

## Épilogue : paradoxes de la solitude en droit privé

Claude FABIEN\*

<b>I. Le droit dans la solitude</b> .....	268
A. Le droit, robinsonien ou social? .....	268
B. Utilité du droit robinsonien .....	271
<b>II. Le droit à la solitude</b> .....	274
A. Le droit d'être seul : le respect de la vie privée .....	275
B. Le droit d'agir seul .....	276
1. Le testament .....	277
2. L'acte unilatéral .....	279
3. La société unipersonnelle .....	282
4. Agir seul en justice .....	286
<b>III. Le droit contre la solitude</b> .....	289
A. L'inaptitude à agir seul .....	290
B. La monoparentalité .....	293

---

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

« Je ne suis jamais moins seul que dans la solitude. »

Cicéron

« Ta solitude n'aura pas le même goût du jour où ce ne sera plus toi qui t'écartes des êtres, mais eux de toi. »

Maurice Chapelan

### Introduction

Le thème proposé par le Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec et traité dans les sept textes qui précèdent nous convie au royaume des paradoxes! Le terme est employé par plusieurs auteurs. Et plusieurs nous offrent la stimulation intellectuelle d'opinions qui vont à l'encontre d'opinions communément admises, ce qui est la définition-même du paradoxe. On trouve des paradoxes dans le thème lui-même, dans les sujets abordés et aussi dans les rapports de ces sujets entre eux. Le jeu intellectuel est intéressant, mais la réalité sous-jacente à cette réflexion sur la solitude l'est encore davantage. Elle nous amène au centre des choses, pour une interrogation sur la source ou l'origine du droit, et surtout au centre de nous-mêmes, car la solitude fait partie de l'expérience humaine, paradoxalement pour son bonheur comme pour son malheur.

Le premier paradoxe vient du thème lui-même. La juxtaposition des termes « solitude » et « droit » a de quoi étonner. Le droit passe pour être un phénomène essentiellement social. L'homme seul peut-il être source de droit ou la source du droit? L'un des rares à soutenir cette thèse est le romancier Tournier qui a réécrit l'histoire de Robinson Crusoé justement

pour démontrer son propos. Sous notre thème, le choc des théories des sources du droit est inévitable.

La seconde source de paradoxes vient de la nature de la solitude. Est-ce un droit ou un fait, ou les deux? Il s'agit certes d'un concept flou. Ce n'est pas une catégorie juridique classique, ni même connue. Serait-elle méconnue? Faudrait-il la créer? Existe-t-il un droit à la solitude? Serait-il plus large, plus étroit ou équivalent au droit fondamental à la protection de la vie privée et, dans ce dernier cas, candidat à le remplacer dans la terminologie juridique, ne serait-ce que pour faire plus court? Ce droit pourrait-il faire rempart pour protéger ces vieilles personnes que l'on veut mettre de force en institution, alors qu'elle veulent mourir en paix, toutes seules chez elles? Dans son sens le plus courant, le terme solitude désigne certes un état de fait : la situation de la personne qui est seule ou qui vit habituellement seule. Comme tout fait, la solitude est susceptible d'intéresser le droit. Outre le texte de réflexion théorique sur le « droit robinsonien », les six autres textes parlent du traitement de manifestations concrètes de la solitude par le droit.

Le troisième paradoxe est encore plus frappant. La solitude, comme situation de fait, peut être une chose et son contraire, ou plus précisément avoir des effets diamétralement opposés. D'une part, la solitude peut être source de contentement, de satisfaction, de sécurité, d'épanouissement. Pensons à la « sainte paix » de la personne seule dans son chalet au bord d'un lac désert! Si elle n'est pas réalisée, la solitude peut être une aspiration qui correspond à un besoin psychologique d'affirmation de l'individualité, de protection contre l'intrusion des autres et de l'État, de zone d'identité ou d'espace de liberté. C'est la solitude désirée. D'autre part, il y a la solitude vécue comme une malédiction. La solitude peut en effet être source de frustration, d'insécurité, de vulnérabilité, de souffrance. Cette solitude n'est pas le fruit d'un choix. Elle est imposée par la fatalité ou par le rejet, l'abandon, l'exclusion par les autres. Dans les deux cas, le droit est interpellé.

Autre paradoxe, dans les deux cas, la solitude est le fruit de l'interaction sociale ou se définit en référence implicite à la société. La solitude est désirée, en certaines circonstances, à cause de l'envahissement des

autres. La personne revendique alors le droit d'être seul ou d'agir seul, selon le cas. La solitude est détestée, en d'autres circonstances, parce que le fardeau de la vie en société est plus lourd pour la personne seule. Elle a besoin d'aide pour échapper à la vulnérabilité, à l'exploitation, à la marginalisation ou même à la misère. La dimension sociale de la solitude devient encore plus évidente lorsque l'on songe qu'aucun des problèmes étudiés sous notre thème n'aurait eu de sens pour Robinson, seul sur son île. Pourquoi et contre qui aurait-il revendiqué la solitude, alors qu'il en était absolument comblé et pouvait en exercer toutes les libertés? À quel saint ou à quel droit aurait-il pu se vouer pour pallier la malédiction de sa solitude et son besoin d'aide, alors que la fatalité le condamnait à une réclusion irrémédiable autant par la prière que par le droit? Si la solitude de Robinson pouvait produire du droit, ce droit n'aurait pas pu avoir, comme objet utile, les sujets que notre thème nous invite néanmoins à étudier.

Tous ces paradoxes fournissent le prétexte d'un plan. Sous *le droit dans la solitude* (I), nous aborderons la grande question théorique posée par M. Kasirer<sup>1</sup> : la personne seule peut-elle être source de droit? Sous *le droit à la solitude* (II), nous nous pencherons d'abord sur le droit d'être seul, étudié par M<sup>me</sup> Allard<sup>2</sup> en corrélation avec le droit au respect de la vie privée, et ensuite sur le droit d'agir seul. La personne peut agir seule dans le testament, étudié par M. McAuley<sup>3</sup>, dans l'acte unilatéral, étudié par M. Tancelin<sup>4</sup>, dans la société unipersonnelle, étudiée par M. Rousseau<sup>5</sup>, et même en procédure civile comme en traite M. Glenn<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Nicholas KASIRER, « Le droit robinsonien », p. 1.

<sup>2</sup> France ALLARD, « Entre l'agir et l'être seul : la vie privée et l'isolement des personnes », p. 47.

<sup>3</sup> Michael McAULEY, « Le testateur n'est pas seul - enquête sur le rôle de la volonté dans le testament », p. 111.

<sup>4</sup> Maurice TANCELIN, « L'acte unilatéral en droit des obligations ou l'unilatéralisation du contrat », p. 213.

<sup>5</sup> Stéphane ROUSSEAU, « Salomon et moi : réflexions sur la société unipersonnelle », p. 177.

<sup>6</sup> H. Patrick GLENN, « Agir seul en procédure civile », p. 87.

Sous *le droit contre la solitude* (III), nous verrons ce que peut faire le droit contre les effets pervers de la solitude, comme l'inaptitude à agir seul, étudiée par M<sup>me</sup> Allard<sup>7</sup>, et la monoparentalité, étudiée par M. Noreau<sup>8</sup>.

### I. Le droit dans la solitude

La formulation du thème rend incontournable la question préalable posée par M. Kasirer dans son texte : le droit est-il robinsonien ou social? En d'autres termes, la personne seule peut-elle être source du droit ou est-ce que le droit est essentiellement social? Nous tenterons d'abord de cerner la réponse de l'auteur pour ensuite brièvement la commenter.

#### A. Le droit, robinsonien ou social?

La question réfère au célèbre ouvrage de Michel Tournier, *Vendredi ou les limbes du Pacifique*<sup>9</sup>, dans lequel il réinterprète le mythe de Robinson Crusoé. Curieusement, ce n'est pas l'arrivée de Vendredi qui nous intéresse. Deux personnes sur une île constituent une société où l'installation du droit ne pose pas de problème. L'énigme se situe à l'époque où Robinson est seul sur son île. Il est sorti de sa léthargie et de sa dépression initiale. Il s'active. Il se prend en main. Il devient productif. Il établit autour de lui un ordre matériel auquel correspond aussi un certain ordre mental. Le procédé littéraire utilisé par le juriste Tournier fait appel à un dialogue de Robinson avec lui-même fortement teinté du vocabulaire et des formes du droit. Robinson devient un législateur qui édicte des lois pour lui-même et s'impose des sanctions en cas de transgression. Sommes-nous en face d'un procédé romanesque inoffensif, d'une amusante métaphore, ou Tournier vient-il de découvrir quelque chose de révolutionnaire sur l'essence du droit?

<sup>7</sup> F. ALLARD, *loc. cit.*, note 2, 69 et suiv.

<sup>8</sup> Pierre NOREAU, « Construction et déconstruction du lien social en droit privé : le cas de la monoparentalité », p. 133.

<sup>9</sup> Michel Tournier, *Vendredi ou les limbes du Pacifique*, coll. « Folio Plus », Paris, Gallimard, 1996.

Le poids de la pensée juridique va dans le sens d'une conception sociale ou relationnelle du droit. La société fait apparaître le droit et il n'y a pas de droit sans société. *Ubi jus, ubi societas*. Le droit arrive sur l'île de Robinson au moment où Vendredi y débarque. Ce qu'il y avait auparavant peut ressembler à du droit, mais ce n'en est pas. M. Kasirer cite M. Carbonnier, avec beaucoup d'à propos : « Tous les phénomènes juridiques peuvent être regardés comme des phénomènes sociaux, parce que même un sentiment purement solitaire du droit implique une latence de la société, un droit robinsonien ne pourrait se concevoir. »<sup>10</sup> Dans cette conception, la juridicité d'une règle existe à condition d'être extérieure à la personne qui y est assujettie, ce qui suppose l'existence de plus d'une personne.

M. Kasirer s'attaque à la tâche de combler l'absence d'autrui dans la théorie des sources du droit<sup>11</sup>, à l'appui de la thèse de M. Tournier. Quelle assise, autre que celle assurée par la présence exteriorisante d'autrui, M. Tournier pourrait-il trouver à son droit robinsonien? Pour retrouver l'autrui nécessaire à la juridicité des règles édictées par Robinson, M. Kasirer explore trois voies. Autrui peut se trouver dans les rapports sociaux du passé ou de l'avenir de Robinson, dans les rapports qu'il entretient avec son environnement animal et végétal personnifié, ou enfin, à l'intérieur de lui-même.

