

L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : Le rapprochement et l'éloignement de deux continents

M. Pierre-Gabriel Jobin

Abstract

Considering either the beginning, the middle or the latter part of the XXh century, one is struck by the extent of the influence of the French doctrine on Quebec case law and doctrine. For the interpretation of the Civil Code of Lower Canada, the French doctrine has always played a significant role,

Résumé

Que l'on considère le début, le milieu ou la fin du XXe siècle, on est frappé par l'ampleur de l'influence de la doctrine française sur la jurisprudence et la doctrine du Québec. Dans l'interprétation du Code civil du Bas-Canada, la doctrine française a toujours joué un rôle significatif, bien qu'il ait varié d'une époque à l'autre. L'apogée se situe dans les années 1940, 1950 et 1960. Depuis, on observe une certaine baisse, qui est attribuable notamment au développement de la doctrine québécoise elle-même et au fait que, à la suite de réformes législatives, les droits civils français et québécois deviennent de plus en plus différents. Enfin, on perçoit l'influence française au plan de la forme de la pensée et des écrits : depuis le début des années 1970, la doctrine du Québec, à l'instar de celle de la France, est conçue selon la méthode analytique, alors que ce n'était pas le cas auparavant.

Citer ce document / Cite this document :

Jobin Pierre-Gabriel. L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : Le rapprochement et l'éloignement de deux continents. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 44 N°2, Avril-juin 1992. pp. 381-408;

doi : 10.3406/ridc.1992.4495

http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1992_num_44_2_4495

Document généré le 05/06/2016

L'INFLUENCE DE LA DOCTRINE FRANÇAISE SUR LE DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS. LE RAPPROCHEMENT ET L'ÉLOIGNEMENT DE DEUX CONTINENTS

par

Pierre-Gabriel JOBIN (*)

Professeur à la Faculté de droit
et membre de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill

Que l'on considère le début, le milieu ou la fin du XX^e siècle, on est frappé par l'ampleur de l'influence de la doctrine française sur la jurisprudence et la doctrine du Québec. Dans l'interprétation du Code civil du Bas-Canada, la doctrine française a toujours joué un rôle significatif, bien qu'il ait varié d'une époque à l'autre. L'apogée se situe dans les années 1940, 1950 et 1960. Depuis, on observe une certaine baisse, qui est attribuable notamment au développement de la doctrine québécoise elle-même et au fait que, à la suite de réformes législatives, les droits civils français et québécois deviennent de plus en plus différents. Enfin, on perçoit l'influence française au plan de la forme de la pensée et des écrits : depuis le début des années 1970, la doctrine du Québec, à l'instar de celle de la France, est conçue selon la méthode analytique, alors que ce n'était pas le cas auparavant.

Considering either the beginning, the middle or the latter part of the XXth century, one is struck by the extent of the influence of the French doctrine on Québec case law and doctrine. For the interpretation of the Civil Code of Lower Canada, the French doctrine has always played a significant role,

(*) L'auteur remercie le professeur Roderick A. MACDONALD, pour ses judicieux commentaires, M^{lle} Maryse BÉAULIEU, pour son assistance dans la recherche, la Fondation Wainwright et l'Université McGill, pour leur soutien financier.

although it has varied from time to time. The apogee is in the 40's, 50's and 60's. Since then, one notes a certain decline, which is attributable to the development of the Québec doctrine itself and to the fact that, because of legislative reforms, the civil laws of France and Québec are becoming more and more different. Finally, since the early 70's, the Québec doctrine, like its French counterpart, follows the analytical method, which was not the case formerly : this speaks to the French influence on the form of the legal thought and writings.

INTRODUCTION

1. Le caractère mixte du droit civil québécois est maintenant bien connu. Les rédacteurs du Code civil du Bas-Canada ont puisé tour à tour dans le droit français du Code Napoléon et, dans une moindre mesure, dans l'ancien droit français, la *lex mercatoria* et la *common law*. Le droit québécois apparaît donc comme un terrain particulièrement propice à l'observation de l'influence qu'a pu exercer la doctrine de l'un des droits qui en a été la source.

La doctrine française (1) est le choix qui vient à l'esprit immédiatement. Peut-être surtout pour sa richesse. Aussi pour son abondance et son antériorité : non seulement les auteurs français ont-ils toujours été beaucoup plus nombreux que ceux du Québec, mais il ont entrepris l'interprétation du droit napoléonien quelque soixante ans avant l'adoption du Code civil du Bas-Canada, de sorte qu'il était naturel pour les auteurs québécois de se tourner vers eux comme vers des prédécesseurs. Sans doute aussi pour des affinités de langue et de culture et des liens historiques.

2. Comment apprécier l'influence d'une doctrine sur l'ensemble d'un droit ? S'il est sans doute possible de dégager l'apport idéologique d'une doctrine étrangère dans un secteur particulier du droit civil, une pareille entreprise, au niveau de l'ensemble du droit civil, ne paraît pas possible dans l'état actuel des recherches qui se font dans ce domaine. Aussi, faut-il se limiter à l'observation factuelle de la manière dont la jurisprudence et la doctrine québécoises utilisent la doctrine française ; cela permettra non seulement de mesurer l'ampleur du rôle de la doctrine française, mais aussi, notamment, d'apprécier son influence sur la méthodologie de la

(1) L'expression « doctrine française » est comprise ici dans un sens formel ; elle désigne les ouvrages, articles et notes écrits sur le droit français par des auteurs faisant carrière en France (ce qui exclut les écrits d'auteurs nés en France mais faisant carrière au Québec — comme MM. P. AZARD, L. BAUDOIN, J. PINEAU et M. TANCELIN par exemple — qui sont considérés comme des auteurs québécois pour les fins de cette étude). De plus, aucune distinction n'est faite entre les cas où un auteur exprime une solution ou une théorie personnelle et ceux où il énonce l'interprétation du droit français — distinction qui aurait été fort difficile à établir étant donné l'interaction entre la doctrine et la jurisprudence.

doctrine québécoise et sur la conception que celle-ci se fait de son rôle comme source de droit (2).

Certes, il ne s'agit pas de procéder à une analyse précise, menant à des conclusions fermes et parfaitement objectives. Il arrive parfois qu'un seul ouvrage ou article exerce à lui seul une influence considérable (3), ce qui interdit d'accorder à des conclusions générales une précision et une valeur absolues qu'elles n'ont pas. Mais l'observation de la fréquence à laquelle les juges et les auteurs québécois citent la doctrine française (4) donne déjà un état de l'ampleur du phénomène et présente un tableau général, dont les variations pourront ensuite être expliquées par des éléments d'ordre épistémologique, idéologique ou autres.

De plus, s'il est possible de déterminer des périodes dans l'histoire du droit québécois, on peut comparer l'influence de la doctrine française de l'une à l'autre et ainsi tenter d'identifier des attitudes différentes des juristes québécois à l'égard de la doctrine française, d'une époque à l'autre. Enfin, comparer la fréquence des références à la doctrine française à la fréquence des références à d'autres autorités, dont notamment la doctrine québécoise, fournit un indice assez sûr du poids relatif de la doctrine française au Québec.

3. Comme on le sait, au Canada les décisions des tribunaux sont motivées ; les juges citent des autorités de doctrine et de jurisprudence à l'appui de leurs motifs. Certes, personne ne s'attendrait à ce que la doctrine française soit citée toujours et partout. De nombreuses décisions ne citent pas la doctrine française dans des matières où pourtant elle pourrait apporter un éclairage utile parce que le droit français est identique ou semblable au droit québécois. Il faut également reconnaître que certains auteurs adoptent la même attitude.

De tout temps cependant, les magistrats québécois ont eu recours à la doctrine française, dans un grand nombre de décisions (5). Par ailleurs, dans la majorité des cas, articles et ouvrages québécois font appel à la doctrine française comme autorité. Fréquemment, magistrats et auteurs

(2) L'influence de la doctrine française sur l'enseignement du droit au Québec pourrait, à elle seule, faire l'objet d'un projet de recherche historique important. D'autres projets de recherche sont en marche présentement, qui touchent en partie l'influence de la doctrine, par exemple sur la législation québécoise.

(3) Dans l'arrêt de principe de la Cour Suprême du Canada sur la responsabilité du fabricant et du vendeur professionnel, *General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790, la thèse de M. B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Paris, L.G.D.J., 1963, et certains articles et notes de P. MALINVAUD (dont « La responsabilité civile du fabricant en droit français », *G.P.* 1973, II, doc. 465) ont joué un rôle important (avec d'autres autorités de jurisprudence et de doctrine) bien qu'ils ne soient guère cités dans d'autres jugements.

(4) Cette méthode n'est pas employée ici pour la première fois. V. par ex. D. CASSWELL, « Doctrine and Foreign Law in the Supreme Court of Canada : A Quantitative Analysis », (1981) 2 *Sup. Ct L.R.* 435 ; S. NORMAND, « Une analyse quantitative de la doctrine en droit civil québécois », (1982) 23 *C. de D.* 1009.

(5) Cette pratique est suivie à peu près également par les tribunaux de première instance, la Cour d'appel du Québec et la Cour Suprême du Canada. Depuis quelques années, toutefois, cette dernière a pris l'habitude de se livrer à de longs exercices de droit comparé, dans des affaires de droit civil comme en d'autres matières, au point que certains lui en font le reproche : v. *infra* n° 27.

utilisent la doctrine française simplement pour emprunter sa solution à un problème précis ; assez souvent, ils s'inspirent également de ses motifs ; parfois, un auteur ou un juge québécois transplantent au Québec une théorie de la doctrine française, comme ce fut le cas par exemple pour les obligations implicites du contrat (6). On cite les traités et ouvrages généraux mais il est rare qu'on s'inspire d'une thèse ou d'un essai, préférant ainsi le droit établi au ferment du droit.

Au Québec, comme on le sait, certains juges et certains auteurs sont anglophones. On se serait peut-être attendu à ce que la doctrine française trouve plus facilement audience auprès des juges et auteurs francophones. Or l'observation empirique de la réalité révèle que les anglophones accordent aux auteurs français la même importance que le font les francophones. Ce phénomène montre bien que le caractère bilingue de la profession juridique au Québec n'est pas une légende, du moins dans les matières qui nous intéressent (7).

La fréquence de ces références aux auteurs français varie considérablement d'un sujet à l'autre et d'un auteur québécois à un autre. Quelques auteurs se distinguent par l'usage systématique qu'ils font de la doctrine française, chaque fois que la règle considérée, ou son interprétation, est identique ou semblable à celle du droit français. Chez les auteurs anciens, on peut citer Mignault et, chez les contemporains, M. Crépeau (8). Pour eux, bien souvent, le droit français est plus qu'un objet de droit comparé : c'est une véritable source du droit québécois. Ils voient sans doute dans la doctrine française une œuvre si riche qu'elle mérite d'être citée même sur des points où la doctrine québécoise, qu'ils citent également, est pourtant claire et complète. Si le phénomène paraissait bien compréhensible à l'époque de Mignault, alors que la doctrine québécoise était peu développée, aujourd'hui il retient l'attention.

4. Le plus souvent, un auteur ou un magistrat québécois se référera, sur un même point, à la doctrine française en plus de la jurisprudence et la doctrine québécoises. Assez souvent, les auteurs français seront plutôt cités comme seules autorités sur un point particulier. Un tel usage de la doctrine française en fait une source du droit québécois, au même titre que la doctrine québécoise elle-même (9).

