

LE CODE CIVIL QUÉBÉCOIS: CRISE DE CROISSANCE OU CRISE DE VIEILLESSE

JEAN-LOUIS BAUDOIN*

Montréal

Le centenaire du Code civil québécois est l'occasion rêvée pour le juriste privatiste de faire le point et de s'interroger sur ce qu'est devenu de nos jours le droit civil de la province. A l'heure où une commission s'occupe de reviser le Code civil,¹ il paraît nécessaire de se demander comment le droit civil québécois a réussi à passer le cap de la centaine et si ces années écoulées se chiffrent en un bilan positif.

C'est presque devenu un lieu commun que de parler de *crise du droit civil*. Depuis longtemps déjà, certains auteurs français² ont lancé ce cri d'alarme en constatant l'emprise de plus en plus marquée des transformations sociales nouvelles sur certains concepts traditionnels de droit civil. On a parlé par exemple du déclin ou de la désagrégation du principe de l'autonomie de la volonté devant l'avènement des contrats d'adhésion,³ de l'abandon du principe de la faute en matière délictuelle au profit de la théorie des risques,⁴ de l'éclatement du contrat,⁵ etc. . . . Nous ne pensons pas qu'il nous

*Jean-Louis Baudouin, Docteur en droit, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal.

¹ On peut se demander s'il existe une différence véritable entre "réviser" et "refaire" un Code. Il nous semble qu'il s'agit là beaucoup plus d'une question d'appréciation du degré de profondeur de la révision des textes. À vrai dire, les exemples de pays où l'on a procédé à une rédaction entièrement nouvelle sont rares. Parmi les pays qui ont "refait" leur Code, on cite généralement l'Equateur (1930), le Mexique (1932), le Pérou (1936), le Vénézuéla (1942). Parmi les nombreux pays qui ont "révisé" leur Code, certaines de ces révisions sont tellement considérables que l'on peut presque les qualifier d'oeuvres nouvelles: Italie (1942), Haïti (1945).

Voir à ce sujet J. H. Tucker, *Techniques of Codification in the Modern World: the Louisiana Experience* (1965), 25 *La. L. Rev.* 698.

² G. Ripert, *Le déclin du droit* (1949); R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui* (1959); J. Flour, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, dans *Etudes Ripert*, (1950), Tome I, p. 93.

³ L. Jossierand, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats* (1937), 36 *Rev. trim. de droit civil* 1, à la p. 8 et s.; G. Morin, *La révolte du droit contre le Code* (1945), p. 20 et s.

⁴ G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne* (1936), No 167 et s., p. 327 et s.

⁵ R. Savatier, *op. cit.*, note 2, p. 19 et s.

appartienne de reprendre ici ces constatations. Il ne nous paraît pas non plus nécessaire d'insister sur l'éclatement du droit civil hors de ses cadres traditionnels, sinon pour constater que les zones de désaffection du droit civil apparaissent à première vue beaucoup plus nombreuses que les zones d'attraction. Que l'on songe par exemple au droit du travail qui constitue maintenant un domaine entièrement séparé du droit civil lequel en a pourtant eu la paternité. Nous voudrions plutôt restreindre cette étude à la constatation d'un certain nombre de phénomènes juridiques et sociaux qui ont eu pour effet de grever notre droit civil d'un retard sur le contexte sociologique d'une part, et d'autre part de l'éloigner de la conception traditionnelle reflétée par les codificateurs de 1866.

Cent ans pour un Code est une période de vie bien courte et devrait constituer la fin de sa crise de croissance. Malheureusement cependant, le Code civil présente d'incontestables signes d'un vieillissement prématuré. Que l'on songe par exemple à l'inutilité pratique de certaines parties du Code civil, telle la majorité des dispositions relatives aux corporations (articles 325 à 325j) et aux lois commerciales (articles 2278 à 2615). Ce vieillissement ne se manifeste pas seulement dans la conservation pieuse, dans une sorte de musée des antiquités, de dispositions législatives surannées (le duel par exemple dans l'article 1056), mais également dans le maintien de certains postulats justificatifs de la règle de droit, valables en 1866 mais totalement à l'écart de la réalité sociale moderne. Ainsi, à titre d'exemple, la distinction traditionnelle entre biens meubles et immeubles, la protection particulière des derniers par rapport aux premiers basée sur le respect d'une économie terrienne, l'ignorance totale des droits de l'enfant illégitime, survivance d'une sorte de puritanisme juridique de mauvais aloi.

Ce phénomène de vieillissement prématuré a des racines profondes qu'il convient d'examiner en se tournant vers les deux principales sources d'enrichissement du droit civil: la source législative et la source jurisprudentielle.

Il est nécessaire auparavant de préciser qu'au point de vue sociologique, il est évident que le droit civil, peut-être plus que le droit public, est nécessairement en retard par rapport à la réalité sociale. Ce déphasage est inévitable puisque le juridique étant un produit du social ne peut se cristalliser dans une norme définie qu'en autant que le besoin social s'en fait ressentir d'une manière suffisamment forte. La règle de droit civil ne peut pratiquement jamais être imposée. Il lui faut avant tout être acceptée et ressentie par le milieu social auquel elle s'adresse. Le législateur de droit

privé peut rarement se permettre de faire des lois qui veulent innover pour l'avenir mais doit se contenter de coucher dans une sorte de lit de Procuste de la réalité sociale la règle de droit privé. Encore faut-il qu'il n'accumule pas trop de retard et ne laisse pas le fossé s'agrandir entre le droit civil et la réalité sociologique.

I. *Le vieillissement législatif.*

Il est inévitable que celui qui s'interroge sur les progrès du droit civil durant le siècle passé, se tourne en premier lieu vers le législateur qui représente la source première de droit. C'est à lui en effet qu'il appartient de modeler le droit privé en tenant compte de l'évolution sociale. Il doit maintenir un équilibre sain des règles de droit privé, les rajeunir lorsque la chose est nécessaire et prévenir la sclérose de certains textes.

C'est plus par les méthodes de sociologie juridique génétique qu'il nous faudrait mener notre examen sur le sujet. Il serait intéressant de mesurer par exemple d'une manière précise l'exercice de l'activité législative en rapport avec le Code civil depuis 1866 et de faire un parallèle entre cette activité et l'évolution de la société québécoise.⁶ Les renseignements qu'on pourrait tirer d'une telle étude ne manqueraient pas d'être révélateurs et nous permettraient sans doute entre autres choses de percer les raisons véritables de l'immobilisme législatif du Livre II du Code civil⁷

⁶ Un calcul rapide et approximatif nous a révélé que depuis 1866, le législateur a amendé environ 281 fois le Code civil. De plus il a abrogé en totalité ou en partie 180 de ses dispositions originaires et a créé 228 textes nouveaux.

⁷ Le Livre II du Code civil, "Des biens, de la propriété et de ses différentes modifications", est la partie la moins touchée par le législateur, n'ayant été modifiée qu'une dizaine de fois à peine.

Il serait illusoire de croire cependant que le droit de propriété par exemple est une des parties les plus stables du droit civil. Ce ne serait pas tenir compte de l'ensemble de la jurisprudence et surtout des innombrables lois particulières venues l'affecter et changer l'orientation de la conception classique du droit de propriété de l'article 406 C.c.

Voir à ce sujet J.-L. Baudouin, *Aspects modernes de la propriété en droit québécois* (1964), 1 *Revue de l'Association québécoise pour l'étude comparative du droit* 123; J. G. Cardinal, *La propriété immobilière, ses démembrements, ses modalités* (1965), 67 *R. du N.* 271, 323, 443.

Cette partie du Code est cependant à tout prendre l'une des parties les plus archaïques de notre droit civil. Pour s'en convaincre, il suffit de considérer la distinction entre biens meubles et immeubles, qui a pour fondement social la richesse terrienne et les énumérations des articles 377, 379 et 385 C.c. On mentionne comme exemple d'immeubles par destination les moulins à vent, les pressoirs, chaudières, alambics, cuves, tonnes, ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, mais non les objets courants de nos jours: appareils et systèmes de réfrigération et climatisation, machines électroniques, ascenseurs, etc.

S'il faut en croire C. G. Schoenfeld, *Relationship between Law and Unconscious Symbolism* (1965), 26 *La. L. Rev.* 56, ce serait peut-être en raison du fait que la propriété (land) représente le symbole freudien de la

et de la complète désaffectation du Livre IV.⁸ Au point de vue juridique cependant, un examen attentif de l'activité législative depuis un siècle révèle deux traits principaux qui caractérisent bien à notre avis la situation de la politique législative vis-à-vis du Code civil.

A) *La lenteur et la difficulté des réformes.*

Le rôle exact que le législateur doit jouer dans le progrès du droit civil est difficile à déterminer avec précision car il ne fait pas l'objet d'une politique législative consciente et définie. Cependant il est manifeste que l'une des fonctions importantes du pouvoir législatif doit être d'adapter les lois déjà existantes aux nouvelles exigences sociales, de trancher les incertitudes de la loi actuelle et de chercher à assurer par les textes des solutions jurisprudentielles acquises. Or sur ces trois plans le législateur québécois s'est montré d'une timidité excessive qui a entraîné par voie de conséquence un immobilisme du Code civil.