La première voie est donc celle des rapports sociaux du passé ou de l'avenir de Robinson<sup>12</sup>. Ce facteur est sûrement présent. Robinson a baigné dans la culture juridique de son époque avant de faire naufrage. Il projette forcément sur son île le seul système juridique qu'il connaît, dans ses principes comme dans ses artifices. Le processus a pu être en partie inconscient. Une personne qui vit en société en intègre les règles et les observe spontanément. L'espoir ou le rêve de réintégrer la société un jour peut inciter à en cultiver les règles, même en exil. M. Kasirer pense

<sup>10</sup> Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1978, p. 174, cité par N. KASIRER, *loc. cit.*, note 1, 1.

<sup>11</sup> N. KASIRER, *loc. cit.*, note 1, 26-27.

<sup>12</sup> *Id.*, 27.

toutefois que Robinson a connu un tel désespoir qu'il a rompu avec la société d'antan et que l'échec de ses tentatives d'évasion a été si cuisant qu'il a renoncé à toute perspective de réinsertion sociale. Sa persistance à pratiquer le droit dans de telles conditions de rupture avec toute société aurait été suffisante pour assurer l'existence d'un droit robinsonien autonome, *hic et nunc*<sup>13</sup>.

La deuxième voie de la recherche d'autrui se trouve dans les rapports avec l'environnement animal et végétal personnifié. En effet, Robinson parle aux animaux et aux plantes. Il imagine des réponses. Il édicte des règles qui les visent. M. Kasirer ne voit aucune conséquence à en tirer pour faire apparaître autrui<sup>14</sup>. Les choses ne peuvent servir de substitut à la personne. Sans doute un tel comportement est-il utile à la préservation de la santé mentale dans de telles conditions, sans plus.

La troisième voie porte davantage à conséquences. Elle consiste à chercher autrui en dedans de Robinson lui-même<sup>15</sup>. Michel Tournier refuse la voie divine comme source du droit. Lorsqu'il parle du regard que Robinson porte sur sa « lumière intérieure », il ne lui donne pas un caractère transcendant : la lumière se trouve à l'intérieur de lui. Peut-on y voir l'autrui nécessaire au fait social normatif? Il est tout à fait concevable que Robinson ait vécu une expérience de dédoublement de personnalité, qu'un dialogue se soit établi entre deux parties fort distantes de lui-même. La psychanalyse moderne témoigne du fractionnement du for intérieur en plusieurs composantes. Les juristes sont peu sensibles aux explorations de cette nature faites dans d'autres disciplines pour expliquer comment la vie intérieure façonnerait le comportement social. Pour les juristes, la personne est une réalité monolithique qui sert d'unité de base pour construire la société.

À cette conception simpliste de la personne humaine, M. Kasirer oppose la reconnaissance d'une relation entre les « *multiple selves* ». L'inconscient joue un rôle dans la formation du droit. Dans ses travaux sur le

<sup>13</sup> *Id.*, 28-29.

<sup>14</sup> *Id.*, 29-30.

<sup>15</sup> *Id.*, 30-33.

pluralisme juridique, M. Vanderlinden évoque l'existence d'un champ individuel dans lequel une personne est médiatrice des divers ordres juridiques qui la regardent et en tire un pluralisme individualisé<sup>16</sup>. M<sup>me</sup> Kleinhans et M. MacDonald plaident pour la reconnaissance d'une « *multiplicity of selves* » dans chaque personne, comme une réalité qui colore la production même du droit<sup>17</sup>. Le droit pourrait être le fruit d'une délibération qu'entreprend une personne entre ses identités multiples, pour se superposer ou même se substituer aux interactions sociales. M. Kasirer relève nombre d'indices qui laissent croire que des parties de la conscience de Robinson se sont suffisamment dissociées pour faire apparaître une certaine forme d'altérité. Il la juge suffisante pour reconnaître la juridicité des normes qu'il s'impose. « Le mérite du roman de Tournier est qu'il identifie une piste, pour le juriste, en suggérant que les rapports de soi à soi sont l'équivalent des pratiques sociales que l'on associe normalement aux fondements du système juridique. »<sup>18</sup>

### B. Utilité du droit robinsonien

Il n'est pas certain que le droit robinsonien puisse triompher comme théorie des sources du droit. Plusieurs difficultés subsistent. Mais son utilité est indéniable.

Le récit des aventures de Robinson est fascinant et le génie littéraire des auteurs réussit à nous le rendre vivant. On a l'impression d'observer un personnage historique important. Il faut presque se pincer pour se rappeler que Robinson est une fiction. Le piège consiste à donner une portée sociologique ou anthropologique à l'observation de Robinson et de s'en servir comme base empirique de l'argumentation. Il faut prendre

<sup>16</sup> Jacques VANDERLINDEN, « Harmonisation et dissonance : langues et droit au Canada et en Europe ou l'intérêt éventuel des synthèses », (2000) 3 *Revue de la common law en français* 217, cité par N. KASIRER, *loc. cit.*, note 1, 33, note infrapaginale 73.

<sup>17</sup> Martha-Marie KLEINHANS et Roderick A. MACDONALD, « What is Critical Legal Pluralism? », (1997) 12 *Rev. Can. droit et société* 25, cité par N. KASIRER, *loc. cit.*, note 1, 34, note infrapaginale 75.

<sup>18</sup> N. KASIRER, *loc. cit.*, note 1, p. 35.

Robinson pour ce qu'il est dans ce débat : une métaphore géniale pour exposer une théorie.

La démarche individuelle de la personne que l'adversité condamne à la solitude et qui s'impose à elle-même des règles de conduite et même des sanctions est tout à fait naturelle. Elle peut même être une condition de survie, comme en témoignent les récits des prisonniers de guerre qui ont survécu aux pires conditions de détention. Ce comportement peut être qualifié de discipline personnelle, sans autre prétention. Il n'est pas étonnant que la forme de cette discipline emprunte aux modèles juridiques que le sujet connaît. Dans l'adversité et l'isolement, la personne ne travaille qu'avec les outils dont elle dispose. La simulation du droit peut être un artifice pour se croire davantage obligé, à défaut d'une autorité morale plus persuasive dans ses croyances.

La principale difficulté de la thèse robinsonienne consiste à démontrer le caractère externe de la norme que seule peut conférer l'existence d'autrui. L'hypothèse voulant qu'autrui puisse être trouvé dans la référence de Robinson à sa vie sociale antérieure ou à la perspective de sa réintégration dans une vie sociale future n'appuie pas nécessairement la thèse. Cette hypothèse accentue la dépendance du droit à son rattachement, à un contexte social réel. Même s'il est passé ou futur, ce contexte social n'en demeure pas moins réel. La volonté de Robinson de s'en détacher ne modifie pas la dimension objective de ce rattachement.

L'argument le plus frappant est celui de la recherche de l'autre en soi-même. Le phénomène du dialogue avec soi-même, de la sensation de dédoublement de la personne pourrait sans doute être vérifié empiriquement. M. Noreau a évoqué l'expérience des personnes perdues en forêt chez qui la lutte pour la survie provoque pareil réflexe. Il voit aussi dans l'expérience des rêves une forme de fractionnement de la conscience<sup>19</sup>. La psychanalyse moderne a poussé cette exploration très loin et a fait apparaître d'autres divisions de la conscience : conscient et inconscient, le moi et le surmoi. Mais la distance entre les parties fragmentées de la

<sup>19</sup> P. NOREAU, *loc. cit.*, note 8, 138.

conscience, même démontrée, serait-elle suffisante pour créer autrui en soi et conclure à l'extériorité d'une règle auto-imposée? Même si la réponse reste douteuse, elle n'enlève pas son utilité au droit robinsonien.

Pour démontrer cette utilité, il faut clarifier la notion de source de droit. Elle est susceptible de deux sens. Le sens juridique consacré est celui de source formelle de droit. Ce sens est marqué par l'autorité de la source, qui est essentielle pour donner à une règle sa force obligatoire et assurer l'exécution de sa sanction, le cas échéant. Cette autorité se fonde généralement sur la puissance publique ou sur la volonté d'un groupe de personnes plus ou moins nombreuses, allant jusqu'à la volonté contractuelle de deux personnes. Dans un sens plus large, source du droit peut signifier source d'inspiration du droit, source de gestation du droit, source anthropologique du droit. Dans ce sens, la personne seule est indéniablement source de droit.

Le droit est une pure création de l'esprit humain. Il est certain que la configuration de l'esprit humain y est pour quelque chose dans le façonnement des règles de droit et des systèmes juridiques. La réflexion sur le droit robinsonien a le mérite de souligner combien les juristes auraient profité à investir davantage dans ce domaine du savoir. Le droit n'est pas la seule création du génie humain. Le langage, la musique, les mathématiques, la religion tombent dans la même catégorie. Dans ces domaines, des scientifiques approfondissent l'étude de la conscience et du cerveau de l'être humain pour tenter de comprendre en quoi ils marquent leurs créations. Comme le souligne M. Kasirer,

« loin du dialogue intérieur de Robinson sur son île ou de sa lutte de tous les jours entre son conscient et son inconscient, laquelle pourrait fournir une explication du comportement de l'homme, le juriste tient normalement pour acquis que la matière première du travail du psychanalyste s'oppose à celle du droit, et que c'est le sujet de droit indivisible qui reste le *building block* irréductible du système juridique »<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> N. KASIRER, *loc. cit.*, note 1, 32.

Les juristes de l'avenir devront avoir recours à une investigation en profondeur de l'être humain pour découvrir certaines clés du phénomène juridique et enrichir la théorie du droit.

Cette exploration de l'esprit humain ne devrait certes pas se limiter à la personne en état de solitude. Il y a là une difficulté méthodologique de taille. La personne vraiment seule n'existe pas. Il serait cruel d'abandonner un nouveau-né sur une île déserte ou sous une bulle d'observation à sens unique. Même si c'était possible, il n'est pas certain que ce soit la voie la plus prometteuse. Une dimension fondamentale de l'expérience humaine se situe dans la relation d'un enfant avec ses parents, ou avec la personne qui en tient lieu. La psychologie moderne enseigne combien la personnalité de l'enfant est tributaire des toutes premières années de cette relation, bien avant les expériences de socialisation en dehors de la famille. On peut avancer l'hypothèse que la relation de l'enfant avec ses parents, au cours de la petite enfance, fait partie des forces déterminantes qui ont conduit à l'émergence du droit et contribué à son façonnement. Les juristes devraient s'y intéresser.

