Association Henri Capitant

Institut de droit comparé Université McGill

Association québécoise de droit comparé

DROIT QUÉBÉCOIS ET DROIT FRANÇAIS: COMMUNAUTÉ, AUTONOMIE, CONCORDANCE

Sous la direction de H. Patrick Glenn

LES ÉDITIONS YVON BLAIS INC.

1993

C.P. 180 Cowansville (Québec) Canada J2K 3H6
Tél.: (514) 263-1086 Fax: (514) 263-9256

LA PERCEPTION DE L'ANCIEN DROIT ET DU NOUVEAU DROIT FRANÇAIS AU BAS-CANADA, 1774-1866.

Michel Morin*

Introduction 1

I. La fragmentation des sources: l'oeuvre législative 2
A. L'héritage du dix-huitième siècle 2
1. L'Acte de Québec 2
2. Les concessions aux commercants 4
B. Les luttes du dix-neuvième siècle 4
1. L'Acte constitutionnel de 1791. 5
2. L'Union et le gouvernement responsable 7

II. L'utilisation des sources: l'oeuvre judiciaire et doctrinale . . 10
A. La préservation de l'ancien droit français 10
1. La magistrature et ses critiques 10
2. La place de l'ancien droit dans la jurisprudence . . . 13
B. L'accréditation du nouveau droit français 19
1. Les attitudes face à l'ancien droit 19
2. L'approbation du nouveau droit 23

III. La codification dans son contexte 25
A. La décision de codifier 26
1. L'adoption de la loi 26
2. La réaction contemporaine 27
B. La codification proprement dite 31
1. La distribution des rapports et la réaction des juges 31
2. La réaction au travail des commissaires 33

Conclusion 40

Introduction

Pendant la majeure partie du dix-neuvième siècle, le Québec a été placé dans une situation juridique particulière, voire unique. Sur son territoire, rebaptisé Bas-Canada de 1791 à 1867, les règles de l'ancien régime français étaient toujours en vigueur, alors même qu'elles avaient été abrogées dans leur pays d'origine. Cette situation paradoxale a perduré au sein d'une colonie britannique administrée par des fonctionnaires majoritairement anglophones. En 1866, la mise en vigueur du *Code civil du Bas-Canada* allait consacrer l'entrée de la future province du Québec dans la modernité. C'est ce parcours qu'il nous faut retracer, en tentant de déterminer comment

* Professeur à la Section droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

étaient perçus l'ancien et le nouveau droit français lorsque la décision d'entreprendre la codification fut prise, en 1857[1]. Notre étude débutera par une analyse des règles législatives qui ont façonné le droit privé de cette époque (I). Dans un deuxième temps, les attitudes de la jurisprudence et de la doctrine seront examinées (II). Enfin, le processus de la codification et les réactions suscitées par cette réforme seront présentés (III).

I. La fragmentation des sources: l'oeuvre législative

Deux évènements sont à l'origine de la situation particulière où se trouvait placé le Bas-Canada au milieu du dix-neuvième siècle: la Conquête de la Nouvelle-France par les forces britanniques, en 1760, ainsi que les difficultés ressenties lors de la mise en place du premier gouvernement civil (A). Au siècle suivant, l'immigration massive en provenance du Royaume-uni et les transformations de la société bas-canadienne vont donner lieu à une remise en question du droit en vigueur, parfois même à l'introduction de règles d'origine anglaise (B). Il va de soi que cette évolution est tributaire des différents régimes constitutionnels qu'a connus le Bas-Canada.

A. L'héritage du dix-huitième siècle

Si l'*Acte de Québec* a décrété la remise en vigueur du droit de la Nouvelle-France (1), il devait néanmoins être accompagné de mesures d'accommodement destinées à appaiser la communauté des commerçants (2). Ces mesures de compromis constitueront l'héritage du dix-huitième siècle, qui ne sera donc pas univoque.

1. L'Acte de Québec

La *Proclamation royale* de 1763, prise par le Roi Georges III d'Angleterre, mit en place le premier gouvernement civil de la province de Québec. Les tribunaux étaient alors tenus de «juger toutes les causes aussi bien criminelles que civiles, suivant la loi et l'équité, conformément autant que possible» aux règles du droit anglais (*Laws of England*)[2]. Les bouleversements résultant de l'introduction du droit anglais suscitèrent plaintes et protestations de la part des «nouveaux sujets» du Roi d'Angleterre, c'est-à-dire les habitants d'origine française[3].

La métropole finit par réagir, avec un certain retard, en adoptant une loi du Parlement britannique, l'*Acte de Québec*.[4] En son article huit, cette loi impériale prévoyait que «tous les procès» concernant la propriété et les

---

1. *Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, S.P.C. 1857, c. 43.
2. Reproduite dans L.R.C. (1985), App. II, no. 1.
3. Voir sur ce sujet Jacques L'HEUREUX, «L'organisation judiciaire de 1764 à 1774» (1970) 1 *R.G.D.* 266 et André MOREL, «La réaction des canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774, Une forme de résistance passive», (1960) 20 *R. du B.* 53.
4. *An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America*, 1774 (R.-U.), 14 Geo. III, c. 83; L.R.C. (1985), App. II, no. 2.

droits civils seraient tranchés conformément aux règles, aux usages et aux coutumes en vigueur avant la Conquête. Cette disposition redonnait vie au régime seigneurial qui avait existé en Nouvelle-France. L'article 9 ajoutait cependant que les terres incultes pourraient être concédées sous la tenure anglaise du franc et commun soccage, qui ne comportait aucune charge seigneuriale. De plus, toute personne «ayant le droit d'aliéner» était autorisée à léguer ses biens à sa guise, par un testament se conformant aux règles du droit anglais ou français (art. 10), nonobstant les prohibitions en vigueur avant la Conquête[5]. Enfin, les règles du droit pénal anglais devaient continuer à s'appliquer dans la province (art. 11).

Le droit de la Nouvelle-France n'était pas simple à compulser, tant s'en faut. La *Coutume de Paris* s'y appliquait officiellement depuis 1664[6], tout comme les ordonnances du Royaume de France[7]. À cela s'ajoutait la jurisprudence et la doctrine française pour les questions qui n'étaient pas réglées par ces sources, telles les obligations. En certains cas, tel le droit de la famille, le droit canonique pouvait entrer en jeu. En plus de ces sources proprement françaises, il fallait connaître les édits ou les ordonnances du Roi concernant uniquement le Canada ou les colonies, ainsi que les règles édictées par le Conseil souverain avant 1760, au moyen d'arrêts de règlement. L'intendant avait lui aussi édicté des règles particulières applicables en Nouvelle-France. On ne s'étonnera pas que dans les années 1770, quelques ouvrages aient tenté de résumer cette masse d'informations[8], de façon efficace sinon élégante dans le cas des règles strictement locales, avec moins de bonheur dans le cas du droit français.

---

5. En 1801, l'*Acte pour expliquer et amender la Loi concernant les Testaments et Ordonnances de Dernière Volonté*, S.B.-C. 1801, 41 Geo. III, c. 4, abroge expressément les restrictions de l'ancien droit français portant incapacité de recevoir par testament: André MOREL, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1960, p. 35-36. Cette loi autorise également la vérification des testaments faits selon les règles anglaises, comme si elle était effectuée par «une cour de *probate*». Voir aussi Jean-Maurice BRISSON, «Entre le devoir et le sentiment: la liberté testamentaire en droit québécois: (1774-1990)», à paraître dans *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol. 62, no. XIV.
6. *Édit de création de la Compagnie des Indes Occidentales*, art. 33, dans *Édits, ordonnances royaux, Déclarations et Arrêts du Conseil d'État du Roi concernant le Canada*, t. 1, Québec, E.R. Fréchette, 1854, p. 40, cité ci-après *É.O. I*; voir aussi les commissions des intendants, par exemple *Complément des ordonnances et jugements des gouverneurs et intendants du Canada, précédé des commissions desdits gouverneurs et intendants et des différents officiers civils de justice*, Québec, E.R. Fréchette, 1856, p. 42.
7. *Edit de création du conseil supérieur de Québec* (1663), *Id.*, p. 37. Sur la question de l'enregistrement de ces ordonnances au Québec, voir *infra*, II, A, 2, p. 14.
8. *An Abstract of Those Parts of the Custom of the Viscounty and Provostship of Paris, which were received and practised in the Province of Québec, in the Time of the French Government*, London, Charles Eyre and William Stahan, 1772, 174 p.; *A Sequel to the Abstract of the Several Royal Edicts and Declarations, and Provincial Regulations and Ordinances, that were in force in the Province of Québec in the Time of the French Government; and of the Commissions of the Several Governours-general and Intendants of the said Province, during the same Period*, London, Charles Eyre and William Stahan, 1772, 14 p. Seul le titre de ces ouvrages est anglais. F.J. CUGNET publia également un *Traité des anciennes Loix de Proprieté en Canada, aujourd'huy Province de Québec*, Québec, Guillaume Brown, 1775, 189 p.; un *Traité de la loi des fiefs*, Québec, Guillaume Brown, 1775, 71 p.

2. Les concessions aux commercants

Aux termes de l'article 12 de l'*Acte de Québec*, un Conseil législatif, composé de personnes nommées par le Roi, était habilité à légiférer dans la province, ce qui lui permettait de modifier les règles du droit français (art. 8). Le compromis élaboré à Londres avait pour but de permettre à ce Conseil de réintroduire certaines règles du droit anglais, en les adaptant à la situation juridique du Québec. Les instructions remises au gouverneur lui suggéraient de procéder ainsi pour le droit commercial et les actions en dommages[9]. L'invasion des rebelles américains allait toutefois bouleverser ces plans et restreindre l'ampleur des modifications effectuées[10].

En 1777, les règles de preuve anglaises applicables en matière commerciale furent introduites[11], accompagnée de la fixation du taux d'intérêt légal[12]. En 1785, la faculté de subir un procès devant jury fut accordée pour les causes commerciales et les demandes résultant de lésions corporelles[13]. Les règles de la procédure civile furent également chambardées par l'introduction de voies de recours calquées sur le modèle anglais[14]. Par contre, le serment décisoire fut réintroduit en matière commerciale[15], ce qui montre bien que les commerçants savaient s'accommoder des règles françaises qui leur paraissaient avantageuses[16], cette procédure ayant subsisté en pratique.

B. Les luttes du dix-neuvième siècle

L'activité législative sous l'*Acte constitutionnel*[17] fut bien mince, en raison du blocage des institutions politiques (1). L'échec des rébellions de 1837-38 sera suivi d'une période de réformes et de bouleversements du

---

9. Voir: A. SHORT et A.G. DOUGHTY, *Documents concernant l'histoire constitutionnelle du Canada*, 1759-1791, vol. I, Ottawa, C.H. Parmelee, 1911, p. 397; cité ci-après *D.C. I.*
10. Hilda NEATBY, *The Revolutionary Age 1760-1791*, Toronto, McClelland and Stewart Limited, 1966, chap. 11 à 13.
11. *Ordonnance pour réglementer la procédure dans les cours de judicature civile*, O.Q. 1777, 17 Geo. III, c. 2, art. 7; *D.C. I*, p. 445.
12. *Ordonnance qui fixe les Dommages sur les Lettres de Change protestées, et le prix des Intérêts dans la Province de Québec*, O.Q. 1777, 17 Geo. III, c. 3, art. 5. La prohibition sur l'usure de l'ancien droit français était ainsi levée, mais le taux maximal d'intérêt était fixé à 6 %.
13. *Ordonnance instituant les procès par jury*, O.Q. 1785, 25 Geo. III, c. 2.
14. Le professeur Jean-Maurice BRISSON a rédigé une magistrale étude sur le sujet, à laquelle nous renvoyons le lecteur pour tout ce qui concerne la procédure: *La formation d'un droit mixte: l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Les éditions Thémis, 1986.
15. *Acte qui déclare le Serment Décisoire, admissible dans les Affaires de Commerce aussi bien que dans les autres Affaires Civiles dans cette Province*, S.B.-C. 1801, 41 Geo. III, c. 15. Sur le serment décisoire, voir *infra*, note 86.
16. Maximilien BIBAUD, *Commentaires sur les lois civiles du Bas-Canada*, Montréal, Cérat et Bourguignon, tomes 1 et 2, 1859 et 1861, p. 114.
17. *An Act to repeal certain Parts of an Act, passed in the fourteenth Year of his Majesty's Reign, intituled An Act for the making of more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec, in North America; and to make further provision for the Government of the said Province*, 1791 (R.-U.), 31 Geo III, c. 31, L.R.C. (1985), App. II, no. 3.

système juridique, qui se poursuivra en droit privé jusqu'à la codification (2).

1. L'Acte constitutionnel de 1791.

L'*Acte constitutionnel* instaure au Bas-Canada le système parlementaire de type britannique, avec une législature bicamérale. Au sein de l'assemblée élue, le cens électoral relativement faible permet à la population d'origine française d'élire une forte majorité de députés. À l'inverse, la chambre haute, composée de personnes nommées par le gouverneur, compte une majorité d'anglophones. Enfin, les membres du conseil exécutif forment une oligarchie qui domine la chambre haute et l'administration.

Dans ces conditions, la majorité à l'Assemblée joue le rôle d'une véritable opposition, utilisant à cette fin tous les pouvoirs que lui reconnaît la constitution. Ce parti *patriote* compte des anglophones en son sein, tout comme les «bureaucrates» sont parfois francophones. Dans l'ensemble cependant, les deux formations sont très largement dominées par les membres d'un groupe linguistique. En droit privé, l'affrontement perpétuel entre les deux chambres[18] rend impossible l'adoption de réformes dont tous finissent par reconnaître la nécessité[19]. Ainsi, l'introduction ou plutôt la remise en vigueur de la faillite donne lieu à une opposition entre un projet de loi d'inspiration française, adopté par l'Assemblée élue, et un projet de loi du Conseil qui puise aux sources anglaises[20].

D'autre part, de nombreux britanniques ne cessent de dénoncer le régime seigneurial, qui permet notamment de percevoir un douzième du prix de vente d'une terre[21]. Il confère également au seigneur un monopole sur les moulins à farine, ce qui lui permet d'exiger la démolition des moulins concurrents[22]. On comprend que les commerçants et les entrepreneurs qualifient ce régime d'«anti-commercial»[23]. Plusieurs anglophones possèdent cependant des seigneuries et s'accommodent fort bien du système en place, même s'ils prennent rarement la parole pour vanter ses mérites. Par ailleurs, la population peut obtenir gratuitement des terres incultes, parce

---

18. Evelyn KOLISH, «The Impact of the Change in Legal Metropolis on the Development of Lower Canada's Legal System: Judicial Chaos and Legislative Paralysis in the Civil Law, 1791-1838», (1988) 3 *R.C.D.S.* 1.
19. Evelyn KOLISH, «Le conseil législatif et les bureaux d'enregistrement», (1981) 35 *R.H.A.F.* 217-230.
20. E. KOLISH, «L'introduction de la faillite au Bas-Canada: conflit social ou national?» (1986) 40 *R.H.A.F.* 215, 226 et 232; voir également, de la même auteure, «Imprisonment for Debt in Lower Canada, 1791-1840», (1987) 32 *R. D. McGill* 602.
21. *Coutume de Paris*, art. 73 et 76.
22. *Arrêt du Conseil d'État au sujet des Moulins Banaux*, *É.O. I*, p. 255; une décison de 1850 énumère plusieurs jugements ayant ordonné la démolition de moulins au dix-neuvième siècle: *Larue c. Dubord*, (1851) 1 D.T.B.C. 31 (C.S.), 38.
23. E. KOLISH, *Changement dans le droit privé au Québec et au Bas-Canada, entre 1760 et 1840: Attitudes et réactions des contemporains*, Montréal, Thèse présentée à la Faculté des Études supérieures de l'Université de Montréal, 1980, p. 312-313, 441-443, 459-460, 574-576, 582-583.

que le seigneur est obligé de les concéder sur demande[24]. Dans les années 1830, alors que la zone seigneuriale est saturée et que la conjoncture économique est difficile, les censitaires commencent à réclamer l'abolition de ce régime[25].

L'opposition au régime seigneurial provoque une nouvelle intervention du Parlement britannique, le *Canada Tenures Act*[26]. Une de ses dispositons règle un problème d'interprétation découlant de la rédaction malhabile de l'*Acte de Québec*. En son article 8, la nouvelle loi déclare que toutes les terres tenues en franc et commun soccage sont assujetties au droit anglais en matière d'aliénation, de successions et de douaire[27]. En pratique, les transactions immobilières d'une vaste partie du territoire, qui encercle la zone seigneuriale située le long du Saint-Laurent, sont désormais soumises à la common law.

La paralysie du système parlementaire bas-canadien et les difficultés économiques aboutissent aux rébellions de 1837-38, qui sont rapidement matées. Un Conseil spécial reçoit de Londres l'autorité nécessaire pour prendre des mesures d'urgence[28], puis pour légiférer dans un grand nombre de domaines[29]. Libéré de l'obstruction du parti patriote, le Conseil édicte une ordonnance sur la faillite[30]. En 1841, la veille de l'entrée en vigueur de l'*Acte d'Union*, le Conseil adopte une ordonnance sur les bureaux d'enregistrement[31]. Ainsi se clôt la période des affrontements, au cours de

---

24. *Arrêt du Conseil d'État qui enjoint aux seigneurs de faire tenir feu et lieu sur leurs seigneuries, et leur fait défense de vendre des terres en bois debout, É.O. I*, p. 531; voir aussi l'*Arrêt du Roi qui ordonne que les terres dont les concessions ont été faites, soient mises en culture et occupées par des habitants* (Arrêt de Marly), *É.O. I*, p. 324.
25. E. KOLISH, *op. cit., supra, note* 23, p. 580-595. L'acuité des débats est sans commune mesure avec le faible pourcentage des causes portées devant les tribunaux qui concernent des immeubles: E. KOLISH, «Some Aspects of Civil Litigation in Lower Canada, 1785-1825: Towards the Use of Courts Records for Canadian Social History», (1989) 70 *C.H.R.* 337, 357-362.
26. *An Act to provide for the Extinction of Feudal and Seignorial Rights and Burthens on Lands held* à Titre de Fief *and* à Titre de Cens, *in the Province of* Lower Canada; *and for the gradual Conversion of those Tenures into the Tenure of Free and Common Soccage; and for other Purposes relating to the said Province*, 1825 (R.-U.), 6 Geo. IV., c. 59.
27. Voir sur ce sujet J.E.C. BRIERLEY, «The Co-existence of Legal Systems in Quebec: "Free and Common Soccage" in Canada's "pays de droit civil"», (1979) 20 *C. de D.* 277. Une loi de 1830 accorde à la législature du Bas-Canada le droit de modifier le *Canada Tenures Act*: *An Act to Explain an Amend the Laws Relating to Lands Holden in Free and Common Soccage in the Province of Lower Canada*, 1830 (R.-U.), 1 Wil. IV, c. 20.
28. *An Act to Make Temporary Provisions for the Government of Lower Canada*, 1837 (R.-U.), 1-2 Viet, c. 9.
29. *An Act to amend an Act of the last Session of Parliament for making Temporary Provisions of the Government of Lower Canada*, 1839 (R.-U.), 3-4 Viet., c. 53.
30. *Ordonnance concernant les banqueroutiers et l'administration et la distribution de leurs effets*, O.C.S. 1839, 2-3 Viet., c. 36.
31. *Ordonnance pour prescrire et régler l'enregistrement des titres aux terres, ténéments et héritages, biens réels et immobiliers, et des charges et hypothèques sur iceux; et pour le changement et l'amélioration, sous certains rapports, de la Loi relative à l'aliénation et l'hypothécation des biens réels et des droits et intérêts acquis en iceux*, O.C.S. 1841, 3-4 Viet., c. 30; voir à ce sujet Sylvio NORMAND et Alain HUDON, «Le contrôle des hypothèques secrètes au XIXe siècle: ou la difficile conciliation de deux cultures juridiques et de deux communautés ethniques», [1990] R.D.I. 169. La facture de cette ordonnance est unanimement décriée par les contemporains.

laquelle les institutions parlementaires ne purent procéder à l'adaptation et à la modernisation du droit.