Dans d'autres cas, assez fréquents également, le magistrat ou l'auteur (10) citera la doctrine française pour simplement informer le lecteur

(6) P.-A. CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B.can.* 1.

(7) Nous référons ici à la capacité de lire l'anglais, non de le parler.

(8) P.-A. CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Montréal, Yvon Blais et Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989 ; P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, 9 tomes, Montréal, Théoret et Wilson & Lafleur, 1895 et s., qui écrit dans la préface de son premier tome : « On peut dire, sans exagération, qu'aucun pays ne possède une littérature légale (*sic*) comparable à celle de la France. »

(9) V. A. POPOVICI, « Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles sources de droit au Québec ? », (1973) 8 *R.J.T.* 189.

(10) Par ex. G. BRIÈRE écrit, en matière d'insanité d'esprit du testateur, que la jurisprudence québécoise « n'est pas très éloignée des idées de Daguesseau » : *Traité de droit civil. Les successions*, Montréal, Yvon Blais et Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1990, n° 349.

de la règle ou de son interprétation en droit français. Il fait alors du droit comparé, de façon plutôt élémentaire.

Enfin, il arrive parfois que la doctrine ou la jurisprudence évoque la doctrine française pour rejeter la solution du droit français au problème considéré. Ce fut le cas notamment quand jurisprudence et doctrine québécoises ont refusé de suivre l'interprétation française de la règle sur la responsabilité présumée du gardien d'un bien et ont exigé que le bien se meuve de façon autonome et sans être sous la direction de l'être humain, pour que s'applique la règle correspondante du Code civil du Bas-Canada (11).

5. Nos observations portent sur la période de 1900 à 1990. Le choix de l'année 1900 est un peu arbitraire, comme tous les choix dans ce genre d'étude. Cependant, comme on le sait, le Code civil du Bas-Canada est entré en vigueur en 1866 et, en 1900, le Québec était encore à l'ère de la postcodification. Le droit québécois en était à ses débuts. La grande entreprise d'interprétation de ce « nouveau » Code ne faisait que commencer. La très grande majorité des décisions des tribunaux qui ont fait autorité jusqu'à aujourd'hui sont postérieures à 1900. Du côté de la doctrine, ne paraissaient, au tournant du siècle, que deux revues juridiques (12) et c'était l'époque de la publication du premier grand ouvrage doctrinal, le *Traité de droit civil* de Mignault (13).

C'est ainsi que peuvent être identifiées, au XX^e siècle, trois grandes périodes, non seulement par rapport à l'influence de la doctrine française au Québec, mais aussi par rapport au contexte socio-juridique. Pour des raisons qui deviendront plus claires dans les pages qui suivent, les lignes de démarcation peuvent être placées environ en 1940 et en 1970.

De 1900 à 1939, les tribunaux québécois sont à la recherche de l'identité du droit québécois. Ils puisent dans plusieurs sources : la doctrine française vient au premier rang ; la rare doctrine québécoise est aussi mise à profit ; la jurisprudence de *common law* exerce également une influence secondaire, quoique non négligeable (14).

(11) Notamment *Ayotte c. Marleau*, (1929) 46 B.R. 343, j. RIVARD, p. 347 et 348 ; J.-L. BAUDOIN, *La responsabilité civile délictuelle*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990, n^{os} 603 et s. ; *Jand'heur c. Les Galeries Belfortaises*, Cass. ch. civ., 21 fév. 1927, S. 1927.1.137 ; Cass. ch. réunies, 13 fév. 1930, D.P. 1930.157, note G. RIPERT ; S. 1930.1.121, note P. ESMEIN. Il faut dire que, par la suite, l'interprétation de la règle française est devenue moins claire à la suite d'un autre arrêt de la Cour de cassation : Cass. ch. civ., 19 fév. 1941, D.C. 1941.85, note J. FLOUR ; v. *Traité de droit civil*, J. GHESTIN (éd.), *Les obligations. La responsabilité : conditions*, par G. VINEY, Paris, L.G.D.J., 1982, n^{os} 661 et s.

(12) *La Revue Légale*, fondée en 1869 (qui publiait des décisions des tribunaux en plus d'articles et de commentaires de doctrine), et *La Revue du Notariat*, fondée en 1898.

(13) P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, *supra*, note 8. On mentionnera aussi des ouvrages qui ont aujourd'hui un intérêt purement historique : C. C. de LORIMIER, *La bibliothèque du Code civil de la Province de Québec*, 20 volumes, Montréal, Minerve, 1871-1890 ; F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, 6 volumes, Montréal, Wilson & Lafleur, 1905-1911.

(14) La doctrine de *common law* n'a toujours joué qu'un rôle marginal dans le droit civil québécois.

De leur côté, au début du siècle, les auteurs québécois ne sont pas particulièrement enclins à s'inspirer de la doctrine française. En fait, leur grande préoccupation, le centre de leur intérêt sont l'interprétation du Code de 1866 par la jurisprudence québécoise. Ces années se caractérisent vraiment comme la première phase d'interprétation du Code civil du Bas-Canada.

De 1940 à 1969, le tableau se modifie radicalement. L'influence de la doctrine française atteint alors son apogée. Elle continue d'être citée assez souvent par les tribunaux, quoiqu'un peu moins fréquemment que dans la période précédente. Surtout, la doctrine française devient pleinement reconnue et acceptée par la doctrine québécoise : les auteurs se mettent à citer très souvent leurs collègues français, qui acquièrent ainsi une place d'honneur.

Enfin, de 1970 à 1990, la situation se modifie de nouveau. Si la doctrine française conserve un poids significatif en droit québécois, il faut reconnaître que son utilisation est moins fréquente qu'auparavant dans la doctrine et, davantage, dans la jurisprudence québécoises, où son influence devient nettement secondaire. Par ailleurs, les articles et les ouvrages d'auteurs québécois deviennent de plus en plus abondants. Cette production québécoise accrue a un double effet : d'une part, la doctrine québécoise remplace de plus en plus la doctrine française, comme autorité devant les tribunaux ; d'autre part, les auteurs du Québec deviennent, pour les autres auteurs québécois, la principale source doctrinale. Ces deux décennies peuvent être qualifiées de période de l'épanouissement du droit québécois.

6. Ces diverses tendances peuvent être illustrées à l'aide de quelques relevés empiriques (15). D'abord, en ce qui concerne l'influence de la doctrine française sur les tribunaux québécois, on observe des tendances inverses des influences respectives de la doctrine française et de la doctrine québécoise. Dans les décisions sur la responsabilité pour les troubles de voisinage, sur l'immobilisation par destination et sur l'existence du consentement chez le testateur (ou la capacité matérielle de tester), pour les périodes 1900 à 1939, 1940 à 1969 et 1970 à 1990, les tribunaux se sont référés à la doctrine française respectivement dans 42 %, 29 % et 16 % des opinions exprimées ; par contraste, pour les mêmes périodes et les mêmes sujets, ils se sont référés à la doctrine québécoise dans 13 %, 19 % et 37 % des opinions (16). Deux cas particuliers sont frappants : de

(15) Notre méthodologie est plutôt simple. Nous n'avons pas pris comme base de calcul les jugements, mais les opinions sur un point précis, qu'elles soient émises par un juge de la majorité ou de la dissidence le cas échéant. Les occurrences de citation ne tiennent pas compte du nombre d'autorités citées sur un même point (pour les fins de notre étude, comme pour bien d'autres, le fait que, sur un même point, on cite un auteur plutôt que dix ne nous paraît guère significatif). Ainsi, quand dans un arrêt deux juges se prononcent, chacun sur les deux questions en litige, qu'un juge ne cite aucune autorité et que l'autre cite cinq autorités sur un seul point, nous estimons que les autorités ont été citées une fois dans quatre opinions.

(16) Rappelons, à propos de toutes ces statistiques, qu'aucune variation significative n'a pu être observée, premièrement, entre la Cour Suprême du Canada, la Cour d'appel du Québec et les tribunaux de première instance et, deuxièmement, entre les juges et auteurs anglophones et francophones : *supra* n° 2.

1900 à 1939, en matière de troubles de voisinage, aucune décision n'a cité la doctrine québécoise ; en revanche, de 1970 à 1990, dans la jurisprudence sur le consentement du testateur, on ne trouve pas une seule référence à la doctrine française.

Toujours à propos de l'influence de la doctrine française sur la jurisprudence, la période 1970 à 1990 se démarque des autres. En moyenne générale de 1900 à 1990, dans les affaires portant sur les trois sujets mentionnés plus haut, la jurisprudence a cité la doctrine française dans 32 % des opinions. Mais, si l'on considère seulement la période 1970 à 1990, la moyenne chute à 16 %. Ces données forment un fort contraste avec le recours de la jurisprudence à la doctrine québécoise, toujours pour les mêmes sujets de 1900 à 1990, la moyenne générale est de 20 %, mais, pour la période de 1970 à 1990, cette moyenne grimpe à 37 % des opinions.

Par ailleurs, à propos de l'influence de la doctrine française sur la doctrine québécoise, le tableau est quelque peu différent. Le déclin de l'influence des auteurs français est moins marqué dans la doctrine que dans la jurisprudence. Ainsi, dans les affaires portant sur les troubles de voisinage, l'existence du consentement du testateur et la responsabilité du gardien d'un bien, on observe une courbe dans la fréquence de citations des auteurs français : de 1900 à 1939, ils sont cités par leurs collègues québécois dans 31 % des opinions exprimées, de 1940 à 1969, dans 37 %, et, de 1970 à 1990, dans seulement 20 % des cas (17).

En comparant ces chiffres à la fréquence des citations de la doctrine québécoise, on constate que, depuis 1940, les auteurs québécois ont joui d'une autorité plus importante que leurs collègues français dans les articles et les ouvrages publiés au Québec : en effet, pour la période de 1900 à 1939, les auteurs québécois ont cité d'autres auteurs québécois dans 28 % des opinions émises alors que, pour chacune des périodes de 1940 à 1969 et 1970 à 1990, ils ont cité les auteurs québécois dans une proportion de 44 %.

Ces quelques relevés empiriques confirment donc l'impression générale qui se dégage de la lecture de la jurisprudence et de la doctrine québécoises : c'est dans la période 1940 à 1969 que l'influence française a connu son apogée au Québec et l'on est forcé de constater un certain déclin de cette influence dans la période 1970-1990. Si le phénomène paraît assez clair, il reste à tenter de l'expliquer.

1° *Le droit civil québécois à la recherche de son identité*

7. Dans les années 1900 à 1939, la première codification du droit québécois est encore récente. Or, il faut savoir qu'avant la codification, les sources du droit en vigueur au Bas-Canada étaient nombreuses. Il s'agissait d'une part de l'ancien droit français, dans l'état où il se trouvait lors de la conquête du Canada par l'Angleterre en 1759 ; le droit trouvait aussi sa source dans les lois, les ordonnances et les règlements adoptés

(17) Les cas où la doctrine française est citée parce que le droit québécois a rejeté la règle ou l'interprétation française ne sont pas calculés ici.

soit à Londres, capitale de l'Empire britannique, soit au Canada, conformément aux diverses formes de pouvoir législatif qui ont été successivement en vigueur depuis la conquête. La grande diversité et la confusion des sources du droit étaient des difficultés sérieuses pour le juriste de l'époque. C'est pourquoi l'un des objectifs du législateur dans la codification de 1866 était précisément de clarifier le droit en vigueur (18).