## II. Le droit à la solitude

Nous quittons le monde de la théorie pour celui de la réalité. La solitude est maintenant envisagée non seulement comme un état de fait mais aussi comme une situation désirable. La personne humaine éprouve le besoin d'un certain degré et de certaines formes de solitude. Si elle la trouve, elle en tire satisfaction. Si elle en est privée, la solitude devient pour elle une aspiration. Si on trouble sa solitude, elle en souffre.

Ce désir de solitude est engendré par la vie en société. Robinson sur son île n'avait ni besoin, ni désir de solitude : sur ce plan, il était comblé. Le désir de solitude est sans doute fonction de la densité sociale. Plus il y a de monde ou plus les voisins sont proches ou envahissants, plus le désir de solitude sera grand. Il peut prendre deux formes : le désir d'être seul et le désir d'agir seul. Dans le premier cas, il s'agit d'un espace physique et psychologique de solitude. Dans le second cas, il s'agit de la liberté de faire ce qu'on veut dans un contexte social de contrainte. Nous limiterons notre examen aux actes juridiques qu'une personne désire faire en toute

autonomie. La mesure dans laquelle ces désirs sont traduits en droits est livrée à la discussion.

### A. Le droit d'être seul : le respect de la vie privée

Le droit d'être seul ou le droit à la solitude ne fait pas partie du vocabulaire de notre droit. Ce dernier reconnaît le *droit au respect de la vie privée*. Il en fait un droit fondamental protégé par la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>21</sup>. M<sup>me</sup> Allard met en lumière les multiples facettes que prend ce droit dans l'explicitation qu'en fait le droit civil et la jurisprudence<sup>22</sup>. Le *Code civil du Québec* y consacre ses articles 35 à 41. À l'article 36, il énumère, de façon non limitative, six types d'atteintes à la vie privée. Selon la typologie de M. Glenn<sup>23</sup>, on y trouve des atteintes au droit de ne pas être dérangé dans la solitude des lieux privés et des atteintes au droit à l'anonymat dans sa participation à la vie sociale, comme le droit de ne pas voir sa photo dans le journal après s'être promené dans une foule. Toujours au titre du respect de la vie privée, les articles 37 à 41 C.c.Q. protègent l'information personnalisée contenue dans les dossiers qu'une personne détient sur une autre. La Cour suprême a jugé qu'une ville n'avait pas le droit d'exiger qu'un employé municipal réside sur son territoire, comme condition du maintien de son emploi<sup>24</sup>. La décision est fondée sur le droit au respect de la vie privée, de l'article 5 de la Charte québécoise. Le juge La Forest la fonde également sur l'article 7 de la Charte canadienne<sup>24a</sup> qui protège le droit à la liberté, en disant que ce droit « s'étend à une sphère irréductible d'autonomie personnelle où des individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'État »<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> L.R.Q., c. C-12, art. 5.

<sup>22</sup> F. ALLARD, *loc. cit.*, note 2, 55 et suiv.

<sup>23</sup> H.P. GLENN, « Le droit au respect de la vie privée », (1979) 39 *R. du B.* 879.

<sup>24</sup> *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1977] 3 R.C.S. 844.

<sup>24a</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].

<sup>25</sup> *Godbout c. Ville de Longueuil*, précité, note 24, p. 893.

Comme on le constate, le parapluie du droit au respect de la vie privée est large. La notion même de vie privée est floue. Bien légitimement, M<sup>me</sup> Allard s'est mise à la recherche d'un principe unificateur ou d'une valeur sous-jacente. Elle voit la solitude comme l'intérêt primordial dans la notion de vie privée. Le droit à la solitude comprend l'ensemble des intérêts que recouvre le droit au respect de la vie privée, y compris celui de choisir le lieu de sa résidence privée<sup>26</sup>.

Il est vrai que la notion de vie privée n'est pas parfaitement satisfaisante. La notion de solitude ne le serait pas davantage. La vie privée recouvre des situations où la personne n'est pas strictement seule. Elle est avec son conjoint, sa famille, ses amis, les membres de son club, ses compagnons de travail, voire perdue dans la foule. Dans chaque situation, le respect de sa vie privée prend une forme différente. Ce droit est éminemment social. Il implique le droit de contrôler le degré de proximité (ou de distance) qu'une personne veut établir dans ses rapports avec les autres. Ce degré de contrôle est modulé : il varie selon les circonstances et les personnes en cause. La solitude est une notion qui n'a pas la souplesse requise pour rendre une pareille modulation. Il est sans doute préférable de s'en tenir à la notion de vie privée, déjà consacrée par la loi. Si l'on cherche une valeur sous-jacente ou primordiale, la liberté, telle que célébrée par le juge La Forest<sup>27</sup>, semble être une meilleure candidate. Elle réserve à la personne une zone d'autonomie indispensable à son identité, son sentiment de sécurité et son épanouissement. La personne humaine est en principe libre et sa zone de liberté ne devrait être réduite qu'à la mesure de ce qui est nécessaire pour organiser la vie sociale.

### B. Le droit d'agir seul

Le droit d'agir seul est entendu ici dans le contexte restreint du droit privé. Fortement teinté de libéralisme, le droit privé impose peu de contraintes. Les dispositions d'ordre public ne sont pas très nombreuses,

<sup>26</sup> F. ALLARD, *loc. cit.*, note 2, 61.

<sup>27</sup> *Godbout c. Ville de Longueuil*, précité, note 24, p. 893.

sauf en droit des personnes et des régimes de protection des incapables. En droit patrimonial, une personne est relativement libre d'agir, de faire des affaires, de gérer son entreprise. Le véhicule des échanges est généralement le contrat où une personne accepte librement la contrainte d'un accord de volonté. Le thème nous invite à explorer des zones du droit privé où la personne semble libre d'agir à sa guise, sans même avoir à chercher l'accord de quiconque. La solitude n'y est qu'apparente, car les actes juridiques ont un caractère social. La personne qui accomplit un acte juridique de façon totalement autonome recherche néanmoins un effet juridique sur autrui. Nous aborderons successivement le testament, l'acte unilatéral, la société unipersonnelle et l'action civile.

### 1. Le testament

L'article 704 C.c.Q. définit le testament comme acte juridique unilatéral. Notre droit a emprunté au droit anglais le principe de la liberté illimitée de tester. Le testament constituait un espace de liberté totale, même celle de déshériter sa femme et ses enfants. Dans le cadre de la révision du Code civil, cette liberté a été chaudement discutée, mais elle a été maintenue. La solution d'une réserve héréditaire limitant la liberté de tester a été écartée. Le Code civil de 1991 a toutefois introduit une atténuation de taille en faveur des créanciers alimentaires : celle de la survivance de l'obligation alimentaire, maintenant régie par les articles 684 à 695 C.c.Q. Le créancier de l'obligation alimentaire peut désormais s'adresser au légataire pour obtenir une contribution de sa part, dans la mesure prévue aux nouvelles règles. Sous cette réserve, le testament demeure l'acte unilatéral par excellence et l'ultime refuge de toute personne pour l'exercice de sa liberté.

M. McAuley a choisi de prendre le contre-pied de cette solution et de proposer une conception contractuelle du testament. Il conteste « l'utilité de renfermer le testament dans la structure démodée du volontarisme, car une attention démesurée accordée au rôle de la volonté dans le testament nuit à l'appréciation de son rôle social et économique »<sup>28</sup>. Le testament

<sup>28</sup> M. McAULEY, *loc. cit.*, note 3, 114.

est une offre solennelle de succession. Son effet est subordonné à l'acceptation du légataire. Cette acceptation forme le contrat d'hérédité. S'il n'y a pas d'acceptation, le testament demeure lettre morte, et est dépourvu d'effets. Cette théorie est inspirée de M. Filderman<sup>29</sup>; on la retrouve aussi chez M. Demogue<sup>30</sup>.

La réception de cette théorie en droit québécois n'est pas évidente. On opposera la définition du testament à l'article 704 C.c.Q. qui en fait un acte unilatéral. On pourrait répondre que cette qualification convient tout à fait au testament, tant qu'il n'a pas été accepté. On ne peut plus opposer l'effet immédiat du testament au décès, car le légataire n'est plus saisi de plein droit sous réserve de sa renonciation. L'article 738 C.c.Q. laisse plutôt entendre que l'héritage est transmis au légataire sous condition suspensive d'acceptation<sup>31</sup>. La théorie du contrat d'hérédité n'est pas impossible. Elle comporte un avantage indéniable. Selon la théorie classique, l'interprétation du testament est entièrement subordonnée à la recherche de la volonté du testateur. Elle devrait désormais tenir compte de la volonté du légataire exprimée par son acceptation. Ce dernier accepte sur la base d'un examen raisonnable des dispositions du testament et des attentes légitimes qu'elles justifient pour lui quant à leur portée et à leur interprétation. Le tribunal appelé à interpréter le testament devrait en tenir compte et se libérer du dogme de la servilité aveugle à l'égard de la volonté subjective du testateur. Le critère d'interprétation deviendrait celui du sens qu'une personne raisonnable donnerait au texte, compte tenu de toutes les circonstances.

<sup>29</sup> W. FILDERMAN, *La nature juridique de la transmission par décès et la succession des parents légitimes*, Paris, 1909, cité par M. McAULEY, *loc. cit.*, note 3, 123, note infrapaginale 32.

<sup>30</sup> René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 2, Paris, 1923, n° 466, p. 5-9, cité par M. McAULEY, *loc. cit.*, note 3, 124, note infrapaginale 36.

<sup>31</sup> M. McAULEY, *loc. cit.*, note 3, 125.

