REÇU
04 JAN. 2001
Bibliothèque de droit

la revue du BARREAU

Publication du Barreau du Québec
sous la direction du Comité de la Revue du Barreau

Me Michel Deschamps, président

Me Jean-Denis Archambault

Me Pierre-André Côté

Me Pierre Giroux

Me Jean-Claude Hébert

Me Micheline Huard

Me Louise Poudrier-Lebel

Me Suzanne Vadboncoeur, secrétaire

2000

Des juristes sédentaires? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du *Code civil du Bas Canada*

Michel MORIN

Résumé

Selon certains auteurs, vers la fin du XIXe siècle, la majorité des juges québécois se préoccupaient peu du texte du *Code civil du Bas Canada* et des précédents. Ils recherchaient plutôt des principes universels communs aux principaux systèmes juridiques, en se comportant comme des «nomades». Une analyse des décisions citées à l'appui de ces affirmations montre plutôt que les différences entre le droit civil et la common law sont souvent soulignées et que le texte du code est considéré comme déterminant à plusieurs reprises. Dès cette époque, la majorité des juges québécois semble soucieuse de protéger l'intégrité du droit civil. À la Cour suprême du Canada, le juge Henri-Elzéar Taschereau partage cette préoccupation, même s'il cite abondamment des précédents du droit anglais. Si le juge Télesphore Fournier s'en tient aux sources du droit civil, les autres juges québécois imitent plutôt le juge Taschereau. À partir de 1918, les protestations du juge Mignault mettent un terme à l'utilisation des décisions de common law, car cette pratique risque de créer de la confusion et de déformer les concepts du droit civil. En ce qui concerne les sources privilégiées par les juges, on constate que les auteurs contemporains ont été cités continuellement de 1876 à 1984, tout comme les rapports des codificateurs. Les auteurs antérieurs au XXe siècle sont demeurés très populaires jusque dans les années soixante-dix, ainsi que les juristes français les plus conservateurs. Les innovations apparues en France au tournant du siècle ont été catégoriquement rejetées au Québec, où la conception formaliste de l'exégèse a longtemps dominé.

Des juristes sédentaires? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du *Code civil du Bas Canada*

Michel MORIN*

INTRODUCTION 253

I. L'interprétation du Code civil français. 253

A. L'apogée de l'exégèse. 254

1. Les suites de l'adoption du Code civil 254

a) La conception de Portalis 254

b) Les ressources de l'exégèse 255

2. La montée du formalisme 260

B. Le triomphe du positivisme 263

1. La critique de François Gény 263

2. La doctrine du XX^e siècle 264

II. Le Code civil et la jurisprudence québécoise, 1866-1906 267

A. La codification de 1865. 267

1. L'état du droit avant la codification. 267

a) La dispersion des sources 267

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

b) Une culture résiduelle orale? 269

2. Les objectifs de la codification 272

a) La rationalisation des sources 273

b) La préservation des sources 275

B. L'orientation de la jurisprudence après la codification 280

1. Des juges québécois éclectiques? 280

a) L'importance accordée au texte du code . . 280

b) Une responsabilité sans faute? 288

2. Le Comité judiciaire du Conseil privé 292

a) La composition du Comité 293

b) Le Comité judiciaire et l'interprétation du code civil 295

III. L'utilisation de la common law dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, 1876-1918 303

A. Une invitation au dialogue? 303

1. La création de la Cour suprême du Canada . . 303

a) Les craintes des juristes québécois 304

b) Le fonctionnement de la Cour 308

2. Le juge Henri-Elzéar Taschereau, un modèle? 312

a) La présentation de David Howes 313

b) Un portrait à nuancer 316

B. Un dialogue intermittent 327

1. Les contemporains du juge Henri-Elzéar Taschereau 327

a) Les juges provenant des provinces de common law 327

b) Le juge Télesphore Fournier 330

c) Le juge Désiré Girouard 333

2. L'époque du juge-en-chef Fitzpatrick, 1906-1918 338

a) L'attitude des juges de la Cour suprême du Canada 338

b) L'attitude du Comité judiciaire et la nomination du juge Mignault 343

IV. Les sources utilisées par la jurisprudence en droit civil, 1876-1984 348

A. Les différentes catégories de sources 348

1. La doctrine et la jurisprudence 348

a) L'importance des sources françaises 348

b) La doctrine québécoise 350

2. Les rapports des codificateurs 352

a) L'acceptation initiale 352

b) Le refus de suivre l'arrêt *Despatie* 354

B. Les auteurs privilégiés par les juges 358

1. Le rejet des innovations françaises 359

a) La controverse concernant les innovations doctrinales françaises 359

b) L'approche formaliste 363

2. Les auteurs les plus fréquemment cités 371

a) De 1876 à 1921 373

b) De 1922 à 1963 377

c) De 1964 à 1984 381

CONCLUSION 384

INTRODUCTION

Depuis 1987, l'attitude des civilistes du Québec du XIXe siècle a fait l'objet d'une nouvelle théorie. Selon le professeur David Howes, à cette époque, ces juristes recherchent principalement des principes universels reconnus aussi bien en droit civil qu'en common law. Leur esprit «nomade» puise indifféremment aux deux systèmes sans se préoccuper outre-mesure du texte de loi ou des précédents judiciaires. À la Cour suprême du Canada, le juge Henri-Elzéar Taschereau serait le prototype de ce phénomène[1]. À l'occasion du 125e anniversaire de la Cour, il nous a paru intéressant d'examiner cette hypothèse en mettant en lumière les sources et l'approche générale privilégiées dans les affaires de droit civil québécois à différentes époques. Pour ce faire, il faut d'abord montrer comment la perception du rôle de la loi et de la jurisprudence a varié avec le temps en France, où les juristes ont abandonné la recherche de principes généraux pour porter leur attention sur la jurisprudence (I).

Au Québec, la première codification s'inscrit sous le signe de la continuité, car elle reproduit une grande partie du droit en vigueur. Si le droit anglais s'applique dans certains secteurs bien définis, le fond du droit reste d'origine française. Les juges semblent bien conscients de ce fait et donnent souvent priorité à un système sur l'autre plutôt que de chercher des règles universelles (II). Comme cela a été dit, il n'en va pas de même à la Cour suprême. Mais l'utilisation des décisions anglaises dans les affaires de droit civil suscite des protestations qui ne disparaîtront jamais entièrement. En 1918, à la suite de la nomination du juge Pierre-Basile Mignault, cette pratique se résorbe (III). Il reste alors à se demander quelles sources doctrinales ont eu le plus grand écho au Québec dans les arrêts de droit civil (IV). Ces analyses nous amèneront à distinguer le rôle du droit anglais, controversé et limité, et le rôle du droit français, généralement bien accueilli, mais avec des exceptions notables.

I. L'INTERPRÉTATION DU CODE CIVIL FRANÇAIS

En 1804, l'adoption du *Code civil des Français* inaugure une ère nouvelle pour les juristes. Ceux-ci sont confrontés à un texte

1. David HOWES, «From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law, 1875-1929», (1987) 32 *R.D. McGill* 523-558.

nouveau qui doit satisfaire l'ensemble des besoins individuels en droit privé. Ils tenteront donc d'en extraire des principes généraux susceptibles de fournir des solutions aux tribunaux (A). Mais la multiplication des controverses et des revirements jurisprudentiels conduit les auteurs à abandonner cette recherche pour concentrer leur attention sur l'analyse de la jurisprudence (B).

A. L'apogée de l'exégèse

1. *Les suites de l'adoption du Code civil*

a) *La conception de Portalis*

Le *Code civil des français* de 1804 (renommé *Code Napoléon* en 1807) remplace un grand nombre de sources disparates[2]. Il révise tout d'abord la législation révolutionnaire adoptée depuis 1789, en lui donnant un tour nettement plus conservateur, ainsi que certaines ordonnances royales de l'Ancien Régime. En outre, ses dispositions mettent fin aux variations régionales du droit privé. Celles-ci résultent de la soixantaine de coutumes qui s'appliquent dans autant de territoires déterminés et d'environ trois cent variantes locales. Dans le courant du XVI^e siècle, quelquefois un peu plus tard, ces coutumes ont été mises par écrit, dans une forme semblable à celle d'un texte de loi. Au Sud, les tribunaux appliquent le droit romain, en y introduisant à l'occasion des modifications. En droit des obligations et des contrats, les règles proviennent pour l'essentiel de la jurisprudence et de la doctrine. Dans ce domaine, au Moyen Âge, le droit romain a constitué la principale source du droit, bien que le droit canonique ait exercé une influence importante. Au XVII^e et au XVIII^e siècles, la doctrine refond et simplifie ces principes. Deux auteurs de cette époque, Jean Domat (1625-1696) et Robert-Joseph Pothier (1699-1772), ont acquis une renommée immortelle en exposant de manière lumineuse les règles de ce secteur du droit français. Dans bien des cas, les rédacteurs du code de 1804 reprennent ou paraphrasent les formules qu'ils ont forgées[3].

2. Voir notamment Paul OURLIAC et Jean-Louis GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français, De l'An mil au Code civil*, Paris, Albin Michel, 1985; Jean-Louis HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992.
3. Jean-Louis GAZZANIGA *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1992, n^os 43-46, p. 55-59 et n^o 161, p. 179.

Les premières directives concernant l'interprétation du code sont contenues dans le célèbre *Discours préliminaire* prononcé en 1801 par Jean-Marie Étienne Portalis, qui préside la commission de quatre juristes chargée de préparer le projet de code[4]. Ce texte mémorable, qui n'a semble-t-il jamais été cité par la jurisprudence québécoise[5], distingue clairement le rôle du législateur et celui du magistrat. Le premier doit «fixer, par des grandes vues, les maximes générales du droit» et «établir des principes féconds en conséquences»[6]. Car «*tout prévoir*, est un but qu'il est impossible d'atteindre»[7]. En l'absence de texte, «une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi; [...], quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel»[8]. Toutefois, les «variations dans les jugements publics» peuvent être justifiées «par le progrès des lumières et par la force des circonstances»[9]. Portalis ajoute: «[...] le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment [...]. [C]'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur»[10]. Il est donc bien loin de penser que le code fournit des solutions toutes faites pour chaque affaire. Dans son esprit, le texte est bien davantage un guide qu'un carcan[11].

b) *Les ressources de l'exégèse*

Tout au long du XIX^e siècle, des juristes vont entreprendre de commenter le Code Napoléon. La plupart d'entre eux enseignent

4. Jean-Marie-Étienne PORTALIS, «Discours préliminaire», reproduit dans François EWALD (éd.), *Naissance du Code civil*, Paris, Flammarion, 1989, p. 35-90.
5. Si l'on se fie au résultat négatif des recherches effectuées dans les banques de données informatisées.
6. J.-M-E. PORTALIS, *loc. cit.*, note 4, p. 41-42.
7. *Id.*, p. 39.
8. *Id.*, p. 43.
9. *Ibid.*
10. *Id.*, p. 47.
11. Voir également Marie-Claire BELLEAU, «Pouvoir judiciaire et codification: perspective historique», (1997-98) 28 *R.D.U.S.* 67-124; Michel MORIN, «portalis c. Bentham? Les objectifs assignés à la codification du droit civil et du droit pénal en France, en Angleterre et au Canada», dans COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *La législation en question*, Ottawa, La Commission, 2000, 127-199, à la p. 139.

dans une faculté de droit. Ils privilégient la méthode dite de l'exégèse, qui consiste à suivre le plan du code et à commenter longuement chacun de ses articles:

> Dans la méthode exégétique, au contraire, on suit le texte pas à pas; on dissèque chacun de ses articles pour l'expliquer phrase par phrase, mot par mot; on précise, par ce qui précède et ce qui suit, le sens et la portée de chaque proposition, de chaque terme, et l'on en fait remarquer la justesse ou l'inexactitude, l'utilité ou l'insignifiance; puis, quand on a compris cet article en lui-même, on étudie son harmonie ou sa discordance avec les autres articles qui s'y réfèrent, on en déduit les conséquences, on en signale les lacunes.[12]

À cette méthode caractéristique du «Commentaire», on oppose parfois l'approche «dogmatique», propre au traité, qui privilégie un «esprit de méthode et de généralisation», un «ordre et [un] arrangement systématique»[13]. En dépit de ces différences concernant la méthode d'exposition, les auteurs semblent tenir pour acquis un certain nombre de principes concernant l'interprétation du code. À cet égard, les points communs l'emportent sur les différences.

Dans les introductions ou les préfaces de leurs ouvrages, certains auteurs affirment solennellement que dans leur analyse, le texte de la loi doit prévaloir sur les autres considérations[14]. Dans leur esprit, les articles du code découlent toutefois de «principes» plus larges qui seuls peuvent fournir une réponse aux multiples questions qui se posent dans la pratique[15]. Troplong s'exprime ainsi:

12. Victor MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 6e éd., t. 1, Paris, Delamotte, 1868, Préface, p. xv. La 1re édition date de 1841 (*id.*, p. v). Notons que Marcadé croyait que l'analyse exégétique devait être complétée par une synthèse (*id.*, p. xv).
13. Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, 2e éd., t. 1, Paris, Auguste Durand, L. Hachette et cie, 1860, p. viii; Raymond-Théodore TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code, De la vente*, Bruxelles, Société typographique belge, 1844, Préface, nº 2, p. 3-5.
14. Jean-Baptiste-Victor PROUD'HON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. 1, Bruxelles, 1833, p. iv-vij; Alexandre DURANTON, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, 4e éd., Bruxelles, Société belge de librairie, 1841, nº 96, p. 20-21; Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, t. 1, Paris, Gustave Thorel, 1849, nos 23-24, p. 12-13; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 13, p. vii-viii et nº 13, p. 135-136.
15. C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code Napoléon*, t. 1, Rennes, J.M. Vatar, 1911, p. v et nº 17, p. 13; M. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, Paris, Delestre-Boulage, 1824, p. ij; J.-B.-V. PROUD'HON, *op. cit.*, note 14, p. v; R.-T. TROPLONG, *op. cit.*, note 13, p. 4-5; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 13, p. vii-viii.

> Tandis que la suffisance dédaigneuse du moment s'imaginait que la science avait été mise à l'étroit dans les limites d'articles numérotés, et que le cercle de Popilius lui avait été tracé pour toujours, la science brisait, aux premiers essais, ses faibles liens; elle débordait de toute part, elle paraissait insaisissable, immense, n'ayant d'autre bornes que l'esprit humain et la variété infinie des intérêts qui s'agitent dans la société.[16]

Certains dénoncent même les interprétations dites «judaïques», que nous qualifierions plutôt de «formalistes», pour éviter d'employer une terminologie à connotation antisémite. Cette démarche consiste à considérer exclusivement le sens qui apparaît «au premier coup d'œil», au risque de «détruire le principe d'ensemble qui doit unir toutes les parties d'un Code, et sans lequel un corps de loi ne seroit plus qu'une masse informe et indigeste, remplie de contradictions et d'absurdités»[17]. Le cas échéant, l'interprète doit donc privilégier l'esprit du code au détriment de sa lettre[18]. Pour Demante, «l'esprit du législateur» doit prévaloir

16. R.-T. TROPLONG, *op. cit.*, note 13, p. 11. En 168 av. J.-C., le sénat romain dépêche Caius Popilius Laenas en ambassade auprès du roi Antiochos de Syrie afin de le contraindre à mettre un terme à l'agression de l'Égypte. Devant les tergiversations du souverain, Popilius trace dans le sable une cercle autour de lui et exige qu'il lui fournisse une réponse avant d'en sortir. Antiochos décide alors de se plier aux exigences du sénat: *Grand Larousse encyclopédique*, t. 8, Paris, Librairie Larousse, 1963, p. 671.
17. M. DELVINCOURT, *op. cit.*, note 15, p. v. Selon Littré, une interprétation est «judaïque» si elle «s'attache à la lettre, lorsque le sens évident est autre ou plus étendu» (Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, t. 4, Paris, Gallimard-Hachette, 1967; voir également Paul ROBERT, *Le Grand Robert de la langue française*, 2e éd., t. 5, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1987, p. 846). La tradition talmudique, très riche, rapporte des cas où la lettre de la loi a été respectée mais non son objectif. Ainsi, à l'époque où la polygamie était admise, un rabbi s'est marié 300 fois afin que ses «épouses» en détresse puissent consommer la nourriture réservée aux rabbis et à leurs conjointes: H. Patrick GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 104.
18. M. DELVINCOURT, *op. cit.*, note 15, p. iv, où l'auteur reprend les principes exposés dans le *Traité des lois* de Jean DOMAT (voir *Les Loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et Legum Delectus*, t. I, Paris, Durand, 1777, nos VIII-XI, p. xx); Domat déclare: «lorsque les expressions des lois sont défectueuses, il faut y suppléer pour en remplir le sens selon leur esprit» (*id.*, nº IX, p. xx); voir également la critique de l'application de cette théorie au XIXe siècle dans F[rançois] LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, t. 1, Bruxelles et Paris, Bruylant-Christophe et Librairie A. Maresq, 1881, p. 12-22. Portalis affirme que le juge doit «étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue; et [...] ne pas s'exposer au risque d'être tour à tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude» (*loc. cit.*, note 4, p. 47). Toutefois, le livre préliminaire du projet de code présenté en 1801 contenait la disposition suivante: «Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit; [...]» (M.-C. BELLEAU, *loc. cit.*, note 11, p. 123). Bien qu'elle n'ait pas été retenue par le législateur, cette règle sera souvent citée par la suite.

sur les termes employés; il ajoute toutefois que le juriste doit se soumettre à une «disposition formelle», détruisant ainsi en grande partie l'affirmation qu'il vient de faire[19]. L'approche de Demolombe est plus cohérente: «lorsque la loi est claire et positive, il n'y a pas lieu, bien entendu, à interprétation». Dans le cas contraire, l'interprète doit rechercher les motifs de la loi, les buts qu'elle poursuit et s'inspirer de «l'esprit général de la législation»[20]. Aubry et Rau affirment que la loi «est applicable à tous les cas qui, quoique non littéralement indiqués dans sa rédaction, s'y trouvent cependant virtuellement compris d'après son esprit», mais non à ceux «que son texte paraît à la vérité comprendre, mais qui se trouvent exclus d'après son esprit»[21].

En cas de besoin, les auteurs se tournent vers d'autres sources. En premier lieu, ils consultent les travaux préparatoires, une expression qui désigne les délibérations portant sur le projet de code et les modifications que celui-ci a subies entre 1801 et 1804. Les lacunes de ces matériaux sont cependant soulignées: les débats parlementaires contiennent des erreurs manifestes dont les rédacteurs du code eux-mêmes se sont parfois rendus coupables[22]. L'ancien droit est également consulté lorsque ses règles ont été reprises par une disposition du code, ou encore à titre supplétif[23]. À cet égard, il faut noter que, parmi les ouvrages publiés avant 1837, ceux de Delvincourt, Touillier et Duranton, font assez largement appel à cette source, même si Proud'hon semble privilégier le texte de loi[24]. D'autre part, quelques commentateurs approuvent le recours à l'équité[25]. Une disposition qui découle d'un principe général, par opposition à une norme d'exception ou à un texte d'incrimination, peut également être étendue par analogie à une hypothèse qu'elle ne vise pas expressément[26]. La plupart des auteurs insistent sur le grand intérêt et l'utilité pratique que présente la jurisprudence. Toutefois, celle-ci ne saurait en aucun cas constituer une règle qui lie le juge ou la doctrine: une erreur répétée à l'infini ne saurait contredire un principe qui, à leurs yeux, est consacré par le code[27]. Il est donc quelque peu piquant de constater que certains se plaignent des contradictions et des revirements de la jurisprudence[28], qu'ils analysent néanmoins de manière plus approfondie qu'on ne le croit généralement[29].

À la lecture de ce qui précède, on ne sera pas surpris d'apprendre que les exégètes font preuve d'une très grande créativité dans leurs analyses. Celles-ci prennent souvent une forme rhétorique: les questions suscitées par une disposition sont traitées dans une sorte de dialogue entre l'auteur et ses collègues ou la jurisprudence. Cette prédilection pour la controverse fait obstacle à l'émergence d'un véritable esprit de système: «l'allure géométrique ou déductive n'est que la forme d'un discours qui reste au

19. A.-M. DEMANTE, *op. cit.*, note 14, nº 23, p. 13.
20. C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 13, nº 116, p. 135.
21. Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4e éd., t. 1, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1869, p. 129 (ci-après AUBRY et RAU).
22. M. DELVINCOURT, *op. cit.*, note 15, p. iij; R.-T. TROPLONG, *op. cit.*, note 13, p. 7-9; AUBRY et RAU, *op. cit.*, note 21, p. 133; F. LAURENT, *op. cit.*, note 18, p. 31-34.
23. C.-B.-M. TOULLIER, *op. cit.*, note 15, p. iv; R.-T. TROPLONG, *op. cit.*, note 13, p. 3; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, 6e éd., t. 1, Paris, Maresq et Dujardin, 1856, p. 27; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 13, p. 136; AUBRY et RAU, *op. cit.*, note 21, p. 133; F. LAURENT, *op. cit.*, note 18, p. 50 à 54.
24. Voir Jean-Marie AUGUSTIN, «Les premières années d'interprétation du Code civil Français, (1804-1837)», dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application* (ci-après *Le nouveau Code civil [...]*), Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 27-40, aux pages 31-33; Serge GAUDET, «La doctrine et le *Code civil du Québec*», dans *id.*, p. 223-251, à la p. 229, note 13; François GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif, essai critique*, 2e éd., 2e tirage, t.1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954 (la première édition date de 1899), nos 9-10, p. 23-24; Jean-Louis HALPÉRIN, *Introduction historique au droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996, nos 30-31, p. 58-61; sur l'attitude de PROUD'HON face à l'ancien droit, voir toutefois J.-B.-V. PROUD'HON, *op. cit.*, note 14, p. v.
25. M. DELVINCOURT, *op. cit.*, note 15, p. iij-iv; A.-M. DEMANTE, *op. cit.*, note 14, nº 23, p. 13; J.-M. BOILEUX, *op. cit.*, note 23, p. 28; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 13, nº 116, p. 136.
26. M. DELVINCOURT, *op. cit.*, note 15, Notes et explications, p. 11-12; M. DURANTON, *op. cit.*, note 14, p. 21; A.-M. DEMANTE, *op. cit.*, note 14, nº 25, p. 13; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 13, nº 116, p. 136; AUBRY et RAU, *op. cit.*, note 21, p. 132.
27. C.-B.-M. TOULLIER, *op. cit.*, note 15, p. vj; M. DELVINCOURT, *op. cit.*, note 15, p. vj; J.-B.-V. PROUD'HON, *op. cit.*, note 14, p. v-viij, selon qui l'abus des précédents «préjudicie à l'examen approfondi des règles applicables au fond de la cause»; R.-T. TROPLONG, *op. cit.*, note 13, p. 8 à 10; A.-M. DEMANTE, *op. cit.*, note 14, nº 30, p. 25; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 13, p. iii-vi; J.-M. BOILEUX, *op. cit.*, note 23, p. II; AUBRY et RAU, *op. cit.*, note 21, p. 128-129; F. LAURENT, *op. cit.*, note 18, p. 84-89.
28. C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 13, p. vi et nº 119, p. 137-138; F. LAURENT, *op. cit.*, note 18, p. 74; à la Cour de cassation, des revirements subits se produisent dans les années 1840: Renaud COLSON, «Génèse du Concept de revirement de jurisprudence», (2000)15 *R.R.J.* 991-1008, 1006-1008.
29. R. COLSON, *loc. cit.*, note 28, p. 1000-1001; J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, nº 44, p. 80; Christophe JAMIN, «François Gény d'un siècle à l'autre», dans Claude THOMASSET, Jacques VANDERLINDEN (dir.), *François Gény, Mythe et Réalités*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 3-33, aux pages 20-21.

fond dialectique»[30]. En raison de ce foisonnement d'opinions portant sur les questions les plus diverses, l'argumentation a un caractère quasi oral. Dans tout ceci, le texte de loi constitue bien plus un point de départ qu'une règle contraignante[31]. Par ailleurs, les auteurs de l'époque sont dans l'ensemble acquis aux orientations du Code civil, par exemple la discrimination exercée contre les enfants naturels ou la femme mariée, l'importance du droit de propriété ou les règles favorisant l'employeur[32]. Quoi qu'il en soit de cette question, dans le dernier tiers du XIX[e], l'exégèse va délaisser graduellement la recherche assez débridée qui l'a caractérisée jusqu'alors.

2. *La montée du formalisme*

L'œuvre d'Aubry et Rau va contribuer à systématiser le droit civil français. En 1839, ces juristes entreprennent de publier la traduction d'un auteur allemand, Zachariae[33]. Avec le consentement de celui-ci, ils intègrent au fil des nouvelles éditions des analyses personnelles. Celles-ci occupent bientôt une place prépondérante. Ils signent donc la quatrième édition, publiée entre 1869 et 1879[34]. L'influence allemande se manifeste dans la présentation de l'ouvrage, qui prend la forme d'un traité, ainsi que dans l'importance accordée à certaines constructions théoriques, tel le patrimoine, qui acquiert ainsi droit de cité en France. Ces auteurs reconnaissent que l'esprit de la loi peut contrôler l'interprétation de ses termes, car il est constitué de principes appelés à être développés. Ils n'en attachent pas moins une très grande importance à la méthode d'interprétation grammaticale et s'opposent à «toute innovation qui tendrait à substituer une volonté étrangère à celle du législateur»[35].

C'est toutefois le juriste belge François Laurent qui va s'élever le plus vigoureusement contre les libertés que prennent à son

30. Phillipe REMY, «Éloge de l'Exégèse», (1985) 1 *Droits* 115, 122; voir également Christian ATIAS, «La controverse et l'enseignement du droit», (1985) 2 *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 107-123; Paul DUBOUCHET, «L'École de l'Exégèse et la science du droit», (1986) 2 *R.R.J.* 209; S. GAUDET, *loc. cit.*, note 24, p. 237; J.L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, nos 31-36, p. 59-69.
31. *Id.*, nº 44, p. 79-80.
32. *Ibid.* et *passim*.
33. *Id.*, nº 34, p. 65.
34. Voir *op. cit.*, note 21.
35. Cité par J.L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, nº 34, p. 66. Cet auteur note que «le «positivisme étatique» gagne progressivement du terrain (avec Aubry et Rau, puis avec Demolombe) à l'encontre des conceptions jusnaturalistes ou des traditions historiques» (*id.*, nº 44, p. 80).

avis la doctrine et les juges. Auteur des *Principes de droit civil*[36], qui comptent trente-trois volumes, il publie en 1881 un *Cours élémentaire de droit civil* destiné aux étudiants[37]. Il y dresse un réquisitoire impitoyable de 119 pages, dont il convient de donner ici un aperçu. À son avis, «les auteurs et les magistrats [...] font la loi au lieu de se contenter de l'interpréter»[38]. Il existe «tout au plus» une ou deux dispositions «qui n'expriment pas la vraie pensée du législateur»[39]. Les interprètes qui se fondent sur l'esprit de la loi «se font législateur; le code civil n'est pas de leur goût, ils en font un autre»[40]; au surplus, «quand le texte parle [...] personne n'a le droit de traiter les lois de *judaïques*»[41]. Il admet que l'on s'inspire de l'esprit de la loi afin d'élucider le sens d'une disposition qui prête à interprétation[42]. Mais il demeure méfiant: «l'interprète seul a raison [: v]oilà à quoi très souvent se réduit ce qu'on appelle l'esprit de la loi»[43]. Il n'y a évidemment pas lieu de se plier aux «exigences de l'état social» afin de conserver à la loi son autorité morale[44]. Si le code est inique, le législateur doit le modifier, sans quoi les interprètes usurperont son autorité[45]. Un exemple illustre cette conception absolutiste. En cas de refus du père de reconnaître son enfant naturel, il n'existe à l'époque aucun moyen de faire constater cette paternité. Dans cette hypothèse, un individu pourrait donc marier sa fille biologique; mais il serait impossible de le punir, car «la violation de la loi par le juge est un plus grand scandale qu'un mariage incestueux»[46]!

Le catalogue des reproches que Laurent adresse à ses devanciers est assez divertissant à lire: Merlin ferait partie des jurisconsultes traditionalistes qui «veulent transporter dans le code civil un droit qui n'est plus que de l'histoire»[47]; «[s]i l'on voulait dresser le catalogue complet des erreurs de Troplong, il faudrait des volumes»[48]; Demolombe sacrifierait les principes aux

36. Paris et Bruxelles, Bruylant-Christophe et comp. et A. Durand & Pedone-Lauriel, 1869-1878.
37. *Op. cit.*, note 18.
38. *Id.*, p. 9.
39. *Id.*, p. 14.
40. *Id.*, p. 17.
41. *Id.*, p. 19.
42. *Id.*, p. 20.
43. *Id.*, p. 36.
44. *Id.*, p. 64.
45. *Id.*, p. 83.
46. *Id.*, p. 102.
47. *Id.*, p. 90.
48. *Id.*, p. 92.

faits[49]; presque toutes les opinions originales de Marcadé seraient des erreurs qui furent abandonnées par la suite[50]. Somme toute, Aubry et Rau sont critiqués modérément: leur ouvrage ne serait utile qu'aux juristes avertis, plutôt qu'aux étudiants ou aux magistrats, car l'argumentation y serait trop peu développée[51].

La jurisprudence ne trouve pas davantage grâce aux yeux de Laurent. Les brusques revirements opérés par la Cour de cassation sont la «preuve évidente que notre science n'a pas de principes certains, et elle n'en aura que lorsque le respect de la loi deviendra la règle invariable de ses décisions»[52]. Selon lui, ces variations soudaines, qui «font de l'application des lois une loterie»[53], ne se produiraient pas en Belgique. L'autorité de la jurisprudence «dépasse celle de la loi»; d'où la nécessité de la réduire «à sa véritable valeur» et de ne pas accorder de crédit aux décisions mal fondées[54]. Car «les tribunaux se laissent aller trop facilement à mettre leurs idées, leurs prédilections ou leurs antipathies au-dessus de la loi»[55]. Enfin, signalons que ce professeur préconise l'emploi de la méthode socratique[56]. Un civiliste du XIXe siècle qui s'oppose aux revirements de jurisprudence et qui recommande le dialogue avec ses élèves, voilà qui n'est pas banal!

La critique de Laurent constitue en quelque sorte le point culminant d'une approche exégétique centrée sur le texte de loi. Bien qu'il accepte d'utiliser les mêmes outils interprétatifs que ses collègues, il semble croire que leur emploi doit demeurer rare. Dans son esprit, la plupart des dispositions du code paraissent avoir un champ d'application et une signification qui s'imposent d'emblée. Les principes du droit civil doivent épouser fidèlement les contours du texte plutôt que de le remodeler. Les lacunes et les défauts du code doivent être portés à l'attention du législateur; ils ne sauraient influer sur l'issue d'un litige ou sur les conclusions d'un auteur. Cette vision, qui jouit sans doute d'une certaine faveur à l'époque, ne va pas tarder à être remise en cause.

49. *Id.*, p. 99.
50. *Id.*, p. 107.
51. *Id.*, p. 106.
52. *Id.*, p. 74.
53. *Id.*, p. 88-89.
54. *Id.*, p. 88.
55. *Id.*, p. 59.
56. *Id.*, p. 125.

B. Le triomphe du positivisme

1. *La critique de François Gény*

Au cours des premières années de la IIIe République, l'enseignement du droit est réorganisé, en particulier le concours d'agrégation des professeurs, qui est réformé en 1896. Une nouvelle génération de professeurs met en avant des théories audacieuses. En 1897, Raymond Saleilles préconise la responsabilité fondée sur le risque en matière d'accidents de travail, ainsi que la reconnaissance de l'abus de droit[57], deux thèses qui sont également défendues par Léon Josserand[58]. Mais c'est François Gény qui entreprend de critiquer la «méthode traditionnelle» d'interprétation du code. À son avis, les exégètes ont négligé les enseignements de Portalis en affectant de croire qu'ils pouvaient toujours déduire du code une solution, même dans les cas où le législateur n'avait jamais songé à un problème[59]. Il dénonce notamment le «fétichisme de la loi» et «l'abus des abstractions logiques» qui rattachent artificiellement certaines solutions aux dispositions légales; à son avis, il faut écarter l'idée «que toute solution positive doit avoir sa base, au moins virtuelle, dans la loi écrite»[60]. En revanche, il insiste sur la nécessité de donner son plein effet à la formule employée par le législateur:

> Avant tout, c'est à la formule [d'une disposition] qu'il faut demander la révélation de la volonté législative. Et, du moment que celle-ci se dégagera du texte, sans être contredite par aucun élément extérieur, elle dictera, en supprimant toute hésitation, la décision de l'interprète.[61]

En l'absence d'une indication claire de cette volonté, Gény préconise une «libre recherche scientifique» fondée sur l'observation attentive de la société. Dans cette perspective, les magistrats

57. J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, nº 121, p. 181-182.
58. *Id.*, nº 126, p. 188-190; Daniel JUTRAS, «Louis and the Mechanical Beast or Josserand's Contribution to Objective Liability in France», dans Kenneth D. COOPER-STEPHENSON et Elaine GIBSON (dir.), *Tort Theory*, Cactus Press, North York, 1993, p. 315-341.
59. *Op. cit.*, note 24, nos 48-50, p. 101-105 et nos 54-59, p. 112-123; voir l'article éclairant de Marie-Claire BELLEAU, «Les juristes inquiets: classicisme juridique et critique du droit au début du XXe siècle en France», (1999) 40 *C. de D.* 507-544; les autres ouvrages de Gény ont eu beaucoup moins de retentissement.
60. F. GÉNY, *op. cit.*, note 24, nº 59, p. 121.
61. *Id.*, nº 101, p. 276-277; voir également nº 58, p. 119, nº 59, p. 123, nº 98, p. 267-268, nº 101, p. 280 et 284.

et les interprètes sont invités à combler les lacunes du code civil en s'interrogeant sur les besoins de leur époque plutôt que sur les valeurs privilégiées en 1804[62].

2. *La doctrine du XXe siècle*

Si son principal ouvrage est fréquemment cité, François Gény n'a pas provoqué une transformation radicale au sein de la doctrine du XXe siècle. En effet, il reconnaît d'emblée que la formulation du code peut fournir à elle seule la solution d'un problème; la libre recherche scientifique n'est donc pas synonyme d'indétermination du texte. Elle doit plutôt remplacer la recherche de principes généraux qui débouche pour Gény sur des constructions subjectives et variables qui ne sauraient être confondues avec la volonté du législateur. Cette critique est bien accueillie, par opposition à celle de Raymond Saleilles, qui aimerait voir la jurisprudence «plier le texte aux nécessités nouvelles qui le sollicitent»[63] et accepter des «créations inorganiques [...] à la condition de les replacer dans le cadre de la loi»[64]. L'apport de ces auteurs consiste à mettre en lumière la liberté de choix dont dispose le juge en renonçant à toujours rattacher aux principes sous-jacents du code la réponse que celui-ci privilégie. Par la suite, la doctrine semble

62. Voir C. THOMASSET *et al.*, *op. cit.*, note 29; M.-C. BELLEAU, *loc. cit.*, note 59, p. 539-543. Pour Gény, une démarche scientifique devrait permettre de dégager des principes objectifs plutôt que des opinions subjectives; C. JAMIN, *loc. cit.*, note 29, p. 22. En ce qui concerne les accidents du travail, il affirme que les textes du Code civil «n'ont rien à faire en présence d'une pure *question de risques*»; la responsabilité objective de l'employeur se justifie plutôt par «les exigences de la justice et de l'utilité sociale». En outre, «il n'échappera à personne que l'intervention du législateur soit éminemment désirable pour soustraire à l'appréciation du juge ce règlement si délicat de la question des risques; et, c'est ce qui pourrait justifier, malgré tout, la loi du 9 avril 1898, concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail» (F. GÉNY, *op. cit.*, note 24, t. II, nº 174, p. 175-176 et note 1; voir également *id.*, nº 149, p. 50, note 3); pour une appréciation très différente de la pensée de Gény sur cette question, voir Marie-Claude PRÉMONT, «François Gény et les enjeux de la responsabilité civile», dans C. THOMASSET *et al.*, *op. cit.*, note 29, p. 101-160.

63. Raymond SALEILLES, «Préface», dans F. GÉNY *op. cit.*, note 24, p. xx.

64. *Id.*, p. xxii; G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. HOUQUES-FOURCADE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 2e éd., t.1, Paris, Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, 1902, nos 264*bis* I à 264*bis* XIII, p. 207 à 230; ces auteurs rejettent catégoriquement l'idée que «la meilleure interprétation des lois est celle qui les plie le mieux au besoin de l'heure présente» (*id.*, nº 264*bis* VII-VIII, p. 217-219); ils approuvent chaleureusement la méthode de Gény (*id.*, nos 264*bis* IX-XIII, p. 219-230); Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3e éd., t. 1, Paris, Cotillon, 1904, nº 224, p. 90-92, note 3, se déclare en accord avec Gény.

avoir abandonné la recherche d'un fondement dont la validité puisse être acceptée par tous pour se tourner vers une présentation exhaustive de la jurisprudence[65].

Dès la fin du XIXe siècle, les traités de droit civil sont rédigés en collaboration. Ainsi Baudry-Lacantinerie publie d'abord un *Précis de droit civil* (1882); entre 1895 et 1900, il dirige la publication du *Traité théorique et pratique de droit civil*, qui compte vingt-deux volumes et qui est complété par un supplément entre 1924 et 1935. De même, Marcel Planiol et Georges Ripert assurent la direction du *Traité pratique de droit civil* entre 1925 et 1934. Frederick P. Walton, spécialiste du droit romain éduqué en Écosse et civiliste réputé au Québec, n'a pas manqué de relever le changement qui se produit pendant cette période:

> Si l'on compare des auteurs tels que Duranton et Toullier avec Guillouard ou avec le grand traité édité sous la responsabilité de Baudry-Lacantinerie, le changement est frappant. Dans les ouvrages anciens, on citait peu de jurisprudence et on lui accordait peu d'importance. Dans les ouvrages nouveaux, chaque paragraphe est émaillé de notes contenant des références à l'appui du texte.
>
> Les nouveaux ouvrages de droit français ressemble beaucoup plus aux ouvrages anglais et ils tendent comme ces derniers à devenir dans une large mesure une présentation systématique et un résumé des solutions auxquelles en sont arrivés les tribunaux.
>
> Le point de vue spéculatif des anciens auteurs présente beaucoup d'intérêt, mais à l'ère de l'efficacité, l'avocat qui consulte un ouvrage cherche à savoir dans quel sens les tribunaux vont probablement résoudre son affaire, plutôt que de savoir comment il convient de la résoudre par application des principes théoriques.[66]

65. C. ATIAS, *loc. cit.*, supra, note 30; J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, nos 123, p. 184-186; Christophe JAMIN, «L'oubli et la science: Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIXe et XXe siècles», (1994) 93 *R.T.D.C.* 815-827; C. JAMIN, *loc. cit.*, note 29, p. 25-30; selon Philipe JESTAZ, après Gény, «[l]a pensée juridique reste à peu près exclusivement dogmatique et les juristes en ont la conscience légère, car l'étude ou la contemplation de la jurisprudence leur tient lieu de sociologie; la lecture des arrêts nous aide à croire que nous observons le réel» («François Gény: une image française de la loi et du juge», dans C. THOMASSET, *op. cit.*, note 29, p. 37-53, à la page 52). Notons par ailleurs que Henri Capitant déclare s'être inspiré du célèbre professeur C. Langdell, de la Faculté de droit de l'Université Harvard, pour la préparation de *Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1924 (C. JAMIN, *loc. cit.*, note 29, p. 26, note 97). Gény lui-même signale que ses contemporains accordent une importance nouvelle à la jurisprudence (*op. cit.*, note 24, t. II, nº 147, p. 39-45).

66. Frederic Parker WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, Introduction et Traduction par Maurice Tancelin, Toronto, Butterworths, 1980 (traduction de l'édition originale de 1907), p. 114.

Avant de conclure cette partie, il importe de présenter brièvement certains auteurs qui ont marqué le XXe siècle. Le conservatisme de Ripert, catholique convaincu[67], mérite d'être souligné: adversaire déclaré du Front populaire de 1936 et partisan du Régime de Vichy, il s'oppose au divorce, à la légitimation des enfants adultérins, à l'octroi de certains droits aux concubins, aux lois qui soulagent les débiteurs pendant la crise des années trente et à l'extension de la responsabilité sans faute[68]. On a dit de lui: «l'action entraîne la réaction dont, pendant un demi-siècle, Georges Ripert sera le représentant»[69]. Les frères Mazeaud sont également des catholiques convaincus et partagent des opinions assez semblables, sauf qu'ils ne collaborent pas avec Pétain[70]. Ils publient en 1931 un *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* et, à partir de 1955, des *Leçons de droit civil*[71]. Bien qu'ils soient plus nuancés, Marcel Planiol, Ambroise Colin, Henri Capitant ou René Savatier, partagent cette orientation conservatrice[72]. Dans les années soixante, de nouvelles tendances se font jour, sur lesquelles nous ne nous attarderons pas[73].

Pendant près d'un siècle, la doctrine française a cherché à tirer du code civil des principes généraux susceptibles de fournir des solutions aux difficultés rencontrées dans la pratique. Dans le dernier tiers du XIXe siècle, elle délaisse la controverse et privilégie plutôt une forme d'analyse déductive et théorique. La critique de François Gény conduit les juristes à admettre que le texte de loi peut être silencieux sur une question, auquel cas il convient de s'adonner à une «libre recherche scientifique». Mais la recherche de la volonté législative continue de jouer pour lui un rôle primordial. Par la suite, l'analyse de la jurisprudence remplace la controverse. La doctrine du XXe siècle critique toutefois certaines innovations législatives ou jurisprudentielles, notamment en raison d'une certaine conception du catholicisme. Cette

67. Il convient de souligner que Saleilles et Gény sont également des catholiques pratiquants (J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, nº 121, p. 181, nº 136, p. 203; voir également C. JAMIN, *loc. cit.*, note 29, p. 18-19).
68. *Id.*, nº 127, p. 90-191, nº 129, p. 193 et 195, nº 130, p. 196, nos 137-138, p. 204, nº 142, p. 211, nº144, p. 213, nº 192, p. 276 et 201, pp. 184-186, 190-19 et 291-292.
69. J.-L. GAZZANIGA, *op. cit.*, note 3, nº 49, p. 65.
70. J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, nº 135, p. 202.
71. *Id.*, nº 130, p. 196, nº 138, p. 204, nº 201, p. 292 et nº 215, p. 313.
72. *Id.*, nº 123, p. 184-186 et *passim*.
73. *Id.*, nos 202-204, p. 293-296.

brève présentation nous permet maintenant d'examiner les débats auxquels a donné lieu l'interprétation du Code civil au Québec.

II. LE CODE CIVIL ET LA JURISPRUDENCE QUÉBÉCOISE, 1866-1906

En 1865, le *Code civil du Bas Canada* remplace la multitude de sources applicables en droit privé. L'effet de ce changement a été perçu de diverses manières. Certains ont soutenu que le code constituait une simple fenêtre sur le passé, de sorte que les juges continuaient à puiser librement dans les sources anciennes. Pour évaluer cette thèse, il convient tout d'abord de rappeler quels étaient les problèmes auxquels la codification de 1865 tentait de remédier (A) pour examiner ensuite l'attitude des juges dans les affaires de droit civil québécois (B). Nous reporterons à la section suivante l'étude de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada.

A. La codification de 1865

La codification de 1865 apporte une réponse aux difficultés rencontrées par les praticiens du droit, qui sont vivement dénoncées (1). Elle se caractérise par une volonté de conserver le droit en vigueur en dépit de la transformation formelle qu'elle opère (2).