1. *Inadaptation des lois civiles à la réalité sociale.*

Les rapports entre le social et le juridique sont complexes car ils se font souvent par une interaction continue qui en rend l'analyse difficile à un moment précis dans le temps. A quel moment par exemple peut-on dire que le milieu social prend conscience du vieillissement de la règle de droit? Quelle est l'influence exacte de la conscience sociale sur le législateur? Celui-ci est-il perméable à l'ensemble de la conscience sociale ou au contraire à cette partie représentée par les groupes de pression (*lobbies*)? La transmutation en règle juridique d'un besoin social de réforme est forcément lente car le droit civil n'est là que pour l'ensemble de la population. La règle doit donc représenter aussi fidèlement que possible la normalité de la conscience collective.

Cependant il est étonnant de constater que dans la province des modifications essentielles et non-révolutionnaires, qui étaient

mère: "Hence an unconscious connection exists between mother and land, birth and water, and this archaic symbolic relationship helps make it possible for unconscious conflicts pertaining to mother and birth influence real property law and admiralty law respectively. Indeed, herein may be found one of the reasons why, to this very day, real property law and admiralty law are riddled with anachronisms and archaic concept". *Loc. cit.*, à la p. 56.

⁸ Cette désaffectation s'explique par un double phénomène législatif extérieur au droit civil. D'une part l'occupation du champ du droit commercial par le pouvoir fédéral et la promulgation de lois canadiennes (Loi des lettres de change, S.R.C., 1952, ch. 15, par exemple). D'autre part la mise en vigueur de lois québécoises spécifiques non incorporées au Code: Loi des assurances de Québec, S.R.Q., 1964, ch. 295; Loi de l'assurance des maris et des parents, S.R.Q., 1964, ch. 296.

depuis longtemps sociologiquement acceptées et vécues, ont pris un temps infini à se cristalliser dans un texte juridique. Que l'on songe par exemple qu'il a fallu plus de quarante ans au législateur pour donner une capacité juridique à la femme mariée,⁹ alors que depuis déjà longtemps, la participation plus active de la femme à la vie économique du pays demandait une réforme urgente. Comme autre exemple, citons celui de l'article 188 du Code civil. Ce n'est qu'en 1954, que le législateur a décidé de supprimer la condition d'entretien par le mari de sa concubine au domicile conjugal, pour permettre à la femme de demander une séparation de corps pour cause d'adultère.¹⁰ Ces deux exemples parmi tant d'autres sont pris à dessein dans le droit de la famille qui est peut-être la partie du droit pour laquelle il est le plus facile de mesurer le contraste entre la progression de la pensée sociale et le conservatisme juridique. Le législateur semble avoir tenu très peu compte de l'évolution du milieu familial au Québec.¹¹ Le juriste étranger qui examinerait le droit familial du Code civil en croyant y voir le reflet de la société québécoise actuelle se tromperait lourdement. Il y verrait l'image d'une famille terrienne et bourgeoise de la fin du siècle dernier.

De même, toujours dans le droit de la famille, certaines réformes urgentes n'ont même pas encore été entreprises. Est-il en effet rien de plus aberrant au point de vue juridique que l'ignorance complète des droits de l'enfant naturel auquel le Code n'accorde que le droit de survivre, c'est-à-dire le droit aux aliments?¹² La légitimation des enfants adultérins et incestueux est impossible et aucun droit successoral n'est octroyé à l'enfant naturel. Cette ignorance incompréhensible de la réalité sociale aboutit à faire subir à l'enfant les conséquences des fautes de ses parents et les textes actuels permettent à ces derniers d'échapper à leur responsabilité d'éducateurs, puisque la seule chose qu'ils doivent à leur enfant naturel est la pension alimentaire en cas de besoin. Par une sorte de puritanisme juridique,

⁹ Loi sur la capacité juridique de la femme mariée, 1964, 12-13 Elis. II, ch. 66.

Voir Lois nouvelles (1965): G. Brière, Le nouveau statut juridique de la femme mariée, p. 7 et R. Comtois, Les époux communs en biens depuis le bill 16, p. 31; J.-L. Baudouin, Examen critique de la réforme sur la capacité de la femme mariée québécoise (1965), 43 R. du B. Can. 393.

¹⁰ 1954, 3-4 Elis. II, ch. 48.

¹¹ P. Garigue, La vie familiale des Canadiens-français (1962).

¹² Article 240 C.c. La jurisprudence a même écarté la réclamation de l'enfant naturel résultant du décès de son parent naturel: *Windsor Hotel v. Stadnicka* (1938), 64 B.R. 298, comme d'ailleurs la réciproque: *Town of Montreal West v. Hough* (1929), 67 C.S. 322, (1930) 48 B.R. 456, (1931) S.C.R. 113; *S. v. P.*, [1960] R.L. n.s. 12. *Contra: Goyer v. Compagnie de transport provincial* (1933), 35 R.P. 237.

Voir J.-L. Baudouin, Examen critique de la situation juridique de l'enfant naturel (1966), 12 McGill L. J. 157.

le législateur avait choisi en 1866 de fermer les yeux sur le problème, probablement pour éviter d'avoir à reconnaître implicitement la famille naturelle au point de vue juridique. On eut osé espérer que depuis un siècle il aurait pris conscience que cette fausse pudeur aboutissait à une méconnaissance de la réalité sociale surtout devant l'augmentation des naissances illégitimes dans la province.¹³ Il est incroyable de constater que sur ce point le droit civil en est resté à ce qu'était l'ancien droit français du temps de Pothier alors que la plupart des législations modernes se sont penchées sur le problème et ont même, dans certains cas aboli toute différence entre l'enfant légitime et l'enfant naturel.¹⁴ De nombreux autres exemples pourraient être cités, tel le maintien de l'âge de la majorité à vingt et un ans qui fait que le mineur de dix huit ans peut voter, assurer sa vie dès l'âge de quinze ans, avoir un compte en banque^{14A} mais a besoin du consentement de ses parents pour se marier et ne peut intenter ou se défendre seul à une action en justice.¹⁵ On lui fait donc confiance lorsqu'il s'agit d'élire un gouvernement responsable mais la loi le trouve trop faible d'esprit pour conclure seul un contrat d'aliénation immobilière!

Cette inadaptation du Code à la réalité sociale est beaucoup plus grave qu'elle ne paraît à première vue. Elle tend à faire du Code une sorte de musée où s'entassent de vénérables reliques d'un passé encombrant. Plus l'écart est grand, plus il est difficile par la suite de le combler sans créer certaines injustices relativement aux droits acquis et sans rendre plus ardue la tâche des tribunaux.

De plus chez le justiciable, le simple citoyen, cette inadaptation crée une image entièrement fautive de la règle de droit. Cette dernière lui apparaît souvent comme injuste parce que ne correspondant plus à la réalité et à la vie de tous les jours. C'est en définitive sur les tribunaux eux-mêmes que retomberont les foudres du public lequel ne pouvant comprendre l'impossibilité pour le juge de refaire la loi a une nette tendance à blâmer l'ordre judiciaire pour l'incurie et la carence de l'organe législatif.

¹³ 1959: 3.4%; 1960: 3.6%; 1961: 3.6%; 1962: 3.8%; 1963: 4.2%. Ces taux sont par 100 naissances. De plus, le nombre des naissances légitimes entre 1959 et 1963 a baissé d'environ 6% alors que pendant la même période celui des naissances illégitimes est passé de 4888 à 5644, augmentant ainsi d'environ 15%.

¹⁴ Tel est le cas dans les pays de droit musulman et la plupart des pays socialistes. Voir J.-L. Baudouin, article précité, note 12.

^{14A} Loi des assurances de Québec, *supra*, note 8, art. 219; Lois des banques, S.R.C., 1952, ch. 12, art. 95.

¹⁵ Sauf le cas prévu à l'article 304 C.c. (action en recouvrement de gages).

2. Ignorance de l'oeuvre jurisprudentielle par le législateur.

La lenteur des réformes législatives résulte également en grande partie de la méconnaissance des relations entre la loi et la jurisprudence. Parmi les attributions du législateur entrent deux considérations élémentaires que celui-ci a de fait complètement ignorées. Le législateur a le devoir de faire progresser la loi en utilisant l'application pratique qu'en fait la jurisprudence. Plus particulièrement il lui appartient d'une part de trancher les incertitudes de cette dernière, et d'autre part de codifier les principes juridiques dégagés par elle à la suite de l'insuffisance des textes.

Lorsque par suite de la déficience des textes, les conflits d'interprétation jurisprudentielle atteignent une acuité telle qu'ils engendrent une incertitude sur la solution juridique d'une question, le législateur a le devoir d'intervenir pour clarifier ou préciser les textes plutôt que d'attendre que les tribunaux cherchent à deviner sa pensée ou tentent de rectifier ses erreurs ou inexactitudes. L'oeuvre législative n'est en effet jamais parfaite car elle ne peut prévoir les nouveaux problèmes qui surgissent par suite des transformations sociales ou économiques futures et car aucune loi n'est assez complète pour régler à l'avance toutes les situations auxquelles elle veut faire face. Or, le législateur semble craindre de toucher au Code civil et délègue ainsi directement son autorité à la tradition et à la coutume jurisprudentielle. Au cours du siècle dernier, l'interprétation de certains textes du Code a fait surgir d'énormes difficultés et souvent la jurisprudence s'est divisée sur le sens à donner à ceux-ci. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler les problèmes qui se sont posés à propos de l'interprétation des articles 127 et 129 du Code civil et la résistance des tribunaux inférieurs à l'arrêt du Conseil Privé dans l'affaire *Dépatie v. Tremblay*.¹⁶ Ou encore à l'imbroglie créé par nos tribunaux sur le point de savoir si la simple promesse de vente vaut vente et à quelles conditions.¹⁷ Ou enfin, dans le droit de la preuve, au conflit entre les dispositions de l'article 1235 paragraphe 1 et celles des articles 2185 et 2227 du Code civil.¹⁸

¹⁶ (1911), 40 C.S. 429, (1912), 43 C.S. 59, [1921] A.C. 702; *McKenzie v. Lumey* (1939), 45 R.L. 116; *Collins v. McNally* (1945), 46 R.J. 44; *Sturton v. Dawes*, [1952] C.S. 229.

