Document generated on 07/11/2025 10:52 p.m.

Les Cahiers de droit

Le droit comparé dans la réforme du *Code civil du Québec* et sa première interprétation

Pierre-Gabriel Jobin

Volume 38, Number 3, 1997

URI: https://id.erudit.org/iderudit/043453ar
DOI: https://doi.org/10.7202/043453ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Jobin, P.-G. (1997). Le droit comparé dans la réforme du *Code civil du Québec* et sa première interprétation. *Les Cahiers de droit*, *38*(3), 477–501. https://doi.org/10.7202/043453ar

Article abstract

In case law and doctrine during the ten years preceding the reform of the *Civil Code of Québec*, comparative law had taken a few steps backwards when contrasted with earlier periods. Nonetheless, it did occupy a place of honour in the reform. Indeed, new legislative provisions often took inspiration from foreign law. The lion's share belonged to French law and other civil law jurisdictions, while common law systems, namely Ontario law, did play a non-negligible role. Projects promoting the uniformity of law in Canada and international agreements also played a role as sources of inspiration. Nevertheless and curiously at that, United States law only occupied a meager place, if one at all, as a source of new law. Comparative law has provided the legislator with the means for modernizing legislative thinking and harmonizing it with the other legal systems of the Western world, without loosing sight of preserving the integrity of Québec law.

Since J994, comparative law has experienced a fate far different in the interpretation of new law by the courts and authors. Its direct influence on case law has been virtually nil, except before the Supreme Court. As for doctrine, it has often called upon foreign legal concepts to assist in interpreting new provisions of the Civil Code, a trend which should pick up momentum as doctrine generates texts of increasing depth. As such, authors are invested with the significant responsibility to ensure the openness of Québec civil law to foreign sources.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1997

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Le droit comparé dans la réforme du *Code civil du Québec* et sa première interprétation

Pierre-Gabriel JOBIN*

Dans la jurisprudence et la doctrine des dix ou vingt années précédant la réforme du Code civil du Québec, *le droit comparé avait connu un certain recul par rapport aux décennies antérieures. Il reprit cependant une place d'honneur dans la réforme. Les dispositions de droit nouveau, en effet, sont souvent inspirées d'un droit étranger. La première part revient au droit français et à d'autres droits civils, mais les systèmes de common law, notamment le droit ontarien, ont joué un rôle non négligeable. Des projets d'uniformisation du droit au Canada et des conventions internationales ont aussi été mis à profit. Toutefois, et curieusement, le droit américain occupe une place presque dérisoire dans les sources du nouveau droit. Le droit comparé a apporté au législateur des outils pour moderniser le droit et l'harmoniser avec les systèmes juridiques du monde occidental, sans perdre de vue la préservation de l'intégrité du droit québécois.*

Depuis 1994, le droit comparé connaît une destinée fort différente dans l'interprétation du nouveau droit par les tribunaux et les auteurs. Son influence directe sur la jurisprudence est pratiquement nulle, sauf en Cour suprême. La doctrine, de son côté, fait souvent appel à des droits étrangers pour interpréter les nouvelles dispositions du Code civil ; ce phénomène devrait s'accentuer au fur et à mesure que la doctrine produira des textes plus approfondis. Les auteurs ont en ce sens une grande responsabilité, soit celle d'assurer l'ouverture du droit civil québécois aux sources étrangères.

* Professeur et membre de l'Institut de droit comparé, Université McGill, Montréal. L'auteur remercie son assistant de recherche, M. Robert Dufresne, pour sa contribution, ainsi que la Fondation Wainwright pour son appui financier.

***Les Cahiers de Droit*, vol. 38, n° 3, septembre 1997, pp. 477–501**

In case law and doctrine during the ten years preceding the reform of the Civil Code of Québec, *comparative law had taken a few steps backwards when contrasted with earlier periods. Nonetheless, it did occupy a place of honour in the reform. Indeed, new legislative provisions often took inspiration from foreign law. The lion's share belonged to French law and other civil law jurisdictions, while common law systems, namely Ontario law, did play a non-negligible role. Projects promoting the uniformity of law in Canada and international agreements also played a role as sources of inspiration. Nevertheless and curiously at that, United States law only occupied a meager place, if one at all, as a source of new law. Comparative law has provided the legislator with the means for modernizing legislative thinking and harmonizing it with the other legal systems of the Western world, without loosing sight of preserving the integrity of Québec law.*

Since 1994, comparative law has experienced a fate far different in the interpretation of new law by the courts and authors. Its direct influence on case law has been virtually nil, except before the Supreme Court. As for doctrine, it has often called upon foreign legal concepts to assist in interpreting new provisions of the Civil Code, a trend which should pick up momentum as doctrine generates texts of increasing depth. As such, authors are invested with the significant responsibility to ensure the openness of Québec civil law to foreign sources.

Pages

La réforme du *Code civil du Québec* 479

Le droit comparé à l'époque du *Code civil du Bas Canada* 481

1. L'influence du droit comparé sur le contenu du *Code civil du Québec* 486

1.1 Les *Commentaires du ministre* 486

1.2 L'ampleur de l'influence du droit comparé 488

1.3 Observations 489

2. L'influence du droit comparé sur l'interprétation du *Code civil du Québec* 491

2.1 L'ampleur de l'influence du droit comparé 491

2.2 Observations 493

Conclusion 497

Annexe 501

Depuis quelques années, les bibliothèques de droit, l'Académie internationale de droit comparé, l'Association Henri-Capitant et d'autres sociétés savantes actives sur le plan international ne sont plus les seules, ni peut-être même les principales, sources d'information sur les développements qui surviennent dans les droits étrangers. Les publications de droit comparé se multiplient. Ainsi, la *Revue européenne de droit privé* s'est ajoutée récemment à la *Revue internationale de droit comparé*, à l'*American Journal of Comparative Law* et à d'autres revues spécialisées. Fait encore plus marquant, les juristes d'un pays peuvent maintenant consulter des banques de données informatiques sur les lois, les règlements, la jurisprudence et la doctrine de pays, voisins ou éloignés, appartenant au même grand système de droit ou à un autre.

Il est plus facile que jamais pour un législateur, un juge, un avocat ou un auteur de doctrine de découvrir les institutions, les concepts et les règles des droits étrangers. Cette richesse de connaissances, peut-on penser, sera mise à profit pour résoudre les problèmes législatifs, judiciaires ou autres de leur propre droit national. C'est ainsi qu'il est tout à fait à propos d'examiner le rôle que le droit comparé a pu jouer dans la récente réforme du *Code civil du Québec*.

La réforme du *Code civil du Québec*

Un survol de l'historique du nouveau code québécois aidera à mieux saisir l'ensemble du phénomène. En 1978, l'Office de révision du Code civil déposait son imposant rapport sur la réforme de l'ensemble du Code[1]. Deux ans plus tard, le législateur instituait le *Code civil du Québec* et en adoptait un seul livre, celui qui porte sur le droit de la famille[2]. Le reste de la réforme, apparemment moins urgent, était remis à plus tard.

En 1987, le législateur faisait un autre pas : l'Assemblée nationale adoptait trois livres du nouveau code, en matière de droit des personnes, de droit des biens et de droit des successions[3] ; toutefois, pour des raisons de cohérence, le gouvernement retardait l'entrée en vigueur de cette partie jusqu'à celle du reste du Code. Enfin, en 1990, le gouvernement déposait à l'Assemblée nationale le projet de loi sur la totalité du *Code civil du Québec* ; les quatre réformes antérieures y étaient intégrées. La loi était adoptée en décembre 1991[4] ; elle entra en vigueur le 1er janvier 1994.

1. QUÉBEC, OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, Éditeur officiel, 1977 (ci-après cité : « *Rapport ORCC* »).
2. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.
3. *Loi portant réforme du Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, c. 18.
4. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après cité : « C.c.Q. »).

Le processus de réforme s'est étendu, en *crescendo*, sur plus de deux décennies. Au départ, en 1955, le législateur n'avait pas d'objectifs ambitieux et le gouvernement avait affecté des ressources humaines modestes à ce projet. On voulait simplement éliminer les imperfections du *Code civil du Bas Canada* et proposer quelques modifications de fond[5]. À partir de 1965, l'allure change. On crée l'Office de révision du Code civil et on lui donne un budget assez important et des ressources humaines plus considérables.