1. L'état du droit avant la codification

La multiplicité des sources au Bas-Canada n'était pas perçue de manière positive, tant s'en faut (a). L'importance de l'écrit y est considérable; il paraît donc difficile d'y voir un système caractérisé par la communication orale (b).

a) La dispersion des sources

Aux termes de l'article 8 de l'*Acte de Québec* de 1774[74], le droit privé de la Nouvelle-France s'applique de nouveau au Québec, sous réserve des modifications que le pouvoir législatif local est

74. *An Act for making more effectual provision for the government of the Province of Quebec in North America* (ci-après *Acte de Québec*), 1774 (R.-U.), 14 Geo. III, c. 83.

expressément autorisé à y effectuer[75]. L'article 10 de cette même loi autorise la rédaction de testaments selon les règles anglaises; il introduit en outre la liberté illimitée de tester, abrogeant du même coup les règles sur la légitime et la réserve des biens propres prévues par la *Coutume de Paris*, qui s'applique en Nouvelle-France depuis 1664[76]. Une loi de 1801 précise que les incapacités de recevoir de l'ancien droit français sont elles aussi abrogées[77]. Une ordonnance de 1777 introduit les règles de preuve du droit anglais en matière commerciale[78], tandis qu'une autre accorde à chaque partie le droit d'obtenir un procès devant jury si le litige porte sur une affaire commerciale ou sur «les injures personnelles qui doivent être compensées en domages [sic]»[79]. Puis, pendant une assez longue période, le législateur s'intéresse très peu au droit privé. Sous l'*Acte d'Union*[80], le parlement du Canada-Uni légifère tant pour l'ancien Bas-Canada que pour l'ancien Haut-Canada, qui deviendront en 1867 le Québec et l'Ontario. En droit privé, chacun conserve généralement ses propres lois. Dans quelques cas, des lois britanniques sont toutefois recopiées; elles s'harmonisent très mal avec le droit civil du Bas-Canada[81]. En matière de lettres de change, le droit anglais joue expressément un rôle supplétif[82].

75. Pour une étude plus approfondie de l'état du droit de 1774 à 1866, voir Michel MORIN, «La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866», dans Patrick GLENN, (dir.), *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Ltée, 1993, p. 1-41.
76. *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; 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.
77. *Acte pour expliquer et amender la Loi concernant les Testaments et Ordonnances de Dernière Volonté*, S.B.-C. 1801, 41 Geo. III, c. 4.
78. *Ordonnance pour réglementer la procédure dans les cours de judicature civile*, O.Q. 1777, 17 Geo. III, c. 2, art. 7.
79. *Ordonnance instituant les procès par jury*, O.Q. 1785, 25 Geo. III, c. 2, art. 9.
80. *An Act to re-unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the government of Canada*, 1840 (R.-U.), c. 35; L.R.C. (1985), App. II, nº 4.
81. *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 Vict., c. 10, qui est l'origine des articles 1739 à 1754 du *Code civil du Bas-Canada* (ci-après C.c.B.-C.); *Acte pour donner aux familles des personnes tuées par accident la faculté de réclamer des dommages et pour d'autres fins y mentionnées*, S.P.C. 1847, 10-11 Vict., c. 6, qui est à l'origine de l'article 1056 C.c.B.-C.; voir également M. MORIN, *loc. cit.*, note 75, p. 7-8.
82. Voir 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.* 535-616; *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. Cette disposition est à l'origine des articles 2340 et 2346 C.c.B.-C.

Ainsi, le droit anglais a été expressément introduit au Bas-Canada dans certains domaines, tels la forme des testaments, les règles de preuve en matière commerciale ou les lettres de change. Par la force des choses, il peut également éclairer le fonctionnement de certaines institutions inconnues du droit civil, tel le procès par jury ou, de manière beaucoup plus discutable, la liberté testamentaire; il est également employé lorsqu'une loi locale reproduit un texte britannique[83]. Un problème particulier se pose en droit commercial: le principal texte appliqué en Nouvelle-France, l'*Ordonnance sur le commerce* de 1673, n'a pas été enregistré par le Conseil souverain de Québec. Après 1774, la jurisprudence refuse de l'appliquer en raison de ce fait. Les juges recherchent donc l'état du droit avant 1663, date de la création du Conseil. Confronté à une carence des sources, ils puisent abondamment dans la doctrine et la jurisprudence anglaises et américaines, mais également françaises, du XIXe siècle[84]. D'autre part, en matière de contrats et d'obligations, l'ancien droit français n'est pas contenu dans un texte législatif, sauf exception, mais bien dans la doctrine et la jurisprudence. Au Bas-Canada, s'il arrive que certains juges fassent référence au droit anglais, la majorité d'entre eux s'y refusent en l'absence d'un texte qui déroge expressément ou implicitement à l'*Acte de Québec*[85].

b) Une culture résiduelle orale?

Dans un article publié en 1989, le professeur David Howes soutient que le droit bas-canadien du milieu du XIXe siècle présente les caractéristiques d'une culture orale[86]. Selon cet auteur, la publication très irrégulière de la jurisprudence antérieurement à 1850 aurait empêché la recherche d'une règle abstraite et impersonnelle d'origine écrite. En lieu et place, la discussion, l'argumentation et la polémique auraient prédominé; il s'agirait là du stade oral de la culture juridique, où le droit est un «champ de lutte rhétorique»[87]. L'entrée en vigueur du *Code civil du Bas*

83. M. MORIN, *loc. cit.*, note 75, p. 14-15.
84. *Id.*, p. 16-17.
85. *Id.*, p. 18-19.
86. David HOWES, «La domestication de la pensée juridique québécoise», (1989) 13 *Anthropologie et Sociétés* 103.
87. *Id.*, p. 107, note 5.

Canada inaugure ensuite le stade «chirographique (ou du manuscrit)», qui se continue jusqu'en 1914. Enfin, le stade «typographique ou du livre imprimé» apparaît vers 1920[88]. Nous nous bornerons à discuter ici de la situation avant la codification, à la lumière de publications récentes; nous discuterons ultérieurement des autres «stades» décrits par le professeur Howes.

Il convient tout d'abord de souligner que les juristes du Bas-Canada se plaignent du nombre élevé de sources écrites qu'ils doivent consulter. En effet, les nombreux ouvrages portant sur l'ancien droit français ont trouvé refuge parmi eux au XIXe siècle[89]. Compte tenu de ce fait, ils n'ont nul besoin de rechercher des manuscrits inédits portant sur ces questions, si tant est qu'il en existe[90]. En outre, il nous semble que certaines sources juridiques sont considérées comme un «principe d'autorité» bien avant la publication régulière de la jurisprudence québécoise. Un recueil de décisions paru en 1834 permet de constater que les jugements de cette époque n'ont pas systématiquement pour effet d'exacerber les conflits en raison de leur caractère rhétorique; selon M. Howes, dans le cadre d'une culture orale, cela serait leur effet prévisible[91]. À titre d'illustration, certaines décisions écartent le droit anglais au profit du droit d'origine française, en application du principe posé par l'article 8 de l'*Acte de Québec* [92]. Un tel raisonnement déductif ne présente pas les caractéristiques que M. Howes associe à une culture orale.

Pourtant l'expression orale joue bien à cette époque un rôle fondamental, notamment dans certaines méthodes d'enseignement et dans les examens d'admission au Barreau[93]. Mais surtout, au moment où ils prononcent un jugement, les juges communiquent oralement leurs motifs. Les notes qu'ils préparent ne semblent pas devoir être déposées au dossier; les éditeurs doivent donc les transcrire à l'audience ou en obtenir une copie[94]. Il faut d'ailleurs attendre jusqu'en 1843 pour que les juges soient obligés de motiver leurs décisions[95]. Avant la publication régulière des recueils de jurisprudence, les juristes sont contraints d'utiliser des comptes rendus manuscrits ou des articles de journaux[96]. À cet égard, la théorie de M. Howes se vérifie, bien qu'il faille prendre garde de ne pas surestimer l'importance des décisions inédites de cette époque. En outre, la préparation de motifs destinés à être lus en public se poursuit tout au long du XIXe siècle. Il n'est donc pas étonnant que cette caractéristique transparaisse, encore que, après 1850, certains juges livrent des dissertations savamment construites où l'argumentation est développée de manière systématique, par exemple le juge-en-chef LaFontaine ou les juges Meredith et Badgley. Mais dans bien des cas, leurs collègues se contentent d'accumuler les citations d'ouvrages portant sur l'ancien droit français, sans se soucier de construire un raisonnement bien structuré ou de citer un texte normatif[97].

Il ne faut pourtant pas croire que tous les juges recherchent des principes universels, s'adonnent à la rhétorique ou refusent d'être liés par les précédents[98]. Nous avons vu que, en droit commercial, l'inapplication des ordonnances françaises de l'Ancien Régime au Québec crée un vide que les juges comblent en citant indifféremment la doctrine et la jurisprudence anglaises, américaines, écossaises et françaises. Mais cette attitude est beaucoup

88. *Id.*, p. 105, notamment note 3.
89. Maximilien BIBAUD, *Essai de logique judiciaire*, Montréal, De Montigny, 1853, p. 135-136.
90. Contrairement à ce qu'affirme David HOWES (*loc. cit.*, note 86, p. 108).
91. Voir D. HOWES, «The Origine and Demise of Legal Education in Quebec (or Hercules Bound)» (1989) 38 *R.D.U.N.-B.* 127-149, 131. Pour M. Howes, l'attitude de Maximilien Bibaud est caractéristique de l'époque, notamment sa volonté de trouver dans le droit romain les principes généraux du droit (*id.*, p. 133-134). Les extraits que cite Bibaud semblent toutefois avoir été repérés dans des sources secondaires: Sylvio NORMAND et Martine DUMAIS, «Le droit romain dans le droit coutumier du Bas-Canada selon François-Maximilien Bibaud», dans E. HERMON (éd.), *La question agraire à Rome: Droit romain et société*, Bibliotheca di athenaeum 44, Edizioni New Press, 1999, p. 164, à la page 169.
92. Voir M. MORIN, *loc. cit.*, note 75, p. 15 et 18.
93. Voir D. HOWES, *loc. cit.*, note 91.
94. Raymonde CRÊTE, Sylvio NORMAND et Thomas COPELAND, «Law Reporting in Nineteenth Century Quebec», (1995) 16 *Legal History* 147, 152 et 161-162; Raymonde CRÊTE, «Aspects méthodologiques de la jurisprudence québécoise en droit commercial à la fin du XIXe siècle», (1993) 34 *C. de D.* 219-255, 229-230.
95. *Acte pour abroger certains actes et ordonnances y mentionnés, et pour mieux pourvoir à l'administration de la justice dans le Bas-Canada*, S.P.C. 1843, c. 16, art. 7.
96. R. CRÊTE *et al.*, *loc. cit.*, note 94, p. 152.
97. André MOREL, «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, 1992, p. 49, aux pages 55-56, qui note toutefois l'importance accordée aux textes législatifs édictés depuis la Conquête.
98. M. MORIN, *loc. cit.*, note 75, p. 11-12. M. Howes écrit que les juges «semblaient avoir entretenu, à l'intérieur d'un genre de dialogue continuel, toutes les sources de droit les plus classiques et respectées de l'« autre système », afin de les appliquer là où ils le jugeaient bon» (*loc. cit.*, note 86, p. 109). Dans cet extrait, l'«autre système» désigne la common law pour les juges québécois et le droit civil pour les juges ontariens.

moins fréquente dans le domaine des contrats et des obligations; elle est encore plus rare lorsque le litige met en jeu le texte de la *Coutume de Paris*. En outre, à plusieurs reprises, des juges francophones ou anglophones reprochent aux avocats de citer la jurisprudence ou la doctrine anglaise lorsque la solution du litige dépend du droit civil. Dans de telles hypothèses, le droit local n'est certes pas considéré comme un principe universel[99].

La situation ne semble pas très différente ailleurs. En France, le goût de la polémique demeure très prononcé, même si la doctrine française du milieu du XIXe siècle discute de l'application d'un seul texte de loi, le code civil[100]. En Angleterre, à la même époque, les juges de la Chambre des lords ne se sentent pas tous liés par les précédents de leur cour; par la suite, plusieurs d'entre eux cherchent davantage des principes que des précédents susceptibles d'être appliqués mécaniquement[101]. En somme, c'est durant le dernier quart du XIXe siècle que la conception «scientifique» du droit devient dominante: tant en droit civil qu'en common law, les juristes cherchent à tirer de la jurisprudence des formules générales qui prédéterminent l'issue des litiges indépendamment de considérations morales ou politiques. Cette évolution nous semble constituer un mouvement général des idées qui a très peu à voir avec l'importance de l'expression orale dans le système juridique[102]. Cette précision étant apportée, il convient maintenant d'examiner la codification de 1865.

2. *Les objectifs de la codification*

La codification répond avant tout à des préoccupations d'ordre technique (a), car elle s'inscrit dans une démarche visant à assurer la continuité du droit privé (b).

99. *Id.*, p. 18-19.
100. Voir *supra*, note 30.
101. David PUGSLEY, «London Tramways (1898)», (1996) 17 *Legal History* 172; Robert STEVENS, *Law and Politics, The House of Lords as a Judicial Body, 1800-1976*, Chapel Hill, University of North Carolina, 1978, p. 81-83, 100-104 et 114-132.
102. Sylvio NORMAND, «Une culture en redéfinition: la culture juridique québécoise durant la seconde moitié du XIXe siècle», dans Bjarne MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1998, p. 221-235, aux pages 224-227; sur la situation aux États-Unis, voir R. CRÊTE, *loc. cit.*, note 94, p. 223-225.

a) La rationalisation des sources

En 1857, le législateur décide de procéder à la codification des lois civiles du Bas-Canada[103]. À cette époque, les tribunaux citent fréquemment le Code Napoléon et la doctrine française lorsque la disposition pertinente énonce une règle qui s'applique également au Bas-Canada[104]. L'utilisation d'un texte codifié est donc entré dans les mœurs et ne constitue pas une nouveauté. Les difficultés proviennent plutôt de la non-réimpression des ouvrages de l'ancien droit français, de l'unilinguisme des sources (françaises, mais aussi, dans certains cas, anglaises) et de la coexistence de textes fondés sur des philosophies incompatibles[105]. La codification constitue également l'aboutissement d'un processus de rationalisation et de modernisation du droit qui privilégie le libéralisme économique[106].

La loi de 1857 prévoit que le projet de *Code civil* et le projet de *Code de procédure civile* «seront rédigés suivant 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*»[107]. Une version anglaise et une version française doivent être préparées[108]. Les trois commissaires chargés de cette tâche sont tenus de citer «les autorités sur lesquelles ils s'appuient pour juger» qu'une règle est «réellement en force» au Bas-Canada[109]. Ils peuvent proposer des amendements, mais «séparément et distinctement»[110]. Enfin, ils doivent rédiger des rapports bilingues présentant les parties du projet qui sont terminées, afin d'obtenir les commentaires des juges[111]. En 1865, le

103. Voir *Acte pour pourvoir à la codification des lois civiles du Bas Canada*, S.P.C. 1857, c. 43 (ci-après «Loi de codification»).
104. M. MORIN, *loc. cit.*, note 75, p. 24.
105. Voir «Loi de codification», précitée, note 103, préambule.
106. Sylvio NORMAND, «La codification de 1866: contexte et impact», dans Patrick GLENN, *op. cit.*, note 75, p. 43-62; Brian YOUNG, *The Politics of Codification, The Lower Canadian Civil Code of 1866*, McGill-Queen's University Press, 1994.
107. «Loi de codification», précitée, note 103, art. 7.
108. *Id.*, art. 15.
109. *Id.*, art. 6.
110. *Ibid.*
111. *Id.*, art. 8 et 9; *Code civil du Bas Canada, Premier, Second et Troisième Rapports*, Québec, George E. Desbarats, 1865; *Code civil du Bas Canada, Quatrième et Cinquième Rapports*, Québec, George E. Desbarats, 1865; *Code civil du Bas Canada, Sixième et Septième Rapports, et Rapport supplémentaire*, Québec, George E. Desbarats, 1865; sur le travail des commissaires, voir John E.C.

législateur approuve le projet qui lui est soumis, en y apportant un certain nombre de modifications; à cette occasion, il fait de nouveau état des «autorités» citées par les commissaires à l'appui de chaque article[112]. La loi de 1865 précise que les articles de droit nouveau doivent être identifiés de manière distincte[113].

Les rapports des commissaires ont donc permis à la législature d'établir l'exactitude des dispositions proposées ainsi que la pertinence des modifications suggérées. Les codificateurs citent parfois des auteurs anglo-saxons afin de démontrer que leur projet est «en harmonie avec les lois de diverses autres juridictions»[114]. Mais si l'on excepte les cas particulier du droit commercial, des dispositions sur le mandat et des règles anglaises qui ont été introduites au Québec par un texte législatif, cette façon de faire est sporadique. Dans son ensemble, l'œuvre des codificateurs ne témoigne pas d'une orientation «résolument cosmopolite et universaliste»[115].

b) La préservation des sources

En 1857 et en 1865, le législateur entend démontrer à la communauté juridique que les dispositions du nouveau code ne modifient pas l'état du droit et que les amendements suggérés par les commissaires, relativement peu nombreux, ont été portés à son attention. Ce souci de continuité est illustré par deux articles. Tout d'abord, l'article 2615 prévoit que, en cas de divergence entre la version anglaise et la version française, «le texte le plus compatible avec les dispositions des lois existantes doit prévaloir»; s'il s'agit d'un amendement, il faut se rabattre sur «les règles ordinaires d'interprétation». Ensuite, aux termes de l'article 2613

BRIERLEY, «Quebec's Civil Law Codification: Viewed and Reviewed», (1968) 14 *McGill L.J.* 521-589; M. MORIN, *loc. cit.*, note 75, p. 31 à 33.

112. *Acte concernant le Code civil du Bas Canada*, S.P.C. 1865, c. 41, art. 1.
113. *Id.*, art. 3. Dans la version officielle, les amendements seront placés entre crochets.
114. D. HOWES, *loc. cit.*, note 86, p. 111.
115. *Ibid.*; sur les références au droit anglais, écossais ou américain dans les rapports, voir F.P. WALTON, *op. cit.*, note 66, p. 121-131; M. MORIN, *loc. cit.*, note 75, p. 35; il existe toutefois d'autres exemples de citations d'auteurs anglophones que ceux que nous avons mentionnés dans notre article, mais ils sont peu nombreux. Par ailleurs, les références que font les commissaires au droit romain semblent souvent superfétatoires: Jacques L'HEUREUX, «Le rôle du droit romain dans la définition du domaine public québécois», dans E. HERMON, *op. cit.*, note 91, p. 185; Sylvio NORMAND et Donald FYSON, «Droit romain et codification du droit privé au Bas-Canada: les sources utilisées par les commissaires», *id.*, p. 175.

C.c.B.-C.[116], une règle en vigueur au Bas-Canada est abrogée dans l'hypothèse où une disposition du code porte sur la même question, peu importe qu'elle reproduise, qu'elle modifie, qu'elle contredise ou qu'elle abroge expressément l'ancien droit. Dans les autres cas, celui-ci peut s'appliquer à titre supplétif.

Comme l'a souligné le professeur Howes, les juristes de l'époque croient que cette approche est aux antipodes de celle qu'a retenue le législateur français[117]. Ainsi, Thomas Jean-Jacques Loranger rappelle que, aux termes d'une loi française de 1804, «les lois Romaines, les Ordonnances, les Coutumes générales et locales, les statuts, les règlements» sont abrogés «dans les matières qui sont l'objet du Code». Au Québec, «le corps des lois anciennes a été conservé, et le Code lui-même n'a d'autorité, comme texte, que dans les matières où il contient une disposition positive, confirmant ou modifiant l'ancien droit»[118]. Il convient immédiatement de noter que, aux termes de l'article 2613 C.c.B.-C., les lois antérieures sont abrogées dans le cas où le code «contient une disposition expresse sur le sujet particulier de telles lois»; la distinction avec la loi française est donc mince. En effet, en France, les règles de l'ancien droit sont abrogées dans «les matières qui sont l'objet» du code; au Québec, elles sont abrogées si une disposition du code porte sur le «sujet particulier» qu'elles visent. Il est difficile de voir comment le code pourrait avoir pour objet une matière sans contenir des dispositions qui portent, directement ou par voie de conséquence, sur cette matière ou sur ce sujet... Il est clair que dans les

116. Devenu en 1974 l'article 2712. En voici le texte:
Les lois en force, lors de la mise en force de ce code, sont abrogées dans les cas:
Où il contient une disposition qui a expressément ou implicitement cet effet;
Où elles sont contraires ou incompatibles avec quelques dispositions qu'il contient;
Où il contient une disposition expresse sur le sujet particulier de telles lois.
Sauf toujours qu'en ce qui concerne les transactions, matières et choses antérieures à la mise en force de ce code et auxquelles on ne pourrait en appliquer les dispositions sans leur donner un effet rétroactif, les dispositions de la loi qui, sans ce code, s'appliqueraient à ces transactions, matières et choses, restent en force et s'y appliquent, et ce code ne s'y applique qu'en autant qu'il coïncide avec ces dispositions.
L'article 1360 du *Code de procédure civile*, S.P.C. 1866, c. 25, est semblable. Il est toutefois difficile d'admettre que ce code ait pu avoir pour effet d'abroger une disposition du Code civil sous prétexte qu'il est entré en vigueur environ un an plus tard. En effet, une même loi prescrit la rédaction de ces deux textes (voir «Loi de codification» précitée, note 103; *Carter* c. *Molson*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 525 (C.J.C.P., 1883), 535).
117. D. HOWES, *loc. cit.*, note 91, p. 140; cette idée est reprise dans plusieurs autres textes du même auteur.
118. *Commentaire sur le Code civil du Bas-Canada*, Montréal, A.E. Brassard, 1873, p. 92.

deux cas l'ancien droit peut s'appliquer s'il ne contredit pas le texte du code et ses principes fondamentaux[119].

Loranger écrit pourtant que le Code français «a été le dernier mot de la législation ancienne, comme il a été le premier de la nouvelle». L'ancien droit français «détruit comme texte, n'existe plus que comme raison écrite et le commentateur ne remonte pas plus haut que le Code, qui en est la source unique et première». En revanche, pour découvrir les sources du code québécois, il faut «remonter à la plus haute antiquité légale»[120]. Toutefois, dans les cas où le texte des deux codes est semblable, la doctrine française contemporaine peut suppléer en partie à ce besoin:

> La législation ancienne aura, dans sa ressemblance avec le Code Napoléon, ce Code même avec ses commentaires pour développement, sans exclure les auteurs anciens qui, avec le texte des lois anciennes, la jurisprudence française et la nôtre, seront nos seuls guides, dans le cas de contrariété. Rien, dans ce livre, pas plus que dans le Code, ne la séparera de la législation nouvelle. L'isolement serait d'ailleurs impossible.[121]

Si le code québécois reproduit l'ancien droit, celui-ci constitue le «développement» de ses dispositions[122]. Peut-on dire pour autant que le juriste doit tenir le code en «conférence continuelle» avec l'ancien droit et le code français[123]? L'extrait précité montre plutôt que la doctrine française doit jouer un rôle privilégié, «sans exclure» les auteurs anciens, les textes législatifs et la jurisprudence antérieurs au code. Ceux-ci sont les «seuls guides, dans le cas de contrariété» avec la disposition française équivalente. Bien entendu, si le législateur a modifié l'état du droit, les sources anciennes ne sont plus directement pertinentes. Mais Loranger ne regrette certainement pas l'époque où la «connaissance des livres où l'on put étudier la loi, était presque par elle-même une étude»[124] et où les textes étaient «fréquemment mis en controverse par les dissentiments des auteurs et les incertitudes de la jurisprudence»[125]. Pour lui, la codification «en fixant les principes, [...]

119. Pour le droit français, voir les auteurs cités *supra*, note 24.
120. T.J.J. LORANGER, *op. cit.*, note 118, p. 93.
121. *Ibid.* Sur l'importance de la doctrine française dans les cas de divergence entre le code québécois et le code français, voir également *id.*, p. 89-91.
122. *Id.*, p. 92.
123. D. HOWES, *loc. cit.*, note 91, p. 140. Cette expression n'est pas employée par Loranger mais bien par son éditeur, A.E. Brassard (voir *op. cit.*, note 118, p. 7).
124. *Id.*, p. 10.
125. *Id.*, p. 19.

a délivré l'administration de la justice d'une de ses entraves, et fermé une des plaies de la Jurisprudence»; elle a «popularisé la connaissance de l'ancien droit, en en renfermant en un seul volume, les éléments disséminés dans autant de livres que le code contient d'articles»[126].

Sous réserve du fait qu'il privilégie davantage l'approche historique, l'attitude de Loranger rappelle celle des exégètes français: «le Code n'est pas toute la loi»[127] et il faut «découvrir le principe»[128] de chaque disposition en remontant à sa source. La jurisprudence, «souple comme les faits, mobile comme l'état social, se plie à toutes les exigences et tient compte de toutes les nécessités»; elle «accommode la théorie à la condition de la société»[129]. À son avis, «la lettre rigoureuse et la forme rigide exercent un empire trop souvent absolu» sur les tribunaux québécois; ce «rigorisme étroit» serait dû à l'influence «de la jurisprudence anglaise, dont le formalisme s'est déteint sur la nôtre, et en a comprimé l'essor»[130]. Ce serait méconnaître l'esprit du droit français «que d'en faire l'instrument despotique de la forme ou le complice d'une interprétation judaïque»[131]. Car la jurisprudence doit tempérer par l'équité des principes qui sont «faits pour une autre société» parce qu'ils proviennent d'un «droit emprunté», celui de la France[132].

Nous ne pensons pas que Loranger utilise une méthode «nomade» ou «dialogique»[133]. Certes, comme les auteurs français du milieu du XIX[e] siècle, il accorde beaucoup moins d'importance au texte de la loi qu'aux principes. Ceux-ci doivent être dégagés à la suite d'une étude historique et comparative des droits français et québécois. Si l'on peut admettre que, pour Loranger, le code est composé de «fenêtres ouvrant sur le passé»[134], il ne faut pas perdre de vue que celles-ci sont entourées de murs – les articles du code. Si le texte de loi est clair, il n'y a pas lieu à interprétation; le «juge ne peut en éluder la lettre pour en pénétrer l'esprit»[135] ni «surtout,

126. *Id.*, p. 20.
127. *Id.*, «Préface», p. I.
128. *Id.*, p. II.
129. *Id.*, p. V.
130. *Id.*, p. VI.
131. *Id.*, p. VI-VII.
132. *Id.*, p. VII.
133. D. HOWES, *loc. cit.*, note 86, p. 111-115.
134. D. HOWES, *loc. cit.*, note 91, p. 139.
135. T.J.J. LORANGER, *op. cit.*, note 118, p. 159.

sous le prétexte que le sens littéral consacre une injustice, attribuer arbitrairement une pensée plus juste au Législateur, et substituer par là sa présomption à celle de la loi»; le magistrat «est l'esclave de la loi et non son maître»[136].

Selon Loranger, d'après la majorité des auteurs, si un cas est «omis par le droit civil», le tribunal doit se fonder sur l'équité ou le droit naturel «plutôt que de juger aveuglément, en rejetant toute demande qui ne peut s'étayer d'un texte de droit positif»; seuls Marcadé et Demolombe sont cités à l'appui de cette affirmation[137]. À cet égard, Loranger est bien un anti-positiviste. Mais la place qu'il réserve au droit naturel est étroitement circonscrite. Si la loi donne effet à un «devoir naturel», elle doit être étendue «à tous les cas auxquels ce principe peut s'appliquer, prévus et non prévus, exprimés ou omis»; mais «le juge ne peut ériger en obligations juridiques, les obligations naturelles auxquelles le Législateur n'a pas, expressément ou implicitement, reconnu ce caractère». Dans cette hypothèse, le droit naturel doit «rester dans le domaine de la conscience et sans puissance extérieure»[138]. En outre, il ne saurait s'appliquer «dans les matières de droit arbitraire et rigoureux» tels la succession testamentaire, la prescription, l'enregistrement, l'hypothèque[139]! Dans ces conditions, les règles du droit naturel auquel le juge peut légitimement donner effet semblent se confondre avec les principes généraux qui sont susceptibles d'être déduits des articles du code.

En ce qui concerne le dialogue, nous avons vu que Loranger reproche aux tribunaux québécois de subir l'influence de la jurisprudence anglaise[140]. Son approche nous semble typiquement

136. *Id.*, p. 160.
137. *Id.*, p. 203 et 208.
138. *Id.*, p. 206-207. De manière similaire, Loranger admet en théorie la possibilité qu'une loi soit abrogée par le non-usage, mais à des conditions qu'il est pratiquement impossible de remplir (*id.*, p. 140-146).
139. *Id.*, p. 201.
140. *Id.*, p. VI. Il écrit: «Quoiqu'on ne puisse dire que le droit commercial anglais lui-même soit en force parmi nous, on ne peut cependant se cacher que, dans les cas omis par le droit français, dont l'Ordonnance de commerce n'a pas été enregistrée au Conseil Supérieur, et par notre législation statutaire, les usages commerciaux de l'Angleterre avec laquelle nous sommes si étroitement liés par le commerce, ne soient en vigueur devant nos tribunaux» (*id.*., p. IV). En général, si le droit civil d'origine française fournit la solution à un problème, il n'est nul besoin d'examiner le droit anglais. Loranger cite d'ailleurs des auteurs ou des jugements anglais uniquement à propos de règles du droit public où il ne fait aucun doute que le droit anglais s'applique (par exemple, *id.*, p. 217, 232, 260 et 262).

civiliste plutôt qu'universaliste. De la même manière, la publication par De Lorimier et Vilbon des extraits d'ouvrages cités par les codificateurs nous semble répondre aux besoins des nombreux praticiens qui éprouvent des difficultés à se procurer ces documents. Cela confirme simplement l'importance de ces sources, sans qu'on puisse en tirer de conclusions sur l'attitude des juristes de l'époque[141]. Et l'adjonction de tables alphabétiques au code civil ne constitue pas une «innovation» du XX[e] siècle[142], car les premières éditions du code en sont déjà dotées[143]. Encore une fois, l'expression orale et l'universalisme ne nous semblent pas des facteurs explicatifs très puissants. On peut toutefois noter que, jusqu'en 1954, le *Code de procédure civile* semble tenir pour acquis que les juges lisent leur opinion à voix haute en rendant jugement[144]. Reste à savoir si leurs décisions possèdent les caractéristiques que leur attribue le professeur Howes.

141. David HOWES, «Faultess reasoning: Reconstructing the Foundations of Civil Responsibility in Quebec Since Codification», (1991) 14 *Dal.L.J.* 90-111, 94; ce texte a également été publié sous le titre «Nomadic Jurisprudence: Changing Conceptions of the "Sources of Law" in Quebec from Codification to the Present», dans ASSOCIATION CANADIENNE DE DROIT COMPARÉ, *Droit Contemporain*, Cowansville, Yvon Blais inc., 1992, p. 1 à 21.
142. D. HOWES, *loc. cit.*, note 86, p. 116.
143. E. LEFEBVRE DE BELLEFEUILLE, *Code civil du Bas-Canada*, Montréal, Beauchemin et Valois, 1866, p. 598-612; Thomas McCORD, *Civil Code of Lower Canada*, Montreal, Dawson bros., 1867, p. 413-462.
144. L'article 1170 du *Code de procédure civile*, S.P.C. 1866, c. 25 (ci-après C.p.c. (1866) prévoit que le jugement de la Cour d'appel doit être rendu par au moins trois juges qui ont entendu la cause et «sont présents en cour». Un juge qui ne peut être présent peut transmettre «une lettre au greffier de la cour, contenant sa décision et signée par lui», ou signer «un jugement par écrit pour être prononcé et qui est prononcé par tout autre juge»; dans ces conditions, «le jugement ainsi transmis ou signé par lui a le même effet que s'il l'eût prononcé ou y eût concouru cour tenante». D'autre part, le jugement de la Cour «doit contenir un exposé sommaire des points de fait et de droit de la cause et les motifs sur lesquels il est fondé, avec les noms des juges qui y ont concouru ou en ont différé, et adjudication quant aux dépens (art. 1174 C.p.c. (1866). Il faut donc distinguer le jugement de la Cour, qui est sommaire, et les opinions individuelles des juges, plus élaborées, dont l'existence n'est pas expressément reconnue par le code. En première instance, sauf exception, le jugement doit également être «prononcé à l'audience» par le tribunal (art. 469). Ces dispositions sont reprises par les articles 536, 1241 et 1245 du *Code de procédure civile*, S.Q. 1897, c. 60, art. 68 (ci-après C.p.c (1897). Au XIX[e] siècle, en apprenant qu'une affaire allait être portée devant le Comité judiciaire, à trois reprises, des juges québécois ont rédigé des motifs dont ils n'ont pas fait état au moment où l'arrêt a été rendu. Le Comité judiciaire a évidemment refusé d'en tenir compte: *Brown* c. *Gugy*, (1862-1870) 5 C.R.A.C. 40, 65 (lord Kingsdown, 1864); *Richer* c. *Voyer*, (1873-76) 7 C.R.A.C. 82, 106 (sir Montague Smith, 1873); *Rolland* c. *Cassidy*, (1883-1888) 9 C.R.A.C. 430, 439 (comte Selborne, 1888). Il semble qu'avec le temps, seul le jugement de la Cour est prononcé oralement; les opinions individuelles sont simplement déposées au dossier. Selon l'honorableFrançois Chevalier, qui est

B. L'orientation de la jurisprudence après la codification

Après la codification, les juges québécois ont-ils un esprit nomade qui les porte à examiner différents systèmes juridiques afin de dégager des principes universels? Après avoir examiné certains exemples proposés pour appuyer cette thèse (1), nous discuterons de l'attitude du Comité judiciaire du Conseil privé (2).

1. Des juges québécois éclectiques?

La jurisprudence québécoise de la fin du XIXe siècle est parfois confrontée au texte du code civil, qui joue un rôle non négligeable dans la solution du litige (a). Dans le domaine de la responsabilité civile, elle ne craint pas de rejeter les solutions du droit anglais, affirmant ainsi son particularisme (b).

a) L'importance accordée au texte du code

Le professeur Howes a bien mis en évidence la tendance des juges québécois à citer un grand nombre de sources en prêtant peu attention à la formulation du code[145]. Le professeur André Morel a fait le même constat: en règle générale, il a fallu attendre une vingtaine d'années après la codification pour que les juges et les avocats délaissent les auteurs de l'ancien droit et accordent une place privilégiée au texte de loi et à la doctrine française du XIXe siècle[146]. Peut-on dire pour autant que les juges québécois font preuve d'«anti-positivisme», de nomadisme ou d'éclectisme[147]?

devenu membre du Barreau en 1941, en matière civile, les avocats recevaient les arrêts de la Cour d'appel par la poste sans être présents au moment où ils étaient rendus. En 1954, il n'est plus question de lire oralement les opinions des juges (BARREAU DU QUÉBEC, «Mémoire concernant l'administration de la justice dans la province de Québec», (1954) 14 *R. du B.* 48-64, 60). Cette même année, l'article 1241 est complètement revu. Le juge de la Cour d'appel qui a présidé l'audition d'une cause peut rendre jugement en audience publique «en l'absence des autres juges»; mais le jugement peut également «être déposé au greffe de la cour, sous la signature d'au moins la majorité des juges qui ont entendu la cause», auquel cas le greffier doit donner avis du dépôt aux parties (*Loi modifiant le Code de procédure civile*, S.Q. 1954, c. 27, art. 16). Il n'est donc plus nécessaire de prononcer le jugement, même s'il demeure possible de le faire. À l'heure actuelle, les tribunaux québécois peuvent encore rendre jugement oralement, mais ils le font rarement dans des causes complexes.

145. David HOWES, «Dialogical Jurisprudence», dans W. Wesley PUE et Barry WRIGHT (éd.), *Canadian Perspectives on Law & Society, Issues in Legal History*, Carleton University Press, Ottawa, Canada, 1988, p. 71-90.
146. A. MOREL, *loc. cit.*, note 97, p. 60-62.
147. Voir D. HOWES, *loc. cit.*, note 86, p. 111-115.

Nous avons vu à la section précédente que, dans l'esprit de Loranger, le droit naturel ne pouvait pas contredire les orientations fondamentales du code; cet auteur dénonce également l'influence du droit anglais sur la jurisprudence québécoise. D'autres exemples choisis par le professeur Howes montrent que, après la codification, la place des principes universels et du dialogue avec le droit anglais est plus limitée qu'il ne le prétend[148].

En premier lieu, l'arrêt *St-Charles* c. *Doutre*[149] illustre la méthode du juge Loranger. L'appelant exploite une charcuterie à côté d'un immeuble à logement appartenant à l'intimé; il maintient son établissement en bon état de propreté et ne contrevient à aucun règlement. Néanmoins, les odeurs qui s'en dégagent font fuir les locataires voisins. L'intimé lui réclame donc des dommages. Dans ses motifs dissidents, le juge Loranger soutient que les articles 1053 et 1054 du Code civil sont fondés sur un principe général qui détermine l'issue du litige, à savoir «Ne faire de tort à personne et réparer ce tort quand il est fait»[150]. On pourrait conclure que «un voisin ne devrait jamais incommoder un voisin»; mais «l'expérience nous apprend cependant que le voisinage n'est possible qu'en souffrant une multitude d'incommodités». Il faut donc «mesurer l'étendue de la tolérance que se doivent réciproquement les maîtres d'héritage voisin» afin de définir «la ligne de démarcation entre le fait imputable, c'est-à-dire la faute, et celui qui ne l'est pas»[151]. Or la simple diminution d'agréments ne donne pas droit à une indemnité: «quoiqu'en général les raffinés n'aiment pas le voisinage des établissements de ce genre, pour des gens à goûts plus vulgaires une charcuterie de ce genre peut ne pas soulever les mêmes objections»[152]. En revanche, le propriétaire qui subit une diminution des qualités matérielles ou substantielles de son bâtiment doit être indemnisé[153]. En définitive, le principe général énoncé par le juge Loranger au début de ses motifs semble absorbé par le critère de la faute. Selon lui, celle-ci consiste à occasionner une diminution de la valeur ou de l'utilité d'un immeuble voisin. Nous ne croyons donc pas qu'il y ait là une forme de responsabilité sans faute[154].

148. D. HOWES, *loc. cit.*, note 141, p. 94-96.
149. (1874) 18 L.C.J. 253 (B.R.).
150. *Id.*, p. 254.
151. *Id.*, p. 255.
152. *Id.*, p. 256
153. *Ibid.*.
154. D. HOWES, *loc. cit.*, note 141, p. 95. Il semble que, dans l'esprit de Loranger, le critère de la faute et l'article 1053 C.c.B.-C. constitue une des pierres

Les autres juges n'acceptent pas la distinction entre la diminution d'agrément et de la diminution de valeur. Le juge Ramsay cite des décisions anglaises et résume la doctrine française concernant «les obligations ordinaires du voisinage»[155]. Le juge Sanborn affirme que les articles 1053 et 1054 C.c.B.-C. énoncent un principe qui est d'application universelle si l'on évalue correctement la faute ou la négligence de l'une ou l'autre des parties. Il s'appuie uniquement sur des auteurs français[156], tout comme le juge Jean-Thomas Taschereau[157]. Ce dernier et le juge Ramsay ne mentionnent pas l'article 1053 ou le critère de la faute. Ils ne sont toutefois pas les premiers ni les derniers à se dispenser de rappeler des notions aussi élémentaires... En outre, des arrêts plus tardifs portant sur l'émission d'odeurs insupportables pour les voisins présentent les mêmes caractéristiques[158].

L'arrêt *Doolan* c. *Corporation of Montreal*[159] résulte de l'arrestation injustifiée d'un cocher par des policiers qui l'ont sérieusement malmené; sa calèche a également été endommagée à l'occasion de cet incident. Il poursuit donc la ville qui emploie les agents de la paix. Celle-ci invoque le quatrième alinéa de l'article 365 C.c.B.-C., aux termes duquel les personnes morales («corporations») «ne peuvent ni poursuivre ni être poursuivies pour assaut, batterie ou autre voie de fait qui se commettent sur la personne». En Cour de révision, le juge Mackay étudie la règle anglaise selon laquelle une personne morale ne peut être poursuivie pour une atteinte aux droits d'autrui (*trespass*). Ce principe est fondé sur des considérations de procédure qui n'existent pas au Bas-Canada. Après avoir décrit l'évolution considérable du droit anglais sur cette question, il ajoute:

angulaires du code (*op. cit.*, note 118, p. 367-368). Notons que, par la suite, la doctrine française a remis en cause l'utilisation du critère de la faute dans les troubles de voisinage, amorçant ainsi un débat qui se poursuit toujours (voir J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, nº 85, p. 137-138 et nº 131, p. 196-197; Adrian POPOVICI, «La poule et l'homme: sur l'article 957 C.c.Q.», (1996-97) 99 *R. du N.* 214-255; M.-C. PRÉMONT, *loc. cit.*, note 62, p. 135-143).

155. *St-Charles* c. *Doutre*, précité, note 149, p. 257.
156. *Id.*, p. 259.
157. *Id.*, p. 259.
158. *Drysdale* c. *Dugas*, (1897) 26 R.C.S. 20: le juge en chef Strong affirme que l'article 1053 C.c.B.-C. s'applique aux abus du droit de propriété et discute de la jurisprudence anglaise (*id.*, p. 22-23) tandis que le juge H.É. Taschereau cite simplement la doctrine et la jurisprudence française portant sur les odeurs qui «par leur continuité et leur intensité excèdent la mesure des incommodités ordinaires et inséparables du voisinage» (*id.*, p. 27). On peut constater des différences semblables dans *Canada Paper Company* c. *Brown*, (1922) 63 R.C.S. 243: voir p. 252 (j. Duff), p. 254-256 (j. Anglin) et p. 260-261 (j. Brodeur).
159. (1870) 13 L.C.J. 71 (C. de R.).

> Blackstone, and art. 365 of our Code merely give definitions. As in England, actions may be brought against corporations for assaults by their servants, notwithstanding Blackstone and the common law doctrine, so the same may be instituted here, notwithstanding the code. Surely, under the generality of our code corporations are not free to assault by deputation, and to trespass at pleasure![160]

Il conclut que la défenderesse a ratifié les actes des policiers en alléguant dans sa défense que leurs agissements étaient justifiés. Il ajoute:

> It is most agreeable to the policy of the present day to attach to corporations the same liabilities to which natural persons are subject. Angell & Ames Ch. 11. Without saying how far generally, or in other cases I would go, I say in the present one that the defendants are responsible to the plaintiff, notwithstanding anything in our Civil Code. We consider that we violate no article of the Code by holding as we do in this case.[161]

À première vue, le juge Mackay s'appuie sur un principe général qui découle de l'évolution du droit anglais afin d'écarter les termes exprès d'une disposition, car il déclare tirer une conclusion indépendamment de sa phraséologie. Mais une analyse plus poussée montre qu'il en respecte parfaitement le contenu. On peut tout d'abord noter qu'au Québec les règles concernant les personnes morales sont très largement inspirées du droit anglais; historiquement, le modèle français a été abandonné. Les codificateurs citent donc Blacsktone sous ce qui va devenir l'article 365[162]. Ainsi, il n'est pas étonnant que le juge Mackay fasse référence à cet auteur. Ensuite, l'article 365 énonce les «incapacités qui résultent de la nature même des corporations». Entre autres, ces dernières ne peuvent exercer la tutelle ou la curatelle (1er al.), agir comme exécuteur testamentaire, être chargées d'une fonction qui nécessite la prestation d'un serment (2e al.), «comparaître en justice autrement que par procureur» (3e al.) ou «servir comme témoins, ou comme jurés» (5e al.). Il s'agit ici de rappeler que les personnes morales ne peuvent poser certains gestes réservés aux personnes physiques. Ces «définitions», qui sont souvent des évidences, n'ont manifestement pas pour but de limiter l'étendue de la responsabilité de ces entités. Replacé dans son contexte, le quatrième alinéa laisse donc entière la question de la responsabilité

160. *Id.*, p. 73.
161. *Id.*, p. 74.
162. Voir *Deuxième rapport*, *op. cit.*, note 111, p. 352.

du fait des préposés. Et c'est bien là ce qu'explique le juge Mackay dans sa conclusion:

> The Corporation is not sued for assault by it; it, an *être*, cannot commit assault. The Code says so. The Corporation is sued for assaults by its servants approved by it, attempted to be justified, but not justified by it, and we hold that it may be condemned.[163]

Le juge Mondelet se contente d'ailleurs d'affirmer que, en alléguant que les agents ont agi d'une manière justifiable, la ville a reconnu qu'elle était responsable de leurs actes[164].