8. Il est donc naturel que les premiers efforts de la doctrine québécoise, à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, aient porté sur le simple exposé du droit nouvellement codifié et sur le compte rendu de la « nouvelle jurisprudence » interprétant ce Code. Les ouvrages de doctrine adoptent souvent la forme de l'analyse exégétique et du répertoire de jurisprudence ; les articles de revue ne sont le plus souvent que des résumés des décisions judiciaires. La doctrine québécoise fait appel aux auteurs français surtout pour rappeler cette partie de l'ancien droit français qui avait été consacrée dans la codification canadienne. Pothier et Domat sont des noms qui reviennent beaucoup plus souvent que les auteurs français ayant écrit sur le Code Napoléon.

Certes, il existe certaines exceptions à cette tendance, dont une est remarquable : il s'agit du *Traité de Mignault*. Celui-ci ne se contente pas de citer des auteurs français contemporains mais, de son propre aveu, il reprend tout le texte de l'ouvrage de Mourlon en y ajoutant des observations pertinentes sur les points où le Code civil du Bas-Canada ou son interprétation diffèrent du droit français (19).

Cependant, d'autres facteurs expliquent l'influence relativement secondaire de la doctrine française à cette époque.

9. Pendant les quatre premières décennies du XX^e siècle, il subsiste au Québec un fort mouvement de défense de la nation canadienne-française — comme on appelait alors le peuple québécois francophone. Les tentatives d'assimilation des Canadiens français à la société anglaise, par une certaine élite anglaise de Londres, du Haut-Canada et même du Bas-Canada, depuis la conquête, restaient fraîches à la mémoire. Ce mouvement comportait une importante faction de juristes, défenseurs de l'intégrité du droit civil. Ils se sont efforcés de protéger cette partie du droit québécois tirée du droit français contre toute influence étrangère, spécialement son interprétation selon la méthode de la *common law* et l'introduction de règles de la *common law* par le biais des précédents judiciaires.

Pour eux, assurer la pureté du droit civil, c'était préserver l'un des éléments caractéristiques et essentiels de la nation canadienne-française

(18) V. le préambule de l'Acte *pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, S.C. 20 Victoria (1857), ch. 43 ; J. E. C. BRIERLEY, « Québec's Civil Law Codification, Viewed and Reviewed », (1968) 14 *R.D. McGill* 521.

(19) P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien basé sur les « Répétitions écrites sur le Code civil » de Frédéric Mourlon avec de la jurisprudence de nos tribunaux*, *supra*, note 8.

et, de manière indirecte, sa foi catholique et sa langue (20). Bien qu'en nommant les codificateurs chargés de préparer le nouveau Code et en adoptant ce dernier, le législateur ne semble pas avoir agi dans ce but (21), la codification a été perçue par ces nationalistes comme un instrument de la sauvegarde du droit civil québécois et des institutions de la nation canadienne-française.

Ce mouvement s'est exprimé dans de nombreuses publications : *La Revue du Droit*, qui a été publiée de 1922 à 1939, en était l'organe privilégié. Cette lutte pour la survivance du droit civil s'exprimait dans un langage émotif et enflammé. De tous ces défenseurs du droit, de la langue et de la foi des Canadiens français, Mignault est sans doute celui dont les exposés ont le plus de substance et qui écrit de la façon la plus modérée. Ses articles ne sont toutefois par exempts de certaines envolées, comme celle-ci : « Je redoute tout, si on se laisse influencer, dans nos causes, par les précédents du *common law*. [...] Notre droit civil est ce que nous, de la Province de Québec, avons de plus précieux après notre religion et notre langue. C'est un héritage que nous avons reçu de nos pères à charge de le conserver et de le rendre » (22).

Comme l'a démontré un auteur (23), cette école de pensée nous apparaît aujourd'hui comme généralement dogmatique et intégriste. Ses auteurs étaient fondamentalement tournés vers l'ancien régime ; ils vouaient un culte à l'ancien droit, notamment à la Coutume de Paris. Le Code Napoléon et les institutions françaises du XIX^e et du XX^e siècles présentaient peu d'attraits à leurs yeux. Ces juristes étaient très sensibles d'ailleurs aux différences entre le Code civil du Bas-Canada et le Code civil des Français. Ils n'avaient donc pas un grand intérêt pour la doctrine française et ils entretenaient sans doute à son égard une certaine méfiance.

10. Les juges québécois du début du siècle se méfiaient parfois des magistrats et des auteurs français, considérés trop socialisants et laïques (24). Cette méfiance persistera longtemps, quoique ses motifs chan-

(20) S. NORMAND, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil », (1987) 32 *R. D. McGill* 559 ; v. par ex. V. MORIN, « L'anglicisation de notre droit civil », (1937) 40 *R. du N.* 145.

(21) J. E. C. BRIERLEY « Québec's Civil Law Codification, Viewed and Reviewed », *supra*, note 18, p. 532.

(22) P.-B. MIGNAULT, « L'avenir de notre droit civil », (1923) 1 *R. du D.* 104, p. 116. MIGNAULT s'est notamment employé à défendre l'interprétation du Code civil selon la méthode civiliste, et non celle de la *common law* qui y voit une loi comme les autres ; notamment P.-B. MIGNAULT, « Le Code civil de la Province de Québec et son interprétation », (1935) 1 *U. of T.L.J.* 104. Ajouter : *Desrosiers c. R.*, (1920) 60 R.C.S. 105, J. Mignault, p. 126 ; *Curley c. Latreille*, (1920) 60 R.C.S. 131, J. Mignault, p. 178 ; *Colonial Real Estate c. Communauté des Sœurs de la Charité de Montréal*, (1918) 57 R.C.S. 585, J. Mignault, p. 603.

(23) S. NORMAND, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil », *supra*, note 20, p. 571 et 598. Ainsi J. E. PRINCE écrivait : « Contrairement au Code Napoléon, le nôtre n'a pas voulu rompre toute attache avec le passé » : « Essai sur la pensée et les tendances de notre droit civil », (1923) 1 *R. du D.* 399, p. 476.

(24) Par ex., rejet de la responsabilité fondée sur le risque : *Canadian Vickers Ltd. c. Smith*, [1923] R.C.S. 203, j. Duff, p. 206 ; *Governor and Company of Gentlemen Adventurers of England c. Vaillancourt*, [1923] R.C.S. 414, J. Mignault, p. 427.

geront quelque peu. Les tribunaux de cette époque préfèrent donc s'appuyer sur la doctrine locale, constituée principalement, comme il a été dit, de répertoires de jurisprudence et d'articles résumant des décisions judiciaires québécoises. Quand on voulait chercher des sources d'un autre pays, on citait plus volontiers Pothier que Laurent. Comme l'a fait observer un auteur (25), ce comportement des tribunaux constituait peut-être inconsciemment un système d'auto-défense contre une influence indue du droit français de l'époque et de la *common law*.

Le climat n'était donc pas favorable à une utilisation abondante de la doctrine française par la doctrine et la jurisprudence québécoises.

11. Mais un autre facteur explique le fait que la doctrine française n'ait pas exercé une influence prépondérante à cette époque : c'est l'habitude des juges québécois de citer fréquemment des précédents judiciaires de *common law* pour interpréter les dispositions du Code civil dont l'origine est pourtant française (26). Ce phénomène n'était pas nouveau : au XIX^e siècle, les tribunaux québécois, et en particulier la Cour Suprême du Canada, ont pratiqué un certain éclectisme, allant puiser tour à tour dans le droit français certes, mais aussi dans le droit d'autres pays européens et tout spécialement l'Angleterre, et dans le droit américain ; le juge H.-É. Taschereau, de la Cour Suprême du Canada, fut sans doute le plus illustre représentant de ce courant (27).

Cette méconnaissance des sources du droit civil québécois s'explique d'abord par l'habitude des plaideurs eux-mêmes, à la recherche d'autorités favorables à leurs clients, de citer indistinctement des décisions de *common law* à propos de règles d'origine civile. Les recueils judiciaires de la Cour Suprême du Canada de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle, qui résument les plaidoiries, en témoignent éloquemment. Le juge Mignault l'a déploré dans un de ses jugements (28). Il ne fut pas le seul à le faire et, néanmoins, cette pratique déplorable s'est poursuivie jusqu'à aujourd'hui.

Cette habitude des tribunaux de s'inspirer de la *common law* trouve également une explication dans une double politique d'uniformisation du droit privé ; commencée au XIX^e, cette politique s'est poursuivie durant toute la première partie du XX^e siècle. La Cour Suprême du Canada poursuivait deux objectifs complémentaires. Elle voulait d'abord uniformiser le droit privé dans toutes les provinces du Canada. On relève de nombreux exemples où la Cour suprême, ayant à choisir entre une solution de *common law* et une solution de droit civil, a préféré la première. Et

(25) L. BAUDOIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, Dalloz, 1967, p. 96.

(26) Plusieurs explications peuvent être avancées pour cette habitude, mais il faut mentionner le simple fait que les magistrats québécois sont plus familiers avec le style discursif des décisions d'un système judiciaire d'inspiration britannique qu'avec la forme concise et aride du syllogisme des décisions de la tradition civiliste française.

(27) Sur tout ce courant, et en particulier la pensée et la carrière du J. Taschereau, v. l'excellent article de D. HOWES, « From Polyjurality to Monojurality : The Transformation of Québec Law, 1875-1929 », (1987) 32 *R.D. McGill* 523.

(28) *Mile End Milling Co c. Peterborough Cereal Co.*, [1924] R.C.S. 120.

elle ne s'en est pas cachée : la Cour a formellement exprimé sa volonté d'harmoniser le droit du Québec avec celui du reste du Canada (29).

Deuxièmement, la Cour Suprême avait comme objectif d'uniformiser le droit à travers le monde occidental, surtout en matière de droit commercial. Certains arrêts sont très clairs à ce sujet, comme en témoigne ce passage de l'arrêt de principe sur la validité d'une clause exonératoire (30) :

« It strikes one as an astounding proposition, to say the least that what is undoubtedly licit in England, under the British flag which covers over two-thirds of the maritime carrying trade of the world, should be immoral and against public order in the Province of Québec, and that what is sanctioned by law in six of the provinces of this Dominion [Canada] should be prohibited in the seventh because of its immorality ».

12. En agissant ainsi, la Cour Suprême emboîtait le pas à un mouvement, dans les pays occidentaux, pour une conception plus rationnelle et unificatrice du droit ; plus particulièrement, dans le contexte canadien de l'époque, elle obéissait à ce qu'elle percevait comme des impératifs politiques, démographiques, linguistiques et commerciaux (31).

On remarquera qu'il ne s'agissait pas là d'un usage judicieux du droit comparé, qui aurait permis tantôt à la *common law* et tantôt au droit civil d'adopter la solution de l'autre système, parce qu'elle était plus équitable ou mieux adaptée aux besoins de l'époque. Comme l'a souligné un auteur (32), il s'agissait d'un mouvement à sens unique : c'était toujours le droit québécois qui devait prendre la couleur de la *common law*, jamais l'inverse.