2. L'Union et le gouvernement responsable

L'*Acte d'Union*[32] amalgame le Bas-Canada et le Haut-Canada, une province voisine où s'applique la common law. L'opération a pour but de faire en sorte qu'une majorité de députés soient élus par un électorat anglophone, en plus de fusionner la dette considérable du Haut-Canada et celle, plutôt modeste, du Bas-Canada. Les députés francophones s'allieront toutefois aux députés du Haut-Canada qui souhaitent l'avènement du gouvernment responsable. Après un bref intermède où ils sont appelés au conseil exécutif, en 1842, les réformistes doivent végéter jusqu'en 1848, date où ils obtiennent une majorité de députés dans les deux anciennes provinces. Lord Elgin leur demande alors de former un gouvernement, conformément aux instructions qu'il a reçues avant son départ, par suite d'un changement du parti au pouvoir à Londres. Dorénavant, le principe du gouvernement responsable est accepté et les francophones seront toujours représentés au sein de l'exécutif, en plus de faire partie du groupe majoritaire à l'Assemblée. En dernier lieu, la *Loi consitutionnelle de 1867*[33] met en place la fédération canadienne. Le Haut et le Bas-Canada deviennent respectivement la province de l'Ontario et du Québec.

En droit privé, l'*Acte d'Union* n'a pas pour effet de porter atteinte à l'*Acte de Québec*. Son article 46 prévoit que toutes les règles en vigueur au Bas-Canada continuent à s'appliquer jusqu'à ce qu'elles aient été modifiées par le nouveau Parlement. En pratique, de nombreuses lois de cette époque concernent uniquement l'une des anciennes provinces. Cependant, en 1843, avant la reconnaissance du gouvernement responsable, une loi sur la faillite, applicable aux deux provinces, est adoptée[34]; abrogée en 1849[35], la faillite ressuscite en 1864 et s'ajoute aux règles communes du Canada-Uni[36]. De

---

32. *An Act to re-unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for The Government of Canada*, 1840 (R.-U.), 3-4 Vict., c. 35; L.R.C. (1985), App. II, no. 4.
33. 1867 (R.-U.), 30-31 Vict., c. 3.
34. *Acte pour abroger une Ordonnance du Bas-Canada, intitulée, Ordonnance concernant la Banqueroute et l'administration et la distribution de leurs biens et effets, et pour établir des dispositions pour le même objet et dans toute la province du Canada*, S.P.C. 1843, 7 Vict., c. 10.
35. *An Act to make provision for the continuance and completion of proceedings in Bankruptcy now pending*, S.P.C. 1849, 12 Vict., c. 18; voir à ce sujet Anonyme, «Les lois de banqueroute», (1845-46) 1 *R. de L. et de J.* 341. En l'absence d'une loi sur la faillite, un acte d'atermoiement pouvait être conclu entre le débiteur et ses créanciers. Cette procédure était problématique, puisqu'elle exigeait l'accord unanime des créanciers. En général, les tribunaux appliquèrent cette exigence rigoureusement, en déplorant parfois l'absence de loi en ce domaine: *Sharing c. Meunier*, (1857) 7 D.T.B.C. 250 (B.R.); *Cummings c. Smith*, (1860) 10 D.T.B.C. 122 (B.R.); *Withall c. Young*, (1860) 10 D.T.B.C. 149 (B.R.); *Greenshields c. Plamondon*, (1860) 10 D.T.B.C. 251 (B.R.); *MacFarlane c. McKenzie*, (1861) 5 L.C.J. 106 (B.R.); *Sinclair c. Henderson*, (1866) 10 L.C.J. 11 (B.R.).
36. *Acte concernant la faillite*, S.P.C. 1864, 27-28 Vict., c. 17. Il est intéressant de noter qu'aux termes de l'article 1 de cette loi, le droit de faire faillite n'était accordé qu'aux commerçants du Bas-Canada, alors que tous les résidents du Haut-Canada pouvaient profiter de la loi.

façon similaire, une loi concernant les courtiers, calquée sur un modèle anglais, est édictée durant cette période[37].

Le droit privé du Bas-Canada est victime de ce processus. Une loi portant sur certaines prescriptions est édictée en 1845 pour le Bas-Canada[38]. Selon un auteur anglophone, le fait d'avoir copié mot à mot un texte britannique constitue son moindre défaut. En procédant ainsi, le législateur semble avoir tenu pour acquis l'applicabilité au Bas-Canada d'une loi britannique, ce qui est erroné[39]. Une loi de 1847 rectifie la situation en déclarant que la loi britannique en question est bien en vigueur au Bas-Canada; elle abroge du même coup la loi canadienne de 1845[40]. Une autre loi accorde un droit d'action à certaines personnes à charge lorsque la victime est décédée par suite d'un acte fautif, mais ce recours existe déjà au Bas-Canada[41].

Après 1848, c'est un véritable déluge de réformes qui engloutit le Bas-Canada. L'abolition de la tenure seigneuriale[42], assortie d'une indemnisation intégrale des seigneurs, est certes la plus remarquable, même si elle n'améliore guère la situation du simple censitaire, dont la terre demeure grevée d'une rente monétaire, annuelle et perpétuelle. La suppression des lois sur l'usure[43], dénoncée par les contemporains[44], est symptomatique de l'esprit du temps, celui du libéralisme économique.

---

37. *Acte pour la protection des personnes qui reçoivent des consignations, et font des contrats à l'égard d'effets confiés à des agents*, S.P.C. 1847, 11 Viet., c. 10; cette loi fut interprétée conformément à son modèle anglais: *Clark c. Lamer & Clark*, (1860) 4 L.C.J. 30 (C.S.).
38. *Acte pour limiter les actions pour éviter les procès et rendre une note (memorandum) par écrit, nécessaire à la validité de certaines promesses et engagements, dans cette partie de la province qui constituait ci-devant la province du Bas-Canada*, S.P.C. 1845, 8 Viet., c. 31.
39. S.C.M., «The Statute of Limitations», (1845-46) 1 *R. de L. et de J.* 60; voir également M. «Le «Statute of Frauds» et le «Statute of Limitations», les Prescriptions de la Coutume de Paris, aux termes des Art. 126 et 127 - Notre Statut Provincial, 8 Viet. c. 31 - Aperçu des dispositions principales de ces lois, en autant qu'elles sont applicables au Bas-Canada», *Id.*, 367.
40. *Acte pour abroger un certain Acte y mentionné, et établir de meilleures dispositions pour limmiter les actions dans le Bas-Canada*, S.P.C. 1847, 11 Viet., c. 11.
41. *Acte concernant l'indemnité en faveur des parents de ceux qui ont été tués par accident, ou en duel*, S.P.C. 1847, 10-11 Viet., c. 6. Cette loi, destinée à accorder un recours qui n'existait pas en common law dans le Haut-Canada, fut d'abord interprétée comme ne modifiant pas la portée du droit commun d'origine française: *Ravary c. Grand Trunk Railway Company of Canada*, (1862) 6 L.C.J. 49 (B.R.). Par la suite, la Cour suprême du Canada a déclaré que l'article 1056 C.c.B.-C., qui reprenait les termes de cette loi, excluait l'octroi de dommages pour les souffrances morales: *Canadian Pacific Railway Company c. Robinson*, (1890) 14 R.C.S. 105. Après un nouveau procès, la cause aboutit au Conseil privé, qui ne se prononce pas sur cette question ([1892] A.C. 481).
42. *Acte pour l'abolition des droits et devoirs féodaux dans le Bas-Canada*, S.P.C. 1854, 18 Viet., c. 3.
43. *Acte pour modifier les Lois d'Usure*, S.P.C. 1853, 16 Viet., c. 80; *Acte pour amender les lois de cette province, qui règlent le taux d'intérêt*, S.P.C. 1858, 22 Viet., c. 85.
44. M. BIBAUD, *op. cit., supra*, note 16, t. 1, p. 183-184; Désiré GIROUARD, *Essai sur les lettres de change et les billets promissoires*, Montréal, John Lovell, 1860, no. 57-58, p. 72-74. La Cour d'appel a décidé que la loi de 1853 permet au débiteur poursuivi en justice d'imputer sur le capital l'excédent des intérêts sur le taux légal: *Nye c. Malo*, (1857) 7 D.T.B.C. 405 (B.R.). Par contre, compte tenu du libellé de la loi, le débiteur ne peut répéter ce qu'il a payé en trop, puisqu'il s'agirait d'une obligation naturelle: *Massue c. Dansereau*, (1865) 10 L.C.J. 179 (B.R.).

L'abrogation de la loi *Aede*[45] et du retrait lignager[46], deux règles désuètes de l'ancien droit français, semble cependant faire l'unanimité[47]. Par contre, les lois sur les lettres de change, qui règlent les problèmes à la pièce, en faisant parfois référence simultanément aux sources anglaises et bas-canadiennes, sont critiquées par les auteurs[48].

Durant cette période, la législation dans son ensemble est largement décriée[49]. Un auteur résume la situation en ces termes: «qu'on fasse cesser cette manie de législation exceptionnelle qui chaque jour envahit et détruit notre vieux droit français pour y substituer un système batard qui n'appartient à aucun code connu»[50]. Pour sa part, le droit privé du Bas-Canada est issu des nombreuses sources utilisées en Nouvelle-France, auxquelles s'ajoutent les modifications superposées par les différents législateurs ayant oeuvré après la Conquête. Ceux-ci se soucient rarement d'abroger les règles rendues inopérantes par leurs interventions. La première véritable refonte du droit privé date de 1861; elle ne concerne que la période postérieure à la Conquête. On comprend aisément que la coordination de ces sources relève parfois de la prouesse. La décision

---

45. *Acte pour abolir la Loi Aede*, S.P.C. 1853, 16 Vict., c. 104. Aux termes de ce texte législatif, la loi *Aede*, qui faisait partie du Code de justinien, permettait au propriétaire des lieux loués d'en reprendre possession avant l'expiration de bail, afin de les occuper lui-même.

46. *Acte pour abolir le droit de retrait lignager*, S.P.C. 1855, 19 Vict., c. 102. Le retrait lignager, prévu par la *Coutume de Paris*, permettait à certains parents de racheter un immeuble provenant de leur famille s'il était vendu par celui ou celle qui en était devenu propriétaire. M. BIBAUD affirme que ce droit était tombé en désuétude (*op. cit., supra,* note 16, t. 2, p. 371-373). E. KOLISH signale cependant qu'un projet de loi prévoyant l'abolition de cette règle fut rejeté en 1805: *op. cit., supra,* note 23, p. 308-310. Les règles d'origine française applicables à cette action étaient extrêmement formalistes et favorisaient le rejet de l'action, qui ne pouvait être intentée à nouveau. Les juges du Bas-Canada n'eurent évidemment aucune hésitation à appliquer ces règles: *Dansereau c. Collette*, (1861) 5 L.C.J. 71 (B.R., 1847).

47. Si l'on se fie à l'absence de commentaires dans les journaux: voir Elizabeth Gibbs (éd.), *Debates of the Legislative Assembly of United Canada*, Montréal, Centre d'étude du Québec et Centre de recherche en histoire économique du Canada français, pour les années 1853 et 1855, qui ne rapportent aucun débat dans les journaux sur ces projets de loi.

48. M. BIBAUD, *op. cit., supra,* note 16, t. 1, p. 151; D. GIROUARD, *op. cit., supra,* note 44, p. 22-26. Voir sur ce sujet Jean LECLAIR, «La Constitution par l'histoire: portée et étendue de la compétence fédérale en matière de lettres de change et de billets à ordre», (1992) 33 *C. de D.* 535. La loi adoptée en 1849 (*Acte pour amender la loi qui régit les lettres de change à l'intérieur, les billets promissoires et les protêts qui s'y rapportent, et les lettres de change à l'étranger en certains cas*, S.P.C. 1849, 12 Vict., c. 22, art. 25) faisait de la common law le droit supplétif si le droit du Bas-Canada était muet sur une question. Il fallait donc épuiser les sources applicables en Nouvelle-France avant de se tourner vers la common law: J. LECLAIR, *Id.*, p. 584-589.

49. S.C.M., «The Statute of Limitations», (1845-46) 1 *R. de L. et de J.* 60, 61 et 69; Anonyme, «De la codification des lois du Canada», *Id.*, 337, 338; M., «Quelques observations sur les règles de témoignage en général,-leur importance-difficultés qu'elles offrent souvent dans la pratique-l'étude qu'on en doit faire-comment les classifier-un mot, en passant aux Juges, au Barreau, aux Etudians», *Id.*, 403; M. BIBAUD, *Essai de logique judiciaire*, Montréal, De Montigny, 1853, p. 32, 47-49; M. BIBAUD, *op. cit., supra,* note 16, t. 1, p. 15; Anonyme, «Du droit du Bas-Canada», *The Examiner - L'Observateur*, Québec, 1861, 8-13 et 21-26, aux pages 23 à 26; cet auteur accuse même les députés de légiférer à la demande de justiciables souhaitant améliorer leurs chances de succès lors d'un procès; Jospeh Royal, «Bibliographie», (1864) 1 *Revue canadienne* 316.

50. J.C., «De la publicité des hypothèques dans le Bas-Canada», (1845-46) 1 *R. de L. et de J.* 24, 32.

d'entreprendre la codification[51], concomitante à celle de soumettre aux règles d'origine française les terres tenues en franc et commun soccage[52], semble donc s'imposer. Il faut cependant se demander dans quelle mesure ce système malaisé à manier posait réellement problème en pratique. Par la même occasion, nous chercherons à identifier les diverses perceptions des juristes contemporains.

II. L'utilisation des sources: l'oeuvre judiciaire et doctrinale.

Porter son attention sur le droit privé du Bas-Canada, c'est d'abord s'interroger sur la coexistence du droit anglais et du droit français. L'énumération des diverses interventions législatives permet de déceler une tendance à l'introduction de règles anglaises. Il convient donc de se demander si cette attitude impérialiste a son pendant dans la jurisprudence publiée à cette époque (A). Dans un deuxième temps, la perception du nouveau droit français sera examinée (B).

A. La préservation de l'ancien droit français

Le bilan de l'oeuvre jurisprudentielle du dix-neuvième siècle est beaucoup plus nuancé qu'on ne le croit généralement. Si la magistrature et la jurisprudence ont essuyé de nombreuses critiques (1), l'examen des jugements publiés ne fait pas voir une utilisation massive de règles d'origine anglaise (2).

1. La magistrature et ses critiques

L'étude de la jurisprudence du dix-neuvième siècle ne saurait être entreprise sans rappeler que le personnel judiciaire est majoritairement anglophone[53]. Nombreux sont les juges qui ont été formés dans une colonie britannique ou en Angleterre[54]. De plus, la composition de la Cour d'appel est problématique. Jusqu'en 1838, cinq membres du Conseil

---

51. *loc. cit., supra,* note 1.
52. *Acte pour fixer la loi relativement aux terres tenues en franc et commun soccage,dans le Bas-Canada,* S.P.C. 1857, 20 Viet., c. 45. Cette mesure ne semble pas avoir suscité d'opposition dans la presse anglophone. Cependant, la Bibliothèque Morisset de l'Université d'Ottawa possède peu d'exemplaires de ces quotidiens durant cette période.
53. André MOREL, *Histoire du droit, Sources et formation du droit, Drt 1108,* Polycopié, Faculté de droit, Université de Montréal, Septembre 1986, p. 132; jusqu'en 1836, à Montréal et à Québec, trois juges sur quatre sont anglophones. Un deuxième juge francophone est nommé à Québec en 1836, alors qu'à Montréal, le premier juge en chef francophone est nommé à la Cour du Banc du Roi en 1842. De 1849 à 1857, 23 juges sont nommés à la Cour supérieure; onze portent un nom à consonance anglophone, douze à consonance francophone: Pierre-Georges ROY, *Les juges de la province de Québec,* Québec, Archives du gouvernement de la province de Québec, 1933, p. xxiii-xxiv.
54. A. MOREL, *Id.* , p. 132.

exécutif, qui est dominé par les anglophones, peuvent former la Cour[55]. En 1843 puis en 1849, ce tribunal est réorganisé[56]. L'avènement du gouvernement responsable permet d'y augmenter la représentation francophone, tout comme à la Cour supérieure[57]. À Londres, le Comité judiciaire du Conseil privé constitue la juridiction de dernière intance pour les colonies britanniques.

L'oeuvre de la magistrature fait régulièrement l'objet de critiques. Dès 1807, le journal *Le Canadien* dénonce l'arbitraire de la justice et le recours au droit anglais[58]. À partir de 1828, des pétitions protestent contre le comportement de quatre juges anglophones, allèguant que trois d'entre eux refusent d'appliquer le droit en vigueur au Bas-Canada[59]. Après l'Union, la situation n'est guère meilleure. La piètre motivation des décisions et les contradictions de la jurisprudence sont dénoncées[60].

Le recours aux précédents suscite également des réprobations. Certains critiquent expressément l'utilisation de décisions anglaises[61]. Cependant, l'importance accrue de la jurisprudence est également mal accueillie en France[62]. Pour sa part, l'éditeur de la *Revue de Législation et de Jurisprudence*, qui fait tout en son pouvoir pour publier les jugements du Bas-Canada, craint néanmoins «de contribuer par là à substituer à la philosophie du droit la jurisprudence routinière des *précédents*»[63]. On notera d'ailleurs que la doctrine anglaise du *stare decisis* n'a pas encore pris forme à cette époque. C'est plutôt le concept de la «jurispudence constante»,

---

55. *Acte constitutionnel*, *loc. cit.*, *supra*, note 17, art. 34; *Acte qui divise la province du Bas-Canada, qui amende la judicature d'icelle, et qui rappelle certaines lois y mentionnées*, S.B.-C. 1794, 34 Geo. III, c. 6, art. 23. Les règles de composition de la Cour font en sorte que la jurisprudence peut varier d'un district judiciaire à l'autre.
56. Voir sur ce sujet Louise RENAUD, «La Cour d'appel à l'aube de l'union (1839-1849)», (1973) 3 *R.J.T.* 465-520.
57. En 1843, ce sont les juges de la Cour du Banc de la Reine qui sont membres de la Cour d'appel: *Acte pour établir une meilleure Cour d'appel dans le Bas-Canada*, S.P.C. 1843, 7 Vict., c. 18, art. 7. En 1849, une véritable Cour d'appel est créée, nommée Cour du Banc de la Reine: *Acte pour établir une cour ayant juridiction en appel et en matières criminelles pour le Bas-Canada*, S.P.C. 1849, 12 Vict., c. 37. De 1849 à 1853, 50 % des juges sont francophones; de 1853 à 1859; trois juges sur quatre le sont; de 1859 à 1864, trois sur cinq le sont; de 1864 à 1867, deux sur cinq: Louise RENAUD, *Id.*, p. 495.
58. Jean-PierreWALLOT, «Plaintes contre l'administration de la justice (1807)», (1965-66) 19 *R.H.A.F.* 551-560, (1966-67) 20 *R.H.A.F.* 28-43, 281-290, 366-379; voir p. 376 et 556; voir aussi E. KOLISH, *loc. cit.*, *supra*, note 18, p. 11-13, 16.
59. E. KOLISH, *op. cit.*, *supra*, note 23, p. 649-659. Le juge Kerr, suspendu de ses fonctions en 1833 et convoqué à Londres, sera destitué en 1835: P.-G. ROY, *op. cit.*, *supra*, note 53, p. 279 et 41.
60. Q., «Law Reports», (1845-46) 1 *R. de L. et de J.* 9, 10; M. «Sur la nécessité que les étudians, les avocats et les juges connaissent l'histoire du droit», *Id.*, 102, p. 105-106; Anonyme, «De la publicité des jugements», *Id.*, 401, M. BIBAUD, *loc. cit.*, *supra*, note 49, p. 95-98; Anonyme, «Du droit du Bas-Canada», *loc. cit.*, *supra*, note 49, p. 25.
61. M., «Quelques observations sur les règles de témoignage en général [...]», *loc. cit.*, *supra*, note 49, p. 405; M. BIBAUD, *op. cit.*, *supra*, note 49, p. 136; *op. cit.*, *supra*, note 16, t. 2, p. 276.
62. Cornemin, «Moeurs Judiciaires - l'avocat d'autrefois et l'avocat d'aujourd'hui», extrait du *Livre des orateurs*, (1845-46) 1 *R. de L. et de J.* 282, 286.
63. (1845-46) 1 *R. de L. et de J.* 225; les italiques figurent dans le texte cité.

tiré de l'ancien droit, qui rencontre la faveur des juges bas-canadiens[64]. Certains d'entre eux, francophones ou anglophones, se déclarent liées par un seul précédent[65]. Seul le juge C. Mondelet refuse à de nombreuses reprises de se plier aux autorités jurisprudentielles et doctrinales[66], encore qu'il déclare s'incliner devant «l'ordonnance ou la loi»[67].