Le nœud du litige porte donc sur la responsabilité de la ville pour les actes de ses préposés. Cela ressort clairement de l'arrêt de la Cour d'appel[165], qui n'a pas retenu l'attention de M. Howes, mais qui illustre de manière éclatante le souci des civilistes du XIXe siècle de faire obstacle à l'application du droit anglais. Dans sa dissidence, le juge Badgley cite (en français) les termes pertinents de l'article 1054 ainsi qu'un auteur et une décision d'Angleterre. Il conclut que les policiers ne sont pas les préposés de la ville car ils n'agissent pas sous sa direction ni pour son compte; ils assurent plutôt le maintien de l'ordre[166]. Le juge-en-chef Duval fait également état de sa dissidence. Pour lui, le droit anglais s'applique, car la ville poursuit en l'espèce une fin publique[167]. Le juge Caron (l'un des codificateurs) affirme que la solution du litige doit provenir du droit français; il donne gain de cause au demandeur[168]. Le juge Drummond croit que les textes anglais sont favorables au demandeur, mais que les sources françaises le sont encore davantage. Il déclare que le gouvernement doit être placé dans la même position qu'un individu qui tente de faire valoir ses droits civils. Celui-ci a le droit de se fonder sur le droit français; c'est pourquoi l'action du demandeur doit être accueillie[169]. Enfin, le juge Monk aurait tendance à croire que le droit français s'applique. Cependant, la ville a allégué que les agissements des policiers étaient justifiés, ce qui signifie qu'elle reconnaît être responsable de leurs actes[170].

163. *Doolan* c. *Corporation of Montreal*, précité, note 159, p. 74.
164. *Id.*, p. 71.
165. *Corporation of Montreal* c. *Doolan*, (1874) 18 L.C.J. 124 (B.R., 1871).
166. *Id.*, p. 125-126.
167. *Id.*, p. 127.
168. *Ibid.*
169. *Id.*, p. 127-128.
170. *Ibid.*

Cette affaire nous confronte à la ligne de démarcation très incertaine entre le droit public et le droit privé québécois. Elle nous offre l'exemple de juges qui doivent choisir entre les règles du droit anglais, qui sont favorables à la ville, et celles du droit français, qui sont à l'avantage du demandeur. Les opinions des juges à ce sujet sont indépendantes de la langue: les juges Badgley et Duval optent pour les premières, tandis que les juges Caron, Drummond et Monk (en *obiter* dans ce dernier cas) choisissent les secondes. Il n'est plus question ici de l'article 365 C.c.B.-C., mais bien de l'article 1054 et du lien de préposition. En définitive, nous retrouvons des phénomènes avec lesquels les juristes contemporains sont familiers: l'application d'un critère posé par le code civil et les divergences entre le droit civil et la common law.

L'arrêt *Rutherford* c. *Grand Trunk Railway Company*[171] porte sur l'obligation imposée aux compagnies ferroviaires de transporter des biens sur demande, sauf s'il existe une raison valable de refuser de le faire. Cette règle est énoncée par une loi canadienne inspirée d'un texte britannique ainsi que par l'article 1673 C.c.B.-C. La Cour du banc de la Reine conclut que la loi canadienne diffère de la loi britannique et n'accorde aucune discrétion au transporteur[172]. Le juge Sanborn affirme de plus que l'article 1673 est identique aux règles correspondantes du droit anglais. Il ajoute: «Our own law is too explicit to render it necessary to resort to the general law applicable to common carriers, except to show that it is not exceptional in principle»[173]. Il enchaîne avec une discussion de la loi canadienne. Dans l'esprit du professeur Howes, ce magistrat affirme que le droit civil n'est pas exceptionnel si on le compare aux autres systèmes de droit. Il poursuit en inversant la proposition du juge Sanborn: si le droit civil québécois contient un principe exceptionnel, il est légitime de recourir aux principes juridiques généraux communs à plusieurs systèmes afin d'en interpréter les dispositions[174]. Pourtant, dans cette affaire, le juge Sanborn conclut que les textes applicables tranchent la difficulté[175]. Il ne nous indique pas quelle serait son attitude dans le cas contraire.

171. (1876) 20 L.C.J. 1.
172. *Id.*, p. 15-16 (j.-en-chef Dorion), p. 16 (j. Ramsay), p. 18 (j. Sanborn) et p. 20 (j. J.-T. Taschereau).
173. *Id.*, p. 18.
174. D. HOWES, *loc. cit.*, note 145, p. 73.
175. Notons que le juge Taschereau ne cite ni doctrine ni jurisprudence (*Rutherford* c. *Grand Trunk Railway Company*, précité, note 171, p. 19-20).

Un autre arrêt permet d'apporter un début de réponse à cette question. Le litige fait suite à une vente aux enchères au cours de laquelle certains enchérisseurs étaient de connivence avec le vendeur. En première instance, le juge Torrance annule la vente en citant la jurisprudence anglaise et américaine, Cicéron et l'auteur écossais Bell[176]. En Cour d'appel[177], les cinq juges admettent que ce procédé constitue un cas de dol; les deux juges dissidents estiment que l'acheteur a reconnu avoir payé un prix satisfaisant après avoir découvert le stratagème utilisé; pour cette raison, il ne peut obtenir l'annulation de la vente. Trois juges se fondent expressément sur l'article 993 du *Code civil du Bas Canada*[178]. Pour sa part, le juge Ramsay fait une déclaration qui semble soutenir la théorie du professeur Howes:

> It has been said that Art. 993 C.C. decides the case. That is a very narrow view of the article, and placing the mere cast-iron form of types and ink against the broad meaning of the law as it has always been understood. But I go further, and say it is not critically the construction of the article. What is the contract of a vendor by an auction sale? It is to sell to the highest among honest bidders. It cannot be presumed that any one ever consented to buy at an auction with simulated bidders.[179]

En d'autres termes, pour prouver que l'acheteur aurait refusé de conclure le contrat en l'absence des manœuvres frauduleuses, il n'est pas nécessaire d'établir que le prix versé est trop élevé; il suffit de constater qu'il aurait refusé de participer à des enchères truquées. Il n'y a donc pas de conflit entre «la simple mise en forme typographique» et «la signification large du droit tel qu'il a toujours été compris», bien que cette possibilité soit évoquée.

Quatre des cinq juges affirment expressément que le droit français est le seul qui soit applicable[180], même si les parties et les juges n'ont découvert aucune opinion doctrinale portant sur la

176. *Jetté* c. *McNaughton*, (1875) 19 L.C.J. 153, 155.
177. Le professeur Howes cite cet arrêt mais il discute uniquement de la motivation en première instance: *loc. cit.*, note 1, p. 531, note 38.
178. *Jetté* c. *McNaughton*, (1876) 20 L.C.J. 255, 259 (j. Sanborn, diss.), 261 (j.-en-chef Dorion) et 269 (j. Tessier).
179. *Id.*, p. 273.
180. *Id.*, p. 259 (j. Sanborn, diss.); p. 261 (j.-en-chef Dorion, diss.); p. 267 (j. Tessier) et p. 276 (j. Monk). Le juge Ramsay croit que les décisions anglaises et américaines citées sont pertinentes (*id.*, p. 269).

question en litige[181]. Le recours au droit anglo-américain devrait donc pouvoir jouer un rôle important, au moins à titre comparatif. Or la jurisprudence anglaise est assez équivoque: les tribunaux de common law ont décidé que la présence d'un enchérisseur de connivence avec le vendeur annule les enchères; en revanche, la Cour de chancellerie a jugé que la présence d'un seul complice était acceptable. En 1867, une loi du Parlement britannique décrète que la vente sera annulée dans tous les cas; la Cour suprême des États-Unis a également émis une opinion semblable[182]. En somme, étant donné que l'opinion des tribunaux de common law a triomphé, il est possible de soutenir que les principes d'un droit universel conduisent à annuler la vente.

Tel n'est pourtant pas l'avis du juge Sanborn. Il conclut que les décisions anglaises et américaines ne sont pas claires «[traduction] en supposant qu'elles soient déclaratoires des principes de notre droit»[183]. Surtout, aux termes de l'article 993 C.c.B.-C., l'acheteur doit prouver que, n'eût été des manœuvres frauduleuses, il aurait refusé de conclure le contrat. Le magistrat croit qu'il lui incombe de prouver ce fait. Il s'agit là d'une règle expresse du droit positif qui ne requiert aucune explication. À son avis, le dol pratiqué en l'espèce n'a pas joué un rôle déterminant, car l'acheteur était satisfait du prix. Dans ces conditions, la sanction d'un procédé déloyal relève de la morale plutôt que du droit. Au sujet de l'opinion de Cicéron, il ajoute:

> The greater number of those who have written upon natural laws have regarded it as going too far. If we are to take writers upon the Stoic philosophy as authority upon practical questions of law, we might as well go back to Diogenes, who, an earlier exponent of that philosophy, decides the question in a sense quite adverse to Cicero.[184]

181. *Id.*, p. 261 (j.-en-chef Dorion, diss.).
182. *Id.*, p. 258 (j. Sanborn, diss.).
183. *Ibid.*: «Does the employment of puffers at a sale of many lots, vitiate the sale of separate lots to the purchasers, where puffers have not bid or enhanced the value of the property? This may be answered in the affirmative or the negative, as one interprets the law. The affirmative is not necessarily approved by the authorities cited from English and American decisions, supposing them to be declaratory of the principles of our law».
184. *Id.*, p. 259-260. Le juge Sanborn explique que l'opinion de Cicéron et de Diogène ne porte pas sur une vente aux enchères mais bien sur l'hypothèse du vendeur qui ne divulgue pas les nouvelles qu'il est le seul à connaître et qui auront un impact déterminant sur la valeur des biens vendus.

Deux collègues du juge Sanborn soulignent également qu'ils doivent appliquer uniquement le droit en vigueur, par opposition aux règles morales[185]. Toutefois, les juges majoritaires croient que l'acheteur a consenti uniquement à payer le prix déterminé au terme d'enchères honnêtes; il n'a donc pas à prouver que le prix de l'adjudication est trop élevé[186]. Cette affaire illustre à merveille les risques associés à la recherche de principes universels au sujet desquels les philosophes et les tribunaux anglais diffèrent d'opinion. En définitive, nous croyons que la majorité des juges accorde un rôle essentiel aux dispositions du code, qu'il s'agisse de l'existence d'un préjudice monétaire ou du fait que l'acheteur aurait refusé de participer à des enchères frauduleuses. S'ils n'hésitent pas à examiner les décisions de common law, ils rappellent qu'elles ne sauraient les lier dans une affaire de droit civil.

b) Une responsabilité sans faute?

Le professeur Howes a également mis en lumière le fait que la jurisprudence québécoise de la fin du XIX[e] siècle reconnaît la responsabilité sans faute dans l'hypothèse où une étincelle provenant d'une locomotive déclenche un incendie, même s'il était impossible d'empêcher ce phénomène[187]. Sa présentation est toutefois incomplète. Une suite ininterrompue de décisions québécoises à cet effet culmine avec l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co.* c. *Roy*[188]. La compagnie appelante soutient que sa loi constitutive fédérale est semblable à certaines lois anglaises et invoque les décisions qui ont interprété les textes de ce genre en Angleterre ou dans les autres provinces canadiennes. Ces arrêts exonèrent les compagnies de chemins de fer qui ont pris toutes les précautions possibles pour ne pas causer de préjudice aux propriétés adjacentes à la voie.

Les motifs du juge Bossé revendiquent clairement l'autonomie du droit civil québécois: «nous ne pouvons pas dire que

185. *Id.*, p. 262 (j.-en-chef Dorion, diss.), p. 269 (j. Ramsay). Bien que le juge Tessier ne se prononce pas expressément sur la question, son analyse se limite aux principes du droit civil et ne contient aucune allusion aux règles morales (*id.*, p. 269). Le juge Monk se réjouit toutefois du fait que la décision de la Cour soit conforme au bon sens et à l'opinion morale de tous (*id.*, p. 277).
186. *Id.*, p. 267-269 (j. Tessier), p. 273 (j. Ramsay) et p. 276-277 (j. Monk).
187. D. HOWES, *loc. cit.*, note 141, p. 103-104; *Leonard* c. *Canadian Pacific Railway Co.*, (1889) Q.L.R.93.
188. (1900) 9 B.R. 551.

l'interprétation anglaise devrait être adoptée dans la province de Québec si elle constituait une violation de notre droit civil ou une infraction à ce droit»[189]. Au Québec, une loi fédérale qui autorise une compagnie à faire fonctionner un appareil dangereux ne saurait soustraire celle-ci à l'application de la règle de l'article 1053 C.c.B.-C.[190]. Aux termes de l'article 356 C.c.B.-C., les personnes morales sont «régies par les lois affectant les individus, sauf les privilèges dont elles jouissent et les incapacités dont elles sont frappées». Pour le juge Bossé, ce texte est «impératif»; «[i]l est vrai qu'il est contraire à la jurisprudence anglaise, mais c'est notre loi et nous devons l'appliquer»[191]. La doctrine et la jurisprudence françaises sont d'ailleurs unanimes à condamner la compagnie ferroviaire dans un cas semblable[192]. Le juge Hall défend l'autonomie du droit civil avec autant de vigueur: «[...] we are controlled by a different authority which is binding upon us wherever it conflicts with the law of England, as it does upon this question and under that authority we are of opinion that a different rule prevails»[193]. Il ajoute: «[...] we entirely concur in the wisdom and equity of the rule which our courts have established. It is plain, too, that in countries where a contrary rule is in force, many judges protest against its correctness and evade its effect where an opportunity presents [sic: itself]»[194].

Cette belle jurisprudence possède les caractéristiques identifiées par le professeur Howes. Elle est fondée sur une recherche de principes justes après une comparaison de la common law et du droit civil; mais elle se solde par un constat: il n'est pas possible de réconcilier les deux systèmes sur ce point. En outre, elle va être anéantie en 1902 par le Comité judiciaire du Conseil privé[195]. Le chancelier Halsbury rappelle que la législature a autorisé la

189. *Id.*, p. 564.
190. *Id.*, p. 566-567. Compte tenu du fait que le juge Bossé discute d'une responsabilité sans faute, la référence à l'article 1053 est plutôt curieuse.
191. *Id.*, p. 567.
192. *Id.*, p. 565. Il semble qu'en France, aux termes d'un décret de 1810, les propriétaires d'établissements dangereux sont tenus de réparer le dommage causé aux propriétés voisines (*ibid.*). En matière de travaux publics, le droit administratif français impose une responsabilité sans faute, notamment dans le cas d'incendies allumés par des locomotives le long des voies ferrées (Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 7[e] éd., t. II, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1917, n° 931*bis*, p. 309).
193. *Id.*, p. 571.
194. *Id.*, p. 573.
195. *Canadian Pacific Railway Co.* c. *Roy*, [1902] A.C. 220, (1897-1902) 12 C.R.A.C. 374.

compagnie appelante à faire fonctionner un chemin de fer aux endroits et en la manière spécifiée dans sa loi constitutive. À son avis, cette activité ne peut pas davantage constituer une faute en vertu du Code civil qu'un préjudice donnant ouverture à un recours en Angleterre[196]. Cette loi particulière écarte le droit commun; il s'agit d'un privilège dont bénéficie la compagnie en tant que personne morale aux termes de l'article 356 C.c.B.-C.[197]. Il est clair que le Comité judiciaire entend assurer l'uniformité de la jurisprudence concernant les lois d'inspiration britannique qui créent des compagnies ferroviaires. Ce faisant, il décide que celles-ci sont incompatibles avec les règles du droit civil. En définitive, c'est l'interprétation d'une loi particulière qui est considérée comme déterminante.

L'arrêt *Cité de Québec* c. *Mahoney*[198] porte sur la réclamation d'un propriétaire dont l'immeuble a été démoli pour empêcher la propagation d'un incendie. La plus récente version de la charte de la ville ne prévoit pas l'octroi d'une indemnité dans cette hypothèse, contrairement aux versions antérieures et aux lois québécoises régissant d'autres villes. Le professeur Howes montre bien que le juge Cimon (ad hoc) utilise de très nombreuses citations tirées du droit romain et de l'ancien droit pour écarter la jurisprudence anglo-américaine. Dans l'ancien droit français, l'obligation d'indemniser le propriétaire de la maison détruite incombe aux voisins dont les maisons ont été sauvées. En 1841 et en 1855, le législateur autorise les officiers de la ville à ordonner la démolition de maisons en cas de conflagration; en outre, le conseil municipal peut subvenir aux dépenses encourues pour arrêter le progrès des incendies. La ville est donc tenue d'indemniser les propriétaires des maisons détruites[199]. Pour le juge Cimon, même si la deuxième règle n'a pas été reprise lors de la refonte de la charte, le droit à une indemnité subsiste. Il affirme qu'il «serait évidemment contraire aux vrais principes de notre droit civil, que l'on pût ainsi protéger sa propriété aux dépens d'autrui, sans l'indemniser»[200]. À propos du plus récent «statut» qui a refondu la charte de la ville, il déclare: «rien ne montre qu'il a voulu, sur ce point, dans cette refonte, changer la loi statutaire antérieure qui, d'ailleurs, ne faisait qu'exprimer ou répéter les principes de notre droit civil

196. *Id.*, p. 229.
197. *Id.*, p. 231.
198. (1901) 10 B.R. 378.
199. *Id.*, p. 405-406.
200. *Id.*, p. 402-403.

français, tels que donnés par les meilleurs interprètes de ce droit»[201]. En outre, il écrit «je ne m'arrêterai pas davantage à discuter cette doctrine américaine et anglaise, car je n'ai aucun doute qu'il faut, dans la présente cause, appliquer notre droit civil français. [...] Il y a longtemps qu'il a été décidé que les droits des individus contre les corporations municipales sont établis et régis, dans notre province, par notre droit civil français; et c'est là notre jurisprudence constante depuis la cause *Corporation de Montréal* v. *Doolan*, 18 L.C.J., 124»[202].

Encore une fois, cette affaire porte essentiellement sur l'interprétation d'une loi dans un contexte de droit public plutôt que sur les règles du droit civil. La tentative du juge Cimon de suppléer le silence du législateur par le recours à l'ancien droit n'est pas très convaincante, car ce dernier impose une responsabilité aux voisins plutôt qu'à la municipalité. Ce long exposé sur «les vrais principes de la justice et de notre droit civil»[203] permet de justifier une interprétation audacieuse et certainement très équitable du texte de loi. Il ne fait pas de doute que la démarche du juge Cimon est assez courante au XIXe siècle et qu'elle offre un contraste saisissant avec l'approche formaliste qui prévaut au XXe siècle[204].

Cette attitude est-elle néanmoins représentative de celle qu'adopte l'ensemble des juges après la codification? Nous croyons plutôt avoir montré qu'il existe plusieurs types d'approches à cette époque. Dans son analyse des décisions rendues dans des affaires de droit commercial entre 1875 et 1900, la professeure Raymonde

201. *Id.*, p. 407. Pourtant, les lois de 1841 et de 1855 sur lesquelles s'appuie le juge Cimon ont été expressément abrogées par la loi de 1865 que le législateur qualifie de refonte: *Acte pour amender et refondre les dispositions contenues dans les actes et ordonnances concernant l'incorporation de la cité de Québec et l'Aqueduc de la dite cité*, S.P.C. 1865, c. 57, préambule et art. 39.12.
202. *Id.*, p. 409. Sur l'arrêt Doolan, voir ci-dessus la partie du texte contenant la note 159.
203. *Id.*, p. 410.
204. Voir D. HOWES, *loc. cit.*, note 141, p. 96-101. Cet auteur reconnaît que, pour chaque exemple où la formulation du code ne retient pas l'attention du juge, on peut trouver une autre décison où le texte de loi est scruté à la loupe (*id.*, p. 96, note 19). D'autre part, le juge Duff, qui privilégie selon le professeur Howes une interprétation formaliste, accepte sans difficulté le principe posé dans l'arrêt *Cité de Québec* c. *Mahoney*, précité, note 198, en reconnaissant qu'il s'agit d'une forme de responsabilité sans faute: *Guardian Assurance Company* c. *Town of Chicoutimi*, (1915) 51 R.C.S. 562, 572-576 (diss.).

Crête fait également des constats qui sont significatifs. Dans les cours inférieures, les juges sont moins nombreux à rédiger des motifs; ceux-ci sont plus brefs et contiennent moins de citations qu'en Cour d'appel et en Cour suprême; il n'est pas rare de n'y trouver aucune référence[205]. En outre, l'approche «exégétique et positiviste» du droit est bien présente dès la fin des années 1880[206]. Les tribunaux québécois préfèrent citer des décisions canadiennes ou québécoises, tandis que la Cour suprême du Canada se tourne très fréquemment vers les précédents britanniques, qui sont également cités régulièrement en Cour d'appel[207]. Sauf à la Cour suprême, les références à la doctrine française ou belge ont une fréquence comparable aux renvois à la jurisprudence québécoise; elles éclipsent nettement les précédents britanniques. Enfin, les juges québécois n'hésitent pas à écarter les règles du droit anglais qui diffèrent du droit civil québécois[208].

Il semble donc que les juges de l'époque accordent une très grande importance aux sources de droit civil, même s'ils acceptent de prendre en considération la common law. S'il nous paraît juste de dire que leurs motifs sont souvent caractérisés par un style rhétorique, il semble exagéré d'affirmer qu'ils ont un esprit nomade. En effet, l'évolution du droit civil québécois avant la codification leur indique les sources qu'ils peuvent consulter. S'ils accordent une grande importance aux «principes», ils ne sont pas pour autant dégagés de toute contrainte à l'égard des textes de loi dont la signification leur paraît claire. Et il est certain que le Comité judiciaire du Conseil privé veille à leur inculquer le souci de scruter minutieusement un texte de loi[209]. C'est ce qu'il nous reste à montrer.

2. *Le Comité judiciaire du Conseil privé*

Après un bref rappel des règles qui régissent le Comité judiciaire du Conseil privé (a), nous analyserons les arrêts qui traitent du code civil antérieurement à 1906 (b)

205. R. CRÊTE, *loc. cit.*, note 94, p. 231-254.
206. *Id.*, p. 226-227.
207. *Id.*, p. 248-249.
208. *Id.*, p. 245-246.
209. Nous sommes en accord avec les propos que tient à ce sujet le professeur Howes (par ex. *loc. cit.*, note 145, p. 76-77).

a) La composition du Comité

En 1833, une loi confirme la compétence du Comité judiciaire du Conseil privé en ce qui concerne les pourvois formés contre les décisions rendues dans les colonies britanniques; elle règle également sa composition[210]. Depuis 1876, les juges de la Chambre des lords qui sont nommés au Conseil privé sont automatiquement membres du Comité[211]. Depuis 1881, il en va de même des juges de la Cour d'appel d'Angleterre. En pratique, tous ces juges sont effectivement nommés au Conseil privé et peuvent donc siéger au Comité[212]. Les juges des autres cours supérieures de Grande-Bretagne peuvent également en être membres, à la même condition[213]; il en va de même pour certains juges ayant siégé en

210. *An Act for the better Administration of Justice in His Majesty's Privy Council*, 1833 (R.-U.), c. 41. Aux termes de l'article 1, certaines personnes sont automatiquement membres du Comité. Outre les titulaires de certaines fonctions (le président du Conseil privé, le chancelier, le gardien du grand sceau de Grande-Bretagne) il s'agit des juges actifs ou retraités des principales cours d'Angleterre qui sont nommés au Conseil privé et de deux autres membres que le roi peut nommer au Comité judiciaire. Le souverain peut également demander à d'autres membres du Conseil privé de participer à l'audition d'un pourvoi même s'ils ne sont pas membres du Comité (art. 5). Il peut également solliciter l'avis du Comité sur quelque question que ce soit: c'est la procédure du renvoi (art. 4). L'article 30 prévoit le versement d'une indemnité à deux juges qui ont exercé leur fonction outre-mer, notamment aux Indes, s'ils assistent aux audiences; ils ne sont pas membres du Comité et sont qualifiés par la suite d'«assesseur». Le quorum est de quatre membres (art. 5); il est réduit à trois en 1851 (*An Act to improve the Administration of Justice in the Court of Chancery and in the Judicial Committee of the Privy Council*, 1851 (R.-U.), c. 83, art. 16; cette loi crée le poste de juge de la Cour d'appel de la chancellerie et décrète que les juges qui y siègent font automatiquement partie du Comité judiciaire s'ils sont nommés au Conseil privé; art. 15); voir généralement P.A. HOWELL, *The Judicial Committee of the Privy Council 1833-1876*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, chap. 2.
211. *Appellate Jurisdiction Act, 1876*, 1876 (R.-U.), c. 59, art. 6.
212. R. STEVENS, *op. cit.*, note 101, p. 74; J. J BEAUCHAMP, *The Jurisprudence of the Privy Council*, Montreal, A. Periard, 1891, p. i. Nous avons constaté que onze des quinze juges qui, selon Beauchamp, siègent habituellement au Comité entendent également des pourvois à la Chambre des lords (voir R. STEVENS, *op. cit.*, note 101, Index). Notons que les anciens chanceliers et les lords qui ont siégé dans une cour supérieure d'Angleterre, d'Écosse ou d'Irlande peuvent entendre et disposer des pourvois entendus par la Chambre. Les lords qui ne sont pas juges participent uniquement aux travaux parlementaires (*Appellate Jurisdiction Act, 1876*, précité, note 211, art. 5(3) et 25). Il convient également de signaler que le Comité judiciaire entend davantage de pourvois que la Chambre des lords (R. STEVENS, *op. cit.*, note 101, p. 72-73).
213. *Appellate Jurisdiction Act, 1887*, 1887 (R.-U.), c. 70, art. 3. Les juges des cours de common law ne sont pas tous nommés au Conseil privé; ils sont relativement peu nombreux à participer aux travaux du Comité. Pour leur part, les juges d'equity y siègent régulièrement (P.A. HOWELL, *op. cit.*, note 210, p. 122-156 et 234-237).

Inde[214]. À partir de 1895, certains juges du Canada, d'Australie ou d'Afrique du Sud peuvent également y siéger, bien que la chose n'ait pas été très fréquente[215]. Le Comité judiciaire entend également les pourvois contre les décisions rendues par le tribunal des prises maritimes, où le droit civil et le droit international ont joué un rôle important dans l'évolution du droit anglais; il a également exercé par le passé une compétence dans certains domaines où le droit civil a fait sentir son influence[216]. En 1861, un avocat du Bas-Canada demande au greffier s'il peut agir devant le Comité; la réponse est positive, à condition qu'il s'agisse d'une affaire bas-canadienne. Cette règle déjà bien établie est valable pour toutes les colonies[217].

214. *Judicial Committee Act, 1871*, 1871 (R.-U.), c. 91, art. 1. Cette loi prévoit la nomination de quatre juges rémunérés au Comité judiciaire; ils doivent siéger ou avoir siégé dans une cour supérieure à Westminster ou dans certaines cours des Indes (*ibid.*). À partir de 1876, après le décès ou la démission de deux de ces juges, un troisième juge doit être nommé à la Chambre des lords; de même, après que les deux autres membres salariés du Comité ont définitivement cessé d'exercer leurs fonctions, un quatrième juge doit être nommé à cette Chambre (*Appellate Jurisdiction Act, 1876*, précité, note 211, art. 14).

215. *Judicial Committee Amendment Act, 1895*, (R.-U.) c. 44, art. 1; David B. SWINFEN, *Imperial appeal, The debate on the appeal to the Privy Council, 1833-1986*, Manchester, Manchester University Press, 1987, p. 77. En ce qui concerne les Canadiens, le juge-en-chef Strong a entendu vingt-huit pourvois et rédigé les motifs de huit arrêts; le juge-en-chef Taschereau a siégé à vingt reprises et rédigé des motifs une seule fois; le juge-en-chef Davies a entendu trois affaires; le juge Duff en a entendu quarante-quatre et a rédigé les motifs à huit reprises; le juge-en-chef Anglin a siégé huit fois et a rédigé des motifs à deux reprises; le juge-en-chef Rinfret a siégé treize fois. De 1890 à 1955, le Comité a disposé de 557 pourvois en provenance du Canada: James G. SNELL et Frederick VAUGHAN, *The Supreme Court of Canada History of the Institution*, Osgoode Society, 1985, p. 180 et 181.

216. *An Act for transferring the Powers of the High Court of Delegates, both in Ecclesiastical and Maritime Causes, to His Majesty in Council*, 1832 (R.-U.), c. 92; *Supreme Court of Judicature Act, 1891*, 1891 (R.-U.), c. 53, art. 4. Le Comité a entendu les pourvois contre les décisions rendues par les tribunaux ecclésiastiques en matière matrimoniale jusqu'en 1857 et en matière de vérification des testaments jusqu'en 1858. Il conserve en outre une compétence en matière de discipline ecclésiastique; dans cette hypothèse, les évêques anglicans membres du Conseil privé peuvent siéger comme assesseurs. Les pourvois contre les décisions du tribunal d'amirauté sont également entendus par le Comité judiciaire jusqu'à la réforme de 1873 (P. HOWELL, *op. cit.*, note 210, p. 18-22, 34-35, 50, 59-60 et 118; Norman BENTWICH, *The Practice of the Privy Council in Judicial Matters*, London, Sweet and Maxwell, 1926, p. 11). Les tribunaux ecclésiastiques appliquaient une forme de droit civil fondée sur le droit canonique antérieur à la séparation de l'Église d'Angleterre et de l'Église catholique; le tribunal d'amirauté faisait une large place au droit international et au droit civil: voir J.H. BAKER, *Introduction to English Legal History*, 3e éd., Butterworths, 1990, p. 142-143, 150-151 et 193-194.

217. P.A. HOWELL, *op. cit.*, note 210, p. 214.

Un arrêté-en-conseil de 1627 interdit la divulgation des débats du Conseil privé lorsqu'un vote est tenu; un arrêté-en-conseil de 1878 confirme que les membres du Comité judiciaire sont liés par cette règle. Il s'ensuit que les juges ne peuvent faire connaître la raison de leur dissidence. En outre, un seul d'entre eux rédige des motifs au nom du Comité, dont le rapport constitue techniquement une simple recommandation présentée au souverain. Ces caractéristiques le différencient des autres tribunaux d'appels britanniques ou coloniaux, où chacun des juges est libre de faire connaître son opinion[218]. Peut-être est-ce là la cause d'une attitude curieuse qui consiste à compter le nombre de juges qui ont pris une position favorable à l'une ou l'autre des parties dans les instances inférieures[219]. Cela suscite une réaction outrée du juge Fournier:

> Si je suis dans l'erreur, je me trouve en nombreuse compagnie, celle du juge de première instance d'abord, et ensuite celle des six juges de la cour du Banc de la Reine, tandis que l'opinion contraire est soutenue pas [sic] quatre de mes honorables collègues. Si je mentionne cette particularité, ce n'est pas que je crois que les opinions doivent se compter, au lieu d'être appréciées suivant leur valeur, mais seulement parce que dans cette cour déjà, et aussi dans un tribunal supérieur au nôtre, on a cru trouver dans le nombre un argument pour fortifier une opinion controversée.[220]

b) Le Comité judiciaire et l'interprétation du code civil

Au Canada, certaines lois provinciales autorisent les parties à se pourvoir devant le Comité judiciaire à l'encontre d'un arrêt d'une Cour d'appel si le montant en litige excède une certaine valeur. En outre, le Comité peut accorder l'autorisation de se pourvoir contre de tels arrêts même si la Cour suprême du Canada n'a pas été saisie de l'affaire[221]. À la fin du XIXe siècle, les pourvois

218. D. SWINFEN, *op. cit.*, note 215, p. 19 et 220-241. Occasionnellement l'existence des dissidences a été divulguée avant 1878 (*id.*, p. 241, note 1); des motifs dissidents ont même parfois été rendus publics (P.A. HOWELL, *op. cit.*, note 210, p. 200-203). La loi de 1833 (précitée, note 210) prévoit que le Comité doit soumettre un rapport ou une recommandation à Sa Majesté en Conseil dont la «nature» doit être communiquée pendant une séance du Comité («the Nature of such Report being always stated in open Court»: *id.*, art. 3). En pratique les motifs sont imprimés à l'avance et sont largement distribués; toutefois un membre du Comité en fait la lecture oralement jusqu'en 1922 (*id.*, p. 39).

219. Par ex. *Bank of Toronto* c. *European Assurance Society*, (1873-1905) 14 C.R.A.C. 97 (anonyme, 1875).

220. *Pinsonnault* c. *Hébert*, (1887) 12 R.C.S. 450, 462 (diss).

221. Peter H. RUSSELL, *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution*, Ottawa, Queen's printer, 1969, p. 25; N. BENTWICH, *op. cit.*,

contre les arrêts de la cour d'appel du Québec sont nettement plus nombreux que ceux qui proviennent des autres provinces ou que ceux qui attaquent un arrêt de la Cour suprême. De 1870 à 1879, sur cinquante-six arrêts canadiens rendus par le Comité, quarante-huit proviennent directement du Québec[222]; de 1880 à 1889, les chiffres sont de vingt-deux sur cinquante-quatre et de 1890 à 1899, de vingt-et-un sur soixante-deux. En guise de comparaison, deux arrêts de la Cour suprême sont attaqués de 1870 à 1879, vingt-et-un de 1880 à 1889 et seize de 1890 à 1899. Pour l'Ontario, il y a eu un pourvoi direct de 1870 à 1880, quatre de 1881 à 1899 et dix de 1890 à 1899[223]. Bon nombre des affaires québécoises soulèvent des questions de droit civil.

Le Comité judiciaire du Conseil privé a donc joué un rôle important dans les années qui ont suivi l'entrée en vigueur du Code civil. Il est intéressant d'étudier sa jurisprudence afin de voir quelle orientation il a privilégiée dans ce domaine. Pour ce faire, nous avons choisi de limiter le corpus aux arrêts rendus jusqu'en 1906, date où le juge Henri-Elzéar Taschereau prend sa retraite. Nous avons également éliminé les affaires assez nombreuses où les motifs du Comité se concentrent sur les faits ou sur l'interprétation d'un acte juridique pour examiner plutôt les sources qu'il cite et les méthodes d'interprétation qu'il privilégie. Dans cette perspective, quelques constats peuvent être faits.

note 216, p. 42-49. Le *Code de procédure civile* prévoit notamment que les parties peuvent se pourvoir devant le Conseil privé s'il «s'agit de droits immobiliers, rentes annuelles ou autres matières qui peuvent affecter les droits futurs des parties» ou si «la matière en litige excède la somme ou valeur de cinq cents louis sterling» (art. 1178 2. et 3. C.p.c. (1866) et art. 68 C.p.c. (1897), précités, note 144). En 1908, ce montant est remplacé par la somme de 5 000 $ (*Loi amendant le Code de procédure civile relativement à l'appel à Sa majesté en son Conseil privé*, S.Q. 1908, c. 75, art. 1); en 1918, cette somme est portée à 12 000 $ (*Loi amendant les dispositions du Code de procédure civile concernant les appels au Conseil privé*, S.Q. 1918, c. 78, art. 1). Ces dispositions sont abrogées en 1947: *Loi modifiant le Code de procédure civile et la Loi des renvois à la Cour du banc du roi*, S.Q. 1947, c. 74, art. 2.

222. Il faut dire que pendant cette période, la nomination de quatre juges rémunérés permet au Comité de rattraper le retard substantiel accumulé pendant les années 1860: P.A. HOWELL, *op. cit.*, note 210, p. 63 et 155.

223. Ces chiffres sont tirés du tableau préparé par SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 180. Ian BUSHNELL écrit que 78 % des arrêts canadiens rendus par le Comité proviennent du Québec, mais la période retenue pour compiler ces statistiques n'est pas précisée clairement (1825-1874? Après 1870?): *The Captive Court, A Study of the Supreme Court of Canada*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1992, p. 25.

Tout d'abord, le Comité accorde assez rapidement aux articles du code la valeur d'une loi interprétative qui met fin aux controverses. Il s'autorise pour ce faire de l'article 2613; celui-ci prévoit que, dans les affaires antérieures à l'entrée en vigueur du nouveau texte, «[...] les dispositions de la loi qui, sans ce code, s'appliqueraient à ces transactions, matières et choses, restent en force et s'y appliquent, et ce code ne s'y applique qu'en autant qu'il coïncide avec ces dispositions [...]». Dans la mesure où il ne modifie pas l'ancien droit, le code peut donc être utilisé pour préciser la teneur de celui-ci[224]. Dans ces conditions, si elle ne saurait lier les tribunaux québécois, la doctrine française antérieure ou postérieure à la codification napoléonienne peut servir à éclaircir le sens d'une disposition douteuse ou ambiguë[225]; elle ne peut toutefois faire obstacle à l'application d'une règle précise dont la signification est jugée claire[226]. Toutefois, en 1905, le Comité affirme que

224. *Kierzkowski* c. *Dorion*, (1862-1870) 5 C.R.A.C. 419, 437 (lord Chelmsford, 1868); *Wardle* c. *Bethune*, (1871-73) 6 C.R.A.C. 90, 139 (sir James Napier, 1872); *Chaudiere Gold Mining Company of Boston* c. *Desbarats*, (1871-73) 6 C.R.A.C. 473, 505-507 (sir Montague Smith, 1873); *Evanturel* c. *Evanturel*, (1873-76) 7 C.R.A.C. 117, 145 (sir James Colville, 1873); *Dorion* c. *Ecclésiastiques du Séminaire de St. Sulpice de Montréal*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 304, 310 (sir Montague Smith, 1880); *McMullen* c. *Wadsworth*, (1888-1894) 10 C.R.A.C. 91, 95 (sir Barnes Peacock, 1889); *De Hertel* c. *Godard*, (1873-1905) 14 C.R.A.C. 253, 255 et 257 (lord Macnaghten, 1896).

225. *Evanturel* c. *Evanturel*, précité, note 224, p. 150; dans cette affaire ayant pris naissance avant la codification, le juge Colville affirme que la doctrine française contemporaine peut être très précieuse pour trancher la question en litige; il en va de même dans *Hamel* c. *Panet*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 12, 48 (lord Selborne, 1876). Bien entendu cette doctrine est écartée si le code français diffère de l'ancien droit (*id.*, p. 42); voir également *Dorion* c. *Ecclésiastiques du Séminaire de St. Sulpice de Montréal*, précité, note 224, p. 310. Pour des exemples d'utilisation de la doctrine française dans des affaires postérieures à l'entrée en vigueur du code, voir *Fraser* c. *Abbott*, (1873-76) 7 C.R.A.C. 216, 241 (sir Montague Smith, 1874); *King* c. *Pinsonneault*, (1873-76) 7 C.R.A.C. 357, 374 (sir Robert P. Collier, 1875). Le Comité reconnaît même que la jurisprudence portant sur un édit d'Ancien Régime qui n'a pas été enregistré au Conseil supérieur de Québec demeure pertinente pour interpréter les règles du droit québécois et les usages locaux: *Curé et Marguillers de l'Oeuvre et Fabrique de la Paroisse de St. François Xavier de Verchères* c. *Corporation de la paroisse de Verchères*, (1873-76) 7 C.R.A.C. 409, 428 (sir Robert Phillimore, 1875); *Soeurs Dames Hospitalières de St. Joseph de l'Hôtel-Dieu de Montréal* c. *Middlemiss*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 176, 197 (sir James Colville, 1878); *Symes* c. *Cuvillier*, (1880) 5 App. Cas. 138, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 263, 287 (sir Montague Smith, 1880). Enfin la doctrine française est pertinente lorsque le code ne contient pas de disposition expresse sur la question en litige: *Kieffer* c. *Séminaire de Québec*, (1902-1905) 13 C.R.A.C. 92, 107-108 (lord Davey, 1902).

226. *Herse*. c. *Dufaulx*, (1871-73) 6 C.R.A.C. 226, 260 (sir James Colville, 1872); *Fraser* c. *Abbott*, précité, note 225, p. 241; *Trust and Loan Company of Canada* c. *Gauthier*, (1902-1905) 13 C.R.A.C. 210, 220-221 (1903, lord Lindley). Le Comité

si les tribunaux québécois doivent traiter les décisions françaises avec le plus grand respect, car elles sont précieuses à titre d'exemples, ils ne sont pas liés par elles[227], pas plus d'ailleurs que les cours françaises[228].

Les rapports des codificateurs permettent au Comité de connaître la pratique antérieure à la codification[229]. Dans une affaire ayant pris naissance à cette époque, sir Montague E. Smith affirme toutefois que leur opinion ne saurait avoir la même autorité que les motifs d'un arrêt:

> This authority is no doubt entitled to respect; but the opinion of the Commissioners has not the weight of a judicial opinion, pronounced after discussion and argument; and it is to be observed that the Commissioners, having decided to introduce a new law (opposed to the law «*Si unquam*»), were the less concerned to ascertain with precision what the old law was. Whatever respect, therefore, may be due to the opinion of the Commissioners, their Lordships think, for the reasons already given, that it cannot of itself be regarded as sufficient evidence that the law of the Ordinance of 1731 had found its way into the jurisprudence of Canada.[230]

Les tribunaux ne sont pas donc liés par les affirmations des codificateurs, mais ils peuvent leur accorder un certain poids[231]. D'autre part, la règle de common law qui interdit de citer les

a également écarté l'ancienne définition du mot «signification» de l'article 1571 C.c.B.-C. (concernant la cession de créances) au motif que cette disposition n'exigeait pas expressément l'intervention d'un notaire et que d'autres dispositions législatives montraient que cette formalité n'était pas requise: *Bank of Toronto* c. *St. Lawrence Fire Insurance Company*, (1902-1905) 13 C.R.A.C. 55, 64-65 (1902, lord Macnaghten). Une charte municipale claire peut également rendre inutile l'étude des contradictions de la jurisprudence de la Cour de cassation: *City of Montreal* c. *Cantin*, [1906] A.C. 241, 246 (lord Davey).

227. *McArthur* c. *Dominion Cartridge Company*, [1905] A.C. 72, 75 (lord Macnaghten), (1902-1905) 13 C.R.A.C. 374, 381.
228. *City of Montreal* c. *Cantin*, précité, note 226, p. 246.
229. *Migneault* c. *Malo*, (1871-73) 6 C.R.A.C. 189, 203 (sir Robert Phillimore, 1872); *King* c. *Tunstall*, (1873-76) 7 C.R.A.C. 164, 212-213 (lord James, 1874).
230. *Symes* c. *Cuvillier*, précité, note 225, p. 287-288.
231. En Angleterre, l'exclusion des recommandations formulées par les commissions d'enquête date de 1935: comp. *Eastman Photographic Materials Co.* c. *Comptroller General of Patents*, [1898] A.C. 571, 575 (lord Halsbury) et *Assam Railways and Trading Co.* c. *Commissioners of Inland Revenue*, [1935] A.C. 445, 458 (lord Wright); voir Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 523-528. Sur la controverse entourant le recours aux rapports des codificateurs québécois, voir *infra*, partie IV A. 2.

auteurs encore vivants[232] n'est pas suivie dans les affaires de droit civil québécois[233].