Ce comportement de la magistrature, on ne s'en étonnera pas, a été vigoureusement dénoncé par le mouvement de préservation de l'intégrité du droit civil dont nous venons d'évoquer les activités. Il le sera également au cours des périodes de 1940 à 1969 et 1970 à 1990, comme on le verra plus loin.

13. Quelques nuances doivent toutefois être apportées dès maintenant. D'abord la Cour Suprême du Canada, au début du siècle, ne s'est pas toujours appuyée exclusivement sur des précédents de *common law* dans les affaires civiles, loin de là. On relève des jugements de cette cour

(29) Notamment *Lister c. McAnaulty*, [1944] R.C.S. 317 ; *Montréal West (Town of) c. Hough*, [1931] R.C.S. 113 ; *Robert c. Montréal Trust Co.*, (1917) 56 R.C.S. 342 ; *Magann c. Auger*, (1902) 31 R.C.S. 186 ; *Canadian Pacific Railway Co. c. Robinson*, (1890) 14 R.C.S. 105, inf. sur un autre point : [1892] A.C. 481.

(30) *Glengoil Steamship Line Co. c. Pilkington*, (1898) 28 R.C.S. 146, j. Taschereau, p. 155 et 156.

(31) H. P. GLENN, « Droit comparé et droit québécois », (1990) 24 *R.J.T.* 338, et « Le droit comparé et la Cour Suprême », dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 197 ; R. BOULT, « Aspects des rapports entre le droit civil québécois et la *common law* dans la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.* 738.

(32) J.-L. BAUDOIN, « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour Suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.* 715, p. 718 et s. *Contra*, T. RINFRET, « Reciprocal Influences of the French and English Laws », (1926) 4 *R. du B. can.* 69, spécialement p. 81 et s.

qui réfèrent à une abondante doctrine française ; souvent, toutefois, les sources françaises sont mises en parallèle — sinon en concurrence — avec les sources de *common law* (33).

En second lieu, cet attrait des tribunaux pour la *common law* était d'autant plus difficile à combattre qu'il était totalement imprévisible : en préférant la *common law* au droit civil, comme source du droit québécois, les tribunaux paraissent n'avoir suivi aucun modèle. En effet, ils ont agi ainsi non seulement à l'égard de règles que le législateur avait empruntées à la *common law* (34), mais également à l'égard de règles authentiquement civiles. De plus, plusieurs sujets sont pratiquement demeurés à l'abri de l'influence de la *common law*, sans qu'on sache pourquoi ils en furent ainsi protégés : on peut mentionner par exemple l'obligation de sécurité, l'exception d'inexécution, l'interprétation du contrat en faveur de celui qui y a adhéré et l'option entre les régimes contractuel et extracontractuel de responsabilité.

Troisièmement, l'influence de la *common law* sur le droit civil québécois a été quelque peu exagérée par ceux qui l'on dénoncée. Dans un autre article, nous avons fait état d'une étude empirique sur les citations de jurisprudence et de doctrine, par les tribunaux québécois, dans des décisions sur des règles prétoriennes. Certes, la proportion des références à la jurisprudence de *common law*, quoique inférieure à celle des références à la jurisprudence québécoise, est assez élevée ; mais, dans les conclusions de cette étude, on est frappé surtout par le fait que c'est la doctrine française qui exerce la plus grande influence — une influence supérieure à celles de la doctrine et de la jurisprudence de *common law* respectivement et même à celle de la doctrine québécoise, pour les sujets considérés (35).

14. Ainsi, durant cette période de 1900 à 1939 la doctrine française s'est trouvée en forte concurrence avec d'autres sources de droit comparé. Juges et auteurs sont accaparés par la tâche de la première interprétation du Code civil du Bas-Canada. Une grande partie de la doctrine du Québec s'emploie à défendre l'intégrité du droit civil, mais elle s'accroche au passé

(33) Par ex. *Regent Taxi & Transport Co. c. Congrégation des Petits Frères de Marie, Dits Frères Maristes (La)*, [1929] R.C.S. 650 ; *Samson & Fillion c. Davie Shipbuilding & Repairing Co.*, [1925] R.C.S. 202 ; *Curley c. Latreille*, (1919-1920) 60 R.C.S. 131 ; *Ross c. Dunstall*, (1921) 62 R.C.S. 393.

(34) Parmi les règles et institutions que le législateur a tirées de la *common law*, on peut mentionner la pleine liberté testamentaire (art. 831 C.c.B.C.), la règle de la meilleure preuve (art. 1204 C.c.B.C.), l'inadmissibilité d'une preuve testimoniale pour changer ou contredire les termes d'un écrit (art. 1234 C.c.B.C.), la lésion dans le prêt d'argent (art. 1040c C.c.B.C.) et la fiducie (art. 981a et s. C.c.B.C.).

(35) Par rapport au nombre total de décisions citées, 34 % sont de *common law* tandis que 55 % et 11 % sont respectivement de droit québécois et de droit français ; par rapport au nombre total de textes de doctrine cités, 74 % sont de droit français, 18 % de droit québécois et 8 % de *common law*. Par ailleurs, dans une perspective globale, la doctrine française (30 %) arrive juste derrière la jurisprudence québécoise (33 %) et loin devant la jurisprudence de *common law* (20 %) et même la doctrine québécoise (7 %). P.-G. JOBIN, « Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges : les débuts d'une affaire de famille », (1980) 21 *C. de D.* 257, et *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 31, Paris, Economica, 1980, p. 65.

et néglige la doctrine française contemporaine, qui aurait pourtant pu lui être d'une grande utilité dans son combat. Les tribunaux, mal éclairés ou mal inspirés, citent des précédents de *common law* et utilisent la méthode d'interprétation de la *common law* pour interpréter des règles appartenant à la tradition de droit civil. Le droit québécois est à la recherche de son identité. La doctrine française est réduite à une influence relative.

Mais, à la fin de la période, les grands débats nationalistes commencent à porter leurs fruits, d'une manière que n'avaient peut-être pas prévue les protagonistes. En 1934, un congrès de droit civil réunit au Québec des auteurs français et québécois et, en 1939, a lieu ici aussi le premier congrès de l'Association Henri Capitant, fondée quelques années plus tôt ici-même. Le temps est propice pour que la doctrine française joue un très grand rôle dans le droit québécois.

2. *L'apogée de l'influence de la doctrine française*

15. Comme il a été dit (36), c'est dans la période de 1940 à 1969 que, si l'on tient compte de l'influence de la doctrine française à la fois sur la jurisprudence et la doctrine québécoises, la contribution de la doctrine française au droit québécois a été la plus importante. Ce phénomène peut s'expliquer par plusieurs facteurs.

En ce qui concerne la jurisprudence, il faut comprendre la difficulté qu'elle éprouve encore, dans ces années, à trouver ses sources. Un grand nombre de dispositions du Code civil du Bas-Canada et de nombreuses questions de droit civil n'ont pas encore fait l'objet d'un arrêt de principe de la Cour d'appel ou de la Cour Suprême du Canada. Ce qu'on pourrait qualifier de « première » interprétation du Code se poursuit donc pendant cette période ; ainsi, dans le seul domaine de la vente, on compte environ vingt-cinq arrêts majeurs de la Cour d'appel et de la Cour Suprême du Canada de 1940 à 1969.

Faute d'un corps jurisprudentiel suffisant, les tribunaux se tournent naturellement vers la doctrine. Or ils ne trouvent pas dans la doctrine québécoise toute l'aide dont ils ont besoin, pour la simple raison que cette doctrine est encore déficiente à l'époque.

16. L'inventaire général des sources doctrinales québécoises, en 1940, est assez mince. Le *Traité de droit civil* de Mignault (37), qui date du début du siècle, jouit encore d'une estime certaine. Viennent s'y ajouter un certain nombre de monographies et quelques thèses (38). En 1940, on ne compte que trois revues juridiques canadiennes, publiant des articles de droit civil (39). Quatre autres seront fondées dans la période

(36) *Supra*, n° 4.

(37) *Supra*, note 8. Ajouter A. PERRAULT, *Traité de droit commercial*, 3 tomes, Montréal, Lévesque, 1936 à 1940, qui n'a pas connu la même renommée que le traité de Mignault.

(38) M. MACDONALD estime à une quarantaine le nombre de monographies (allant de la thèse au manuel de praticien) publiées entre 1900 et 1945 : « Understanding Civil Law Scholarship », (1985) 23 *Osgoode Hall L. J.* 573, p. 594.

(39) *La Revue du Notariat*, fondée en 1898, *La Revue du Barreau canadien*, fondée en 1923, et *La Revue du Barreau*, fondée en 1941.

de 1940 à 1969 (40). Les revues juridiques, à cette époque, constituent probablement le principal véhicule de la doctrine, encore qu'elle soit de valeur inégale (41).

La raison en est que, durant cette période, les professeurs sont accaparés par la lourde tâche de transformer les facultés de droit, d'écoles professionnelles qu'elles avaient été jusqu'alors, en de véritables facultés (42), qui enseignent le droit selon un esprit plus scientifique et qui amorcent une tradition intellectuelle, dont les fruits apparaîtront dans la période suivante. Les professeurs consacrent une part importante de leur temps à la préparation des cours dans une perspective fort différente de celle de l'enseignement qu'ils ont reçu étant étudiants. Ils écrivent donc surtout des articles de revue ; la production de monographies, de précis et de manuels est mince (43).

En fait, l'apport doctrinal le plus considérable de cette époque vient de la parution d'un traité de droit civil, dirigé par Trudel. Il est rédigé presque entièrement par des praticiens (44). La plupart des tomes se présentent sous la forme d'un répertoire de jurisprudence, dans lequel le droit est examiné suivant la méthode exégétique la plus simple, c'est-à-dire article par article.

17. Si les citations françaises sont un peu moins fréquentes que dans la période de 1900 à 1939, il n'en demeure pas moins que la proportion d'opinions appuyées sur la doctrine française reste élevée. En fait, les tribunaux ont recours aux auteurs français plus souvent qu'aux auteurs québécois, comme on l'a vu (45).

Les juges n'éprouvent plus la réticence diffuse qu'ils avaient jadis à l'égard de la doctrine française. Ils sont en général plus à l'aise pour citer les auteurs français à l'appui de leurs motifs. Néanmoins, on ne peut passer sous silence quelques réticences ponctuelles, qui subsistent durant cette période de 1940 à 1969, au sujet de certaines orientations de la doctrine française, qui sont perçues comme trop socialisantes ou du moins contraires à l'esprit du droit civil québécois. Ainsi, au sujet de la défense

(40) *La Revue Juridique Thémis*, fondée en 1951 sous le nom de *Thémis* ; *La Revue de Droit de McGill*, fondée en 1952 sous le nom de *McGill Law Journal* ; *Les Cahiers de droit*, fondés en 1954, et *La Revue Générale de Droit*, fondée en 1964 sous le nom de *Justinien*. A ces revues générales viendront s'ajouter, dans les années 1970 et 1980, d'autres revues générales ou spécialisées.

(41) Plusieurs articles sont des travaux d'étudiants de 1^{er} cycle qui, s'ils étaient présentés aujourd'hui à une revue, ne seraient pas publiés.

(42) V. M. COHEN, « The Condition of Legal Education in Canada », (1950) 28 *R. du B. can.* ; P.-G. JOBIN, « Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges : les débuts d'une affaire de famille », *supra*, note 35, n° 13.