En ce qui concerne l'emploi des précédents anglais, un contemporain affirme que certains juges «ont eu le courage d'opposer avec énergie, une barrière formidable à l'irruption dont tout notre système de lois, était menacé»[68]. Il ajoute: «nombre d'avocats, qui, à l'appui de toutes sortes de réclamations, nullement commerciales, citaient, naguère, force *précédents*, se sont arrêtés dans leur course d'erreur, sont revenus aux vrais principes; et ce qu'il y a de vraiment satisfaisant, c'est qu'ils n'ont pas craint d'avouer hautement, que les décisions qui les contrecarrent, sont fondées sur la loi même»[69]. De façon similaire, Maximilien Bibaud, qu'on peut difficilement accuser de complaisance, affirme que «les principaux avocats anglais de Montréal [...] aiment nos lois françaises et en ont sans cesse les adages succincts sur les lèvres; les autres ne semblent soupirer qu'après les lois importées [...]»[70].

Dans l'ensemble, si les contradictions de la jurisprudence sont souvent soulignées, elle est moins durement critiquée que la législation. Pour tenter d'approfondir cette question, à peine trois recueils de jurisprudence nous renseignent sur la situation antérieure à 1851. Avant 1838, à toute fin pratique, seules certaines décisions des juges Sewell, Kerr et Reid sont disponibles. Deux recueils seulement seront publiés de façon régulière après 1851[71]. Ce sont là les matériaux que nous avons pu parcourir pour tenter de mieux cerner l'état du droit privé au Bas-Canada. Les résultats de cette recherche, assurément impressionniste, doivent maintenant être présentés.

---

64. *Monk c. Morris*, (1853) 3 D.T.B.C. 1 (C.S.), 29-31 (le juge Day); *Normand c. Crevier*, (1860) 10 D.T.B.C. 42, 45 (B.R.); *Alford c. Mayor, Councillors and Citizens of the City of Quebec*, (1864) 14 D.T.B.C. 143, 145 (B.R.).
65. *Dubois c. Ryan*, (1863) 13 D.T.B.C. 21, 31 (B.R); *Poirier c. Tassé*, (1863) 13 D.T.B.C. 459, 460 (C.S.); *Barsalou c. Royal Insurance Co.*, (1865) 15 D.T.B.C. 3, 19 (C.S.)
66. Par ex. *Bilodeau c. Lefrançois*, (1862) 12 D.T.B.C. 25, 30 (B.R.); *Boucher c. Latour*, (1862) 6 L.C.J. 269, 283-284 (B.R.).
67. *Guillet c. Renaud*, (1863) 13 D.T.B.C. 278, 352 (B.R.).
68. M., «Quelques observations sur les règles de témoignage en général [...]», *loc. cit., supra*, note 49, p. 405.
69. *Ibid.*; les italiques proviennent du texte cité.
70. «Observations sur le Projet de Code canadien», dans *Exégèse de jurisprudence*, sans date, p. 12.
71. Il s'agit du *Pyke's Report* (Québec, 1811, 77 p.), du *Stuart's Report*, (Québec, 1834, 615 p.), de la *Revue de Législation et de Jurisprudence*, publiée de 1845 à 1848, qui reproduit à la fois des jugements et des articles. À partir de 1851, le recueil des *Décisions des Tribunaux du Bas-Canada* (*Lower Canada Reports*) est publié annuellement. Il est subventionné et compte environ cinq cent pages (voir Préface, (1857) 1 L.C.J. vi.); par la suite, le *Lower Canada Jurist* fera son apparition en 1857. En 1854, le *Montreal Report* et le *Montreal Condensed Reports* sont publiés. Le contenu de ces recueils est reproduit dans les *Rapports de jurisprudence revisés de la Province de Québec*, publiés à partir de 1891 par M. Mathieu.

2. La place de l'ancien droit dans la jurisprudence

Il est impossible de discuter du droit français en vigueur au Bas-Canada sans aborder tout d'abord la question de l'enregistrement des ordonnances. La difficulté concerne les ordonnances des Rois de France édictées après 1663, date de la création du Conseil souverain[72]. En France, une telle ordonnance n'était pas exécutoire tant qu'elle n'avait pas été enregistrée par le Parlement du lieu[73]. En Nouvelle-France, les ordonnances applicables à toute la France n'ont pas été transcrites dans les registres; elles y étaient néanmoins appliquées par les tribunaux[74].

En 1766, le Parlement de Paris décide que la règle de l'enregistrement s'applique aux colonies[75]. Cette jurisprudence franchit l'Atlantique. Après l'adoption de l'*Acte de Québec*, en 1774, les tribunaux décident que l'*Ordonnance sur le commerce* ne faisait pas partie du droit de la Nouvelle-France, parce qu'elle n'y avait pas été enregistrée[76]. À Londres, le Comité judiciaire du Conseil privé retient lui aussi cette interprétation, en 1848[77]. Disparaissent ainsi les règles de l'ancien droit concernant le droit commercial, en particulier la faillite et les lettres de change.

Certains juristes tenteront d'identifier les dispositions de l'*Ordonnance sur le Commerce* qui sont simplement déclaratoires et réflètent l'état du droit antérieur. Celles-ci correspondent en effet aux règles qui étaient en vigueur lors de la création du Conseil souverain en Nouvelle-France[78]. Désiré Girouard montre ainsi que la conclusion à laquelle est parvenu le Comité judiciaire en 1848 ne tient pas compte de cette partie du droit du Bas-Canada[79]. La détermination des règles en vigueur en France à cette époque n'est cependant pas tâche facile. À preuve, ce passage où Girouard constate que les ouvrages donnant des informations sur ce sujet ne peuvent être trouvés qu'à Paris[80]. Dans les faits, malgré ce stratagème, il ne semble pas que l'*Ordonnance sur le commerce* ait été couramment appliquée au Bas-Canada, bien au contraire. Compte tenu de ce qui précède, on

---

72. L'*Édit de création du Conseil supérieur de Québec*, *loc. cit.*, *supra*, note 7, prévoit clairement que ce tribunal devait appliquer «les loix et ordonnances» du royaume de France; il n'y a aucun doute que ceci désigne ce qui existait en France à ce moment.
73. Sous l'Ancien régime, les parlements étaient des tribunaux d'appel.
74. Voir sur ce sujet Gustave LANCÔT, *L'administration de la Nouvelle-France*, Montréal, Éditions du jour, 1971, p. 128-130; R. LEMIEUX, *Les origines du droit Franco-Canadien*, Montréal, Librairie de droit et de jurisprudence, 1901, p. 279-299; sur le cas particulier de l'*Ordonnance de la marine*, voir André BRAËN, «Le droit maritime du Québec à l'aube de la codification», (1984) 16 *R.G.D.* 195-210.
75. R. LEMIEUX, *Id.*, p. 266.
76. E. KOLISH, *loc. cit.*, *supra*, note 19, p. 222.
77. *Hutchinson c. Gillespie*, (1828-1850) 1 C.R.A.C. 217 (1848).
78. *Pozer c. Meiklejohn*, [1811] Pyke's R. 11, 14 (1809, B.R.); voir aussi la dissidence de ce juge dans *Maitland c. Molson*, [1834] Stuart's R. 441, 446 (C.A., 1830); *Knapp c. Bank of Montreal*, (1851) 1 D.T.B.C. 252, 268 (B.R.); *Mount c. Dunn*, (1854) 4 D.T.B.C. 348, 352 (B.R.); *Cumming c. Man & Smith*, (1858) 2 L.C.J. 195, 200 (C.S.); *Merritt c. Lynch*, (1859) 9 D.T.B.C. 353 (C.S.); *Cummings c. Smith*, (1860) 10 D.T.B.C. 122, 139; *Whitall c. Young*, (1860) 10 D.T.B.C. 149, 153 (B.R.).
79. *Op. cit.*, *supra*, note 44, p. 88-92.
80. *Id.*, p. 19.

comprend mieux la tendance des avocats Bas-Canadiens à se procurer la jurisprudence de tous les parlements de France[81].

Les critiques reprochant à la magistrature de se tourner vers le droit anglais ont été notées ci-dessus. À quelques exceptions près, ces décisions semblent reposer sur une interprétation audacieuse de textes introduisant expressément une règle du droit anglais. Il en va ainsi de la saisine accordée aux légataires testamentaires, en dépit du fait que la *Coutume de Paris* conférait celle-ci aux héritiers légaux[82]. Mentionnons également la décision d'obliger les notaires à déposer en Cour les testaments olographes donnant lieu à des procès[83]. S'il semble indéniable que la pratique bas-canadienne a été modifiée par cette dernière jurisprudence, celle-ci ne bouleverse pas les principes fondamentaux du droit privé. La solution retenue était d'ailleurs acceptée par un auteur français, qui faisait cependant cavalier seul sur ce point[84].

En matière commerciale, certaines courtes prescriptions de la *Coutume de Paris* furent déclarées abrogées par l'introduction des règles de preuve[85]. La jurisprudence française exigeait en effet du débiteur poursuivi après l'expiration du délai qu'il allègue avoir payé la dette, puis qu'il se soumette au serment décisoire[86]. Cette dernière caractéristique explique

---

81. Cette jurisprudence pouvait fournir des renseignements sur le droit français de 1663, ainsi que sur le droit commun de la France (obligations, tutelles et curatelles, *Ordonnance sur la procédure civile* de 1667). Elle pouvait contribuer à régler certaines questions, comme celle de l'enregistrement *à Paris* du *Code Marillac*, en 1629, et de sa validité (*Laurent c. Stevenson*, (1845-46) 1 *R. de L. et de J.* 190; *Vinet c. Gauvin*, (1845-46) 1 *R. de L. et de J.* 237 (C. d. Commissaires); *Sinjohn c. Ross*, (1858) 8 D.T.B.C. 509 (C. de Cir.). Les remarques désobligeantes de Bibaud, qui reproche à ses confrères de s'être encombré de documents inutiles, semblent donc quelque peu gratuites (*op. cit., supra,* note 49, p. 135-136).

82. André MOREL, «L'apparition de la liberté testamentaire - Réflexions sur le rôle de la jurisprudence au regard des codificateurs», (1966) 26 *R. du B.* 499. Selon la jurisprudence majoritaire, l'introduction de la liberté testamentaire avait fait disparaître la raison d'être de la saisine des héritiers. En droit coutumier parisien, il était nécessaire d'intenter l'action en délivrance de legs même si le testateur n'avait ni descendants ni biens propres et pouvait léguer à sa guise l'universalité de ses biens (*Id.*, p. 508). Il faut cependant convenir, avec le juge Mondelet, que la demande en délivrance de legs devenait alors une «plaisante, anomale, bizarre, ridicule cérémonie»: *Blanchet c. Blanchet*, (1861) 11 D.T.B.C. 204, 237 (B.R.). Ainsi, s'il est vrai que les lois du Bas-Canada ne dictaient aucunement la solution retenue par la jurisprudence, celle-ci constituait à notre avis un accommodement raisonnable, qui sera d'ailleurs conservé par les codificateurs (A. MOREL, *loc. cit., supra,* p. 517-521). Un député de l'Assemblée législative, M. Loranger, tenta également de faire consacrer la nouvelle règle par une loi (*Id.*, p. 512). Il est cependant certain que les juges cherchaient à parvenir au résultat du droit anglais. Compte tenu du caractère exhaustif de l'article du professeur Morel, nous ne ferons pas davantage référence à la jurisprudence portant sur cette question.

83. Voir les compte-rendus publiés par *Le Canadien* le 20 juin 1807, reproduits dans J.-P. WALLOT, *loc. cit., supra,* note 58, p. 32-43, 284-290, 373-375; la cause *Ex parte Frederick Grant*, [1834] Stuart's R. 60 (B.R., 1811), concerne un testament olographe portant sur des biens meubles, fait conformément aux règles anglaises, et sujet pour cette raison à la vérification devant une *Court of probate*: voir *supra,* note 5.

84. J.-P. WALLOT, *loc. cit., supra,* note 58, p. 288.

85. *Morrogh c. Munn*, [1834] Stuart's R. 44 (B.R., 1811).

86. *Gagné c. Borneau*, [1811] Pyke's R. 39 (1809, B.R.); M. «Le «Statute of Frauds» et le «Statute of Limitations», les Prescriptions de la Coutume de Paris, aux termes des Art. 126 et 127 - Notre Statut Provincial, 8 Vict. c. 31 - Aperçu des dispositons principales de ces lois, en autant qu'elles sont applicables au Bas-Canada», *loc. cit., supra,* note 39, p. 374-375; voir aussi *Brown*

l'assimilation de ces prescriptions aux règles de preuves. C'est sans doute ici qu'il faut chercher l'origine d'une affirmation beaucoup plus globale, à savoir que les prescriptions en matière commerciale sont toutes régies par le droit anglais. Cet argument fut rejeté catégoriquement à diverses reprises, par des juges en majorité anglophones[87]. Dans la même veine, la commercialité d'un litige était appréciée à la lumière des autorités françaises[88].

La procédure civile constitue le domaine de prédilection des emprunts à la common law, puisqu'un grand nombre de procédures d'origine anglaise furent introduites au Bas-Canada par des ordonnances, des lois et des règles de pratique[89]. En dépit de ce fait, certaines de ces procédures sont devenues uniques en leur genre. Elles semblent laisser perplexes les membres du comité judiciaire du Conseil privé[90].

Si l'on met de côté les décisions qui extrapolent au-delà des textes renvoyant au droit anglais, la jurisprudence publiée n'offre pas le portrait d'une invasion par la common law[91]. Il existe bien quelques décisions où des juges citent des précédents anglais[92], auxquelles il faut prendre garde

---

c. Gugy, (1847-48) 3 *R. de L. et de J.* 467 (B.R., 1848), au résumé de l'argumentation. Le serment décisoire était déféré à une partie et déterminait l'issue du litige. En pratique, la partie qui le prêtait gagnait sa cause: M. BIBAUD, *op. cit., supra*, note 16, t. 1, p. 112-115, qui conclut en le comparant aux ordalies.

87. *Badgley c. Gamelin*, (1846-47) 2 *R. de L. et de J.* 72, n. 1 (1825, C.A.); cette note fait cependant état de décisions de première instance à l'effet contraire; *Butler c. MacDouall*, *Id.*, 70 (C.A., 1835); *Brown c. Gugy*, (1847-48) 3 *R. de L. et de J.* 469 (B.R., 1848); *Russel c. Fisher*, (1854) 4 D.T.B.C. 237 (B.R.); *Langlois c. Johnston*, (1854) 4 D.T.B.C. 357 (C.S.). Les trois dernières décisions portent sur la situation avant l'adoption de lois introduisant expressément les règles anglaises: voir *supra*, notes 38 et 40.

88. *Herald c. Skinner*, [1811] Pyke's R. 1 (B.R., 1810); *Pozer c. Meiklejohn*, [1811] Pyke's R. 11 (B.R., 1809); *Georgen c. McCarthy*, [1834] Stuart's R. 53 (B.R., 1811); *Bowie c. Skinner*, *Id.*, p. 54, note c); *Fahey c. Jackson*, (1857) 7 D.T.B.C. 27, 41 (B.R.); voir cependant *McKay c. Rutherford*, (1828-1850) 1 C.R.A.C. 312 (C.J.C.P., 1848), un arrêt certainement bien fondé, mais qui propose une définition excessivement large de ce qui est commercial (p. 325), qui ne semble cependant pas avoir été suivie par la suite.

89. J.-M. BRISSON, *op. cit., supra*, note 14; E. KOLISH, *loc. cit., supra*, note 18, p. 15-16.

90. *Tobin c. Murison*, (1828-1850) 1 C.R.A.C. 256 (C.J.C.P., 1845), 270, encore que le résultat auquel parviennent les juges dans cette affaire semble curieux; *Higginson c. Lyman*, (1860) 4 L.C.J. 329, 346-347 (C.S.); *Grant c. Aetna Assurance Co.*, (1862) 12 D.T.B.C. 386, 389 (C.J.C.P.); *Beacon Life Assurance Company c. Gibb*, (1863) 13 D.T.B.C. 81, 82 (C.J.C.P.); *Young c. Mullin*, (1864) 14 D.T.B.C. 353, 361-362 (B.R.); *Grant c. Equitable Fire Insurance Company*, (1864) 14 D.T.B.C. 493, 499 (B.R.); *Herriman c. Taylor*, (1866) 9 L.C.J. 253, 259 (B.R.).

91. Les remarques qui suivent ne sont pas fondées sur une lecture exhaustive des décisions publiées. Seules celles qui donnaient lieu à une discussion élaborée ont été parcourues, dans le seul but d'examiner les sources utilisées. Les références qui suivent constituent donc des illustrations glanées au hasard de nos recherches, qui n'étaient pas systématiques. Nous avons évidemment exclu les décisions qui se rattachaient à un domaine du droit où la common law, aux termes d'une disposition précise, devait s'appliquer, directement ou à titre supplétif. Nous avons tenté de faire l'énumération de ces dispositions ci-dessus. En règle générale, la recherche s'arrête à la date de la sanction du *Code civil du Bas-Canada*, soit le 18 septembre 1865: *Acte concernant le Code civil du Bas-Canada*, S.P.C. 1865, 29 Vict., c. 41.

92. *Desrivières c. Richardson*, [1834] Stuart's R. 218, 242-245 (C.A., 1826); *Viger c. Pothier*, [1834] Stuart's R. 394, 400 (C.A., 1830); cet emprunt étranger est justifié en affirmant que les principes sont les mêmes en Angleterre et en France, bien qu'aucun des «nombreux auteurs français» ne soit cité. Ces deux décisions sont rendues par le juge Kerr, qui sera ultimement

de soustraire les causes où le contrat a été conclu à l'étranger[93]. On peut également relever certains exemples où les juges affirment que les deux systèmes de droit conduisent au même résultat[94]. Après 1850, le plus souvent, ce sont des auteurs anglais américains ou anglais qui sont cités par les avocats[95]. A cette époque, ces auteurs font généralement une large place à la doctrine française du dix-huitième siècle[96]; cette attitude d'ouverture face au droit civil se retrouve d'ailleurs dans la jurisprudence ontarienne[97]. L'engouement pour les ouvrages américains existe également au Bas-Canada. A preuve, cette déclaration du juge Aylwin: «The practice of late has been to create great confusion, by the habit which has prevailed to too great an extent of citing American, English and French authorities in all cases indiscriminately, and it is time to put an end to such confusion»[98].