Le Comité n'hésite pas à conclure que les règles du droit anglais introduites au Québec n'ont pas la même portée qu'en Angleterre[234] ou à affirmer que le droit anglais est trop différent pour être d'une quelconque utilité lors de la recherche de la solution du litige[235]. On trouve toutefois des exemples où il cite des décisions anglaises ou même américaines, notamment parce que la recherche de l'intention des parties au contrat est censée être un principe universel et que la solution retenue est compatible avec les règles du droit civil québécois[236]. Dans d'autres cas, les juges affirment qu'il n'y a pas de différence entre les deux systèmes[237], que la question en litige est semblable[238] ou qu'ils souhai-

232. Voir D. PUGSLEY, *loc. cit.*, note 101, p. 173-174; cette règle existait déjà en 1770, même si elle n'a pas toujours été respectée (*id.*, p. 182, note 17).
233. *Trust and Loan Company of Canada* c. *Gauthier*, précité, note 226, p. 219-220 où lord Lindley cite à trois reprises le volume 6 du traité de Mignault (par ex., «6 Mignault 186, 190») et le code annoté de Sharp; voir également *Alexandrie* c. *Brassard*, (1894-1897) 11 C.R.A.C. 126, 136 (1895), où lord Macnaghten cite le traité du juge Beaudry, qui est toutefois décédé en 1876.
234. *Migneault* c. *Malo*, précité, note 229, p. 205-206.
235. *King* c. *Pinsonneault*, précité, note 225, p. 374; *Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Montreal* c. *Brown*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 54, 72 (sir Henry Keating, 1876); *Bank of Montreal* c. *Sweeny*, (1883-1888) 9 C.R.A.C. 340, 344 (lord Halsbury, 1887). Parfois les juges font état d'une différence sans citer de décisions anglaises: *Kershaw* c. *Kirpatick*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 137, 145-147 (sir Robert Collier, 1878); *Porteous* c. *Reynar*, (1883-1888) 9 C.R.A.C. 356, 364 (lord Fitzgerald, 1887); *Trust and Loan Company of Canada* c. *Gauthier*, précité, note 226, p. 222; *De Hertel* c. *Godard*, précité, note 224, p. 256.
236. *McConnel* c. *Murphy*, (1871-73) 6 C.R.A.C. 318, 333-335 (sir Montague Smith, 1873). Dans une autre affaire, le Comité affirme qu'une décision anglaise est fondée sur un principe universel qu'aucune règle du droit québécois ne vient écarter: *North Shore Railway Company* c. *Pion*, (1888-1894) 10 C.R.A.C. 63, 74-80 (1889, comte Selborne).
237. *Browning* c. *Provincial Insurance Company*, (1871-73) 6 C.R.A.C. 451, 461-462 (lord Mellish, 1873); *Bryant* c. *Banque du Peuple*, (1888-1894) 10 C.R.A.C. 290, 300 (lord Macnaghten, 1887); *Whyte* c. *Western Assurance Co.*, (1873-1905) 14 C.R.A.C. 83, 94 (anonyme, 1875); *Renny* c. *Moat*, (1873) 14 C.R.A.C. 222, 236 (anonyme, 1881).
238. *Leclerc* c. *Beaudry*, (1873-76) 7 C.R.A.C. 14, 46 (sir Montague Smith, 1873); *Fraser* c. *Abbott*, précité, note 225, p. 248; *Provincial Insurance Company of Canada* c. *Leduc*, (1873-76) 7 C.R.A.C. 331, 347-348, où l'on cite des décisions américaines (sir Barnes Peacock, 1874); *King* c. *Pinsonneault*, précité, note 225, p. 373; *Fréchette* c. *Compagnie Manufacturière de St. Hyacinthe*, (1883-1888) 9 C.R.A.C. 59, 71 (sir Arthur Hobhouse, 1883); *Bryant* c. *Banque du Peuple*, précité, note 237, p. 304; *Forget* c. *Ostigny*, (1894-1897) 11 C.R.A.C. 139, 148-150 (lord chancelier, 30 mars 1895). Il ne faut pas oublier qu'en matière de lettre de change et de billet à ordre, le code lui-même renvoie au droit anglais, qui peut différer du droit américain (art. 2340 et 2346 C.c.B.-C.; *Macdonald* c. *Whitfield*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 564, 584 (lord Watson, 1883).

tent répondre aux plaidoiries, en précisant dans ce cas que seul le droit civil québécois s'applique[239]. À l'occasion les juges emploient la terminologie de la common law, parfois en utilisant simultanément celle du droit civil[240]; il arrive toutefois qu'ils recourent aux termes anglais propres à ce système[241].

Dans une affaire, un connaissement a été rédigé à Londres par le capitaine d'un navire anglais. Sir Montague Smith en déduit que le contrat est régi par le droit anglais. Pourtant, les juges de la Cour d'appel ont tous fait appel à l'article 1680 C.c.B.-C. et au droit maritime français. Sir Smith décrit alors l'approche qui lui semble appropriée:

> It is often useful, especially in mercantile cases, to refer for illustration to the laws and usages of countries other than that whose laws govern the particular case. But the Judges seem to have gone further, and to have thought that a substantive defence arising from the delay might be founded upon their own law.[242]

Il est donc instructif de constater que, pour les membres du Comité judiciaire, les règles d'un système qui ne s'applique pas au litige peuvent servir uniquement à titre d'«illustration»[243]; elles ne peuvent dicter la solution au tribunal. Il est vrai que, dans cette

239. *Evanturel* c. *Evanturel*, précité, note 224, p. 152.
240. *Provincial Insurance Company of Canada* c. *Leduc*, précité, note 238, p. 354 («estoppel»); *Soeurs Dames Hospitalières de St. Joseph de l'Hôtel-Dieu de Montréal* c. *Middlemiss*, précité, note 225, p. 192 («legal estate») et p. 201 («estoppel»); *De Gaspé* c. *Bessener*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 203, 227 (sir James Colville, 1878) («estoppel»); *Banque Jacques Cartier* c. *Banque d'Epargne de la cité et du district de Montréal*, (1883-1888) 9 C.R.A.C. 347, 354 («acquiescence») (lord Fitzgerald, 1887); *Forget* c. *Baxter*, (1897-1902) 12 C.R.A.C. 272, 282 (sir Henry Strong, j.c.c., 1900) («agent»); *Archambault* c. *Archambault*, (1902-1905) 13 C.R.A.C. 13, 18 (lord Davey, 1902) («non compos mentis» et «undue influence»); *Trust and Loan Company of Canada* c. *Gauthier*, précité, note 226, p. 215 («mortgage (hypothec)», mais voir p. 222); *Guyon* c. *Lionais*, (1873-1905) 14 C.R.A.C. 22 (anonyme, 1874), p. 25 («separate in estate») et p. 50 («laches»); mais voir p. 33 («"lésion"») et p. 45 («"confirmation"»); *Chapman* c. *Lancashire Insurance Company*, (1873-1905) 14 C.R.A.C. 69 (anonyme, 1875), p. 80 («personal chattels» et «waiver»), mais voir p. 72, («[...] by means of what has been incorrectly described by the parties as a lien»); *Whyte* c. *Western Assurance Co.*, précité, note 237, p. 92 («[...] this was an assignment of Clark to Whyte, on trust for the benefit of Clarke himself [...]»); *Renny* c *Moat*, précité, note 237, p. 223 («mortgaged and hypothecated»).
241. *Eddy* c. *Eddy*, (1897-1902) 12 C.R.A.C. 246, 264 (1900, lord Hobhouse) («mandatary»); *Kieffer* c. *Seminaire de Quebec*, précité, note 225, p. 104 («mandatary»).
242. *Moore* c. *Harris*, (1873-78) 7 C.R.A.C. 453, 479 (1876); notons que la teneur du droit anglais ne semble pas avoir été mise en preuve.
243. Voir également *Mayor, Alermen and Citizens of Montreal* c. *Drummond*, (1873-78) 7 C.R.A.C. 471, 502 (1876).

affaire, le droit anglais avait été mis de côté au profit du droit québécois. Mais les membres du Comité n'hésitent pas à condamner l'approche inverse. Ainsi, à propos des décisions anglaises et américaines invoquées par l'une des parties, sir Montague Smith déclare: «[t]hese, though they may illustrate the subject, cannot be treated as governing authorities upon the law of the province»[244]. Pour sa part, sir Barnes Peacock écrit:

> It would be lamentable if their lorships, in a case arising in Lower Canada and to be determined by the law of that country, should feel themselves bound by a course of English decisions which have been swept away by the legislature as fraught with mischief, and thus be driven to such a construction of the will of William as would form a precedent in future cases of a similar nature, and thereby introduce into Lower Canada all those difficulties and inconvenience which it required the force of an Act of parliament in Engand to remove.[245]

On peut noter d'autres interprétations audacieuses. Ainsi, un contrat conclu à Ottawa entre un membre du Barreau québécois et la couronne fédérale est soumis aux règles du droit québécois régissant les services d'un avocat plutôt qu'à la common law[246]. En cas de divergence entre la version française et la version anglaise du code, s'il s'agit d'un terme technique issu du droit français, la première doit prévaloir[247]. Dans un arrêt de la

244. *Bell* c. *Corporation of Quebec*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 229, 246 (1879). Sir Smith analyse ensuite ces décisions; il conclut que si elles reconnaissent au propriétaire riverain des droits d'accès plus étendus qu'en droit français, elles ne peuvent servir à déterminer l'issue du litige (*id.*, p. 249); le principe de l'inapplication du droit anglais est réaffirmé à plusieurs reprises: *McGibbon* c. *Abbott*, (1883-1888) 9 C.R.A.C. 192, 197-198 et 202 (sir Barnes Peacock, 1885); *Exchange Bank of Canada* c. *The Queen*, (1883-1888) 9 C.R.A.C. 219, 234 (lord Watson, 1884); *Forget* c. *Baxter*, précité, note 240, p. 286-287; voir également *supra*, note 235.
245. *McGibbon* c. *Abbott*, précité, note 244, p. 202.
246. *The Queen* c. *Doutre*, (1883-1888) 9 C.R.A.C. 94, 99-101 (lord Watson, 1884). Le Comité émet des réserves sur l'application dans les provinces canadiennes de common law d'une règle anglaise qui refuse aux *barristers*, les avocats dont la fonction consiste à plaider, le droit de réclamer des honoraires. Le Comité doute que cet usage particulier s'applique dans les colonies où l'activité des avocats n'est pas limitée à la plaidoirie (*id.*, p. 100-101). Il exprime ainsi sa préférence pour l'opinion des juges Strong et Henry plutôt que pour celle du juge-en-chef Ritchie et celle du juge Gwynne, qu'il désapprouve expressément (*id.*, p. 104-105). Seul le juge Taschereau conclut que le droit québécois s'applique: *The Queen* v. *Doutre*, (1882) 6 R.C.S. 342, 384-385 (j.-en-chef Ritchie), 390-391 (j. Strong), 398-399 (j. Henry), 400-401 (j. Taschereau) et 422-423 (j. Gwynne).
247. *Exchange Bank of Canada* c. *The Queen*, précité, note 244, p. 237. Cette affaire mettait en cause l'interprétation des droits reconnus à la couronne par l'article 1994 C.c.B.-C. Même s'il ne le mentionne pas, la règle d'interprétation formulée par lord Watson est identique à celle que prévoit l'article 2615 C.c.B.-C.

Chambre des lords portant sur l'interprétation d'un contrat conclu au Québec, les juges affirment qu'une disposition du code reproduisant une loi britannique doit être interprétée de la même manière que celle-ci[248]. Mais s'il existe des différences entre les deux textes, la jurisprudence anglaise ne doit pas être suivie[249].

Dans une affaire où l'appelant n'est pas représenté par un avocat et s'exprime en français, les juges et les avocats britanniques sont confrontés à leur faible maîtrise de cette langue[250]. Mais de manière générale, les citations de la doctrine française sont relativement abondantes dans les deux décennies qui suivent la codification; elles se font beaucoup plus rares par la suite, peut-être en raison du fait que les juges qui siègent au Comité ne sont plus bilingues[251]. Si l'emploi régulier de la terminologie de common law témoigne de l'ignorance des avocats et des juges, il n'est pas certain que cette pratique ait influé sur l'issue du litige. Car il existe au moins autant d'exemples où le Comité judiciaire écarte expressément le droit anglais[252], ce qui permet de présumer qu'il aurait fait de même si une règle particulière au droit civil avait été portée à son attention. En outre, les affaires où il refuse de suivre la doctrine française au motif que la disposition du code est claire sont rares[253].

Dans l'ensemble, cette jurisprudence contient peu de déclarations de principes, car elle se concentre sur les faits. Elle réaffirme avec force l'autonomie du droit civil québécois par rapport à la common law; le Comité judiciaire n'a jamais déclaré que les

248. *City Bank* c. *Barrow*, (1878-1880) 5 App. Cas. 664, 673-674 (lord Selborne), 679 (lord Blackburn) et 683 (lord Watson).

249. *Robinson* c. *Canadian Pacific Railway*, (1888-1894) 10 C.R.A.C. 247, 254-255 (lord Watson, 1892). Lord Watson affirme également qu'il est inutile de consulter les sources antérieures à la codification si la signification du texte n'est pas douteuse ou si celui-ci ne contient pas un terme technique (*id.*, p. 256). Nous analyserons ci-dessous les différences entre l'approche du Comité judiciaire et de la Cour suprême dans cette affaire. Le Comité réaffirme ces principes dans *Miller* c. *Grand Trunk Railway Company of Canada*, [1906] A.C. 187, 191 et 194-195 (lord Davey).

250. *Guyon* c. *Lionais*, précité, note 240, p. 22.

251. Pour des exemples d'arrêts contenant de nombreuses références à la doctrine française, voir les arrêts cités dans les notes 224, 225 et 229, à l'exception de *De Hertel* c. *Godard*, précité, note 224 et *Kieffer* c. *Séminaire de Québec*, précité, note 225.

252. Nous avons relevé neuf exemples d'utilisation de la terminologie de common law et onze exemples où les juges déclarent que le droit anglais n'est pas pertinent. Toutefois cette liste n'est probablement pas exhaustive.

253. Voir *supra*, note 226.

litiges de droit civil devaient être tranchés sur le fondement des règles de la common law, même s'il lui arrive à plusieurs reprises de citer les décisions provenant de ce système ou de rappeler que des lois canadiennes doivent être interprétées comme les lois britanniques qu'elles reproduisent[254]. Quelques interprétations du code civil ont peut-être été inspirées par le souci d'assurer une certaine uniformité dans l'Empire. Mais ce tribunal a généralement une attitude respectueuse face aux particularités du système civiliste. Les juges de la Cour suprême du Canada ont-il entendu ce message? C'est la question à laquelle il nous faut maintenant tenter de répondre.

III. L'UTILISATION DE LA COMMON LAW DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA, 1876-1918

En 1875, la création de la Cour suprême du Canada offre une autre instance d'appel aux justiciables québécois et canadiens. Le tiers des juges qui y siègent proviennent du Québec. Les affaires de droit civil vont donc y être entendues par une majorité de juges formés dans le système de common law. Cette coexistence des deux systèmes dans une même cour aurait pu faciliter les comparaisons et les échanges (A), mais la réalité ne fut pas à la hauteur de ces attentes (B).

A. Une invitation au dialogue?

Les débats qui ont précédé la création de la Cour suprême du Canada montrent que celle-ci est née dans la controverse (1). Le professeur Howes a néanmoins érigé en modèle l'attitude d'un des premiers juges francophones qui y siègent, Henri-Elzéar Taschereau, en raison de son esprit «nomade» et de l'accueil favorable qu'il réserve aux autres systèmes juridiques. Il conviendra donc d'examiner cette thèse (2)

1. La création de la Cour suprême du Canada

Dès le départ, l'idée même d'une cour générale d'appel pour l'ensemble du Canada a suscité des réactions hostiles, en particu-

254. *Canadian Pacific Railway* c. *Roy*, précité, note 195.

lier de la part des juristes québécois (a). Leurs inquiétudes ne se sont pas dissipées avec le temps, bien au contraire (b).

a) Les craintes des juristes québécois

Les difficultés rencontrées à la Cour suprême du Canada dans les affaires de droit civil étaient prévisibles et ont été soulignées au cours des débats parlementaires de 1865 portant sur le projet d'union fédérale (appelé improprement «Confédération») qui deviendra la *Loi constitutionnelle de 1867*. Même les Ontariens craignent qu'une majorité de juges provenant d'autres provinces ne renverse l'opinion de leurs tribunaux. L'inquiétude des Québécois est encore plus grande, car cette majorité pourra être composée de juges qui n'ont aucune connaissance du droit civil[255]. Henri-Elzéar Taschereau, qui siègera à la Cour de 1878 à 1906, est alors député. Il n'hésite pas à affirmer: «Naturellement, nos lois ne seront pas comprises dans une pareille cour, et la plupart des juges rendront leurs décisions d'après des lois étrangères au Bas-Canada»; pour lui, «cette confédération sera la ruine de notre nationalité dans le Bas-Canada» et son «coup de mort»[256].

Joseph Cauchon exprime la même préoccupation: «[...] ces mêmes lois seraient expliquées par des hommes qui ne les comprendraient pas et qui grefferaient, involontairement peut-être, une jurisprudence anglaise sur un code de lois françaises. C'était le spectacle qui nous était offert en Canada, après la conquête du pays, et personne, sans doute, ne serait tenté d'en vouloir la répétition»[257]. Pour lui, «[...] la législation du Haut-Canada, par exemple, [tend] à s'approcher constamment du code civil» et l'Angleterre puise au droit romain «comme étant la raison écrite la plus parfaite qui existe»; mais «[...] nous n'en sommes pas arrivés jusque là dans nos provinces et, jusqu'ici, le droit anglais se compose plutôt de précédents»; en conséquence, «[...] il serait plus prudent, selon moi, de laisser les décisions de nos causes aux juges qui ont étudié et pratiqué notre code»[258]. La réponse du procureur

255. I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 223, p. 4-6; P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 7-8.
256. *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, Québec, Hunter, Rose et Lemieux, Imprimeurs parlementaires, 1865, p. 898-899 (ci-après «*Débats sur la Confédération*»).
257. *Id.*, p. 581.
258. *Id.*, p. 583. Voir également les commentaires d'Antoine-Aimé Dorion: «[...] nous aurons une cour d'appel fédérale dans laquelle nous ne serons représentés que par un seul juge contre six ou sept des autres origines» (*id.*, p. 693).

général, George-Étienne Cartier, est assez peu convaincante; à son avis, les juges des provinces de common law seront éclairés par leurs collègues québécois! En outre, ils «ont une connaissance approfondie de ces mêmes principes d'équité [*equity*] qui sont identiques à ceux de notre propre code civil»[259]. Au cours des débats, le Comité judiciaire est l'objet d'éloges, car il a l'habitude d'entendre des pourvois provenant de colonies dont les systèmes juridiques sont très différents les uns des autres; en outre, plusieurs de ses membres actifs sont des spécialistes de l'*equity*; enfin, ils semblent être bilingues[260].

L'uniformisation éventuelle du droit privé fait l'objet de l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Celui-ci prévoit que les législatures du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse et de l'Ontario peuvent autoriser le Parlement fédéral à uniformiser les règles portant sur «la propriété et les droits civils». L'exclusion du Québec est délibérée; elle a pour but de mettre le système de droit civil à l'abri d'une telle intervention. Il est vrai qu'à l'époque, plusieurs juristes québécois croient que le *Code civil du Bas Canada* servira de modèle aux provinces de common law[261]. Mais nous avons vu que cet optimisme délirant n'est pas universel. En effet, s'il existait une possibilité raisonnable de voir le Parlement fédéral adopter une version canadienne du Code civil, les députés québécois n'auraient eu aucune raison d'exiger qu'une loi fédérale d'uniformisation ne puisse s'appliquer au Québec[262]. C'est pourtant ce qu'ils ont fait. Cette prise de position, ainsi que les réserves très sérieuses exprimées au sujet de la compétence d'une éventuelle cour suprême dans les affaires de droit civil québécois, montrent que la recherche de principes généraux communs aux deux systèmes juridiques reconnus à cette époque ne fait certainement

259. *Id.*, p. 582.
260. *Id.*, p. 581 (Cauchon) et p. 582 (Cartier); P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 8-9.
261. J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 111, p. 527-533; D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 528-529; André MOREL, «La codification devant l'opinion publique de l'époque», dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le livre du centenaire du Code civil*, vol. 1, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 27-45, à la page 44.
262. Cette exception peut sembler curieuse, car les législatures provinciales visées par l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867* peuvent refuser d'octroyer au Parlement fédéral le pouvoir de légiférer: voir *Débats sur la Confédération*, *op. cit.*, note 256, p. 467 (Matthew C. Cameron). Mais cette décision est irréversible, car le Parlement obtient alors une compétence «illimitée» en ce qui concerne la modification de la loi pourvoyant à l'uniformité des règles provinciales relevant de la propriété et les droits civils. C'est sans doute ce qui explique la décision des délégués québécois d'exclure cette possibilité.

pas l'objet d'un consensus. Le souci de protéger les particularités du droit civil est également bien présent[263].

Les mêmes arguments refont surface lors des débats parlementaires concernant les projets de loi qui pourvoient à la création de la Cour suprême du Canada[264]. La loi de 1875 prévoit que deux des six sièges doivent être occupés par une personne qui est membre soit de la magistrature québécoise, soit du Barreau de cette province depuis au moins dix ans[265]. Comme le quorum est fixé à cinq membres[266], dans une affaire québécoise, trois juges peuvent théoriquement renverser l'opinion unanime de onze juges québécois siégeant à la Cour supérieure, à la Cour de révision, à la Cour du Banc de la reine et à la Cour suprême. Cet argument est formulé dès 1870 par le juge-en-chef de la Cour supérieure, William Collis Meredith, dans une lettre qu'il adresse au premier ministre John A. Macdonald[267].

En 1875, certains députés québécois favorables à la création de ce tribunal votent néanmoins en faveur d'amendements qui supprimeraient ou restreindraient sa compétence dans les affaires de droit provincial[268]; toutefois la majorité des députés s'y opposent[269]. Afin de tenir compte de l'existence au Québec de

263. Hector Langevin déclare que le Code civil constitue une réponse aux plaintes des avocats et du public et qu'il «fera honneur au Bas-Canada»; pour lui, les droits et les intérêts des Québécois seront garantis, protégés et sauvegardés par la Confédération» (*id.*, p. 398). Paul Denis croit que le code est «une réponse suffisante» faite à ceux qui craignent de voir les lois françaises disparaître (*id.*, p. 878). Selon Félix Geoffrion, le procureur général aurait dit du code «qu'il était infiniment supérieur au code français et à tous les codes connus» et que les lois civiles du Québec seraient pleinement protégées sous le nouveau système; Geoffrion croit que cette affirmation est inexacte, car le Parlement fédéral pourra légiférer en matière de mariage et de divorce (*id.*, p. 783). John Scoble déclare que si l'assimilation du droit du Haut et du Bas-Canada est très souhaitable, «elle serait obtenue à un trop grand prix si elle devait créer du mécontentement chez une partie considérable du peuple». Pour lui, «le temps accomplira ce que la contrainte pourrait détruire». Il affirme donc que les députés du Haut Canada n'auraient rien à gagner en agissant de la sorte; de toute manière, ils n'en auraient pas le pouvoir et ne souhaiteraient pas davantage l'obtenir (*id.*, p. 908). Il existe donc une inquiétude palpable sur cette question, exprimée il est vrai par les membres de l'opposition libérale (voir également *id.*, p. 268, Antoine-Aimé Dorion).
264. I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 223, p. 19-20.
265. *Acte de la Cour suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, c. 11, art. 4.
266. *Id.*, art. 12.
267. P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 9-10 et p. 237, note 33.
268. *Id.*, p. 14.
269. I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 223, p. 20

la Cour de révision, qui n'a pas d'équivalent dans les autres provinces, la loi limite le droit d'appel aux causes dans lesquelles le montant en litige est de 2 000 $ ou plus[270]. En outre, un amendement abolit les pourvois de plein droit devant le Comité judiciaire; toutefois, la prérogative royale est expressément préservée, ce qui permet à ce tribunal d'accorder l'autorisation de se pourvoir devant lui[271]. La suppression des pourvois de plein droit était indispensable pour justifier la création d'un quatrième tribunal d'appel dans les affaires québécoises. Là encore, si certains québécois se réjouissent du fait que les pourvois devant le Comité judiciaire seront moins nombreux, d'autres vantent les mérites de ce tribunal[272].

La création de la Cour ne met pas fin aux critiques, tant s'en faut. De 1879 à 1886, à chaque année, un projet de loi propose de l'abolir ou de mettre fin à sa compétence dans les affaires portant sur le droit provincial[273]. En 1902, un projet semblable est présenté; en 1903, il échoue à l'étape de la deuxième lecture[274]. Ainsi, il appert que pendant les trente premières années de son existence, la compétence de la Cour en matière de droit privé a suscité

270. *Acte de la Cour suprême et de l'Échiquier*, précité, note 265, art. 17.
271. I. BUSHNELL, *op. cit.*,, note 223, p. 27-37; SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 11; D. SWINFEN, *op. cit.*, note 215, p. 28-24. Le Comité judiciaire s'empresse d'ailleurs de confirmer qu'il conserve le droit d'accorder l'autorisation de se pourvoir, à condition que le litige mette en jeu un principe général qui aura des répercussions dans un grand nombre d'affaires (*Johnston* c. *St. Andrew's Church*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 130, 134-135, 1877, lord Cairns; *Prince* c. *Gagnon*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 521, 523, 1882, lord Fitzgerald). En 1880, il étudie une loi fédérale sur la faillite portant qu'un arrêt de la Cour d'appel du Québec sera «final». Si cette disposition abolit les pourvois de plein droit, elle laisse intact le pouvoir du Conseil privé d'accorder l'autorisation de se pourvoir en vertu de la prérogative royale (*Cushing* c. *Dupuy*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 355, 365-368, 1880, sir Montague Smith). Le Comité refuse toutefois d'exercer ce pouvoir si le requérant a choisi de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada alors qu'il aurait pu se rendre directement devant lui aux termes d'une disposition législative (*Clergue* c. *Murray*, (1902-1905) 13 C.R.A.C. 197; *Canadian Pacific Railway Company* c. *Bain*, (1902-1905) 13 C.R.A.C. 290; *Ewing* c. *Dominion Bank*, (1902-1905) 13 C.R.A.C. 321). Cette jurisprudence a pour effet d'encourager les pourvois directs devant le Comité (SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 183).
272. P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 15-16.
273. *Id.*, p. 20-21; I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 223, p. 92-96; SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 30-33. Le projet de loi de 1879 reçoit l'appui de députés ontariens; par la suite, ce sont surtout les députés québécois qui appuient cette initiative.
274. I. BUSNELL, *op. cit.*, note 223, p. 165; P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 27; SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 80.

une controverse qui a été particulièrement aiguë au Québec. Il convient maintenant de voir dans quelle mesure le fonctionnement de la Cour a pu contribuer à ce phénomène.

b) Le fonctionnement de la Cour

Dès la création de la Cour suprême du Canada, des difficultés se font jour. Le juge-en-chef, William Buell Richards, a une santé fragile qui l'oblige à démissionner dès 1879. Au moment de sa nomination, il siège depuis vingt-deux ans en Ontario, dont sept à titre de juge-en-chef. Le juge Ritchie est membre de la magistrature depuis vingt ans; il est également juge-en-chef du Nouveau-Brunswick depuis dix ans. Henry Strong a été nommé à la Cour de chancellerie en 1869 et à la Cour suprême de l'Ontario en 1874. Âgé d'à peine cinquante ans, il comprend bien le français et connaît le droit civil. Jean-Thomas Taschereau siège à la Cour du Banc de la reine depuis 1873 et à la Cour supérieure depuis 1865; il a étudié le droit à l'Université de Paris. Les problèmes de santé dont il se plaint pourrait réfléter son aversion pour la ville d'Ottawa, qu'il quitte à la première occasion. Sa démission en 1878 semble être due au fait qu'il n'a jamais établi sa résidence dans cette ville, comme la loi l'exige. Il faut noter toutefois que d'autres juges quittaient Ottawa dès qu'ils le pouvaient... Au moment de sa nomination, Télesphore Fournier est ministre des postes; il était ministre de la justice lorsque le Parlement a adopté la loi créant la Cour suprême. Enfin, William Alexander Henry est un simple juge *ad hoc* en matière d'élections contestées; ses contemporains le tiennent en piètre estime. Par ailleurs, il faut noter que des juristes renommés ont refusé de siéger à la Cour, notamment Edward Blake, Antoine-Aimé Dorion et Rodolphe Laflamme[275].

La Cour tient une première session en 1876, mais il faut attendre 1877 pour qu'elle entende un nombre substantiel de pourvois. La procédure suivie pour rendre jugement se met alors en place. Après l'audition de la cause, les juges préparent leur opinion. Il n'y a pas de mécanisme formel de concertation, même si des conférences ont lieu afin de déterminer si le pourvoi est accueilli ou rejeté. Les juges transmettent les notes qu'ils ont

275. Les informations contenues dans ce paragraphe sont tirées de SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 11-15 et 24-26. Sur les compétences du juge Strong, voir P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 61.

préparées à certains collègues, mais cela n'est pas fait de manière systématique, notamment en raison de nombreux conflits de personnalité. Les parties ou leurs procureurs sont ensuite convoqués à une audience au cours de laquelle les juges rendent jugement en faisant lecture de leurs notes ou en «annonçant» leur opinion[276]. Compte tenu du faible nombre de causes entendues à cette époque, il y a presque toujours autant d'opinions que de juges; les praticiens se plaignent de leur prolixité et de l'absence de consensus. Si l'éditeur du recueil des arrêts de la Cour retient une affaire, il demande aux juges de lui transmettre des motifs écrits. Plusieurs juges font alors preuve de laxisme, en particulier le juge Strong; en moyenne, il s'écoule dix-huit mois entre le prononcé du jugement et sa publication[277].

La question du bilinguisme suscite immédiatement des difficultés. Les règles de pratique permettent à un juge d'ordonner la traduction des documents produits[278]. Le juge Henry n'hésite pas à se prévaloir de cette possibilité dans une affaire québécoise. On découvre alors qu'il n'existe pas de fonds pour cette dépense; cette tâche est donc confiée au régistraire et à l'éditeur du recueil de la Cour[279]. L'unilinguisme est critiqué... par les éditeurs du *Canada*

276. En 1879, une loi précise que la majorité des juges de la Cour suprême qui ont entendu une affaire peuvent «constituer la cour lors de la prononciation du jugement»; en outre, un juge qui ne peut être présent peut remettre à l'un de ses collègues «son jugement par écrit, pour qu'il en soit donné lecture ou connaissance en pleine cour», (la version anglaise se lit ainsi: *to be read or announced in open court*: *Acte d'amendement de la Cour suprême, de 1879*, S.C. 1879, c. 39, art. 18). Une disposition semblable figure encore dans la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 27 (1). Dès 1879, il est donc possible de «donner connaissance» des motifs sans les lire intégralement. Il semble qu'en 1967, les motifs sont «souvent» déposés sans être lus (P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 91). Une nouvelle procédure est mise en place en 1987: la Cour peut rendre jugement en audience publique (donc oralement), mais les juges peuvent également déposer auprès du registraire leurs motifs ou leur accord avec ceux d'un autre juge (*Loi modifiant la Cour suprême et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, L.R.C. (1985), c. 34 (3e suppl.), art. 1). Pour en revenir au XIXe siècle, le caractère informel des notes destinées à être lues par les juges est illustré par les règles de pratique de la Cour suprême. Aux termes de l'article 2, le dossier doit contenir une transcription de l'opinion ou des motifs de jugement des cours inférieures ou une déclaration assermentée indiquant qu'il n'a pas été possible de se les procurer, en expliquant quelles démarches ont été entreprises dans ce but: Robert CASSELS jr., *Manual of Procedure in the Supreme and Exchequer Courts of Canada*, Toronto, Carswell, 1877, p. 182.

277. SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 35-37 et 40. Il semble qu'en 1924, le délai entre le prononcé de l'arrêt et le dépôt des motifs n'est plus que de quatre semaines (*id.*, p. 143).

278. P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 80.

279. SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 221, p. 21.

Law Journal, pour qui il est inconcevable que des motifs soient publiés en français, car il ne faut pas s'attendre à ce que les futurs juristes des provinces anglophones apprennent cette langue[280]! En conséquence, de 1877 à 1882, neuf décisions contiennent une traduction anglaise de motifs rédigés en français[281]. Mais cette pratique exceptionnelle est abandonnée par la suite.

Il est possible de se faire une idée de l'ambiance qui règne à la Cour, ou peut-être dans la fonction publique fédérale, en constatant que les membres francophones du personnel correspondent en anglais[282]. Au cours des débats sur l'abolition de la Cour, des députés affirment qu'il est pratiquement impossible de plaider en français devant cette instance, en raison du fait que deux de ses membres seulement peuvent s'exprimer dans cette langue. Du même coup, ils vantent le bilinguisme des membres du Comité judiciaire et leur bonne connaissance du droit civil. Le premier ministre John A. Macdonald rétorque que les avocats québécois le moindrement réputés sont bilingues. En 1885, il ajoute qu'il a renoncé à augmenter le nombre de civilistes à la Cour en raison du fait que les juges formés dans ce système ont souvent appuyé une opinion minoritaire parmi les juges de common law, alors que la situation inverse se serait produite très rarement[283]. Dès 1879, la dissidence des deux juges ontariens dans une affaire en provenance de cette province provoque des remous; en 1896, un quotidien torontois critique le rôle joué par les juges civilistes dans les affaires de common law et par les juges formés à ce système dans les affaires de droit civil[284].

L'analyse statistique effectuée par le professeur Peter H. Russell confirme l'affirmation faite par John A. Macdonald. Si l'on examine les arrêts rendus de 1877 à 1964 dans lesquels au moins un des juges est dissident, le pourcentage des affaires québécoises où les deux juges québécois le sont et ceux où ils diffèrent d'opinion ne varient pas de manière significative selon les différentes catégories de droit (par exemple, le code civil, la législation fédérale ou le droit constitutionnel). Les dissidences de ces deux juges sont peu fréquentes (environ cinq pour cent des cas). Les désaccords entre eux sont plus nombreux lorsqu'ils doivent se prononcer à la fois sur le code civil et sur une loi fédérale ou provinciale, mais ces affaires sont beaucoup moins nombreuses que celles où il est exclusivement question de droit civil. Cette tendance ne varie pas de manière importante avec le temps, car le pourcentage des dissidences ou des votes partagés chez les juges québécois diminue. En outre, le pourcentage des arrêts de la Cour d'appel du Québec qui sont infirmés ou confirmés ne varie pas non plus de manière appréciable selon les domaines. Toutefois, au moins un civiliste est dissident dans vingt-trois pour cent des cas où un arrêt de droit civil est infirmé; si l'arrêt est confirmé, ce pourcentage tombe à dix pour cent. Enfin, les motifs unanimes d'un arrêt de droit civil sont parfois rédigés par un juge de common law, ce qui ne signifie évidemment pas que le résultat soit critiquable. En somme, si le nombre des affaires où les juges de common law jouent un rôle déterminant est peu élevé, il demeure significatif, car les affaires controversées sont celles qui risquent de faire jurisprudence[285].

En 1949, le nombre de juges, qui avait été porté à sept en 1927[286], est fixé à neuf, dont trois doivent provenir du Québec[287]. Le quorum demeure toutefois de cinq membres[288]. Une pratique s'établit alors: dans les affaires de pur droit civil, la Cour siège en formation de cinq juges, avec la participation des trois juges québécois[289]. Cette façon de procéder, qui s'est maintenue jusqu'à ce jour, permet aux civilistes de décider quelle sera l'opinion majoritaire, ce qu'ils font plus fréquemment que dans les affaires de libertés publiques entendues par neuf juges. De 1950 à 1964, sur

280. P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 215, p. 93.
281. *Id.*, p. 268, note 108.
282. SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 21.
283. P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 22. Pour qu'un tel phénomène se produise, il faut que les juges siègent à cinq. Les deux civilistes peuvent alors faire prévaloir l'opinion d'un des juges de common law sur celle de ses deux collègues. En revanche, les juges de common law ont toujours la possibilité d'écarter une opinion que partagent les deux civilistes.
284. I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 223, p. 93 et 161.
285. *Id.*, p. 158-173.
286. *Loi modifiant la Loi de la Cour suprême*, S.C. 1927, c. 38, art. 1. L'article 2 impose la retraite aux juges qui atteignent l'âge de soixante-quinze ans ou qui l'ont déjà atteint.
287. *Loi modifiant la Loi de la Cour suprême*, S.C. 1949, c. 37.
288. Cette règle n'a jamais changé: *Acte de la Cour suprême et de l'Échiquier*, précité, note 265, art. 3; *Loi sur la Cour suprême*, précité, note 276, art. 25.
289. De 1950 à 1964, dans quatre vint-quatorze pour cent des affaires de droit civil, la Cour a siégé en formation de cinq juges: P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 67; de 1965 à 1978, ce fut le cas dans 122 arrêts sur 139 (87,7 %). Toutefois, les trois juges civilistes ont siégé ensemble dans seulement 69 % des affaires (96 sur 139): David J. WHEAT, «Disposition of Civil Law Appeals by the Supreme Court of Canada», (1980) 1 *Supr. C.L.R.* 425-455, 430 et 433.

188 arrêts de droit civil, 144 sont unanimes. Mais dans les quarante-quatre affaires où tel n'est pas le cas, les civilistes ont tendance à être en désaccord entre eux plus souvent que leurs collègues de common law, qui jouent donc un rôle déterminant. Il est vrai que deux juges québécois se retrouvent dans le camp majoritaire dans soixante quinze pour cent des affaires portant sur le droit québécois. C'est dire qu'ils sont minoritaires dans vingt-cinq pour cent des cas[290].

Pour évaluer l'importance de ces désaccords, il faut adopter une approche qualitative. Pour ce faire, nous examinerons d'abord le rôle qu'a pu jouer le juge Henri-Elzéar Taschereau, qui a été apprécié de diverses manières par des auteurs contemporains.

2. *Le juge Henri-Elzéar Taschereau, un modèle?*

En 1975, le professeur Jean-Louis Baudouin dresse un réquisitoire sévère mais nuancé dans lequel il critique la tendance de certains juges de la Cour suprême du Canada à s'appuyer sur des précédents ou des concepts de common law dans des affaires de droit civil québécois. Tout en reconnaissant la valeur des échanges, des comparaisons et des emprunts, il s'élève contre l'imposition de solutions étrangères qui se substituent aux concepts de droit civil susceptibles de fournir la solution du litige[291]. Il donne certains exemples d'uniformisation à sens unique où les juges de la Cour suprême affirment expressément que, en l'absence d'une disposition législative précise, le droit civil et la common law doivent conduire au même résultat[292]. Il critique également les juges et les avocats qui citent des précédents de common law plutôt que la jurisprudence québécoise, car ils évitent ainsi de faire un «effort de compréhension et de rationalisation de la loi écrite»[293]. Dans cette étude, il cite indistinctement des arrêts du XIXe et du XXe siècle. C'est en partie en réaction à ce texte que le professeur Howes publie en 1987 son étude sur le juge Henri-Elzéar Taschereau à laquelle nous allons consacrer cette section[294].

290. P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 146-152 et 167.
291. Jean-Louis BAUDOUIN, «L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada», (1975) 53 *R. du B. can.* 715-737, 717.
292. *Id.*, p. 719-724.
293. *Id.*, p. 726.
294. *Loc. cit.*, note 1.

a) La présentation de David Howes

Le professeur Howes tente de recréer la conception du droit et de la justice propre au juge Henri-Elzéar Taschereau, qui siège à la Cour suprême de 1878 à 1906 et qui occupe la fonction de juge-en-chef de 1902 à 1906. En procédant à une étude fouillée des motifs de jugement publiés dans les recueils de la Cour suprême, il nous ouvre de nouveaux horizons et nous fait prendre conscience du «gouffre» qui, à son avis, sépare l'approche des juristes du XIXe siècle et celle de leurs successeurs. Il est certain que le juge Taschereau fait montre d'une érudition étonnante et recherche les principes de justice dans des systèmes juridiques très divers, qu'il s'agisse de la common law anglaise ou américaine, du droit civil écossais, qui n'a jamais été codifié, et du droit civil louisianais, français, belge ou même italien. Lorsque la Cour suprême doit trancher une controverse sur laquelle le code ne fournit pas d'indications, le juge Taschereau affirme dans certaines affaires qu'il importe d'adopter une solution semblable à celle qui prévaut dans le reste de l'Empire britannique; mais il montre également que cette solution est acceptée dans d'autres juridictions civilistes. En outre, il dresse le bilan des débats français sur la question et soutient que la solution retenue jouit de solides appuis en France[295]. Sur des questions d'ordre public québécois, peut-on raisonnablement faire abstraction du consensus social de l'Angleterre, des États-Unis et d'autres pays de droit civil?

Le professeur Howes va toutefois beaucoup plus loin. Il affirme que la défense du système de droit civil contre l'envahissement de la common law laisse le juge Taschereau indifférent; il cite également l'opinion des auteurs d'un ouvrage sur l'histoire de la Cour suprême, pour qui les juges québécois qui ont précédé le juge Mignault n'étaient pas des «défenseurs militants» du

295. *Id.*, p. 541-542, à propos de *Glengoil Steamship Company* c. *Pilkington*, (1897) 28 R.C.S.146, 157; voir également *Canadian Pacific Railway Company* c. *Robinson*, (1888) 14 R.C.S. 105, 128-129 (sur le refus du droit français d'indemniser le préjudice moral dans les cas de simple négligence, par opposition aux crimes); *Magann* c. *Auger*, (1902) 31 R.C.S. 186, 193 (où le juge Taschereau choisit l'opinion minoritaire en doctrine française, qui lui paraît plus convaincante). Dans cette affaire, on constate que les juges québécois tentent de faire en sorte que les règles déterminant le lieu de formation d'un contrat conclu à distance soient uniformes dans toutes les provinces canadiennes. Cette préoccupation nous semble relever du simple bon sens. En l'absence d'une disposition formelle, il est certes très peu souhaitable qu'un contrat soit réputé conclu en Ontario par les tribunaux québécois et au Québec par les tribunaux ontariens!

droit civil[296]. Il soutient que les contemporains du juge Taschereau considèrent le code civil comme une expression partielle du droit. Bien loin de mettre un terme au débat, les dispositions de ce texte constituent souvent le point de départ d'une recherche plus étendue; celle-ci vise à dégager les principes d'un droit général ou universel qui peut être tiré indifféremment de la common law ou du droit civil. L'attitude du juge Taschereau, qui s'accompagne d'une propension à s'exprimer sur un mode rhétorique, est qualifiée de «dialogique», de «polyphonique» ou de «nomadisme juridique». Elle serait le reflet d'un système «polyjuridique» qui s'alimente à différentes sources. Cette conception serait employée tant dans les affaires de droit civil que dans celles de common law. Dans cette perspective, les précédents ou les textes de loi ne seraient nullement contraignants: ils devraient être évalués afin de déterminer s'ils sont conformes aux principes universels de justice dont il vient d'être question[297].