(43) Pour la période de 1960 à 1975, on dénombre seulement 54 ouvrages de tous genres (traités, monographies, manuels et autres) dans toutes les branches du droit civil québécois (sauf le divorce et le droit international privé) : v. R. BOULT, *Bibliographie de droit canadien*, 2^e éd., Ottawa, Conseil canadien de la documentation juridique, 1977.

(44) *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 15 tomes, 1942 à 1958 ; sauf L. DUCHARME et W. RODYS (de l'Université d'Ottawa), tous les auteurs sont des praticiens.

(45) Dans les sujets considérés, la doctrine française a été citée, dans la période 1940-1969, dans 29 % des opinions et la doctrine québécoise, dans 19 %. V. aussi *supra*, n° 5.

de faute d'un tiers par l'auteur du fait non fautif qui a causé un accident de la circulation, la Cour d'appel rejette l'argument de la victime selon lequel le propriétaire d'un véhicule automobile, qui le met en circulation, devrait répondre de tous les dommages causés par ce véhicule, quitte à ce qu'il exerce un recours en garantie contre le tiers, et la Cour ajoute :

« Ce serait priver par là l'intimé d'une défense : la faute d'un tiers, que notre loi reconnaît. Ce serait surtout passer du régime de responsabilité à base de faute — prouvée ou présumée — au régime à base de risque qu'une certaine partie de la doctrine française préconise depuis le début du siècle, mais qui n'a pas été acceptée dans le droit du Québec » (46).

Il est donc naturel, dans ces années, que les tribunaux se tournent vers la doctrine française. Son abondance, sa clarté et sa richesse leur apportent très souvent une réponse aux questions qu'ils ont à résoudre et sur lesquelles la doctrine québécoise ne peut les éclairer. Hors les cas particuliers où la jurisprudence ne partage pas les orientations de la doctrine française, les tribunaux québécois citent souvent ses auteurs et suivent leurs enseignements. Les grands traités, par exemple de Planiol et Ripert et de Mazeaud et Tunc, sont fréquemment invoqués comme autorités. On remarque cependant que, malgré l'arrivée dans la doctrine française d'ouvrages récents comme ceux-ci, certains juges se réfèrent encore à des auteurs plus anciens, comme Demolombe, Aubry et Rau, Guillouard, Baudry-Lacantinerie, Laurent, Troplong et... Pothier. Il y a là un certain phénomène de retard dans les connaissances des juges, lequel les conduit parfois à s'inspirer d'un droit qui est dépassé (47).

18. Du côté de la doctrine québécoise, le sort de la doctrine française est encore meilleur, car les mentalités deviennent plus ouvertes à un certain droit comparé. Il faut dire aussi que certains universitaires québécois de cette époque éprouvaient une immense admiration pour tout ce qu'écrivaient les auteurs français. La France était devenue le modèle à suivre — un sentiment d'ailleurs entretenu par quelques-uns parmi les professeurs français en visite au Québec.

On se souvient de la haute lutte menée durant la première partie du siècle, par une partie de la doctrine québécoise, contre l'influence induite de la *common law*. Durant la période de 1940 à 1969, d'autres auteurs porteront le flambeau, avec autant de conviction quoique dans un style moins enflammé (48). Leurs motifs seront moins souvent nationalistes

(46) *Simard c. Soucy*, [1972] C.A. 649, j. DESCHÊNES, p. 657. Aujourd'hui, pour les dommages corporels causés par les accidents de la route, cet ancien régime de responsabilité à base de faute présumée a été remplacé par un régime d'assurance par l'État qui ne tient aucunement compte de la faute.

(47) A. POPOVICI, « Dans quelle mesure la jurisprudence... », *supra*, note 9, qui décrit ce phénomène comme une « mode archaisante », p. 197 et 198 ; M. TANCELIN, « Comment un droit peut-il être mixte ? », Introduction, dans F. P. WALTON, *Le domaine de l'interprétation du Code civil du Bas-Canada* (traduction de M. TANCELIN), Toronto, Butterworths, 1980, 1. Nous ajouterons que, même aujourd'hui, les juges ont tendance à se référer aux auteurs qu'ils ont fréquentés quand ils étaient eux-mêmes sur les bancs de la faculté.

(48) P. AZARD, « Le droit québécois, pièce maîtresse de la civilisation canadienne-française », (1963) 5 *C. de D.* 7 ; J.-L. BAUDOIN, « Le Code civil du Québec : crise de

que ceux de leurs prédécesseurs, mais plus souvent d'ordre proprement scientifique. Dans leurs propos, on voit apparaître en droit québécois la conception scientifique du droit que la France a connue surtout au XIX^e - siècle et dans la première partie du XX^e siècle. Pour eux, le droit civil forme un système cohérent et complet, qu'il faut préserver de certaines influences étrangères qui risquent de l'altérer (49).

Les auteurs québécois de cette époque dénoncent l'acculturation de leur droit par la *common law*. Ils font voir comme c'est souvent un leurre que d'emprunter à la *common law* son interprétation d'une règle particulière au motif que cette règle est identique à celle correspondante du droit civil, sans s'interroger sur les contextes respectifs de ces règles en *common law* et en droit civil, tels les principes applicables et les objectifs du législateur. Ils dénoncent l'incohérence à laquelle conduit souvent l'interprétation d'une règle de droit civil selon les précédents de *common law* qui méconnaissent les principes applicables à la matière. Enfin, ils pointent du doigt l'introduction, sous l'influence de la *common law*, de règles jurisprudentielles qui sont contraires à des règles du Code civil (50).

Durant les années 1940 à 1969, les auteurs québécois, en grande majorité, voient dans la doctrine française, souvent en conjonction avec la jurisprudence française, un instrument puissant pour faire contrepoids à l'influence de la *common law*. Ils reconnaissent en elle un corps doctrinal qui véhicule une longue et riche tradition civiliste. Cette doctrine peut donc, la plupart du temps, devenir une source précieuse de droit comparé ; assez souvent, elle sert même de source de droit, au sens strict, pour l'interprétation du Code civil. Ainsi, il arrive que des auteurs québécois s'appuient sur la doctrine française comme seule autorité sur un point particulier (51).

Les auteurs québécois ont eu la satisfaction de voir leurs avertissements entendus par les tribunaux. A cette époque, les juges qui affirment l'autonomie du droit québécois et refusent de suivre des précédents de la *common law* ne sont plus des cas isolés (52).

croissance ou crise de vieillesse » (1966) 44 *R. du B. can.* 391, p. 402, et « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour Suprême du Canada », *supra*, note 26 spécialement p. 717 et 726 ; M.-L. BEAULIEU, « Québec et la formation d'un droit canadien », [1961] *Rev. int. dr. comp.* 300, p. 301 ; P.-A. CRÉPEAU, « La renaissance du droit civil canadien », Préface, dans *Le droit dans la vie familiale. Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, P.U.M., 1970, XIII, p. XX à XXII.

(49) R. A. MACDONALD, « Understanding Civil Law Scholarship », *supra*, note 38, pp. 585 à 587.

(50) La distinction de la responsabilité du maître des lieux selon que la victime est un *invitee*, un *licensee* ou un *trespasser* en est un exemple typique : v. A. MAYRAND, « A quand le trépas du "trespasser" ? », (1961) 21 *R. du B.* 1. En rejetant finalement cette distinction, la Cour Suprême du Canada a souligné comment elle avait conduit à violer les art. 1053, 1054 et 1055 du C.c.B.C. : *Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 452.

(51) Par exemple, dans le domaine de l'enrichissement sans cause et plus particulièrement lors de l'analyse de la nature du lien de causalité, G. S. CHALLIES, *The Doctrine of Unjustified Enrichment in the Law of the Province of Québec*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1952, p. 85.

(52) Par ex., *Klein c. Klein*, [1967] C.S. 300 ; *Driver c. Coca-Cola Ltd.*, [1961] R.C.S. 201.

19. L'établissement du droit comparé dans la doctrine québécoise n'est pas attribuable uniquement à des motifs scientifiques, voire nationalistes. Les contacts personnels entre juristes du Québec et de la France y sont également pour quelque chose. Le point de départ d'échanges assez nombreux pour être significatifs se situe sans doute au congrès de droit civil canadien et au premier congrès de l'Association Henri Capitant, qui ont été signalés plus haut. Ce n'est toutefois qu'après la guerre de 1939 à 1944 que les contacts entre les milieux juridiques québécois et français s'établissent de façon régulière et se continueront jusqu'à aujourd'hui. Des Québécois vont poursuivre en France des études de deuxième et troisième cycles. Des Français viennent faire au Québec des séjours plus ou moins longs comme professeurs d'université. Durant la période considérée ici, il faut souligner deux noms, qui ont beaucoup contribué à établir des ponts entre la France et le Québec, aussi bien dans leurs écrits que dans leurs activités professionnelles : Pierre Azard, doyen de la Faculté de droit, section de droit civil, de l'Université d'Ottawa, et Louis Baudouin, professeur à l'Université McGill puis, après sa retraite, à l'Université de Montréal (53).

20. Les auteurs québécois des années 1940, 1950 et 1960 ont donc plus d'un motif pour reconnaître ouvertement la valeur du droit comparé au Québec et pour encourager sa pratique. Ainsi, M. Mayrand souhaitait que les facultés de droit enseignent le droit comparé et il écrivait : « Objectera-t-on que l'étude du droit comparé mène, à longue échéance, à l'uniformisation du droit ? D'abord, je répondrai que l'uniformisation du droit n'est pas mal en soi. Produit d'une confusion et d'une imprécision de doctrine, elle doit être combattue. Résultat d'une comparaison éclairée et d'un éclectisme rationnel, elle est un bienfait. Entre ces deux sortes d'uniformisation, il y a la même différence qu'entre un vulgaire métissage et une greffe savante. D'ailleurs, l'étude du droit comparé n'incite à l'uniformisation que dans des secteurs très limités du droit. Somme toute, elle renforce le particularisme de chaque système juridique en mettant en relief ses caractères fondamentaux (54).

Les mentalités évoluent encore davantage. Le sentiment de loyauté des Québécois à l'endroit du droit français, dorénavant, ne commande pas une soumission systématique. Il n'exclut pas la possibilité que le juriste québécois s'inspire d'autres systèmes juridiques et que, à l'occasion, il adopte une autre solution que la solution française, pourvu qu'elle soit bien intégrée au droit québécois (55). On verra jusqu'où cette évolution peut aller, dans la période de 1970 à 1990.

(53) Ces deux universitaires furent des auteurs prolifiques.

(54) A. MAYRAND, « Le droit comparé et la pensée juridique canadienne », (1957) 17 *R. du B.* 1, p. 2 et 3. Ajouter L. BAUDOUIN, *Le droit civil québécois, modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953 ; P.-A. CRÉPEAU, « La renaissance du droit civil canadien », *supra*, note 48, p. XXIV.

(55) Par ex. M.-L. BEAULIEU, « Québec et la formation d'un droit canadien », *supra*, note 48 « Il faut s'opposer à la formation [d'un droit canadien unique, essentiellement de *common law*] et dire que nous allons assister au développement de deux droits parallèles s'enrichissant l'un l'autre [...] ».