Les travaux de l'Office de révision se déroulent avec, comme toile de fond, la révolution tranquille des années 60. Des changements de valeurs dans la société québécoise s'accompagnent d'une évolution dans les modes de rapports entre les personnes de même qu'entre les personnes et les biens, spécialement en droit commercial. Aussi n'est-il pas étonnant que, à la fin de ce long exercice, trois grandes politiques dominent la réforme du Code civil[6].

Il s'agit d'abord du respect de la personne, qui se manifeste notamment dans les dispositions sur le consentement aux soins médicaux, celles sur la protection de la réputation et de la vie privée et celles sur l'indemnisation des victimes de défauts de sécurité des produits. Le deuxième thème majeur est l'équité et la bonne foi ; ses manifestations sont nombreuses : affirmation du principe de la bonne foi, règle générale sur les clauses pénales abusives, dispositions particulières pour les contrats d'adhésion et de consommation, par exemple concernant les clauses abusives, resserrement des conditions de réalisation d'une hypothèque et de certaines autres sûretés réelles. Enfin, la réforme a modernisé plusieurs institutions : c'est le cas par exemple du crédit-bail, de la fiducie, de l'hypothèque mobilière sans dépossession et de la publicité des droits.

Une lecture rapide de l'ancien et du nouveau codes laisse une impression trompeuse. En effet, aucun article du *Code civil du Bas Canada* ne se retrouve, tel quel, dans le *Code civil du Québec*. Tous les textes de celui-ci ont leur formulation propre, parfois une terminologie nouvelle. Toutefois, très souvent ce changement de forme ne se traduit pas en un changement de fond. La majorité des dispositions du *Code civil du Québec* ou bien reprennent en substance celles du *Code civil du Bas Canada* ou bien codifient des règles jurisprudentielles qui s'étaient développées à l'époque de l'ancien

5. S. NORMAND, « La première décennie des travaux consacrés à la révision du Code civil », (1994) 39 *R.D. McGill* 828, 830.

6. J. PINEAU, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », (1992) 71 *R. du B. can.* 423 ; P.-A. CRÉPEAU, Préface, *Rapport ORCC*, p. xxix ; P.-A. CRÉPEAU, « La réforme du Code civil du Québec », (1979) *R.I.D.C.* 269.

code. La proportion de règles vraiment nouvelles est certes moins considérable qu'il n'y paraît[7].

Réforme ou simple révision ? La réforme du Code civil ne se limite certes pas à une mise à jour du droit antérieur. Dans plusieurs matières, il est juste de parler d'une réforme, tant les changements apportés sont profonds. On peut citer les bouleversements opérés dans la fiducie, les priorités, ou privilèges, et l'hypothèque mobilière. Cependant, une telle affirmation paraît exagérée pour beaucoup d'autres matières où le droit a uniquement été « rajeuni »[8]. Quelle que soit la manière dont on la décrive — réforme ou révision —, la réforme du Code civil, chose certaine, ne marque pas une rupture avec le passé. Les institutions sont demeurées en place, enrichies de quelques nouveautés (telle la propriété superficiaire) et transformations (la fiducie, l'informatisation des registres de publicité des droits) ; les mêmes principes gouvernent le droit privé, parfois plus importants que naguère (la bonne foi) ; plus de la moitié des règles ont été conservées, comme il a été dit. Comparée à d'autres exercices semblables à travers le monde, la réforme québécoise peut être décrite comme une réforme dans la continuité.

Ainsi, la première tâche de la jurisprudence et de la doctrine est double. Il faut d'abord départager le droit nouveau de l'ancien. En même temps, les tribunaux et les auteurs doivent préciser le sens des règles nouvelles — une tâche qui retient l'attention spécialement dans la perspective du droit comparé.

Le droit comparé à l'époque du *Code civil du Bas Canada*

Il est maintenant bien connu que le droit québécois est un droit mixte[9]. Dès la codification de 1866, on reconnaissait deux grandes sources de droit. D'abord, certes, la grande majorité des règles du *Code civil du Bas Canada* reprenaient les nombreuses parties du Code Napoléon de 1804 qui, elles-mêmes, reflétaient le droit français antérieur à la conquête de la Nouvelle-France par l'Angleterre, en 1759 — ce que l'on appelle généralement

7. Un auteur avance que 70 p. 100 des règles du *Code civil du Bas Canada* demeurent inchangées quant au fond : J.-L. BAUDOUIN, « Quelques perspectives historiques et politiques sur le processus de codification », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec — Actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1991*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 13, à la page 18.
8. Voir : S. NORMAND, *loc. cit.*, note 5, 842. Voir également : P.-G. JOBIN, « Le nouveau Code civil québécois », (1993) *Rev. trim. dr. civ.* 910.
9. J.E.C. BRIERLEY et R.A. MACDONALD, *Quebec Civil Law, An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Edmond Montgomery, 1993, pp. 28, 34-35 et 68-69 ; M. TANCELIN, « How can a Legal System be a Mixed System ? », introduction à F.P. WALTON, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 2.

l'« ancien droit ». Dans une moindre mesure, le Code de 1866 consacrait aussi un certain droit local élaboré en Nouvelle-France depuis les débuts de la colonie. Par ailleurs, l'influence de la common law, plus précisément le droit de la Grande-Bretagne, peut facilement être retracée dans le *Code civil du Bas Canada* : les exemples classiques en sont la liberté de tester et les règles de preuve en matière commerciale.

Cette mixité du droit privé québécois ne s'est pas éteinte en même temps que l'ancien code, bien au contraire. Dans le Code civil de 1991, on retrace des origines tantôt de droit civil, tantôt de common law. Le droit civil occupe une large place par l'entremise des règles et institutions du *Code civil du Bas Canada* qui sont reprises dans le *Code civil du Québec* et qui, pour la grande majorité, appartiennent au droit civil. Pour les nouvelles règles adoptées en 1991, on verra que le législateur s'est inspiré assez souvent du droit français et d'autres droits civils. En ce qui concerne la common law, pour des raisons historiques évidentes, le législateur d'aujourd'hui a emprunté non plus tellement au droit de la Grande-Bretagne qu'à celui de l'Ontario, d'autres provinces canadiennes et parfois des États-Unis.

Assez naturellement, le caractère mixte du droit québécois se répercute dans la méthodologie du droit comparé au Québec[10]. D'une part, auteurs et juges pratiquent souvent le droit comparé à l'intérieur du même grand système de droit civil, spécialement avec le droit français. En se limitant au monde du droit civil, ils sont animés du souci de garder le droit québécois proche des autres droits civils et ainsi d'assurer son intégrité — un thème récurrent dans la littérature juridique québécoise. D'autre part, il se trouve des juges et parfois des auteurs qui s'inspirent non seulement du droit civil mais également de la common law. Ce deuxième courant reflète le désir d'harmoniser les solutions du droit québécois avec celles des autres provinces canadiennes et des États-Unis. Comme on le verra plus bas, ces deux conceptions de droit comparé au Québec ne sont pas sans créer certaines tensions.

Le droit comparé a toujours occupé une place importante au Québec. Un aperçu de la force d'attraction, respectivement du droit français et de la common law, dans l'interprétation du droit québécois dans les décennies précédant la réforme du Code civil permettra de mieux évaluer l'importance du droit comparé dans la réforme elle-même.

Le droit français, d'abord, a longtemps joui d'une position enviable. Dans une étude antérieure, nous avons eu l'occasion de faire quelques observations factuelles sur l'ampleur de l'influence du droit français dans la

10. H.P. GLENN, « Droit comparé et droit québécois », (1990) 24 *R.J.T.* 341, 348.

jurisprudence et la doctrine québécoises. On a pu constater en particulier que la doctrine française constituait la première source de droit comparé ; elle pouvait être considérée comme révélatrice d'une attitude plus générale à l'endroit du droit français[11]. Deux périodes méritent ici une attention particulière.