## 2. L'acte unilatéral

Le Code civil ne définit pas l'acte juridique unilatéral. Il ne reconnaît pas l'acte unilatéral comme source d'obligations, à l'article 1372 C.c.Q. Des auteurs abondent dans le même sens<sup>32</sup>. La question est fort débattue en France<sup>33</sup>. M. Tancelin conteste cette suprématie du contrat et la tendance à tout contractualiser, réduisant d'autant le champ qui devrait être reconnu à l'acte unilatéral. Pour lui, « une théorie de l'acte unilatéral s'impose »<sup>34</sup>. Il pense à une théorie générale qui traverse autant le droit des obligations que le droit des biens, catégories qu'il juge de toute manière dépassées. Les obligations transmettent les biens; elles constituent elles-mêmes des biens. L'imbrication est telle qu'elle devrait conduire à une théorie unifiée du droit patrimonial, au sein de laquelle l'acte unilatéral aurait la place qui lui revient. La thèse est ambitieuse, sa défense touffue et enthousiaste. Pour notre propos, nous retiendrons le tour d'horizon que l'auteur fait du domaine de l'acte unilatéral et la finalité de sa thèse.

En droit privé, l'acte est défini comme toute manifestation de volonté destinée à créer des effets juridiques. Il est unilatéral lorsqu'il manifeste la volonté d'une seule personne. Dans son inventaire, M. Tancelin s'intéresse d'abord aux manifestations de l'unilatéralisme dans le domaine des contrats, d'abord à titre d'accessoires du contrat et ensuite à titre principal. À titre d'accessoires du contrat, signalons les avis de résiliation dans certains contrats à durée indéterminée, comme le bail (art. 1882

<sup>32</sup> Didier LLUELLES avec la collaboration de Benoît MOORE, *Droit québécois des obligations*, t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 269, p. 131 et n° 273, p. 133, cité par M. TANCELIN, *loc. cit.*, note 4, 220, note infrapaginale 6.

<sup>33</sup> Rafaël ENCINAS de MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 254, Paris, L.G.D.J., 1996 et Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations : Actes du colloque organisé par le Centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université Paris Val-de-Marne, Paris XII, et le Centre René-Demogue pour la recherche interdisciplinaire et comparative en droit des contrats de l'Université Lille 2 (9 janvier 1998)*, Paris, Economica, 1999, cités par M. TANCELIN, *loc. cit.*, note 4, 217, note infrapaginale 1.

<sup>34</sup> M. TANCELIN, *loc. cit.*, note 4, 216.

C.c.Q.) et le contrat de travail (art. 2081 C.c.Q.); la faculté de résiliation unilatérale du contrat de travail (art. 2094 C.c.Q.), du contrat de service (art. 2126 C.c.Q.) et du mandat (art. 2176, 2178 C.c.Q.); la mise en demeure (art. 1594-1595 C.c.Q.) et les mesures d'exécution forcées (art. 1590 C.c.Q.). Il existe aussi des actes unilatéraux « à titre principal », c'est à dire en dehors de la définition classique du contrat comme fruit de l'accord de la volonté des parties (art. 1378 C.c.Q.). Le Code civil de 1991 a innové en faisant apparaître l'offre de contracter (art. 1390 C.c.Q.), avec la faculté de la révoquer tout aussi unilatéralement, et la promesse de récompense (art. 1395 C.c.Q.). M. Tancelin voudrait également faire entrer dans cette catégorie le contrat d'adhésion qui, à ses yeux, n'a de contrat que le nom, ce qui le rend d'autant plus pernicieux. Le contrat d'adhésion échoue le test de la définition classique du contrat. Il n'y a pas d'accord de volontés quand certains « contractants dictent leur loi à leur partenaire »<sup>35</sup>. La vraie nature du contrat d'adhésion doit être dénoncée : c'est un acte unilatéral qui se cache derrière le masque d'un accord de volontés fictif.

L'inventaire du domaine de l'unilatéralisme se poursuit dans le droit des biens. La déclaration de copropriété est l'acte de la personne morale unique que constituent les copropriétaires (art. 1038 C.c.Q.). M. Tancelin pense que l'usufruit (art. 1121 C.c.Q.) et la servitude (art. 1181 C.c.Q.) sont constitués par la volonté du propriétaire, comme le laissait entendre le langage du *Code civil du Bas-Canada*. Il déplore que le nouveau Code ait contractualisé la création de ces droits réels<sup>36</sup>. Certaines modalités d'appropriation des biens sont unilatérales : l'occupation des meubles sans maître (art. 935 C.c.Q.), l'accession artificielle des éléments ajoutés à un immeuble par son propriétaire (art. 955 C.c.Q.), l'appropriation de l'air et de l'eau (art. 913 C.c.Q.). Ce dernier cas n'est pas dépourvu d'importance économique et sociale. Enfin, M. Tancelin s'attaque à une grosse cible : la fiducie. Alors que le Code qualifie de contrat l'acte qui normalement la constitue (art. 1262 C.c.Q.), M. Tancelin soutient que cet acte est de nature unilatérale, en raison de l'absence d'intérêts contradic-

<sup>35</sup> P. Jestaz cité par M. TANCELIN, *loc. cit.*, note 4, 252, note infrapaginale 82.

<sup>36</sup> *Id.*, 242-243.

toires : elle est le fruit de la volonté dominante du constituant<sup>37</sup>. Selon son hypothèse,

« la fiducie n'est pas substantiellement un contrat au sens classique, mais un acte qui tend à rejoindre le testament dans la catégorie de l'acte unilatéral, 704 C.Q. Le contrat visé à l'article 1262 C.Q. n'a guère en commun avec celui du droit classique. Il est en revanche analogue au contrat d'adhésion [...] »<sup>38</sup>.

Cet inventaire est fort utile, puisqu'il fait ressortir la nécessité d'une théorie générale de l'acte unilatéral. Quant à savoir si tous les candidats que M. Tancelin voit dans cette catégorie survivront à l'épreuve de la discussion, on peut entretenir certains doutes. Mieux vaut nous arrêter pour l'instant sur la finalité de la thèse de M. Tancelin. Lorsqu'une personne accomplit un acte unilatéral, elle exerce sa prérogative d'agir seule, en toute liberté, en échappant au contrôle envahissant de la volonté des autres ou de la loi. Une théorie de l'acte unilatéral devrait conduire à la consécration d'un espace de liberté, à de nouvelles conquêtes ou, à tout le moins, au marquage du territoire à des fins défensives. M. Tancelin prend le contre-pied de cette vision. Lorsqu'une personne agit unilatéralement, quelqu'un d'autre en subit les effets. M. Tancelin est sensible à l'oppression dont peut être victime celui qui n'a aucun contrôle sur l'acte unilatéral de son voisin. Si l'acte unilatéral a erronément été qualifié de contrat, le dogme de l'accord des volontés met son auteur à l'abri de toute intervention judiciaire susceptible de rétablir l'équilibre rompu.

La qualification contractuelle peut même dissuader le législateur d'intervenir dans un système marqué par le libéralisme. C'est dans cette optique que M. Tancelin dénonce la « contractualisation » des rapports comme une idéologie visant à les soustraire aux mécanismes de contrôle du droit : « en plaçant le contrat sur le même pied que la loi et en le parant de toutes les vertus, les juristes du libéralisme économique ont voulu mettre le mythe du contrat à l'abri de l'intrusion du juge, sous

<sup>37</sup> *Id.* 246.

<sup>38</sup> *Id.* 252.

prétexte que l'accord de volonté constituait un abandon de leur liberté par les contractants »<sup>39</sup>. La qualification contractuelle agit donc comme un verrou qui bloque toute modification des clauses du contrat, réputées être la loi des parties. D'où l'insistance de l'auteur à vouloir qualifier d'acte unilatéral le contrat d'adhésion et même l'acte de fiducie. Pour lui, la reconnaissance de l'unilatéralité d'un acte ouvre la porte au contrôle salutaire des tribunaux ou du législateur.

Dans la mesure où les dangers signalés par l'auteur sont réels, la modification de la structure conceptuelle du Code n'est pas le seul remède à envisager. Il y aurait place, certes, pour une théorie de l'acte unilatéral. Il faudrait aussi être attentif aux manifestations concrètes de déséquilibre et adopter des correctifs bien ciblés. Le contrat d'adhésion fait d'ailleurs l'objet de telles mesures apportées par le Code de 1991 : nullité de la clause externe inconnue de l'adhérant (art. 1435 C.c.Q.), nullité de la clause illisible ou incompréhensible (art. 1436 C.c.Q.), nullité de la clause abusive (art. 1437 C.c.Q.). Le vibrant plaidoyer de M. Tancelin nous rappelle toutefois que la mission du droit civil de tendre à l'équilibre entre les divers intérêts légitimes en conflit n'est jamais achevée et exige une vigilance inlassable.

### 3. La société unipersonnelle

Une personne seule peut en créer une autre. Nous sommes dans l'univers abstrait du droit où toutes les fictions sont possibles. Une personne physique peut créer une personne dite « morale », c'est-à-dire une entité juridique abstraite à laquelle la loi confère les attributs de la personnalité (art. 298 C.c.Q.). M. Rousseau nous rappelle les étapes de l'évolution de l'espèce qui ont conduit à la création de la société unipersonnelle<sup>40</sup>. Le célèbre arrêt *Salomon*<sup>41</sup>, prononcé par le Conseil privé à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, a reconnu que la société commerciale est une personne distincte de son principal actionnaire et dirigeant : M.

<sup>39</sup> *Id.* 232-233.

<sup>40</sup> S. ROUSSEAU, *loc. cit.*, note 5, 183.

<sup>41</sup> *Salomon v. A. Salomon & Co. Ltd.*, [1897] A.C. 22 (C.P.).

Salomon pouvait être créancier de la société Salomon, en faillite. Pendant longtemps, il fallut s'y mettre à plusieurs pour créer une société commerciale. La loi exigeait un minimum de trois fondateurs. La personne seule contournait cette exigence en obtenant la signature de deux actionnaires de complaisance, détenteurs d'une action chacun. Mais depuis l'arrêt *Salomon*, il n'existait plus d'obstacle théorique à la création d'une société par une personne seule. On tarda à adopter cette solution en raison des craintes d'abus. Les lois tant fédérale que provinciale autorisent maintenant la société unipersonnelle<sup>42</sup>. Une même personne peut désormais être actionnaire unique, administrateur, dirigeant et mandataire d'une société qu'elle a créée seule. Le principal avantage qu'elle y trouve, c'est de pouvoir mener une activité commerciale sans engager son propre patrimoine : sa responsabilité pour les dettes de la société est limitée au capital action qu'elle y a souscrit.