21. De façon générale, on constate donc que, durant la période 1940 à 1969, si, quantitativement, l'influence de la doctrine française sur la jurisprudence québécoise est un peu moins grande qu'elle ne l'était dans la période précédente, elle joue encore un rôle très significatif, aux côtés de la doctrine québécoise moderne, qui est encore peu considérable. Les tribunaux vont chercher dans la doctrine française ce qu'ils ne peuvent pas trouver dans la doctrine québécoise qui n'a encore que peu produit. Au-delà du nombre de renvois à la doctrine française, il faut voir cependant la très haute estime que les magistrats portent aux auteurs français ; en réalité, leur influence est sans doute égale à ce qu'elle était auparavant, sinon supérieure.

L'influence de la doctrine française sur la doctrine québécoise de cette époque est plus importante qu'elle ne l'était à l'époque précédente. En réalité, cette influence devient majeure : les auteurs français sont abondamment cités, comme source de droit comparé ou comme source de droit au sens propre.

De 1970 à 1990, cette influence française, quoiqu'encore significative, diminuera sensiblement. Dans les jugements des tribunaux et les écrits doctrinaux, la doctrine québécoise, désormais plus abondante et généralement plus riche qu'auparavant, remplacera en partie la doctrine française comme autorité. La période de 1940 à 1969 aura vraiment été celle de l'apogée de l'influence de la doctrine française.

3. *L'épanouissement de la doctrine québécoise*

22. On peut dire de la période de 1970 à 1990 qu'elle est celle de l'épanouissement de la doctrine québécoise. Ce phénomène a des rapports importants avec l'influence de la doctrine française. Il tient à plusieurs faits.

D'abord, on l'a vu, la doctrine québécoise est citée plus souvent que jamais par les tribunaux québécois. C'est la première époque où les auteurs québécois, collectivement, ont autant de crédibilité auprès des juges. En parallèle et un peu à la manière d'un contrepoids, on observe une baisse de l'influence de la doctrine française : les auteurs français sont cités beaucoup moins fréquemment qu'autrefois par les juges (56). Divers facteurs expliquent ces deux phénomènes concurrents.

Il y a d'abord le développement du droit québécois lui-même. Dans l'ensemble, la connaissance du droit devient plus approfondie, l'analyse se raffine et, surtout en ce qui concerne notre propos, les sources formelles se multiplient.

23. Dans la jurisprudence d'abord. Dès le début de cette période, les tribunaux peuvent se référer à un nombre important d'arrêts de principe rendus auparavant, soit pour compléter l'interprétation du Code civil

(56) Notre étude empirique, *supra*, n° 5, montre que, dans l'échantillon de sujets retenus, la doctrine québécoise est citée dans 13 %, 19 % et 37 % des opinions exprimées par les juges, respectivement pour les périodes de 1900 à 1939, 1940 à 1969 et 1970 à 1990, alors que, pour les mêmes périodes, la doctrine française est citée dans 42 %, 29 % et 16 % des opinions exprimées par les juges.

sur un point ou l'autre, soit pour réorienter le droit par une nouvelle interprétation.

La période de 1970 à 1990 est celle où le volume des décisions rendues a commencé à s'accroître rapidement. Certes, la Cour Suprême du Canada ne rend maintenant qu'environ 125 décisions par année dans toutes les branches du droit et dans des affaires provenant des dix provinces et des deux territoires. C'est dire que sa contribution au droit civil québécois est marginale, au plan du nombre des problèmes tranchés. En revanche, la Cour d'appel du Québec joue un rôle considérable. Le nombre accablant d'affaires — elle comprend dix-neuf juges plus quelques-uns à temps partiel et elle rend environ 1 300 décisions par année, dans toutes les branches du droit — l'empêche la plupart du temps de rédiger des décisions aussi élaborées que celles des années antérieures ; cette cour a toutetois conscience qu'en pratique elle est le seul tribunal capable de jouer le rôle d'une cour de direction, soit essentiellement l'uniformisation et l'orientation du droit civil (57). De temps à autre, on la voit prendre des dispositions particulières pour prononcer un arrêt de principe qui mettra fin à une controverse (58).

Les tribunaux, durant cette période, disposent donc d'un réservoir de plus en plus grand de décisions antérieures : ils ont ainsi moins besoin de faire appel à la doctrine, en particulier la doctrine française.

24. Le phénomène de la multiplication des sources a aussi touché la doctrine québécoise. Depuis vingt ans, on a vu apparaître un nombre appréciable de traités, monographies, précis, manuels, répertoires et autres ouvrages, dans pratiquement toutes branches du droit civil. Les neuf périodiques qui publient du droit civil ont, de leur côté, apporté une moisson abondante d'articles (59).

Ce développement de la doctrine nationale a entraîné comme effet secondaire une baisse dans le besoin de se tourner vers la doctrine française. Très souvent, les juges d'aujourd'hui trouvent dans la doctrine québécoise l'information et la réflexion que leurs collègues d'autrefois devaient aller chercher dans la doctrine française parce qu'ils ne pouvaient pas les trouver dans la doctrine nationale. Parfois, ils trouvent même dans cette dernière des controverses importantes qu'ils doivent trancher (60).

(57) « La réforme de la Cour d'appel », (1990) 31 *C. de D.* 523, spécialement C. VALLERAND, « Pour la restauration de la Cour de révision », (1990) 31 *C. de D.* 563.

(58) Ainsi la formation d'un « banc » de neuf juges dans l'affaire *Nadeau c. Nadeau*, [1977] C.A. 248, à propos de la nécessité de donner au promettant-acheteur l'avis de 60 jours de l'art. 1040a C.c.B.C.

(59) Au Québec, comme d'ailleurs en Amérique du Nord, une revue juridique a habituellement une vocation générale et non spécialisée dans telle ou telle branche du droit. Récemment des revues spécialisées ont vu le jour, mais dans d'autres branches que le droit civil.

(60) Les sources du droit en matière de responsabilité extracontractuelle d'une municipalité en est un exemple célèbre : v. les thèses respectives de J.-D. ARCHAMBAULT (principalement dans « La responsabilité délictuelle municipale : fondement et application au combat des incendies », (1981) 41 *R. du B.* 3) et J. L'HEUREUX (principalement dans « La responsabilité municipale au Québec. Sources du droit et règles applicables en matière de responsabilité extracontractuelle au Québec », (1985) 16 *R.G.D.* 101) ainsi que l'arrêt

La doctrine québécoise est assez développée pour permettre à un auteur, souvent, de se limiter à citer des articles ou des ouvrages écrits au Québec. Alors que, dans la période précédente, les références à la doctrine québécoise étaient à peu près aussi fréquentes que celles à la doctrine française, dans la période de 1970 à 1990, en revanche, elles sont deux fois plus fréquentes que celles à la doctrine française, dans les sujets où les deux droits sont identiques ou semblables (61).

25. Durant les années 1970 à 1980, la doctrine québécoise s'est non seulement enrichie en quantité, mais aussi en qualité. A ce sujet, l'influence de la doctrine française a été déterminante. Durant les deux premières périodes du XX^e siècle, la méthode exégétique avait joui d'une grande popularité auprès des auteurs québécois. Leurs préoccupations étaient d'ordre professionnel (renseigner les praticiens) et didactique. Ainsi, au début du siècle, l'ouvrage de Langelier, tiré directement de ses notes de cours et dont le but avoué était principalement didactique, était rédigé dans cette forme (62). Pour le milieu du siècle, on peut citer l'exemple du *Traité de droit civil du Québec*, déjà signalé, qui était en quelque sorte un répertoire (63).

Les monographies adoptaient le style de la *common law*. Souvent, l'ouvrage était simplement divisé en dix, quinze ou vingt chapitres. La table des décisions citées ne figurait pas à la fin de l'ouvrage, mais elle était placée bien en évidence au tout début, ce qui est assez révélateur de l'importance primordiale alors accordée par les auteurs aux décisions des tribunaux (64).

Dans les années 1970 et 1980, en revanche, les auteurs québécois, suivant l'exemple de la doctrine française et, dans certains cas, l'enseignement qu'ils ont reçu en Europe, adoptent tous la méthode analytique (65). Le plan des ouvrages est tracé en fonction d'une analyse cartésienne du sujet et de la hiérarchie des concepts. Ceci est vrai des manuels (66), des

Laurentide Motels Ltd c. Beauport (Ville de), [1989] 1 R.C.S. 705, et commentaire P.-G. JOBIN, (1991) 90 *Rev. trim. dr. civ.* 196, p. 201 et s.

(61) Dans la doctrine québécoise, pour les sujets considérés, les doctrines française et québécoise sont citées, respectivement, dans 37 % et 44 % des opinions exprimées de 1940 à 1969, et dans 20 % et 44 % de 1970 à 1990. V. *supra*, n° 5.

(62) *Cours de droit civil de la Province de Québec*, *supra*, note 13.

(63) *Traité de droit civil du Québec*, *supra*, note 44.

(64) Par ex. W. de M. MARLER, *The Law of Real Property. Québec*. Toronto, Burroughs, 1932 ; *Snow's Landlord and Tenant in the Province of Québec*, 3^e éd. par L. P. CARROLL, Montréal, Southam Press, 1934.

(65) En toute justice, il faut souligner que MIGNAULT, dès le début du siècle, avait lui aussi adopté cette méthode. Mais, comme on le sait, son texte suit celui de MOURLON, et c'est peut-être ce fait qui explique l'adoption par MIGNAULT de cette méthode : *supra*, note 8.

(66) Par ex. J. PINEAU et M. OUELLETTE, *Théorie de la responsabilité civile*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1980 ; J. PINEAU et D. BURMAN, *Théorie des obligations*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1988.

précis (67) et des traités (68). La méthode exégétique ne sert que dans les répertoires, que l'on trouve presque tous dans les autres branches du droit que le droit civil. Les auteurs des ouvrages ne sont plus des praticiens comme naguère (69), mais des professeurs de carrière (70) ; les articles de revue sont préparés tantôt par des professeurs, tantôt par des praticiens, parfois par des étudiants aux études supérieures. Les professeurs produisent des ouvrages plus « savants » que ceux de leurs prédécesseurs, mais leurs préoccupations demeurent généralement didactiques et professionnelles (71). Sauf pour quelques exceptions, il faudra attendre jusque vers 1985 pour voir apparaître des ouvrages plus approfondis, plus critiques et qui ont des perspectives plus élargies.

26. Comme autre facteur de la baisse relative de l'influence de la doctrine française, il faut rappeler ce fait capital que les droits français et québécois ont été modifiés de plus en plus par le législateur dans la dernière décennie. Les réformes ponctuelles ne se comptent plus ; il y eut aussi des réformes d'un secteur complet du droit. Les changements se produisent tantôt dans le Code civil lui-même, tantôt par une loi particulière.

Au plan du droit positif, les deux systèmes s'éloignent donc graduellement l'un de l'autre. Il devient de moins en moins possible de considérer le droit français comme une source d'inspiration pour l'interprétation du droit québécois. Il en est ainsi en droit de la famille par exemple, à la suite de l'introduction en droit québécois de la prestation compensatoire, de l'égalité économique des époux et du partage du patrimoine familial (72). De la prestation compensatoire, des auteurs ont écrit que, « si l'idée en soi est incontestablement un produit d'importation [ontarienne, française ou peut-être même allemande] dont il est difficile d'indiquer le pays d'origine, le produit fini est purement québécois, le contenu de la notion ayant été manufacturé au Québec » (73). En matière de prestation compensatoire, il n'est donc pas étonnant que les références à la doctrine

(67) Par ex., E. CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1985 ; M. D. CASTELLI, *Précis du droit de la famille*, 2^e éd., Québec, P.U.L., 1990 ; E. GROFFIER, *Précis de droit international privé québécois*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990.