Durant les années 1940-1969, l'influence de la doctrine française au Québec atteint son apogée. Sur le plan de la jurisprudence, elle continue d'être utilisée assez souvent par les juges, quoiqu'un peu moins que dans la période 1900-1939. Ce qui retient surtout l'attention, c'est que la doctrine française, entre 1940 et 1969, devient la grande source d'inspiration pour les auteurs. Il n'est pas exagéré d'affirmer que la majorité de la doctrine québécoise voyait alors la doctrine française comme un phare pour l'interprétation et l'évolution du droit civil québécois ; elle s'en inspirait ouvertement et fréquemment.

La période 1970-1990 marque un certain déclin. Dans la jurisprudence, l'influence de la doctrine française devient nettement secondaire. De leur côté, les auteurs s'y référaient moins souvent que dans la période précédente, bien que la présence de la doctrine française demeurât encore significative[12].

Les années 70 apparaissent ainsi comme une période charnière. Dans une autre recherche, portant seulement sur les sources du droit dans les années 70, nous avons tenté d'apprécier l'influence de la doctrine et de la jurisprudence françaises. L'étude révèle d'abord que, dans les décisions des tribunaux, la jurisprudence et la doctrine françaises, prises ensemble, ont été citées nettement plus souvent que la jurisprudence et la doctrine de common law[13]. De ce point de vue, les années 70 s'inscrivent dans la

11. Malheureusement, les doctrines de droit civil suisse, belge et autres demeurent pratiquement ignorées.

12. Dans les *décisions jurisprudentielles* du Québec sur l'échantillon de sujets retenus pour cette étude, la doctrine française a été citée respectivement dans 42, 29 et 16 p. 100 des cas pour les périodes 1900-1939, 1940-1969 et 1970-1990 ; dans la *doctrine* québécoise, pour les mêmes périodes, la jurisprudence française a été citée dans 31, 37 et 20 p. 100 des cas. P.-G. JOBIN, « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : le rapprochement et l'éloignement de deux continents », dans H.P. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 91, aux pages 95-96 ; la recherche portait sur un échantillon de sujets.

13. La jurisprudence et la doctrine françaises, confondues, comptaient pour 36 p. 100 de toutes les citations *de jurisprudence et de doctrine*, dans la jurisprudence, venant juste derrière les citations de jurisprudence et doctrine québécoises, qui représentaient 40 p. 100 des cas, et loin derrière celles de jurisprudence et de doctrine de common law, qui constituaient 23 p. 100 des cas ; si l'on considère uniquement les auteurs sur lesquels s'appuient les juges, la *doctrine* citée était québécoise dans 74 p. 100 des cas, française

continuité des périodes 1900-1939 et 1940-1969. De plus, cette étude montre l'extraordinaire considération que les auteurs québécois ont portée à la doctrine française : les auteurs français, en effet, constituaient à cette époque la source doctrinale la plus fréquemment citée par les auteurs québécois, dépassant non seulement les auteurs de common law, mais même — et cela est remarquable — les auteurs québécois[14].

Les années 70 constituent toutefois la dernière époque de la prééminence de la doctrine française dans la littérature québécoise. Par la suite, son influence diminuera graduellement.

Quant à la place de la common law comme source de droit comparé, le moins que l'on puisse dire est qu'elle a connu un sort variable au cours du XX^e^ siècle. La fin du XIX^e^ et la première partie du XX^e^ siècles se caractérisent par un certain éclectisme des sources d'interprétation du Code civil. C'est avec une grande liberté que la jurisprudence puisait aussi bien dans la common law que dans le droit français et dans d'autres systèmes juridiques[15].

Au cours du XX^e^ siècle, l'attitude des tribunaux s'est modifiée sous la pression d'un nationalisme juridique militant[16], qui s'opposait à l'influence de la common law au nom de l'intégrité du droit québécois. Les juges ont eu de plus en plus d'hésitation à invoquer la common law, même pour interpréter une règle venant de ce droit ; en revanche, ils sont restés ouverts au droit comparé avec le droit français — le risque de « perversion » du droit québécois n'existant pas à l'égard d'une source de la même grande tradition juridique.

---

dans 18 p. 100 et de common law dans 8 p. 100 : 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 dans *Travaux de l'Association Henri Capitant — Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges (Journées italiennes de Florence)*, t. 31, Paris, Economica, 1980, p. 65, aux pages 77-78 et tableaux en annexe ; l'étude portait sur un échantillon de sujets.

14. Dans la *doctrine*, les citations d'auteurs français comptaient pour 74 p. 100 de toutes les autorités doctrinales, alors que les auteurs québécois ne comptaient que pour 18 p. 100, et ceux de common law, que pour 8 p. 100 ; P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 13, 77-78 et tableaux en annexe.

15. D. HOWES, « From Polyjurality to Monojurality : The Transformation of Québec Law, 1875-1929 », (1986-87) 32 *R.D. McGill* 523 ; H.P. GLENN, « Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec », dans *Le nouveau code civil — Interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 175, aux pages 180-182.

16. Voir : 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.

La fréquence des citations d'autorités, dans la jurisprudence au cours des années 70, est révélatrice à cet égard. Un relevé empirique démontre que, si l'influence de la common law reste non négligeable, elle est clairement inférieure à celle du droit civil. Durant cette période, comme on l'a dit, les citations de jurisprudence et de doctrine de common law dans les décisions des tribunaux sont devenues beaucoup moins fréquentes que celles de droit québécois ou de droit français[17]. La force d'attraction de la common law s'amenuise.

Cette tendance se poursuivra dans les années 80. Si bien que, à la veille de la réforme du Code civil, les risques de métissage du droit québécois par la common law sont beaucoup moins grands qu'au début du siècle[18].

Dans la réforme du Code civil, le tableau se modifie. D'abord, il est indéniable que le droit étranger, y compris la common law, a exercé une influence remarquable sur la réforme ; il suffit de feuilleter les *Commentaires du ministre de la Justice sur le Code civil du Québec*[19] pour constater qu'il est assez fréquent que la loi étrangère soit désignée comme la source d'une disposition du nouveau code civil. Cependant, il s'agit là seulement d'un aspect des choses. Une juste appréciation de l'ampleur de l'influence du droit comparé exige de faire certaines distinctions.

Les dispositions du *Code civil du Québec* qui ne font que reprendre le droit antérieur présentent un faible intérêt pour l'étude du droit comparé dans la réforme ; le rôle du droit comparé dans le droit du *Code civil du Bas Canada* étant un sujet bien connu maintenant, il serait exagéré de prétendre que, par l'intermédiaire de règles existantes et reprises dans le nouveau code, le législateur a fait œuvre de droit comparé. Par ailleurs, évaluer l'influence des droits étrangers à la fois sur les règles de droit antérieur qui sont reconduites et sur les nouvelles règles mènerait à sous-estimer cette influence dans le processus de réforme. C'est donc uniquement sur les règles vraiment nouvelles que l'on doit mesurer l'impact du droit comparé[20].

---

17. Pour les sujets retenus dans l'étude, la jurisprudence et la doctrine de common law comptaient pour 23 p. 100 de toutes les citations de jurisprudence et de doctrine dans les jugements, venant loin derrière la jurisprudence et la doctrine québécoises (40 p. 100) et françaises (34 p. 100). P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 13, 77-78 et tableaux en annexe.
18. J.-L. BAUDOUIN, « Réflexions sur le processus de recodification du Code civil », (1989) 30 *C. de D.* 817, 821.
19. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice [sur] le Code civil du Québec*, Québec, Les Publications du Québec, 1993 (ci-après cité : « *Commentaires du ministre* »].
20. D'après les *Commentaires du ministre*, assez souvent une disposition est inspirée de plus d'une source (par exemple, une source québécoise et une source française). Le processus législatif doit évidemment avoir toute la souplesse nécessaire pour puiser ici et là les divers éléments d'une disposition selon les besoins. Il en résulte une certaine

Une vue générale de la pénétration des droits étrangers dans les dispositions du *Code civil du Québec* révélera que le droit comparé fut mis à l'honneur dans la réforme (section 1).