La société unipersonnelle est mal nommée. Il semble y avoir contradiction entre les termes. En droit civil, il est de l'essence d'une société qu'elle réunisse plus d'une personne : c'est un contrat (art. 2186 C.c.Q.). Mais ce n'est pas le seul paradoxe. La faculté de créer ainsi une entité juridique paraît être le triomphe de l'individualisme et le comble de l'autonomie pour la personne seule. En réalité, la solitude n'est qu'une apparence, pour trois raisons. D'abord, là où il n'y avait qu'une seule personne, il y en a maintenant deux. La personne seule s'est dédoublée : elle a créé deux patrimoines. Il peut même y avoir multiplication de sa personne, car il n'y a pas de limites au nombre de sociétés unipersonnelles qu'elle peut créer. En deuxième lieu, la société unipersonnelle est un véhicule d'affaires. Le fondateur la destine à avoir de multiples rapports avec des clients, des employés, des co-contractants (fournisseurs de biens, de services, de financement). C'est d'ailleurs un constat qui influencera le regard de l'analyse économique du droit sur la société par actions<sup>43</sup>. La société unipersonnelle est donc une créature sociale.

<sup>42</sup> *Loi sur les compagnies*, L.R.Q. c. C-38, art. 123.9; *Loi canadienne sur les sociétés par action*, L.R.C., c. C-38, art. 5.

<sup>43</sup> S. ROUSSEAU, *loc. cit.*, note 5, 194.

En troisième lieu, le dirigeant de la société ne peut pas faire tout ce qu'il veut dans la poursuite de ses intérêts, sans tenir compte de certains intérêts rivaux légitimes. Son autonomie et son immunité sont soumis à trois atténuations de taille : des causes de responsabilité personnelle, des recours pour oppression et enfin l'évolution récente du devoir de loyauté.

La responsabilité personnelle du dirigeant peut être engagée de deux manières. La première est le « soulèvement du voile corporatif », lorsque le dirigeant unique abuse de la personne morale pour échapper à ses obligations contractuelles ou légales. Tel est le cas d'une personne qui a signé une clause de non-concurrence et cherche à la contourner en faisant concurrence par le truchement d'une société qu'il crée à cette fin<sup>44</sup>. L'article 317 C.c.Q. rend le dirigeant responsable envers les tiers du préjudice qu'il cause par fraude, abus de droit ou contravention à une règle d'ordre public sans pouvoir opposer que c'est la société qui a agi. La seconde manière est le résultat de dispositions spéciales de la loi, édictées pour tenir compte d'intérêts prépondérants en matière de protection de l'environnement, de fiscalité, de paiement du salaire des travailleurs, de concurrence<sup>45</sup>.

Le recours pour oppression peut être intenté aux termes de l'article 241 de la *Loi canadienne sur les sociétés par action*. À l'origine, ce recours en équité a été conçu pour la défense des intérêts des actionnaires minoritaires. Il a été interprété de façon très libérale par les tribunaux de sorte qu'il a pu être utilisé avec succès par des créanciers ou des salariés lésés par la société. Le recours peut viser la société ou le dirigeant à titre personnel :

« L'existence du recours pour oppression fait en sorte que l'actionnaire unique agissant comme administrateur ne peut se servir de son pouvoir de contrôle de la société uniquement pour son propre intérêt. Il doit gérer les affaires de la société d'une manière compatible avec les attentes légitimes des autres constituantes de la société »

au sens économique du terme<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> *Id.*, 200.

<sup>45</sup> *Id.*, 209.

<sup>46</sup> *Id.*, 203.

Enfin, le devoir de loyauté de l'administrateur d'une société est en train d'évoluer. La théorie dominante veut que cette loyauté s'exerce en faveur des actionnaires, véritables bénéficiaires des activités de la société par action<sup>47</sup>. Dans le cas de la société unipersonnelle, la conséquence est simple : l'administrateur exerce son devoir de loyauté envers nul autre que lui-même. M. Rousseau voit des signes d'évolution vers une autre conception du devoir de loyauté qui doit s'exercer en faveur des intérêts de « l'entreprise », compris dans un sens plus large que le strict intérêt des actionnaires. C'est ainsi que des administrateurs ont été poursuivis avec succès par des créanciers pour des erreurs de gestion qui ont conduit la société à la faillite<sup>48</sup>. L'administrateur devra désormais tenir compte d'intérêts autres que les siens, dans la conduite de la société, même si elle est unipersonnelle.

Il sera certes intéressant d'assister au développement d'une distinction entre la loyauté envers l'actionariat et la loyauté envers l'entreprise. Cette dernière peut être comprise comme favorisant la vie de l'entreprise, sa durée, son développement ou sa consolidation à plus long terme, par opposition à des objectifs à plus court terme ou à courte vue susceptibles de plaire à des actionnaires impatientes. On peut comprendre qu'une telle vision ferait une meilleure part aux tiers qui sont liés à la société et plus particulièrement à ses salariés. M. Rousseau conclut ainsi : « L'actionnaire unique ne peut ignorer cette réalité et traiter la société comme sa propriété exclusive : il a de la compagnie au sein de la société unipersonnelle »<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> *Id.*, 192.

<sup>48</sup> *Magasin à rayon Peoples inc (Faillite de)*, J.E. 99-318 (C.S.), cité par S. ROUSSEAU, *loc. cit.*, note 5, 206, note infrapaginale 106.

<sup>49</sup> S. ROUSSEAU, *loc. cit.*, note 5, 211.

4. *Agir seul en justice*

Le procès civil est à la fois un lieu de solitude et d'interactions sociales pour ses trois principaux acteurs : la partie au litige, l'avocat et le juge. La démonstration qu'en fait M. Glenn est tout à fait convaincante<sup>50</sup>.

La partie au litige prend seule l'initiative d'intenter une action. C'est un acte tout à fait unilatéral dans lequel elle exprime pleinement son autonomie. Même sur le plan des symboles, elle n'a plus besoin d'obtenir du souverain un bref d'assignation : elle agit de son propre chef. La partie articule elle-même sa demande (art. 111 C.p.c.). Elle peut agir en personne devant le tribunal : elle n'est pas obligée d'être représentée par avocat. Devant le « Tribunal des petites créances », elle doit en principe agir seule, sans avocat. Dans la conduite du procès, ce n'est pas le juge qui fait l'enquête : la partie a la charge de la preuve. Elle a la liberté d'apporter tous les éléments de preuve pertinents, y compris d'interroger la partie adverse à cette fin. Elle peut procéder à l'obtention d'un jugement par défaut de comparaître ou de plaider de la part de la partie adverse. Elle a l'initiative de l'exécution du jugement.

D'un autre point de vue, la partie au litige n'est pas seule. L'existence de la partie adverse est de l'essence du litige. On n'intente pas une action contre soi-même. L'action prend effet à compter de la signification à la partie adverse. La définition du litige résulte de la déclaration des deux parties, et non pas d'une seule. Même la partie qui n'est pas représentée par avocat n'est pas tout à fait seule. Au « Tribunal des petites créances », le juge doit lui prêter assistance. Devant les tribunaux de droit commun, la déontologie impose au juge le devoir de faire en sorte qu'elle ne soit pas indûment désavantagée<sup>51</sup>. En cas de jugement par défaut, le tribunal contrôle la preuve offerte et le bien-fondé de la demande en justice.

<sup>50</sup> H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 6.

<sup>51</sup> *Id.*, 95-96.

D'une certaine manière, l'avocat est seul dans le procès. Il est déontologiquement autonome<sup>52</sup>. Il doit renoncer à un mandat contraire à la loi ou à ses devoirs professionnels. En raison de son expertise, il est en grande partie maître de la rédaction des procédures et de la présentation de la preuve. M. Glenn rappelle que l'abolition formelle de l'enquête, dans la codification de la procédure civile de 1897, a en quelque sorte opéré la « privatisation » de l'enquête<sup>53</sup>. Dans le cadre d'un recours collectif, l'autonomie de l'avocat est encore plus grande, puisqu'il est appelé à prendre des décisions qui engagent des clients purement virtuels.

D'un autre point de vue, l'avocat n'est pas seul dans le procès. Il est encadré par la structure professionnelle du Barreau. Il est régi par un code de déontologie dont le Barreau assure la sanction par ses instances disciplinaires. L'avocat est un mandataire qui demeure soumis à la surveillance de son client. Si le client n'est pas satisfait, il peut révoquer le mandat de son avocat (art. 2176 C.c.Q.). Il peut désavouer les actes accomplis par son avocat à l'encontre de ses instructions (art. 247 C.p.c.). L'avocat est également soumis à la surveillance du juge. Le juge peut le ramener à l'ordre en cas d'écart de conduite. Il peut le condamner personnellement aux frais judiciaires dans le cas où ils sont engendrés par un écart de conduite grave<sup>54</sup>. La requête introductive d'instance de l'article 766 C.p.c. donne au juge des moyens élargis pour « prendre le déroulement de la cause en mains »<sup>55</sup>.

Pour le juge, l'acte de juger est essentiellement solitaire. Il décide en son âme et conscience. Il assume seul la responsabilité morale de sa décision. Il doit se garder de toute influence indue. Son impartialité est une conquête historique récente dans l'histoire des institutions juridiques

<sup>52</sup> *Id.*, 100.

<sup>53</sup> *Id.*, 100-101.

<sup>54</sup> *Foucault Pontiac Buick Inc. c. Clinique Auto Ste-Adèle Inc.*, [1985] C.P. 26, cité par H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 6, note infrapaginale 55.

<sup>55</sup> H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 6, 103.

mais solidement implantée dans les institutions canadiennes<sup>56</sup>. Elle est assurée par son indépendance, son inamovibilité et son immunité. Le juge doit soulever d'office les questions de droit qui sont d'ordre public. Dans un système de droit civil, « le juge est présumé connaître le droit – *jura novit curia* – d'où la responsabilité pour le juge de soulever les moyens de droit applicables à son affaire »<sup>57</sup>. Il devrait le faire en mode supplétif, uniquement après avoir entendu les plaidoiries des parties. Il devrait aussi le faire de manière à permettre aux parties d'être entendues sur le nouveau moyen qu'il soulève.