Le portrait quelque peu idyllique qui est ainsi brossé comporte des parts d'ombre. Tout d'abord, la grande majorité des motifs du juge Taschereau publiés dans les recueils des arrêts de la Cour suprême sont rédigés en langue anglaise[298]. Ensuite, en 1882, dans une lettre adressée au premier ministre Macdonald, ce magistrat affirme que la Cour ne peut continuer à fonctionner comme elle l'a fait jusqu'alors. En effet, les Ontariens ne peuvent accepter que les arrêts de leurs tribunaux soient soumis à l'appréciation de juges québécois; de même, les Québécois ne peuvent admettre que leur droit civil soit aux mains de juges formés au droit anglais[299]. En outre, le juge Taschereau proteste à quelques

296. D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 527; SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 130.
297. D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 535-543.
298. Au départ, les motifs du juge Taschereau publiés en français sont très peu nombreux (*The Queen* c. *Doutre*, précité, note 246, p. 399-410; *Russell* c. *Lefrançois*, (1884) 8 R.C.S. 335, 354-376; *Pinsonnault* c. *Hébert*, (1887) 13 R.C.S. 450, 462-468). À partir de 1891, des motifs rédigés en français apparaissent régulièrement (voir, par ex., *Barrett* c. *City of Winnipeg*, (1891) 19 R.C.S. 374, 409-417; *Petry* c. *Caisse d'économie Notre-Dame de Québec*, (1891) 19 R.C.S. 713, 718-722; *Lacoste* c. *Wilson*, (1892) 20 R.C.S. 218, 226-228; *Blachford* c. *McBain*, (1892) 20 R.C.S. 269, 272-279; *Dorion* c. *Dorion*, (1892) 20 R.C.S. 430, 434-448; *Société canadienne-française de construction de Montréal* c. *Daveluy*, (1892) 20 R.C.S. 449, 462-466). On se rappellera que, initialement, la publication de motifs en français avait suscité des critiques (voir *supra*, note 280). D'autre part, le juge Taschereau a publié plusieurs ouvrages en langue anglaise (D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 533). Comment expliquer le fait qu'il rédige plus fréquemment des motifs en français après 1892? Y a-t-il eu un changement d'attitude? L'éditeur des recueils publie-t-il davantage d'arrêts? Nous ne saurions le dire.
299. SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 30.

reprises contre l'utilisation de précédents anglais. Pour le professeur Howes, cela est la marque d'un esprit non conformiste qui procède à une réflexion approfondie avant de recourir aux sources étrangères[300].

Le professeur Howes soutient également que la «polyphonie» des motifs du juge Taschereau disparaît en 1902. Il attribue ce changement à plusieurs causes. Tout d'abord, après la retraite du juge Strong, la Cour ne compte plus aucun juge de common law qui soit en mesure de discuter intelligemment du droit civil. Ensuite, certaines opinions du juge Taschereau n'ont pas été acceptées par ses collègues ou par le Comité judiciaire du Conseil privé. Il aurait alors été contraint d'adopter «le langage de son propre colonisateur». Cela expliquerait un passage des motifs qu'il rédige en 1895, dans lequel il cite un arrêt de 1883 du Conseil privé où l'on affirme que les décisions anglaises et américaines ne sauraient lier les juges québécois[301]. Selon le professeur Howes, cet arrêt présente trois caractéristiques inhabituelles: son caractère exclusif (du droit anglais), l'importance accordée au texte du code et le fait qu'il soit erroné, car en droit commercial les juges québécois ont toujours cherché la meilleure règle possible, quelle que soit son origine[302].

De l'aveu même du professeur Howes, le nomadisme du juge Taschereau a donc parfois des limites et s'estompe vers la fin de sa carrière. Néanmoins, il reproche au juge Pierre-Basile Mignault d'avoir causé la disparition d'une certaine forme d'ouverture sur les systèmes étrangers. Il aurait en effet convaincu la Cour d'écarter les précédents anglais dans les affaires de droit civil où la règle pertinente est d'origine française. Cette transformation du droit civil québécois correspondrait à un système «monotone» fondé sur l'analyse du texte de loi à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence française et québécoise. Le professeur Howes conclut en signalant qu'en l'absence de réciprocité et d'échange l'attitude du juge Mignault était la seule qui permettait aux Québécois de ne pas se placer en situation d'infériorité[303]. Nous examinerons ci-dessous l'apport des juges qui ont précédé le juge Mignault.

300. D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 534-535 et 542.
301. *Id.*, p. 544-545, à propos de *Young* c. *MacNider*, (1895) 25 R.C.S. 272, 283.
302. D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 545-546.
303. *Id.*, p. 546-558.

Pour l'instant, il est temps d'apporter certaines retouches au portrait brossé par le professeur Howes.

b) Un portrait à nuancer

Pour avoir une idée plus juste des préoccupations du juge Taschereau, trois thèmes peuvent retenir notre attention: l'importance accordée au texte de loi, le respect dû aux précédents judiciaires et les avatars d'un dialogue entre le droit civil et la common law. En ce qui concerne le code civil, il est juste de souligner que le juge Taschereau se contente très rarement de citer une disposition; il préfère montrer que celle-ci est conforme aux principes de justice tel qu'il les entend. En outre, il est évident qu'il prend plaisir à citer les auteurs de l'ancien droit français, quoiqu'il fasse abondamment usage de la doctrine et de la jurisprudence de son temps. Mais il ne paraît pas exact d'affirmer qu'il manifeste de l'hostilité envers le code ou les codificateurs[304], dont il n'hésite pas à citer les rapports[305]. Par ailleurs, il lui arrive de conclure que le texte d'une disposition contient la solution du litige, même si celle-ci peut paraître sévère ou injuste; après avoir tiré cette conclusion, il tente souvent de montrer que la règle en question est défendable[306]. Dans un arrêt, il invite la législature à abroger une

304. *Id.*, p. 530-531 et note 33 ainsi que p. 535, notamment note 63.
305. Voir *The Queen* c. *Doutre*, précité, note 246, p. 403; *Grange* c. *McLennan*, (1883) 9 R.C.S. 385, 497; *Sweeny* c. *Bank of Montreal*, (1881) 12 R.C.S. 661, 705; *Dubuc* c. *Kidston*, (1889) 16 R.C.S. 357, 364 (diss.); *Canadian Pacific Railway* c. *Robinson*, (1892) 19 R.C.S. 292, 332; *Ross* c. *Ross*, (1896) 25 R.C.S. 307, 347 (diss.); *Glengoil Steamship Co.* c. *Pilkington*, précité, note 295, p. 156-157; *Meloche* c. *Simpson*, (1899) 29 R.C.S. 375, 385 (au nom de la Cour). Pour le professeur Howes, dans cette dernière affaire, le juge Taschereau laisse entendre que les codificateurs ont simplement compté les opinions émises en France avant 1747 plutôt que de les évaluer à leur mérite (D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 530, note 33). Pourtant, le magistrat affirme que l'article 930 C.c.B-C. tranche la controverse quant à l'état du droit au Bas-Canada avant la codification. Il juge inutile d'aller au-delà de cette disposition; il cite et approuve deux extraits d'un arrêt de la Cour d'appel où les juges Bossé et Hall affirment qu'une telle recherche est superflue et dangereuse (*Meloche* c. *Simpson*, *supra*, p. 385-387). Enfin il consacre dix autres pages à démontrer que si la question devait être analysée indépendamment du code, il parviendrait à la même conclusion que les codificateurs (*id.*, p. 387-397). Par ailleurs, tous les juges de la Cour suprême citent régulièrement les rapports de ces derniers, voir *infra*, partie IV. A. 2. a).
306. *Grange* c. *McLennan*, précité, note 305, p. 407; *Dubuc* c. *Kidston*, précité, note 305, p. 364-365; *Evans* c. *Skelton*, (1890) 16 R.C.S. 637, 656 et 659-660 («With the hardship of the law we have nothing to do»); *Venner* c. *Sun Life Insurance Company*, (1890) 17 R.C.S. 515, 403-404; *Cadieux* c. *The Montreal Gas Company*, (1898) 28 R.C.S. 382, 384 (dans cette dissidence, le juge Taschereau soutient que l'interprétation proposée par l'appelant équivaut à un amendement de la loi); *City of Montreal* c. *McGee*, (1900) 30 R.C.S. 582, 585-586 («Mais c'est là vouloir changer le Code ou plutôt l'abroger, et en radier la prescription annale de l'action en dommages»); voir également *The Queen* c. *Ogilvie*, (1899) 29 R.C.S. 299: le juge Taschereau souscrit aux motifs dissidents du juge Girouard, qui écrit: «The law is clearly against the respondent, but equity is evidently with him» (p. 318).
307. *Baxter* c. *Philips*, (1895) 23 R.C.S. 317, 339.
308. *Monaghan* c. *Horn*, (1884) 7 R.C.S. 409, 433-435.
309. *Id.*, p. 445.
310. *Id.*, p. 437. Pour sa part, le juge Gwynne estime que cette décision contient la règle du droit anglais qui s'applique en Ontario. À son avis, ce précédent lie la Cour suprême jusqu'à ce qu'il soit désavoué par une cour anglaise (*id.*, p. 458).
311. *Id.*, p. 450-451; au sujet des décisions américaines, voir également *Victoria-Montreal Fire Insurance Company* c. *Home Insurance Company*, (1905) 35 R.C.S. 208, 211 et *Home Insurance Company* c. *Victoria-Montreal Fire Insurance Company*, [1907] A.C. 59, 65 (lord Macnaghten).

règle désuète, même s'il s'agit là d'une «question qui ne tombe pas, strictement parlant, dans les attributions d'une cour de justice»[307]. Ainsi, le texte de loi lui impose parfois des contraintes dont il ne peut pas ou ne veut pas s'affranchir.

Le juge Taschereau fait preuve d'indépendance d'esprit face à certains précédents. Ainsi, une affaire porte sur la compétence attribuée par une loi fédérale à la Cour maritime de l'Ontario, qui est identique à celle du tribunal d'amirauté d'Angleterre. Dans ce pays, le Comité judiciaire du Conseil privé et la Cour d'appel ont rendu des arrêts contradictoires au sujet de la compétence de ce tribunal concernant les réclamations consécutives à un décès ou à des blessures corporelles. Dans sa dissidence, le juge Taschereau affirme qu'il est lié par l'arrêt du Comité judiciaire qui tranche en faveur de l'amirauté[308]. D'autre part, la demanderesse soutient que la disparition de son fils lui cause un préjudice car elle est ainsi privée de services qui sont habituellement rendus par un employé. Elle n'invoque pas la loi ontarienne qui accorde aux parents le droit d'obtenir une indemnité à la suite du décès de leur enfant. Le juge Taschereau rappelle que le droit civil français et le droit civil écossais accordent un tel recours depuis longtemps[309]. Il déclare qu'il n'est pas lié par une décision de la Cour de l'Échiquier de l'Angleterre, au motif que la force des arguments et la rigueur du raisonnement de la dissidence sont bien supérieures[310]. Au sujet des arrêts américains cités par les parties, il affirme que, si l'on se contente de les compter, ils appuient la position du défendeur; mais s'ils sont évalués à leur mérite et si l'on se laisse guider par «les principes de justice les mieux établis», la demanderesse doit obtenir gain de cause[311].

Ce sont donc les décisions des cours inférieures ou étrangères que le juge Taschereau estime être libre de ne pas suivre[312]. Il affirme être lié par les arrêts du Comité judiciaire du Conseil privé[313] et par ceux de la Cour suprême[314]; il se croit également obligé d'appliquer la jurisprudence des tribunaux anglais portant sur un texte de loi qui est à l'origine d'une disposition du Code civil[315]. Certes, il se plaît à dire que les recueils de jurisprudence sont un «arsenal du droit français où toutes les erreurs peuvent trouver des arrêts et tous les paradoxes des autorités»; il rappelle l'adage de Boncenne, «[o]n cite des arrêts comme on signale des écueils»[316]. Mais là encore, il traite de décisions françaises; quelle que soit leur autorité morale, celles-ci ne sauraient lier la Cour. En outre, cette affirmation péremptoire sert parfois à justifier le rejet de décisions innovatrices. Parmi celles-ci, il en est qui permettent à la femme mariée sous le régime de la communauté de biens de demander elle-même la réparation du préjudice corporel qu'elle subit, à condition d'obtenir l'autorisation de son mari. Le juge Taschereau juge inutile de se référer à la doctrine et à la jurisprudence majoritaire pour rejeter cette interprétation, car l'action intentée par l'épouse est un bien meuble qui «appartient au mari seul, et [...] doit être portée en son nom comme chef de la communauté»[317].

En terminant sur ce point, il convient peut-être de signaler que la conception de la justice que défend le juge Taschereau est celle qui prédomine à son époque. Ainsi, il refuse d'accorder des dommages à un employé qui a dû quitter son travail après que ses collègues syndiqués ont refusé d'œuvrer en sa compagnie parce qu'il était membre d'un autre syndicat. Mais cette décision s'accompagne de commentaires qui approuvent les comportements racistes:

312. Cette distinction semble avoir échappé au professeur HOWES (*loc. cit.*, note 1, p. 536, 540, 552 et 556, note 172).
313. *Grand Trunk Railway* c. *Miller*, (1904) 34 R.C.S. 45, 59, arrêt infirmé, *Miller* c. *Grand Trunk Railway*, précité, note 249.
314. *Ross* c. *The Queen*, (1896) 25 R.C.S. 564, 566-567; *Grand Trunk Railway* c. *Miller*, précité, note 313, p. 59; *Young* c. *MacNider*, précité, note 301, p. 277-278.
315. *Canadian Pacific Railway* c. *Robinson*, précité, note 295, 123-124 et (1892) 19 R.C.S. 292, 316, infirmé par *Robinson* c. *Canadian Pacific Railway*, précité, note 249.
316. *Corporation of Aubert-Gallion* c. *Roy*, (1893) 21 R.C.S. 456, 477 et 482; voir D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 540-541.
317. *McFarran* c. *Montreal Park and Island Railway Company*, (1900) 30 R.C.S. 410, 414-415.

> Or, les intimés dans l'occasion en question, n'ont fait qu'user un droit qu'ils partagent avec leurs concitoyens de toutes les classes. Et ce droit, ils pouvaient s'entendre pour l'exercer tous ensemble, tout comme chacun d'eux pouvait le faire seul. Je ne vois pas que l'on puisse douter qu'un ouvrier ait le droit de stipuler avec son patron qu'il aura le droit de se retirer, si un autre tel ou tel, est employé; ou qu'un procureur ait le droit de dire à son client que si tel ou tel lui est adjoint ou continué [sic] comme conseil, il se retirera de la cause; ou que les serviteurs d'un hôtel aient le droit de notifier leur maître qu'ils quitteront à la fin de leur terme d'engagement, si une telle ou telle classe, des nègres, des Chinois ou des Juifs, par exemple, est employée.[318]

La propension du juge Taschereau à citer les décisions de common law a également des limites. Certes, dans la plupart de ses motifs de jugement, il n'hésite pas à placer ces précédents sur le même pied que la jurisprudence et la doctrine civilistes. Mais il lui arrive de souligner les différences entre les deux systèmes, en insistant sur le fait que la règle du droit anglais ne saurait s'appliquer au Québec[319]. En 1895, il exprime clairement son opinion dans une dissidence:

318. *Perrault* c. *Gauthier*, (1898) 28 R.C.S. 241, 244. Dans cette affaire, la Cour parvient à l'unanimité au résultat retenu dans un arrêt controversé de la Chambre des lords, *Allen* c. *Flood*, [1898] A.C. 1 (voir les motifs du juge Girouard, p. 246-248 et 255-257). En 1901, la Chambre des lords neutralise l'arrêt *Allen* par une distinction subtile (*Quinn* c. *Leatham*, [1901] A.C. 495; voir R. STEVENS, *op. cit.*, note 28, p. 93-94). Par ailleurs, deux ouvrages récents montrent bien que la majorité des juges canadiens ont longtemps tenu pour acquis qu'il était légitime d'établir des distinctions fondées sur la race, en dépit de certaines opinions minoritaires qui contestaient cette vision des choses: Constance BACKHOUSE, *Colour-Coded A Legal History of Racism in Canada, 1900-1950*, Toronto, Unisersity of Toronto Press, 1999; James W. ST. G. WALKER, *"Race," Rights and the Law in the Supreme Court of Canada, Historical Case Studies*, Toronto, University of Toronto Press, 1997.
319. *Union St Joseph de Montreal* c. *Lapierre*, (1881) 4 R.C.S. 164, 181; *The Queen* c. *Doutre*, précité, note 246, p. 400; *Bain* c. *City of Montreal*, (1884) 8 R.C.S. 252, 279 («Some English or American authorities have been cited [...] These authorities are not applicable to actions *en répétition de l'indû*, and to the present case, which is ruled exclusively by our own civil law, under which there is no room for doubt or argument on this point [...]»); *Wadsworth* c. *McCord*, (1887) 12 R.C.S. 466, 512 (diss.), arrêt confirmé, *McMullen* c. *Wadsworth*, précité, note 224; *Sweeny* c. *Bank of Montreal*, (1887) 12 R.C.S. 661, 701 («[...] these shares were held by Rose for a third person, as mandatary or agent, *nomine procuratoris*; for the words "in trust" can mean nothing else»), arrêt confirmé, *Bank of Montreal* c. *Sweeny*, précité, note 235; *Pion* c. *North Shore Railway Company*, (1888) 14 R.C.S. 677, 691 (dans cette dissidence, le juge Taschereau affirme qu'un arrêt ontarien et un arrêt de la Chambre des lords ne sauraient s'appliquer dans une affaire de droit civil québécois), arrêt confirmé, *North Shore Railway Company* c. *Pion*, précité, note 236; *The Queen* c. *Henderson*, (1898) 28 R.C.S. 425, 434; *The Queen* c. *Ogilvie*, précité, note 306, p. 327 (dissidence du juge Girouard, à laquelle souscrit le juge Taschereau); *Black* c. *The Queen*, (1899) 29 R.C.S. 613, 700.

> And if these debentures are not promissory notes the case is governed exclusively by the French law and the Quebec code. As said by Sir Montague Smith, in the Privy Council, in the case of *Bell* v. *Corporation of Quebec* [5 App. Cas. 84], English and American decisions are not governing authorities in the province of Quebec. Except as to the rules of evidence, art. 1206 C.C., and to a certain extent as to promissory notes, by a special article of the code (art. 2340), in force as to this case, the commercial law of the province of Quebec, as a general rule, is the French law.
>
> Upon the contention that a commercial contract is governed by the English law in the province of Quebec, Aylwin J. said, in *The Montreal Assurance Co.* v. *McGillivray* [(1858) 8 L.C.R. 423]:
>
> > A more dangerous error than this could not be committed; commercial contracts like all others are governed by the law of Lower Canada.[320]

À notre avis, en citant le juge Aylwin, le juge Taschereau montre qu'il croit défendre un principe établi depuis longtemps au Québec. Nous ne pensons pas qu'il adopte «le langage de son propre colonisateur», soit le Comité judiciaire du Conseil privé[321]. Il explique son attitude dans un autre arrêt:

> I deliberately refrain from referring to the English authorities quoted by the parties. Upon a branch of the provincial law so completely at variance with the English law as this one is, they could not, it is obvious, but mislead, though I am quite sure they were not quoted with the intention of misleading. The case is governed exclusively by the Civil Code of the Province of Quebec wherein the law which obtains on the subject is to be looked for.[322]

Cela permet de comprendre pourquoi, dans plusieurs de ses motifs, on ne trouve aucune référence aux arrêts de common law. À la même époque Walton explique que s'il n'existe pas de différence de principe entre les deux systèmes, «les décisions anglaises en droit des contrats ou des délits sont citées constamment, certes pas comme des autorités qui s'imposent au tribunal mais comme des exemples concluants de l'application de principes communs aux deux droits»[323]. En revanche, ces précédents ne sont pas

320. *Young* c. *MacNider*, précité, note 301, p. 283.
321. D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 544-545. Le professeur Howes relève pourtant l'existence de la plupart des arrêts cités à la note 319.
322. *Allan* c. *Evans*, (1900) 30 R.C.S. 416, 426-427.
323. F.P. WALTON, *op. cit.*, note 66, p. 124.

invoqués en matière de droit de la famille ou de biens, de successions, de donations (sauf pour la validité des testaments), de régimes matrimoniaux ou de sûretés immobilières[324]. La lecture des motifs du juge Taschereau confirme cette observation. Car avant de passer d'un système à l'autre, il est indispensable de s'assurer que les concepts et les problèmes sont suffisamment similaires pour que le recours aux précédents étrangers soit profitable ou éclairant. Si le juge Taschereau pouvait faire la part des choses, il n'en allait pas forcément de même de ses collègues.

Deux exemples permettront d'illustrer les dangers du «nomadisme juridique». En premier lieu, le juge Taschereau emploie très régulièrement le verbe *estop* et le terme *estoppel*. Cette habitude de langage n'est-elle pas anodine? Le juge Girouard lui-même n'écrit-il pas que «[e]stoppel is not peculiar to the English system of laws: it is known in Quebec by the name of *acquiescement*»[325]? Pourtant, en common law, la préclusion (*estoppel*) entre en jeu dans des situations diverses pour lesquelles le droit civil a développé une panoplie de concepts distincts: l'acquiescement au jugement[326], la ratification de l'acte non autorisé du mandataire[327], le mandat apparent[328], la confirmation d'un acte juridique atteint de nullité relative[329], l'exception de la chose jugée[330] et la fin de non-recevoir opposée à la partie qui conteste la validité d'un acte sans offrir de rendre les avantages qu'elle en a tirés[331], ou encore à la personne qui remet en question les actes de son auteur[332].

324. *Id.*, p. 122-125.
325. *Banque d'Hochelaga* c. *Waterous Engine Works Company*, (1897) 27 R.C.S. 406, 432 (diss.); voir D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 550.
326. Art. 501 C.p.c.; *Bain* c. *City of Montreal*, précité, note 319, p. 287 (j. Taschereau).
327. *Davis* c. *Kerr*, (1890) 17 R.C.S. 235, 247-249 (j. Taschereau).
328. *Grace and Company* c. *Perras*, (1921) 52 R.C.S. 166, 172 (j. Mignault).
329. *Côté* c. *Stadacona Insurance Co.*, (1882) 6 R.C.S. 193, 206 (j. Strong), 215 (j. Fournier); sur la préclusion, voir p. 222 (j. Henry) et 224-225 (j. Gwynne); voir également *Davis* c. *Kerr*, précité, note 327, p. 247-249 (j. Taschereau); *Robert* c. *Montreal Trust Company*, (1918) 56 R.C.S. 342, 345 (j.-en-chef Fitzpatrick, diss.), 347-350 (j. Idington) et 354-364 (j. Anglin).
330. *Muir* c. *Carter*, (1890) 16 R.C.S. 473, 491 (j. Taschereau); *Price* c. *Mercier*, (1891) 17 R.C.S. 303, 333 (j. Taschereau).
331. *Lionnais* v. *Molson's Bank*, (1886) 10 R.C.S. 526, 559 (j. Taschereau); *Jones* c. *Fraser*, (1887) 13 R.C.S. 342, 344 (j. Strong) et 347 (j. Taschereau, qui emploie simultanément l'expression «fin de non-recevoir» et le terme *estoppel*); *Rolland* c. *Caisse d'économie Notre-Dame de Québec*, (1895) 24 R.C.S 405, 410 (j. Taschereau).
332. *McArthur* c. *Brown*, (1890) 17 R.C.S. 61, 66 (j. Strong); *The Quebec, Montmorency and Charlevoix Railway Company* c. *Gibsone*, (1899) 29 R.C.S. 340, 349 (j. Taschereau).

La preuve qui doit être faite dans chacune de ces hypothèses varie. En outre l'acquiescement et la préclusion n'ont pas la même signification en common law: le second terme suppose que les agissements d'une partie ont poussé l'autre à modifier sa situation d'une manière qui lui est préjudiciable, une exigence inconnue du droit civil[333]. Aussi le juge-en-chef Strong n'hésite-t-il pas à écrire: «[t]here is no such technical doctrine as that which prevails in the law of England as estoppel by deed to be found in the French law, and it is to be hoped that no such doctrine will ever be admitted into it»[334]. En 1921, le juge Pierre-Basile Mignault condamnera également fermement l'emploi du terme *estoppel*. À notre avis, ce faisant, il éliminera une source de confusion dans les affaires de droit civil québécois[335].

Un autre problème concerne l'interprétation de l'article 1056 C.c.B.-C., qui régit le recours du conjoint, des ascendants ou des descendants d'une personne qui décède par suite d'un délit ou d'un quasi-délit. Cette disposition semble inspirée d'une loi adoptée en 1847 par le Parlement du Canada-Uni qui reprend textuellement une loi britannique et qui s'applique tant en Ontario qu'au Québec (le Haut et le Bas-Canada)[336]. Alors qu'elle crée un recours inexistant en common law, en droit civil, elle ne fait que modifier les règles de procédure et la prescription d'une action qui a toujours existé. En 1887, dans le célèbre arrêt *Canadian Pacific Railway* c. *Robinson*, la Cour suprême déclare que l'article 1056 doit recevoir la même interprétation que la loi anglaise reprise au Canada-Uni. C'est pourquoi la douleur morale (*solatium doloris*) ne peut être indemnisée, même si l'article 1056 ne souffle mot de cette question[337]. Le juge-en-chef Ritchie et le juge Taschereau déclarent

333. *Côté* c. *Stadacona Insurance Co.*, précité, note 329, p. 224-225 (j. Gwynne); *Bain* c. *City of Montreal*, précité, note 319, p. 270 (j. Henry, diss.); *McArthur* c. *Brown*, précité, note 332, p. 103 (j. Gwynne, diss.).
334. *Durocher* c. *Durocher*, (1897) 27 R.C.S. 363, 371.
335. *Grace and Company* c. *Perras*, précité, note 328, p. 172; *W.T. Rawleigh Co.* c. *Dumoulin*, [1926] R.C.S. 551, 556-557; comp. D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 550; voir également *Soucisse* c. *Banque nationale du Canada*, [1981] 2 R.C.S. 339, 359-363.
336. Voir *Acte pour donner aux familles des personnes tuées par accident la faculté de réclamer des dommages et pour d'autres fins y mentionnées*, précité, note 81.
337. *Canadian Pacific Railway* c. *Robinson*, précité, note 295. La Cour se conforme ainsi aux directives du Comité judiciaire du Conseil privé, pour qui une loi coloniale de Nouvelle-Zélande reprenant les termes d'une loi britannique doit être interprétée comme cette dernière (*Trimble* c. *Hill*, (1878-1880) 5 App. Cas. 342). La Chambre des lords a exprimé la même opinion à propos des dispositions du *Code civil du Bas-Canada* qui reprennent le contenu d'une loi anglaise (*City Bank* c. *Barrow*, précité, note 248).

tous les deux que la loi de 1847 devait avoir le même effet dans les deux anciennes provinces du Canada-Uni; le juge Taschereau ajoute qu'en droit civil français seuls les délits criminels donnent le droit d'obtenir des dommages moraux[338]. Pourtant, en 1862, la Cour du Banc de la Reine du Québec avait jugé précisément le contraire dans un arrêt majoritaire, au motif que la loi de 1847 ne modifiait pas le droit commun sur ce point. Les motifs du juge Aylwin méritent d'être cités, car ils contiennent un plaidoyer éloquent d'un civiliste anglophone québécois en faveur de l'intégrité du système de droit civil:

> It must be observed that under the Civil Law-as in Lower Canada-decisions might be correctly arrived at, wholly different from those which had been, perhaps, very properly given on the very same statute in Courts where the common law of England was administered-as in those of Upper Canada. In order to interpret a Statute, it was always necessary to look at the Common Law as it existed before the Statute, for a Statute could only be properly expounded by reference to that. Now the common law of France, which was also the law of Lower Canada, was as old as the hills, founded on the Civil Law-not incident to any modern improvements; [...]
>
> In construing the Statute for the first time in Lower Canada, the Court would be glad to look for instruction to the English and Upper Canadian decisions, if they at all squared with the principles of the Lower Canadian law; but they had to make that law and the statute stand together.[339]

Ainsi, les juges qui rendent justice au Canada-Uni trouvent parfaitement normal que la loi de 1847 ait des conséquences différentes au Québec et en Ontario[340]. En 1886, dans l'affaire *Robinson*, les juges de la Cour d'appel du Québec sont d'ailleurs

338. *Id.*, p. 111 (j.-en-chef Ritchie), p. 125 et 128-129 (j. Taschereau). En réalité, cette position était très minoritaire dans la doctrine française et n'a pas été acceptée par la jurisprudence: G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, 2e éd., t. 3, 2e partie, Librairie du Recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1905, nº 2871, p. 1100, note 3 et 6.
339. *Ravary* c. *Grand Trunk Railway Company of Canada*, (1862) 6 L.C.J. 49, 51; le juge Bruneau (ad hoc) souscrit à l'opinion majoritaire (*id.*, p. 59), tout comme le juge-en-chef LaFontaine, tandis que le juge Badgley (ad hoc) et le juge Duval sont dissidents (*id.*, p. 52-59).
340. Pourtant le professeur Howes accepte inconditionnellement l'argument du juge-en-chef Ritchie et du juge Taschereau: D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 526-528.

unanimement d'avis que l'article 1056 permet d'obtenir des dommages moraux[341].

Après que la Cour suprême a renvoyé l'affaire *Robinson* en première instance, elle est saisie d'un nouveau pourvoi qui soulève une question de prescription[342]. Aux termes de l'article 1056, celle-ci est de un an à compter du décès; la Cour d'appel juge que la veuve a agi avant l'expiration de ce délai. Appliquant la jurisprudence anglaise, la Cour suprême soutient que les personnes à charge ne peuvent exercer de recours si le défunt eût été dans l'impossibilité d'en exercer un de son vivant[343]. En l'espèce, la Cour conclut que l'action était prescrite le jour du décès car il s'était alors écoulé plus d'un an depuis l'accident, même si l'article 2262.2 du Code déclare expressément qu'il ne s'applique pas à l'action prévue par l'article 1056[344]. Ce dernier recours aurait donc été anéanti par l'inaction de la victime. Dans sa dissidence, le juge Fournier proteste vigoureusement. À son avis, la date de la prescription du recours est si clairement déterminée par le code qu'il lui paraît «absurde de chercher à en établir une autre»[345]:

> Que fait-on de la disposition qui accorde à la femme son droit d'action pendant l'année, seulement à compter du décès? On l'ignore tout simplement, ou mieux encore on a recours à une subtilité aussi ingénieuse que peu honnête, pour détruire son droit d'action en prétendant qu'il n'était que le même droit que celui de son mari, ayant pour origine le même quasi-délit et que le mari ayant laissé prescrire son action, celle de la femme l'a été également.[346]

En 1892, le Comité Judiciaire du Conseil privé donne raison au juge Fournier. Il signale que la loi de 1847 ne traite pas de

341. *Robinson* c. *Canadian Pacific Railway*, (1890) 6 M.L.R.Q.B. 25.
342. Les savants propos des juges de la Cour suprême ont été complètement inutiles lors du second procès: alors que le premier jury avait accordé 2 000 $ à la veuve et 1 000 $ aux enfants, le second jury accorde 4 500 $ à la veuve et 2 000 $ (*Robinson* c. *Canadian Pacific Railway*, précité, note 249, p. 251)! Évidemment la preuve peut avoir été plus complète, mais les dommages auraient normalement dû décroître en raison de l'exclusion du préjudice moral...
343. *Canadian Pacific Railway* c. *Robinson*, précité, note 305, p. 303-305 (j. Strong) et p. 315-323 (j. Taschereau).
344. Pour les juges majoritaires, cette exception s'applique si la prescription courait encore contre la victime au moment du décès; elle n'a pas d'application si le recours de celle-ci était éteint: *id.*, p. 306-307 (j. Strong) et p. 327-328 (j. Taschereau).
345. *Id.*, p. 313.
346. *Id.*, p. 312.

certaines questions qui sont réglées par l'article 1056. En outre, en Angleterre, la prescription applicable au recours de la victime est de six ans. Les juges anglais n'ont donc jamais eu à se prononcer sur le cas d'une veuve qui intente l'action après que le recours de son mari a été prescrit. Lord Watson rappelle que les précédents interprétant une loi anglaise s'appliquent uniquement si une disposition du code est substantiellement identique au texte anglais[347]. S'il est permis de recourir à l'ancien droit pour élucider le sens d'un article du code douteux ou pour découvrir la signification d'un terme technique, cela est inutile si le texte est clair[348]. Compte tenu des différences entre la loi britannique et l'article 1056, lord Watson conclut que cette disposition énonce toutes les conditions qui doivent être remplies pour exercer un recours à la suite du décès d'un conjoint, d'un ascendant ou d'un descendant. L'action se prescrit donc uniquement dans l'année qui suit le décès de cette personne.

En dépit de la condamnation péremptoire de Lord Watson, la Cour suprême continue à s'appuyer sur les précédents anglais. L'article 1056 prévoit en effet que les personnes à charge visées ne peuvent exercer de recours si la victime a obtenu satisfaction ou reçu une indemnité. En 1900, la Cour doit décider si un régime d'assurance mis en place par un employeur moyennant une renonciation des employés au droit de le poursuivre en cas d'accident constitue une telle «satisfaction». Elle juge que oui, en s'appuyant encore une fois sur la jurisprudence anglaise[349]. Le Comité judiciaire intervient à nouveau et déclare qu'une renonciation au droit de poursuivre ne peut constituer une indemnité ou une satisfaction si la victime n'a pas reçu un avantage tangible en contrepartie. Tel n'est pas le cas en l'espèce, car la victime et les personnes à charge reçoivent uniquement les prestations d'une caisse d'assurance financée par les employés. En outre, le Comité rappelle que la jurisprudence anglaise n'est pas pertinente[350]. Les principes posés à deux reprises par le Comité judiciaire auraient dû conduire les tribunaux québécois à écarter la règle formulée

347. *Robinson* c. *Canadian Pacific Railway*, précité, note 249, p. 255.
348. *Id.*, p. 256.
349. *The Queen* c. *Grenier*, (1900) 30 R.C.S. 42, 51-52; *Grand Trunk Railway* c. *Miller*, précité, note 313, p. 58-59 (j.-en-chef Taschereau). Dans sa dissidence, le juge Girouard affirme que la compagnie ne pouvait s'exonérer des conséquences de sa propre négligence, par opposition à celle de ses employés, quelle que puisse être la règle du droit anglais dans des circonstances similaires (*id.*, p. 64).
350. *Miller* c. *Grand Trunk Railway of Canada*, précité, note 249, p. 194-195 (lord Davey).

par la Cour suprême dans le premier arrêt Robinson à propos du préjudice moral. Dès 1909, la Cour suprême entrevoit cette possibilité[351], mais il faudra attendre jusqu'en 1996 pour que ce revirement soit opéré[352].

La lecture des deux arrêts rendus dans l'affaire Robinson fait ressortir un autre aspect de la personnalité du juge Taschereau: à force de vouloir prouver qu'il maîtrise parfaitement les sources anglaises, il en vient à ajouter au texte du code des exigences dont le lecteur non averti ne peut soupçonner l'existence. L'analyse historique qui fonde cette démarche est bien acceptée à l'époque, mais elle est poussée ici beaucoup trop loin: lord Watson n'hésite pas à dire que l'interprétation de la Cour suprême équivaut à modifier la formulation de la disposition en cause. En outre, l'une de ces interprétations crée une monstruosité juridique: l'action de l'épouse se prescrit en une année pendant qu'elle assiste impuissante à l'agonie de son mari. Enfin, dans les deux cas, c'est littéralement aux dépens de la veuve et de l'orphelin que le juge Taschereau déploie toute la force de sa rhétorique, comme la majorité des juges de l'époque[353]. Dans cette affaire, la justice universelle nous semble être du côté de la Cour d'appel du Québec et du Comité judiciaire du Conseil privé.

De manière générale, le juge Taschereau semble sentir le besoin de montrer le plus souvent possible qu'il y a concordance

351. *Canadian Pacific Railway Company* c. *Lachance*, (1910) 42 R.C.S 205, 208 (j. Duff, avec l'accord du juge Girouard: «The decision of this court in *The Canadian Railway Pacific Railway Co.* v. *Robinson* [14 Can. S.C.R. 105], to the effect that in such an action compensation for mental distress is not recoverable was supported upon grounds which are no doubt shaken by the later judgment of the Privy Council in the same case [1892] A.C. 481]; whether so much shaken as to justify us in treating the question as open for reconsideration in this court may be left for determination when a case arises in which the point actually requires decision») et 210 (j. Anglin, avec l'accord du juge Idington: «[...] I express no opinion upon the question how far that decision should be deemed an authority since the judgment of the Privy Council in the same case [1892] A.C. 481]»); voir Jean-Sébastien POIRIER, «Autopsie d'une disposition disparue: l'article 1056 du *Code civil du Bas Canada*», (1995) 29 *R.J.T.* 657-701, 685-686. D'autre part, les arrêts du Comité judiciaire du Conseil privé concernant l'article 1056 C.c.B.-C. ne peuvent servir de guide dans l'interprétation d'une loi provinciale semblable à la loi britannique sur le recours des ascendants et des descendants en cas de décès: *Conrod* c. *The King*, (1914) 49 R.C.S. 577, 588 (j.-en-chef Fitzpatrick), 584-585 (j. Anglin) et 586 (j. Brodeur); *Canadian Pacific Railway Company* c. *Parent*, [1917] A.C. 195, 200-201 (vicomte Haldane).

352. *Augustus* c. *Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268.

353. Voir Sylvio NORMAND, «Les juristes et le libéralisme au tournant du XX^e siècle», dans Yvan LAMONDE (dir.), *Combats libéraux au tournant du XX^e siècle*, Montréal, Fides, 1995, p. 213.

entre le droit civil et la common law; il manifeste également une forte propension à s'exprimer en anglais, même s'il semble réellement attaché aux traits distinctifs du droit québécois. Cette attitude donne à penser que le système civiliste est mal accepté par ses collègues. Ce ne sont pas tant les principes de justice universelle qui sont en cause ici que le besoin d'un individu d'être accepté et reconnu par les institutions du Canada et de l'Empire[354]. Il nous est difficile d'éprouver de l'admiration pour ce comportement. À tout le moins, il faut se demander quelle a été l'approche des autres juges de la Cour de l'époque.

B. Un dialogue intermittent

Afin d'évaluer dans quelle mesure les protestations du juge Pierre-Basile Mignault constituent un point tournant dans la jurisprudence de la Cour, il faut tout d'abord examiner l'attitude des contemporains du juge Taschereau (1), pour analyser dans un deuxième temps l'époque de son successeur, le juge-en-chef Charles Fitzpatrick (2), qui sera remplacé par Pierre-Basile-Mignault en 1918.

1. Les contemporains du juge Henri-Elzéar Taschereau

L'attitude des juges provenant des provinces de common law dans les affaires de droit civil (a) peut être comparée à celle du juge Télesphore Fournier (b) et à celle du juge Désiré Girouard (c).

a) Les juges provenant des provinces de common law

Dans les affaires de droit civil, le monolinguisme des juges provenant des provinces de common law et leur méconnaissance

354. Sur l'importance de l'Empire, voir les arrêts cités à la note 295, ainsi que le désir ardent du juge-en-chef Taschereau d'être nommé membre du Conseil privé du Royaume-Uni et de bénéficier de privilèges protocolaires au Canada (SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 68-70). L'importance des liens entre l'Empire et le Canada devient un thème récurrent chez les juristes ontariens de l'époque: H. Blaine BAKER, «The reconstitution of Upper Canadian Legal Thought in Late-Victorian Empire», (1985) 3 *Law and History Review* 219-292. Sur l'attrait exercé par la common law sur les juges de la Cour suprême, voir également H. Patrick GLENN, «Le droit comparé et la Cour suprême du Canada», dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 199-294, aux pages 206-207. Il convient également de souligner qu'en droit pénal, les juges québécois ne font jamais référence à la doctrine française (M. MORIN, *loc. cit.*, note 111, p. 179-180).

des principes fondamentaux du droit civil ont été souvent soulignés[355]. Certes, le juge Henry Strong constitue l'exception qui confirme la règle. Ses motifs de jugement prouvent qu'il peut raisonner comme un grand civiliste, en citant abondamment la doctrine française[356]. Comme le juge Taschereau, il juxtapose les références de droit civil et celles de common law, en prenant soin de les présenter séparément[357]. S'il lui arrive d'affirmer que les motifs d'une décision anglaise énoncent un principe universel qui est tout aussi valable en droit civil[358], il n'hésite pas à souligner l'existence de différences qui rendent inutile toute référence à la common law[359].

Il est possible de regrouper ensemble la majorité des juges de common law qui ont siégé à la Cour suprême jusqu'à la retraite du juge Taschereau[360]. Le plus souvent, ils se concentrent sur les

355. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 291, p. 725; Jean-Louis BAUDOUIN, «La Cour suprême et le droit civil québécois: Un bilan, un constat, une prospective», dans Gérald A. BEAUDOIN (dir.), *La Cour suprême du Canada, Actes de la Conférence d'octobre 1985*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 125-134, aux pages 126-129; Ernest CAPARROS, «La Cour suprême et le Code civil», *id.*, p. 107-115, à la page 109; D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 544.

356. *Johnston* c. *Minister and Trustees of St. Andrew's Church*, (1878) 1 R.C.S. 235, 291 (diss.); *Russell* c. *Lefrançois*, précité, note 298, p. 349 (diss.); *Sweeny* c. *Bank of Montreal*, précité, note 319, p. 682-684 (diss.); il faut dire que la réponse du Comité judiciaire du Conseil privé est convaincante (*Bank of Montreal* c. *Sweeny*, précité, note 235, p. 345); *City of Quebec* c. *The Queen*, (1895) 24 R.C.S. 420, 439-440; *Banque d'Hochelaga* c. *Waterous Engine Works Company*, précité, note 325, p. 415-418; *Brigham* c. *Banque Jacques-Cartier*, (1900) 30 R.C.S. 429, 435-436.

357. Voir, parmi un très grand nombre d'exemples, *Canadian Pacific Railway* c. *Chalifoux*, (1892) 22 R.C.S. 721, 731-732 (1888); *Drysdale* c. *Dugas*, précité, note 158, p. 23-25.

358. *Mayor of the City of Montreal* c. *Hall*, (1887) 12 R.C.S. 74, 84-85; *Allen* c. *Merchants Insurance Company of Canada*, (1889) 15 R.C.S. 488, 492; *Young* c. *MacNider*, précité, note 301, p. 277-278; *City of Quebec* c. *The Queen*, précité, note 356, p. 445; *Guerin* c. *Manchester Fire Assurance Company*, (1899) 29 R.C.S. 139, 152.

359. *Johnston* c. *Minister and Trustees of St. Andrew's Church*, précité, note 356, p. 289; *Côté* c. *Stadacona Insurance Co.*, précité, note 329, p. 205-206; *Bain* c. *City of Montreal*, précité, note 319, p. 265-266; *Sweeny* c. *Bank of Montreal*, précité, note 319, p. 670-671 (diss.); *Canadian Pacific Railway* c. *Robinson*, précité, note 295, p. 114; *Montreal Street Railway Co.* c. *Ritchie*, (1890) 16 R.C.S. 622, 630; *The Queen* c. *Filion*, (1895) 24 R.C.S. 482, 483; *Ross* c. *Ross*, précité, note 305, p. 330-331; *The Queen* c. *Grenier*, précité, note 349, p. 51; *Ross* c. *The King*, (1903) 32 R.C.S. 532, 536.

360. Il s'agit du juge-en-chef Richards (1875-1879) et des juges Henry (1875-1888), Patterson (1888-1893), Sedgewick (1893-1906), King (1893-1901), Mills (1902-1903), Armour (1902-1903), Nesbitt (1903-1905), Killam (1903-1905) et Maclennan (1905-1909). Nous traiterons plus loin des juges Davies (1901-1924) et Idington (1905-1927).

faits ou sur l'interprétation des actes juridiques à l'origine du litige et s'abstiennent de citer des arrêts ou des auteurs. Lorsqu'ils le font, il s'agit pour l'essentiel de précédents de common law[361]. Ainsi, dans les affaires où au moins l'une des parties est une entreprise commerciale, les références à la jurisprudence anglaise contenues dans les motifs de l'ensemble des juges (y compris les civilistes) sont beaucoup plus fréquentes en Cour suprême (3,34 citations par arrêt) qu'en Cour d'appel (0,42). En outre, la jurisprudence anglaise est la plus fréquemment citée (3,34 citations), suivie de la jurisprudence canadienne (1,70 citations) et de la doctrine française ou belge (0,88 citation)[362]. Les juges de common law justifient cette façon de faire en affirmant que les principes en cause sont d'application générale ou encore qu'il n'y a pas de différence significative entre les deux systèmes[363]. Ils emploient parfois la terminologie du droit anglais, mais il leur arrive de recourir à celle du droit civil. Enfin, ils reconnaissent dans certains arrêts l'existence de différences importantes entre les deux droits[364]. Le juge Gwynne (1879-1902) est dans une catégorie à part: avec une persistance qui force l'admiration, il rédige ses motifs comme

361. Afin de ne pas alourdir davantage le texte, nous ne citerons pas à nouveau les arrêts qui apparaissent déjà dans les notes qui précèdent, auxquels nous renvoyons en bloc. Pour la propension du juge Nesbitt à citer des autorités anglaises, voir *Gervais* c. *McCarthy*, (1905) 35 R.C.S. 14, 31-33; *Provident Savings Life Fire Insurance Company* c. *Bellew*, (1905) 35 R.C.S. 35, 42; *Metropolitan Life Insurance Company* c. *Montreal Coal and Towing Company*, (1905) 35 R.C.S. 266, 271; *Trust and Loan Company of Canada* c. *Würtele*, (1905) 35 R.C.S. 663, 666-667; *Montreal Street Railway Company* c. *Boudreau*, (1905) 36 R.C.S. 319, 341; *Ottawa Northern and Western Railway Company* c. *Dominion Bridge*, (1905) 36 R.C.S. 347, 361-362 (diss.).