Quant aux auteurs écossais, ils discutent d'un système qui a fait dans le passé une large place à la doctrine française et au droit romain[99]. Ces citations sont donc moins répréhensible que les précédents britanniques, qui sont fort peu fréquemment utilisés. Compte tenu du fait que la doctrine anglo-saxonne de l'époque s'appuie fréquemment sur le droit civil, le simple

---

destitué de son poste; *Scott c. Phoenix Assurance Co.*, [1834] Stuart's R. 354 (C.J.C.P., 1829), où le recours au droit anglais n'est pas expliqué. Pour sa part, le Comité judiciaire laisse entendre que le mot «children» pourrait être interprété comme une référence au droit anglais, mais il n'utilise pas ce raisonnement en l'espèce: *Renaud c. Guillet*, (1862-1870) 5 C.R.A.C. 377 (1867).

93. *Hogan c. Wilson*, [1834] Stuart's R. 145 (B.R., 1820); *Van Koughnet and Maitland*, [1834] Stuart's R. 357 (C.A., 1829).

94. *Symes c. Sutherland*, [1834] Stuart's R. 49 (C.A., 1811); *Hays c. David*, (1853) 3 D.T.B.C. 112, 115 (B.R.); *Clément c. Greer*, (1854) 4 D.T.B.C. 103, 106 (C.S.); *Perrault c. Arcand*, (1854) 4 D.T.B.C. 449, 452 (C.S.), le juge Meredith, dissident; *Roche c. Fraser*, (1857) 7 D.T.B.C. 472, 474 (C.S.); *Fraser c. Roche*, (1858) 8 D.T.B.C. 288, 292 (B.R.), le juge Duval; *Minor c. Gilmour*, (1859) 9 D.T.B.C. 115, 158 (C.J.C.P.); *Holmes c. McNevin*, (1861) 5 L.C.J. 271, 276 (C.S.); *Bank of British North America c. Cuvillier*, (1860) 4 L.C.J. 241, 273 et 275 (B.R., le juge Duval), renv. (1852-1863) 4 C.R.A.C. 227 (C.J.C.P., 1861); *Boswell c. Kilborn*, (1862) 12 D.T.B.C. 161, 166 (C.J.C.P.); *Morkill c. Jackson*, (1864) 14 D.T.B.C. 181 (C. de Cir.); *Young c. Mullin*, (1864) 14 D.T.B.C. 353, 362 (B.R.). Les parties admettent parfois que les deux doits sont identiques: *Logan c. Lemesurier*, (1828-1850) 1 C.R.A.C. 292, 306 (C.J.C.P., 1847); *Bank of B.N.A. c. Cuvillier*, (1852-1863) 4 C.R.A.C. 227, 311 (C.J.C.P., 1861), 311. Même dans cette hypothèse, les membres du Comité judiciaire s'abstiennent de citer des précédents anglais et se concentrent sur les faits.

95. Par ex., *Boncacina c. Seed*, (1853) 3 D.T.B.C. 446, 452-453 (B.R.), le juge Aylwin, les autres juges renvoyant aux autorités françaises; *Vaughan c. Campbell*, (1856) 5 D.T.B.C. 431, 432 (C.S.) (voir en sens contraire: *Russel c. Field*, [1834] Stuart's R. 558 (C.A., 1833)); *Fraser c. Roche*, (1857) 7 D.T.B.C. 451, 474 (C.S.), (1858) 8 D.T.B.C. 288, 292 (B.R.).

96. Voir D. GIROUARD, *op. cit., supra*, note 44, p. 17; M. F. HOEFLICH, «John Austin and Joseph Story: Two Nineteenth Century Perspectives on the Utility of the Civil Law for the Common Lawyer», (1985) 29 *Am. J.L.H* 35, 64-71; A. W. B. SIMPSON, «Innovation in Nineteenth Century Contract Law», (1975) 91 *L.Q.R.* 247.

97. G. Blaine BAKER, «The Reconstitution of Upper Canadian Legal Thought in the Late-Victorian Empire», (1985) 3 *Law and History Review* 219.

98. *R. c. Creamer*, (1860) 10 D.T.B.C. 404, 407 (B.R.); même s'il s'agissait d'une caude pénale, la remarque semble d'ordre général; voir aussi *Chamberlain c. Ball*, (1861) 11 D.T.B.C. 50, 55 (B.R.).

99. Voir *Têtu c. Fairchilds*, (1856) 6 D.T.B.C. 269, 273 (C.S.); *Young c. Lemieux*, (1859) 9 D.T.B.C. 43, 49 (C.S.); *Ravary c. Grand Trunk Railway Company of Canada*, (1862) 6 L.C.J. 49, 57 et 59 (B.R.).

fait de citer un auteur n'est donc pas synonyme d'une importation sans nuance de la règle anglaise. Le juge Meredith explique d'ailleurs qu'il se tourne vers les règles américaines qui lui paraisent raisonnables et justes tout en étant conformes aux principes du droit bas-canadien[100]. Par ailleurs, il n'hésite pas à écarter à plusieurs reprises les arrêts de common law cités par les parties; cette attitude est assez typique à cette époque[101]. Notons enfin qu'il est extrêmement rare qu'un juge francophone cite un ouvrage anglophone, à moins, évidemment, que la common law ne soit applicable au litige.

En matière de lettres de change, la disparition de l'*Ordonnance sur le commerce* laisse un grand vide, que les juges comblent en puisant dans la doctrine et la jurisprudence anglaise, américaine et française[102]. À cette époque, les auteurs anglophones eux mêmes utilisent abondamment les sources françaises dans ce domaine[103], notamment Pothier[104]. Plusieurs juristes croient que les principes du droit commercial sont universels et ne varient pas d'un pays à l'autre[105]. Ils ne nous indiquent toutefois pas comment trancher en cas de divergence, mais on peut supposer que la jurisprudence de l'Angleterre serait alors favorisée. Cette constatation a déjà été faite dans le cas des ouvrages du juge Story, où les références au droit civil ne contredisent jamais les règles de la common law[106]. L'éclectisme des sources existe également en matière d'assurance terrestre, un domaine fort peu commenté en France avant 1760[107]. Au Bas-Canada, il devient habituel de consulter les auteurs anglophones et français du dix-neuvième siècle, les uns ne l'emportant pas sur les autres[108]. On constate de plus

---

100. *Cadwallader c. Grand Trunk Railway Co.*, (1859) 9 D.T.B.C. 169, 179 (C.S.).
101. Voir *infra*, note 110.
102. Après l'adoption de la loi de 1849, les références aux autorités anglo-saxonnes sont fréquentes; voyez Jean LECLAIR, *loc. cit., supra*, note 48; *Larocque c. Andres*, (1852) 2 D.T.B.C. 335 (C.S.); *Rice c. Bowker*, (1853) 3 D.T.B.C. 305 (C.S.); *Withall c. Ruston*, (1857) 7 D.T.B.C. 399 (C.S.); *Jones c. Withby*, (1859) 9 D.T.B.C. 191 (C.S.); *Carden c. Finley*, (1860) 10 D.T.B.C. 255 (B.R.). Voir aussi *Wood c. Shaw*, (1860) 3 L.C.J. 169 (C.S.); *Neveu c. De Bleury*, (1862) 12 D.T.B.C. 117 (B.R.) et *Gilmour c. Wishaw*, (1865) 15 D.T.B.C. 177 (B.R.).
103. Voir D. GIROUARD, *op. cit., supra*, note 44, p. 11 à 26; voir aussi M. BIBAUD, *loc. cit., supra*, note 49, p. 136-137.
104. D. GIROUARD, *Id.*, p. 12; voir aussi *Bellingham c. Freer*, (1828-1850) 1 C.R.A.C. 95 (C.J.C.P., 1837) et J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 3rd ed., London, Butterworths, 1990, p. 400.
105. *Swinnburne c. Massue*, [1834] Stuart's R. 569 (C.A., 1834), 573-574; E.L. MONTIZAMBERT, *A lecture on the Mercantile Law of Lower Canada*, Montreal, Lowell and Gibson, 1848, p. 6. Cet auteur suggère qu'il est possible d'incorporer les principes du droit commercial anglais dans la jurisprudence (p. 12), parce que ce droit est fondé lui-même sur le droit français, sur lequel il n'a que des éloges à faire (p. 18-19). Pour un exemple de l'utilisation simultanée de sources anglaises et françaises dans une affaire de société commerciale, voir *Higginson c. Lyman*, (1860) 4 L.C.J. 329, 346-347 (C.S.).
106. M.H. HOEFLICH, *loc. cit., supra*, note 96, p. 70-71.
107. *Peddie c. Quebec Fire Assurance Co.*, [1834] Stuart's R. 175, 178 (B.R., 1824).
108. *Peddie c. Quebec Assurance Fire Co.*, [1834] Stuart's R. 174, 178 (B.R., 1824); *Dill c. Compagnie d'Assurance de Québec*, (1845-46) 1 *R. de L. et de J.* 113 (C.A., 1844); *Casey c. Goldsmith*, (1852) 2 D.T.B.C. 200, 209 (C.S.), renversé (1854) 4 D.T.B.C. 107 (B.R.); *Leclaire c. Crasper*, (1856) 5 D.T.B.C. 487 (C.S.); *Montral Assurance Co. c. McGillivray*, (1858) 2 L.C.J. 221 (B.R.), renv. pour d'autres motifs (1859) 9 D.T.B.C. 488 (C.J.C.P.), ainsi

que certaines questions connexes sont réglées conformément au droit français[109].

Mis à part ces domaines que nous pourrions qualifier de mixtes, en raison de l'insuffisance des sources strictement canadiennes, la jurisprudence nous semble respecter fidèlement le mandat qui lui a été confié par l'*Acte de Québec*. À cet égard, les nombreuses décisions qui refusent de se tourner vers les précédents anglais méritent d'être soulignées[110]. Ainsi, en 1787, le Comité judiciaire du Conseil privé, confronté à l'emploi du mot «shérif» dans une ordonnance, refuse de conclure que le droit anglais s'applique à cet officier public[111]. Au Bas-Canada, les juges écartent une règle anglaise concernant les procédures abusives, par laquelle la victime est obligée d'attendre l'issue du litige avant de réclamer des dommages-intérêts[112]. Il en va de même pour l'obligation de déposer une plainte pénale avant de réclamer certains types de dommages[113]. Le taux d'intérêt des créances de la Couronne est également réglé par le droit français[114], tout comme les droits de succession des aubains[115]. Enfin, les règles de l'*Equity*

---

que (1860) 10 D.T.B.C. 385 (B.R.) et (1861) 11 D.T.B.C. 325 (C.J.C.P.); *Grant c. Aetna Insurance Co.*, (1861) 11 D.T.B.C. 128 (C.S.) et 330 (B.R.), renv. (1861) 12 D.T.B.C. 386 (C.J.C.P.); *Beacon Life Assurance Company c. Gibb*, (1863) 13 D.T.B.C. 81 (C.J.C.P.). Deux décisions semblent tenir pour acquis le rôle supplétif de la common law: *Racine c. Equitable Insurance Company of London*, (1862) 6 L.C.J. 89, 94 (C.S.); *Cusack c. Mutual Insurance Company of Buffalo*, (1862) 6 L.C.J. 97 (C.S.).

109. *Quebec Fire Assurance Co. c. Molson*, (1851-1858) 2 C.R.A.C. 1 (C.J.C.P.), 29 (subrogation); *Montreal Assurance Co. c. McGillivray*, (1858) 2 L.C.J. 221 (B.R.) (preuve orale du contrat), renv. pour d'autres motifs à (1859) 9 D.T.B.C. 488 (C.J.C.P.), suivi de (1860) 10 D.T.B.C. 385 (B.R.) et (1861) 11 D.T.B.C. 325 (C.J.C.P.).

110. *Hart c. Jones*, [1834] Stuart's R. 589 (C.A., 1834); *Meiklejohn c. A.-G. of Lower Canada*, (1828-1850) 1 C.R.A.C. 32 (C.J.C.P., 1834); *Bellingham c. Freer*, (1828-1850) 1 C.R.A.C. 95, 107 (C.J.C.P., 1837); *Pollok c. Bradbury*, (1851-1858) 2 C.R.A.C. 46, 76 (C.J.C.P., 1853); *Levey c. Lowndes*, (1852) 2 D.T.B.C. 257, 259 (C.S.); *Ross c. Daly*, (1853) 3 D.T.B.C. 136, 138-139 (C.S.); *Maguire c. Scott*, (1857) 7 D.T.B.C. 451, 464-465, 467-468 (B.R.); *Languedoc c. Laviolette*, (1858) 8 D.T.B.C. 255, 261 (le juge Aylwwin, dissident), (B.R.); *Kierzkowski c. Grand Trunk Railway Company*, (1858) 8 D.T.B.C. 3, 12 (C.S.), renv. à (1860) 10 D.T.B.C. 47 et 481 (B.R.); *Noël c. Chabot*, (1858) 8 D.T.B.C. 211 (C.S.); *Symes c. MacDonald*, (1859) 9 D.T.B.C. 182, 189 (C.S.); *Huston c. Grand Trunk Railway Co. of Canada*, (1860) 3 L.C.J. 269 (C.S., 1859); *Bank of Montreal c. Simson*, (1861) 11 D.T.B.C. 377, 379 et 384 (C.J.C.P.); *Ravary c. Grand Trunk Railway Co. of Canada*, (1862) 6 L.C.J. 49 (B.R.); *Juson c. Aylward*, (1864) 14 D.T.B.C. 164, 176 (B.R.); *Bank of Upper Canada c. Bradshaw*, (1866) 16 D.T.B.C. 3, 10 (B.R.), mais voir p. 33 et suiv., arrêt conf. à (1867) 17 D.T.B.C. 273 (C.J.C.P.). Sur les particularismes de la procédure civile, voyez *supra*, note 90.

111. *McClure c. Sheperd*, résumé dans [1834] Stuart's R. 75, note b). Il en va de même pour ses obligations en tant que gardien d'effets saisis, qui sont déterminées par le droit français: *McClure c. Sheperd*, [1834] Stuart's R. 75 (B.R., 1813, conf. en C.A. et au C.J.C.P.); *Irwin c. Boston*, (1857) 7 D.T.B.C. 433, 443 (B.R.).

112. *Whitfield c. Hamilton*, [1834] Stuart's R. 40 (B.R., 1811).

113. *Lamothe c. Chevalier*, (1854) 4 D.T.B.C. 160 (B.R.).

114. *A.-G. c. Black*, [1834] Stuart's R. 324 (C.A., 1828).

115. *Donegani c. Donegani*, [1834] Stuart's R. 460 (B.R., 1831), conf. (1828-1850) 1 C.R.A.C. 50 (C.J.C.P., 1835).

britanniques, appliquées par la Cour de chancellerie, ne sont pas reçues au Bas-Canada[116].

En droit international privé, les juges ne semblent pas davantage favoriser le droit anglais. Ainsi, en 1840, la Cour d'appel refuse de donner effet à une clause assujettissant les futurs époux, mariés au Bas-Canada, aux règles «de la Grande-Bretagne»[117]. Une décision déclare même que les parties mariées en Angleterre sont soumises aux règles de la *Coutume de Paris*, le contenu de la loi étrangère n'ayant pas été prouvé[118]. En dernier lieu, il convient de mentionner un arrêt isolé, antérieur aux rébellions, qui adopte une règle de l'*Ordonnance sur la marine*, au motif qu'elle est juste et équitable[119].

Dans l'ensemble, il nous paraît que le recours au droit anglais a été cantonné à certains secteurs bien définis: ceux où la législation l'autorisait, et ceux où la carence des sources locales incitait les juges à se tourner vers les auteurs étrangers, qu'ils soient français, anglais ou américains. Il est évident que ces exceptions avaient une ampleur considérable; mais le droit privé du Bas-Canada demeurait, aux yeux des contemporains, essentiellement français. Il reste à préciser comment le nouveau droit de ce pays était perçu par les contemporains.

B. L'accréditation du nouveau droit français

Comment les contemporains jugeaient-ils l'ancien droit français? La réponse à cette question (1) nous permettra d'examiner l'attitude qu'ils avaient envers le droit codifié appliqué en France (2).

1. Les attitudes face à l'ancien droit

C'est assurément la doctrine qui porte un jugement sévère sur ce qui reste du droit français au Bas-Canada. Tous s'accordent à souligner la nécessité des changements survenus en France lors de la Révolution, tout en

---

116. *Scott c. Phoenix Assurance Co.*, [1834] Stuart's R. 152, 158 (C.A., 1823); *Richardson c. Molson*, [1834] Stuart's R. 376, 393 (C.A., 1829); l'argument à l'effet contraire fut ignoré dans *Oakley c. Morrough*, [1811] Pyke's R. 19 (B.R., 1810). Voir sur ce sujet M. MORIN, «La compétence *parens patriae* et le droit privé québécois: un emprunt inutile, un affront à l'histoire», (1990) 40 *R. du B.* 827.
117. *Wilson c. Wilson*, (1846-47) 2 *R. de L. et de J. 431* (C.A., 1840).
118. *Parker c. Cochrane*, [1854] Montreal Condensed Report 65 (C.S., le juge Day); voir aussi *Grainger c. Parke*, (1860) 10 D.T.B.C. 350 (B.R.) et *Brodie c. Cowan*, (1863) 7 L.C.J. 96 (C.S., 1852).
119. *Swinburne c. Massue*, [1834] Stuart's R. 569 (C.A., 1834), 573-574 (le juge Reid, qui note l'absence de précédents anglais sur cette question de droit maritime). Voir également *Paraut c. Grenier*, [1834] Stuart's R. 453, 455 (B.R., 1831), où le juge en chef Sewell déplore le fait qu'une règle de l'*Ordonnance* déclarant les navires insaisissables ait été abrogée par une ordonnance provinciale; et *Maitland c. Molson*, [1834] Stuart's R. 441, 446-447 (C.A., 1830), où il tente, dans une dissidence, de convaincre ses collègues du fait que l'*Ordonnance* ne fait que reproduire une règle du droit romain. Il déclare «I am strongly struck with the propriety and equity of this, and still more with the great advantage which it would, evidently, be to the public if this principle were fully adopted» (*Ibid.*). Cette attitude est toutefois exceptionnelle: A. BRAËN, *loc. cit., supra*, note 74, p. 446-454.

déplorant les excès de cette dernière[120]. Par ailleurs, au Bas-Canada, les auteurs sont unanimes à dénoncer l'incertitude qui entoure la recherche de la règle applicable en droit privé. Ils en donnent principalement pour cause les lignes de démarcation incertaines entre les diverses sources du droit[121]. La plupart d'entre eux se plaignent également des divergences au sein même de l'ancienne doctrine française[122].

Le maniement des sources provenant d'un seul système juridique était déjà assez difficile; l'éparpillement entre les autorités anglaises, françaises et coloniales, sans mécanisme de coordination, rendait la situation intolérable. De plus, l'inaccessibilité de la doctrine française pour les juristes anglophones unilingues posait problème[123], pour ne rien dire de la difficulté de se procurer des ouvrages qui n'étaient plus réédités en France[124]. On imagine sans peine la confusion résultant du fait que les arrêts du Parlement de Paris étaient reproduits de façon contradictoire dans différents recueils[125].