(68) Par ex., J.-L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, *supra*, note 11 ; G. BRIÈRE, *Traité de droit civil. Les successions*, *supra*, note 10 ; P.-G. JOBIN, *Traité de droit civil. Le louage de choses*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec et Yvon Blais, 1989.

(69) A toutes les époques, des étudiants ont publié leur thèse de deuxième ou troisième cycle, ce qui a constitué un enrichissement important de la littérature québécoise.

(70) De 1966 à 1982, S. NORMAND a dénombré 30 traités et monographies rédigés par des professeurs mais seulement 6 par des avocats, juges ou notaires : S. NORMAND, « Une analyse quantitative de la doctrine en droit civil québécois », *supra*, note 4, tableau 2.

(71) *Le Traité élémentaire de droit civil*, publié aux P.M.U. à compter de 1970, en est le meilleur représentant : J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, 1970 ; A. MAYRAND, *Les successions ab intestat*, 1971 ; J. PINEAU, *La famille*, 1972 ; J.-L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, 1973 ; P. MARTINEAU, *La prescription*, 1977.

(72) Art. 462.1 et s., C.c.Q. et 462.14 et s., C.c.Q.

(73) J. PINEAU et D. BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Thémis, 1984, p. 90.

française soient rarissimes. Il en va de même dans d'autres secteurs, comme le louage résidentiel et le contrat de consommation. Dans ces matières, la comparaison au droit français est tombée en désuétude.

Ce sont ainsi des pans entiers du Code civil qui échappent pratiquement à toute possibilité de comparaison au droit français et même, dans certains cas, à quelque droit que ce soit. Ce phénomène d'isolement sera accentué avec l'adoption du nouveau Code civil du Québec ; ce sera le cas par exemple pour les sûretés réelles, domaine dans lequel le nouveau droit sera particulièrement innovateur (74).

Si l'on ne se borne pas aux matières dans lesquelles le droit québécois reste semblable au droit français, mais qu'on regarde l'ensemble des secteurs du droit civil, l'on est donc forcé de constater une baisse assez forte de l'influence de la doctrine française, aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence québécoises. Ce recul est dû simplement à la force des choses.

27. La diminution relative de l'influence de la doctrine française s'explique également par le fait que les Québécois ont pris conscience que toute interprétation française du droit n'est pas nécessairement appropriée dans le contexte social, économique ou politique du Québec. Une interprétation différente de celle de la doctrine française peut être, non seulement aussi valable, mais tout aussi... civiliste (75).

28. Enfin, pour compléter le tableau, il faut souligner que la « rivalité » entre la jurisprudence de *common law* et la doctrine française, comme sources d'influence sur le droit québécois, diminue quelque peu durant cette période. On se rappelle que, de 1940 à 1969, un certain nombre d'arrêts ont rejeté catégoriquement la pertinence de la jurisprudence de *common law* dans les matières de droit civil. Cette affirmation de l'autonomie du droit civil québécois sera encore plus prononcée dans les années 1970 et 1980 (76).

L'exemple topique est la nouvelle interprétation donnée à une disposition du Code civil sur l'indemnisation des proches de la victime qui décède des suites d'une faute extracontractuelle (77). Cette disposition avait été tirée d'une loi applicable aussi bien dans le Haut-Canada (l'Ontario d'aujourd'hui) que le Bas-Canada (le Québec). A son tour, cette loi du XIX^e siècle calquait, pour le bénéfice du Canada, une loi du Royaume-Uni connue sous le nom de *Lord Campbell's Act* (78). En raison précisé-

(74) *Projet de loi sur le Code civil du Québec*, Assemblée nationale, p.l. 125, 1990, art. 2629 et s.

(75) J.-L. BAUDOIN, « L'interprétation du Code civil... », *supra*, note 32, p. 717 et 718.

(76) Notamment *Chouinard c. Landry*, [1987] R.J.Q. 1954 (C.A.) ; *Dodds c. Shierz*, [1986] R.J.Q. 2623 (C.A.) ; *Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 452 ; *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339 ; *Banque de Montréal c. Québec (P.G.)*, [1979] R.C.S. 565.

(77) Art. 1056 C.c.B.C.

(78) *Fatal Accidents Act*, R.S.O. 1950, c. 132, laquelle loi faisait suite à une loi du Parlement de la Province du Canada (Haut-Canada et Bas-Canada réunis), 1847, 10 & 11 Vict., c 6 ; *Lord Campbell's Act* ou, selon son titre officiel, *An Act for Compensating the Families of Persons Killed in an Accident*, (R.-U.) 9 & 10 Vict. c. 93.

ment de son origine, la disposition du Code civil du Bas-Canada avait été interprétée, dans la plupart des décisions, conformément à la règle correspondante de la *common law* (79).

Or, en 1975, par un arrêt unanime, la Cour Suprême du Canada renverse cette ancienne jurisprudence. Les motifs du jugement sont limités au cas d'espèce et ne portent pas expressément sur le poids à accorder de façon générale à la *common law* dans les affaires de droit civil. Cet arrêt marque néanmoins une date dans l'histoire du droit québécois parce qu'il porte sur une disposition considérée comme le prototype d'un emprunt à la *common law* (80) :

« Il faut [...] interpréter l'article 1056 C.c. non pas comme la reproduction d'une loi d'inspiration anglaise, mais comme un texte nouveau faisant partie de la codification d'un droit dont certains principes fondamentaux diffèrent radicalement de ceux de la *Common Law* en regard desquels le *Lord Campbell's Act* a été rédigé. [...] Quelle qu'ait pu être, avant le Code [1866], la situation découlant de l'adoption d'une même loi applicable à deux régions soumises à un droit privé différent [le Haut et le Bas-Canada], la recherche de l'effet de cette législation à l'époque ne peut plus présenter qu'un intérêt historique. La loi [canadienne] de 1847 a été abrogée. Ce qui existe depuis 1867 [sic] est un Code dont les dispositions sur ce sujet doivent être interprétées en regard de l'ensemble dont il fait partie » (81).

Une certaine baisse de l'influence de la *common law* et une plus grande autonomie du droit québécois entraînent une valorisation non seulement de la doctrine du Québec, mais aussi de celle de France.

En Cour Suprême du Canada, la situation récente est particulière. Ce tribunal a maintenant une position très ferme en faveur de l'autonomie du droit civil québécois ; à cette fin, d'ailleurs, l'un des moyens qu'il emploie est de revaloriser les sources matérielles propres au droit québécois, notamment le droit français (82). Cependant, durant la dernière décennie, la Cour Suprême s'est plongée dans le droit comparé, qui est érigé en une véritable méthode à suivre avec rigueur. Ainsi, dans des affaires de droit civil provenant du Québec, la doctrine française est systématiquement citée ; mais la comparaison ne s'arrête pas là : la Cour cite également des autorités de la *common law* canadienne et d'autres systèmes juridiques. On assiste à un retour à l'éclectisme du XIX^e siècle.

(79) *Montréal-West (Town of) c. Hough*, [1931] R.C.S. 113 ; *R. c. Grenier*, (1900) 30 R.C.S. 42. *Contra*, *Robinson c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1892] A.C. 481.

(80) Cependant, les tribunaux ne fermeront jamais complètement leurs portes à l'influence de la *common law*, surtout en première instance. Par exemple, en matière de consentement aux soins médicaux, *Faucher-Grenier c. Laurence*, [1987] R.J.Q. 1109 (C.S.) ; *Chaussé c. Desjardins*, [1986] R.J.Q. 358 (C.S.) ; *Schierz c. Dodds*, [1981] C.S. 589, [1986] R.J.Q. 2623 (C.A.), j. Rothman, p. 2637 et 2638. V. toutefois les prises de position fermes en faveur de l'autonomie du droit civil, par exemple dans *Chouinard c. Landry*, [1987] R.J.Q. 1954 (C.A.), j. LeBel, p. 1965 à 1969 ; *Schierz c. Dodds*, [1986] R.J.Q. 2623 (C.A.), j. Monet, diss., p. 2629 et 2630.

(81) *Pantel c. Air Canada*, [1975] R.C.S. 472, j. Pigeon, p. 478.

(82) H. P. GLENN, « Le droit comparé et la Cour Suprême du Canada », *supra*, note 31.

29. Dans l'ensemble, on constate donc que la doctrine québécoise de la période de 1970 à 1990 doit beaucoup à la doctrine française. La forme des ouvrages québécois s'est nettement améliorée, à un tel point qu'on peut dire que la pensée juridique des Québécois s'est modifiée au contact des Français. Dans les secteurs du droit civil où les droits français et québécois demeurent semblables, les auteurs québécois continuent de citer régulièrement la doctrine française quoique de façon moins fréquente.

Devant les tribunaux de première instance de la Cour d'appel du Québec, dans les secteurs où les deux systèmes juridiques restent semblables, la doctrine française sert encore, à l'occasion, de source de droit comparé ou même de source de droit. Mais la doctrine québécoise, plus abondante, remplace graduellement la doctrine française.

Toutefois cette baisse apparente de l'influence de la doctrine française sur les tribunaux québécois cache une autre réalité. Depuis le début du siècle jusque vers 1970, comme on l'a vu, la doctrine française a été citée par les tribunaux si souvent, et sur des questions si importantes, qu'elle a laissé sa marque dans l'interprétation du Code civil du Bas-Canada. Ces arrêts de principe, qui sont basés sur la doctrine française, continuent d'être suivis pour la plupart après 1970. Par ce biais, l'influence de la doctrine française se poursuit encore aujourd'hui.

Par ailleurs, la Cour Suprême du Canada a récemment érigé en pratique régulière le droit comparé, particulièrement à l'égard de la doctrine française mais aussi à l'égard d'autres droits. Devant cette nouvelle pratique, on s'interroge sur l'évolution du rôle du droit comparé au Québec dans les prochaines décennies.

CONCLUSION

30. Les réformes législatives successives ont réduit le nombre de secteurs du droit civil dans lesquels les droits français et québécois auraient assez en commun pour que la doctrine française puisse encore être considérée comme une source de droit, voire comme une source de droit comparé. Même dans les secteurs, comme celui des obligations, où les deux systèmes, semble-t-il, resteront apparentés pour un temps indéfini, un jour viendra peut-être où les règles et, dans certains cas, les concepts, les institutions et les principes du droit français seront assez différents pour que le juriste québécois ne puisse le considérer qu'au simple titre d'une source de droit comparé.

Cette époque n'est peut être pas lointaine. Quoi qu'il en soit, le jour où le droit français ne sera plus qu'une source de droit comparé, il continuera, selon toute vraisemblance, à être « en concurrence » avec la *common law* canadienne et américaine, pour influencer l'évolution du droit québécois ; d'autres systèmes juridiques pourront aussi exercer une influence. La tentation sera alors plus forte encore d'uniformiser le droit au Canada et en Amérique du Nord, surtout dans les matières de droit commercial. Certains risquent de considérer à priori le droit civil et la *common law* comme des sources d'inspiration aussi pertinentes et valables

l'une que l'autre. D'autres seront peut-être tentés de n'accorder au droit français qu'une considération secondaire, d'autant plus que la doctrine québécoise aura continué de se développer.