On peut à la rigueur comprendre les hésitations du législateur provincial à ce sujet, lorsque l'on connaît les problèmes constitutionnels de compétence relatifs au mariage.

¹⁷ *Brewer v. Boyer*, [1952] B.R. 273; *Cousineau v. Cousineau* (1914), 23 B.R. 309; *Rosa v. Dupuis*, [1958] B.R. 94. *Contra: Joyal v. Bourassa* (1926), 40 B.R. 322; *Labonté v. Larue* (1921), 27 R.L. 60; *Barette v. Morency*, [1955] C.S. 229.

¹⁸ *Charest v. Murphy* (1893), 3 B.R. 376; *Boulet v. Métayer* (1903), 23

Jamais cependant le législateur n'est intervenu dans ces cas pour trancher le noeud gordien en clarifiant les textes. Il n'est pas d'ailleurs dans notre intention de suggérer l'intervention législative dans tous les cas où l'interprétation d'un texte soulève des difficultés.¹⁹ Ce serait aller à l'encontre de la stabilité juridique et freiner plutôt qu'accélérer le développement du droit privé. Il nous semble cependant souhaitable lorsque l'on sait l'autorité qu'ont dans le système actuel les décisions des tribunaux supérieurs que, devant l'hermétisme de certains textes, le législateur intervienne plus souvent afin de rétablir aux yeux du justiciable l'élément de sécurité de la règle de droit. Ne serait-il pas possible par exemple qu'il crée à cet effet après la mise en vigueur du nouveau Code une Commission permanente composée de spécialistes dont le rôle consisterait à délimiter ces conflits et à suggérer des réformes dans le sens de la politique sociale du législateur?

Cet absentéisme du législateur a des conséquences fort graves. D'une part il renforce chez le justiciable l'impression d'incertitude du droit civil. D'autre part, et c'est peut-être là le véritable sujet d'inquiétude, il éloigne notre droit civil de sa conception véritable en faussant le rôle de la jurisprudence. En effet, devant la démission du législateur face aux situations juridiques nouvelles, la jurisprudence n'a pas d'autre choix que de créer véritablement de toute pièce un droit supplétif sous le couvert de l'interprétation des textes existants. Il est hors de doute qu'en raison du retard législatif accumulé, le droit civil québécois s'oriente vers une conception britannique du "*judge made law*". Au tarissement de la source législative correspond un courant plus vif de la source jurisprudentielle qui cherche à combler les vides de la législation. Il se crée donc sournoisement un véritable "*common law*" québécois, par un processus un peu semblable à ce qui existe dans le droit de la Louisiane.²⁰ C'est ainsi que les problèmes des contrats par cor-

C.S. 289; *Leblanc v. Ethier* (1924), 62 C.S. 217; *Bouthillier v. Sabourin* (1927), 42 B.R. 18; *Banque Canadienne Nationale v. Tanguay*, [1962] C.S. 379.

¹⁹ Tel par exemple le système du "référé législatif" qui existait en France pour le Tribunal de Cassation d'après les articles 3 et suivants de la loi du 27 novembre et du 1er décembre 1790.

²⁰ Voir J. Dainow et P. Azard, *Two American Civil Law Systems: Quebec and Louisiana* (1964), pp. 12 et 13: "There is no doubt that Louisiana civil law in its present form is indeed a true system of civil law based in the principle according to which the rules of positive law are essentially derived from written or code law.

However, this basic situation should not blind us to the fact that in other and less essential respects Louisiana law—a legal system of purely civil character—has moved, closer to the system which applies in common law areas. A large number of judges and lawyers have acquired the habit of paying more attention to a jurisprudential interpretation of texts than

respondance,²¹ de l'enrichissement sans cause,²² de l'effet judiciaire des nullités contractuelles²³ pour ne citer que quelques exemples, sont uniquement tranchés par des règles jurisprudentielles et qu'à leur égard le Code est d'une complète et totale inutilité en tant que source de droit. Il y a là, à notre avis, un net danger d'une instabilité encore plus grande de la règle de droit.

De même on peut se demander pourquoi le législateur ne songe pas à codifier les solutions jurisprudentielles lorsque celles-ci se trouvent suffisamment clarifiées et cristallisées par la tradition, de manière à préciser les textes incertains et surtout à compléter la réglementation civile. En effet le Code civil qui est d'inspiration napoléonienne est dans la tradition des codes populaires à l'inverse des codes dits "savants" comme le Code civil allemand (*B.G.B.*) ou maintenant les "codes" américains (*Uniform Commercial Code*). Un code populaire doit représenter à la fois un instrument de travail aussi complet que possible et une vulgarisation de la loi. Or à l'heure actuelle et dans une proportion inquiétante, le Code ne représente plus le droit civil car par dessus la règle énoncée est venu se greffer l'ensemble des règles établies par la jurisprudence. Le phénomène de la complexification croissante de la règle de droit analysé en sociologie juridique se reproduit au niveau de la jurisprudence sans que le législateur songe pour autant à intégrer les créations jurisprudentielles au droit écrit. Là également le système aboutit à accorder une importance démesurée à la jurisprudence avec toutes les conséquences d'instabilité que cela peut parfois apporter.

to the texts themselves. There is, in Louisiana, a certain propensity to a mere application of common law solutions to certain novel problems instead of a real attempt to establish rules more consonant with the context of written law. . . ."

²¹ *Underwood v. Maguire* (1897), 6 B.R. 237; *Beaubien Produce v. Robertson* (1900), 18 C.S. 429; *Magann v. Auger* (1902), 31 S.C.R. 186; *Baril v. Charlebois* (1926), 64 C.S. 421, (1927) 43 B.R. 295, [1928] S.C.R. 68; *Premier Trust v. Turcotte* (1938), 64 B.R. 401.

²² *Cité de Québec v. Mahoney* (1901), 10 B.R. 378; *Tremblay v. Ville de Baie St-Paul* (1921), 59 C.S. 498; *Marquis v. Rousseau* (1932), 70 C.S. 529; *Wash v. People's Bank of Halifax* (1900), 18 C.S. 486; *Tanguay v. Price* (1906), 37 S.C.R. 657; *Regent Taxi v. Congrégation des petits frères maristes*, [1929] S.C.R. 650.

²³ *Rolland v. Caisse d'économie Notre-Dame de Québec* (1894), 3 B.R. 315, (1895), 24 S.C.R. 405; *Consumers Cordage v. Connolly* (1902), 21 S.C.R. 244; *Belzile v. Godbout* (1911), 40 C.S. 469; *Paquet v. Pépin* (1902), 22 C.S. 155; *Langelier v. Demers* (1928), 66 C.S. 120; *Guay v. Vézina* (1920), 58 C.S. 104; *Lavallée v. Turcotte* (1920), 58 C.S. 373.

L'ensemble de cette jurisprudence semble admettre la répétition des sommes payées lorsque le contrat est contre l'ordre public mais non lorsqu'il pêche contre les bonnes moeurs.

B) *La fausse conception de la codification.*

Le conservatisme législatif particulièrement sensible en matière de droit civil procède en dernière analyse d'une fausse conception de la codification. Dans l'analyse de l'attitude du législateur, tout semble indiquer que jusqu'à récemment le Code a été en quelque sorte une oeuvre quasi-définitive à laquelle il appartenait de toucher le moins possible. Si le droit civil doit être stable, le Code civil, lui, ne doit pas être conçu comme une sorte de monument du passé que l'on hésite à rajeunir. Une codification doit au contraire évoluer avec son temps et être une oeuvre dynamique avant tout, qui suit l'évolution sociologique du milieu auquel elle s'adresse. Il est à peine concevable qu'encore de nos jours, l'ensemble de nos lois civiles soit constitué par des règles et normes datant de 1866.

Ce conservatisme foncier du législateur a engendré un immobilisme de la règle de droit qui produit un résultat pour le moins curieux. Cet immobilisme rend en effet la règle de droit beaucoup plus ferme de telle sorte qu'on ne songe même plus après un certain temps à questionner la validité des postulats de base sur laquelle elle est fondée. La règle finit par trouver la *justification de son existence dans son existence même* sans que l'on songe à remettre en doute l'actualité des concepts qui lui ont servi de fondement.

Cet immobilisme du Code a des conséquences immédiates sur l'ensemble du droit civil.