D'un autre point de vue, le juge n'est pas seul. Sa solitude est tempérée par plusieurs facteurs. M. Glenn signale que le juge est entouré par la population qui fait sentir sa présence par les médias et par des exigences accrues de légitimité<sup>58</sup>. Dans les instances d'appel, le juge siège avec d'autres juges, en situation de collégialité. Il doit participer au processus de discussion mais demeure libre d'exprimer sa dissidence, le cas échéant. Il est soumis à l'encadrement disciplinaire du Conseil canadien de la magistrature ou du Conseil de la magistrature du Québec. Il n'y a pas d'immunité disciplinaire pour le juge. Il peut même être destitué pour une cause grave, selon un processus qui ne porte pas atteinte au principe d'indépendance de la magistrature. Enfin, dans la recherche du droit, le juge doit pouvoir compter sur l'assistance de l'avocat qui, tout en assumant la représentation de son client, demeure un auxiliaire de la justice. Selon l'honorable Jules Deschênes, il aurait même le devoir de signaler au juge la jurisprudence qui lui est défavorable<sup>59</sup>.

Certes, le citoyen jouit de la liberté d'agir seul en justice. Il n'a de permission à demander à personne pour exprimer de cette manière son

<sup>56</sup> *Id.*, 105.

<sup>57</sup> *Id.*, 106.

<sup>58</sup> *Id.*, 107.

<sup>59</sup> Jules DESCHÊNES, « Les dix commandements de l'avocat devant la cour », dans Jules DESCHÊNES, *Justice et pouvoir / A passion for Justice*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1984, p. 49, cité par H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 6, 110, note infrapaginale 76.

autonomie. Cette vision a un triste revers : celle d'une personne, véritablement lésée dans son droit, mais qui se voit dénier l'accès à la justice. L'obstacle peut être d'ordre économique : la personne n'a pas les moyens d'intenter un procès et ne peut jouir de l'Aide juridique, dont la couverture demeure marginale et insuffisante. L'obstacle peut tenir à la lenteur de la justice qui use les moyens et les nerfs du justiciable le plus résolu. Il en résulte des sentiments d'injustice, de frustration, d'impuissance, d'abandon par le système qui peuvent se cumuler dans un sentiment de profonde solitude. Une importante réforme du *Code de procédure civile* entrera en vigueur en janvier 2003. Elle vise à soulager le problème des délais et aussi ceux des coûts, par la simplification de la procédure. Le juge gestionnaire de l'instance deviendra « un compagnon constant de l'avocat dans le déroulement de la procédure »<sup>60</sup> et devrait décider des moyens propres à simplifier la procédure et à abrégier le procès. Cette réforme soulève beaucoup d'espoir mais laissera inévitablement subsister des cas de solitude devant la justice.

### III. Le droit contre la solitude

La solitude peut être vécue comme une malédiction lorsqu'elle n'est pas librement choisie. Depuis 1951, la proportion de Canadiens de plus de 15 ans vivant seuls a plus que quadruplé<sup>61</sup>, passant de 3 % à 12 %. Les causes en sont sans doute multiples : vieillissement de la population, désinstitutionnalisation des patients psychiatriques, itinérance, détérioration de la structure familiale, séparations et divorces. Le soulagement de cette misère interpelle davantage les sciences et les services du domaine de la santé et de l'intervention sociale. Mais le droit est appelé à faire sa part pour lutter contre les effets pervers de la solitude, dans les limites de ses moyens. Nous le verrons dans deux champs d'intervention : les personnes devenues inaptes à agir seules et les parents que l'échec du mariage contraint à la monoparentalité.

<sup>60</sup> H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 6, 103.

<sup>61</sup> Statistique Canada, *Tendances sociales canadiennes*, 2002-09-17.

## A. L'inaptitude à agir seul

M<sup>me</sup> Allard s'est penchée sur le sort des personnes en perte d'autonomie, dont les facultés mentales ne leur permettent plus de prendre soin d'elles-mêmes et d'accomplir les actes de la vie civile qui requièrent un consentement valable<sup>62</sup>. Elles sont démunies, vulnérables, exposées à l'exploitation. La solitude n'est alors plus une liberté : c'est une servitude. Elles ont besoin de la protection et de l'assistance que seule une autre personne, en pleine possession de ses moyens, peut leur procurer. Le droit vient à leur secours en leur offrant le bénéfice des régimes de protection, qui ont d'ailleurs été améliorés de façon significative, à la faveur de la révision du Code civil : tutelle du majeur (art. 285 C.c.Q.), curatelle (art. 281 C.c.Q.), mandat de protection donné en prévision de l'inaptitude (art. 2166 C.c.Q.).

L'inaptitude est l'état d'une personne qui n'est plus apte

« à prendre soin d'elle-même ou à administrer ses biens par suite, notamment, d'une maladie, d'une déficience ou d'un affaiblissement dû à l'âge qui altère ses facultés mentales ou son aptitude physique à exprimer sa volonté » (art. 258 C.c.Q.).

Lorsque l'inaptitude d'une personne est judiciairement constatée, le tribunal lui nomme un tuteur, un curateur ou un mandataire pour exprimer à sa place son consentement aux soins ou à tous les autres actes de la vie civile. La personne devient juridiquement incapable d'accomplir ces actes seuls. La réduction de son autonomie personnelle est le prix à payer pour la protection juridique. Cette aliénation de liberté est toutefois assortie de sauvegardes importantes. Elle ne peut résulter que d'un jugement du tribunal. La décision du tribunal « doit être prise dans son intérêt, le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie » et l'incapable doit en être informé (art. 257 C.c.Q.). L'incapacité qui en résulte est établie en faveur de l'incapable de sorte que lui seul peut l'invoquer pour faire annuler un acte (art. 256 C.c.Q.). Le choix du régime de protection doit être fonction du degré d'inaptitude (art. 259 C.c.Q.). Enfin la loi

<sup>62</sup> F. ALLARD, *loc. cit.*, note 2, 69 à 84.

permet à chacun de choisir son mandataire en prévision de son inaptitude dans un mandat spécial institué à cette fin (art. 2166 C.c.Q.).

La loi prévoit deux cas où l'atteinte à l'autonomie est encore plus grande, car elle est de nature extrapatrimoniale et vise soit les soins de santé, soit la garde forcée dans un établissement de santé et l'examen psychiatrique obligatoire. Dans les deux cas, le consentement du représentant légal suffit si la personne protégée y consent également. Si elle refuse son consentement, c'est le tribunal qui doit décider. Dans le cas des soins de santé, l'intervention du tribunal est requise, « si le majeur inapte à consentir refuse *catégoriquement* de recevoir les soins » (art. 16 C.c.Q. Nous soulignons). Le tribunal décide en fonction des seuls intérêts de cette personne et peut s'inspirer à cette fin des balises édictées à l'intention des représentants légaux (art. 12 C.c.Q.). Dans le cas de la garde forcée en établissement et de l'examen psychiatrique obligatoire, il suffit que la personne inapte fasse « opposition » pour que la décision du tribunal soit nécessaire (art. 27 C.c.Q.). Le tribunal ordonne la garde forcée « s'il a des motifs sérieux de croire qu'une personne représente un danger pour elle-même ou pour autrui en raison de son état mental » (art. 27 C.c.Q.).

M<sup>me</sup> Allard discute de la situation de la personne qui vit seule et qu'un intervenant social ou un représentant légal veut placer en institution ou en centre d'accueil contre son gré. Dans un cas, une dame âgée vit en recluse dans un chalet isolé. Elle ne se soigne pas, elle est incontinente, elle s'alimente mal, son hygiène corporelle et la salubrité des lieux laissent à désirer, elle refuse la visite des intervenants sociaux. Elle conteste avec véhémence l'ordonnance que demande le Curateur public pour la placer dans un centre d'accueil adapté à ses besoins. Le tribunal a accordé la demande<sup>63</sup>. Dans un autre cas, une dame âgée est placée en centre d'accueil par sa fille, mandataire agissant en vertu d'un mandat de protection. Elle proteste énergiquement : elle est malheureuse dans son nouvel environnement et est inconsolable d'être séparée de ses

<sup>63</sup> *Curateur public c. R. (É)*, [1999] R.D.F. 59 (C.S.), cité par F. ALLARD, *loc. cit.*, note 2, 17, note infrapaginale 52.

chats qu'elle aime plus que tout au monde. Son fils demande l'intervention du tribunal pour faire casser la décision de la mandataire. Le tribunal de première instance accorde partiellement la demande et autorise des sorties pour permettre à la dame de visiter ses chats<sup>64</sup>. La Cour d'appel la rejette pour un motif d'ordre procédural, sans rapport avec le fond du problème : le tribunal n'avait pas compétence pour casser la décision de la mandataire. Il aurait fallu faire révoquer le mandat et nommer un tuteur<sup>65</sup>.

Il n'y a certes pas de droit à la solitude qu'une personne peut invoquer pour résister à un placement forcé en centre d'accueil ou en institution. Inversement, le fait qu'une personne âgée s'obstine à vivre seule ne constitue pas, en soi, une raison suffisante pour lui imposer un mode de vie contre son gré. « Comme choix raisonné, l'isolement est une forme d'exercice de la liberté, de l'autonomie et une manifestation de la vie privée »<sup>66</sup>. Le placement d'une personne âgée dans un centre d'accueil ou une institution est une forme de soins. Comme le dit l'article 11 C.c.Q., « nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'examens, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention ». Même si son représentant légal consent au placement, la personne inapte peut toujours manifester son désaccord. Dans un tel cas, c'est le tribunal qui doit décider, en fonction de l'intérêt de la personne protégée. Il doit d'abord voir si la personne représente un danger pour elle-même ou pour autrui en raison de son état mental (art. 27 C.c.Q.). Il peut ensuite s'inspirer des repères que la loi impose au représentant légal appelé à prendre des décisions de même nature (art. 12 C.c.Q.). Enfin, il doit respecter l'article 257 C.c.Q. qui dispose que toute décision « qui concerne le majeur protégé doit être prise dans son intérêt, le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie ». La personne inapte n'a pas de droit à la solitude, mais elle a

<sup>64</sup> *Alloi-Lussier c. Centre d'hébergement Champlain*, [1996] R.J.Q. 311 (C.S.) et [1996] R.D.F. 259 (C.S.), cité *id.*, 81, notes infrapaginales 69 et 70.

<sup>65</sup> *Alloi-Lussier c. Centre d'hébergement Champlain*, [1997] R.J.Q. 807 (C.A.), cité *id.*, 81, note infrapaginale 71.