Cependant, si le droit comparé a inspiré le législateur dans l'adoption de nombreuses dispositions du nouveau code, il n'en découle pas nécessairement qu'il inspire aussi les juges et les auteurs dans l'interprétation du nouveau droit. On ne peut exclure l'hypothèse que l'influence des droits étrangers s'arrête à la rédaction du Code, et que, par la suite, le droit québécois se coupe plus ou moins de ses sources. Il faut donc, en second lieu, essayer de déterminer la place occupée par le droit comparé dans l'interprétation même du *Code civil du Québec* par la jurisprudence et la doctrine. Cet exercice fera naître des inquiétudes sur l'avenir du droit comparé au Québec (section 2).

1. L'influence du droit comparé sur le contenu du *Code civil du Québec*

Les *Commentaires du ministre* constituent une source incontournable pour mesurer l'influence du droit comparé sur la conception des règles du *Code civil du Québec*. Ce document, de nature originale, fournit, entre autres, des indications sur les sources des dispositions du Code. Mais des doutes se sont élevés sur son exactitude. Peut-on vraiment s'y fier pour identifier les sources du droit issu de la réforme ? Il convient donc de faire quelques remarques préliminaires sur ce document, avant d'aborder le phénomène lui-même de l'influence du droit comparé sur la rédaction du nouveau code.

1.1 Les *Commentaires du ministre*

Les *Commentaires du ministre*, du moins à première vue, ont un riche contenu[21]. Pour chaque article du Code civil, on y trouve d'abord une paraphrase de la disposition. De plus, les *Commentaires* précisent si la règle reprend le droit antérieur, si elle codifie la jurisprudence antérieure ou encore s'il s'agit de droit nouveau. Ils mentionnent la ou les sources de la disposition — ce qui est évidemment d'un intérêt particulier pour notre propos. Parfois, les *Commentaires* énoncent des motifs d'ordre politique comme justification d'une règle, indiquent des liens à faire avec d'autres

---

imprécision dans la détermination des « règles inspirées du droit étranger » dans une étude comme la nôtre. Cependant, il ne s'agit pas de faire une analyse précise et rigoureuse, qui paraît d'ailleurs impossible en la matière ; notre propos est plutôt de présenter une vue d'ensemble. L'emploi de quelques statistiques ne doit pas tromper : il ne s'agit aucunement d'une œuvre réaliste, mais, au mieux, d'un petit tableau impressionniste.

21. L'attribution de ce document au ministre de la Justice est purement formelle, car les auteurs en sont plutôt des légistes du Ministère.

dispositions du Code et proposent même une interprétation de la règle considérée[22].

Hélas ! Ce document est affligé d'imprécisions, d'ambiguïtés, voire d'inexactitudes. Ainsi, non seulement l'interprétation d'un article donnée par les *Commentaires* prête parfois à controverse[23], mais il arrive que l'on y trouve des erreurs flagrantes soit dans la paraphrase de la disposition, qui est contraire au texte clair de celle-ci[24], soit dans l'indication que la disposition maintient le droit antérieur plutôt que de créer du droit nouveau[25], ou l'inverse. De plus, ce qui est présenté comme la source d'une disposition ne constitue pas toujours une source proprement dite ; il s'agit tantôt d'une véritable source, tantôt d'une analogie, ou simplement d'un point de départ de la réflexion[26]. Dans certains cas, plutôt rares il est vrai, la substance de la règle du Code est même contraire à celle de la source indiquée dans les *Commentaires*[27].

Ces faiblesses sont d'autant plus préoccupantes qu'elles risquent de se propager dans l'interprétation du Code par la jurisprudence et la doctrine ; il faut savoir en effet que les *Commentaires* ont été une source privilégiée d'inspiration pendant les premiers temps après l'entrée en vigueur du nouveau code, en raison de leur origine particulière et du fait qu'il y avait peu d'autres sources existantes[28].

---

22. Pour des exemples, voir : *Commentaires du ministre*, art. 1458 (interdiction de l'option entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle), 1465 (fait autonome du bien dans la responsabilité du fait des biens) et 1525 (notion d'acte pour les fins d'une entreprise).
23. Pour des exemples, voir : *Commentaires du ministre*, art. 1468 (application exclusive du régime contractuel entre le fabricant d'un produit dangereux et le sous-acquéreur) et 1604 (cas où la victime d'une faute contractuelle a droit à la réduction de l'obligation).
24. Pour un exemple, voir : *Commentaires du ministre*, art. 1895 (droit du locataire d'une habitation à la résiliation du bail quand le locateur ne lui remet pas certains documents lors de la conclusion du bail).
25. Pour un exemple, voir : *Commentaires du ministre*, art. 1865 (versement d'une indemnité au locataire lors de réparations urgentes et nécessaires).
26. D. JUTRAS, « Le ministre et le Code — Essais sur les Commentaires », dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 451, aux pages 475 et suivantes.
27. Pour un exemple, voir : *Commentaires du ministre*, art. 1405 : le Projet de Code civil, de l'Office de révision, est indiqué comme source alors que la disposition recommandée par l'Office — la lésion est un motif général de nullité des contrats — est exactement à l'opposé de celle adoptée par le législateur — la lésion n'est un motif de nullité que dans les cas expressément prévus par la loi.
28. D. JUTRAS, *loc. cit.*, note 26, 468 et suiv. Comparés au *Rapport ORCC*, les *Commentaires du ministre* présentent un contraste qui ne leur est pas favorable : le premier est un document fiable, fruit d'un travail scientifique rigoureux.

C'est donc avec prudence qu'il faut aborder les *Commentaires*. Leur autorité pour l'interprétation du Code civil a fait l'objet de certaines hésitations. Malgré leur origine — le ministère de la Justice —, les *Commentaires* ne devaient-ils donc pas être ramenés au niveau d'une œuvre de doctrine[29] ? Les tribunaux devaient tôt ou tard être amenés à trancher cette question. En fait, c'est l'une des toutes premières sur lesquelles s'est prononcé le plus haut tribunal à propos de la réforme du Code civil.

La Cour suprême du Canada a décidé que les *Commentaires du ministre* n'ont certainement aucune valeur contraignante sur les tribunaux. Elle a jugé, cependant, qu'ils sont admissibles en cour pour élucider une difficulté d'interprétation qui ne peut pas être résolue par l'analyse du Code lui-même. La Cour, fort pertinemment, a précisé que le poids des *Commentaires*, ou leur force persuasive, pourra varier d'un cas àl'autre[30].

À défaut d'instrument plus précis[31], les *Commentaires du ministre* serviront ici à établir les sources du droit étranger en général. Notre propos se borne à présenter une vue d'ensemble des sources du droit nouveau. La marge d'erreur des *Commentaires* n'est tout de même pas si grande qu'elle compromette une entreprise de ce genre.

1.2 L'ampleur de l'influence du droit comparé

L'une des meilleures manières d'évaluer l'ampleur de l'influence du droit comparé sur la réforme du Code civil est d'observer la fréquence des cas où le législateur s'est inspiré du droit étranger. Nous avons ici l'avantage de bénéficier de l'étude empirique considérable faite par monsieur Glenn, qui a procédé à un relevé détaillé de chaque occurrence où le ministre de la Justice déclare que la source d'une disposition est extérieure au droit québécois et a noté chacune de ces sources[32]. Le regroupement de ces

29. Voir : C. MASSE, « Le recours aux travaux préparatoires dans l'interprétation du nouveau Code civil du Québec », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application — Les Journées Maximilien-Caron — 1992*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 149, à la page 159 ; A.-F. BISSON, « Nouveau Code civil et jalons pour l'interprétation : traditions et transitions », (1992) *R.D.U.S.* 1.

30. *Doré* c. *Verdun (Ville de)*, J.E. 97-1443 (C.S.C.).

31. Nous ne disposons pas non plus des ressources humaines considérables qui seraient nécessaires pour vérifier par le détail les sources des 3 168 articles du *Code civil du Québec*.