1. *Prolifération des lois particulières.*

Il est très curieux de remarquer que l'immense majorité de la nouvelle législation civile postérieure à la codification ne se trouve pas intégrée au Code. Lorsqu'il s'est agi en effet de réglementer de nouveaux secteurs de la vie civile, le législateur a toujours préféré légiférer par statuts autonomes plutôt que d'incorporer les dispositions nouvelles au Code civil. Ainsi par exemple, pour l'adoption, le législateur a fait une "Loi de l'adoption",²⁴ plutôt que d'en faire un chapitre spécial au titre VII du Livre I, à la suite de la filiation légitime et naturelle. De même pour les assurances.²⁵ Quel désavantage y aurait-il à ce que notre Code double ou même triple de volume mais représente ce que doit vraiment être une codification, c'est-à-dire une "*consolidation*" de l'ensemble des lois civiles? En effet il n'est pas exagéré de dire que de nos jours, le Code civil ne représente par rapport à 1866 qu'une partie de moins en moins

²⁴ Loi de l'adoption, S.R.Q., 1964, ch. 218.

²⁵ Loi de l'assurance des maris et des parents, *supra*, note 8; Loi des assurances de Québec, *supra*, note 8.

importante du droit civil. Cette prolifération des lois spéciales nous semble dangereuse car, outre le fait d'avoir pour conséquence de diminuer l'importance du Code, elles prennent toutes la forme de statuts à l'anglaise. L'abondance des détails, l'absence de règles à caractères généraux, les répétitions fastidieuses et inutiles, la mauvaise rédaction des textes compliquent inutilement la tâche des tribunaux qui peuvent être tentés alors d'utiliser dans l'interprétation de la loi civile les règles d'interprétation statutaires.²⁶

2. *Absence de réalisme face aux situations nouvelles.*

Il serait amusant de relever à travers le Code civil la liste des dispositions archaïques, souvenir combien encombrant du passé et que le législateur a malgré tout laissé tel quel. Que l'on pense par exemple qu'en 1966 il existe encore dans notre Code des dispositions sur le duel,²⁷ que l'article 17, paragraphe 20, prend soin de préciser que la livre sterling équivaut à quatre piastres quatre-vingts centins ou à un louis quatre chelins et quatre deniers, que la dime représente encore le second privilège mobilier,²⁸ que le Code consacre quarante cinq articles au douaire²⁹ et seulement quatre articles généraux au louage de service personnel des ouvriers,³⁰ que le législateur n'a pas su même modifier l'article 1233 sur la preuve et que l'exigence des cinquante dollars est restée malgré la dépréciation de la monnaie!

De plus, devant l'absence totale de réglementation des situations nouvelles, le législateur a obligé la jurisprudence à faire des prodiges pour trouver dans les dispositions du Code les principes permettant de résoudre celles-ci, principes qui précisément n'avaient certainement pas été conçus pour faire face à ces situations. Le Code en matière contractuelle ne dit mot sur les contrats d'adhésion, les clauses de non-responsabilité, les contrats collectifs, le contrat médical, les contrats administratifs, etc. Le vieillissement d'un Code qui n'est plus adapté aux exigences de son temps a ainsi amené d'une part la désaffection de certaines parties du droit civil et la formation de nouvelles branches du droit en marge du droit civil, telle par exemple la réglementation du contrat de travail, et

²⁶ Walton, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada* (1907), p. 80 et ss.; Mignault, *Le Code civil de la province de Québec et son interprétation* (1935-36), 14 R. du D. 583; L. Baudouin, *Méthode d'interprétation judiciaire du Code civil du Québec* (1950), 10 R. du B. 397; Castel, *The Civil Law System of the Province of Quebec* (1962), p. 154.

²⁷ Article 1056 C.c., deuxième paragraphe.

²⁸ Article 1994 C.c., deuxième paragraphe.

²⁹ Articles 1426 à 1472 C.c.

³⁰ Articles 1667 à 1671 C.c.

d'autre part une zone de droit jurisprudentiel périphérique qui n'a pas de véritable raison d'être dans un système codifié.

II. *Les déformations de la jurisprudence.*

Il est incontestable qu'au Québec peut-être plus que dans d'autres pays de codification, la jurisprudence a joué et continue de jouer un rôle considérable dans la formation du droit privé. L'importance de ce rôle est directement proportionnel au vieillissement législatif du Code, car les tribunaux qui sont en contact journalier avec le justiciable, ont souvent été obligés devant le dépassement des règles juridiques par la réalité sociale, de forger véritablement le droit sous le couvert de l'interprétation et de remplacer indirectement le législateur dans une fonction qu'il n'avait cure d'exercer. Il est donc juste de se féliciter de l'oeuvre créatrice de la jurisprudence dans les cent dernières années. Cependant, tant dans les méthodes d'interprétation du Code que dans la technique même du jugement, la jurisprudence québécoise a subi un certain nombre de déformations sujettes à critique qu'il importe d'examiner ici.

A) *Au niveau des techniques d'interprétation: l'hypnotisme de la source étrangère.*

L'analyse des techniques d'interprétation du droit civil québécois par les tribunaux est extrêmement délicate à faire et pour pouvoir en dégager une vue synthétique, il faudrait pouvoir étudier en détail l'ensemble des décisions jurisprudentielles. Nous voudrions simplement ici souligner un défaut qui nous paraît parmi les plus caractéristiques, soit l'hypnotisme de la source étrangère.

Le système de droit privé québécois présente un intérêt incontestable pour une étude de sociologie juridique sur l'acculturation des pluralismes juridiques d'ordre externe. Notre droit privé est en effet presque totalement "emprunté" au droit étranger car à travers les bouleversements politiques de la nation canadienne-française, un droit véritablement autochtone n'a jamais, à vrai dire, eu la chance de voir le jour. Le Code civil du Québec vient dans son ensemble du Code Napoléon, code révolutionnaire, imbu de la pensée philosophique française du XVIII^e siècle et qui souvent brisait la tradition de l'ancien droit. D'autre part, la Coutume de Paris qui nous a été transmise, a également été une source primordiale pour les codificateurs. Ceux-ci, tant bien que mal, ont réussi sinon à synthétiser, du moins à amalgamer cet ancien droit et le droit français moderne et révolutionnaire. Cependant, le problème de l'assimilation des sources étrangères se complique singulière-

ment si l'on songe que d'une part on retrouve dans le Code civil des règles directement importées du droit anglais ou américain³¹ et que d'autre part le droit judiciaire privé québécois, tant au point de vue des règles de procédure que des techniques du jugement et de la nature du procès, provient en ligne droite du *common law* à quelques exceptions près.³²

Le juriste étranger s'est souvent émerveillé de ce que notre droit pouvait réaliser la synthèse de deux grands systèmes. Ce "*modèle de droit comparé*"³³ pouvait enfin réconcilier l'irréconciliable, c'est-à-dire la conception civiliste et le *common law*. Or il nous apparaît qu'il s'agit là d'un mythe que, peut-être par orgueil, nous entretenons inconsciemment. La coexistence au sein du droit privé de deux pensées juridiques, de deux techniques, de deux influences aussi opposées, loin d'être un facteur de progrès a été beaucoup plus un facteur d'abâtardissement du droit civil. La responsabilité de cet état de choses repose en grande partie sur la jurisprudence qui n'a jamais, dans sa tradition de cent ans, véritablement senti que le droit québécois pouvait être autonome. Devant la carence de la doctrine juridique scientifique québécoise, elle a été littéralement fascinée par la source étrangère dans l'interprétation du Code civil.

Le phénomène d'acculturation juridique est universel et de très nombreux exemples peuvent en être fournis à travers le monde et dans l'histoire. Cependant, lorsqu'un système est emprunté globalement à l'étranger, il va sans dire que l'acculturation ne peut se faire sans difficulté. Que l'on songe par exemple au rejet du Code Napoléon à la fin de l'Empire par les pays conquis et auxquels on avait imposé ce Code. En droit moderne, l'expérience de la Turquie qui emprunta le Code civil suisse des obligations³⁴ est peut-être celle qui offre le plus d'encouragement à une acclimatation parfaite du droit étranger. L'expérience que vit actuellement l'Ethiopie sera, elle, intéressante à suivre.³⁵

³¹ Ainsi par exemple le principe de la liberté absolue de tester (article 756 C.c.); la règle de la meilleure preuve (article 1204 C.c.); l'institution du "trust" (articles 981 à 981n C.c.), etc.

³² L'interrogatoire sur faits et articles par exemple (articles 359 à 370 ancien Code de procédure civile, articles 405 à 413 nouveau Code de procédure civile).

³³ Louis Baudouin, *Le droit civil de la province de Québec, modèle vivant de droit comparé* (1953).

³⁴ Le Code turc date du 4 avril 1926.

³⁵ L'Ethiopie est dotée depuis le 5 mai 1960 d'un Code civil très moderne rédigé par le Professeur René David de Paris. Ce Code pourrait servir de modèle à notre législateur dans beaucoup de ses dispositions.

Le phénomène sociologique de l'Ethiopie est particulièrement intéressant du fait des conflits-qui ne manquent pas d'opposer droit écrit et droit

Or en droit québécois, l'acculturation a été rendue d'autant plus difficile que les sources d'emprunt étaient multiples. Les tribunaux, au début de la mise en vigueur du Code, pour des raisons diverses (absence de sources québécoises, contact journalier avec le droit commercial anglais, respect de l'expérience française), n'ont rien eu de plus pressé lorsqu'il s'est agi d'interpréter le Code, que de se référer en totalité à la loi dont l'emprunt avait été fait, sans se soucier dans la majorité de cas de savoir si leur interprétation ne dépassait pas les buts désirés et souhaités par le législateur québécois. Il est vrai que le rapport des codificateurs par le lachonisme de ses explications et ses références constantes au droit étranger ne leur a pas apporté beaucoup d'aide.