<sup>66</sup> F. ALLARD, *loc. cit.*, note 2, 71.

droit à l'autonomie, expression du droit fondamental de la personne à sa liberté<sup>67</sup>, qui ne peut être limitée que dans la mesure prévue par la loi.

### B. La monoparentalité

M. Noreau nous présente un visage de la solitude tristement familier et contemporain : la monoparentalité. L'analyse sociologique nourrit l'analyse juridique pour constituer un portrait saisissant. Mentionnons au passage quelques repères quantitatifs. Il se prononce environ 20 000 jugements de divorce par année au Québec<sup>68</sup>. Près de 18 % des familles sont de type monoparental et le phénomène est en expansion<sup>69</sup>. Selon des études démographiques, 85 % des familles monoparentales sont dirigées par des femmes, parce que, dans la plupart des cas, la garde des enfants leur est attribuée, contre 7 % des cas au père et 7 % des cas aux deux parents en garde partagée<sup>70</sup>. Le divorce est parfois le fruit d'un accord des conjoints à la suite d'un constat d'échec du mariage. Le plus souvent, un conjoint prend l'initiative de la rupture et l'autre la subit dans l'impuissance<sup>71</sup>.

Le divorce engendre trois solitudes. D'abord celle du parent qui assume la garde des enfants. Généralement, il s'agit de la mère, pour laquelle les servitudes de la garde, du ménage et du travail sont à ce point écrasantes qu'elles inhibent toute vie sociale normale et sont source de fatigue, de frustration et d'isolement. Il y a ensuite la solitude du parent qui n'a pas la garde de ses enfants. La plupart du temps, c'est le père. Il peut le vivre comme une privation qui est source de frustration et de solitude. Même si ce sentiment n'est pas immédiatement conscient, l'appauvrissement objectif sera éventuellement ressenti. Les jours de visite des enfants peuvent atténuer ce sentiment mais peuvent aussi l'exacerber. Enfin, il y a la solitude des enfants du divorce. Ce sont les

<sup>67</sup> *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 21, art. 1.

<sup>68</sup> P. NOREAU, *loc. cit.*, note 8, 174.

<sup>69</sup> *Id.*, 161.

<sup>70</sup> *Id.*, 156.

<sup>71</sup> *Id.*, 150.

grands perdants. Ils ont perdu leur famille. Ils ne voient plus leurs parents ensemble. Le contact avec un des deux parents, le plus souvent le père, est de moindre intensité, quand il ne disparaît pas totalement en raison d'un abandon plus ou moins complet. Pour tous les enfants, le divorce des parents est un gâchis dont les parents ne peuvent que limiter les dégâts avec un succès tout à fait aléatoire.

L'aménagement juridique de la monoparentalité fait contraste avec la réalité qui s'installe. La monoparentalité ne fait l'objet d'aucune reconnaissance formelle dans le Code. Le régime juridique est la somme des effets juridiques du divorce. La garde des enfants est accordée le plus souvent à la mère, surtout si les enfants sont très jeunes. Le père se voit attribuer des jours de visite où il reçoit les enfants chez lui. Néanmoins, il assume seul ou en proportion largement majoritaire l'obligation de payer une pension alimentaire. Le Code stipule que l'enfant reste sous l'autorité de ses deux parents jusqu'à sa majorité (art. 598 C.c.Q.), que les deux parents ont envers lui le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation (art. 599 C.c.Q.) et que les deux exercent ensemble l'autorité parentale (art. 600 C.c.Q.). Le divorce ne modifie en rien ces droits et devoirs. Seul le tribunal peut prononcer la déchéance de l'autorité parentale contre un parent, « si des motifs graves et l'intérêt de l'enfant justifient une telle mesure » (art. 606 C.c.Q.).

La réalité est fort différente. Tout se passe comme si le père était écarté de l'exercice de l'autorité parentale, au profit de la mère. Un lien pratique très fort semble lier la garde de l'enfant et l'exercice de l'autorité parentale. Le père n'a pas grand-chose à dire dans l'éducation de l'enfant. Il a le droit de se prononcer sur le choix de l'école, des activités sportives et para-scolaires, du camp d'été. M. Noreau a saisi combien cette modalité de participation à l'autorité parentale est réductrice : « De façon tout à fait paradoxale – et presque désarmante – le droit de participer à l'éducation ne vaut ainsi, pour le parent non-gardien, que dans le choix des modalités par lesquelles on la confie à d'autres [...] »<sup>72</sup>. Il observe que, pour le père, le fondement de ses responsabilités envers

<sup>72</sup> *Id.*, 166.

son enfant est intimement lié à l'existence de la famille<sup>73</sup>. Dans la mesure où il perçoit que le divorce fait disparaître la famille, il se sent moins responsable. Marginalisé et écarté dans l'aménagement de l'après-divorce, le père a tendance à relâcher l'assiduité de ses visites et à devenir un mauvais payeur de pension alimentaire. Il existe une corrélation entre l'un et l'autre. Au Canada, 40 % des enfants n'ont que des rapports épisodiques ou inexistantes avec leur père divorcé.

M. Noreau dénonce avec vigueur cette contradiction entre l'effet pratique des règles et leur intention, l'écart entre « le droit civil instrumental et le droit civil symbolique »<sup>74</sup>. Le Code énonce l'idéal du maintien de la famille biparentale après le divorce. Les règles particulières, telle qu'appliquées par les tribunaux et telles que perçues par les parents, ont fait apparaître la réalité de la famille dite « monoparentale ». L'appellation elle-même est défectueuse dans la mesure où elle fait sortir de la famille le parent qui n'a pas la garde des enfants. L'effet pervers des apparences et des perceptions le conduit en effet à se désengager plus ou moins de l'éducation de ses enfants, de leur fréquentation et de leur soutien alimentaire. Le symbole de la biparentalité énoncé au Code occulte la réalité de la monoparentalité qui s'installe dans la réalité. Il donne « bonne conscience » aux juristes qui se pensent ainsi dispensés de réformer le droit et non responsables de l'usage qu'en font les parents. M. Noreau souhaite une réforme du droit privé de la famille et de sa mise en œuvre, en trois points<sup>75</sup>. En premier lieu, il suggère de modifier l'article 514 C.c.Q. pour y inscrire l'option de la garde partagée. Il croit en effet que cette formule, qui aligne garde et autorité parentale, donne de meilleures chances à la survivance de la biparentalité après le divorce. En deuxième lieu, il souhaite que les tribunaux révisent les « soubassements intellectuels ou culturels » de leurs jugements, de manière à renouer avec l'idéal du droit civil et favoriser le continuité de la famille plutôt que sa rupture. En troisième lieu, il souhaite que les méthodes de réforme du droit tiennent davantage compte de la réception des normes et

<sup>73</sup> *Id.*, 159.

<sup>74</sup> *Id.*, 163.

<sup>75</sup> *Id.*, 173-174.

de leurs effets réels, ce qui serait particulièrement indiqué dans le traitement infligé aux pères divorcés, qui les conduit au désengagement et qui engendre la monoparentalité.

L'étude de M. Noreau inspire d'autres réflexions sur la nécessité de repenser le régime juridique des relations des parents divorcés avec leurs enfants et entre eux et avec leurs enfants.

1- Les juristes devraient reconnaître l'ampleur du préjudice causé aux enfants par le divorce de leurs parents et reconnaître aussi que les règles de droit et l'application que l'on en fait ne sont pas étrangères au problème. Il s'agit d'une tragédie sociale dont on ne voit aucun signe d'atténuation et que les parents sont les premiers à occulter par la négation.

2- Le droit devrait reconnaître et institutionnaliser la situation des parents divorcés, en relation avec leurs enfants mineurs. Une première approche consiste à définir la famille de manière à ce qu'elle survive au divorce et à en tirer les conséquences dans l'aménagement des règles. Une autre approche consiste à créer une nouvelle institution. Cette relation triangulaire devrait recevoir un nom. Les juristes ont fait preuve de beaucoup de créativité pour inventer l'union civile, afin de répondre à des intérêts sociaux minoritaires. La même créativité s'impose pour l'organisation juridique des rapports familiaux après le divorce. Ainsi, la loi pourrait prévoir que parents et enfants forment une « *société d'éducation* » jusqu'à la majorité des enfants, dans laquelle les droits et obligations de chacun sont précisés. La société d'éducation est créée de plein droit du simple fait de la naissance de l'enfant et lie parents et enfants, de la naissance jusqu'à la majorité de ces derniers. Elle est indépendante du mariage ou de l'union civile des parents, de ses effets et de sa durée. Elle existe même dans l'union libre, dès lors qu'elle fait naître un enfant.

3- Le régime juridique applicable devrait être dominé par la recherche de l'intérêt des enfants et la nécessaire implication des deux parents dans l'exercice de l'autorité parentale, entendue dans un sens large qui implique non seulement l'encadrement disciplinaire mais aussi les conditions favorables à l'éducation, l'épanouissement personnel et

l'équilibre psychoaffectif. À cette fin, la garde partagée devrait faire partie des options offertes aux parents.

4- Le droit devrait reconnaître que les parents divorcés ont, l'un envers l'autre, des obligations réciproques qui sont l'accessoire nécessaire de leurs obligations respectives envers leurs enfants. Les parents ont notamment l'obligation de coopérer dans l'exercice de l'autorité parentale, ce qui implique : informer l'autre parent des faits significatifs; consulter l'autre parent pour les décisions importantes; faciliter la fréquentation de l'autre parent; préserver une image positive de l'autre parent dans la mesure requise par son développement normal; rechercher l'accord de l'autre parent sur les décisions importantes; recourir à la médiation en cas de désaccord.

5- L'effectivité d'un tel régime se manifesterait de deux façons. Le simple fait de la proclamation d'un tel régime aurait une portée éducative et symbolique considérable. Il combattrait les mythes tenaces voulant que l'échec du mariage entraîne la disparition de la famille, que les parents divorcés n'ont aucune obligation entre eux, que les pères sont des parents incompétents, que la mère qui a la garde exerce à toutes fins utiles l'autorité parentale et, enfin, que les parents n'ont pas besoin de se discipliner et de coopérer pour atténuer le traumatisme que le divorce cause inévitablement aux enfants. L'effectivité pourrait aussi être renforcée par une sanction réelle. En théorie, une action en responsabilité civile pourrait être intentée par l'enfant victime du comportement préjudiciable de l'un de ses parents qui contrevient de façon grave aux obligations auxquelles le soumet la société d'éducation. Toutefois, il serait plus conforme à l'esprit de la nouvelle institution de prévoir un mécanisme de médiation obligatoire lorsque survient une telle difficulté.