32. H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 15, 189 et 197-222 ; cet auteur s'est fié aux *Commentaires du ministre* pour faire cet exercice. De plus, dans les cas où ces derniers indiquent comme source le *Rapport ORCC*, et que la disposition de ce rapport est elle-même expressément inspirée d'un droit étranger, la disposition du Code civil a, logiquement, été considérée comme inspirée du droit étranger.

observations selon les livres du Code civil permet d'obtenir une appréciation globale pour chaque grand domaine du droit.

En fait, l'ampleur de l'influence étrangère varie considérablement d'un domaine à l'autre. Parfois, il s'agit d'une très forte influence. Il en est ainsi dans le droit international privé, dans lequel 84 p. 100 des dispositions du Code civil sont inspirées d'un droit étranger. Il s'agit surtout de la loi suisse sur le droit international privé et de diverses conventions de La Haye sur le droit international privé. On note aussi divers rapports de la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada, qui occupent une place importante. Dans le droit de la preuve, l'influence du droit étranger peut également être qualifiée de très forte : il s'agit principalement du droit français et du projet canadien de loi uniforme de la preuve et, à l'occasion, de lois des autres provinces canadiennes[33].

Dans d'autres domaines, le rôle du droit comparé est notable, quoique certes moins important. Il faut ici mentionner d'abord le droit des obligations, composé de la théorie générale des obligations et des contrats nommés. Les sources en sont très diversifiées. Le plus souvent, elles appartiennent au grand système de droit civil : le code civil éthiopien, le droit français, y compris la loi française de 1966 sur les assurances, et de nombreux autres droits sont du nombre. On relève aussi des lois particulières, comme la loi canadienne sur le transport de marchandises par eau dans le contrat de transport maritime de biens. Une influence notable du droit comparé peut être observée également dans le droit des successions et dans le droit des biens[34].

Enfin, dans tous les autres domaines qui font l'objet du Code civil, l'influence du droit comparé n'est que faible[35].

1.3 Observations

Ce relevé empirique suscite quelques observations. On se rappellera que, lors de la conception du nouveau code dans les officines gouvernementales durant les années 80, le droit comparé, en jurisprudence et en doctrine québécoises, était plutôt en perte de vitesse. Or voici que la réforme du Code civil est marquée par un heureux regain du droit comparé, sur le plan

33. Au total, 67 p. 100 des dispositions du livre du C.c.Q. sur la preuve sont inspirées de sources étrangères.
34. La proportion de dispositions inspirées du droit étranger est respectivement de 25 p. 100 dans le droit des obligations et de 17 p. 100 à la fois dans le droit des successions et dans le droit des biens.
35. Dans les autres livres du Code civil, l'influence du droit étranger varie de 11 p. 100, dans le droit des personnes, à 2 p. 100, dans le droit de la famille.

législatif. Ce phénomène est attribuable en partie à l'exemple donné par l'Office de révision du Code civil, qui avait largement puisé dans les droits étrangers ; il aurait été gênant pour les légistes du gouvernement de faire marche arrière et de s'enfermer dans une perspective strictement québécoise ou canadienne.

Les droits étrangers appartenant au grand système de droit civil dominent la sphère d'influence : ce sont principalement le droit français et le droit éthiopien. Il est permis de penser que la sauvegarde de l'intégrité du droit civil québécois, qui fut jadis un sujet de graves inquiétudes pour les juristes du Québec[36], a influé sur cette préférence du législateur pour des modèles de droit civil. Bien qu'elle ne fasse plus l'objet de vibrants réquisitoires comme autrefois, l'intégrité du droit privé québécois demeure certes une préoccupation de nombreux auteurs contemporains[37].

La politique d'harmoniser le nouveau droit québécois avec le droit des autres provinces canadiennes est claire, spécialement dans quelques domaines comme le droit international privé, le transport de marchandises et la preuve. Il est indéniable que la common law y a exercé une influence significative.

La recherche menée par monsieur Glenn démontre un important phénomène de diversification des sources. En effet, on compte des références à près de 20 droits civils différents, en plus de celles faites à la common law et à de nombreux documents internationaux. À cet égard, l'exercice législatif de 1991 apparaît comme fort différent de celui de 1866 : dans le *Code civil du Bas Canada*, en effet, les sources de droit comparé se limitaient au droit français — si l'on peut considérer le droit français, à cette époque, comme vraiment extérieur au droit du Bas-Canada — ainsi qu'à la common law de la Grande-Bretagne. Par ailleurs, l'importance accordée aux conventions internationales favorise spécialement le développement d'un ordre juridique international et l'harmonisation du droit.

Enfin, on doit souligner avec vigueur l'influence négligeable du droit américain sur la réforme du Code civil. En effet, parmi les diverses sources du grand système de common law, qui elles-mêmes, on vient de le voir, sont secondaires par rapport à celles de la tradition de droit civil, le droit américain occupe sans aucun doute le dernier rang. On en relève quelques traces, spécialement de l'*Uniform Commercial Code*, dans le droit de la vente, celui

36. Voir : S. NORMAND, *loc. cit.*, note 16.

37. Pour un exemple, voir : P.-A. CRÉPEAU, « Les lendemains de la réforme du Code civil », (1981) 59 *R. du B. can.* 625, 631 et suiv. ; J.-L. BAUDOUIN, « Le Code civil du Québec : crise de croissance ou crise de vieillesse », (1966) 44 *R. du B. can.* 391, 412.

des priorités et des hypothèques, et dans le droit international privé concernant les priorités et les hypothèques[38].

Cette toute petite place faite au droit américain est d'autant plus étonnante que le Québec entretient avec ce pays des relations commerciales d'une ampleur considérable ; après l'Ontario, il s'agit du marché extérieur le plus important pour le Québec, grâce en partie à l'Accord de libre échange nord-américain (ALENA). Ces relations commerciales sont aussi favorisées, faut-il le rappeler, par la proximité géographique — la frontière américaine est à une heure d'automobile de Montréal. Ainsi, l'harmonisation des droits s'est principalement construite dans l'axe est-ouest, vers l'Ontario et vers l'Europe, plutôt que dans l'axe nord-sud, c'est-à-dire vers les États-Unis. Il faut admettre cependant que le droit américain exerce une influence indirecte sur le droit québécois dans la mesure où la réforme du Code civil a été inspirée du droit de l'Ontario et où celui-ci est lui-même moulé sur le droit américain, spécialement en droit commercial.

Incontestablement, le droit comparé a joué un rôle significatif dans la rédaction du *Code civil du Québec*. Mais ce nouveau droit doit maintenant vivre. Il convient de s'interroger sur le sort fait au droit comparé par la jurisprudence et la doctrine actuelles dans leur mission d'interprétation des nouvelles dispositions.

2. L'influence du droit comparé sur l'interprétation du *Code civil du Québec*

2.1 L'ampleur de l'influence du droit comparé

L'observation de la fréquence des cas où les juges et les auteurs se sont inspirés du droit étranger pour interpréter le nouveau droit québécois permet d'évaluer l'ampleur de l'influence du droit comparé dans ce processus d'interprétation. Une étude a donc été faite des occurrences des citations de droit étranger dans les jugements, les articles et les ouvrages[39].

Le choix des sujets retenus pour une telle recherche n'est jamais exempt d'un certain arbitraire. Nous avons néanmoins essayé de déterminer l'objet de l'étude de la façon la plus révélatrice possible, compte tenu des ressources humaines disponibles. Dans tous les sujets retenus ici, le législateur, selon les *Commentaires du ministre*, s'est inspiré du droit étranger dans la réforme ; dans certains cas, il s'agit de règles de droit

38. Parmi toutes les dispositions inspirées de la common law dans l'ensemble du *Code civil du Québec*, seulement 4 p. 100 sont fondées, en tout ou en partie, sur le droit américain.

39. La recherche porte sur la jurisprudence à partir de 1994 jusqu'au milieu de 1997 et sur les ouvrages et articles de doctrine parus à la même époque.

nouveau ; dans d'autres, il s'agit de règles préexistantes mais plus ou moins modifiées par la réforme. Le choix des sujets a aussi été dicté par le souci de refléter la diversité des sources étrangères dans la rédaction du Code, laquelle a été soulignée plus haut.