31. A notre avis, le droit français, comme source de droit comparé, occupera encore le premier rang dans les préoccupations de la jurisprudence et de la doctrine au Québec dans les prochaines décennies. D'abord, depuis environ quinze ans, les tribunaux ont commencé ce qu'on pourrait appeler la deuxième phase de l'interprétation du Code civil du Bas-Canada : il faut maintenant adapter le Code aux réalités modernes, une tâche qui aurait d'ailleurs dû être entreprise il y a longtemps. C'est ainsi que la jurisprudence a connu une évolution considérable en ce qui concerne l'évaluation du préjudice et la détermination des dommages-intérêts pour dommages à la personne ; les tribunaux ont fait bénéficier le droit civil — et les victimes — des progrès de l'actuariat et d'autres disciplines et ont ainsi mieux accordé le droit avec la réalité économique (83). Le droit comparé est un outil éminemment utile pour cet exercice de modernisation.

Les juristes québécois devront aussi recourir au droit comparé dans l'interprétation du nouveau Code civil du Québec, qui entrera en vigueur d'ici quelques années. Certains secteurs de ce Code, comme le droit commun des obligations contractuelles et extracontractuelles, resteront fortement inspirés du droit français, malgré des différences notables sur des points particuliers. Cette interprétation du nouveau Code exigera des efforts considérables de la jurisprudence et la doctrine, qui pourront mettre à profit la comparaison au droit français ou à d'autres droits.

32. Dans ce contexte, une avenue se présente au juriste du Québec. Dans une conception très ouverte du droit comparé, il irait chercher la solution à ses problèmes d'interprétation dans le vaste éventail des systèmes juridiques du monde. Après avoir considéré les multiples solutions qui s'offrent à lui, il introduirait en droit québécois celle qui lui paraît préférable du point de vue économique, social ou autre. Dans cette perspective, tous les droits étrangers seraient placés sur un pied d'égalité ; le juriste devrait éviter d'avoir un préjudice favorable à l'égard d'un système ou l'autre. A long terme, cette libre circulation des idées conduirait à une certaine uniformisation du droit dans le monde, coexistant avec le particularisme régional (84).

Le juriste québécois peut-il devenir « un citoyen du monde » ? Doit-il au contraire faire preuve d'un indéfectible attachement à la grande famille française ?

(83) P. P. C. HAANAPPEL, M. G. BRIDGE et P.-A. CRÉPEAU, *L'évaluation du préjudice en cas de perte de gains. Études canadiennes et comparatives*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill, 1987, spécialement le rapport canadien de P. P. C. HAANAPPEL, p. 3 ; R. LETARTE, R. DUQUETTE et N. GÉNDRON, *L'indemnisation du préjudice pour blessures corporelles. Capital ou rente ?* Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill, 1987.

(84) H. P. GLENN, « Persuasive Authority », (1987) 32 *R.D. McGill* 261, spécialement p. 263, 264, 297 et 298, et « Droit québécois et droit comparé », *supra*, note 31, spécialement pp. 349 à 351.

33. Il faut rappeler que le droit québécois, tout civil qu'on le dise, est en réalité un droit mixte. Le métissage de notre droit est un fait reconnu et bien établi depuis longtemps. Dès la période de 1940 à 1969, un auteur écrivait que « le juriste québécois [depuis la codification de 1866] a subi un dédoublement de sa personnalité » (85).

Il faut se garder de sous-estimer le caractère mixte du droit québécois. Depuis longtemps, et avec raison, les auteurs ont mis en relief les règles, les concepts et les institutions ou mécanismes de droit matériel qui sont passés de la *common law* au droit civil depuis deux siècles. Mais d'autres éléments, dont l'influence est plus diffuse et moins facile à apprécier, quoique tout aussi réelle et fondamentale, ont contribué et contribuent encore à faire du droit québécois un droit mixte.

Il s'agit d'abord de la méthode d'interprétation judiciaire du Code civil qui, spécialement pendant les deux premières périodes du XX^e siècle, a été une méthode de *common law*. Il s'agit du droit judiciaire de type anglo-saxon, en particulier des règles sur l'enquête et l'audition selon la méthode du système d'adversaires (86). Et l'on doit mentionner aussi la composition du tribunal suprême chargé d'interpréter le droit civil québécois. A l'époque où le Conseil privé remplissait cette fonction, ses magistrats étaient formés et avaient pratiqué le droit exclusivement dans un système de *common law*. Depuis que la Cour Suprême du Canada est devenue le plus haut tribunal, six de ses neuf magistrats ont reçu une formation de *common law* et ont pratiqué ou enseigné le droit uniquement dans ce système. Dans ces conditions, on peut à juste titre s'inquiéter que, en particulier au plus haut niveau du système judiciaire, le droit civil soit exposé au métissage (87).

Il n'est pas nécessaire d'élaborer davantage pour montrer que le droit civil québécois est exposé à deux dangers. D'abord, il pourrait s'imbiber de plus en plus de la *common law* ; les mots « droit civil » deviendraient un jour une simple étiquette sur un droit dont les règles, les concepts et les principes auraient été interprétés selon le sens qui leur est donné en *common law* (88). Le droit québécois pourrait par ailleurs devenir un

(85) L. BAUDOUIN, *Les aspects généraux...*, *supra*, note 25, p. 20 et 21. Ajouter notamment L. BAUDOUIN, *Le droit civil de la province de Québec...*, *supra*, note 54 ; A. MAYRAND, « Le droit comparé... », *supra*, note 54, p. 2 ; plusieurs articles de P.-B. MIGNAULT, dont spécialement « Le Code civil de la Province de Québec et son interprétation », *supra*, note 16.

(86) L. BAUDOUIN, « Conflits nés de la coexistence juridique au Canada », (1956-1957) 3 *R.D. McGill* 51 ; J. N. MAZEN, « Le juge civil québécois (Approche comparative de droit mixte) », [1982] *Rev. int. dr. comp.* 375 ; P.-B. MIGNAULT, « Les rapports entre le droit civil et la *common law* au Canada, spécialement dans la Province de Québec », (1932) 11 *R. du N.* 201 ; M. TANCELIN, « Comment un droit peut-il être mixte ? », *supra*, note 47.

(87) J.-L. BAUDOUIN, « Le Code civil du Québec... », *op. cit.*, note 48, p. 412 ; P.-A. CREPEAU, « Les lendemains de la réforme du Code civil », (1981) 59 *R. du B. can.* 625, p. 631 et s. V. aussi G. GILBERT, « La réforme de la Cour d'appel. Pour une Cour Suprême du Québec », (1990) 31 *C. de D.* 525.

(88) Comme exemple de ce phénomène, on cite souvent le cas de la Louisiane. V. A. LEVASSEUR, « Bijuralism in Federal Systems and in Regions of Local Autonomy », (1990) 38 (supplement) *A.J.C.L.* 23.

droit dans lequel coexistent deux systèmes de pensée et de règles : le droit québécois deviendrait une sorte de droit « bâtard » (89).

34. Dans sa quête de la solution à un problème, le juriste québécois ne doit pas exclure à priori la comparaison à la *common law* ou à tout autre système juridique. Mais la situation particulière du droit québécois impose certaines exigences à la pratique du droit comparé.

Certes, le droit civil québécois est un droit mixte dans une certaine mesure. Il est appliqué dans le cadre d'un système judiciaire d'inspiration britannique. Il vit dans le voisinage immédiat de l'autre grande tradition juridique occidentale — la *common law* régit le droit privé de toutes les autres provinces canadiennes, presque tous les États américains, le droit public québécois et elle est même à la base du droit privé fédéral applicable au Québec. Mais ce ne sont pas des motifs pour s'abandonner à un « laissez faire » juridique.

Le juriste du Québec doit assurer l'unité et la cohérence de son droit civil, dans toute la mesure du possible. Il doit préserver les principes fondamentaux du droit civil, la méthode d'interprétation du Code, la conception systématique du droit, en un mot l'esprit civiliste, et ce malgré la présence de règles, de concepts et d'institutions étrangères. Enfin le juriste québécois doit combiner l'évolution du droit avec la certitude du droit, laquelle est indispensable à sa fonction sociale. Or puiser indirectement à droite et à gauche, dans un droit de tradition civiliste et dans un droit d'une autre tradition, ne peut qu'engendrer l'incertitude. En raison de sa situation particulière, le juriste québécois ne peut pas se permettre d'être un nomade.

Il n'y a aucun doute que, dans les décennies à venir, le droit français conservera sa pertinence au Québec. Les deux droits, faut-il le rappeler, partagent des éléments fondamentaux. Ce sont des droits codifiés — le mouvement récent de codification de la *common law* est loin d'avoir atteint le niveau de codification du droit civil. Ce sont des systèmes juridiques qui ont la même conception systématique du droit — dans la *common law* les *torts* et les contrats constituent deux ensembles distincts, alors que le droit civil des obligations forme un tout, dont l'unité sera d'ailleurs renforcée dans le Code civil du Québec (90).

Enfin, et pour s'en tenir à seulement quelques éléments, la doctrine civiliste québécoise appartient à la même famille intellectuelle que la doctrine française. Les auteurs de France et du Québec ont un souci comparable de clarté, de logique et de la conception systématique du droit. Ils ont sensiblement la même perception de leur rôle dans la construction du droit — les « commentateurs » de la *common law* ont tendance à notre époque à se transformer lentement en « professeurs », mais l'écart demeure encore grand avec la perception que la doctrine civiliste a de sa

(89) J.-L. BAUDOIN, « Le Code civil du Québec... », *op. cit.*, note 48, p. 403.

(90) Le plan, la disposition et la formulation des règles du droit commun des obligations font mieux voir l'unité de ce droit dans le Code civil du Québec (projet de loi 125, *supra*, note 67) que dans le Code civil du Bas-Canada.

contribution à l'édification du droit (91). D'ailleurs, cette vision est partagée aussi par les tribunaux québécois, qui citent régulièrement la doctrine québécoise et la doctrine française.

Jusqu'à maintenant, les Québécois ont généralement associé tradition française et tradition civiliste, doctrine française et doctrine civiliste. Un élargissement de l'horizon à d'autres pays du droit civil, au moins à ceux d'expression française, apporterait un enrichissement. Quoi qu'il en soit, non seulement la doctrine française continuera-t-elle d'être pertinente dans la doctrine et, dans une certaine mesure, dans la jurisprudence québécoises, mais il est permis de penser qu'en raison de la relative vulnérabilité de l'esprit du droit civil au Québec, la doctrine française y jouera encore un rôle capital et de premier plan.

(91) V. R. A. MACDONALD, « Understanding Civil Law Scholarship in Québec », *supra*, note 38, p. 577 et 578 ; A. POPOVICI, « Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles sources de droit au Québec ? » *supra*, note 9 ; *Traité de droit civil* (J. GHESTIN, éd.). *Introduction générale*, 2^e éd., par J. GHESTIN et J. GOUBEAUX, Paris, L.G.D.J., 1982, n° 227 ; P. DURAND, « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé », *D.S.* 1956, chron., p. 73.