### Conclusion

Le thème de « la solitude en droit privé » nous a amené à nous interroger sur la solitude comme source de droit (le droit *dans* la solitude), sur la solitude comme droit ou aspiration de toute personne vivant en société (le droit *à* la solitude) et enfin sur la solitude comme un mal que le droit cherche à soulager (le droit *contre* la solitude).

Le droit peut-il exister là où il n'y a pas de société? La personne seule peut-elle être source de droit? Ces questions sont posées par Michel Tournier, dans son célèbre ouvrage où il réinterprète le mythe de Robinson Crusoé sur son île, de manière à rendre convaincante l'hypothèse du « droit robinsonien », c'est-à-dire d'un système juridique construit par un seul homme pour lui-même, en l'absence de toute société véritable. La discussion de cette hypothèse a permis de voir qu'elle n'est pas dépourvue d'attrait. Dans certaines circonstances, ne peut-il pas y avoir chez la personne humaine une division de la conscience suffisante pour créer la dualité (soi et autrui) nécessaire pour concevoir le droit et lui conférer une existence réelle?

Même si cette thèse ne réussissait pas à renverser l'accumulation des opinions contraires sur la théorie des sources du droit, elle a le mérite de nous mettre sur la piste d'un questionnement sur les sources du droit, entendues comme les « origines » du droit, qui demeurent entourées de mystère. Le droit est une pure création du génie humain. Quand on le dit « social », on dit qu'il a été inventé en réponse au choc des interactions sociales. On n'explique pas pour autant comment il a été inventé, comment le cerveau humain en est arrivé à le concevoir. En toute probabilité, la configuration du cerveau a eu une incidence sur le façonnement du droit primitif. Pourquoi n'influencerait-il pas l'évolution du droit moderne? Nous nous trouvons ainsi à l'intersection du droit et de la psychologie, une zone méconnue des juristes où devrait s'engager une recherche fondamentale pour mieux éclairer l'énigme de la formation du droit.

Si l'existence du droit dans la solitude demeure une énigme, la solitude, elle, est bien présente dans le droit. Nous l'avons vue sous ses deux visages : l'un souriant, l'autre triste. Le visage souriant est celui où la solitude est perçue comme un espace d'intimité et d'autonomie qui contribue au bonheur, s'il est présent, et qui est désiré, s'il est absent. Le droit à la solitude a été traité en deux volets : le droit d'être seul et le droit d'agir seul.

Le droit d'être seul est-il un droit fondamental qui précède et comprend le droit au respect de la vie privée proclamé par la Charte ? Il

y a une indéniable connexité entre les deux. On constate toutefois que le droit au respect de la vie privée est plus large, puisqu'il englobe non seulement le droit de s'isoler mais aussi celui de contrôler la distance que l'on veut maintenir entre soi-même et les autres. Cette distance est nécessaire pour éviter l'envahissement physique ou psychologique qui pourrait porter atteinte au sentiment de sécurité, d'identité ou d'autonomie. Ce contrôle s'exerce sur des espaces physiques mais aussi sur l'information sur soi-même que l'on est prêt à divulguer aux autres. Il est relatif et modulé. Il couvre un intérêt plus large que celui de vouloir rester strictement seul. On peut vouloir être seul avec sa famille ou son conjoint. On peut vouloir circuler dans une foule sans risquer de voir sa photo dans le journal du lendemain. Dans les deux cas, on peut difficilement invoquer le droit à la solitude. On comprend que ces intérêts sont protégés par le droit plus polyvalent au respect de la vie privée.

Le droit d'agir seul nous a fait circuler dans une zone d'autonomie où la personne peut accomplir seule un certain nombre d'actes de la vie civile, en contraste avec le modèle contractuel où le résultat dépend de l'accord d'autrui. L'étude de l'acte unilatéral par excellence que constitue le testament nous a sensibilisé à la portée de l'acte tout aussi unilatéral du légataire lorsqu'il accepte la succession. On peut y chercher le fondement d'une théorie contractuelle du testament. Sans aller jusque là, on peut en dégager une méthode d'interprétation du testament qui ne soit pas exclusivement subordonnée à la recherche de l'intention du testateur. L'interprète devrait aussi tenir compte du sens normal des dispositions que le légataire a lues et acceptées, voire même privilégier l'autonomie du texte du testament, par rapport à la volonté parfois fictive du testateur.

L'étude du droit des obligations et du droit des biens a révélé l'existence d'un certain nombre d'actes unilatéraux, sans qu'il existe une théorie générale de l'acte unilatéral qui en ferait clairement une source d'obligations. Elle a aussi mis en lumière certains actes, qualifiés de contrats par le droit actuel, où l'unilatéralisme domine au point où l'accord de l'autre partie est plus ou moins fictif, notamment le contrat d'adhésion et le contrat de fiducie. La qualification contractuelle comporte l'inconvénient de bloquer, en principe, toute velléité de contrôle

externe en vue d'une protection accrue de la personne dominée par la volonté de l'autre. Une théorie de l'acte unilatéral s'impose. Elle reste à faire. Même si elle n'entraînait pas la conversion de certains contrats en actes unilatéraux, elle aurait le mérite d'attirer l'attention sur les risques d'abus et la nécessité de rétablir les équilibres rompus.

La personne seule peut créer une société dite « unipersonnelle » dont elle est l'unique actionnaire, administrateur et dirigeant. Cette société est distincte de la personne de son fondateur et dispose d'un patrimoine distinct. L'administrateur unique n'a, en théorie, de devoir de loyauté envers personne d'autre que l'actionnaire unique, c'est-à-dire lui-même. On voit toutefois se développer une nouvelle théorie voulant que le devoir de loyauté soit pratiqué envers l'entreprise, plutôt qu'envers les seuls actionnaires. Une nouvelle conception de « l'intérêt de l'entreprise » permettrait de prendre en compte l'intérêt de certains tiers, comme les créanciers et les salariés.

Le procès civil semble dominé par l'unilatéralisme. La partie au litige, l'avocat et le juge y manifestent leur volonté sans avoir à négocier avec qui que ce soit. En y regardant de plus près, nous avons vu que les acteurs du procès ne sont pas tout à fait seuls. Ils interagissent les uns avec les autres, ils sont nécessaires les uns aux autres, ils sont encadrés par d'autres intervenants. De cette panoplie d'actes unilatéraux examinés dans le contexte dynamique du système juridique se dégage non pas une image de solitude mais plutôt l'idée que l'acte unilatéral est en réalité un acte social.

Nous avons aussi vu le visage triste de la solitude. Elle peut être vécue comme une malédiction lorsqu'elle est le fruit de la fatalité, du rejet, de l'abandon. Et comme pour beaucoup d'autres misères humaines, le droit est appelé à faire sa part pour le soulager.

La détérioration des facultés mentales par accident, maladie ou vieillesse fait qu'une personne ne peut plus agir seule pour prendre soin d'elle-même ou accomplir les actes de la vie civile, même les plus anodins. Cette inaptitude est vécue comme un enfermement en soi-même qui engendre détresse, vulnérabilité, solitude. Le droit pallie par les régimes de protection qui habilent une autre personne à venir au secours de

l'inapte. Elle agit à la place de l'inapte et prend les décisions nécessaires pour assurer son bien-être et l'administration de ses biens. Mais comme le prix à payer pour cette protection est l'incapacité légale d'agir par soi-même, elle ne doit être accordée que lorsqu'elle est indispensable. Des intervenants zélés peuvent commettre des excès et vouloir imposer leur aide à des personnes qui n'en veulent pas et qui n'en ont pas vraiment besoin. La personne âgée et un peu marginale qui vit en recluse peut-elle se défendre contre le placement forcé en institution ou en centre d'accueil, en invoquant le droit à la solitude? Même en supposant qu'il existe, ce droit n'a pas d'assise assez solide pour résister à un tel assaut. Mieux vaut invoquer le droit à la liberté et l'autonomie de la personne, droit fondamental consacré par la Charte. Nulle personne ne peut être privée de la liberté de choisir ce qui est bon pour elle sans que les conditions d'ouverture d'un régime de protection ne soient présentes et constatées par un tribunal.

La monoparentalité, c'est être « seul avec ses enfants » ou « seul sans ses enfants » à la suite d'une séparation ou d'un divorce. Dans bien des cas, c'est une situation plus ou moins pénible pour les conjoints et une tragédie pour les enfants. Le discours du droit est contradictoire. D'une part, le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale est maintenu. D'autre part, l'attribution de la garde à l'un des deux parents, le plus souvent la mère, fait en sorte qu'en réalité elle en vient à exercer seule l'autorité parentale. L'autre parent, le plus souvent le père, se sent écarté, se désintéresse de l'éducation de l'enfant, espère ses visites, cesse de payer la pension alimentaire ou devient un mauvais payeur. Cette contradiction et le préjudice qu'elle cause aux enfants devraient nous inciter à repenser le régime juridique des parents séparés et de leurs enfants. Le régime devrait favoriser la continuité de la famille comprise comme l'implication des deux parents dans un projet commun de réussite de l'éducation de leur enfant. Cet objectif pourrait mener à la création d'une nouvelle institution du droit de la famille, la « société d'éducation », qui existe de plein droit, de la naissance jusqu'à la majorité de l'enfant. Cette institution consacrerait les obligations de chaque parent envers son enfant et aussi l'existence accessoire mais indispensable

d'obligations réciproques des deux parents, notamment celle de coopérer dans l'intérêt du bien-être et de l'éducation de l'enfant.

Le thème de la solitude en droit privé nous aura donc amenés à réfléchir sur les sources du droit, sur les droits fondamentaux de la personne, sur l'unilatéralisme en droit privé, en droit des compagnies et en procédure civile, sur les régimes de protection et sur le droit de la famille. Au delà des paradoxes, nous avons vu apparaître un certain sens et des enseignements utiles à tirer de cette exploration. Il faut en remercier l'organisateur et nos guides. Le voyage organisé permet parfois des découvertes qui auraient échappé au promeneur solitaire.