Sans doute de façon prévisible, la jurisprudence est peu loquace sur le droit qu'elle a pour mission d'appliquer. Elle examine sans sourciller des règles anachroniques, telles celles qui permettent au seigneur d'ordonner la démolition d'une distillerie où l'on moud des grains, parce que son

---

120. M., «Sur la nécessité que les étudiants, les avocats et les juges connaissent l'histoire du droit», *loc. cit., supra,* note 60, p. 104; E.L.M., «Registration», Quebec Gazette, 8 mai 1844, reproduit dans (1845-46) 1 *R. de L. et de J.* 205, 207; Anonyme, «De la codification des lois du Canada», *loc. cit., supra,* note 49, p. 339-340; Anonyme, «Traduction de la Coutume de Paris», (1846-47) 2 *R. de L. et de J.* 175, 176 (voir aussi p. 276); Marcus, «Codification des lois civiles», La Minerve, 4 avril 1857, reproduit dans J.E. ROY, *Histoire du notariat au Canada depuis la fondation de la colonie jusqu'à nos jours,* vol. 2, Lévis, 1900, p. 224-226; Anonyme, «Du droit du Bas-Canada», *loc. cit., supra,* note 49, p. 9.

121. Anonyme, «De la codification des lois du Canada», *loc. cit., supra,* note 49, p. 337-338; Marcus, *loc. cit., supra,* note 120; D. Girouard, *Discours prononcé au «Convocation» de l'Université McGill,* reproduit dans M. BIBAUD, *op. cit., supra,* note 49, p. XXX-XXXII; Anonyme, «Du droit du Bas-Canada», *loc. cit., supra,* note 49, p. 9; De Bellefeuille, *Conférence,* extrait, A. MOREL, *op. cit., supra,* note 53, p. 124.

122. Marcus, *loc. cit., supra,* note 120; D. Girouard, *loc. cit.,* note 121; Anonyme, «Du droit du Bas-Canada», *loc. cit., supra,* note 49, p. 9; Maximilien BIBAUD, *op. cit., supra,* note 49, p. 133-135; voir aussi, *Gould c. Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Montreal,* (1860) 3 L.C.J. 197, 204 (B.R.); *Laviolette c. Martin,* (1861) 11 D.T.B.C. 254, 255 (B.R.). Le professeur André Morel fait remarquer que les juristes bas-canadiens de cette époque s'appuient presque exclusivement sur la doctrine lorsqu'ils discutent du droit français: «L'émergence du nouvel ordre juridique instauré par le *Code civil du Bas-Canada* (1866-1890)», dans *Les Journées Maximilien Caron 1992, Le nouveau Code civil - interprétation et application,* Montréal, Les Éditions Thémis, 1993, p. 49, à la p. 56.

123. Anonyme, «De la codification des lois du Canada», *loc. cit., supra,* note 49, p. 341; Anonyme, «Traduction de la Coutume de Paris», (1846-47) 2 *R. de L. et de J.* 175, 176; à la p. 276, on souligne la parution récente d'une version anglaise de la *Coutume de Paris,* qu'on trouve dans N.B. DOUCET, *Fundamental Principles of the Laws of Canada,* Montreal, 1841-1843, t. 2.

124. Voir le préambule de l'*Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure, loc. cit., supra,* note 1: «Attendu que (...) les anciens lois, encore suivies dans le Bas-Canada, ne sont plus ni ré-imprimées ni commentées en France, et qu'il devient de plus en plus difficile d'en obtenir des exemplaires ou des commentaires (...)»; voir ausssi E. LEFEBVRE DE BELLEFEUILLE, «Code civil du Bas-Canada - Législation sur le mariage» (1864) 1 *Revue canadienne* 602, 654, 731 et (1865) 2 *Revue canadienne* 30, p. 668, note 1, (Revue de 1864).

125. *Charlebois c. Healley,* (1852) 2 D.T.B.C. 213, 222-223 (B.R.).

propriétaire contrevient ainsi au droit de banalité[126]. Mentionnons également ce seigneur qui bénéficie des lois de mainmorte à l'occasion de la fusion de compagnies de chemins de fer[127]. En définitive, c'est Louis XV qui essuie les critiques les plus dures. Le juge Mondelet déclare que les «braves habitants» de la Nouvelle-France ont été «indignement abandonnés», vu les «sommes immenses que leur roi, le sadarnapale des temps modernes, dépensait dans les orgies les plus dégradantes, et à gratifier les goûts et alimenter les excès de maîtresses bien dignes de lui»[128].

La seule critique que nous ayons relevé dans la jurisprudence à propos de l'ancien droit concerne les clauses dites comminatoires. L'une d'elles prévoit la résolution de la convention si l'une des parties n'exécute pas ses obligations dans le délai convenu. La jurisprudence de l'ancien régime refusait de donner automatiquement effet à ces clauses, en se réservant le droit de relever une partie de son défaut. Une décision de la Cour supérieure fournit au juge Meredith l'occasion d'approuver les critiques adressées à cette jurisprudence par la doctrine française, ancienne ou moderne[129]. Invoquant le principe de la force obligatoire du contrat, ce magistrat affirme qu'il commettrait un déni de justice en refusant de donner effet à une telle clause[130]. Le juge Duval est du même avis, en se réclamant de l'autorité de Lord Kenyon[131]. Plus prudemment, la Cour d'appel déclare que la clause en question n'est pas comminatoire[132]. Même si certains juges se rallient à l'ancienne jurisprudence[133], la majorité d'entre eux refuse d'appliquer celle-ci[134]. Il semble donc que cette règle est en voie de disparition.

Par certains côtés, l'ancien droit apparaît désuet. La jurisprudence trouve cependant le moyen d'éluder son application. Ainsi, les règles de la légitime protègent les descendants du défunt contre les donations faites du vivant de celui-ci. Cette règle n'a pas été abrogée au Bas-Canada, mais en pratique, un testament confirme le plus souvent les donations, qui se trouvent ainsi couvertes par la liberté de tester[135]. La controverse entourant l'obligation pour les catholiques de se marier devant le curé de

---

126. *Monk c. Morris*, (1853) 3 D.T.B.C. 3, 38-39 (C.S.).
127. *Kierkowski c. Grand Trunk Railway Company of Canada*, (1860) 10 D.T.B.C. 44 et 481 (B.R.).
128. *Stuart c. Bowman*, (1852) 2 D.T.B.C. 369, 418 (C.S.), conf. (1853) 3 D.T.B.C. 309 (B.R.).
129. *Richard c. Curés et Marguillers de l'Oeuvre et Fabrique de Québec*, (1856) 5 D.T.B.C. 3, 6-7 (C.S.).
130. *Ibid.*
131. *Id.*, p. 5.
132. *Id.*, p. 15-16.
133. *Dill c. Compagnie d'assurance de Québec*, (1845-46) 1 *R. de L. et de J.* 113 (C.A., 1844); *Hamier c. Demers*, (1857) 1 L.C.J. 13 (C.S.); *Bouthillier c. Turcot*, (1860) 3 L.C.J. 50 (C.S.).
134. *McNevin c. Board of Arts and Manufactures for Lower Canada*, (1862) 12 D.T.B.C. 335 (C.S.); *Racine c. Equitable Insurance Co.*, (1862) 6 L.C.J. 89 (C.S.); *Cheval c. Morrin*, (1862) 6 L.C.J. 229 (C.S.).
135. Jacques Crémazie, *Manuel des notions utiles sur les droits politiques, le droit civil, la loi criminelle, et municipale, les lois rurales, etc.*, Québec, J. et O. Crémazie, 1852, p. 108; voir aussi *Quintin c. Girard*, (1857) 1 L.C.J. 163 (C.S.) et (1858) 8 D.T.B.C. 317 (B.R.) et A. MOREL, *op. cit., supra*, note 5, nos. 28 et 35, p. 31-33 et 39-40.

l'un des époux témoigne également du viellisement du droit, même si cette règle ne semble pas avoir été appliquée par les tribunaux[136].

Le recours aux «usages», accepté par la doctrine française, permet aux juges de conclure à l'abrogation de certaines ordonnance royales[137]. Dans d'autres décisions, ils se contentent d'insister sur les conditions juridiques particulières du Bas-Canada[138], en s'abstenant de critiquer directement les principes qu'ils réussissent ainsi à contourner. Néanmoins, à deux reprises différentes, le Comité judiciaire rappelle la Cour d'appel à l'ordre. Les juges londoniens insistent sur la nécessité d'appliquer les règles de l'ancien droit français qui n'ont pas été clairement abrogées[139].

On peut soupçonner qu'un travail d'adaptation est déjà accompli lorsque la décison de codifier est prise; les règles anachroniques semblent avoir été contournées par les juges, quand elles ne sont pas tombées en désuétude. A titre d'exemple, aucune décision publiée ne porte sur la lésion subie par suite de la vente d'un immeuble à un majeur. D'autre part, par certains côtés, la jurisprudence de l'époque paraît étonnamment moderne. Il en va ainsi de l'exigence de bonne foi lors de l'exécution du contrat[140], de la possibilité qu'une saisie soit jugée abusive[141] ou de l'obligation de loyauté imposée au dirigeant d'une société commerciale[142]. La désuétude de l'ancien droit est une chose relative: expurgé de la féodalité et des règles protégeant le patrimoine des familles, le droit bas-canadien ne paraît pas retardataire.

---

136. *Languedoc c. Laviolette*, (1858) 8 D.T.B.C. 257 (B.R.); voir les commentaires de M. BIBAUD, *op. cit., supra,* note 16, p. 373 et suiv.; E. LEFEBVRE DE BELLEFEUILLE, *loc. cit., supra,* note 124.
137. *Desforges c. Dufaux*, (1863) 13 D.T.B.C. 179 (B.R.); voir aussi *Senecal c. Beauregard*, (1860) 4 L.C.J. 213 (B.R.); *Neveu c. De Bleury*, (1862) 12 D.T.B.C. 117 (B.R.); *Evanturel c. Evanturel*, (1865) 15 D.T.B.C. 321, 371 et 392 (B.R.).
138. *Anderson c. Dessaules*, (1852) 2 D.T.B.C. 481 (C.S.): les intérêts peuvent être calculés sur les arrérages, vu l'abrogation des lois sur l'usure en 1777; *Tremblay c. Cie des propriétaires de Chemin à Lisse du Champlain et du St-Laurent*, (1856) 5 D.T.B.C. 219 (B.R.): contrairement à la France, les notaires du Bas-Canada ont toujours eu le pouvoir de recevoir les sentences arbitrales; *Hall c. Beaudet*, (1856) 6 D.T.B.C. 75 (B.R.): une dette commerciale prouvée oralement, conformément aux règles anglaises, peut constituer une «dette liquide et exigible» et être opposée en compensation; *Stuart c. Blair*, (1856) 6 D.T.B.C. 433 (B.R.): les personnes résidant dans des districts judiciaires différents au Bas-Canada ne peuvent être considérées absentes aux fins de la prescription; *Lambert c. Gauvreau*, (1857) 7 D.T.B.C. 277 (B.R.): un testament notarié qui ne rencontre pas les conditions fixées par la *Coutume de Paris* peut valoir comme testament fait selon les règles anglaises; *Moreau c. Motz*, (1857) 7 D.T.B.C.147 (B.R.), conf. (1860) 10 D.T.B.C. 84 (C.J.C.P.): au Bas-Canada, le testateur pourrait peut-être dispenser le tuteur de ses enfants de faire inventaire (voir p. 168-169, 187-188).
139. *Renaud c. Tourangeau*, (1867) 17 D.T.B.C. 451; *Gugy c. Brown*, (1867) 17 D.T.B.C. 33.
140. *Leduc c. Shaw*, (1863) 13 D.T.B.C. 438, 447 (B.R.); voir aussi l'allusion du juge Aylwin, dissident, dans *Bank of British North America c. Cuvillier*, (1860) 4 L.C.J. 241, 264 (B.R.), arrêt renversé à (1852-63) 4 C.R.A.C. 227 (C.J.C.P.).
141. *David c. Thomas*, (1857) 1 L.C.J. 69 (B.R.).
142. *Bank of Upper Canada c. Bradshaw*, (1866) 16 D.T.B.C. 3 (B.R.), conf. à (1867) 17 D.T.B.C. 273 (C.J.C.P.).

2. L'approbation du nouveau droit

Dès 1831, l'Assemblée législative du Bas-Canada discute de la possibilité de codifier le droit privé de la province. Plusieurs jugent la tâche impossible, en particulier Augustin-Norbert Morin, qui, ironie du sort, sera l'un des trois «commissaires» nommés en 1859 pour mener à bien ce projet. Les juristes de l'époque sont pleinement conscients des avantages procurés par la codification française. Le Conseil législatif adopte lui aussi une résolution suggérant la rédaction d'un code. L'idée refera surface à quelques reprises jusqu'en 1836, mais la conjoncture politique rend impossible sa mise en oeuvre[143]. En 1846, un juriste suggère à son tour que la codification des lois soit entreprise[144]. En 1851, un manifeste électoral «rouge» réclame également cette mesure[145]. Comme pour l'abolition de la tenure seigneuriale et l'élections des membres du Conseil législatif, ce sont finalement les conservateurs qui mèneront le projet à bien.

Après l'Union, la doctrine n'a que des éloges à faire au sujet du Code français: «formes séduisantes»[146], «monument de sagesse humaine»[147], «le plus beau monument législatif des temps modernes»[148]. Seul Maximilien Bibaud déplore le fait qu'il soit devenu «le véritable Eldorado de la Jurisprudence», où l'on se «jette sans précaution, attiré par la beauté et la lucidité des écrits»[149]. Pourtant, les *Commentaires* qu'il rédige à l'intention de ses étudiants font constamment référence aux articles du Code français reproduisant une règle en vigueur au Bas-Canada[150]. Son désir de voir les praticiens se tourner davantage vers le droit romain ne nous semble pas très réaliste[151].

---

143. E. KOLISH, *op. cit., supra*, note 23, p. 667-672; entre 1763 et 1774, les officiers de la Couronne avaient suggéré de rédiger un code du droit privé canadien: A MOREL, *loc. cit.*, note 122, p. 1 et 2 du manuscrit. En l'absence du modèle napoléonien, on peut se demander quelles auraient été les chances de succès d'une telle entreprise. De toute façon, aucune tentative n'a été faite à cette époque.
144. «De le codification des lois du Canada», *loc. cit., supra*, note 49.
145. «Manifeste rouge», dans Daniel LATOUCHE et Diane POLIQUIN (éd.), *Le manuel de la parole, t. 1*, Montréal, Éditions du Boréal Express, 1977, p. 101, à la p. 105.
146. «Sur la nécessité que les étudians, les avocats et les juges connaissent l'histoire du droit», *loc. cit., supra*, note 60, p. 104.
147. Anonyme, «De la codification des lois du Canada», *loc. cit., supra*, note 49, p. 338.
148. Anonyme, «Du droit du Bas-Canada», *loc. cit., supra*, note 49, p. 11.
149. *op. cit., supra*, note 16, t. 2, p. 276-277; au même effet, *op. cit., supra*, note 49, p. 139.
150. La terminologie qu'il emploie est d'ailleurs fort variable: le plus souvent Code Napoléon, mais aussi Napoléon tout court (*op. cit.*, note 16, p. 118) ou même droit napoléonien (p. 208). Il faut dire que ces livres sont publiés en 1859 et 1861, après que la décision de procéder à la codification a été prise.
151. *Id.*, p. 277. La même suggestion réapparaît dans un texte anonyme, «Du droit du Bas-Canada», *loc. cit., supra*, note 49, p. 8, 11 et 13, ce qui nous porte à croire que Bibaud pourrait en être l'auteur, le style des deux textes étant semblable.

La jurisprudence fait également largement appel au Code Napoléon et aux auteurs qui le commentent. Dès 1828, Toullier est cité en Cour d'appel[152]. Après 1830, juges et avocats se mettent à comparer l'ancien droit du Bas-Canada et le Code Napoléon[153]. En 1837, le Comité judiciaire du Conseil privé déclare que le Code peut être considéré comme un traité sur le droit français de l'époque de Pothier, sauf s'il appert qu'une de ses dispositions avait pour but de modifier celui-ci[154]. L'habitude allait être prise de citer le Code Napoléon, en précisant qu'il reproduisait l'ancien droit[155]. C'est ainsi que l'article 1382 du Code Napoléon est parfois cité par les juges qui veulent définir les conditions de la responsabilité civile délictuelle[156]. Plusieurs décisions signalent cependant l'existence de divergences entre le droit français et celui du Bas-Canada[157]. À deux reprises, la Cour d'appel reproche même à la Cour supérieure de s'être erronément fondée sur le Code Napoléon[158].

Nous avons relevé une seule décision exprimant des réserves sur la codification, parce qu'elle redonne leur plein effet aux clauses dites comminatoires. En l'expèce, une police d'assurance prévoit qu'une réclamation doit être faite dans les quatorze jours du sinistre. L'assuré présente sa réclamation après l'expiration de ce délai. Si la clause est considérée comminatoire, les juges peuvent relever l'assuré de son défaut,

---

152. *Caldwell c. A,-G.*, [1834] Stuart's R. 327, 337 (C.A., 1828), conf. [1834] Stuart's R. 581 (C.J.C.P.). M. TOULLIER publie le premier tome de son oeuvre (*Le droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon*) à Rennes, en 1811. Notons que l'ouvarge d'Henri DESRIVIÈRES-BEAUBIEN, *Traité sur les lois civiles du Bas-Canada*, 3 vol., Montréal, Ludger Duvernay, 1832-33, ne contient, sauf erreur, aucune référence au Code Napoléon.
153. *Viger c. Pothier*, [1834] Stuart's R. 394, 404 (C.A., 1830). Voir également *Sarony c. Bell*, [1834] Stuart's R. 345, 353 (B.R., 1828); *Montgomery c. Gerrard*, [1834] Stuart's R. 437, 438 note a) (C.A., 1830); *Russel c. Field*, [1834] Stuart's R. 558, 559 (C.A., 1833).
154. *Bellingham c. Freer*, (1828-1850) 1 C.R.A.C. 95, 110.
155. *Brown c. Laurie*, (1851) 1 D.T.B.C. 343 (C.S.) et (1856) 5 D.T.B.C. 65 (B.R.); *Russel c. Jenkins*, (1853) 3 D.T.B.C. 417 (C.S.); *Têtu c. Fairchilds*, (1856) 6 D.T.B.C. 269, 273 (C.S.); *Union Building Society c. Russel*, (1857) 7 D.T.B.C. 374, 381 (C.S.); *Gallagher c. Allsopp*, (1858) 8 D.T.B.C. 156 (B.R.); *Montizambert c. Gervais*, (1860) 10 D.T.B.C. 269, 273 (B.R.); *Pinsonnault c. Dubé*, (1860) 3 L.C.J. 176, 178 (B.R.); *Bank of Montreal c. Simson*, (1861) 11 D.T.B.C. 377, 384 (C.J.C.P.); *Dubé c. Charron*, (1861) 5 L.C.J. 255 (C.S., 1853); *Peck c. Harris*, (1862) 12 D.T.B.C. 355, 360 (B.R.); *Herbert c. Fennell*, (1863) 7 L.C.J. 302, 308 (B.R.); *McDonald c. David*, (1864) 14 D.T.B.C. 31, 38 (B.R.).
156. *Montizambert c. Gervais*, (1860) 10 D.T.B.C. 269, 273 (B.R.); *Niaientsiasa c. Akwirente*, (1860) 4 L.C.J. 367, 369 (B.R.); à première vue, ce dernier arrêt semble refuser toute existence aux règles collectives suivies par les autochtones.
157. *Quebec Fire Assurance Co. c. Molson*, (1851) 1 D.T.B.C. 222, 233 (C.J.C.P.); *Beaulet c. Dorion*, (1856) 5 D.T.B.C. 344, 354 (B.R.); *Ryan c. Halpin*, (1856) 6 D.T.B.C. 61, 65-66 (B.R.); *Tator c. MacDonald*, [1854] Montreal Condensed R. 84 (C.S.); *Phillips c. Anderson*, [1854] Montreal Condensed R. 87, 88 (C.S.); *Torrance c. Torrance*, [1854] Montreal Condensed R. 115, 119 (C.S.); *Languedoc c. Laviolette*, (1858) 8 D.T.B.C. 257, 264 (B.R.); *Taschereau c. De Lagorgendière*, (1859) 9 D.T.B.C. 497, 501 (C.S.); *Martin c. Martin*, (1860) 3 L.C.J. 307, 310 (C.S.); *Neveu c. De Bleury*, (1862) 12 D.T.B.C. 117, 123 (B.R.); *Trigge c. Lavallée*, (1863) 13 D.T.B.C. 132, 144 (C.J.C.P.); *Herrick c. Sixby*, (1864) 8 L.C.J. 324 (B.R.).
158. *Kennedy c. Smith*, (1856) 6 D.T.B.C. 260, 266 (B.R.); *Evanturel c. Evanturel*, (1865) 15 D.T.B.C. 321, 385 (B.R.).

ce qu'ils acceptent de faire. Ils notent au passage, avec une pointe de regret, que cette doctrine est contestée en France:

> Les efforts faits en France par les rédacteurs du Code pour laisser aux tribunaux le moins de discrétion possible et les obliger à suivre la lettre de la loi plutôt que de s'en rapporter à leur propre conscience ont rendu plusieurs jurisconsultes plus sévères, et il s'en trouve qui ne veulent plus reconnaître, comme comminatoires, aucune clause d'un contrat[159].