La jurisprudence a rarement eu conscience de deux principes fondamentaux d'interprétation, à savoir: d'une part que la source étrangère ne doit servir tout au plus que de guide à une interprétation nationale du texte et ne peut justifier l'intrusion globale de l'interprétation étrangère donnée au même texte; d'autre part qu'il est toujours préférable d'intégrer la disposition d'inspiration étrangère comme telle dans le droit autochtone et donc de l'interpréter en fonction des besoins particuliers et spécifiques existant dans celui-ci.³⁶

coutumier, plus particulièrement dans le domaine du droit familial et du droit de propriété.

³⁶ "C'est une erreur de croire que lorsque le législateur d'un pays croit utile d'emprunter à un voisin une disposition particulière, surtout en matière de procédure, il est censé prévoir et se soumettre d'avance aux conséquences les plus exorbitantes et les plus antipathiques aux règles fondamentales du corps du droit du pays qui accepte l'innovation. S'il en était ainsi, rien ne serait plus dangereux que ces emprunts que favorise si souvent aujourd'hui l'étude de plus en plus répandue du droit comparé. C'est au contraire avec la volonté et la certitude que la disposition nouvelle s'harmonisera avec la législation existante, s'imprènera de ses principes et en subira l'influence et le contrôle qu'elle est accueillie et acceptée. Et c'est le devoir des tribunaux de veiller attentivement à ce qu'il en soit ainsi". Sir Louis Jetté C.J., dans *Pitre v. Association athlétique d'Amateurs* (1911), 20 B.R. 41.

"Il me semble respectueusement qu'il est temps de réagir contre l'habitude de recourir, dans les causes de la province de Québec, aux précédents du droit commun anglais, pour le motif que le Code civil contiendrait une règle qui serait d'accord avec un principe du droit anglais. Sur bien des points, et surtout en matière de mandat, le Code civil et le common law contiennent des règles semblables. Cependant le droit civil constitue un système complet par lui-même et doit s'interpréter d'après ses propres règles. Si pour cause d'identité de principes juridiques on peut recourir au droit anglais pour interpréter le droit civil français, on pourrait avec autant de raison citer les monuments de la jurisprudence française pour mettre en lumière les règles du droit anglais. Chaque système, je le répète, est complet par lui-même, et sauf les cas où un système prend dans l'autre un principe qui lui était auparavant étranger, on n'a pas besoin d'en sortir pour chercher la règle qu'il convient d'appliquer aux espèces bien diverses qui se présentent dans la pratique journalière". Mignault J., dans *Desrosiers v. The King* (1920), 60 S.C.R. 105, à la p. 126.

Un exemple frappant qui illustre bien cette fascination de la source étrangère sur les tribunaux est certes l'interprétation donnée à l'article 1235 du Code civil⁸⁷ dans le droit de la preuve. L'article 1235 nous vient du droit anglais, plus précisément du "*Statute of Frauds*" et du "*Lord Tenterden's Act*"⁸⁸ et heurte de front la conception civiliste que l'on retrouve dans l'ensemble du droit québécois. Cette disposition du Code prohibe la preuve testimoniale en matière commerciale lorsqu'il s'agit de prouver une promesse ou reconnaissance à l'effet de soustraire une dette à la prescription. La loi dans ce cas exige un écrit signé par la personne ou ses représentants. Lorsqu'il s'est agi d'interpréter les termes "écrit", "promesse ou reconnaissance", la jurisprudence³⁹ s'est empressée d'importer sans aucune discrimination et en un seul bloc l'interprétation des tribunaux anglais à propos du texte correspondant du "*Lord Tenterden's Act*". Cette interprétation purement étrangère cadrerait fort mal avec les dispositions de notre Code relatives à la prescription, notamment avec les articles 2185, 2227 et 2228 qui prévoient, eux, une forme de renonciation tacite à la prescription.

"Il est quelquefois dangereux de sortir d'un système juridique pour chercher des précédents dans un autre système pour le motif que les deux systèmes contiennent des règles semblables, sauf bien entendu le cas où un système emprunte à l'autre une règle qui lui était auparavant étrangère. Alors même que la règle est semblable dans les deux, il est possible qu'elle n'ait pas été entendue ou interprétée de la même manière dans chacun d'eux, et, comme l'interprétation juridique—je parle bien entendu de celle qui nous oblige—fait réellement partie de la loi qu'elle interprète, il peut très bien arriver que les deux règles, malgré une apparente similitude, ne soient pas du tout identiques". Mignault J., dans *Curley v. Latrelle* (1920), 60 S.C.R. 131, à la p. 177.

⁸⁷ Article 1235 C.c.:

Dans les matières commerciales où la somme des deniers ou la valeur dont il s'agit excède cinquante piastres, aucune action ou exception ne peut être maintenue contre une personne ou ses représentants sans un écrit signé par elle dans les cas suivants

- 1) De toute promesse ou reconnaissance à l'effet de soustraire une dette aux dispositions de la loi relatives à la prescription des actions;
- 2) De toute promesse ou ratification par un majeur d'obligations par lui contractées pendant sa minorité;
- 3) De toute représentation, garantie ou assurance en faveur d'une personne dans le but de lui faire obtenir du crédit, de l'argent ou des effets;
- 4) De tout contrat pour la vente d'effets à moins que l'acheteur n'en ait accepté ou reçu une partie ou n'ait donné des arrhes;

La règle qui précède a lieu lors même que les effets ne doivent être livrés qu'à une époque future, ou ne sont pas, au temps du contrat, prêts à être livrés."

⁸⁸ (1676), 29 Car. II, ch. 3 et (1828), 9 Geo IV, ch. 14.

³⁹ Voir *Charest v. Murphy*, *supra*, note 18; *Molleur v. Mitchell* (1904), 14 B.R. 74; *Baril v. Read Motors* (1928), 46 B.R. 174; *Duchaîne v. Bédard*, [1956] C.S. 394; *Banque Canadienne Nationale v. Tanguay*, *supra*, note 18, etc.

L'un des raisonnements simplistes de cette jurisprudence a été de soutenir que, comme l'article 1235 du Code civil venait du droit anglais, il devait être interprété uniquement par rapport à celui-ci. Or le droit anglais ignorant le commencement de preuve par écrit qui justifie l'admissibilité de la preuve testimoniale, la jurisprudence en a conclu qu'une preuve testimoniale appuyée d'un commencement de preuve par écrit ne peut jamais valoir à l'encontre de la prohibition de l'article 1235.⁴⁰ Nous avons traité ce raisonnement juridique de simpliste. En effet, l'article 1233 du Code civil conçu en termes généraux et qui par son paragraphe premier s'applique autant en matière commerciale qu'en matière civile, énonce clairement que la preuve testimoniale est admise lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. Ce refus d'interpréter l'article 1235 par rapport à l'économie générale du droit de la preuve nous apparaît éminemment criticable. Ce besoin de se référer au droit étranger pour expliquer le droit québécois aboutit à une contradiction interne qui empêche de "canadianiser" notre droit, d'acculturer les dispositions étrangères à notre système, de les tailler à notre mesure. Ce besoin de mimétisme, cette sorte de colonisation de notre droit, peut être expliqué par certains éléments de psychologie judiciaire. Nous ne serions pas étonnés que cette réaction provienne du fait que le tribunal en se référant au droit étranger se sent beaucoup plus sûr de lui, ayant comme appui la continuité jurisprudentielle étrangère plutôt que ses seules propres ressources d'exégèse du texte. La justification de la décision est dans ce cas beaucoup plus facile à faire une fois le postulat d'interprétation par le droit étranger posé.

De même dans le cas de l'article 1234 du Code civil,⁴¹ on retrouve dans la jurisprudence une série de discussions sur le point de savoir si l'origine de cet article est américaine, anglaise ou française, comme si c'était là le point principal qui devait déterminer l'interprétation à suivre.

Mais il existe un autre danger beaucoup plus sournois. Certains tribunaux et peut-être la Cour suprême par ses juges venant des provinces anglaises plus que toute autre, ont souvent utilisé le *common law* dans l'interprétation des textes du Code civil. On retrouve dans de nombreux cas le raisonnement suivant. Après

⁴⁰ Il existe cependant une jurisprudence semie-dissidente qui estime que le mot "reconnaissance" ne désigne qu'une reconnaissance expresse: *Boulet v. Métayer*, *supra*, note 18; *Leblanc v. Ethier*, *supra*, note 18; *Bouthillier v. Sabourin*, *supra*, note 18.