362. R. CRÊTE, *loc. cit.*, note 94, p. 249.

363. Voir Jean-Louis BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 291, p. 728-730; Reynald BOULT, «Aspects des rapports entre le droit civil et la "common law" dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada», (1975) 53 *R. du B. can.* 738-770, 754; voir également *Wadsworth* c. *McCord*, précité, note 319, p. 478 (j.-en-chef Ritchie); *Low* c. *Gemley*, (1891) 18 R.C.S. 685, 690 (j.-en-chef Ritchie).

364. Voir par ex. *Rickaby* v. *Bell*, (1879) 2 R.C.S. 560, 565 (j. Ritchie); *Russell* c. *Lefrançois*, précité, note 298, p. 353 (j. Henry); *Canadian Pacific Railway* c. *Robinson*, précité, note 295, p. 114 (j. Strong); *The Queen* c. *Filion*, précité, note 359, p. 483 (j.-en-chef Strong) et 485 (j. Sedgewick); *Ross* c. *Ross*, précité, note 305, p. 330-333 (j.-en-chef Strong, avec l'accord du juge King); *The Queen* c. *Grenier*, précité, note 349, p. 51 (j.-en-chef Strong, au nom de la Cour); *Ross* c. *The King*, précité, note 359, p. 536 (j.-en-chef Strong) et 540 (j. Girouard, avec l'accord des juges Taschereau, Sedgewick et Davies); *Asbestos and Asbestic Company* c. *Durand*, (1900) 30 R.C.S. 285, 292 (j. King, avec l'accord du juge-en-chef Strong et des juges Sedgewick et Girouard); *Consumers Cordage Company* c. *Connolly*, (1902) 31 R.C.S. 244, 298-299 (j. Girouard, au nom de la Cour); *Gareau* c. *Montreal Street Railway Company*, (1902) 32 R.C.S. 463, 467 (j. Girouard, avec l'accord du juge-en-chef Strong et des juges Sedgewick et Davies).

si le litige s'était déroulé dans une autre province. Tout au plus consent-il dans quelques très rares arrêts à citer un article du code ou certains arrêts québécois rédigés en langue anglaise[365]. Dans l'ensemble, la tâche d'un juge civiliste n'était pas facile à cette époque. L'expérience de Télesphore Fournier est là pour le prouver.

b) Le juge Télesphore Fournier

Né en 1823, admis au Barreau en 1846, Télesphore Fournier pratique le droit jusqu'en 1857, année où il est élu député. Il siège au parlement fédéral à compter de 1870, est nommé ministre dans le gouvernement McKenzie en 1873 et accède à la Cour suprême en 1875[366]. Il a dix ans de plus que le juge Henri-Elzéar Taschereau, qui est admis au Barreau en 1859, est député de 1861 à 1867 et est nommé juge à la Cour supérieure en 1871 avant d'accéder à la Cour suprême en 1878[367]. Ainsi, le juge Fournier représente autant, sinon davantage, les juristes qui ont exercé leur profession avant la codification que le juge Taschereau. Pourtant, il ne présente aucune des caractéristiques que le professeur Howes associe au nomadisme juridique. La majorité de ses motifs sont rédigés en français, même dans des affaires de droit privé provenant d'autres provinces que le Québec[368]. Il lui arrive néanmoins d'employer l'anglais, notamment si l'une des parties parle cette langue[369].

Comme le juge Jean-Thomas Taschereau, qui siège à la Cour de 1875 à 1878[370], le juge Fournier s'abstient délibérément de citer

365. Dans *Côté* c. *Stadacona Insurance Co.*, précité, note 329, il écrit (p. 224-225): «[...] the present action [...] must be determined by the ordinary principles of common law as applied to matters of contract»!

366. Pierre-Gabriel ROY, *Les juges de la province de Québec*, Québec, R. Paradis, Imprimeur du roi, 1933, p. 221; voir également COUR SUPRÊME DU CANADA, *La Cour suprême du Canada et ses juges, 1875-2000*, Ottawa, Dundurn Group-Cour suprême du Canada- Travaux publics et Services gouvernementaux du Canada, 2000, où l'on trouve une courte biographie de tous les juges de la Cour suprême.

367. *Id.*, p. 531.

368. *Monaghan* c. *Horn*, précité, note 308, p. 425-432; *McIntyre* c. *Hood*, (1885) 9 R.C.S. 556, 568-574 (diss.). Le juge Fournier n'hésitait pas non plus à rédiger ses motifs en français dans des affaires de droit pénal (M. MORIN, *loc. cit.*, note 111, p. 209, note 239).

369. Par ex. *Chevrier* c. *The Queen*, (1884) 4 R.C.S. 1, 65-120; *Raphael* c. *Mcfarlane*, (1891) 18 R.C.S. 183, 188-196.

370. Compte tenu de la très courte période pendant laquelle ce juge siège à la Cour, il est difficile de tirer des conclusions; voir tout de même: *Joyce* c. *Hart*, (1878) 1 R.C.S. 321, 343-345; *Darling* c. *Brown*, (1879) 2 R.C.S. 26, 39; *Rickaby* c. *Bell*, précité, note 364, p. 571 (où le juge cite un auteur écossais); *Caverhill* c. *Robillard*, (1879) 2 R.C.S. 575, 587, où le juge déclare, après avoir cité des auteurs français, qu'il pourrait ajouter de nombreuses sources anglaises et françaises mais qu'il juge cela inutile.

des précédents anglais dans les affaires de droit civil[371]. Il critique également les avocats qui agissent ainsi[372]. Dans certains cas, ses protestations se font vigoureuses. Les extraits qui suivent le montrent bien:

> La question de savoir si c'est le droit français ou anglais qui doit servir de règle dans le cas présent est plus que oiseuse. Lorsque la loi s'explique aussi clairement qu'elle le fait dans les deux articles précités, le doute n'est pas permis.
>
> [...]
>
> Il est inutile d'aller chercher soit dans le droit anglais soit dans le droit américain la solution de cette question. Les principes de cette législation n'étendent pas la responsabilité aussi loin que les art. 1053, 1054 du code civil de la province de Québec. Ces articles ne font pas de la malice un des éléments de la responsabilité, ni de la bonne foi une exemption de cette responsabilité.[373]

371. *Darling* c. *Brown*, précité, note 370, p. 45-47; *Levi* c. *Reed*, (1882) 6 R.C.S. 482, 497: «Bien qu'il y ait presque similitude entre le droit anglais et le droit de la province de *Québec*, sur les questions de dommages, je crois devoir m'abstenir de citer les décisions des tribunaux anglais-les principes du droit français doivent ici recevoir leur application»; *Wadsworth* c. *McCord*, précité, note 319, p. 485 et 494 (diss.); *Mayor of the City of Montreal* c. *Hall*, précité, note 358, p. 91-95 (diss.); *V. Hudon Cotton Company* c. *Canada Shipping Company*, (1887) 13 R.C.S. 401 (1883), 408-409 (diss.) «Adopter en matière de contrat un principe tiré du droit anglais, différant du droit français sur le même sujet, ce ne serait plus une application de la loi, une interprétation, mais ce serait un acte législatif, substituant un système de droit à celui qui est en force dans la province de Québec. Quelqu'avantageux que puisse être sous certains rapports la solution offerte par le droit anglais, elle ne peut être acceptée sans violer l'esprit du Code civil. Il est tout à fait inutile d'aller chercher de ce côté-là des autorités sur cette question. C'est uniquement dans le droit français que nous devons en trouver la solution»; *Quebec Central Railway* c. *Lortie*, (1894) 22 R.C.S. 336, 342 (diss.); *Canadian Pacific Railway* c. *Chalifoux*, (1894) 22 R.C.S. 721 (1888), 733 (diss.). Bien entendu ce principe ne s'applique pas si une disposition provient du droit anglais: *Munn* c. *Berger*, (1886) 10 R.C.S. 513, 521-522; *Raphael* c. *Mcfarlane*, précité, note 369, p. 192-193. Dans un arrêt, le juge Fournier cite un ouvrage anglais rédigé par un juge de la Chambre des lords qui fait référence à une décision du Comité judiciaire traitant du droit civil français et québécois: *Ross* c. *Hannan*, (1891) 19 R.C.S. 227, 235.

372. *Fulton* c. *McNamee*, (1879) 2 R.C.S. 470, 486: «With regard to the authorities, founded on English Law, cited by Counsel in support of Appellant's contentions, I fully concur with the following remarks made by the Honorable Chief Justice *Dorion*: «This case is not a commercial one, and must, therefore, be decided by the rules of evidence applicable to civil cases».

373. *Cossette* c. *Dunn*, (1891) 18 R.C.S. 222, 247 et 251.

À plusieurs reprises, le juge Fournier conclut que les dispositions du code tranchent la question en litige[374]. Il semble très peu enclin à ranimer les controverses antérieures à la codification, même s'il est tout à fait capable de rédiger des motifs fouillés lorsque le litige a pris naissance à cette époque[375]. Il n'hésite pas à déclarer:

> C'est donc dans la loi et non dans des décisions, pas même celles rendues en France, qu'il faut chercher la solution de la question de savoir si c'est la prescription de trente ans qu'il faut appliquer au cas actuel. Pour savoir quelle était la loi en force à ce sujet avant le Code civil, il n'est heureusement plus nécessaire de compulser les anciennes autorités, comme l'ont fait avec tant de soin les savants juges dans la cause de *Motz* et *Moreau*. Le droit, dans ce sujet, avant le code, a été si bien exposé dans le factum du savant conseil de l'Appelante, que je me contenterai d'y donner mon adhésion entière; mais je dois ajouter que je crois qu'il n'est plus nécessaire d'aller aussi loin pour trouver la solution que nous cherchons. Elle est dans le Code civil.[376]

À son avis, une disposition particulière du Code de commerce français n'est que la conséquence logique des principes de la solidarité énoncés par le code québécois; en outre, elle est conforme à la jurisprudence du Conseil privé du roi de France intervenue postérieurement à la Conquête de 1760[377]. Celle-ci doit valoir comme raison écrite, c'est-à-dire avoir une très grande force persuasive, tout comme les décisions françaises qui portent sur des dispositions semblables à celles du code québécois[378]. En général, le juge Fournier se contente d'ailleurs de citer la doctrine et la jurisprudence du XIXe siècle.

Les passages cités ci-dessus montrent bien l'importance que le juge Fournier attache au texte de loi. Il ne craint pas de déclarer: «However serious may be the pecuniary losses the bondholders will have to sustain in consequence of this legislation, it is quite out of my power to give them any relief. The law not being uncertain, my only duty is to administer it such as I find it»[379]. Si le juge Taschereau s'appuie plutôt sur des principes juridiques universellement reconnus[380], le Comité judiciaire rejette ce point de vue: «But this tribunal cannot allow itself to be influenced by feelings of sympathy with the individuals affected. Its duty is limited to expressing its opinion upon the legal question submitted to it, and upon that their lordships entertain no doubts»[381]. Ainsi, il appert que les approches des juges Taschereau et Fournier sont aux antipodes l'une de l'autre. Il convient toutefois de souligner qu'ils s'entendent souvent sur l'issue du pourvoi dans les affaires de droit civil. Ils souscrivent régulièrement aux motifs rédigés par l'un d'entre eux, notamment pour protester contre l'utilisation du droit anglais[382]. Le juge Fournier fournit donc un contrepoint utile pour évaluer l'attitude des juges civilistes siégeant à la Cour suprême. Plus âgé que le juge Henri-Elzéar Taschereau, son attitude est très similaire à celle du juge Pierre-Basile Mignault. Cela prouve, si besoin était, que la nomination de ce dernier n'a pas introduit dans la jurisprudence de la Cour suprême des principes entièrement nouveaux. Mais cette analyse ne serait pas complète sans une étude de la contribution du juge qui succède à Télesphore Fournier en 1895.

c) *Le juge Désiré Girouard*

Devenu membre du Barreau en 1860, auteur prolifique et juriste renommé, Désiré Girouard siège à la Chambre des communes de 1878 à 1895[383]. Il s'y montre très critique envers la Cour suprême, à tel point qu'il propose de supprimer sa compétence en matière de droit provincial[384]. À compter de sa nomination, ses motifs de jugement possèdent plusieurs des caractéristiques décrites par le professeur Howes. Ainsi, il juxtapose souvent la jurisprudence anglaise et française afin de montrer qu'elles

374. Par ex., *Dupuy* c. *Ducondu*, (1882) 6 R.C.S. 425, 461: «Ces autorités font voir que la légalité de la preuve de l'existence des limites de *Hall* est établie par le Code civil aussi bien que par les statuts. Cela doit certainement suffire» (arrêt infirmé, *Ducondu* c. *Dupuy*, (1883-1888) 9 C.R.A.C. 39 (lord Hobhouse, 1883); *Grange* c. *McLennan*, précité, note 305, p. 400-401; *Mayor of the City of Montreal* c. *Hall*, précité, note 358, 91-95 (diss.); *Jones* c. *Fisher*, (1890) 17 R.C.S. 515, 522).
375. *Pilon* c. *Brunet*, (1882) 5 R.C.S. 318, 340-354.
376. *Grégoire* c. *Grégoire*, (1887) 13 R.C.S. 319, 333 (diss.); voir également *Fraser* c. *Pouliot*, (1881) 4 R.C.S. 515, 523; *Owens* c. *Bedell*, (1892) 19 R.C.S. 137, 147.
377. *Benning* c. *Thibaudeau*, (1892) 20 R.C.S. 110, 121-133 (diss.); *Ontario Bank* c. *Chaplin*, (1892) 20 R.C.S. 152, 160.
378. *Benning* c. *Thibaudeau*, précité, note 377, p. 127.
379. *The Queen* c. *Belleau*, (1883) 7 R.C.S. 53, 79.
380. *Id.*, p. 142.
381. *The Queen* c. *Belleau*, (1876-1883) 8 C.R.A.C. 488, 499-500 (sir James Hannen, 1882).
382. Par exemple *Wadsworth* c. *McCord*, précité, note 319; *Russel* c. *Lefrançois*, précité, note 298; *Young* c. *MacNider*, précité, note 301; voir également *Monaghan* c. *Horn*, précité, note 308.
383. P.-G. ROY, *op. cit.*, note 366, p. 245.
384. I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 223, p. 95-96

sont au même effet ou découlent d'un principe universel[385]. En revanche, en présence d'une disposition semblable à celle du Code Napoléon, il déclare que «les tribunaux et les commentateurs ont si bien étudié la question qu'il nous suffira de résumer ici ce qu'ils enseignent, sans référer aux décisions anglaises»[386]. Lorsque des principes de droit public entrent en jeu, il fait appel au droit anglais[387]. Pourtant, il réclame avec insistance l'application intégrale des règles du droit civil qui diffèrent de celui-ci[388]. Il semble également prendre un certain plaisir à analyser l'état de l'ancien droit[389]. Par ailleurs, il lui arrive souvent de rédiger les motifs de l'arrêt au nom de ses collègues[390].

À plusieurs reprises, il montre que le droit français et le droit québécois ont évolué de manière différente, ce qui rend la solution française inapplicable[391]. En général, il cite fréquemment les

385. Par ex. *Montreal Rolling Mills Co.* c. *Corcoran*, (1897) 26 R.C.S. 595, 600; *Trust and Loan Company of Canada* c. *Würtele* précité, note 361, p. 672-673; *Cantin* c. *Bérubé*, (1906) 37 R.C.S. 632, 630.

386. *Pagnuelo* c. *Choquette*, (1904) 34 R.C.S. 102, 112.

387. *Perrault* c. *Gauthier*, précité, note 318, p. 249; *Gazette Printing Company* c. *Shallow*, (1909) 41 R.C.S. 339, 345-346 et 354 (diss.) où il affirme que la common law anglaise a évolué depuis la cession du Québec à l'Angleterre et ne fournit pas de règle claire.

388. *Collins Bay Rafting and Forwarding Company* c. *Kaine*, (1899) 29 R.C.S. 247, 266-272 (diss.); *The Queen* c. *Ogilvie*, précité, note 306, p. 327; *Consumers Cordage Company* c. *Connoly*, précité, note 364, p. 298-299; *Gareau* c. *Montreal Street Railways Company*, (1902) 31 R.C.S. 463, 467 («[i]l ne peut en être ainsi en face du *Code civil du Québec*, quelque soit le droit Anglais sur le sujet»); *Ross* c. *The King*, précité, note 359, p. 539; *Grand Trunk Railway Company* c. *Miller*, précité, note 313, p. 64 (diss.); *Attorney-General of Quebec* c. *Fraser*, (1906) 37 R.C.S. 577, 593, arrêt confirmé, *Wyatt* c. *Attorney-General of the Province of Quebec*, [1911] A.C. 489, 496 (lord Macnaghten). Dans une affaire portant sur les règles de preuve en matière commerciale, où le droit anglais peut s'appliquer à titre supplétif (art. 1206 C.c.B.-C.), le juge Girouard soutient que les dispositions générales du code suffisent à trancher le litige, même s'il montre dans un deuxième temps que les règles du droit anglais conduisent à la même solution (*St-Louis* c. *The Queen*, (1896) 25 R.C.S. 649, 669 et s.; *Kearney* c. *Letellier*, (1897) 27 R.C.S. 1, 6-7).

389. Par exemple *Présidents et syndics de la commune de Berthier* c. *Denis*, (1897) 27 R.C.S. 147.

390. Bien que nous n'ayons pas compilé de statistiques, il nous a semblé qu'avec l'arrivée du juge Girouard, de nombreux arrêts de droit civil comportent des motifs rédigés par un seul juge pour la Cour ou pour les juges majoritaires. Cette tendance semble prendre fin lorsque Henri-Elzéar Taschereau devient juge-en-chef en 1902.

391. *Salvas* c. *Vassal*, (1897) 27 R.C.S. 68; *Banque d'Hochelaga* c. *Waterous Engine Works Company*, précité, note 325, p. 424 (diss.); *King* c. *Dupuis*, (1898) 28 R.C.S. 388, 433 (sur un usage de l'Amérique du Nord); *Drouin* c. *Morissette*, (1902) 31 R.C.S. 563; *Tanguay* c. *Canadian Electric Light Company*, (1908) 40 R.C.S. 1, 22-33 (diss.); l'opinion majoritaire a été approuvée dans *Maclaren* c. *Attorney General for the Province of Quebec*, [1914] A.C. 258, 282 (lord Moulton);

dispositions québécoises et souligne les divergences avec le code français[392]. Ainsi, il doit décider de la validité d'un legs qui impose aux légataires l'obligation de se marier et d'élever leurs enfants conformément aux préceptes de la religion catholique. Comme la Cour d'appel, il conclut que cette condition est licite. Il rappelle qu'il a fallu attendre la Révolution française pour que la liberté de conscience soit reconnue en France; en outre, la religion catholique jouit au Québec d'une certaine forme de reconnaissance étatique. Il déclare au nom des autres membres de la Cour:

> Sera-ce toujours la jurisprudence française qui devra déterminer notre ligne de conduite, même lorsque nous avons adopté le droit anglais sur un sujet particulier? Nous avons décidé récemment dans une cause de *Glengoil Steamship Co.* v. *Pilkington* [28 R.C.S. 146] que l'ordre public, en matières civiles, n'est pas toujours tel que compris en France, ancienne ou nouvelle. Allons-nous décider que la capacité de donner et recevoir par testament, qui incontestablement est d'ordre public et nous vient du droit anglais, doit être interprétée par la jurisprudence française? Non, je ne puis accepter cette proposition, d'autant qu'il est de l'intérêt de la province de Québec et de toute la Puissance, que, sur un sujet comme celui que nous considérons, il y ait uniformité de jurisprudence. Singulier spectacle que serait celui où un legs, comme celui fait aux héritiers Renaud, serait valide dans toutes les provinces, à l'exception de Québec et ce pour raison d'ordre ou d'intérêt public.
>
> [...]
>
> Lorsque le Code de la province de Québec est semblable au Code français, je comprends que la jurisprudence française doit être notre guide, au moins une haute autorité, qui a rarement été ignorée par cette cour, si jamais elle le fût, quelque différente qu'elle soit du droit anglais [citation omise]. Mais si notre Code est différent, s'il décrète un principe du droit anglais, n'est-il pas raisonnable de recourir à la jurisprudence anglaise pour l'interpréter?[393]

Bien que cette décision puisse sembler choquante de nos jours, il est malheureusement probable qu'elle reflète à cette époque l'opinion dominante des juristes québécois; elle ne s'ex-

Inverness Railway and Coal Company c. *Jones*, (1908) 40 R.C.S. 45, 53-67 (diss.).

392. Voir les arrêts cités à la note précédente et *Delorme* c. *Cusson*, (1898) 28 R.C.S. 66, 85-86 (dans cette affaire, la solution du litige doit toutefois être trouvée dans les principes généraux du code); *The Queen* c. *Ogilvie*, précité, note 306, p. 324.

393. *Renaud* c. *Lamothe*, (1903) 32 R.C.S. 357, 365-366.

plique pas uniquement par le souci d'uniformiser la jurisprudence des différentes provinces, même si ce facteur a certainement pesé dans la balance. Dans d'autres affaires, après avoir rappelé que la liberté de tester est d'origine anglaise, le juge Girouard se fonde sur des arrêts de common law pour décider si le testateur était en mesure d'exprimer sa volonté, bien qu'il cite également la doctrine française[394]. Pour lui, cette liberté est l'un des droits les plus chers des sujets britanniques. Il va même jusqu'à suggérer au gouvernement fédéral de désavouer les lois québécoises d'intérêt privé qui modifient le contenu d'un testament, en ajoutant qu'en l'absence d'une telle intervention, les tribunaux doivent leur donner effet[395].

À l'occasion, le juge Girouard ne craint pas de critiquer le législateur: «[a]ujourd'hui que le propriétaire a toute la protection désirable dans une police d'assurance contre le feu, à des prix minimes qu'il peut entrer dans le prix de la location, l'esprit de justice s'est presque révolté contre la sévérité de l'article 1733 du Code Français»; «[i]l y a lieu de s'étonner que le Code de la province de Québec, qui a été adopté en 1866, ait consacré le principe de la présomption légale contre le locataire en cas d'incendie des lieux loués»[396]. En présence d'une controverse doctrinale aiguë, il se fonde en partie sur les «principes de justice incontestables qui ont reçu la sanction de Domat, Pothier Grotius et les plus grands interprètes du droit romain et du droit naturel»[397]. Mais il affirme également qu'il doit appliquer la loi telle qu'elle est, sans chercher à la réformer[398]. Il reproche à certains auteurs français de s'être appuyés sur le droit romain sans citer les articles du code civil, ce qui expliquerait pourquoi ils ont tiré une conclusion incompatible avec le texte et l'esprit de la loi[399]. Enfin, il est d'avis que la Cour suprême ne peut renverser ces décisions antérieures[400]. C'est sans

394. *Mayrand* c. *Dussault*, (1907) 38 R.C.S. 460, 467-468; *Laramée* c. *Ferron*, (1909) 41 R.C.S. 391, 401-402 (diss.).
395. *McGarvey* c. *McNally*, (1908) 40 R.C.S. 489, 504-505.
396. *Murphy* c. *Labbé*, (1897) 27 R.C.S. 126, 138-139; dans cette affaire, la majorité conclut que le locataire peut repousser la présomption qui pèse sur lui en prouvant qu'il s'est comporté comme un bon père de famille même si la cause de l'incendie demeure inconnue (*id.*, p. 142).
397. *Delorme* c. *Cusson*, précité, note 392, p. 86.
398. *The Queen* c. *Ogilvie*, précité, note 306, p. 318 (diss.); *McGarvey* c. *McNally*, précité, note 395, p. 504-505; *The George Matthews Company* c. *Bouchard*, (1898) 28 R.C.S. 580, 586-587.
399. *Consumers Cordage Company* c. *Connoly*, précité, note 364, p. 310.
400. *Salvas* c. *Vassal*, précité, note 391, p. 89; *Shawinigan Carbide Company* c. *Doucet*, (1910) 42 R.C.S. 281, 299.

doute ce qui explique l'hostilité qu'il manifeste envers les innovations de la doctrine française qui apparaissent à cette époque[401].

Dans une affaire en provenance de l'Ontario portant sur l'altération frauduleuse d'un chèque, le juge Girouard critique un arrêt de la Chambre des lords qui déclare irrecevable l'opinion de Pothier, en dépit du fait que cet auteur a joué un rôle important dans l'évolution du droit anglais des lettres de change. Dès lors, l'idée d'un droit commercial universel qui soit commun au droit civil et à la common law a vécu[402]. Pour le juge Girouard, Pothier n'a fait qu'exposer les notions du bien et du mal ainsi que le principe universellement reconnu qui oblige à réparer le dommage causé par sa faute. Toutefois, comme il n'est pas possible de distinguer l'affaire entendue par la Cour suprême et l'arrêt de la Chambre des lords, le juge Girouard se déclare lié par celui-ci. Le Comité judiciaire du Conseil privé ne sera guère ému par ces déclarations. Il se contente d'affirmer qu'il est inutile de se demander si le droit français et le droit du Bas-Canada concordent avec le droit ontarien et le droit anglais, car le premier système ne saurait s'appliquer[403]. Toute idée d'un enrichissement de la common law canadienne par le droit civil est donc exclue.

Dans l'ensemble, le juge Girouard cite un grand nombre de sources différentes dans ces motifs, même s'il lui arrive de soutenir que le recours au droit anglais est superflu. Il accorde beaucoup d'importance aux traits particuliers du droit civil québécois, ce qui l'amène à rejeter certaines solutions françaises ainsi que les décisions anglaises qui ne concordent pas avec ses règles. Si sa démarche est semblable à celle du juge Taschereau, il fait preuve de davantage de déférence face au texte de loi, dont il scrute volontiers la formulation. Comme lui, il se sent tenu de suivre les arrêts du Comité judiciaire, de la Chambre des lords ou de la Cour suprême. Pendant les années où il siège à cette Cour, il n'y a pas encore de cloison étanche entre le droit civil et la common law; cette situation va se poursuivre jusqu'en 1918.

401. Voir *infra*, partie IV, B, 1, a).
402. *Imperial Bank of Canada* c. *Bank of Hamilton*, (1902) 31 R.C.S. 344, 359 à propos de *Scholfield* c. *Earl of Londesborough*, [1896] A.C. 514, qui refuse de suivre *Young* c. *Grote*, 4 Bing. 253, 130 E.R. 764, 766 (Plaids Communs, 1827). L'arrêt *Scolfield* rejette l'idée que le droit commercial anglais puisse s'inspirer du droit civil ([1896] A.C. 514, 522 (lord Halsbury). Une évolution semblable se produit en droit international privé anglais à compter de 1885 (F.P. WALTON, *op. cit.*, note 66, p. 131-133).
403. *Imperial Bank of Canada* c. *Bank of Hamilton*, (1902-1905) 13 C.R.A.C. 41, 48 (lord Lindley).

2. *L'époque du juge-en-chef Fitzpatrick, 1906-1918*

En 1906, Charles Fitzpatrick, le ministre de la Justice, succède au juge-en-chef Taschereau; il se retire en 1918. Après avoir décrit l'attitude des juges de la Cour durant cette période (a), nous décrirons brièvement celle du Comité judiciaire du Conseil privé (b).

a) L'attitude des juges de la Cour suprême du Canada

Né en 1853, Charles Fitzpatrick a grandi dans la ville de Québec. Parfaitement bilingue, il a pratiqué le droit de 1876 à 1890. Cette année-là, il est élu député à la législature provinciale. En 1896, il devient député de la Chambre des communes. Il est alors nommé solliciteur général puis, de 1902 à 1906, ministre de la justice. En 1906, il est nommé juge-en-chef sans jamais avoir exercé de fonctions judiciaires[404]. Cela s'explique par le fait que la plupart des juges de la Cour suprême sont alors en poste depuis très peu de temps ou sont en très mauvaise santé. Toutefois, le juge Girouard, qui a été nommé en 1895, fait exception à cette règle et a dû ressentir cette décision comme un affront. Quoi qu'il en soit, l'approche de ce nouveau juge québécois est semblable à celle de son prédécesseur. Il n'hésite pas à juxtaposer les précédents de droit civil et de common law[405] tout en protestant fermement si une règle propre au droit civil n'est pas respectée[406]. Il lui arrive également de vanter les mérites de ce système[407]. À deux reprises, il fait l'éloge de l'ouvrage de l'auteur français Adrien Gérard intitulé «Les torts ou délits civils en droit anglais», sans doute dans le but de faciliter la tâche des francophones qui souhaiteraient se renseigner sur le sujet[408]. Dans une dissidence concernant l'assignation en justice d'un mineur, il affirme que la règle traditionnelle reconnaissant la nullité de cette procédure continuera d'être suivie par les tribunaux du Québec en dépit de l'opinion majoritaire, jusqu'à ce que celle-ci soit rejetée par le Comité judiciaire du Conseil privé[409]. Un juge-en-chef qui incite les tribunaux à ne pas suivre un arrêt de sa propre cour, voilà qui est inhabituel...

Le juge-en-chef Fitzpatrick ne semble pas prendre plaisir à citer les auteurs de l'ancien droit français. Il fait également bon accueil aux innovations de la doctrine française[410]. À son époque, la motivation des arrêts est devenue beaucoup plus formaliste que durant les vingt premières années d'existence de la Cour[411]. Les juges dissèquent le texte de loi et les arrêts dans une perspective positiviste et renoncent à invoquer des principes généraux. Toutefois cette évolution se produit en France, en Angleterre, aux États-Unis et au Canada vers la fin du XIX[e] siècle; elle n'est pas propre au droit civil québécois.

Après le décès accidentel du juge Désiré Girouard, en 1911, le ministre de la Marine et des Pêcheries, Louis-Phillipe Brodeur, lui succède. Né en 1862, il est admis au Barreau en 1884, est élu député aux Communes en 1891 et devient ministre en 1904[412]. Son attitude ressemble à celle du juge-en-chef Fitzpatrick. Il ne craint pas de citer des arrêts de common law[413] mais dénonce plus fréquemment que son collègue leur utilisation lorsque la règle du

404. P.-G. ROY, *op. cit.*, note 366, p. 207.
405. Par ex., *Saint Lawrence Company* c. *Hallé*, (1908) 39 R.C.S. 47, 65 (diss.); *Royal Guardians* c. *Clarke*, (1914) 49 R.C.S. 229, 233; *Canadian General Electric Company* c. *Canadian Rubber Company of Montreal*, (1916) 52 R.C.S. 349, 351-353; *Laforest* c. *Factories Insurance Company*, (1916) 53 R.C.S. 296, 300; *Johnson* c. *Laflamme*, (1917) 54 R.C.S. 495, 500; *Vipond* c. *Furness, Whity and Company*, (1917) 54 R.C.S. 521, 523-524; *Robert* c. *Montreal Trust Company*, précité, note 329, p. 345 (diss.).
406. *Club de chasse et de pêche Ste. Anne* c. *Rivière-Ouelle Pulp and Lumber Company*, (1912) 45 R.C.S. 1, 5 (diss.); *Hyde* c. *Webster*, (1915) 50 R.C.S. 295, 302 (diss.); *Guardian Assurance Company* c. *Town of Chicoutimi*, précité, note 204, p. 566-567; *Johnson* c. *Laflamme*, précité, note 405, p. 503-507 (sur l'obligation de suivre la doctrine et la jurisprudence citée par les codificateurs).
407. *Riopelle* c. *City of Montreal*, (1911) 44 R.C.S. 579, 581-582.
408. *Id.*, p. 581; *Donaldson* c. *Deschênes*, (1914) 49 R.C.S. 136, 139.
409. *Serling* c. *Levine*, (1913) 47 R.C.S. 103, 107; par la suite, un pourvoi permet au Comité judiciaire de donner raison au juge-en-chef: *Levine* c. *Serling*, [1914] A.C. 659 (sir George Farwell).
410. Voir *infra*, partie IV, B, 1, 2a).
411. Bien entendu, il n'y a jamais eu de point tournant ou de césure entre l'ancienne approche et la nouvelle. Il nous paraît toutefois que l'approche formaliste prédomine nettement au plus tard au début du XX[e] siècle, car entre 1902 et 1906, la composition de la Cour change complètement, à l'exception du juge Girouard. De la même manière, dans la décennie qui débute en 1912, les juges de la Chambre des lords souscrivent à une théorie déclaratoire de la common law et refusent d'admettre qu'ils peuvent jouer un rôle créateur: R. STEVENS, *op. cit.*, note 101, p. 192-193, 197-198 et 209-210.
412. P.-G. ROY, *op. cit.*, note 366, p. 79.
413. Par ex., *Dumont* c. *Fraser*, (1914) 48 R.C.S. 137, 161, arrêt confirmé le 27 juillet 1914 (C.J.C.P.); *Lamoureux* c. *Craig*, (1914) 49 R.C.S. 305, 340 (validité d'un testament); voir également *Price* c. *Chicoutimi Pulp Company*, (1915) 51 R.C.S. 179, 209-212, où le recours au droit anglais en matière de diffamation est justifié par la création d'institutions démocratiques qui ont eu pour effet d'abroger l'ancien droit français; *Canadian Pacific Railway Company* c. *The King*, (1917) 55 R.C.S. 374, 394.

droit civil est différente[414]. Ainsi, en présence d'un principe qui n'est pas reconnu par le droit anglais, «[...] il est excessivement dangereux de décider une cause [...] à la lumière de la jurisprudence de l'Angleterre»[415]. Lorsque le juge Mignault se joint à la Cour, le juge Brodeur soutient énergiquement ses efforts en vue d'exclure les références aux précédents anglais dans les affaires de droit civil[416]. Il donne alors l'impression d'accueillir cette initiative avec enthousiasme.

En ce qui concerne les juges de common law, le portrait est plus contrasté. Le juge Davies siège de 1901 à 1918; il est juge-en-chef de 1918 à 1924. Il semble qu'il cite uniquement des précédents de common law dans les affaires de droit civil[417], même s'il se sent tenu de suivre les arrêts de la Cour qui ont affirmé l'existence d'une différence entre les deux systèmes[418]. Il soutient qu'un arrêt du Comité judiciaire rendu dans une affaire provenant d'une autre province doit être suivi en droit civil québécois, alors même que le juge Mignault saisit l'occasion pour réclamer le respect de l'intégrité de ce système[419]. Son collègue le juge Idington va encore plus loin. En plus de citer presque exclusivement des précédents anglais, à plusieurs reprises, il soutient que la règle du droit civil québécois devrait être la même que celle de la jurisprudence anglaise[420]. Dans un arrêt, le juge Mignault reproche au juge de

414. *Turgeon* c. *The King*, (1915) 51 R.C.S. 588, 592; *Canadian General Electric Company* c. *Canadian Rubber Company of Montreal*, précité, note 405, p. 378 («On a dit que le contrat en cette cause-ci, étant un contrat commercial, devrait être interprété suivant la loi anglaise. Je ne puis accepter ce principe. Nos lois dans Québec [sic] sur la clause pénale sont différentes de la loi anglaise»).
415. *Bélanger* c. *Montreal and Power Company*, (1915) 50 R.C.S. 356, 377 (diss.).
416. *Colonial Real Estate Company* c. *Communauté des soeurs de la charité de l'Hôpital général de Montréal*, (1919) 57 R.C.S. 585, 598; *Desrosiers* c. *The King*, (1920) 60 R.C.S. 105, 120-125.
417. Par ex., *The Metropolitan Life Insurance Company* c. *Montreal Coal and Towing Company*, précité, note 361, p. 270; *Ottawa Northern and Western Railway Co.* c. *The Dominion Bridge*, précité, note 361, p. 358; *The Quebec and Lake St. John Railway Company* c. *Julien*, (1906) 37 R.C.S. 632, 637; *The Royal Paper Mills Company* c. *Cameron*, (1908) 39 R.C.S. 365, 371 (diss.); *The Inverness Railway and Coal Company* c. *Jones*, précité, note 391, p. 79; *Laramée* c. *Ferron*, (1909) 41 R.C.S. 391, 401-403; *Price* c. *Chicoutimi Pulp Company*, précité, note 413, 183-190 (diss.).
418. *The King* c. *Charland*, (1908) 40 R.C.S. 229, 248-249; *Vandry* c. *Quebec Railway, Light, Heat and Power Company*, (1916) 53 R.C.S. 72, 76 (diss.); *Leamy* c. *The King*, (1917) 54 R.C.S. 143, 151.
419. *Colonial Real Estate Company* c. *Communauté des soeurs de la charité de l'Hôpital général de Montréal*, précité, note 416, p. 589.
420. *Montreal Street Railway Company* c. *Boudreau*, (1905) 36 R.C.S. 329, 344-345 (la méthode approuvée par Laurent ne peut être acceptée en l'absence d'une modification législative semblable à celle qui a été édictée en Angleterre); *The*

première instance d'avoir fait prévaloir la règle de common law sur une disposition très claire du code civil; dans sa dissidence, le juge Idington soutient que la règle anglaise tend à réduire le nombre de litiges et est en accord avec le sens pratique des affaires qui caractérise le droit anglais[421]!

L'attitude du juge Lyman Poore Duff sera tout autre. Originaire de la Colombie-Britannique, il est nommé à la Cour en 1906 et occupe la fonction de juge-en-chef de 1933 à 1944. Comme ses collègues, il cite régulièrement des précédents de droit anglais dans les affaires de droit civil[422]. Toutefois, il fait également abondamment référence à la doctrine et à la jurisprudence française[423] et déclare que certains principes de common law ne peuvent s'appliquer[424]. En outre, il comprend très bien ce qu'est un code civil:

> The Code thus produced must be read, of course, in view of the fact that it is what it is, namely, a statement made under legislative

Grand Trunk Railway of Canada c. *Huard*, (1905) 36 R.C.S. 655, 668 (mais voir p. 669, sur une différence entre le code et le droit anglais); *Ahearn & Soper, Limited* c. *New York Trust Company*, (1910) 42 R.C.S. 267, 271-272 (la jurisprudence antérieure de la Cour pourrait être remise en question par un arrêt du Comité judiciaire dans une affaire ontarienne); *Guardian Assurance Company* c. *Town of Chicoutimi*, précité, note 204, p. 572; *Canadian General Electric Company* c. *Canadian Rubber Company of Montreal*, précité, note 405, p. 368; *Leamy* c. *The King*, précité, note 418, p. 158-159 (diss.); *Hochberger* c. *Rittenberg*, (1917) 54 R.C.S. 480, 485-486; *Colonial Real Estate Company* c. *Communauté des soeurs de la charité de l'Hôpital général de Montréal*, précité, note 416, p. 590; voir cependant *Vandry* c. *Quebec Railway, Light, Heat and Power Company*, précité, note 418, p. 89.
421. *Desrosiers* c. *The King*, précité, note 416, p. 106 («[...] the rule adopted in English decisions is in accord with reason and justice, as well as that practical business sense which always tend to minimize the operation of the purely litigious spirit»). Le juge Idington croit que, en l'absence d'une jurisprudence solidement établie, il est libre de privilégier la règle de common law (*ibid.*).
422. Par ex., *Gazette Printing Company* c. *Shallow*, précité, note 387, p. 359; *Boulay* c. *The King*, (1910) 43 R.C.S. 61, 75-77; *Price* c. *Chicoutimi Pulp Company*, précité, note , p. 199.
423. Par ex., *Ahearn & Soper, Limited* c. *New York Trust Company*, précité, note 420, p. 274-277; *Shawinigan Carbide Company* c. *Doucet*, précité, note 400, p. 315-316 (diss.); *Vandry* c. *Quebec Railway, Light, Heat and Power*, précité, note 418, p. 106-109 (diss.). Dans sa jeunesse, Lyman Poore Duff a enseigné le français à des étudiants du secondaire; il a également suivi un cours de droit romain. Son bilinguisme lui a permis d'acquérir une bonne connaissance du droit civil, notamment au contact du juge Girouard. Les universités Laval, McGill et de Montréal lui ont d'ailleurs décerné un doctorat honoris causa (David Ricardo WILLIAMS, *Duff, A Life in the Law*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1984, p. 19, 31, 69-70 et 131).
424. *Wilks* c. *Matthews*, (1914) 49 R.C.S. 91, 103; *Royal Guardians* c. *Clarke*, (1914) 49 R.C.S. 229, 250-251; *Lapointe* c. *Messier*, (1914) 49 R.C.S. 271, 287-292; *Vandry* c. *Quebec Railway, Light, Heat and Power*, précité, note 418, p. 102 (diss.).

authority of a system of civil law, a statement speaking broadly, explicit as to specific rules but in some measure as to underlying principles taking effect by implication and influence; particular rules and principles which may no doubt be misconceived or misapplied if considered in isolation from the general system of which they are elements.[425]

L'attitude du juge Francis Anglin est assez semblable. Il a étudié au Collège Sainte-Marie de Montréal et à l'Université d'Ottawa avant de devenir juge à Ottawa. Ce catholique est nommé à la Cour suprême en 1909[426]; il en sera le juge-en-chef de 1924 à 1933. S'il cite souvent des précédents de common law, il analyse également la doctrine et la jurisprudence française. À plusieurs reprises, il reconnaît que le droit civil québécois diffère du droit anglais[427]. Toutefois, dans d'autres arrêts, il semble favoriser une harmonisation des deux droits; pour ce faire, il tente de montrer dans des motifs souvent très fouillés que la solution de la common law est compatible avec les principes du droit civil[428]. Il justifie sa position ainsi:

> While I should deprecate any attempt to modify or affect any doctrine of the civil law of Quebec or an established construction of English law or by adopting English views or practice merely for the sake of securing conformity, I incline to think that in regard to subscriptions for shares in companies, «in the absence of any legislation in force in Quebec inconsistent with the law as acted upon in England» and other provinces of Canada, and in the absence of any jurisprudence or established practice to the contrary, the courts of Quebec might well accept and apply the English rule imposing prompt repudiation as a condition of maintaining a plea of misrepresentation or granting the relief of rescision on that ground, and that while the right to repudiate on that ground may there be held not to be legally extinguished until the expiry of the limitation period prescribed by article 2258, the courts may decline to give effect to it in cases where that would be the attitude of the courts administering English law.[429]

Mais le juge Anglin appuie fermement la démarche du juge Mignault; il affirme que les précédents anglais invoqués par l'une des parties ne reçoivent pas application en droit civil québécois[430].