Cette opinion est isolée à plus d'un point de vue; elle ne dénote d'ailleurs pas forcément une attitude négative envers le Code lui-même. Si tel était le cas, elle irait clairement à contre-courant de l'opinion des contemporains.

Lorsque la décision de codifier le droit privé est prise, en 1857, les juristes bas-canadiens sont extrêmement familiers avec le nouveau droit français, en particulier la doctrine du dix-neuvième siècle[160]. La désuétude fonctionnelle de l'ancien droit, l'inaccessibilité des ouvrages et leur unilinguisme rendent nécessaire une réforme d'envergure. C'est d'ailleurs sur la dimension linguistique du problème que George-Étienne Cartier met l'accent en présentant son projet[161]. L'année suivante, il déclare «[...] qu'ici, comme partout ailleurs, c'est la loi française ou romaine qui a force d'absorption, et que jamais elle ne pourra être absorbée. C'est la jurisprudence conforme à cette loi qui prévaut dans presque toute l'Europe, qui s'est introduite aux États-Unis et qui là, comme en Angleterre, est devenue la base des réformes légales»[162]. Dans son esprit, il ne semble donc pas que le droit français soit menacé de disparition.

III. La codification dans son contexte

La réforme du droit bas-canadien, décrétée par la législature, est tributaire des particularismes qui viennent d'être décrits. L'ancien droit demeure la pierre angulaire du futur code, dont la rédaction semble souhaitée par tous (A). Néanmoins, les codificateurs ont aussi la faculté de proposer des modifications et les initiatives qu'ils prennent suscitent quelques critiques (B).

---

159. *Dill c. Compagnie d'assurance de Québec*, (1845-46) 1 *R. de L. et de J.* 113, 117-118 (B.R., 1844).
160. Les renvois à cette dernière dans les recueils de jurisprudence sont innombrables: voir A. MOREL, *loc. cit.*, note 122, p. 9 du manuscrit.
161. «Discours sur la codification des lois prononcé le 27 avril 1857 à l'Assemblée législative», dans Joseph TASSÉ (éd.), *Discours de Sir Georges Cartier baronnet accompagné de notices*, Montréal, Eusèbe Sénécal et fils, 1893, p. 129-130.
162. «Discours sur le programme du ministère MacDonald-Cartier prononcé le 8 mars 1858 à l'Assemblée législative», *Id.*, p. 141, à la p. 142.

A. La décision de codifier

1. L'adoption de la loi

L'*Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure* confère aux codes français un rôle de modèle[163]. Il prévoit la nomination de trois commissaires, qui peuvent être avocats[164] ou juges[165] et sont chargés de retenir les règles qu'ils estiment être «alors réellement en force»; il leur est également loisible de suggérer séparément des modifications[166]. Les commissaires doivent de plus codifier dans un même ouvrage les règles concernant les «matières civiles» et les «affaires de commerce»[167], en plus de rédiger un *Code de procédure civile*[168].

Nous avons vu ci-dessus qu'au dix-neuvième siècle, les juristes avaient pris l'habitude de comparer l'ancien droit et le Code Napoléon. La décision de reproduire les règles en vigueur réflète donc fidèlement la pratique de l'époque, même si elle complique singulièrement la tâche des commissaires. En effet, ces derniers doivent rédiger des rapports[169] où ils citent les autorités sur lesquelles ils s'appuient[170]. Ces propositions doivent ensuite être transmises aux juges pour qu'ils fassent connaître leurs observations, oralement ou par écrit[171], et qu'ils suggèrent au besoin des amendements[172]. Toutefois, l'absence de tels commentaires ne peut faire obstacle à l'adoption des codes[173]. Tant les rapports que les codes doivent être rédigés en anglais et en français[174].

L'importance du rôle dévolu à la magistrature suscite des protestations. Une pétition rédigée par le juge en chef Lafontaine et plusieurs de ses collègues demande que l'on laisse tomber l'obligation de commenter le travail des commissaires[175]. Elle ne produit pas de résultat. En 1859, trois juges sont nommés commissaires[176]. Peu après, la Cour d'appel décide que l'un de ses membres a été automatiquement déssaisi des causes

---

163. *Loc. cit., supra,* note 1, art. 7: «Les dits codes seront rédigés sur le même plan général et contiendront, autant que cela pourra se faire convenablement, la même somme de détails sur chaque sujet, que les codes français connus sous le nom de *code civil, code de commerce* et *code de procédure civile*».
164. *Id.*, art. 1.
165. *Id.*, art. 2.
166. *Id.*, art. 6.
167. *Id.*, art. 4.
168. *Id.*, art. 5.
169. *Id.*, art. 8.
170. *Id.*, art. 6.
171. *Id.*, art. 8, 9 et 11.
172. *Id.*, art. 10.
173. *Id.*, art. 12.
174. *Id.*, art. 15.
175. *Journaux de l'Assemblée législative de la province du Canada*, session de 1857, vol. 15, p. 254, le 23 avril 1857.
176. Il s'agit des juges Edouard-René Caron, Charles Dewey Day et Augustin-Norbert Morin.

entendues avant sa nomination[177]. On sent ici un malaise face à la participation de certains juges au processus législatif, bien que plusieurs se conforment par la suite à la loi et font part de leurs commentaires.

2. La réaction contemporaine[178]

Si le rôle dévolu aux juges suscite des protestations, il n'en va pas de même de la décision de codifier le droit bas-canadien. La réaction dithyrambique de «Marcus», en avril 1857, vaut la peine d'être citée ici[179]:

> Quelles sont les lois qui nous régissent aujourd'hui? Qui peut le dire? Quel est le citoyen, quel est l'avocat, quel est le juge même qui puisse dire «voilà la loi». La loi! mais nous n'en avons pas, ou du moins nous en avons tant, de si vieilles et de si nouvelles, de si usées et de si contradictoires, que les meilleurs juristes s'y perdent. Aussi n'est-il pas étonnant que les jugements d'une cour sont renversés par une autre, qui le serait à son tour probablement, si l'on en pouvait appeler. Et la raison en est bien simple, c'est que la loi, telle que nous l'avons, *n'est plus un texte, mais l'opinion des commentateurs*, aussi divers que nombreux. Les vieilles coutumes du moyen-âge, habillées quelquefois en costumes modernes et coiffées de précédents anglais, voilà aujourd'hui notre jurisprudence! Autant vaut souvent jouer à croix ou pile, que de confier à la loi le sort des procès. Mais plus les lois sont vieilles, plus elles sont respectables et doivent être vénérées, dit-on! Oui, sans doute, pour leur antiquité! Et seulement comme reliques d'un temps qui n'est plus, de moeurs qui ont changé, et de besoins qui ont disparu pour faire place à des besoins nouveaux. Si l'aiguille des âges demeurait stationnaire les lois pourraient le rester aussi sans inconvénient.
>
> Il y a longtemps que le pays sentait le besoin d'une codification; mais aucun législateur n'osait porter la main sur le monument séculaire de notre législation du moyen-âge. Il fallait un homme à vues larges, dont le coup-d'oeil avait pu embrasser tous les besoins de notre époque, sonder l'abime ou nous marchions en nous engouffrant de plus en plus dans le dédale d'une jurisprudence, que nous rendions de jour en jour plus impénétrable.

---

177. *Competency of the Court*, (1861) 5 L.C.J. 79 (B.R., 2 mars 1859).
178. Nous désirons remercier M. Patrick Vézina, étudiant à l'école professionnelle du Barreau du Québec, qui a effectué des recherches dans les périodiques disponibles sur microfilm à l'Université d'Ottawa.
179. Marcus, «Codification des lois civiles», *La Minerve*, 4 avril 1857, *loc. cit.*, note 120.

Cette vision apocalyptique du droit bas-canadien est tellement répandue qu'on peut parler de cliché[180]. Tous les commentateurs reprennent d'ailleurs ce thème et saluent l'initiative gouvernementale[181]. L'un d'eux suggère plutôt d'adopter le Code Napoléon en y apportant les changements nécessaires, à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence française. Il propose de plus qu'en cas de divergence entre les deux versions d'une disposition du Code, seul le texte français soit officiel[182]. Le lendemain, un autre auteur signale que la jurisprudence française est d'inégale valeur; il se réjouit du fait que le travail de codification soit confié à des juristes éloignés de la vie politique[183]. Les commissaires eux-mêmes insistent sur les difficultés rencontrées en cours de route, parce qu'ils sont fréquemment confrontés à une controverse doctrinale; ils croient eux aussi qu'il aurait été plus simple d'adapter le Code Napoléon aux circonstances particulières du Bas-Canada[184].

En chambre, l'opposition se déclare également en faveur de la codification[185]. M. Drummond même incite les députés du Haut-Canada à s'intéresser à cette mesure. Il souhaite qu'elle soit l'occasion d'une unification du droit des deux anciennes provinces, en vue d'une union possible des colonies britanniques de l'Amérique du Nord. Dans son esprit, cette réforme ne doit pas consister à copier des lois anglaises ou à ressusciter de vielles ordonnances qui ont depuis longtemps été rejetées par la France. Elle doit s'inspirer de «principes plus larges».

Le député haut-canadien George Brown saisit l'occasion qui lui est offerte. Il présente une motion pour qu'un comité se penche sur l'opportunité de procéder à l'unification du droit des deux anciennes provinces; celle-ci est rejetée[186]. M. Dorion soutient vaillamment son allié du moment en affirmant que la codification ne serait pas plus difficile à accomplir au Canada-Uni qu'en France. John A. MacDonald intervient pour soutenir le projet de Georges-Étienne Cartier[187]. À son avis, l'uniformisation est un idéal impossible à atteindre dans la conjoncture politique de l'époque; il convient donc de ne pas retarder pour ce motif une

---

180. Voir *supra*, note 121.
181. Voir le *Journal de Québec*, le 3 mars 1857; le *Courier du Canada*, le 4 mars 1857; le *Journal de Québec*, le 7 avril 1857; le *Journal de Québec*, le 26 novembre 1864. *Le Pays*, le seul quotidien qui soit clairement de gauche, n'a aucune critique à formuler, puisqu'il a proposé la codification antérieurement: voir le 19 mars 1857 et le 18 juin 1857. La presse anglophone ne semble pas avoir émis de commentaires; les microfilms disponibles à l'Université d'Ottawa sont cependant incomplets pour cette période.
182. *Journal de Québec*, 7 avril 1857.
183. *Courier du Canada*, 8 avril 1857.
184. *Code civil du Bas Canada, Premier, Second et Troisième Rapports*, Québec, George E. Desbarats, 1865, p. 33 (Premier rapport) et p. 141-142 (Second Rapport).
185. Le *Courier du Canada*, 25 et 27 avril 1857, M. A.A. Dorion et M. Drummond; voir aussi *La Minerve* du 28 avril 1857. Le compte-rendu qui suit est tiré de ces deux journaux.
186. *Journaux de l'Assemblée législative de la province du Canada*, session de 1857, vol. 15, p. 239-240.
187. Voir sur ce sujet Brian YOUNG, «Dimensions of a Law Practice: Brokerage and Ideology in the Career of George-Étienne Cartier», dans Carol WILTON (éd.), *Essays in the History of Canadian Law, vol. IV, Beyond the Law: Lawyers and Business in the Canada, 1830-1930*, Toronto, Butterworths, 1990, p. 92.

mesure avantageuse pour le Bas-Canada. C'est toutefois M. Loranger qui est le plus cinglant dans sa réponse. Un journaliste résume ainsi les propos du député[188]:

> [...] rien ne serait plus avantageux pour tout le continent de l'Amérique du Nord si les lois y étaient partout les mêmes; de même l'humanité retirerait des avantages incalculables si tous les peuples étaient régis par un même code, si le système monétaire était partout le même et s'il n'y avait qu'une langue universelle! Ce serait, en vérité, le renouvellement de l'âge d'or. Mais reste à savoir le moyen de réaliser cette brillante utopie; comment changer les habitudes, les besoins, les moeurs, les croyances et jusqu'à la langue d'un peuple? Les lois d'un peuple ne se changent pas d'un trait de plume; il n'y a que le travail lent et graduel des siècles qui puissent y apporter sans secousse les modifications et les changements qui naissent du changement même des circonstances et des besoins présents. Il insiste ensuite avec force sur la nécessité pressante de mettre un terme à la confusion qui règne dans notre système de lois; tant il est pêle-mêle: lois françaises, lois anglaises, statuts provinciaux.

Il est intéressant de noter que MM. Drummond et Cameron, qui souhaitent l'uniformisation du droit des deux anciennes provinces, votent néanmoins contre la motion de M. Brown et ne s'opposent pas à la codification. Les autres critiques des députés portent sur la participation des juges au processus et, dans le cas de M. Dorion, sur le fait que les notaires ne peuvent être nommés commissaires.

L'opportunité de la codification semble donc faire l'unanimité. Pourtant, peu avant l'adoption définitive du nouveau Code, Édouard Lefebvre de Bellefeuille remet celle-ci en question[189]. Tout en reconnaissant qu'il faut «faciliter les relations [commerciales], simplifier les transactions et, sans mettre toute prudence de côté, donner les moyens de contracter vite, sûrement et promptement»[190], l'auteur affirme que la législation doit parvenir à un haut «degré d'immutabilité et de

---

188. *Courier du Canada*, 27 avril 1857.
189. E. LEFEBVRE DE BELLEFEUILLE, *loc. cit.*, note 124.
190. *Id.*, p. 603.

perfectionnement» avant de pouvoir être codifiée[191], compte tenu des nombreuses interventions du législateur de cette époque.

En mai 1865, C.F.S. Langelier[192] répond à De Bellefeuille[193]: «[s]ans doute, on ne conçoit pas un Code qu'on peut changer d'un jour à l'autre; mais on ne conçoit pas davantage un code immuable»[194]. Il ajoute que «quatre-vingt-dix-neuf [lois] sur cent sont complètement étrangères à ce qui entre dans un code de droit civil»[195], et conclut, de façon prémonitoire: «si l'on a, comme nous l'espérons, la sagesse de faire entrer dans le code [les changements] dont l'utilité est reconnue, ce code pourra rester bien des années à venir sans subir de modifications»[196].

À De Bellefeuille qui vante «l'ordre logique et rationnel du Code Napoléon», non sans reprocher aux commissaires d'avoir copié servilement celui-ci[197], Langelier montre sans difficulté que «rien n'est moins logique ni rationnel»[198]. Il déplore que les commissaires n'aient pas été libres de s'inspirer de ce Code sans avoir à reproduire le droit en vigueur au Bas-Canada[199]. Il conclut cependant que le résultat est supérieur sur bien des points au modèle français[200]. En somme, si jamais De Bellefeuille avait réussi à semer un doute dans l'esprit de ses lecteurs, la réponse de Langelier aurait dû le dissiper rapidement. Après la promulgation du Code, De Bellefeuille adopte un ton nettement plus modéré, en soulignant l'utilité du Code civil et la bonne volonté des commissaires[201].

Ainsi, l'opportunité de procéder à la codification semble avoir fait l'objet d'un très large consensus au Bas-Canada, par delà les convictions

---

191. *Id.*, p. 37; Maximilien Bibaud avait avancé la même idée en déclarant: «[i]l est absurde de procéder à la codification des lois dans un pays où on les altère tous les ans» (*loc. cit.*, note 70, p. 12). Pour De Bellefeuille, le Code aurait un effet bénéfique s'il protégeait «le peu qui nous reste de nos bonnes et vieilles lois françaises» en les mettant à l'abri des interventions législatives, ce qu'il croit très peu probable (*loc. cit.*, note 124, p. 41). Un «patriote» écrit pour sa part que «[nos] lois sont, il est vrai, obscures à cause des lois anglaises ou canadiennes qui semblent les contredire, compléter ou expliquer; cependant, avec de l'étude, les avocats et les juges consciencieux y trouvent le moyen de régir les Canadiens-français conformément aux droits qui leur sont garantis par les traités». Il craint cependant que la codification fasse disparaître ces anciennes lois et que de ce fait, la langue et les institutions des Canadiens-français soient davantage menacés («Code civil du Bas-Canada», *L'Ordre*, le 3 novembre 1864).

192. Selon T. McCORD, *Civil Code of Lower Canada*, Montréal, Dawson Brothers, 1867, Préface, p. ix.

193. «Observations sur le projet de Code civil du Bas-Canada», *Journal de Québec*, 27 et 30 mai, 1er, 3, 6, 8, 10, 13, 17, 19, 22, 24, et 27 juin; 1er, 15 et 20 juillet; 5 et 9 août 1865.

194. *Journal de Québec*, 27 mai 1865.

195. *Ibid.*

196. *Id.*, 1er juin 1865.

197. *Loc. cit.*, note 124, p. 604-605.

198. *Journal de Québec*, *id.*, 3 et 6 juin 1865.

199. *Id.*, 6 juin 1865.

200. *Id.*, 8 juin 1865.

201. E. LEFEBVRE DE BELLEFEUILLE, «Précis des changements introduits par le Code civil dans les lois du Bas-Canada», dans *Code civil du Bas-Canada, d'après le rôle amendé déposé dans le bureau du greffier du Conseil législatif, tel que prescrit par l'Acte 29 Vict., chap. 41, 1865*, Montréal, Beauchemin et Valois, 1866, p. VII, notamment p. VIII, XVI, XXV, XXXVIII.

politiques et l'origine linguistique des contemporains. Il reste à ce demander comment fut perçu le travail des commissaires.

B. La codification proprement dite

Aux termes de la loi de 1857, les travaux des commissaires doivent être commentés par des juges. Certains d'entre eux se sont exécutés; il convient donc de tenter d'apprécier la réaction de la magistrature dans son ensemble (1). Dans un deuxième temps, il faut se pencher sur les réactions suscitées par les différents rapports, tant dans les lettres des juges que dans les publications de l'époque (2).

1. La distribution des rapports et la réaction des juges

Le travail des commissaires portant sur le *Code civil du Bas-Canada* débute en 1859 et est achevé en décembre 1864[202]. Le premier rapport, terminé en décembre 1861[203], est transmis aux juges par le Gouverneur en conseil; leurs commentaires doivent lui parvenir avant le 15 mai 1862. Le juge en chef Lafontaine répond immédiatement ce qui suit[204]:

> Cela me fait croire que vous supposez que j'aurai le temps, d'ici au 15 mai, de faire une étude approfondie du travail de MM. les commissaires et de rédiger les observations qui seront le fruit de cette étude. Je voudrais que ce fût le cas. Je crains néanmoins que le temps que je dois, avant tout, consacrer à l'accomplissement de mes devoirs judiciaires, ne me laisse pas assez de loisir pour faire l'étude que la partie de l'ouvrage en question demande, et pour rédiger mes observations de manière à rendre justice, non seulement à moi-même, mais encore à toutes les parties concernées.

Le juge Charles Mondelet répond de façon semblable[205]. Le 30 janvier, à l'occasion de l'expédition d'un erratum, le Secrétaire de la Province demande aux juges d'accuser réception du rapport. Ceux-ci s'exécutent. Certains répondent qu'ils en feront l'étude, en ajoutant parfois qu'ils se consacreront d'abord à l'exercice de leurs fonctions judiciaires[206];

---

202. Voir sur ce sujet l'article de référence de John E.C. BRIERLEY, «Quebec's Civil Law Codification Viewed and Reviewed», (1968) 14 *McGill L. J.* 521; également Brian YOUNG, *Custom and Contract: Elements in the Codification of Lower-Canadian Civil Law, 1804-1866*, (ouvrage à paraître).
203. Les informations qui suivent peuvent être trouvées aux Archives publiques du Canada, RG4 C1 vol. 567, Dossier 2618/1864. Nous désirons remercier Mme Patricia Kennedy, de la section des Archives Pré-confédérales, qui nous a signalé l'existence de cette documentation. Nous disposons de photocopies, qui seront éventuellement déposées à la bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.
204. Lafontaine à Alleyn, le 24 décembre 1861.
205. Mondelet à Alleyn, le 24 décembre 1861.
206. Les juges Meredith, J.A. Taschereau (?), McCord, Duval, Aylwin, Thompson, Winter, Lafontaine; les lettres sont datées de la fin janvier ou du début février 1862.

d'autres juges ne font pas de commentaires particuliers[207]. L'attitude du juge en chef ne fait donc pas l'unanimité. Il reste que dans les faits, aucun juge de Montréal ou de Québec ne transmet de commentaires écrits. Le juge en chef a donc bien saisi l'ampleur de la tâche imposée à ses collègues[208].

Le 8 mai 1862, le juge Winter écrit de New Carlisle. Il déclare transmettre un exemplaire annoté du rapport, avec l'accord du juge Thompson[209]. D'autres juges des régions rurales approuvent sans réserve le travail des commissaires[210]. Le Second rapport est expédié en juin 1862, les commentaires devant être transmis avant le premier novembre. Les juges Lafontaine et Mondelet renvoient à leur réponse précédente, alors que les autres juges accusent réception[211]. Deux juges approuvent le travail des commissaires alors que les juges Winter et Thompson transmettent à nouveau un rapport annoté[212]. En décembre 1862, le juge Dominique Mondelet, siégeant à Trois-Rivières, fait parvenir ses commentaires sur les deux premiers rapports, vu son absence en Europe l'année précédente[213].

Les autres rapports sont tous expédiés aux juges[214] et ceux-ci en accusent réception. Ils cessent toutefois de formuler des commentaires; même les accusés de réception se font rares. Cette attitude est curieuse. Elle peut peut-être s'expliquer par le fait que les deux premiers rapports concernaient les obligations et le droit de la famille, deux domaines plus susceptibles de susciter l'intérêt de juristes. L'utilité de ce labeur devient peut-être discutable aux yeux des juges des régions éloignées; leurs collègues des régions urbaines les dissuadent-ils de continuer dans cette voie? Nous

---

207. Les juges Stuart, Bowen, Badgley (lettre difficilement lisible), Bruneau, Thorpe, Berthelot, Polette, Gauthier, Short, J.T. Taschereau (?); là encore, les lettres s'échelonnent du 31 janvier au 10 février 1862.
208. Le juge Meredith écrit lui aussi qu'il n'a pas eu le temps de formuler des commentaires sur le premier rapport (lettre du 21 mai 1862).
209. Ce rapport est, en principe, déposé à la Bibliothèque de l'Université Laval; le juge Thompson fait part de son accord par une lettre datée du 18 mai 1862. Il nous a toutefois été impossible de consulter ces annotations, qui semblent avoir été égarées.
210. Les juges Thorpe et J.A. Taschereau.
211. Le juge Stuart signale à son tour que sa charge lui laisse peu de temps pour un tel travail: lettre du 5 juin 1862.
212. Lettre du juge J.A. Taschereau, le 25 juin 1862; le juge Thorpe formule quelques réserves le 30 octobre 1862; lettre du juge Winter, le 26 décembre 1862; lettre du juge Thompson, le 27 décembre 1862; le juge Winter fait quelques observations supplémentaires le 5 janvier 1863.
213. Dans sa lettre du 29 décembre 1862, le juge Mondelet signale une erreur dans le *Second rapport*. L'article 20 de la p. 288 (*op. cit.*, note 184), devenu l'art. 136 C.c.B.-C., permet au bénéficiaire d'une promesse de mariage de s'opposer au mariage de son futur conjoint. Or l'*Acte concernant certains droits personnels*, S.R.B.-C. 1861, c. 34, prévoit expressément que cette promesse ne permet pas de s'opposer au mariage (art. 4). Le fait que cette correction n'ait pas été effectuée nous porte à croire que les remarques du juge Mondelet n'ont pas été transmises aux commissaires.
214. Le troisième rapport est expédié le 26 décembre 1862, la réponse des juges étant demandée avant le 1er juin 1863; le quatrième est expédié le 26 février 1863, l'échéance étant fixée au 1er septembre 1863; le cinquième est expédié le 18 janvier 1864, l'échéance étant fixée au 1er août; le sixième est expédié le 9 juillet 1864, l'échéance étant fixée au 1er janvier 1865; enfin le dernier rapport est expédié le 26 novembre 1864, l'échéance étant fixée au 1er juin 1865.

n'avons toutefois pas noté d'hostilité de la part de ces derniers; ils se plaignent plutôt de manquer de temps.

Il est curieux de constater que T. McCord, un des secrétaires de la commission, déclare que seul le juge Winter a formulé des commentaires[215]. Le 2 juin 1862, le Secrétaire de la province semble pourtant avoir transmis aux commissaires les remarques reçues. Ceci ne semble pas avoir été fait par la suite; or McCord est nommé le 28 novembre 1862, en remplacement de T. K. Ramsay[216]. Le Secrétaire de la province aurait-il négligé de transmettre les autres commentaires? L'information que nous avons pu consulter est-elle complète? Autant de questions qui demeurent sans réponse.

On peut mesurer le peu d'importance accordé à ces commentaires en signalant que l'Assemblée législative se penche sur le projet de Code à partir du 31 janvier 1865[217]; le délai accordé aux juges pour transmettre leurs observations sur le dernier rapport expire cependant le 1er juin 1865. Un comité parlementaire étudie le projet en février et en mars[218]; les travaux se poursuivent en août 1865 et le texte définitif du Code est sanctionné le 18 septembre 1865. Trois autres rapports précèdent l'adoption du *Code de procédure civile* en 1866[219].

2. La réaction au travail des commissaires

Le contexte de l'époque et la nature même du travail des commissaires expliquent la faible réaction de l'opinion publique. En effet, les débats de 1864-65 sur le projet d'union fédérale relèguent l'étude du code civil au second plan. Ce qui fait dire à Langelier[220]:

> Les journaux recherchent, avec raison, ce qui peut intéresser leur lecteur. Or, on conçoit sans peine, qu'il leur était plus facile de les intéresser en leur montrant la perspective d'un grand empire

---

215. *op. cit.*, note 192, p. ix.
216. Ramsay a été destitué le 28 octobre 1862, parce qu'il représentait certains candidats lors des procédures concernant les élections contestées, apparemment avec le consentement du Procureur général, George-Étienne Cartier. Le changement de gouvernement intervenu en mai 1862 explique cette décision, qui faisait suite à une plainte d'un député. Celui-ci prétendit que la loi de 1857 exigeait que les commissaires et les secrétaires exercent leur fonction de façon exclusive; la décision de la Cour d'appel citée ci-dessus (note 177) lui donnait apparemment raison. La plainte fut reçue en août 1862 et Ramsay eut amplement l'occasion de se défendre, comme en fait foi la correpondance contenue aux Archives publiques du Canada (RG4 C1 vol. 558, dossier 1347). Une résolution du 4 mars 1863 demanda que cette correspondance soit déposée à l'Assemblée législative. Après le retour de George-Étienne Cartier au pouvoir, Ramsay fut nommé procureur de la Couronne du district de Bedford (*Journal de Québec*, 23 mai 1865).
217. J. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 202, p. 588.
218. Voir Province du Canada, *Procédés du Comité sur le Code civil du Bas-Canada*, 1865. Ce rapport reproduit également les débats parlementaires publiés en août et en septembre 1865 par le *Morning Chronicle*.
219. *Acte concernant le Code de procédure civile du Bas-Canada*, S.P.C. 1866, 29-30 Vict., c. 25, entré en vigueur en 1867; voir sur ce sujet J.-M. BRISSON, *op. cit.*, note 14.
220. *Journal de Québec*, 27 mai 1865.

> dans un avenir plus ou moins éloigné, ou celle des dangers que la création de cet empire peut avoir pour leur avenir national ou religieux, qu'en leur parlant hypothèques ou murs mitoyens.

Lors de l'adoption du code, certains se réjouissent de voir «les députés sans distinction de gauche ou de droite, de ministères ou d'opposition, de conservateurs ou de libéraux, mettre en commun leurs connaissances, discuter froidement, sans autre recours que la science et la logique, les mesures utiles au pays»[221]. D'autres déplorent que «la discussion de notre code national n'est point ce qu'il y a de plus attrayant pour la généralité du public. Il y avait hier beaucoup moins de monde dans la galerie que lors du débat sur le *bill* des chiens et des moutons haut-canadiens»[222].

Un petit nombre de brochures et d'articles ont néanmoins été publiés entre 1861 et 1865[223], en plus des compte-rendus des débats parlementaires. Qui plus est, les rapports des commissaires sont très en demande à cette époque[224]. Ils sont cités tant par les avocats[225] que par les juges[226]. Fait inhabituel, ces derniers vont même jusqu'à attirer l'attention du législateur sur certains problèmes[227].

Les rapports permettent d'examiner l'attitude des commissaires face au modèle juridique français. Si ces derniers reproduisent ou paraphrasent fréquemment le Code Napoléon, ils énoncent également de nombreuses règles strictement bas-canadiennes. L'absence du divorce et la présence de l'emphytéose ou de la substitution en sont des exemples frappants, mais de nombreuses autres dispositions du Code bas-canadien pourraient être citées

---

221. *La Minerve*, le 29 août 1865. Pourtant, les votes pris au comité parlementaire semblent étrangement partisans, certains amendements non controversés étant rejetés par la majorité des membres (voir *supra*, note 218); «Discussion du Code civil», *Le Pays*, le 29 août 1865; «Le Code civil», *Le Pays*, le 9 septembre 1865, où l'on dénonce le côté partisan des votes et l'adoption précipitée du Code).
222. *Journal de Québec*, le 28 août 1865.
223. Il s'agit de T.W. RITCHIE, *Codification of the Laws of Lower Canada, Some remarks on the Title «Of Obligations», as Reported by the Commissioners*, Montréal, John Lovell, 1863; M. BIBAUD, *loc. cit.*, note 70; E. LEFEBVRE DE BELLEFEUILLE, *loc. cit.*, note 124; C.F.S. LANGELIER, *loc. cit.*, note 193; M. BIBAUD, *Corrigé du Code civil avec un sommaire des lois nouvelles*, , sans éd., s.d. McCord signale également l'existence d'un texte sur l'enregistrement qu'il attribue erronément à Hervieux (*op. cit.*, note 192, p. ix). Il s'agit vraisemblablement de l'article suivant: N.P., «Lois civiles du Bas-Canada - Le régime hypothécaire», *L'Ordre*, les 14, 16, 21, 23, 25 et 30 août ainsi que les 4 et 8 septembre 1865.
224. Voir «Préface des éditeurs», dans *Code civil du Bas-Canada*, *op. cit.*, note 201, p. v; G. Blaine BAKER, «Law Practice and Statecraft in Mid-Nineteenth-Century Montreal: The Torrance-Morris Firm, 1848 to 1868», dans C. WILTON, *op. cit.*, note 187, p. 45, aux p. 67-68.
225. *Dufresne c. Lamontagne*, (1864) 8 L.C.J. 197, 200 (C.S.); J.J. Abbott, «Qui Excipit non Fatetur», (1866) 9 L.C.J. 8, 9; *Mignot c. Reeds*, (1866) 9 L.C.J. 27, 28 (C. de cir.); *Langevin c. McMillan*, (1866) 9 L.C.J. 105 (C.S.).
226. *Desforges c. Dufaux*, (1863) 13 D.T.B.C. 179, 200 (B.R.); *Lampson c. Nesbitt*, (1863) 13 D.T.B.C. 365, 367 (C. de cir.); *Stoddart c. Lefebvre*, (1863) 13 D.T.B.C. 481, 486 (B.R.); *Evanturel c. Evanturel*, (1865) 15 D.T.B.C. 321, 344 (C.S.), attitude critiquée en appel par le juge Aylwin, p. 394; *Delery c. Campbell*, (1866) 16 D.T.B.C. 54, 62 (B.R.).
227. *Métrissé c. Brault*, (1860) 10 D.T.B.C. 157, 162 (B.R.); *Desforges c. Dufaux*, (1863) 13 D.T.B.C. 179, 199-200 (B.R.); *People's Building Society c. Evans*, (1863) 13 D.T.B.C. 288, 294 (B.R.).

en exemple. Le plan du Code Napoléon est d'ailleurs critiqué dans le rapport sur les obligations et les commissaires s'en écartent sensiblement. Ils déplorent également certaines tendances de la doctrine française. Ils déclarent avoir «évité comme des subtilités inutiles [certaines] questions tant controversées par les glossateurs», affirmant que leur devoir était «de préparer une série d'articles exprimant les règles pratiques qui doivent fixer et déterminer les droits civils, et non de faire de la théorie sur des distinctions subtiles et sans profit, quelque logiques qu'elles puissent paraître»[228]. En contrepartie, ils tentent à plusieurs reprises de parer aux difficultés concrètes relevées par les auteurs français depuis l'adoption du Code.

En droit commercial, antérieurement à la codification, nous avons noté un éclectisme marqué dans l'utilisation des sources. Nulle part ailleurs le besoin d'ordonnancement ne se fait-il autant sentir. Aussi, les dispositions du Livre quatrième concernant les lettres de change et le droit maritime sont caractérisées par le souci de concilier les deux traditions juridiques du Bas-Canada[229]. La remarque vaut pour le titre «De la société», qui se rattache au droit commercial, même s'il se trouve au Livre troisième du Code. Si le recours à la doctrine anglaise est fréquent dans ces titres, qui constituent pour cette raison un cas à part, ils contiennent également de nombreuses références aux auteurs français.

Le titre «Du mandat» fait cependant abondamment référence aux ouvrages écrits en langue anglaise. Cette particularité est inexplicable, quoique bon nombre de ces auteurs anglophones s'appuient en partie sur le droit français[230]. Les autres titres du Septième rapport portent sur des contrats diffèrant du droit anglais («Du dépôt», «De la transactions», «Du prêt de consommation») et sont appuyés uniquement par des autorités françaises, comme dans les rapports précédents. Il convient donc de ne pas généraliser le cas particulier du mandat. Le renvoi fréquent aux sources écrites en langue anglaise est une caractéristique des rapports portant sur le droit commercial.

Les amendements suggérés par les commissaires sont généralement bien accueillis par l'Assemblée législative. Une seule modification substantielle est rejetée, celle qui aurait pour effet de retirer aux protonotaires de certains districts leurs pouvoirs en matière de tutelle et de curatelle[231]. Cette proposition a été critiquée par plusieurs juges[232] ainsi

---

228. *Code civil du Bas Canada, Premier, Second et Troisième Rapports, op. cit., supra,* note 184, p. 11 (Premier Rapport). Le juge Day s'est d'ailleurs opposé à l'inclusion de définitions dans le titre Des obligations: B. Young, *op. cit.*, note 202, chap. 7, la note 83.

229. Il est vrai que l'article 2340 C.c.B.-C. reconnaissait au droit anglais antérieur à 1849 le statut de droit supplétif en matière de lettres de change. Il reprenait ainsi les termes d'une loi antérieure: *Acte concernant les lettres de change et les billets*, S.R.B.-C. 1861, c. 64, art. 30 (voir J. LECLAIR, *loc. cit.*, note 48, p. 593-597). D'autre part, les commissaires ont utilisé des sources françaises qui n'étaient pas formellement en vigueur au Bas-Canada: *Code civil du Bas Canada, Sixième et Septième Rapports, et Rapport Supplémentaire*, Québec, Desbarats, 1865, p. 217-219.

230. Voir *supra*, note 96.

231. *Procédés du Comité sur le Code civil du Bas-Canada, loc. cit.*, note 218, p. 4.

que par Langelier[233]. Les autres amendements sont presque tous acceptés[234]. Dans la plupart des cas, ils ont pour effet d'abroger des règles devenues désuètes ou d'application rarissime au Bas-Canada, en raison de l'adoption postérieure de règles ayant un but opposé. Ainsi, la liberté illimitée de tester est étendue aux donations par l'abolition de la légitime[235] ainsi que par celle de l'Édit des secondes noces[236]. Les commissaires sont naturellement conduits à proposer la suppression des diverses catégories de biens successoraux prévues par l'ancien droit. Autre exemple, la survenance d'enfant postérieurement à une donation ne permet plus d'obtenir la résolution de cette dernière[237]. La distinction entre la faute lourde, légère et très légère est également abolie[238]. Un grand nombre de modifications concernent les formalités à accomplir[239]; d'autres suppriment des distinctions encombrantes. Ainsi, le testament fait conformément droit anglais sera désormais soumis aux mêmes règles pour les biens meubles ou immeubles[240]. En somme, les commissaires effectuent un travail considérable d'émondage et de simplification, qui ne suscite aucune opposition. Certaines critiques sont cependant formulées, qu'il convient d'examiner brièvement.

La rédaction et la terminologie des dispositions projetées est parfois dénoncée. Il faut bien reconnaître que les commissaires ne pouvaient prétendre rivaliser avec Portalis[241]; mais le législateur de l'époque n'était pas du genre à se soucier de tels détails. Pour sa part, Thomas Ritchie écrit que les dipositions d'un code civil «ought not to be unlike the jewels composing a diamond necklace, pure, simple and transparent»[242].

D'autres contestent certains choix de politique législative[243]. Ainsi, l'un des codificateurs s'oppose à la suppression des règles concernant les

---

232. Lettre du juge Thorpe, le 30 octobre 1862; lettre du juge D. Mondelet, le 29 décembre 1862 (voir *supra*, note 203).
233. *Journal de Québec*, le 24 juin 1865 et le 8 août 1865.
234. Certains textes publiés après l'adoption du Code résument les modifications apportées à l'ancien droit; ils permettent d'apprécier l'oeuvre des commissaires: E. LEFEBVRE DE BELLEFEUILLE, *loc. cit.*, note 201; T. McCord, «Synopsis of the Changes in the Law effected by the Civil Code of Lower Canada», *op. cit.*, note 192, p. I-XLII.
235. Art 775 C.c.B.-C; sur ce sujet, voir *supra*, note 135.
236. Art. 764 C.c.B.-C.
237. Art. 795 C.c.B.-C.
238. Art. 1064 C.c.B.-C.
239. Ainsi, l'art. 1208 C.c.B.-C. supprime la nécessité de faire signer deux notaires en certains cas (voir *Desforges c. Dufaux*, (1863) 13 D.T.B.C. 179 (B.R.)); l'art. 843 C.c.B.-C. abolit également la nécessité de «dicter et nommer» le testament (art. 289 de la *Coutume de Paris*; voir *Evanturel c. Evanturel*, (1865) 15 D.T.B.C. 321 (C.S. et B.R.)).
240. Art. 851 C.c.B.-C.
241. M. BIBAUD, *loc. cit.*, note 70, p. 7 et 14; E. LEFEBVRE DE BELLEFEUILLE, *loc. cit.*, note 124, p. 41-42.
242. *Loc. cit.*, note 223, p. 5; les modifications qu'il suggère n'emportent cependant pas l'adhésion.
243. Les nombreuses suggestions portent sur la forme ou le fond de dispositions précises ne seront pas examinées ici. Sur les initiatives des commissaires, voir John W. CAIRNS, «Employment in the Civil Code of Lower Canada: Tradition and Political Economy in Legal Classification and Reform», (1987) 32 *R.D. McGill*, 673, 680-684.

clauses comminatoires[244]. Cet amendement a pour effet de rendre inattaquables les clauses pénales accordant une indemnité supérieure aux dommages réellement subis par le créancier; ce changement est dénoncé[245]. La position majoritaire est cependant toute autre: «les parties sont plutôt juges des dommages qui leur résulteront si elles manquent à leurs engagements, que les tribunaux à la discrétion desquels l'évaluation de ces dommages était laissée par les anciennes lois ou plutôt par la jurisprudence [...]. À chacun de veiller à ses propres intérêts»[246]. On peut également noter que Maximilien Bibaud fait cavalier seul lorsqu'il s'oppose à l'abolition de la lésion résultant de la vente d'un immeuble[247]. D'autre part, le *Board of Trade* de la ville de Québec soumet une pétition à l'Assemblée législative. A son avis, la disposition prévoyant que le contrat de vente transfère désormais la propriété facilite les fraudes. Cet argument ne semble cependant pas avoir inquiété les députés[248].

En droit des personnes, Lefebvre de Bellefeuille tente d'inciter ses compatriotes à exiger le respect intégral des règles canoniques sur le mariage[249]; son ton alarmiste sera désavoué privément par les autorités religieuses[250]. Sur ce point, l'opinion de Langelier semble être celle du plus grand nombre. Parlant des diverses religions qui coexistent au Canada, il écrit[251]:

> Tout ce que la reconnaissance légale de ces religions donnent à ceux qui les pratiquent, le droit d'exiger, c'est qu'aucune loi, soit dans le code civil, soit ailleurs, ne les empêche de pratiquer ces religions, ou ne les forcent à faire ce qu'elles défendent.

---

244. *Code civil du Bas Canada, Premier, Second et Troisième Rapports, op. cit., supra*, note 108, p. 19 et 25.
245. T. RITCHIE, *loc. cit.*, note 223, p. 12-13; A. Dorion, lors de ses interventions en chambre, *Morning Chronicle*, le 26 août 1865; «Le Code civil du Bas-Canada», *La Minerve*, le 24 août 1865.
246. *Courier du Canada*, le 28 août 1865.
247. *loc. cit.*, note 70, p. 16; voir aussi *La Minerve*, 24 août 1865. Pour d'autres exemples où les commissaires suppriment des mesures protégeant les débiteurs, voir les art. 1149 C.c.B.-C., qui retire à certains tribunaux le pouvoir de permettre au débiteur de payer par versements (*Premier Rapport, loc. cit.*, note 184, p. 25); l'art. 1651, qui supprime le droit du locataire d'un fonds rural d'obtenir une diminution de loyer en cas de mauvaise récolte, lorsque le bail est pour plus de deux ans. En matière d'assurance, l'art. 2490 permet à l'assureur d'obtenir l'annulation du contrat si une clause contenant une garantie n'est pas exécutée et ce, nonobstant la bonne foi de l'assuré (voir *Code civil du Bas-Canada, Sixième et Septième Rapports et Rapport supplémentaire*, Québec, George E. Desbarats, 1865, p. 243); voir également *supra*, note 108.
248. Voir McCord, *op. cit.*, note 192, p. V et la discussion en Chambre dans le *Morning Chronicle* du 26 août 1865.
249. *Loc. cit.*, note 124; l'auteur critique également les dispositions consacrée aux conséquences civiles se rattachant à la décision de faire des voeux perpétuels dans certaines communautés.
250. Voir sur ce sujet André MOREL, «La codification devant l'opinion publique de l'époque» dans J. BOUCHER et A. MOREL (dir.), *Le livre du centenaire du Code civil*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 27, p. 41-43.
251. *Journal de Québec*, le 10 juin 1865; de façon plus cinglante, il déclare qu'«un code n'est pas un catéchisme».

Les commissaires ont également cru bon de prévoir la confiscation des biens en cas de privation de la vie ou de condamnation à une peine afflictive perpétuelle. Cette suggestion est critiquée, d'autant plus que ce droit n'a pas été exercé depuis les Rébellions de 1837-38[252]. Dans un autre ordre d'idée, signalons la position avant-gardiste de Langelier et du juge D. Mondelet, qui souhaitent que les tribunaux puissent retirer la puissance paternelle en cas d'abus[253].

La position des commissaires et du législateur sur les droits de la femme mariée est cependant tout sauf avant-gardiste. En plusieurs endroits, ils préservent les aspects les plus restrictifs du droit coutumier bas-canadien. Ainsi, la femme mariée qui tient commerce et jouit de ce fait d'une capacité étendue doit néanmoins être autorisée à ester en justice par son mari[254]. De même, le mari ne peut ratifier les actes accomplis par sa femme sans son autorisation[255]. Cette dernière règle existe pourtant en France; mais Langelier explique:

> Notre droit, au contraire, tel que reproduit par les Commissaires, déclare la femme mariée incapable *légalement*, non parce qu'elle est incapable *naturellement*, mais parce que, suivant l'idée chrétienne du mariage, le mari étant son chef, elle ne doit rien faire sans sa permission. Et, comme elle lui manque tout autant de respect, en faisant un acte avantageux qu'en en faisant un qui ne l'est pas, notre droit annule tous ses actes, sans s'occuper de leurs résultats[256].

Langelier trouve cependant sévère la disposition qui prive la femme de tous ses biens si la séparation de corps est prononcée par suite de l'adultère qu'elle a commis[257]. De plus, une disposition prévoit que la communauté est tenue d'indemniser les victimes d'un acte criminel commis par le mari; par contre, si le crime est commis par la femme, seuls les biens de cette dernière fournissent les sommmes requises[258]! Enfin, Bibaud croît que les nouvelles règles sur l'enregistrement des droit réels, par leur nombre et leur complexité, risquent de faire perdre des droits aux femmes mariées[259].

Les deux commissaires francophones souhaitent retirer aux femmes le droit d'être témoin lors de la rédaction d'un testament conformément aux

---

252. M. BIBAUD, *loc. cit.*, note 70, p. 10; C.F.S. LANGELIER, *Journal de Québec*, le 20 juin 1865; lettre du juge Winter, le 5 janvier 1863 (voir *supra*, note 203).
253. C.F.S. LANGELIER, *Journal de Québec*, le 8 août 1865; lettre de D. Mondelet, le 29 décembre 1862 (voir *supra*, note 203).
254. Art. 176 et 179 C.c.B.-C.; voir Bibaud, *loc. cit.*, note 70, p. 13.
255. Art. 183 C.c.B.-C. et BIBAUD, *Id.*, p. 14. Cependant, si l'acte a profité à la communauté, celle-ci est responsable de la dette (art. 1296 C.c.B.-C.).
256. *Journal de Québec*, 15 juillet 1865.
257. Art. 208 C.c.B.-C.; voir *Journal de Québec*, le 15 juillet 1865.
258. Art. 1294 C.c.B.-C.
259. *loc. cit.*, note 223, p. 17. Sur cette question, voir N.P., *loc. cit.*, note 223.

règles anglaises[260]. Le législateur maintient éventuellement le statu quo; pour cette raison, seuls les actes authentiques, d'origine française, doivent être passés en présence de témoins du sexe masculin[261]. Signalons enfin que les commissaires mettent de côté la législation existante en prévoyant que l'action en séparation de corps doit être intentée dans le district judiciaire du domicile des époux[262]. Un certain nombre de dispositions contiennent cependant quelques adoucissements qui profitent aux femmes[263], tandis que certaines règles bas-canadiennes avantageuses sont conservées, bien qu'elles n'apparaissent pas au Code Napoléon[264].

L'attitude des commissaires concernant le douaire coutumier est particulièrement révélatrice. Une modification récente avait autorisé la femme à renoncer sans indemnité au douaire pendant le mariage, cette décision étant opposable aux enfants. Les commissaires déclarent que cette disposition «applicable non-seulement à l'avenir mais encore au passé, paraît assez injuste et contraire à tous principes d'équité et de saine législation; et cependant, comme la loi est claire et précise, il falllait l'énoncer»[265]. Néanmoins, ils ne jugent pas opportun de proposer une modification en sens contraire.

Dans l'ensemble, il faut conclure que les commissaires avait un sens sélectif de l'innovation. S'ils n'ont pas hésité à rejeter les mesures de l'ancien droit protégeant le débiteur, ils ne sont guère inspiré du Code Napoléon ou d'autres modèles pour tenter d'améliorer la situation de la femme mariée, qui était fort peu reluisante à cette époque dans le monde occidental. Il faut cependant se garder de surestimer l'importance des

---

260. *Code civil du Bas-Canada, Quatrième et Cinquième Rapprots*, Québec, George E. Desbarats, 1865, p. 176.
261. Art. 844, 851 et 1208 C.c.B.-C.
262. E. LEFEBVRE DE BELLEFEUILLE, *loc. cit.*, note 201, p. XII-XIII. Nous avons relevé d'autres exemples où les commissaires, confrontés à une divergence entre l'ancien droit et le Code Napoléon, choisissent à notre avis une solution défavorable à la femme: *Second Rapport*, *op. cit.*, note 184, p. 170-172, art. 25, 26 et 29; p. 186-188, art. 63; p. 190, sur la mort civile et sur l'art. 1; *Cinquième Rapport*, *op. cit.*, note 260, p. 206-208, art. 21; p. 210, art. 36; p. 212, art. 41; p. 214, art. 46; p. 216, art. 63; p. 224, art. 93; p. 232, art. 144 et 145; p. 238, art. 179; p. 242, art. 188ter; p. 246, art. 196 et 201.
263. Par ex., l'art. 177 C.c.B.C. permet au mari d'autoriser sa femme à poser un acte sans qu'il doive employer des termes précis (voir *Second Rapport*, *loc. cit.*, note 184, p. 188); l'art. 210 C.c.B.C. permet à la femme ayant obtenu une séparation judiciaire de s'adresser directement au juge pour aliéner des immeubles ou ester en justice, sans être obligée de présenter une demande à son mari; la femme qui renonce à la communauté peut néanmoins conserver ses vêtements et les bijoux reçus en cadeau de mariage (art. 1380 C.c.B.-C.); les commissaires écartent la règle du Code Napoléon qui prévoit un délai de viduité de dix mois avant le remariage, en signalant qu'elle n'est pas impérative (*Id.*, p. 174). Pour d'autres exemples de règles favorables à la femme, voir *Id.*, p. 188, art. 63a et 65a; *Cinquième Rapport*, *op. cit.*, note 260, p. 208, art. 25; p. 224, art. 95; p. 228, art. 130; p. 230, art. 134.
264. Il en va ainsi de l'annulation du mariage pour cause d'impuissance «apparente et manifeste»: art. 117 C.c.B.-C. et *Second Rapport*, *op. cit.*, note 184, p. 176, ainsi que de l'action en déclaration de paternité accordée aux enfants naturels, art. 241 C.c.B.-c. et *Id.*, p. 300. Mentionnons également la possibilité de renoncer à la communauté sans faire d'inventaire ou hors délai (*Cinquième Rapport*, *op. cit.*, note 260, p. 222) et l'interdiction faite à la femme de s'engager en faveur de son mari autreement que comme commune en biens avec lui (*Id.*; p. 214).
265. *Cinquième Rapport*, *op. cit.*, note 260, p. 242.

changements qu'ils ont suggérés; sans être négligeables, ceux-ci demeurent qualitativement et quantitativement de faible importance.

Conclusion

De 1774 à 1866, la survie de l'ancien droit français au Bas-Canada a fait l'objet de nombreuses luttes politiques. Il est remarquable de constater que l'introduction de règles d'origine anglaise a été effectuée par des organes législatifs au sein desquels les francophones étaient minoritaires ou isolés: le Conseil législatif (1774-1791), le Conseil spécial (1838-1841), le Parlement de l'Union d'avant 1848. Il ne semble pas que la jurisprudence publiée ait cherché à accentuer cette tendance, bien qu'elle ait parfois interprèté fort largement le champ d'application du droit anglais.

À partir de 1840, le viellissement de l'ancien droit a été contré par une série de réformes d'origine législative. La jurisprudence a même réussi à contourner certaines règles devenues anachroniques. Dans ces conditions, la décision de codifier semble avoir fait l'unanimité. Compte tenu de l'utilisation quotidienne du nouveau code français et de la doctrine s'y rapportant, il n'y a pas là de quoi se surprendre. Par la suite, le processus de codification a suscité peu de réactions, si l'on excepte quelques remarques de juges ou d'auteurs. Dans l'ensemble, le Code a reformulé et simplifié le droit bas-canadien. Les commissaires ont cependant suggèré l'abolition de diverses mesures de protection et rejeté certaines propositions susceptibles d'améliorer le sort des femmes mariées. Il s'agit là d'un reflet de l'esprit du temps, fort peu préoccupé par les inégalités.

Avec l'adoption du *Code civil du Bas-Canada*, le Québec s'est doté d'un instrument consacrant son appartenance à la tradition civiliste, dont il se sert depuis plus de cent-vingt-cinq ans[266]. Avec l'entrée du Québec dans la fédération canadienne, plusieurs ont cru sincèrement que les juristes des autres provinces seraient émerveillés par la codification[267]. Rien de tel ne s'est produit. Les tentatives d'uniformiser le droit privé des provinces de common law, qui s'inspiraient du *Code civil du bas-Canada*, n'ont pas eu de suite[268]. Pour leur part, les dispositions du Code civil sur les lettres de change ont été rendues caduques[269], tandis que la place du Code civil

---

266. La version définitive du nouveau *Code civil du Québec* a été sanctionnée le 18 décembre 1991 (L.Q. 1991, c. 64). La date d'entrée en vigueur prévue est le 31 décembre 1993.
267. J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit., supra*, note 202, p. 527, 530-531; A. MOREL, *loc. cit.*, note 250, p. 44.
268. G. Blaine BAKER, *loc. cit.*, note 97, p. 227 et 271-273.
269. *Acte concernant les lettres de change, chèques et billets promissoires*, S.C. 1890, c. 33, art. 95 et Annexe II. Une disposition, édictée la session suivante, déclare: «Les règles de la loi commune d'Angleterre, *y compris la loi marchande*, excepté en ce qu'elles peuvent avoir d'incompatible avec les dispositions expresses du dit Acte tel que modifié, s'appliqueront et seront censées avoir été applicables, du jour où cet Acte est entré en vigueur, aux lettres de change, aux billets promissoires et aux chèques»: *Acte modifiant l'*Acte des Lettres de change, *1890*, S.C. 1891, c. 17 (nous mettons en italique). Or le droit commercial anglais (*law merchant*) était très largement inspiré de la doctrine française: voir *supra*, notes 103 à 105 et J.J. MACLAREN, *Bills, Notes and Cheques, The Bills of Exchange Act, 1890*, Toronto, Carswell, 1982, p. 6. Il semble cependant qu'en 1890, ce droit est constitué des usages

en droit maritime a été réduite à la portion congrue[270]. En règle générale, le législateur fédéral ne s'inspire pas du droit civil, bien qu'il juge parfois utile de renvoyer au droit provincial[271].

Les juristes québécois, francophones ou anglophones, n'ont pas su ou n'ont pas pu transmettre à leurs collègues des autres provinces leur enthousiasme pour le système civiliste. Depuis 1867, le droit d'origine française est cantonné à la province du Québec[272]. Dans ces conditions, il ne reste plus qu'à examiner les relations complexes qu'il entretient depuis la codification avec son modèle d'origine. C'est ce qui fera l'objet des autres contributions du présent volume.

---

reconnus par les tribunaux et a cessé d'emprunter au droit français: Thomas HODGINS, *The Bills of Echange Act, 1890*, Toronto, Rowell & Hutchison, 1890, p. 11-15; *contra*, Désiré GIROUARD et Désiré H. GIROUARD, *The Bills of Echange Act, 1890*, Montréal, Valois, 1891, p. x-xi. Voir aussi L.-J. DE LA DURANTAYE, *Traité des effets négociables*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1964, p. 13-16.

270. *I.T.O-International Terminal Operators Inc. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, com. A. BRAËN, (1987) 32 *R. D. McGill* 386; H.P. GLENN, (1987) 66 *R. du B. Can* 360; W. TETLEY, (1988) 10 *Supreme C. L. R.* 399; L.C. REIF, (1988) 26 *Alb. L.R.* 372; *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd*, [1989] 2 R.C.S. 683, com. Guy LEFEBVRE et Normand TAMARO, «La Cour suprême et le droit maritime: la mise à l'écart du droit civil québécois est-elle justifiable», (1991) 70 *R. du B. Can.* 121; *Monk Corporation c. Island Fertilizers Ltd*, [1991] 1 R.C.S. 779; ce dernier arrêt enfonce le dernier clou dans le cercueil du droit civil, qui est balayé par une tornade juridique dès qu'un navire se pointe à l'horizon du litige opposant les parties.

271. Voir Jean-Maurice BRISSON, «L'impact du Code civil sur le droit fédéral: une problématique», (1992) 52 *R. du B.* 345. Il est vrai que l'art. 9 (2) c) de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985), c. O-3, permettait de tenir compte du contexte civiliste dans l'interprétation de la loi. Il n'a pas été repris dans la nouvelle *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985), c. 31 (4e supp.) et ne semble pas avoir été utilisé fréquemment. Sur ce sujet, voir Ethel GROFFIER, «Le juge Pigeon et la langue des lois», dans *Mélanges Louis-Phillipe Pigeon*, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1989, p. 219; John E.C. BRIERLEY, «Bijuralism in Canada», Association canadienne de droit comparé et Association québécoise de droit comparé, *Contemporay Law - Droit contemporain*, Cowansville, Éditions Yvon Blais Ltée, 1992, p. 22.

272. Dès 1868, la prééminence du *Code civil* a été affirmée par l'*Acte concernant l'interprétation des Statuts de cette Province*, S.Q. 1868, c. 7, art. 10; voir sur ce sujet le texte du professeur P. Issalys dans le présent ouvrage.