⁴¹ *Burry v. Murray* (1894), 24 S.C.R. 77; *Roy v. Doyen* (1919), 55 C.S. 217; *St-Martin v. Mathieu* (1924), 36 B.R. 421. Voir aussi P. Demers (1895), 1 R.L. n.s. 31 et F. Langelier (1895), 1 R.L. n.s. 355.

avoir établi un parallèle plus ou moins exact entre le droit civil et le *common law* et constaté que les solutions pratiques se trouvaient dans la plupart des cas identiques,⁴² le juge procédait à l'interprétation du Code civil par le processus de raisonnement anglais.⁴³ Le résultat, comme on peut le soupçonner, était une solution finale saine mais à laquelle on était parvenu à l'aide du droit étranger et

⁴² Il est à noter que ce processus se fait surtout par le moyen du précédent juridique. Bien que certains juges, notamment le juge Anglin à la Cour suprême, se soient toujours défendus de considérer le précédent anglais comme ayant autorité, celui-ci employé malgré tout comme point d'appui a le plus souvent une autorité de fait incontestable. Voir Anglin J., dans *Curley v. Latreille*, *supra*, note 36:

"English decisions can be of value in Quebec cases involving questions of civil law only when it has first been ascertained that in the law of England and that of Quebec the principles upon which the particular subject matter is dealt with are the same and are given the like scope in their application, and even then not as binding authorities but rather as *rationes scriptae*, and it is only on that footing and for purposes of comparison that I shall refer to them. I therefore cannot accede to the view that his case is concluded against the appellant by our recent decision in *Halparin v. Bulling*. . . ." aux pp. 133 et 134. "After careful comparison of all the authorities available the only reasonable conclusion seems to me to be that the limitation of the master's responsibility which it was intended to impose by the words "dans les fonctions auxquelles ils les ont employés" was intended to be substantially the same as that which English courts understand to be imposed by the restriction which they formulate in the phrase "in the course of the employment" (à la p. 161). "So far as they may be considered, English authorities uphold this conclusion and French modern authorities, even were we bound by them, although on the whole adverse, are not uniform in forbidding it. I rest my conclusion, however, upon my opinion that according to its plain letter and express provision Art. 1054 C.c. excludes the defendant's liability. . . ." (à la p. 164).

"It is therefore abundantly clear that, by the common law of Scotland and by the common law of Quebec [*sic*] if they be identical, as Mr. Justice Alwyn in the *Ravary* case assures us that, in these matters they are, the mother of an illegitimate child was not within the class of persons who were entitled to maintain actions for damages occasioned by death". Anglin J., dans *Town of Montreal West v. Hough*, [1931], S.C.R. 113, à la p. 123.

Au contraire:

"Je remarque avec une certaine appréhension la tendance qui existe de juger les causes de Québec à la lumière des précédents anglais. Les remarques que je viens de faire dans la présente cause et l'esprit de la loi dans les deux systèmes nous démontrent combien il est dangereux de sortir d'un système pour aller chercher dans un autre des précédents qui reposent parfois sur des principes assez faiblement reconnus et parfois opposés, malgré que le texte pût paraître à peu près identique. Pour ma part, je préfère baser ma décision sur la décision de la Cour de Cassation, parce qu'elle a été rendue sous une loi que nos codificateurs déclarent eux-mêmes avoir adoptée". Brodeur J., dissident, dans *Curley v. Latreille*, précitée, note 36, à la p. 173.

Voir également *Town of Montreal West v. Hough*, *ibid.*, aux pp. 116 et s., et 123.

⁴³ Il faut cependant dire bien clairement que dans la majorité des cas ce processus est presque inconscient. Il est psychologiquement normal qu'un juge formé à l'anglaise cherche à effectuer cette comparaison pour asseoir son raisonnement sur un système juridique qu'il connaît mieux et dans lequel il se sent plus sûr de lui.

par des méthodes de raisonnement ne correspondant pas à la mentalité civiliste. Le plus grave est que dans certains cas ces raisonnements contenaient des *obiter dicta* qui grâce à la force persuasive du précédent judiciaire se trouvaient, eux, à faire jurisprudence.

Le droit civil québécois s'est ainsi non pas enrichi, mais encombré d'excroissances et de proliférations qui lui sont étrangères. Ainsi par exemple, la défense "*truth, good faith and justification*" à l'action en diffamation,⁴⁴ la doctrine de "*l'invitee, licensee et trespasser*"⁴⁵ dont une jurisprudence récente semble vouloir fort heureusement se débarrasser, et le refus d'octroyer le *solatium doloris*.⁴⁶

Aussi paradoxale que la chose puisse paraître, le juriste québécois doit remercier le Conseil Privé anglais d'avoir su notamment en matière de responsabilité, donner au texte une interprétation un peu plus québécoise.⁴⁷

Cette infiltration d'éléments étrangers dans le droit québécois est d'autant plus dangereuse que l'existence de fait de l'autorité du précédent judiciaire au Québec donne une force considérable à la jurisprudence. En droit québécois en effet, il existe plus qu'un simple respect de la décision des tribunaux supérieurs et le principe du *stare decisis* tel que pratiqué par les cours québécoises offre très

⁴⁴ Voir à ce sujet les développements de Nadeau, *Traité de droit civil du Québec*, vol. 8 (1949), No. 231 et s., p. 215 et s.

⁴⁵ *Gaza v. Clercs de St-Viateur* (1935), 41 R.J. 70; *Morin v. Néron*, [1945] B.R. 625; *Lapointe v. Canadian Pacific Railway*, [1949] S.C. 386. *Contra: Smith v. Tillotson Rubber Co.*, [1960] B.R. 380, [1960] R.L. 272 (C.S.Can.); *Powicka v. Hardy*, [1959] R. L. 562; Nadeau, *op. cit.*, *ibid.*, No. 181, p. 265; A. Mayrand, *A quand le trépas du trespasser?* (1961), 21 R. du B. 1.

⁴⁶ Voir *Canadian Pacific Railway v. Robinson* (1883), 14 S.C.R. 105 qui a apparemment déterminé la jurisprudence sur ce point malgré une certaine résistance des tribunaux et des auteurs: *Grégoire v. Landry*, [1959] C.S. 93; *Lachance v. Frères Maristes de Québec*, [1959] C.S. 406; *Deveault v. Guertin*, [1965] C.S. 238 où des dommages ont été alloués pour "perte de la joie de vivre", "altération de santé", "désorganisation de la famille".

Il appert de plus que la question de l'octroi du *solatium doloris* reste malgré tout ouverte puisque d'une part il semble que l'interprétation historique de l'article 1056 C.c. par la Cour suprême est extrêmement douteuse, que d'autre part le Conseil Privé, sans toucher toutefois à la question du *solatium doloris*, a rétabli le jugement de la Cour supérieure qui l'octroyait et qu'enfin il n'existe aucune raison logique valable d'admettre les dommages moraux en vertu de l'article 1053 C.c. et de les refuser dans le cas de l'article 1056 C.c., la théorie des dommages étant identique dans les deux cas.

Il est intéressant de relever que l'honorable juge Taschereau à la Cour suprême semble avoir été motivé avant tout par le désir de respecter une uniformité de principe avec le droit des autres provinces canadiennes. Voir *Canadian Pacific Railway v. Robinson*, précitée, à la p. 125.

⁴⁷ Voir par exemple le jugement de Lord Summer dans l'affaire *Quebec Railway Light, Heat and Power Company v. Vandry* (1930), 48 B.R. 270 ou [1920] A.C. 662 qui renverse la décision de la Cour suprême (1919), 53 S.C.R. 72.

peu de différences avec celui que l'on retrouve dans le droit anglo-saxon.⁴⁸ Au point de vue sociologique, le principe du *stare decisis* est la traduction de la loi dite du moindre effort⁴⁹ et dans un système civiliste il représente un frein beaucoup plus qu'un aiguillon à la progression du droit. L'autorité du précédent s'oppose à l'évolution du droit par rapport aux modifications des conditions sociales du milieu, rend la règle rigide, conservatrice et peut-être même réactionnaire jusqu'à un certain point. Rien ne s'oppose à ce qu'il existe un *respect* pour les décisions des tribunaux supérieurs mais ce respect ne doit pas être érigé en autorité de droit ou de fait.

En droit québécois d'ailleurs l'autorité du précédent offre un danger beaucoup plus grand et que nombre de juristes ne semblent pas soupçonner. Si grâce à ce phénomène le droit parvenait à l'acculturation de la règle étrangère et à sa transmutation en règle autochtone par assimilation jurisprudentielle, le *stare decisis* pourrait être sans aucun doute un facteur de progrès dans l'acculturation de l'emprunt étranger. Malheureusement, c'est un résultat différent qu'il est permis de constater. L'acculturation se fait au niveau de la *source* étrangère en raison de cette fascination qu'elle exerce chez nos juges.⁵⁰ C'est la source et non la règle qui se trouve à pénétrer dans le droit positif avec le résultat que le métissage du droit étranger devient plus difficile et que l'on retrouve donc à l'intérieur du droit de Québec des îlots de droit étranger non assimilés et non encore transmutés en règles véritablement québécoises.

Ce refus, voire peut-être même cette sorte de démission inconsciente de la jurisprudence de considérer l'autonomie du droit civil québécois et cette porte grande ouverte au droit étranger et plus spécialement au *common law*, a provoqué une emprise de celui-ci sur le droit civil contre lequel heureusement les tribunaux commencent à réagir. Cette réaction est heureuse car s'il fallait qu'en plus du *common law civiliste* créé par la jurisprudence pour suppléer aux carences législatives, cette dernière interprète le Code civil par la source étrangère, nous aurions tout à craindre sur l'avenir du système de droit civil.

⁴⁸ Voir W. Friedmann, *Stare Decisis at Common Law and under the Civil Code of Quebec* (1951), 31 Can. Bar Rev. 727, à la p. 740 et s.; A. Joanes, *Stare Decisis in the Supreme Court* (1958), 36 Can. Bar. Rev. 175; L. Pouliot, *L'autorité de la jurisprudence dans notre droit*, Mélanges Bissonnette (1963), p. 475; Castel, *op. cit.*, note 26, p. 215.