Dans l'ensemble, pendant la période qui va de 1906 à 1918, les civilistes québécois peuvent ressentir une certaine inquiétude. L'habitude de citer indistinctement les précédents de common law et de droit civil se poursuit. Le juge Idington fait l'apologie de l'uniformisation et le juge Davies ne fait pratiquement jamais référence à la doctrine et à la jurisprudence de droit civil. Le juge Anglin, qui est pourtant respectueux des particularités de ce système, affirme à l'occasion que la solution d'un litige doit être la même qu'en common law, en particulier lorsqu'une question touche les intérêts des entreprises pan-canadiennes. Le juge Duff affirme également à plusieurs reprises qu'il n'y a pas de différence entre les deux systèmes, même s'il reconnaît l'existence de règles particulières du droit civil. Certes, la présence des juges Anglin et Duff représente un progrès comparativement aux périodes antérieures. Mais rien ne garantit que leurs successeurs seront aussi bien disposés. D'un autre côté, le Comité judiciaire du Conseil privé semble faire preuve d'une hostilité nouvelle face à la doctrine et à la jurisprudence françaises. C'est ce qu'il reste à montrer.

b) L'attitude du Comité judiciaire et la nomination du juge Mignault

À partir de 1902, le Comité judiciaire du Conseil privé affirme que la jurisprudence et la doctrine françaises ne s'appli-

425. *Johnson* c. *Laflamme*, précité, note 405, p. 512 (diss.).
426. P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 61.
427. *Ahearn & Soper, Limited* c. *New York Trust Company*, précité, note 420, p. 279; *Electric Fireproofing Company of Canada* c. *Electric Fireproofing Company*, (1911) 43 R.C.S. 182, 189-191; *Lapointe* c. *Messier*, précité, note 424, p. 296-298; *Lareau* c. *Poirier*, (1915) 51 R.C.S. 637, 643; *Leamy* c. *The King*, précité, note 418, p. 172-173
428. *Bélanger* c. *Montreal Power and Company*, précité, note 415, p. 369-374; *Price* c. *Chicoutimi Pulp Company*, précité, note 413, p. 202-203; voir également *Canadian General Electric Company* c. *Canadian Rubber Company of Montreal*, précité, note 405, p. 370-372 (un contrat utilisant la terminologie du droit anglais, dont l'une des parties est domiciliée en Ontario, doit être interprété conformément à ce droit même si le droit québécois s'applique); *Robert* c. *Montreal Trust Company*, précité, note 329, p. 354-362, notamment p. 362-363: «Moreover it would seem eminently desirable that a subscription of share in a company should entail similar obligations and that the right to avoid or repudiate it should be subject to the same conditions throughout Canada»; *Montreal Investment and Realty Company* c. *Sarault*, (1919) 57 R.C.S. 464, 472-492.
429. *Robert* c. *Montreal Trust Company*, précité, note 329, p. 363.
430. *Colonial Real Estate Company* c. *Communauté des soeurs de la charité de l'Hôpital général de Montréal*, précité, note 416, p. 590 («I fully concur in my learned brother's view that the question presented must be determined not by the principles of English law, but by those of the civil law which obtain in the Province of Quebec»); *Desrosiers* c. *The King*, précité, note 416, p. 119-120 («This case affords an excellent illustration of the danger of treating English decisions as authorities in Quebec cases which do not depend upon doctrines derived from the English law»); dans cette affaire, le juge Duff ne rédige pas de motifs mais accueille le pourvoi, comme les juges Anglin, Brodeur et Mignault (*id.*, p. 107).

quent pas dans certaines affaires québécoises[431]. Un arrêt porte sur la responsabilité des administrateurs d'une banque; lord Davey affirme que la Cour d'appel du Québec a eu raison de se fonder sur des décisions anglaises qui sont compatibles avec la législation québécoise ou avec les usages commerciaux locaux et qui n'énoncent pas une règle particulière au droit anglais. En effet, elles reflètent plutôt des considérations larges concernant les exigences du milieu des affaires[432]. Comme par le passé, certains motifs citent uniquement des décisions de common law[433]. Dans une affaire, le Comité discute longuement des règles du droit anglais avant de présenter le débat concernant l'article 400 du Code civil[434]. Lord Moulton précise que la version française est naturellement la plus utile lorsque la disposition du code est fondée sur des sources françaises[435]. Il résume ensuite la controverse qui a fait rage en France au XIXe siècle au sujet de l'article correspondant du code français, en précisant qu'une loi y a mis fin. Puisque la relation entre le droit français et le droit québécois est bien antérieure à la codification napoléonienne, il conclut que les tribunaux québécois ne sont liés ni par le texte de la disposition française ni par les décisions qui l'interprètent, encore moins par la loi qui a mis un terme au débat[436]. C'est plutôt la jurisprudence québécoise du XIXe siècle qui est déterminante[437].

Bien que les membres du Comité judiciaire se fondent sur des dispositions législatives ou des décisions québécoises, il n'en demeure pas moins qu'ils donnent confusément l'impression d'être devenus réfractaires à l'utilisation des sources françaises. Il

431. *Canadian Pacific Railway* c. *Roy*, précité, note 195; *McArthur* c. *Dominion Cartridge Company*, précité, note 227, p. 75; *City of Montreal* c. *Cantin*, précité, note 226, p. 246; voir cependant *Kieffer* c. *Séminaire de Québec*, précité, note 225, p. 107-108.

432. *Préfontaine* c. *Grenier*, [1907] A.C. 101, 110 (sir Arthur Wilson; notons que Henri-Elzéar Taschereau a siégé à cette occasion).

433. *United Shoe Machinery Company of Canada* c. *Brunet*, [1909] A.C. 330, 339 et 343-344 (lord Atkinson); *Wertheim* c. *Chicoutimi Pulp Paper Company*, [1909] A.C. 301, 307-308 et 316 (décisions américaines) (lord Atkinson). Dans *Canadian Pacific Railway* c. *Fréchette*, [1915] A.C. 871, 878-880, lord Atkinson cite deux arrêts de la Cour suprême dans des affaires de droit civil et dix décisions d'autres juridictions, même s'il semble exposer correctement la différence entre la règle de droit civil et celle de common law.

434. *Maclaren* c. *Attorney-General for the Province of Quebec*, précité, note 391, 266 et 272-273 (lord Moulton).

435. *Id.*, p. 275.

436. *Id.*, p. 279-280.

437. *Id.*, p. 281-282. Lord Moulton rejette ainsi l'argumentation contenue dans la dissidence du juge Girouard dans l'arrêt *Tanguay* c. *Canadian Electric Light Company*, précité, note 391.

s'agit là d'un facteur additionnel à prendre en considération dans l'analyse de la réaction du juge Pierre-Basile Mignault[438]. Celle-ci a déjà été décrite sommairement, ainsi que l'attitude de ses collègues de la Cour. Dans ses premiers motifs de droit civil, il proteste avec vigueur contre l'utilisation de précédents anglais:

> May I say, with all possible deference, that I would deprecate, on a question under the Quebec law, relying upon a decision, even of the Privy Council, rendered according to the rules of English law. It would be first necessary to shew that there is no difference between the two systems of law by referring to authorities binding under the French law, and that has not been done. Very earnestly, I am of the opinion that each system of law should be administered according to its own rules and by reference to authorities or judgments which are binding on it alone.[439]

Dans une affaire en provenance de la Cour de l'Échiquier, le juge Audette a fait prévaloir la règle de common law sur celle du code civil, qui ne prêtait guère à interprétation. Pour justifier cette position, il se fonde sur le rapport des codificateurs, où l'on peut lire que la disposition en question est tirée du droit français, lequel est en accord avec le droit écossais, anglais et américain[440]. Ce raisonnement est critiqué vertement par le juge Mignault:

> Si les articles 1716 et 1717 du code civil étaient empruntés à la fois de Pothier et du droit anglais, ce ne serait pas une raison de dire que les principes généraux du droit anglais doivent être adoptés pour résoudre les questions auxquelles ces articles donnent lieu. Je ferais plutôt prévaloir la doctrine de Pothier et de l'ancien droit français, d'autant plus que les codificateurs ne disent pas que ces articles sont *empruntés* au droit anglais, mais, au sujet de l'article 1727 C.C., ils font remarquer que cet article est basé sur l'exposé de la doctrine de Pothier, laquelle, ajoutent-ils, *est d'accord avec* les lois anglaise, écossaise et américaine. Il me semble respectueusement qu'il est temps de réagir contre l'habitude de recourir, dans les causes de la province de Québec, aux précédents du droit commun anglais, pour le motif que le code civil contiendrait une règle qui serait en accord avec un principe du droit anglais. Sur bien des points, et surtout en matière de mandat, le code civil et le *common law* contiennent des règles semblables. Cependant le droit civil

438. Dans un article publié après qu'il a pris sa retraite de la Cour suprême, Pierre-Basile Mignault ne manque pas de critiquer cette jurisprudence: «Le Code civil de la Province de Québec et son interprétation», (1935-36) 1 *U.T.L.J.* 104, 127-131.

439. *Colonial Real Estate Company* c. *Communauté des soeurs de la charité de l'Hôpital général de Montréal*, précité, note 416, p. 603.

440. *Desrosiers* c. *The King*, (1919) 13 R.C. de l'É. 461, 464-466

> constitue un système complet par lui-même et doit s'interpréter d'après ses propres règles. Si pour cause d'identité de principes juridiques on peut recourir au droit anglais pour interpréter le droit civil français, on pourrait avec autant de raison citer les monuments de la jurisprudence française pour mettre en lumière les règles du droit anglais. Chaque système, je le répète, est complet par lui-même, et sauf le cas où un système prend dans l'autre un principe qui lui était auparavant étranger, on n'a pas besoin d'en sortir pour chercher la règle qu'il convient d'appliquer aux espèces bien diverses qui se présentent dans la pratique journalière.[441]

Pendant les onze années où il siège à la Cour suprême, le juge Mignault continue de s'opposer à l'utilisation des précédents de common law[442]. On peut voir là une conséquence inévitable du refus de dialoguer et d'accepter les échanges entre les deux systèmes de droit privé reconnus à cette époque[443]. Mais les juges Anglin et Duff ont engagé un dialogue de ce genre dans les affaires de droit civil, car il n'était pas question à l'époque d'enrichir la common law. En outre, le juge Mignault prend soin d'expliquer brièvement en quoi les précédents cités sont incompatibles avec l'économie générale du droit québécois[444]. Une certaine forme de comparaison continue donc d'avoir lieu.

La motivation du juge Mignault paraît plutôt similaire à celle qui anime les défenseurs de la langue française: chaque fois que les francophones du Québec empruntent le vocabulaire ou la structure syntaxique de l'anglais, leur langue s'éloigne du modèle français. Si le mouvement prend trop d'ampleur, la langue québécoise deviendra hybride et ne sera plus comprise que par les Québécois. De même, chaque fois que la terminologie et les concepts de

441. *Desrosiers* c. *The King*, précité, note 416, p. 126.
442. J.-G. CASTEL, «Le juge Mignault, défenseur de l'intégrité du droit civil québécois», (1975) 53 *R. du B. can.* 544-557; D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 546-556. Né au Massachussets en 1854, Mignault a étudié au Collège Sainte-Marie de Montréal et a obtenu un B.C.L. de l'Université McGill en 1878. Admis au Barreau la même année, il publie à partir de 1895 *Le droit civil canadien basé sur les «Répétitions écrites sur le Code civil» de Frédéric Mourlon avec la revue de la jurisprudence de nos tribunaux*, Montréal, Théorêt, 9 t., 1895-1916. Initialement, la caution d'un auteur français semble avoir été nécessaire pour assurer le succès de l'ouvrage. Mignault y intercale des commentaires sur les particularités du droit civil québécois. Il rompt avec cette pratique à partir du quatrième tome: voir Sylvio NORMAND, «Le droit civil canadien de Pierre-Basile Mignault ou la confection d'un palimpseste», dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le faux en droit privé*, Montréal, Thémis, 2000, p. 133-154.
443. D. HOWES, *loc. cit.*, note 1, p. 556-558.
444. Par ex. *Colonial Real Estate Company* c. *Communauté des soeurs de la charité de l'Hôpital général de Montréal*, précité, note 416, p. 603-604; *Desrosiers* c. *The King*, précité, note 416, p. 130.

la common law sont adoptés par les juristes québécois, il devient plus difficile de comprendre les juristes des autres juridictions civilistes et d'être compris par eux. Bien entendu un certain nombre de différences sont inévitables et même souhaitables dans les deux cas. Mais la juxtaposition des arrêts de common law et de droit civil était si fréquente en 1918 que les concepts civilistes risquaient d'être déformés; les juges québécois qui ont précédé le juge Mignault se plaignent d'ailleurs de ce phénomène qu'ils ont, peut-être malgré eux, encouragé par leur comportement. En outre, les juristes qui n'ont pas fait leurs études dans une Faculté de droit anglophone sont particulièrement mal outillés pour faire des recherches en common law. Dans la mesure où les juges s'attendent à ce qu'ils se fondent sur ce système, il leur est difficile de plaider devant la Cour suprême pendant cette période. On peut certes être heureux de vivre dans une juridiction de common law, mais on peut tout aussi bien préférer une juridiction où le droit civil est bien portant; cette préoccupation est d'ailleurs partagée tant par les anglophones que par les francophones du Québec.

Il faut enfin souligner que les protestations du juge Mignault ne mettent pas entièrement fin à l'utilisation des précédents de common law[445], même si en principe il est admis que ceux-ci ne lient aucunement les juges dans l'hypothèse où une disposition du code est fondée sur des sources françaises. En outre, après 1918, les motifs de la Cour ou de la majorité dans les arrêts de droit civil sont rédigés plus fréquemment par un juge québécois[446]. Mais les juges de common law ont également rédigé des motifs auxquels la doctrine civiliste n'a pas trouvé à redire[447]. Il faudra attendre

445. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 291, p. 723, 725, note 29 et 730 note 39; R. BOULT, *loc. cit.*, note 363, p. 743-744, 748, 750-755. Notons toutefois que les juges rappellent souvent que les précédents anglais ne lient pas les tribunaux québécois dans les affaires de droit civil (*id.*, p. 756-769). Seule une étude approfondie des arrêts pourrait nous renseigner sur l'attitude des juges après la nomination du juge Mignault.
446. P. RUSSELL, *op. cit.*, note 221, p. 171; SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 131-132; Fredrick VAUGHAN, «Civil Code Influences on the Supreme Court of Canada, 1875-1980: Particularly in Contract and Negligence», (1986) 20 *Law Society Gazette* 48-73, où l'on résume divers arrêts, assez peu nombreux, dans lesquels des juges québécois étaient dissidents; de 1965 à 1978, le vote d'un juge de common law n'a été décisif que dans sept arrêts majoritaires sur trente-deux, D.J. WHEAT, *loc. cit.*, note 289, p. 451.
447. Par ex., *Ross* c. *Dunstall*, (1921) 62 R.C.S. 393, 395-3966 (j. Duff) et 396-403 (j. Anglin); *Samson & Filion* c. *Davie Shipbuilding & Repairing Company*, [1925] R.C.S. 202, 204-219 (j.-en-chef Anglin, avec l'accord de tous ses collègues, à l'exception du juge Idington, dissident); *Regent Taxi et Transport Co.* c. *Congrégation des petits frères de Marie*, [1929] R.C.S. 650, 652-676 (j.-en-chef

jusqu'aux années soixante-dix pour que la bataille pour le respect de l'intégrité du droit civil soit définitivement gagnée[448]. Si le rôle de la common law est ainsi restreint, il reste à se demander quelles autres sources ont été consultées par les tribunaux d'appel du Québec. Nous verrons alors que certains juges se sont montrés sélectifs dans leur utilisation de la doctrine française.

IV. LES SOURCES UTILISÉES PAR LA JURISPRUDENCE EN DROIT CIVIL, 1876-1984

Nous allons maintenant tenter de voir quelles sources doctrinales ont eu la préférence des juges québécois de 1876 à 1984. Pour ce faire, nous utiliserons une approche essentiellement quantitative, quitte à compléter les données par l'analyse de quelques arrêts qui abordent certains des thèmes retenus. Dans un premier temps, il conviendra de se demander quel type de documents les juges acceptent de citer (A) pour rechercher dans un deuxième temps ceux qui apparaissent le plus fréquemment dans leurs motifs (B).

A. Les différentes catégories de sources

Si l'utilisation de la doctrine et de la jurisprudence ne pose guère de problèmes (1), il n'en va pas de même des rapports des codificateurs, qui ont suscité une certaine controverse (2).

1. La doctrine et la jurisprudence

a) L'importance des sources françaises

Dans plusieurs arrêts de la Cour suprême, les juges soulignent que la doctrine et la jurisprudence française doivent leur servir de guide dans l'hypothèse où une disposition québécoise est semblable à celle du Code Napoléon[449]. Le Comité judiciaire du

Anglin) et 705-714 (j. Lamont), arrêt infirmé, [1932] A.C. 295 (C.J.C.P.); *Hutchison* c. *Royal Institution for the Advancement of Learning*, [1932] R.C.S. 57 (j. Newcombe); *Montreal Tramways Company* c. *Léveillé*, [1933] R.C.S. 456 (j. Lamont); *Touchette* c. *Pizzagalli*, [1938] R.C.S. 433 (j.-en-chef Duff).

448. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 355; E. CAPARROS, *loc. cit.*, note 355.

449. À la Cour suprême du Canada, les citations de la doctrine et la jurisprudence française sont monnaie courante en droit civil, même si elles sont surpassées d'abord par la jurisprudence québécoise ou canadienne puis par la jurisprudence britannique (R. CRÊTE, *loc. cit.*, note 94, p. 249). Pour des exemples ou des commentaires reconnaissant l'importance des sources françaises, voir *Bain*

Conseil privé déclare également que les tribunaux québécois doivent accorder un très grand poids aux décisions des tribunaux français, même s'il lui arrive de conclure qu'une solution différente est dictée par un texte de loi ou par les circonstances particulières d'une affaire[450]. Nous verrons ci-dessous que les grand auteurs du XIXe siècle sont cités régulièrement par les juges; la fréquence de ces citations avoisine d'ailleurs celle de la jurisprudence britannique[451]. Cela pose la question de l'accessibilité de ces ouvrages à la Cour suprême.

Jusqu'en 1882, la Cour siège dans l'édifice du Parlement, tout près de la Chambre des Communes. Elle emménage ensuite dans un bâtiment qui constituait auparavant une écurie et qui est situé sur la colline parlementaire. Il faut attendre jusqu'en 1947 pour qu'elle s'installe dans l'édifice qu'elle occupe actuellement[452]. Même si elle a toujours disposé de sa propre bibliothèque, les avocats font grand usage de celle du Parlement, qui est à distance de marche; il est probable que les juges y ont recours à l'occasion. En 1897, la Cour dispose elle-même d'une collection d'ouvrages français et québécois qui semble très complète[453]. En 1907, selon Pierre-Basile Mignault et Eugène Lafleur, il faudrait acquérir 5 500 volumes pour combler les besoins en droit civil[454]. Il arrive

c. *City of Montreal*, précité, note 319, p. 280 (j. Taschereau); *Grégoire* c. *Grégoire*, précité, note 376, p. 341 (j. Taschereau); *Allen* c. *Merchants Marine Insurance Company of Canada*, (1889) 15 R.C.S. 488, 492 (j.-en-chef Strong); *Benning* c. *Thibaudeau*, précité, note 377, p. 127 (j. Fournier diss.); *Renaud* c. *Lamothe*, précité, note 393, p. 366 (j. Girouard); *Gosselin* c. *Ontario Bank*, (1905) 36 R.C.S. 406, 424-425 (j.-en-chef Taschereau, diss.); *Shawinigan Carbide Company* c. *Doucet*, précité, note 400, p. 342 (j. Anglin).

450. Voir *supra*, partie III B.2.b).

451. R. CRÊTE, *loc. cit.*, note 94, p. 249 et 252, fournit les chiffres suivants pour la Cour suprême: 2,81 citations par arrêt pour la doctrine française ou belge et 3,34 pour la jurisprudence britannique.

452. SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 18, 49 et 178.

453. *Id.*, p. 49 et 74. Le *Catalogue du Parlement: Livres de droit* (Ottawa, la Bibliothèque, 1878) contient notamment des ouvrages de Pothier, Demolombe, Troplong, Marcadé, Duranton, Larombière, Huc, Domat, Sourdat, Ferrière, Touiller et Pardessus. En 1892, la bibliothèque de la Cour suprême compte 14 000 volumes. Un bibliothécaire est embauché et il prend soin d'enrichir la collection de droit civil (SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 75). Le catalogue publié en 1897 contient une section distincte intitulée «Ouvrages Français» où l'on dénombre plus de 500 titres français ou québécois, dont des traités, des recueils de jurisprudence française (Dalloz, Sirey), des dictionnaires et des revues juridiques. La lecture de ce catalogue ne permet de déceler aucune lacune évidente (*Catalogue de la bibliothèque de la Cour suprême et de la Cour de l'Échiquier du Canada*, Ottawa, S.E. Dawson, 1897, p. 197-222).

454. SNELL et VAUGHAN, *op. cit.*, note 215, p. 112. Le 21 février 1907, le registraire E.R. Cameron écrit au ministre de la justice, A.B. Aylesworth. À la demande

cependant que les juges disposent d'une collection personnelle impressionnante[455]. En outre, ils reproduisent vraisemblablement des citations tirées des mémoires déposés par les avocats, comme en font foi les extraits traduits en anglais qu'on retrouve dans certains motifs de jugements[456]. D'une manière ou d'une autre, les juges semblent avoir accès aux ouvrages du droit français[457].

b) La doctrine québécoise

S'il va de soi que la jurisprudence est citée fréquemment, il pourrait en aller différemment de la doctrine. En effet, en common law, les tribunaux ne mentionnent pas les ouvrages des auteurs qui sont encore vivants[458]. Toutefois, en 1903, le Comité judiciaire cite le traité de Pierre-Basile Mignault à trois reprises[459]. En

du juge-en-chef, après avoir consulté Me Pierre-Basile Mignault, Me Eugène Lafleur et le bibliothécaire du Barreau de Montréal, il soumet une liste de 5 550 volumes de droit français que la bibliothèque de la Cour devrait se procurer, même si certains de ces ouvrages ne sont pas disponibles à Montréal. À son avis, il serait possible d'omettre plusieurs titres, ce qui réduirait de moitié le coût de ces acquisitions. À l'époque la bibliothèque compte 26 800 ouvrages (Archives nationales du Canada, série RG 13 A2, volume 145, dossier 311; la liste ne figure pas au dossier). Le 13 avril 1907, le juge-en-chef Fitzpatrick écrit à son tour au ministre. Il signale que depuis plusieurs années, les lacunes de la bibliothèque en droit français sont dénoncées. Les ouvrages en question sont essentiels dans les affaires en provenance de la province de Québec, qui représentent quarante pour cent des causes entendues. Quel que soit le sort des 10 000 $ demandés pour compléter la section des périodiques en langue anglaise, il insiste pour que la somme de 25 000 $ destinée à enrichir la collection de droit français ne soit pas réduite. Dans un post-scriptum manuscrit difficilement lisible, il ajoute que les avocats francophones ont un juste sujet de plainte et qu'il est embarrassant pour les juges de devoir consulter des ouvrages qui se trouvent à Montréal (*ibid.*). Pour notre part, nous voyons mal comment la liste publiée en 1897 (voir note précédente) aurait pu être enrichie de 5 500 volumes.

455. Ainsi, à la Bibliothèque de droit de l'Université d'Ottawa, la signature d'Henri-Elzéar Taschereau apparaît sur la page titre d'ouvrages de Berriat-Saint-Prix, Bioche, Boileux, Boitard, Duranton, Fournel, Poncet, Solon et celle de J.T. Taschereau sur un ouvrage de Troplong. Cette liste ne tient pas compte des volumes conservés dans la Collection spéciale.

456. *Joyce* c. *Hart*, précité, note 370, p. 335 (j.-en-chef Richards, qui cite une traduction de Demolombe); *Grégoire* c. *Grégoire*, précité, note 376, p. 341 (j. Taschereau, qui cite deux arrêts de la Cour de cassation traduits en anglais).

457. Dans les affaires de droit civil, les citations de la jurisprudence française semblent devenir abondantes vers la fin du XIXe siècle.

458. D. PUGSLEY, *loc. cit.*, note 101, p. 173-174.

459. *Trust and Loan Company of Canada* c. *Gauthier*, précité, note 226, p. 219-220. Peu de temps auparavant, Mignault semble tenir pour acquis que, en droit civil québécois, il n'est pas permis de citer les écrits d'un auteur encore vivant qui risque de changer d'avis par la suite. Cette règle aurait été acceptée par Dupin l'aîné, un célèbre avocat français du XIXe siècle: «L'autorité judiciaire», (1900) 6 R.L.n.s. 145, 173-175.

1895, un incident se produit pendant une audience devant la Cour suprême. Le juge-en-chef Strong interrompt plusieurs fois un plaideur afin de l'obliger à respecter la règle qui interdit de lire un extrait d'une publication pendant une plaidoirie[460]. Un observateur anonyme critique cette règle; il ajoute que dans les affaires de droit civil, il est essentiel d'informer les juges de common law sur le droit québécois, ce que les plaideurs font en traduisant oralement des passages de la doctrine[461]. Mais la portée de la règle est bien circonscrite: elle vise uniquement la lecture à l'audience. Car le juge-en-chef Strong lui-même renvoie à la doctrine québécoise et française contemporaine, tout comme ses collègues[462]. En 1908, le juge Girouard prend acte du particularisme du droit civil québécois à cet égard:

> I have had the advantage of reading the judgment of our Chief Justice, and I have noticed that he relies upon the opinion of two of our text-writers. I am happy to say that, together with Mr. Beauchamp, they are recognized by all to have rendered great service to both the bench and the bar, but text-books of Canadian authors have rarely, if ever, received such a distinction in this court. I have seen several Chief Justices refuse to take any note of them, although for my part-and I am very glad to have this opportunity to put my views on record-I do not see why they should not be cited, especially in Quebec cases, just as we quote the French commentators, dead or living. I have always expressed the view that we ought to get light wherever we can find it, either in the decisions of the courts or in the text-books, or reports of the framers of the Code, or even Parliamentary debates, a course which was denied during this and previous terms. This ruling is strictly in accordance with the practice prevai-

460. Onlooker, «The Supreme Court-Citation of Authorities», (1895) 18 L.N. 91. En 1950, pendant l'audition d'une affaire de droit constitutionnel, le juge-en-chef Rinfret déclare qu'un article de doctrine ne fait pas autorité devant les tribunaux (I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 223, p. 282).

461. Onlooker, *loc. cit.*, note 460, p. 93.

462. *Bury* c. *Murray*, (1895) 24 R.C.S. 77, 83 (j.-en-chef Strong, qui cite l'ouvrage «Langelier, De la preuve»); *Banque d'Hochelaga* c. *Waterous Engine Works Company*, précité, note 325, p. 416 (j.-en-chef Strong, qui cite Baudry-Lacantinerie); *Perrault* c. *Gauthier*, précité, note 318, p. 253 (j. Girouard): «A recent writer, Baudry-Lacantinerie, and a high authority not only in France but also in Quebec [...]»); *The George Matthews Company* c. *Bouchard*, précité, note 398, p. 587 (j. Girouard); *Consumers Cordage Company* c. *Connolly*, précité, note 364, p. 307 (j. Girouard): «Huc and Baudry-Lacantinerie, the recognized leading authorities at the Bar and Bench and in the University of France, to-day, both hold the same views»; *Audette* c. *O'Cain*, (1908) 39 R.C.S. 103, 106 (j.-en-chef Fitzpatrick, qui cite Mignault); *Ahearn & Soper, Limited* c. *New York Trust Company*, précité, note 420, p. 274 (j. Duff, qui cite Mignault); *Masson* c. *Masson*, (1913) 47 R.C.S. 42, 77 (j.-en-chef Fitzpatrick, qui cite Langelier); *Serling* c. *Levine*, précité, note 409, p. 107 (j.-en-chef Fitzpatrick, diss., qui cite plusieurs auteurs québécois). Cette tendance ne se démentira pas par la suite, bien au contraire.

> ling in England, and to a limited extent in the United States, although in some cases we see quoted such standard books as those of Coke, Hale, Story, Kent, and other jurists of equal eminence. Under the English system, decisions of courts alone constitute authorities and a counsel or judge is expected to rely upon them alone, if they are of sufficient weight and can be supported by reason. In France and Quebec, on the contrary, a series of uniform decisions, approved by the commentators or *la doctrine*, forms what may be termed the jurisprudence of France, and on this subject I refer to an interesting dissertation by Rivière already alluded to. I thought, therefore, it was my duty to read what these Canadian law-writers said on the point under consideration, although in view of the decisions of the Quebec courts it can hardly be expected that their doctrine will be of much assistance.[463]

Ainsi, la Cour suprême a accepté très tôt une différence méthodologique importante entre la common law et le droit civil. Elle fait également bon accueil à une autre source, les rapports des codificateurs.

2. *Les rapports des codificateurs*

a) L'acceptation initiale

La loi de 1857 qui pourvoit à la codification du droit privé québécois oblige les commissaires à rédiger des rapports contenant les dispositions qu'ils proposent d'adopter, les sources qu'ils ont consultées et les modifications qu'ils suggèrent. En 1865, le Parlement donne force de loi à leur travail, sous réserve de quelques modifications; la loi adoptée à cette occasion fait expressément référence à leurs rapports[464]. Ceux-ci ont donc permis d'établir l'exactitude des dispositions proposées ainsi que la pertinence des modifications suggérées. Dès leur publication, ils sont cités devant les tribunaux[465]. Le Comité judiciaire donne l'exemple, même s'il affirme que les opinions émises par les commissaires ne sauraient lier les juges[466]. Les juges québécois emboîtent rapidement le pas. Entre 1868 et 1900, Daniel Jutras a retracé plus de trente-cinq décisions où ils renvoient à ces travaux[467]. À la Cour

463. *Tanguay* c. *Canadian Electric Light Company*, précité, note 391, p. 34-35 (j. Girouard, diss.). Par ailleurs, plusieurs auteurs ont souligné que les juges québécois agissent souvent comme s'ils étaient liés par les précédents en droit civil: voir par exemple S. GAUDET, *loc. cit.*, note 24, p. 241-246.
464. Voir *supra*, partie II A.2.b).
465. M. MORIN, *loc. cit.*, note 75, p. 34.
466. Voir le texte correspondant à la note 229 et l'extrait de l'arrêt *Symes* c. *Cuvillier* qui y figure.
467. Daniel JUTRAS, «Le ministre et le code - essai sur les *Commentaires*», dans John E.C. BRIERLEY *et al.* (dir.), *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 451-486, à la page 478, note 77.

suprême du Canada, entre 1877 et 1921 (inclusivement), il en va de même dans cinquante-deux arrêts[468]. Ainsi, l'admissibilité de ces rapports ne fait aucun doute. C'est ce que rappelle le juge-en-chef Taschereau, dans une affaire de droit pénal, alors qu'un avocat se fonde sur des interventions faites en Chambre pour élucider la signification d'une loi fédérale:

> The reports of the codifiers of the Civil Code of Lower Canada are also referred to in Quebec and in this Court, as also in the Privy Council (*see*, for instance, *Symes* v. *Cuvillier*), but these cannot be put upon the same footing as the debates in Parliament upon a bill [référence omise].[469]

En 1912, dans un mémoire déposé devant la Cour suprême du Canada, Me Eugène Lafleur s'oppose à la consultation des rapports, mais les juges ne font aucun cas de cet argument[470]. En effet, à cette époque, les juges anglais eux-mêmes citent les rapports d'une commission chargée de recommander des modifications à une loi[471]. En 1916 , le juge Duff peut donc affirmer que les tribunaux doivent se laisser guider par les explications des codificateurs:

> The report of the Commissioners can be prayed in aid on the ground that it may be supposed to have been present to the mind of the legislature: *Eastman Photographic Materials Co.* v. *Comptroller General of Patents*, [1898] A.C. 571], at pages 575 and 576; and the Commissioners must no doubt be assumed to have been acquainted with the course of *la doctrine* and *la jurisprudence* in France.[472]

En 1920, le juge Brodeur n'hésite pas davantage à citer le rapport des commissaires chargés de codifier les lois municipales, ce qui

468. Pour arriver à ce chiffre, nous avons recherché dans la banque de données SCR (QL Systems) les termes «codificateurs» ou «codifiers» ainsi que «commissaires» ou «commissioners» dans le même paragraphe que «code» ou «codification». Puis nous avons tenté d'écarter les documents où ces mots apparaissaient uniquement dans le résumé des plaidoiries, ainsi que les causes non pertinentes. Nous avons également tenté d'éliminer les quelques causes où l'expression «les codificateurs» est un simple synonyme de «législateur». Nous avons compté le nombre d'arrêts plutôt que les références contenues dans les motifs des différents juges.
469. *Gosselin* c. *The King*, (1903) 33 R.C.S. 255, 268.
470. *In re Marriage Laws*, (1912) 46 R.C.S. 132, 194; deux juges citent tout de même les codificateurs (p. 413 (j. Duff) et p. 430 (j. Anglin)), tandis que le Comité judiciaire du Conseil privé ne traite pas de cette question ([1912] A.C. 880).
471. Voir *supra*, note 231.
472. *Johnson* c. *Laflamme*, précité, note 405, p. 514 (j. Duff, diss.).

prouve à quel point un document de cette nature est consulté facilement[473]. Le changement n'en sera que plus brusque...

b) Le refus de suivre l'arrêt Despatie

En 1921, le Comité judiciaire du Conseil privé fait une déclaration qui retentit comme un coup de tonnerre dans le ciel civiliste. Lord Moulton s'exprime ainsi:

> It it were permissible to regard the intention of the codifiers as expressed by their reports, their intention to leave the law unchanged would be equally evident, but this is a dangerous and doubtful course and their Lordships decline to adopt it. The proper course is to look at the article itself, and their Lordships are of opinion that the language used in art. 127 carries out this intention.[474]

À première vue, la condamnation semble péremptoire, car il n'est pas «permis» de consulter les rapports des codificateurs. Mais l'ensemble de la phrase est moins clair: lord Moulton précise que le rapport conforte l'interprétation qu'il retient; il affirme que l'utilisation de ce document constitue un procédé «dangereux et douteux» que ses collègues et lui «refusent d'adopter». Cette formulation dénote plutôt une très forte réticence qu'un rejet catégorique. Si les rapports ne sauraient modifier le sens d'une disposition dont la signification est claire, il n'est pas absolument certain que leur utilisation soit exclue en cas d'ambiguïté, ni que les tribunaux québécois soient tenus d'imiter le Comité judiciaire. Dans ces conditions, les commentaires de lord Moulton semblent constituer un *obiter*.

La doctrine québécoise a tôt fait de s'insurger contre cet arrêt. Elle se fait fort de souligner que les rapports des commissaires doivent leur existence à la volonté du législateur et constituent un outil indispensable pour comprendre l'origine des dispositions du Code civil. Avec le temps, elle affirme que les juges québécois se sont abstenus pendant une assez longue période de les consulter,

473. *Boily* c. *La Corporation de St-Henri de Taillon*, (1920) 61 R.C.S. 40, 47; voir également *Donohue Brothers Registered* c. *Corporation of the Parish of St-Étienne de la Malbaie*, [1924] R.C.S. 511, 520 (j. Mignault); *Corporation d'Aqueduc de St Casimir* c. *Ferron*, [1931] R.C.S. 47, 56 (j. Rinfret); *Corporation de la paroisse de St-Joseph de Coleraine* c. *Colonial Chrome Co. Ltd.*, [1933] R.C.S. 13, 35 (j. St-Germain, *ad hoc*).

474. *Despatie* c. *Tremblay*, [1921] 1 A.C. 702, 711.

jusque vers les années soixante-dix[475]. Pourtant, en 1936, Pierre-Basile Mignault déclare:

> Je veux insister encore sur l'autorité qu'on doit reconnaître dans ce cas aux rapports des codificateurs. On en a toujours fait usage dans la Province de Québec ainsi qu'à la Cour suprême pour découvrir l'intention du législateur. Nos juges disent que ces rapports fournissent le meilleur commentaire du texte. Il n'y a pas d'analogie entre ces rapports et les débats au Parlement dont on ne peut faire état devant les tribunaux. J'ai déjà dit que les rapports des codificateurs ont un caractère officiel. Il n'y a pas lieu de croire qu'on cesse jamais de s'en servir chez-nous. Certainement le fait de s'y référer ne constitue pas une erreur de droit.[476]

L'analyse des arrêts de la Cour suprême corrobore ses dires. On peut noter en premier lieu que les commentaires de lord Moulton concernant les rapports des codificateurs n'ont jamais été cités par les juges de cette cour. Qui plus est, ils n'en ont tenu aucun compte, comme le montre le tableau I. Il en va de même des autres juges québécois. Il est vrai que, dans les affaires où la Cour suprême renvoie aux rapports des codificateurs, il est rarissime que les jugements publiés rendus par les instances inférieures en fassent autant. Mais cette pratique est fréquente entre 1964 et 1974, comme le montre une recherche dans la banque de données Juris, qui reproduit le texte intégral des décisions publiées au Québec pendant cette période (d'où un léger recoupement). Il en va de même de la banque des tribunaux de droit commun de SOQUIJ, en excluant les arrêts de la Cour suprême; les rapports concernant le *Code civil du Bas Canada* y sont cités régulièrement.

475. Voir, entre autres, Louis BAUDOUIN, «Méthode d'interprétation judiciaire du *Code civil du Québec*», (1950) 10 *R. du B.* 397-419, 412 (où l'auteur cite l'arrêt *Gosselin* c. *The King*, précité, note 469, qui accepte le recours aux rapports des codificateurs, plutôt que l'arrêt *Despatie* c. *Tremblay*, précité, note 474, qui réprouve leur utilisation); Maurice TANCELIN, «Introduction – Comment un droit peut-il être mixte?», dans F. P. WALTON, *op. cit.*, note 66, p. 17-20 (mais voir p. 18, note 76) et les auteurs cités par Sylvie PARENT, *La doctrine et l'interprétation du Code civil*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, notamment p. 185-187; certains auteurs ont toutefois signalé la persistance du recours aux rapports des codificateurs: John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD (dir.), *Quebec Civil Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993, nº 114, p. 141; Ernest CAPARROS, *loc. cit.*, note 355, p. 112; Sylvio NORMAND, «De la nécessité des commentaires officiels au *Code civil du Québec*», (1991) 51 *R. du B.* 288-293, 289 note 3.

476. *Loc. cit.*, note 438, p. 124-125.

TABLEAU I: NOMBRE D'ARRÊTS AYANT CITÉ LES CODIFICATEURS, 1922-1984

Période visée	Banque de données SCR (QL Systems)	Instances inférieures (1922-1964), ou banques de SOQUIJ (1964-1984)*
1922-1929	10	5
1930-1939	10	1
1940-1949	3	1
1950-1963	12	1
1964-1973	4	30 (C.c.B.-C.) et 25 (C.p.c.**)
1974-1984	8 (C.c.B.-C.) et 9 (C.p.c.**)	11 (C.c.B.-C.)

* Ces données ont été compilées par Me Stéphane Cliche.

** *Rapports des commissaires du Code de procédure civile du Québec*, Québec, Commission de réforme du Code civil, 1968; il s'agit du *Code de procédure civile*, S.Q. 1965, 1re session, c. 80.

D'autres indices permettent de conclure que les juges québécois siégeant en première instance ou à la Cour d'appel n'ont pas cessé de citer les rapports des codificateurs. En premier lieu, la critique de lord Moulton n'a été citée que deux fois[477]. Encore faut-il noter que, dans un arrêt de la Cour d'appel, l'un des juges déclare qu'il s'abstient de citer ces rapports, tandis qu'un autre fait précisément le contraire[478], sans même renvoyer à l'admonestation de l'arrêt *Despatie* c. *Tremblay*[479], qu'il étudie néanmoins à d'autres fins. Même les juges qui acceptent l'interprétation retenue par le Comité judiciaire dans l'arrêt *Despatie* citent ces rapports[480]. D'autre part, il est relativement facile de découvrir des exemples de telles citations. Ainsi, Sylvio Normand en a relevé

477. *Howard* c. *Bergeron*, (1941) 71 B.R. 154, 208 (j. Walsh); *Trust général du Québec* c. *Ministère du Revenu du Québec*, [1984] C.S. 1093, 1098.
478. Voir *Howard* c. *Bergeron*, précité, note 477, 170-171 (j. Létourneau).
479. Précité, note 474.
480. *Lachance* c. *Rochon*, (1927) C.S. 556, 562 et 564 (j. Gibsone). Bien entendu, il est moins étonnant de voir un juge qui refuse de suivre l'arrêt *Despatie* citer les codificateurs: *Dubois* c. *Sharpe* (1935) 41 R.L.n.s. 405 (C.S.), 412 (j. Forest); *Coates* c. *Romanelli*, [1936] 1 D.L.R. 244 (C.S.), 246 (j. Forest).

six de 1932 à 1957[481]. Pour notre part, nous en avons repéré dix de 1925 à 1960[482].

Il est également possible d'établir le rang qu'occupent ces rapports parmi les noms d'auteurs les plus fréquemment cités[483]. De 1876 à 1899, ils figurent en douzième position à la Cour suprême et en huitième position devant divers tribunaux québécois; de 1900 à 1921, ils se retrouvent en septième position à la Cour suprême et en sixième position à la Cour d'appel. De 1922 à 1940, ils se situent en septième place à la Cour suprême et en douzième place à la Cour d'appel, ce qui indique dans le deuxième cas un certain recul. De 1941 à 1963, ils occupent encore la huitième position en Cour suprême et la dixième en Cour d'appel. De 1964 à 1984, ils sont en sixième position à la Cour suprême; de 1964 à 1974, ils obtiennent la onzième place pour l'ensemble des tribunaux de droit commun. Le nombre des citations est très peu élevé en Cour d'appel dans les affaires qui se sont rendues à la Cour suprême de 1922 à 1940 (un ou deux arrêts); il augmente par la suite et devient substantiel dans la banque de données JURIS (1964-1974). À cet égard, rien n'indique qu'un changement considérable se soit produit pendant cette décennie. Il est beaucoup plus probable que les juges continuent d'agir comme ils le faisaient par le passé et consultent les rapports des codificateurs si le besoin s'en fait sentir. Ainsi, à la Cour suprême, la fréquence de ces citations oscille entre la huitième et la sixième position tout au long du XXe siècle.

De nos jours, la controverse ne présente plus qu'un intérêt historique. En effet, dans les affaires de droit civil, la Cour

481. S. NORMAND, *loc. cit.*, note 475, p. 289, note 3; l'auteur revient ainsi sur certaines affirmations qu'il avait faites («Les travaux préparatoires et l'interprétation du *Code civil du Québec*», (1986) 27 *C. de D.* 347-354, 350).
482. Nous avons consulté la banque de données des Dominion Law Reports ainsi que les volumes 48 (1930), 69 (1940), [1950] et [1960] du recueil des arrêts de la Cour du banc de la reine; voir *Bastien* c. *la Prévoyance Assurance Co.*, [1925] 2 D.L.R. 882 (C.S.), 888 (j. Gibsone); *Proulx* c. *Caisse populaire de Rimouski*, (1940) 69 B.R. 359, 364 (j. Barclay); *La Foncière compagnie d'Assurance* c. *Perras*, [1942] B.R. 231, 262 (j. St-Germain); *Whalley* c. *Kowalyck*, [1947] R.L. 228 (C.S.), 231 (j. Demers); *Vineberg* c. *Laroque*, [1950] B.R. 1, 18 (j. Surveyer, *ad hoc*); *Missionnaires de la Compagnie de Marie* c. *Corporation du Canton de Melbourne*, [1950] B.R. 185, 190 (j. Surveyer, *ad hoc*); *Cayer* c. *Drolet*, [1950] B.R. 790, 793 (j. Gagné); *Lussier* c. *Marquis*, [1960] B.R. 20, 105-106 (j. Bissonnette, diss.); *Loyer* c. *Plante*, [1960] B.R. 443, 446 (j. Martineau); *Compagnie d'assurance Stanstead and Sherbrooke* c. *Fabi*, [1960] B.R. 601, 607 (j. Choquette).
483. Voir les tableaux II à V ci-dessous. À partir de 1964, les données n'apparaissent pas dans le Tableau VI; elles ont été obtenues à la suite d'une comparaison avec le Tableau I. De 1974 à 1984, le nombre de citations est trop faible pour figurer dans la liste.

suprême accepte de consulter les débats parlementaires[484], ainsi que les *Commentaires du ministre de la justice*[485], qui ne sauraient toutefois lier les tribunaux[486]. La règle imposant l'exclusion des travaux parlementaires a également été rejetée en common law[487]. L'analyse qui précède montre toutefois que, en droit civil, les juges n'ont tenu aucun compte des commentaires du Comité judiciaire sur la consultation des rapports des commissaires chargés de codifier les lois civiles du Bas-Canada, car ces directives allaient à l'encontre des méthodes d'interprétation reconnues par tous. Au surplus, les juges anglophones et francophones agissent à cet égard de façon identique, qu'ils siègent au Québec ou à la Cour suprême du Canada. Le mythe d'un code civil dissocié de ces travaux préparatoires, véhiculé longtemps par une certaine doctrine, a vécu[488]. En général, il appert que les magistrats se sont sentis parfaitement libres de puiser aux sources privilégiées par la méthode civiliste, en particulier les auteurs contemporains. Parmi ceux-ci, il est intéressant de se demander quels sont ceux qui ont recueilli leur faveur.