La recherche a porté sur les jugements, les articles et les livres concernant les sujets suivants : la survie de l'obligation alimentaire et la copropriété par indivision, pour lesquelles la réforme a été inspirée du droit français[40] ; la responsabilité du fabricant, où l'on retrouve plusieurs traces de la directive de l'Union européenne sur le sujet[41] ; le contrat de travail ainsi que la protection du fonds d'autrui et l'accès à celui-ci, pour lesquels la réforme a été inspirée des droits suisse et éthiopien et, pour le second sujet, également du droit allemand[42] ; la protection de la vie privée, la fiducie, la vente d'entreprise et l'hypothèque mobilière sans dépossession, pour lesquelles la réforme est basée sur la common law[43] ; enfin, le droit international privé, qui est fondé en grande partie, comme on l'a vu, sur le droit suisse et sur des documents internationaux[44].

En ce qui concerne la jurisprudence, le résultat de la recherche est frappant, sinon navrant : seulement 6 décisions, sur un total de 162 pour l'ensemble des sujets, ont cité des sources étrangères. Il s'agit de décisions en matière de protection de la vie privée, de copropriété par indivision, de fiducie, de responsabilité du fabricant et de vente d'entreprise. Dans les autres matières faisant l'objet de l'étude, on ne relève pas une seule référence à un droit étranger dans la jurisprudence. Avec un taux de citation du droit étranger de 3,7 p. 100, le droit comparé ne peut aucunement prétendre exercer encore un rôle dans la jurisprudence.

La doctrine, par contre, offre une image consolante. Le tableau en annexe montre en effet que 54 p. 100 des livres et articles de doctrine font appel au droit comparé pour interpréter le nouveau droit québécois.

Certes, l'utilisation du droit étranger par les auteurs est généralement ponctuelle ; on peut dire que certaines comparaisons sont superficielles et peu développées. En revanche, l'examen du droit étranger est certainement

40. Art. 689, 691, 692, 695 et 696 C.c.Q. pour la survie de l'obligation alimentaire et art. 1013, 1016, 1018, 1020, 1022, 1024, 1027, 1028, 1030-1033 et 1035 C.c.Q. pour la copropriété en indivision.
41. Art. 1468, 1469 et 1473 C.c.Q.
42. Art. 2087-2090 et 2095 C.c.Q. pour le contrat de travail et art. 987-991 C.c.Q. pour la protection du fonds d'autrui et l'accès à celui-ci.
43. Art. 35 et 36 C.c.Q. pour la protection de la vie privée, art. 1260, 1266, 1270, 1273, 1278, 1284, 1287, 1288 et 1295 C.c.Q. pour la fiducie, art. 1768, 1773 et 1774 C.c.Q. pour la vente d'entreprise et art. 2665 C.c.Q pour l'hypothèque mobilière sans dépossession.
44. Art. 3076-3168 C.c.Q.

plus poussé dans certaines matières ; il en est ainsi notamment dans la fiducie, en raison de la difficulté des nouveaux concepts introduits dans cette matière par la réforme et de la relative nouveauté en droit civil de cette institution née dans la common law[45]. Quoi qu'il en soit, le droit comparé occupe une place indiscutable dans la doctrine. Nous y reviendrons.

On notera avec satisfaction que parfois les sources étrangères citées dans la doctrine ne sont pas celles que le ministre de la Justice a indiquées dans les *Commentaires* comme étant la source d'une disposition[46]. Il est sain que la doctrine prenne ses distances par rapport à la version officielle du ministère de la Justice, sans toutefois perdre de vue les sources que le législateur avait à l'esprit.

Enfin, comme il a été dit, dans les sujets retenus pour cette recherche, il s'agit de droit nouveau ou de modification du droit antérieur. Si l'étude avait porté également sur des sujets pour lesquels le droit antérieur n'a pas été modifié par la réforme du Code civil, il est hautement probable que le recours au droit comparé aurait été faible, voire insignifiant, surtout dans les décisions de jurisprudence. Certes la doctrine pratique le droit comparé pour des questions controversées ou toutes nouvelles, ou dans des études spécialisées. Cependant, il faut souligner que dans l'ensemble, sur la majorité des sujets, la jurisprudence et la doctrine, aujourd'hui, sont assez développées pour que les juges et même la majorité des auteurs sentent peu le besoin de retourner au droit étranger. C'est le phénomène dit de la « maturité » du droit québécois[47], dont nous nous limiterons ici à signaler l'existence.

2.2 Observations

Il est impossible de nier le contraste frappant entre les travaux législatifs et la doctrine, d'un côté, et la jurisprudence, de l'autre. Le droit comparé, présent et parfois même vigoureux dans les premiers, est maintenant absent

45. Voir : J.E.C. BRIERLEY, « Regard sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », (1995) *R.I.D.C.* 33. Également : S. NORMAND, « La fiducie du Code civil : un sujet d'affrontement dans la communauté juridique québécoise », (1990) 31 *C. de D.* 681 ; M. CANTIN CUMYN, « L'origine de la fiducie québécoise », dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 199.

46. Par exemple en matière de protection de la vie privée, alors que les *Commentaires du ministre* indiquent la common law canadienne comme source, la doctrine fait une comparaison avec le droit français ou le droit américain : D. GOUBAU et É. DELEURY, *Le droit des personnes physiques*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, nos 128 et suiv., pp. 153 et suiv. ; M. MICHAUD, *Le droit au respect de la vie privée dans le contexte médiatique : de Warren et Brandeis à l'inforoute*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, p. 72.

47. J.-L. BAUDOUIN, « Conférence de clôture », (1990) 24 *R.J.T.* 618, 620.

de la jurisprudence, alors que pourtant il pourrait encore lui être d'un grand secours pour l'interprétation et l'évolution du nouveau droit.

Après pas même quatre ans de jurisprudence depuis la réforme, il est trop tôt pour tirer des conclusions définitives sur la place qu'accordent les tribunaux au droit comparé. On constate que, pour l'instant, ils ne manifestent aucun intérêt à explorer les droits étrangers, même quand ceux-ci figurent dans les *Commentaires du ministre* comme la source précise d'une disposition du Code civil. À l'exception notable de la Cour suprême du Canada, l'avenir du droit comparé dans la jurisprudence semble donc bien sombre. Risque-t-il de disparaître ? Les juges, privés de l'éclairage du droit comparé, adopteront-ils une approche exégétique et étroite dans l'interprétation du Code civil ?

Avant de conclure que le droit comparé est condamné à l'extinction dans la jurisprudence québécoise, il convient peut-être de se rappeler que l'adoption d'un nouveau code civil est suivie d'une période dominée par l'exégèse. La première nécessité, en effet, est de comprendre l'intention du législateur dans les nouvelles dispositions. Pendant une décennie, peut-être plus, peut-être moins, il est compréhensible que les efforts ne portent guère sur le droit comparé, car il faut plutôt déterminer, pour chaque règle, s'il y a continuité ou rupture entre l'ancien et le nouveau droit, saisir avec une certaine précision le détail et l'ensemble du nouveau code. C'est là un phénomène normal pour toute codification ou toute réforme majeure du droit[48].

On se rappellera en particulier que le législateur québécois, dans la réforme, a changé la formulation de toutes les dispositions, très nombreuses, où la substance de droit n'est pas modifiée par la réforme. On sait aussi que les *Commentaires du ministre* sont une source d'information certes utile, mais pas toujours exacte, tant s'en faut. La tâche des tribunaux québécois, de distinguer ce qui est droit nouveau et droit antérieur, en est rendue plus délicate et plus lourde[49].

On peut penser que, une fois franchie la première étape, les tribunaux, comme d'ailleurs la doctrine, devront prendre leurs distances par rapport à leur première lecture du Code. Pour faire évoluer le droit, les juges explore-

48. A. POPOVICI, « Repenser le droit civil : un nouveau défi pour la doctrine québécoise », (1995) 29 *R.J.T.* 546, 561-563 ; voir généralement : P. RÉMY, « Éloge de l'exégèse », (1982) *R.R.J.* 254.

49. Par exemple, la garantie contre les vices cachés a été remplacée par une garantie de « qualité » dans la vente et par une garantie d'« aptitude » du bien à son usage dans le louage : s'il y a continuité entre l'ancien et le nouveau droits en ce qui concerne la vente, cela est moins certain en matière de louage. Art. 1522 et suiv. et 1606 C.c.B.C. et art. 1726 et suiv. et 1854 C.c.Q.

ront de nouvelles avenues et tenteront de donner plus ou moins d'ampleur et d'élasticité à certains concepts et à certaines règles. Alors, le droit comparé, tel qu'on l'a connu dans la jurisprudence des années 50 et 60, ne pourrait-il pas fleurir à nouveau ? La désaffection actuelle des juges pour le droit comparé aurait une explication épistémologique. Elle serait simplement temporaire.

Toutefois, ce serait là oublier un phénomène qui n'existait pas dans ces « belles années ». La société et les pouvoirs publics exercent aujourd'hui de fortes pressions pour que justice soit rendue le plus vite possible ; les juges sont donc souvent surchargés de travail. Mais une justice rapide, sinon expéditive, a un prix. Cette nouvelle façon d'exercer le pouvoir judiciaire entraîne de nombreuses conséquences fâcheuses. L'une d'elles est que les juges ne disposent plus du temps nécessaire pour effectuer des recherches de droit comparé.

Ainsi, à notre avis, la tendance observée depuis deux décennies devrait se maintenir : le déclin du droit comparé dans la jurisprudence va se poursuivre. On ne peut échapper au sentiment que le droit comparé est mort, du moins dans les tribunaux de première instance. En Cour d'appel, son avenir est incertain. Seule la Cour suprême lui accordera une place significative.

Cela étant, on se demandera si la jurisprudence québécoise ne va pas verser dans une exégèse étroite.

À ce sujet, une comparaison entre les deux codes permet d'entretenir des inquiétudes. Le *Code civil du Bas Canada* ne prétendait aucunement abolir tout le droit antérieur à 1866. En effet, il laissait subsister celui-ci de façon subsidiaire par rapport aux nouvelles règles promulguées[50].

Le législateur du XIX^e^ siècle était donc animé du désir de maintenir des liens avec le passé. Au contraire, le législateur de 1991 donne l'impression que le nouveau code est un instrument autonome et complet par lui-même. Sur le plan formel, le *Code civil du Québec* ne laisse pas subsister le droit antérieur, mais il « remplace » globalement le *Code civil du Bas Canada*[51]. En dehors des cas — certes nombreux — où une règle antérieure est reprise en substance dans une nouvelle disposition, l'interprète du nouveau code ne serait donc pas justifié d'utiliser l'éclairage du droit antérieur : il devrait

50. Art. 2712 C.c.B.C. : « Les lois en force, lors de la mise en force de ce code, sont abrogées dans les cas :
Où il contient une disposition qui a expressément ou implicitement cet effet ;
Où elles sont contraires ou incompatibles avec quelques dispositions qu'il contient ;
Où il contient une disposition expresse sur le sujet particulier de telles lois. »

51. Dispositions finales du C.c.Q. : « Le présent code remplace le Code civil du Bas Canada [...]. »

chercher la solution à une difficulté d'interprétation seulement dans le cadre du nouveau code.

Il existe donc un certain risque que les juges interprètent le nouveau code civil en vase clos, sans faire de lien avec le droit antérieur ou avec des sources étrangères. Ce faisant, ils risquent de tomber dans une exégèse étroite et il n'y aurait alors qu'un pas à franchir pour atteindre l'hermétisme. Celui-ci serait une nouvelle manifestation d'un nationalisme juridique que le Québec a d'ailleurs connu au début du XX^e^ siècle, courant ayant eu Mignault comme chef de file[52]. Effectivement, les très rares références au droit comparé que font présentement les tribunaux dans l'interprétation du nouveau droit donnent l'impression qu'ils s'enferment plus ou moins dans une approche purement québécoise.

À supposer que cette impression soit juste, ce phénomène est cependant atténué sensiblement de deux manières[53].

D'abord, comme il a été dit, on ne peut certes pas accuser la Cour suprême du Canada d'hermétisme dans l'interprétation du *Code civil du Bas Canada*. Si le plus haut tribunal canadien continue de s'intéresser grandement au droit comparé, cela s'explique peut-être par le fait que ses juges ont un sens élevé de leur mission d'orienter le droit et qu'ils disposent de ressources humaines importantes pour les assister[54]. Quoi qu'il en soit, il est à prévoir que la Cour suprême conservera cette même méthode pour l'interprétation du *Code civil du Québec* quand viendra l'heure.

Deuxièmement, et de façon plus importante, la doctrine contemporaine, pour sa part, ne donne pas de signe d'hermétisme, comme on l'a vu. Il est permis de penser que, d'ici quelques années, elle accordera une place encore plus grande au droit comparé, car les premières publications qui suivent une réforme ne sont habituellement pas les plus approfondies, étant donné l'urgence de présenter une première analyse du nouveau droit. On

---

52. J.E.C. BRIERLEY, « The Renewal of Quebec's Distinct Legal Culture : The New Civil Code of Québec », (1992) 42 *U.T.L.J.* 484, 498-499. Voir par exemple : P.-B. MIGNAULT, « L'avenir de notre droit civil », (1923) 1 *R. du D.* 104 ; P.-B. MIGNAULT, « Le Code civil de la Province de Québec et son interprétation », (1935) 1 *U.T.L.J.* 104. Rappelons que Mignault fut professeur à l'Université McGill, puis juge à la Cour suprême et, tout au long de sa carrière, un auteur prolifique.

53. Nous laissons de côté ici la jurisprudence sur les nombreuses dispositions du *Code civil du Québec* qui reprennent en substance celles de l'ancien code et pour l'interprétation desquelles les juges puisent abondamment, et à juste titre, dans le droit du *Code civil du Bas Canada*. Notre propos concerne l'interprétation du nouveau droit, comme il a été dit.

54. À l'instar des juges de la Cour suprême des États-Unis, chacun dispose de quelques « secrétaires juridiques » (*law clerks*), recrutés parmi les plus brillants finissants des facultés de droit à travers le Canada.

peut donc prévoir un recours plus fréquent et plus approfondi au droit comparé dans la doctrine des années à venir.

Or il faut souligner ici cette particularité de la jurisprudence québécoise de citer souvent la doctrine du Québec à l'appui de ses motifs. Pour résoudre des difficultés d'interprétation, les juges adoptent assez fréquemment les positions prises par les auteurs, spécialement en cette période de défrichage où il y a peu de précédents judiciaires, quand il y en a. Il en résulte que, par l'entremise de la doctrine, le droit étranger, en fait, exerce et continuera d'exercer une influence certaine sur la jurisprudence.

Ainsi, la désaffection des juges pour le droit comparé serait moins grave qu'il n'y paraît à première vue — dans la mesure évidemment où la doctrine s'acquittera bien de sa mission de proposer une interprétation approfondie du nouveau droit, notamment à la lumière des sources étrangères. Est-il besoin de dire que la responsabilité de la doctrine à cet égard devient encore plus grande puisqu'elle sera la seule voie par laquelle le droit comparé pourra exercer une influence sur l'évolution du droit québécois ?

Conclusion

La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* doit être mise en évidence[55]. Le législateur y admet que le Code ne prétend pas être complet et qu'il ne saurait être perçu comme un instrument refermé sur lui-même. Il affirme que le droit n'est pas nécessairement formulé explicitement dans le Code. Il reconnaît enfin l'existence de valeurs et de préceptes généraux qui ne sont pas forcément énoncés dans le Code et qui transcendent l'exposé du droit positif. Cette disposition fondamentale manifeste donc le rejet, par le législateur lui-même, d'une interprétation hermétique et étroite ; elle consacre également le rôle créateur de la jurisprudence[56].

La disposition préliminaire, en fait, vient confirmer ce que pensaient et faisaient la majorité des juges et des auteurs : la jurisprudence et la doctrine peuvent se référer à des principes de droit pour interpréter, ou « réinterpréter », une disposition du Code, ou encore pour établir une règle qui n'y

55. Disposition préliminaire du C.c.Q. : « Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens. Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger. »

56. A.-F. BISSON, « Dualité de systèmes et codification civiliste », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec. Actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 39.

est pas prévue. Or le droit comparé apparaît comme une méthode tout indiquée pour cet exercice. Ces principes, parfois, peuvent en effet avoir été établis déjà dans des droits étrangers : leur identification, l'observation de leurs conséquences juridiques de même que l'évaluation de leurs avantages et inconvénients permettent aux juristes du Québec de s'en inspirer. La disposition préliminaire renforce donc le rôle et la légitimité du droit comparé au Québec[57].

Il est à prévoir qu'au Québec, comme ailleurs, on assistera à une accélération du droit comparé. Le droit québécois sera incité à s'ouvrir de plus en plus aux autres droits et ne pourra pas rester indifférent à certains phénomènes contemporains puissants[58]. On peut rappeler ici la facilité avec laquelle circulent les idées, les institutions, les concepts et les règles juridiques d'un pays à l'autre grâce à Internet et à d'autres moyens modernes de communication, qui s'ajoutent aux moyens traditionnels tels que les congrès internationaux. On peut citer aussi ce mouvement international d'harmonisation des droits, voire d'unification, que l'on observe par exemple dans les travaux de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT)[59] ; les nombreuses directives de la Commission de l'Union européenne en sont une autre illustration.

La première source étrangère qui vient à l'esprit pour interpréter le *Code civil du Québec* est le droit français, car il appartient à la même tradition de droit civil. Toutefois, rien n'exclut, dans la disposition préliminaire du Code civil, que la common law puisse être consultée dans certains cas, spécialement s'il s'agit d'interpréter une règle inspirée de ce système de droit. À ce sujet, il faut noter deux tendances, plus ou moins opposées, que l'on discerne à l'intérieur de la doctrine québécoise sur la portée du droit comparé au Québec.

Selon une école de pensée, les juristes québécois devraient aller puiser leur inspiration dans un éventail aussi large que possible de droits étrangers. On préconise la plus grande circulation possible des institutions, des concepts et des règles d'un droit à l'autre, dans le but d'assurer le plein épanouissement du droit national, spécialement à propos d'un code civil en raison de son rôle fondamental. D'après cette conception du droit comparé, il faut introduire dans le droit national la solution qui paraît préférable du

57. J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 52, 500-501.
58. H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 16.
59. M.J. BONELL, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, UNIDROIT, 1994.

point de vue social, économique ou autre. Tous les droits étrangers sont placés sur un pied d'égalité. L'accent est mis sur la totale liberté de choix ; la compatibilité et l'harmonisation d'une solution étrangère avec le droit national ne reçoivent guère d'attention. À long terme, on parviendrait ainsi à une certaine uniformisation du droit à travers le monde, coexistant avec des particularités de chaque droit national. Poussée jusqu'au bout, cette vision conduit à affirmer que la distinction entre le droit national et les droits étrangers est en déclin : ses tenants en viennent à prédire que le droit comparé risque même de disparaître comme discipline[60].

L'autre école de pensée est plus sensible à l'autonomie du droit national. Elle préconise une utilisation du droit comparé qui respecte l'intégrité du droit québécois. Le droit comparé est certes valorisé pour rechercher la solution à un problème, mais non pour emprunter au droit étranger ses techniques juridiques ou une interprétation particulière de telle ou telle règle. En particulier, il faut se méfier de la méthode d'interprétation de la common law, pour laquelle les lois, y compris un code civil aux yeux de certains juges, constituent des dérogations au droit commun et doivent en conséquence recevoir une interprétation restrictive. De plus, l'interprétation d'une institution, d'une notion ou d'une règle étrangère doit s'effectuer avec cohérence par rapport à l'ensemble du droit québécois. Une fois introduite par le législateur dans le droit national, la règle greffée doit recevoir une interprétation qui s'intègre aux autres règles voisines du droit national et qui est conforme à ses principes, lesquels ne se retrouvent pas nécessairement dans le droit d'origine. Il en résulte que la règle de source étrangère pourra éventuellement recevoir une interprétation différente de celle qu'elle avait dans le droit d'origine[61]. Ainsi, la liberté testamentaire, considérée comme absolue en Grande-Bretagne, est généralement restreinte, au Québec, par le droit à l'égalité consacré par la *Charte des droits et libertés de la personne* : par exemple, il est généralement admis que cette liberté ne peut pas être utilisée par le testateur de manière à exclure un héritier pour des motifs religieux[62].

---

60. Notamment H.P. GLENN, « Persuasive Authority », (1987) 32 *R.D. McGill* 261, spécialement aux pages 263, 264, 297 et 298 ; H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 16, spécialement aux pages 191-196.
61. Notamment J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 37 ; J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 7, 19. Par exemple, à propos du droit des proches de la victime d'une faute extracontractuelle de réclamer compensation de l'auteur de la faute, l'article 1056 C.c.B.C., inspiré d'une loi britannique, fut finalement interprété en fonction seulement du droit québécois et non plus d'après le droit de la Grande-Bretagne : *Pantel* c. *Air Canada*, [1975] 1 R.C.S. 472, 478 (j. Pigeon).
62. Art. 706 C.c.Q. ; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12, art. 10 ; G. BRIÈRE, *Les successions*, 2e éd., coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Éditions

En somme, selon la seconde école de pensée, une institution, un principe ou une règle d'un droit étranger ne saurait être greffé au droit national sans être en harmonie ou, au besoin, sans être harmonisé avec les acquis de celui-ci. Le droit québécois doit certes s'enrichir des droits étrangers, mais à la condition d'éviter un certain colonialisme juridique. D'ailleurs, il constitue maintenant un *corpus* assez développé pour posséder ses propres méthodes et un ensemble de principes et de règles générales, qui commandent le respect. On en vient à affirmer que le droit québécois n'est plus un droit mixte, mais un droit moniste[63].

Il y a quelques années, dans le contexte d'un contrat d'assurance, la Cour suprême du Canada a saisi l'occasion pour se prononcer de nouveau, et de façon plus précise peut-être, sur cette controverse :

> La similarité apparente des règles fondamentales [du droit des assurances dans les divers États où le commerce est développé] ne doit cependant pas nous faire oublier que les tribunaux se doivent d'assurer au droit des assurances un développement qui reste compatible avec l'ensemble du droit québécois, dans lequel il s'insère. Ainsi, si les arrêts de juridictions étrangères, nommément l'Angleterre, les États-Unis et la France, peuvent avoir un certain intérêt lorsque le droit y est fondé sur des principes similaires, il n'en reste pas moins que le droit civil québécois a ses racines dans des préceptes qui lui sont propres et, s'il peut être nécessaire de recourir au droit étranger dans certains cas, on ne saurait y puiser que ce qui s'harmonise avec son économie générale. Le développement du droit des assurances doit toutefois nécessairement s'inscrire dans le contexte socio-économique qui lui est propre, soit la pratique nord-américaine du droit des assurances[64].

Malgré des divergences de vues sur la façon précise de recourir au droit étranger et malgré l'apparente indifférence des tribunaux de première instance pour le droit comparé, on notera ce point capital : aujourd'hui, il ne se trouve pratiquement personne qui préconise de s'abstenir du droit comparé au Québec. On est donc loin de l'école nationaliste de la première moitié du XX^e^ siècle.

Yvon Blais, 1994, n° 387, pp. 488-490.

63. Notamment J.-L. BAUDOUIN, « Réflexions sur le processus de recodification du Code civil », (1989) 30 *C. de D.* 817, 821.

64. *Caisse populaire des deux Rives* c. *Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995, 1004 (j. L'Heureux-Dubé).

ANNEXE

DROIT COMPARÉ DANS LA DOCTRINE

Sujets	*Nombre de publications*	*Nombre de publications où l'on a cité du droit étranger*
Vie privée	11	2
Survie de l'obligation alimentaire	6	3
Protection du fonds d'autrui et accès à celui-ci	2	0
Copropriété par indivision	5	2
Fiducie	10	8
Responsabilité du fabricant	6	5
Vente d'entreprise	6	3
Contrat de travail	6	1
Hypothèque mobilière sans dépossession	6	3
Droit international privé	10	10
TOTAL	68	37