⁴⁹ H. Lévy-Bruhl, *Sociologie du droit* (1964), p. 74.

⁵⁰ Voir note 42, *supra*.

B) *Au niveau du jugement.*

Il semble étrange à première vue de retrouver la technique anglo-saxonne du jugement dans un système civiliste. Les jugements des tribunaux, par leur forme personnalisée, représentent de véritables dissertations sur un ou plusieurs points de droit et ont donc pour le juriste une incontestable valeur d'analyse scientifique. Devant l'extrême pauvreté, jusqu'à une époque relativement récente, de la doctrine québécoise, il ne fait aucun doute que l'ensemble des jugements a remplacé pour les juristes les écrits doctrinaux, a constitué l'unique source apparemment originale et a joué un rôle quelque peu semblable à celui de l'école française de l'exégèse du XIXe siècle dans la progression du droit civil québécois.

La forme personnalisée du jugement est un outil indispensable au *common law* puisque dans ce système, c'est en fait le juge qui crée le droit (*judge made law*) et que la loi écrite n'occupe qu'une place secondaire ou inférieure dans la hiérarchie des sources juridiques. Le jugement dans le droit anglo-saxon est donc beaucoup plus l'expression directe de la règle de droit que l'application syllogistique à certaines circonstances de fait d'une règle déjà forgée. La règle exprimée par le juge transcende l'espèce et grâce à l'autorité du précédent s'intègre d'une façon stable à l'ensemble de la construction juridique. Le rôle créateur de la jurisprudence dans ce système ne fait aucun doute et la forme personnelle du jugement favorise l'exercice de ce rôle.

Qu'en est-il cependant en droit québécois? En droit civil, en raison du système de codification, la jurisprudence est avant tout la servante du législateur. L'existence de textes écrits donne déjà au droit un certain degré de précision au départ, laissant aux tribunaux le rôle fondamental de déterminer le champ d'application, l'étendue et les limites de la règle écrite. Les tribunaux n'ont pas à forger la règle mais à l'interpréter en tenant compte des aspects particuliers à l'espèce. La loi écrite précède la coutume jurisprudentielle dont le rôle reste et doit rester secondaire. La sédimentation jurisprudentielle qui vient peu à peu former la règle de droit dans les pays de *common law* n'est pas nécessaire dans le droit québécois sauf pour les domaines restés inoccupés par la législation et cela jusqu'à ce que celle-ci les occupe.

On peut se demander très sérieusement si la forme personnelle du jugement indispensable à la vie même du *common law* est encore de nos jours un auxiliaire utile au développement du droit civil québécois. Qu'il nous soit permis d'en douter. Dans un système

de codification, la forme personnalisée du jugement nous apparaît dangereuse à partir d'un certain stade d'évolution. Elle favorise une dispersion de pensée, une instabilité des solutions et rend difficile une unité d'interprétation pourtant désirable.

Comment en effet peut-on être sûr de l'interprétation jurisprudentielle d'une question juridique lorsque chaque juge depuis la Cour supérieure jusqu'à la Cour suprême donne une opinion personnelle qui n'est pas forcément celle de ses collègues avec lesquels il se trouvera pourtant d'accord parfois quant au dispositif du jugement? Dès lors, que l'on pose le principe que les motifs d'un arrêt ont, pour la progression du droit civil, beaucoup plus d'importance théorique et pratique que le dispositif, on peut s'étonner que l'on favorise ainsi cette prolifération de la motivation qui porte en elle les germes de l'incertitude. Le juriste québécois est en effet obligé d'utiliser les techniques anglo-saxonnes d'analyse de jurisprudence lorsqu'il veut en découvrir le véritable sens. La dissection des arrêts de la Cour suprême et de la Cour d'appel lui permettra parfois de retrouver à travers la masse des *obiter dicta*, à travers les considérations propres à chaque juge, un ou deux points communs qui, s'il a de la chance, constitueront la "*ratio decidendi*." Parfois même cette recherche peut aboutir à une impasse totale.⁵¹

Un arrêt de la Cour d'appel et de la Cour suprême devient donc multiple en ce sens qu'il se trouve formé d'autant de raisonnements particuliers qu'il y a de juges et que toute décision formant partie de la majorité a en principe une valeur égale aux autres. Chaque décision particulière peut donc par la suite être citée pour ses motifs propres sans qu'il soit possible en cas de variation de la motivation de réaliser l'unité de valeur du jugement sauf évidemment quant au seul dispositif. C'est pourquoi il ne faut pas s'étonner dans la pratique qu'une même décision soit citée à la fois dans le factum de l'appellant et dans celui de l'intimé pour illustrer deux propositions contradictoires et de voir la pensée des juges parfois trahie par ceux qui les citent, que ce soit les avocats ou les tribunaux eux-mêmes. C'est là compliquer la tâche du juge et à notre avis aller à l'encontre d'une unité d'interprétation souhaitable en droit civil. Il faut applaudir à la technique du Conseil Privé, dont la Cour suprême semble vouloir suivre l'exemple pour les causes

⁵¹ Un exemple curieux nous est fourni par l'affaire *Langlois v. Langlois*, [1952] 1 S.C.R. 28—commentaire de J. V. V. Nicholls, *Minotaur in Labyrinth* (1951), 29 Can. Bar Rev. 977.

Dans cette espèce il n'y eut qu'un seul juge dissident, les six autres juges de la Cour suprême confirmèrent l'arrêt de la Cour d'appel mais pour des raisons et par six raisonnements différents.

venant du Québec et qui sans aller jusqu'au formalisme de l'arrêt de cassation français, consistent à laisser à un seul juge le soin de rédiger l'arrêt. Cette technique nous semble malgré ses défauts un heureux compromis entre l'arrêt parfois trop laconique de la Cour de Cassation française et les jugements-fleuves dont nous sommes parfois affligés.

Cette unité d'interprétation nous semble surtout désirable au niveau de la Cour suprême où le danger d'infiltration du *common law* est particulièrement vif et toujours présent. Il est en effet fort difficile en toute honnêteté de demander à un juge venant d'une province de *common law*, élevé dans la tradition juridique anglo-saxonne, ayant pratiqué le *common law* comme avocat, de trancher du jour au lendemain un problème de droit civil. Cette constatation n'est cependant pas tout à fait exacte pour le juge canadien-français. Il ne faut pas oublier que par sa pratique du droit statutaire, il demeure plus en contact avec le *common law* et ses techniques d'interprétation que son homologue anglais. C'est donc véritablement induire le juge anglo-saxon en tentation de trancher le litige en prenant pour base le *common law*.⁵² Il existe de très nombreux cas où après avoir pris la précaution de démontrer la similitude apparente du *common law* et du droit civil sur tel ou tel point, le juge finit par conclure à l'identité des solutions et dès lors se trouve à juger une question de droit civil par l'intermédiaire du *common law*. Or quiconque a goûté quelque peu au droit comparé se rend compte qu'il faut se défier de ces prétendues similitudes. L'identité de solution entre le *common law* et le droit civil n'équivaut pas à une identité de raisonnement et de motivation juridiques. Comme c'est en définitive la motivation, le pourquoi de la solution, qui est le facteur le plus important pour le progrès du droit civil, le danger d'infiltration du droit étranger peut devenir extrêmement sérieux, si cette motivation est étrangère.

Il est important pour l'avenir du droit civil que celui-ci puisse compter, au moins au dernier degré de juridiction, sur cette unité d'interprétation. C'est pourquoi nous souscrivons à l'opinion de M^e Jean-Baptiste Crépeau et de M^e Azard⁵³ qui voudraient voir s'instituer une Chambre Civile à la Cour suprême. Cette Chambre devrait, à notre avis, siéger en cassation, être composée de juges venant du Québec et rendre un arrêt unique sur les questions de droit seules.

⁵² Voir exemples donnés *supra*, note 42.

⁵³ J. B. Crépeau, Le droit de la province de Québec (1964), 24 R. du B. 546. P. Azard, La Cour suprême du Canada et l'application du droit civil de la province de Québec (1965), 43 Can. Bar Rev. 553.

Il est évident qu'une telle innovation ne manquerait pas de soulever certaines difficultés pratiques. S'il n'y a aucune objection sérieuse à ce que cette Chambre civile entende toutes les causes où le droit statutaire québécois serait mis en question, il n'en serait évidemment pas de même lorsque le litige porterait à la fois sur une question de droit québécois et sur une question de droit statutaire fédéral. Il faut en effet pallier le danger très réel de voir surgir à propos de mêmes textes fédéraux deux interprétations distinctes, l'une pour le Québec, l'autre pour le reste du Canada. Le problème n'est pas aussi insoluble qu'il paraît à première vue et plusieurs réponses sont possibles.

La plus évidente consisterait à établir un tribunal des conflits qui jugerait de la compétence des chambres. Le critère de juridiction devrait être à notre avis la qualité principale ou accessoire de la question soulevée. Il ne devrait pas être possible d'aller devant la Chambre civile si un problème d'interprétation du droit québécois n'est problème mineur ou accessoire par rapport au problème principal. Cette solution mérite d'être étudiée attentivement bien qu'à première vue elle nous semble devoir être un nid à chicanes, si l'on veut bien se souvenir que l'expérience française de la juridiction respective des tribunaux civils et des tribunaux de commerce a soulevé de nombreuses difficultés.

Une seconde solution consisterait dans les cas mixtes à ce que la cause soit entendue par le banc entier de la Cour suprême rendant un arrêt unique, la Chambre civile gardant sa compétence propre dans les affaires relevant uniquement du droit québécois.

Enfin, une troisième solution évidente serait de faire de la Cour d'appel de la province de Québec le dernier échelon de juridiction sauf en matière de droit fédéral. Cette dernière solution ne nous semble pas satisfaisante dans la perspective présente. Il faudrait pour ce faire que la Cour d'appel de la province renverse la tendance actuelle qu'elle a de s'ériger en véritable Cour de cassation, tendance dont le justiciable a raison, à notre avis, de lui faire grief.

En raison probablement de la surcharge du rôle et de la multiplication des procès, la Cour d'appel de la province a une très nette tendance à utiliser à l'égard du jugement de la Cour supérieure les mêmes techniques qu'à l'égard du verdict d'un jury.⁵⁴ Elle semble

⁵⁴ La Cour d'Appel se basant sur une jurisprudence semble-t-il bien établie rejette l'appel basé sur des questions de faits ou d'appréciation de la preuve lorsqu'il n'y a pas "erreur manifeste" de la part du premier juge. Les motifs invoqués à l'appui du rejet de l'appel sont à peu près toujours les mêmes:

"Il est de jurisprudence maintenant bien établie que cette cour n'intervient pas, à moins qu'il ne soit démontré une erreur manifeste de la

nettement se contenter de constater que le jugement de première instance n'est pas déraisonnable dans l'appréciation qu'il a faite de la preuve et des faits du litige. Le motif très souvent invoqué est celui, d'ailleurs fort discutable, qui veut que le juge de la Cour supérieure ayant vu et entendu les témoins soit dans une meilleure position pour juger. Lorsque l'appel est donc basé sur des questions de faits, comme c'est bien souvent le cas en matière de responsabilité civile, la Cour d'appel se refusera à intervenir à moins d'erreur manifeste ou d'une mauvaise interprétation évidente des faits de la cause.⁵⁵

part du premier juge". (*Welsh v. Pouliot*, [1963] B.R. 775).

"D'autre part comme il s'agit, dans l'espèce d'une pure question de faits et que le défendeur n'a démontré aucune erreur de la part du premier juge, il n'y a pas lieu pour cette cour d'intervenir". (*Leblanc v. Charron*, [1964] B.R. 331).

"The Court of Appeal declares that it has been unable to find any clear error in the judgment a quo." (*Bergeron v. Nicolas*, [1964] B.R. 418).

"M. le juge Rinfret déclare qu'il s'agit essentiellement d'une question de faits, d'une question de crédibilité des témoins et qu'il n'est pas prêt à infirmer la décision du premier juge à moins de trouver dans le jugement une erreur flagrante, manifeste et évidente". (*Ravary v. Bouchard*, [1964] B.R. 517)

"Quant aux faits, il n'y a certainement pas lieu pour la Cour d'appel d'intervenir, car le premier juge qui a vu et entendu les témoins était plus en état, pour employer une expression consacrée, de les apprécier qu'un tribunal d'appel". (*Provencher v. Cloutier*, [1964] B.R. 733)

"Je ne puis voir en quoi le premier juge a pu errer manifestement en appréciant la preuve comme il l'a fait". (*Terres Noires Ltée v. Tellier*, [1964] B.R. 535, à la p. 538).

"While the Court of Appeal agrees that it is difficult to set aside the positive testimony of five witnesses, it is true that they were related or close friends and that one of them had instituted action against the defendant to recover damages for injuries sustained in the same accident. The trial judge had the advantage of hearing and seeing these witnesses and the court is not prepared to say he should have believed them". (*Lahaye v. Levinson Taxi Ltd.*, [1964] B.R. 615).

"Comme il s'agit uniquement d'une question d'appréciation des faits et de crédibilité des témoins, la règle à suivre est toute indiquée: cette cour ne saurait intervenir, sauf dans le cas d'erreur manifeste de la part du premier juge". (*Verdon v. Maceiro*, [1964] B.R. 616).

"Le premier juge a préféré la preuve du demandeur à celle des défendeurs; la Cour d'appel déclare qu'il n'a pas manifestement erré". (*Couture v. Pépin*, [1964] B.R. 631).

"This appeal involves nothing more than a review of the facts and of the trial judge's appreciation of the evidence. The Court of Appeal cannot find error of the type that could warrant its intervention". (*Emond v. Bélanger*, [1965] B.R. 147).

"Par l'étude du dossier, la Cour d'appel n'a pu se convaincre que le premier juge a commis une erreur manifeste dans son appréciation de la preuve et ne voit pas comment elle pouvait intervenir dans le jugement rendu (*Anderson v. Skolnik*, [1965] B.R. 311).

"The burden was upon Power to overcome the presumption and he has failed to demonstrate that the trial judge erred in finding that he had not done so". (*Power v. Menzies*, [1905] B.R. 318).

"Il s'agit d'une question de faits et il n'est pas démontré que le premier juge a commis une erreur manifeste". (*Quebec Power Co. v. Thibault*, [1965] B.R. 441).

⁵⁵ Voir par exemple: *Wash v. Pouliot*, *ibid.*; *Breton v. Gagnon*, [1963]

Peu à peu le rôle véritable de la Cour d'appel se transforme. Elle tend à s'ériger en une véritable *Cour de censure* du jugement de première instance et dans la pratique rend donc l'exercice du droit d'appel du justiciable souvent illusoire, si les motifs d'appel portent uniquement sur la mauvaise interprétation des faits par le tribunal inférieur.

Toutes ces embûches rencontrées par la jurisprudence québécoise lui donnent un caractère très spécial qui est loin d'être celui qu'elle joue normalement dans un pays de droit civil et qui n'est pas tout à fait encore celui rempli par la jurisprudence des pays de *common law*. Tout en reconnaissant que c'est à elle que nous devons la progression de notre droit, il serait peut-être temps de songer à remédier à certains de ses défauts avant que ceux-ci ne se trouvent trop ancrés dans les moeurs judiciaires.

Les déformations de la source jurisprudentielle, l'absence de doctrine, les carences législatives et notre système judiciaire anglo-saxon nous portent à penser que de plus en plus il n'existe entre notre système et celui du *common law* qu'une différence de degré dans la technique et dans la hiérarchie des sources de droit. Il reste à espérer, pour l'avenir du droit civil, que le nouveau Code civil et certaines réformes du système judiciaire parviennent à favoriser la véritable originalité du droit privé québécois.

Conclusion

Le Code civil du Québec n'a que cent ans et il faudrait se garder d'une trop grande sévérité à son égard. Maintenant que l'étape de la survie est passée, il serait bon qu'il soit réorienté à la lumière de l'expérience qu'il vient de vivre. Il serait temps également que les juristes civilistes procèdent eux aussi à un examen de conscience. La production doctrinale doit augmenter et trouver enfin la place qu'elle occupe dans d'autres pays comme la France, les Etats-Unis, l'Angleterre, l'Allemagne ou l'Italie. Il serait utile que l'on comprenne enfin qu'en cette matière, il ne nous est plus possible de nous offrir le luxe de sacrifier la culture juridique aux dépens de la simple technique juridique.

Il est nécessaire en second lieu que les civilistes songent à se débarrasser des catégories juridiques surannées, fruits de la tradition historique, qui limitent l'évolution du droit civil et empêchent la percée des idées nouvelles.⁶⁶ Pour ce faire, il nous apparaît in-

B.R. 967; *Blanchard v. Kolding*, [1964] R.R. 154; *Delangis v. Ferland*, [1964] B.R. 237; *Coutu v. Tellier*, [1964] B.R. 818; *Cité de Montréal v. Boyer*, [1965] B.R. 133; *Côté et Boivin v. Laplante*, [1965] B.R. 228.

⁶⁶ "Une loi sociologique bien curieuse veut que la vie juridique se

dispensable de faire appel à des méthodes nouvelles. Le droit civil ne doit plus être considéré comme une science à part mais doit s'ouvrir de nouvelles perspectives en tenant compte des développements des sciences humaines et plus particulièrement de la sociologie et de l'économique.

Il nous semble que le Québec, de par sa tradition, de par la jeunesse de ses institutions, de par également sa position privilégiée dans le contexte nord-américain a un rôle très important à jouer à cet égard.

Il faut souhaiter que lors du prochain centenaire du Code civil, les juristes du temps puissent dresser un bilan un peu plus positif de l'évolution de notre droit civil et que ce dernier se soit alors libéré de cet incontestable vieillissement prématuré dont il porte les stigmates aujourd'hui.

développe non pas à ciel ouvert, mais en se cachant sous des notions techniques qu'elle maintient tout en les vidant de leur contenu. Les concepts anciens qui n'ont plus qu'un caractère fictif sont comme la coque qui véhicule la vie tout en la protégeant. Quelles sont les raisons de ce recours perpétuel à ces mensonges techniques que sont les fictions? Il s'explique en partie par la paresse de l'esprit inventif de l'homme en face de la rapidité du mouvement de la vie économique et sociale". G. Morin, *op. cit.*, note 3, pp. 2 et 3.