B. Les auteurs privilégiés par les juges

Nous avons choisi de diviser l'analyse de la doctrine citée en fonction de deux grands thèmes. En premier lieu, si la doctrine française jouit d'un très grand prestige, certaines de ses innovations ont été mal accueillies par les juges de la Cour suprême (1). Une analyse de la liste des auteurs les plus fréquemment cités montre que ce sont surtout les auteurs traditionnels français qui ont joui de la faveur des magistrats, tandis que les auteurs québécois ont été consultés très rapidement (2).

484. *Constructions Gille Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299, par. 20.
485. *Commentaires du ministre de la justice, Le Code civil du Québec, un mouvement de société*, Québec, les Publications du Québec, 1993; sur cette question, voir l'essai décapant de D. JUTRAS, *loc. cit.*, note 467.
486. *Doré c. Ville de Verdun*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 14.
487. *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 35 (j. Iacobucci); il semble toutefois que les débats parlementaires jouent «un rôle limité en matière d'interprétation législative»; «le tribunal [...] devrait les admettre comme étant pertinents quant au contexte et quant à l'objet du texte législatif» (*ibid.*, citant *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, 484 (j. Sopinka). Ainsi, le juge Iacobucci affirme que l'interprétation retenue est «compatible avec les déclarations faites par le ministre» (par. 34).
488. Voir Sylvio NORMAND, «Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec: la défense de l'intégrité du droit civil», (1987) 32 *R.D. McGill* 559-601, 576; S. PARENT, *op. cit.*, note 475, p. 185-187.

1. *Le rejet des innovations françaises*

Au début du XX[e] siècle, les juges de la Cour suprême du Canada sont très partagés sur l'accueil qu'il convient de faire aux nouveaux courants qui se manifestent en France (a). Par la suite, un consensus se dégage en faveur d'une approche formaliste de l'interprétation du Code civil (b).

a) La controverse concernant les innovations doctrinales françaises

Au tournant du siècle, un nouvelle doctrine française remet en question l'approche théorique et formaliste défendue par Aubry et Rau et Laurent. Saleilles, Josserand et Gény préconisent la recherche d'une solution mieux adaptée aux besoins de la société. Dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle, ils mettent en avant une nouvelle interprétation de l'article 1384 du Code Napoléon, qui traite de la responsabilité pour la faute des préposés, des enfants mineurs, des élèves et des apprentis. Le premier alinéa de cette disposition mentionne la responsabilité du dommage «causé par le fait [...] des choses que l'on a sous sa garde», sans plus de précisions. Certains auteurs en déduisent l'existence d'une présomption de faute ou même de responsabilité afin de venir en aide aux victimes d'un accident de travail, qui ont souvent bien du mal à prouver la faute de l'employeur. En Cour suprême du Canada, le juge Girouard est bien au fait de ce nouveau courant, mais il se fait le défenseur inflexible du critère de la faute et d'une conception stricte du lien de causalité[489]. En 1898, il déclare:

> The rule of law is therefore well established that no employer is responsible for his fault towards an employee, unless the latter proves that it is the immediate, necessary and direct cause of the injury he sustains. That rule is embodied in article 1053 of the Civil Code of Quebec; it is one of almost universal law among civilized nations, as well under the civil law as under the common law of England, a proposition which the authorities quoted in *The Montreal Rolling Mills Company* v. *Corcoran* fully establish. It has, however, been recently assailed with great vigour by eminent jurists, and among others Labbé, Prosper Staer, Gibon, Hubert-Valleroux and Béchaux, as being unjust and unfair to the workingman who often finds it difficult and sometimes impossible to give a true account of the acci-

489. *Montreal Rolling Mills Co. c. Corcoran*, précité, note 385; *Sénésac c. Central Vermont Railway Co.*, (1897) 26 R.C.S. 641, 645.

> dent; but in no less than ten or twelve decisions, which have reached us since *The Montreal Rolling Mills Company* v. *Corcoran* was decided, the old rule has been re-affirmed most emphatically by the highest court of France [...]. These two last *arrêts* have been accepted as having settled the French jurisprudence, and no hope of a remedy is entertained except by applying to the legislature.[490]

L'évolution de la jurisprudence française allait cependant lui donner tort. En 1907, contrairement au juge de première instance, il refuse d'admettre qu'un propriétaire de dynamite soit tenu responsable à titre de gardien à moins qu'il ne prouve avoir été dans l'impossibilité d'éviter l'accident[491].

En 1909, la Cour suprême se rallie toutefois à la nouvelle jurisprudence française. L'affaire *Shawinigan Carbide Co.* c. *Doucet* porte sur le cas d'un employé devenu aveugle à la suite d'une explosion survenue au cours de manœuvres qu'il effectuait sans que l'employeur ait été clairement négligent[492]. Dans des motifs rédigés dans un français impeccable, le juge Fitzpatrick adopte la nouvelle théorie française, même si la jurisprudence québécoise n'a jamais admis ce principe auparavant, en particulier à l'époque de la codification. L'article 1054 C.c.B.-C. et l'article 1384 du code français sont très semblables; en outre, les codificateurs n'entendaient pas modifier les règles suivies en France. Dans ces conditions, si, dans ce pays, «la jurisprudence et la doctrine tombent d'accord, après des années de conflit et de discussion», il se sent «presque forcé d'accepter leur conclusion commune et définitive», même si les termes pertinents de l'article sont demeurés inaperçus pendant un demi-siècle[493]. À son avis, la théorie voulant que la faute doive toujours être clairement prouvée a été abandonnée à la suite des critiques de Laurent, Labbé, Lyon-Caen, Glasson, Esmein, Saleilles, Josserand, Marcadé, Demolombe, Baudry-Lacantinerie et Huc[494]. En outre, selon Baudry-Lacantinerie, un passage de Domat semble admettre implicitement la responsabilité du fait des choses[495].

490. *The George Matthews Company* c. *Bouchard*, précité, note 398, p. 586-587 (références omises).
491. *Paquet* c. *Dufour*, (1908) 39 R.C.S. 332, 334-335.
492. Précité, note 400, p. 291-292.
493. *Id.*, p. 286-287.
494. *Id.*, p. 290. Ces motifs font également abondamment référence aux écrits de Planiol.
495. *Id.*, p. 289-290.

Pour sa part, le juge Girouard manifeste d'entrée de jeu son scepticisme:

> Voilà bientôt un demi-siècle que le code civil du Bas-Canada est en force et, pendant ce long espace de temps, même avant, des centaines de procès causés par des quasi-délits, et particulièrement des accidents du travail, ont été examinés et décidés par les tribunaux; et cependant il paraîtrait, dit-on, que jusqu'à ces derniers jours avocats et juges étaient dans une profonde ignorance de la loi et que jamais ils n'ont donné aux articles du code la vraie interprétation. D'après quelques juges et, disons-le, ils paraissent très peu nombreux, la faute qui est la base du quasi-délit serait présumée dans certains cas prévus par l'article 1054 C.C.[496]

Après avoir passé en revue les décisions québécoises, il conclut:

> Voilà ce que la jurisprudence de la province de Québec nous enseigne à l'unanimité. L'on nous dit qu'elle ne répond plus à la situation du monde industriel. C'est possible. Mais qui doit donner le remède? Est-ce le juge ou le législateur? Notre code civil commande aux juges de suivre dans l'interprétation de ses articles les lois en force lors de sa promulgation; et pour ma part je ne me laisserai certainement pas guider par les théories de quelques auteurs contemporains qui paraissent dominés par des raisons qui nécessiteraient un changement de la loi. Nous sommes ici non pas pour faire des lois, encore moins les changer [référence omise].[497]

Comme le tribunal de première instance, il est toutefois d'avis que l'employeur a commis une faute en ne fournissant pas de lunettes et de masques aux ouvriers[498]. Le juge Idington accepte de présumer que la machine ou la méthode employées étaient défectueuses[499]. Dans une longue dissidence, le juge Duff refuse d'examiner la formulation de l'article 1054 indépendamment de l'histoire des règles que celui-ci reprend[500]. Or, en 1865, la responsabilité du fait des choses n'existait qu'en cas de faute, tant en France qu'au Québec. À son avis, les deux versions de l'article 1054, en particulier la version anglaise, ainsi que les rapports des codificateurs ne permettent pas de conclure que le législateur entendait modifier ce principe[501]. Ce faisant, il montre à nouveau qu'il comprend parfaitement ce qu'est un code:

496. *Id.*, p. 293-294.
497. *Id.*, p. 298-299.
498. *Id.*, p. 296-297.
499. *Id.*, p. 300-302.
500. *Id.*, p. 311-312.
501. *Id.*, p. 316-323.

> It is sufficiently plain, I think, from what has already said upon the history of the legislation, that the proper mode of approaching these articles is to regard them as an exposition of one topic in a co-ordinated system of law already in force-and not at all as a string of detached legal enactments.[502]

Enfin, le juge Anglin croit que l'article 1054 ne présente aucune ambiguïté et rend l'employeur responsable[503].

En 1911, Raymond Saleilles publie un commentaire de l'arrêt *Shawinigan Carbide* dans lequel il approuve l'opinion du juge Duff; comme lui, il croit que le législateur de 1865 n'a pas entendu modifier les règles suivies en France depuis 1804[504]. En 1916, la Cour suprême doit se prononcer à nouveau sur la responsabilité du fait des choses; les trois juges majoritaires décident que l'article 1054 impose à la défenderesse une présomption de faute que celle-ci n'a pas repoussée[505]. Dans sa dissidence, le juge Duff ne manque pas de citer les passages de l'article de Saleilles qui appuient son interprétation du code québécois [506]. Mais il proteste vigoureusement contre la théorie défendue par celui-ci en France:

> And he adds that it is the duty of the courts to act upon their views of what the legislator would have enacted if he had envisaged the conditions to-day. If it were a legitimate procedure much might be said for the conclusion of M. Saleilles, and much for the theory of *la jurisprudence* in France and much also it may be added for the view of the court of appeal; in truth the want of unanimity (there are other theories current in France), is but the natural result of following a procedure which, under the name of judicial interpretation, in reality amounts to explicit judicial amendment of the law. I use this phrase because the process used by M. Saleilles is what we would unquestionably call legislation [...].[507]

Dans une autre affaire d'accident du travail, le juge-en-chef Fitzpatrick cite des passages d'une note rédigée par le juge-en-chef Taschereau, dont il ne donne ni la date ni les destinataires, où ce juge approuve la théorie de la faute présumée[508]. Encore

502. *Id.*, p. 319-320.
503. *Id.*, p. 345-347.
504. «La responsabilité du fait des choses devant la cour supérieure du Canada», (1911) 10 *R.T.D.C.* 23.
505. *Vandry* c. *Quebec Railway, Light, Heat and Power Co.*, précité, note 418, p. 89-90 (j. Idington), 119-112 (j. Anglin) et 124 (j. Brodeur), arrêt confirmé, [1920] A.C. 662.
506. *Id.*, p. 106-107.
507. *Ibid.*
508. *Norcross Bros. Co.* c. *Gohier*, (1918) 56 R.C.S. 415, 417-418.

une fois, les juges Anglin et Brodeur retiennent cette interprétation[509]. En 1920, le Comité judiciaire met un terme au débat et entérine la solution retenue par la Cour suprême. Après avoir reproché aux protagonistes de ne pas avoir accordé suffisamment d'attention à la formulation du code, Lord Sumner rappelle que si les décisions françaises sont intéressantes et stimulantes, elles ne lient pas les tribunaux québécois, qui doivent avant tout «[traduction] interpréter un texte édicté par une législature de l'Empire britannique»[510]. Il reconnaît que, dans ce débat, les juges ont tenté de se conformer à ces règles et qu'il peut être légitime dans certains cas d'examiner l'état du droit avant la codification. Il expose ensuite la méthode d'interprétation grammaticale, et ses limites:

> Still, the first step, the indispensable starting-point, is to take the Code itself and to examine its words, and to ask whether their meaning is plain. Only if the enactment is not plain can light be usefully sought from exterior sources. Of course it must not be forgotten what the enactment is, namely, a Code of systematized principles, not a body of administrative directions or an institutional exposition. Of course also the Code, or at least the cognate articles, should be read as a whole, forming a connected scheme; they are not a series of detached enactments. Of course, again, there is a point at which mere linguistic clearness only masks the obscurity of the actual provisions or lead to such irrational or unjust results that, however clear the actual expression may be, the conclusion is still clearer that no such meaning could have been intended by the Legislature.[511]

À son avis, la signification de l'article est évidente (*plain*) et il n'y a pas lieu d'avoir recours à la jurisprudence québécoise ou à la doctrine française. Ce faisant, il accorde une grande importance à la version française du code[512]. Il rappelle également que l'interprétation du code ne doit aucunement être conforme à la jurisprudence anglaise[513] et consacre la réception en droit québécois de cette nouvelle interprétation de l'article 1054 C.c.B-C.

b) L'approche formaliste

Dans un arrêt rendu la même année que l'arrêt du Comité judiciaire dont il vient d'être question, le juge Mignault reproche à

509. *Id.*, p. 425-426 (j. Anglin) et p. 430-431 (j. Brodeur).
510. *Quebec Railway, Light, Heat and Power Co.* c. *Vandry*, [1920] A.C. 662, 671-672.
511. *Id.*, p. 672.
512. *Id.*, p. 674-675.
513. *Id.*, p. 677-678.

ce tribunal de ne pas avoir respecté la règle de l'article 2615, aux termes duquel une divergence entre les deux versions doit être tranchée dans le sens indiqué par la règle de l'ancien droit reprise par la disposition en cause, ce qui aurait dû conduire le Comité à privilégier la version anglaise[514]. Dans un article paru en 1922, il déclare: «[p]ersonnellement, je n'étais pas partisan de cette interprétation, car elle me paraissait écarter la tradition; mais peu importe, le résultat a été bon»[515]. Il n'en critique pas moins la méthode utilisée par lord Sumner, au motif que celui-ci «regarde surtout le texte» et «ne tient pas compte de l'exposé des motifs des codificateurs, ni de la doctrine des auteurs» et semble préconiser une approche littérale. Seul un texte «clair et précis» peut justifier la mise à l'écart de la doctrine française[516]. On trouve ici l'essentiel de ce qui est reproché à la jurisprudence du Comité judiciaire à cette époque où prend forme la théorie plutôt nébuleuse d'une méthode d'interprétation spécifique au code civil, différente de celle qui est employée pour la législation ordinaire (le «droit statutaire»). Sauf pour la question des rapports des codificateurs, il n'est pas évident que la critique de Mignault soit vraiment applicable à l'arrêt *Vandry*, car la doctrine française et les juges québécois sont divisés sur cette question. Il est alors difficile de départager le désaccord avec la solution retenue par le Comité judiciaire et la critique des méthodes d'interprétation qu'il emploie[517]. En témoigne cette appréciation de Jean-Louis Baudouin: «[a]ussi paradoxale que la chose puisse paraître, le juriste québécois doit remercier le Conseil privé d'avoir su notamment en matière de responsabilité, donner au texte une interprétation un peu plus québécoise»; dans la note afférente, l'auteur cite l'arrêt *Vandry*...[518]

En principe, il faut admettre que bien des concepts du code civil ont une longue histoire et peuvent avoir une signification qui n'est pas évidente à la simple lecture. Dans ces conditions, il est risqué de trancher le litige en se fondant sur la formulation d'une disposition sans même consulter la doctrine et la jurisprudence françaises pertinentes. Si c'est là l'approche que préconise lord Sumner, elle est effectivement contraire à la tradition civiliste. Mais il est toujours nécessaire d'évaluer la pertinence des sources françaises (qui fournissent à l'époque un complément indispensable aux sources québécoises); inévitablement, le texte de loi joue alors un rôle déterminant. Or, si la doctrine québécoise reproche souvent aux juges de donner une portée restreinte au code afin d'écarter la doctrine et la jurisprudence française, elle n'hésite pas à critiquer les interprétations larges retenues dans d'autres affaires, au motifs qu'elles constituent des créations jurisprudentielles («judge-made law»)[519].

Rien n'illustre mieux la confusion qui règne dans les esprits. Traditionnellement, en droit anglo-canadien, les juges privilégient une interprétation restrictive des lois afin de préserver les concepts de la common law. La souplesse jurisprudentielle n'est pas de mise face à un texte dont on peut difficilement extraire des

514. *Watt and Scott Ltd.* c. *City of Montreal*, (1920) 60 R.C.S. 523, 546 (j. Mignault), arrêt confirmé, *City of Montreal* c. *Watt and Scott Ltd.*, [1922] 2 A.C. 555, 561-562 où lord Dunedin explique qu'il faut d'abord tenter de retenir un sens commun aux deux versions d'une disposition avant de recourir à l'article 2615 C.c.B.-C. D'autre part, l'article 1054 6e al. C.c.B.-C. précise que «La responsabilité ci-dessus a lieu seulement lorsque la personne qui y est assujettie ne peut prouver qu'elle n'a pu empêcher le fait qui a causé le dommage». Lord Dunedin déclare que pour remplir cette condition il suffit de prouver qu'il n'était pas possible d'empêcher le dommage par des moyens raisonnables (*id.*, p. 563). En pratique, il transforme ainsi la présomption de responsabilité de l'arrêt *Vandry* en présomption de faute, alors que la Cour de cassation opte en 1930 pour une présomption de responsabilité: voir notamment D. HOWES, *loc. cit.*, note 141, p. 104-107; Pierre-Gabriel JOBIN, «La Cour suprême et la réforme du Code civil», (2000) 79 *R. du B. Can.* 27-46, 32, note 25.

515. «L'avenir de notre droit civil» [2e partie], (1922-23) 1 *R du D.* 104-116, 112.

516. *Id.*, p. 110.

517. Voir sur ce sujet BRIERLEY et MACDONALD, *op. cit.*, note 475, nº 52, p. 55-57; S. PARENT, *op. cit.*, note 475, p. 129-135. De façon analogue, Louis BAUDOUIN déclare que les juges canadiens anglais «ont méconnu en toute bonne foi, les caractères fondamentaux de la puissance paternelle du droit québécois, trop imbus qu'ils sont de la liberté individuelle» («Conflits nés de la coexistence juridique au Canada», (1956-57) 3 *McGill L.J.* 51-69, 55). À propos de la responsabilité civile délictuelle, il affirme que «l'esprit juridique d'un Canadien anglais s'accommode plus volontiers de tendances sociales ou socialisantes que l'esprit juridique d'un Canadien-français» et que «l'esprit juridique anglais» domine l'interprétation de l'article 1054 C.c.-B.C. (*id.*, p. 58 et 60). Pour lui, le juriste canadien opère un repli constant sur la tradition (*id.*, p. 65); «[d]'esprit plus franchement socialisant, le juge canadien-anglais, notamment hors de cette Province trouve naturel d'englober certains concepts mal définis du droit privé dans la masse majoritaire des concepts dérivés du droit anglais» (*id.*, p. 67).

518. Jean-Louis BAUDOUIN, «Le Code civil québécois: crise de croissance ou crise de vieillesse», (1966) 44 *R. du B. can.* 391-416, 408, note 47.

519. S. PARENT, *op. cit.*, note 475, p. 134. À titre d'illustration, on peut signaler la controverse portant sur la qualification d'un droit de pêche indépendant de la propriété des terrains riverains ou du lit de la rivière. En 1922, le vicomte Haldane déclare qu'il s'agit d'un droit à un aspect distinct et accessoire de la propriété, après avoir laissé entendre qu'un usufruit peut être perpétuel: *Matamjaw Salmon Club* c. *Duchaîne*, [1922] 2 A.C. 426 (C.J.C.P.), 436-437. Il s'appuie notamment sur l'état du droit avant la codification (*id.*, p. 435-436). Le débat débute la même année et se poursuit jusqu'à nos jours: voir P.B. MIGNAULT, *loc. cit.*, note 515, p. 115 et, en dernier lieu, André COSSETTE, «Essai sur le droit de pêche dans les cours d'eau non navigables», (1997-98) 100 *R. du N.* 1-47.

principes généraux, en raison de sa formulation prolixe et des énumérations répétitives qu'il contient. À l'inverse, la phraséologie ample du code appelle à un travail de systématisation qui permet de dégager des principes sous-jacents[520]. Les exégètes français ont poussé cette méthodologie dans ses ultimes retranchements, au point où ils ont été accusés de se faire législateurs. Si la recherche d'un système cohérent qui pourvoit à toutes les éventualités a été abandonnée, il n'en demeure pas moins que des solutions se sont imposées en jurisprudence à la suite du travail de réflexion poursuivi au XIXe siècle. Au XXe siècle, dans les arrêts du Comité judiciaire, l'analyse historique et la discussion des principes de droit civil sont beaucoup moins élaborées que dans les décisions québécoises. Cela peut être dû au fait que ce tribunal cherche à formuler la question en litige la plus étroite possible, en se fondant souvent sur l'analyse de la preuve. De même, la solution d'une controverse repose fréquemment sur un ou deux arguments très précis plutôt que sur des considérations d'ordre général. Néanmoins, il faut reconnaître que cette approche n'est pas inconnue du droit civil – notamment dans l'interprétation grammaticale – et que les résultats obtenus auraient sans doute été les mêmes de toute manière.

À titre d'illustration, on peut noter que le juge Mignault n'hésite pas à se fonder sur une minime différence entre le code québécois et le code français afin d'écarter la jurisprudence française de son époque[521]:

> Il me semble d'ailleurs bien inutile de chercher cette règle, puisque nous l'avons en termes très clairs dans notre code civil, et si la jurisprudence française et les opinions d'auteurs qu'invoque mon honorable collègue, M. le juge Brodeur, vont au-delà de cette règle, c'est la règle elle-même, et non cette jurisprudence et ces opinions, que nous devons suivre et appliquer.[522]

520. Sur les particularités de l'interprétation en droit civil, voir P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 231, p. 37-42, 59-62, 347-348, 423-424; M. MORIN, *loc. cit.*, note 111.
521. L'article 1054 7e al. C.c.B.-C. prévoit que «Les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et ouvriers, dans l'exécution des fonctions auxquelles ces derniers sont employés» tandis que l'article 1384 3e al. du *Code Napoléon* emploie l'expression «dans les fonctions auxquelles ils les ont employés». Selon le juge Mignault, cette différence signifie que la règle québécoise est plus favorable à l'employeur, qui n'est pas responsable si l'ouvrier agit en violation des instructions reçues et en dehors de ses heures de travail, c'est-à-dire à l'occasion de ses fonctions: *Curley* c. *Latreille*, (1920) 60 R.C.S. 131, 175-176.
522. *Id.*, p. 178. On aura compris que, dans sa dissidence, le juge Brodeur accepte les solutions de la jurisprudence française (*id.*, p. 164-175).

On pourrait lui reprocher d'utiliser à son tour une approche excessivement littérale pour se démarquer du droit français. Le juge Anglin adresse lui aussi des critiques aux nouvelles tendances de la jurisprudence française:

> It is possible, although unlikely, that [...] the French Courts may ultimately reach the conclusion that the imputation of responsibility to the master in a case such as *Picon* c. *Peltier* is «en dehors de tout texte» and involves legislative rather than judicial action [référence omise].[523]

D'autres affaires de responsabilité civile vont fournir aux juges l'occasion de prendre leurs distances face au droit français. Ainsi, après avoir rappelé l'opinion que nous venons de citer, le juge Mignault déclare[524]:

> Je suis encore du même avis et il ne me semble pas inutile de le dire encore à raison de certaines solutions de la jurisprudence française qu'on a invoquées pour donner à l'article 1054 C.C., quand à la responsabilité des maîtres et commettants, une interprétation qu'il ne comporte pas dans mon opinion. Il faut bien reconnaître que la jurisprudence française a pris depuis quelques années une orientation qui l'écarte de plus en plus de la doctrine traditionnelle. Elle admet de nouvelles théories en matière de responsabilité civile, comme l'abus du droit, l'enrichissement sans cause et la responsabilité des irresponsables, enfants en bas âge et insensés (Planiol, t. 2 no. 878). On peut dire qu'elle tend à faire abstraction de la faute pour la remplacer par la conception du risque. Mais n'oublions pas que nous avons un code dont le texte doit nous servir de règle, et que si les opinions des auteurs et les décisions de la jurisprudence française ne peuvent se concilier avec le texte, c'est le texte et non ces opinions et ces décisions que nous devons suivre. Je ne serai certainement pas partisan d'une interprétation de notre code qui en fait prévaloir la lettre sur l'esprit, mais quand le texte est clair et sans équivoque on n'a pas besoin de chercher ailleurs.[525]

La dissidence du juge Duff est au même effet:

> There seems to be an increasing tendency in France (see Planiol, Revue critique de Législation, vol. 38, p. 298, 301) to refer to the parapraph under discussion as well as the opening paragraph of Article 1384 C.N. to a doctrine of social responsibility, according to which the risk of injury arising from the prosecution of an enter-

523. *Id.*, p. 162.
524. *Id.*, p. 175.
525. *Governor and Company of Gentlemen Adventurers of England* c. *Vaillancourt*, [1923] R.C.S. 414, 427-428.

> prise, whether through the negligence of servants or caused by things employed in the enterprise, should fall on the *entrepreneur* or proprietor because he enjoys the profits arising from it. I do not think considerations derived from this mode of reasoning can legitimately be applied in controlling the interpretation or the application of the text under consideration.[526]

Quelques années plus tard, dans une dissidence célèbre du juge Mignault, on peut lire ce qui suit:

> On a généralisé tellement les règles de la responsabilité civile en France, qu'on est pas très loin du système préconisé par certains auteurs, savoir que toute activité, même sans faute, engage la responsabilité de celui qui s'y livre.
>
> Je crois que l'on serait bien en peine de trouver de semblables doctrines dans les vieux jurisconsultes, tels que Pothier et Domat. Et il est possible que la jurisprudence française moderne ait été influencée, à son insu, par des considérations d'ordre social.
>
> Je ne puis accepter ce système [...].[527]

On voit donc que plusieurs juges influents de la Cour suprême ont opposé une fin de non-recevoir catégorique à certaines innovations de la doctrine française, bien que le juge en chef Fitzpatrick et le juge Brodeur leur aient réservé un accueil favorable. En leur accordant leur appui, les juges Idington et Anglin ont d'ailleurs permis la reconnaissance du principe de la responsabilité du fait des choses[528]. En dépit de cette évolution, la méthode d'interprétation du Code civil qui domine à la Cour suprême est celle des juges Girouard, Duff, Mignault et Anglin. Dans cette perspective, l'intention du législateur à l'époque de la codification est déterminante. Ces magistrats affirment fréquemment que le texte est «clair» et n'a pas besoin d'être interprété. Les théories de Raymond Saleilles et de François Gény sont écartées sommairement. Au Québec, dans les années vingt, un mouvement de juristes francophones et catholiques crée un climat qui encourage cette attitude. Ils réclament la protection de l'intégrité du droit civil et le respect par l'État de certains principes fondamentaux de la religion catholique. Ils s'opposent à la législation sociale et veulent préserver les valeurs traditionnelles de la société québécoise[529].

L'arrêt *Town of Montreal Hough* c. *West*, illustre parfaitement ce phénomène. La Cour suprême y refuse aux parents naturels le droit de réclamer une indemnité à une personne dont la faute a causé le décès de leur enfant. Le juge-en-chef Anglin reconnaît que si l'article 1053 C.c.B.-C. était le seul en cause, le recours serait peut-être recevable. Mais comme l'article 1056 doit être interprété conformément à la jurisprudence anglaise, il ne peut inclure les enfants naturels, car il serait insultant de supposer que la filiation illégitime est moins défavorisée au Québec qu'en Angleterre, en Écosse ou dans les autres provinces canadiennes[530]. Une décision québécoise est d'ailleurs à cet effet[531]. Le juge en chef Anglin termine son opinion ainsi:

> It was strongly urged at the bar that a construction of art. 1056 excluding natural parents and illegitimate children savours of barbarism and would shock the sensibilities of persons holding enlightened views, and that, accordingly, the courts should give to it a construction more consistent with humane and liberal ideas. The short answer to this contention is that the courts must await the action of the legislature, whose exclusive province it is to determine

526. *Id.*, p. 417.

527. *Regent Taxi et Transport Co.* c. *Congrégation des petits frères de Marie*, précité, note 447, p. 686. Dans ses motifs, le juge Mignault accepte la doctrine de l'enrichissement sans cause, à propos de laquelle il semblait plutôt réservé auparavant (*id.*, p. 690-691). En 1934, il déclare:
«On ne croit plus maintenant que tout le droit soit consigné au Code, ce qui, du reste, n'a jamais été vrai. Et c'est un des plus curieux aspects de la science juridique contemporaine que de voir s'ériger, en marge sinon au-delà des textes, de véritables constructions jurisprudentielles, qui deviennent source de droit presqu'au même titre que les textes. Je ne saurais en indiquer un exemple plus probant et d'un plus grand intérêt que le sujet de mon article.» («L'enrichissement sans cause», (1934-35) 13 *R. du D.* 157, 157).
Il conclut:
«On ne peut pas ne pas admirer le travail de la jurisprudence française de nos jours. Se faisant l'écho des préoccupations sociales et économiques courantes, elle fait certainement progresser la science du droit. Elle cherche et trouve quelquefois dans l'arsenal juridique des solutions dont les anciens jurisconsultes ne soupçonnaient pas l'existence. L'enrichissement sans cause en est un exemple.» (*id.*, p. 180-181).

528. Le juge Brodeur était cependant dissident dans certaines causes célèbres où il s'opposait à l'indemnisation de la partie ayant subi un dommage: *Watt and Scott Ltd.* c. *City of Montreal*, précité, note 514, p. 532-539; *Ross* c. *Dunstall*, précité, note 447, p. 403-414.

529. Jean-Guy BELLEY, «Une croisade intégriste chez les avocats du Québec: *La Revue du Droit* (1922-1939)», (1993) 34 *C. de D.* 183-217; Dominique GOUBAU et Claire O'NEILL, «L'adoption, l'Église et l'État: les origines tumultueuses d'une institution légale, (1997) 38 *C. de D.* 769-804; S. NORMAND, *loc. cit.*, note 488; S. PARENT, *op. cit.*, note 475, p. 99-106.

530. [1931] R.C.S. 113, 120-123. Il convient de signaler que l'avocat de la ville défenderesse avait refusé de soutenir que les enfants naturels n'étaient pas protégés par l'article 1056 C.c.B.-C. C'est la Cour qui soulève l'argument et en a fait le fondement de sa décision (*id.*, p. 119).

531. *Id.*, p. 124-125.

> what should be the law. Whatever may occur elsewhere (1929) Canadian Bar Review, vol. VII, p. 617) it would seem to be the plan of this «Court of Law and Equity» (R.S.C. (1927), c. 35, s. 3) to give effect to the intention of the legislature as expressed, not to make the law as they think it should be. *Judicis est jur dicere, non dare*.[532]

L'article cité par le juge en chef est un commentaire de l'arrêt *Edwards* c. *Attorney-General for Canada*[533], où le Comité judiciaire conclut que les femmes font bien partie des «personnes» qui, aux termes de l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*[534], peuvent être nommées au Sénat si elles sont qualifiées par ailleurs. L'auteur affirme que le Comité judiciaire n'est pas lié par des règles de droit, contrairement à la Cour suprême. Il insinue que ses juges se sont arrogés un pouvoir législatif, car leur arrêt a modifié la constitution du Sénat[535]. Il leur reproche également d'avoir affirmé que la constitution canadienne est un arbre vivant qui doit croître avec le temps, encourageant ainsi les juges canadiens à ne pas se préoccuper uniquement de l'intention qu'avait le législateur en 1867[536]. Or ce principe est à l'interprétation constitutionnelle ce que la théorie de François Gény est à l'interprétation du Code civil.

Dans l'arrêt *Town of Montreal West* c. *Hough*, le juge Rinfret prend position sur ce sujet. Après avoir rappelé la jurisprudence du Comité judiciaire selon laquelle l'article 1056 ne doit pas être interprété conformément au droit anglais, il déclare: «[j]e préfère donc appuyer mon jugement sur l'interprétation interne de la loi»[537]. Il renvoie alors à la page 25 de l'ouvrage de François Gény, où l'auteur expose la théorie qu'il va s'employer à critiquer:

> Pour Blondeau, l'unique source des décisions juridiques doit être actuellement la loi: il admet bien sans doute son interprétation, mais comme devant venir exclusivement d'elle-même, de son texte ou de l'esprit qui l'a inspirée, non d'aucune source étrangère. Il exclut ainsi que ce qu'il appelle «les fausses sources de décision, que

532. *Id.*, p. 128.
533. [1930] A.C. 124 (C.J.C.P.).
534. 1867 (R.-U.), c. 3.
535. Geo. F. HENDERSON, «Eligibility of Women for the Senate», (1929) 7 *R. du B. can.* 617, 628.
536. *Edwards* c. *Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, 136 (C.J.C.P.).
537. *Town of Montreal West* c. *Hough*, précité, note 530, p. 133. Le juge Rinfret conclut qu'en général, dans le Code civil comme dans l'ancien droit, le mot «enfant» signifie «enfant légitime» et qu'il en va de même pour les mots «père» ou «mère» (*id.*, p. 133-135). Pour sa part, le juge Cannon adopte l'interprétation de l'ancien droit français sur cette question, car ses règles étaient toujours en vigueur au Bas-Canada à l'époque de la codification (*id.*, p. 138-139).

> l'on a si souvent substituées à la volonté du législateur », parmi lesquelles, il cite: les précédents ou autorités, les usages non consacrés par la loi, le sentiment de l'équité, l'idée de l'utilité générale, les adages juridiques ou les prétendus axiomes empruntés à des sciences voisines. À ses yeux, donc, la loi, toute seule, doit et peut, grâce à une interprétation, en quelque sorte interne, suffire à toutes les exigences de la vie juridique [référence omise].[538]

Voilà donc une démonstration éclatante de l'attachement des juges québécois à la méthode d'interprétation traditionnelle dénoncée par Gény. La réticence de la Cour suprême frise parfois le ridicule. Ainsi, elle refuse d'admettre que le propriétaire d'un mur non mitoyen construit de chaque côté de la ligne séparant deux lots puisse pratiquer des ouvertures et les obstruer avec des blocs de verre translucide, car le code n'autorise pas les «jours» dans ce cas. En France, un tribunal de première instance a décidé que ce type de verre ne constituait pas une ouverture. Selon le juge Cannon, seul le législateur pourrait effectuer une telle modification au Québec[539]. Ainsi, l'attachement de la Cour suprême à la doctrine traditionnelle de droit civil ne fait aucun doute durant cette période; il n'est pas question qu'elle entreprenne d'adapter le droit civil aux besoins de la société. Cette attitude va se poursuivre encore longtemps.

2. *Les auteurs les plus fréquemment cités*

Les préférences des juges québécois en ce qui concerne la doctrine civiliste francophone peuvent également être mises au jour en effectuant une analyse quantitative. De manière un peu arbitraire, nous avons décidé d'utiliser des tranches d'une vingtaine d'années. La première débute en 1876, année où la Cour suprême rend ses premiers arrêts; elle se termine en 1899; la deuxième va de 1900 à 1921, l'année où l'arrêt *Despatie* c. *Tremblay*[540] est rendu. Nous analyserons ces deux périodes ensemble (a). La troisième tranche recouvre les années 1922 à 1940. Elle inclut la majeure partie de la période où siège le juge Mignault (1918-1929) et coïncide à peu près avec le départ du juge Brodeur (1923), qui est remplacé par le juge Thibaudeau Rinfret en 1924 après que le juge Malouin a siégé quelques mois à la Cour. La quatrième

538. *Op. cit.*, note 24, t. 1, p. 25.
539. *Kert* c. *Winsberg*, [1939] R.C.S. 28, 33 (j. Cannon, avec l'accord des juges Crocket et Kerwin).
540. Précité, note 474.

tranche débute en 1941 et se termine en 1963. Ces deux tranches seront également étudiées ensemble (b). Comme la banque de données SCR se termine en 1984, nous arrêtons les recherches cette année-là[541], laissant à d'autres le soin d'analyser l'influence de la doctrine française et québécoise depuis lors. Antérieurement à 1964, afin de fournir un point de comparaison, nous avons fait compulser un certain nombre de recueils de jurisprudence dans le but de déterminer le nombre d'occurrences d'un nom d'auteur. Par la suite, la banque de données JURIS de SOQUIJ reproduit l'ensemble des décisions québécoises publiées de 1964 à 1974, tandis que la banque «Tribunaux de droit commun» débute en 1974 et se poursuit jusqu'à aujourd'hui; en conséquence, la période 1964-1984 sera examinée en dernier lieu (c).

Pour toutes les périodes choisies, nous avons repéré dans les banques le nom de certains auteurs, en tentant d'éliminer les citations contenues dans le résumé des plaidoiries et les cas d'homonymie, c'est-à-dire les noms propres répandus qui peuvent désigner des personnes différentes (par ex. Langelier, Perrault) ou constituer un prénom (Laurent). Nous avons également éliminé les renvois aux décisions d'un juge qui est également auteur, afin de retenir uniquement les ouvrages ou les articles qu'il a publiés. Pour cette raison, dans le cas de Pierre-Basile Mignault, nous avons dû exclure de la recherche les années où il siège à la Cour suprême. Nous avons inclus les noms d'auteurs contenus à l'intérieur d'une citation plutôt que dans le texte rédigé par un juge, mais ces cas ne sont pas très nombreux. Dans les banques de données, nous avons compté les arrêts plutôt que le nombre de citations. Ainsi, un auteur peut être cité par quatre juges qui ont consulté trois de ses publications, qu'il s'agisse d'ouvrages ou d'articles; cette décision ne compte pas davantage que celle où l'on cite ce juriste une seule fois[542]. D'autre part, nous n'avons pas cherché à déterminer si les juges approuvent ou rejettent l'opinion d'un auteur. En effet, il nous a semblé que, en général, lorsqu'un auteur est cité très fréquemment, on peut conclure que ses opinions sont généralement bien acceptées par la jurisprudence.

Les tableaux reproduits ci-après présentent en ordre décroissant les auteurs les plus fréquemment cités. Ils contiennent

541. La banque ACS prend le relais de 1985 à nos jours.
542. Le Tableau II montre que l'utilisation du nombre d'occurrences des noms d'auteurs au lieu du nombre d'arrêts dans la banque de données SCR ne modifie pas de manière très significative le classement.

certains noms d'auteurs de répertoires, de dictionnaires ou de publications périodiques[543]. Ceux-ci se classent très bien, mais comme ils recouvrent à la fois des arrêts des tribunaux français, des notes ou des articles de doctrine publiés par d'autres, nous les excluons de la liste des auteurs. Nous tenons pour acquis que le classement peut être comparé d'une colonne à l'autre, au moins pour établir les noms qui reviennent le plus souvent. Si la position exacte d'un nom peut être due à une variation statistique, le fait qu'il soit en tête ou au contraire au bas de la liste nous semble significatif. Nous indiquons entre parenthèses la position d'un auteur dans chaque colonne d'un tableau. Ainsi, pour le Tableau II (1876-1899), DEMOLOMBE (3-3-4) signifie que cet auteur occupe la troisième place dans les deux colonnes des arrêts de la Cour suprême et la quatrième dans celle des autres tribunaux québécois. En outre, nous excluons de la liste les noms qui ne figurent pas dans chacune des colonnes.

a) De 1876 à 1921

TABLEAU II: FRÉQUENCE DES CITATIONS D'AUTEURS, 1876-1899

BANQUE S.C.R. de Quicklaw, 1876-1899 (nombre d'arrêts)	**BANQUE S.C.R. de Quicklaw, 1876-1899** (nombre d'occurrences)	**(1876) 20 L.C.J., (1880) 24 L.C.J., (1885) 29 L.C.J., (1892) 1 B.R. et (1895) 4 B.R.** (nombre d'occurrences)*
1. LAURENT (71)	1. LAURENT (161)	1. POTHIER (44)
DALLOZ (58)	2. POTHIER (134)	DALLOZ (36)
2. POTHIER (55)	DALLOZ (124)	2. TROPLONG (25)
3. DEMOLOMBE (44)	3. DEMOLOMBE (113)	3. LAURENT (21)
MERLIN (40)	4. TROPLONG (82)	4. DEMOLOMBE (16)
4. DURANTON TROPLONG (38)	SIREY (73)	MERLIN (12)
5. AUBRY et RAU (37)	MERLIN (69)	5. PIGEAU (11)
SIREY (36)	5. AUBRY et RAU (55)	6. AUBRY et RAU – MARCADÉ (10)

543. Dalloz, Fuzier-Herman, Guyot, Merlin, Pandectes, Roland de Villargues, Sirey. Notons que les chiffres cités ne sont pas exacts car les abréviations n'ont pas été recherchées.

BANQUE S.C.R. de Quicklaw, 1876-1899 (nombre d'arrêts)	**BANQUE S.C.R. de Quicklaw, 1876-1899** (nombre d'occurrences)	**(1876) 20 L.C.J., (1880) 24 L.C.J., (1885) 29 L.C.J., (1892) 1 B.R. et (1895) 4 B.R.** (nombre d'occurrences)*
6. MARCADÉ (32)	6. DURANTON (52)	7. BEDARRIDE – SOURDAT (8)
7. BEDARRIDE (21)	7. MARCADÉ (45)	8. CODIFICATEURS – GUYOT (7)
8. LAROMBIERE TOULLIER (20)	8. TOULLIER (37)	9. FRÉMY DE LIGNEVILLE – LAROMBIÈRE – ROLLAND DE VILLARGUES – TOULLIER (6)
9. PARDESSUS (17)	9. BEDARRIDE (35)	10. D'AGUESSEAU – DE SALVAING – DUVERGIER – HÉRICOURT – LEPAGE – PARDESSUS (5)
10. DOMAT (16)	10. PARDESSUS (29)	11. DURANTON – GRENIER (4)
11. CODIFICATEURS – GUYOT (15)	11. LAROMBIERE (28)	12. DENIZART – MASSÉ – NOUVELLES PANDECTES (3)
12. PIGEAU (12)	GUYOT (23)	13. DOMAT – PANDECTES FRANÇAISES (2)**
Omis	12. CODIFICATEURS – DOMAT (19)	

Note méthodologique: le chiffre entre parenthèses indique soit le nombre d'arrêts où un auteur est cité au moins une fois par un juge, soit le nombre d'occurrences de son nom dans les motifs des juges. Les citations contenues dans les résumés des plaidoiries ont été exclues; celles qui apparaissent dans un extrait cité par un juge ont été comptées. Lorsque le nombre d'arrêts est utilisé (première colonne), les citations multiples ou faites par des juges différents ne sont pas comptées. Lorsque le nombre d'occurrences est comptabilisé, toute mention du nom de l'auteur est dénombré, à l'exclusion des résumés des plaidoiries. Les noms de publications périodiques ou de répertoires (Dalloz, Sirey, