimentaires entre parents⁶¹.

Conclusion

Dans le contexte actuel de recherche d'une meilleure harmonisation du droit à l'échelle européenne, l'exemple des relations entre la Catalogne et le Québec démontre la viabilité d'un modèle décentralisé d'harmonisation du droit privé. L'adaptation spontanée des règles à la suite de la transplantation volontaire d'institutions juridiques d'un pays à un autre offre l'avantage de ne pas toucher à la souveraineté des États, tout en renforçant l'autorité de l'ordre juridique qui sert de modèle. En effet, généralement, ce n'est pas dans un but d'harmonisation que le législateur adopte une solution étrangère, mais en raison de la perfection de la solution proposée et de la qualité des normes qui l'édicte.

61. Voir de façon plus détaillée : E. ARROYO I AMAYUELAS, «Los fondos de garantía del pago de pensiones : ¿públicos o privados ?», (2004) 88 *Revista de Derecho Privado* 309.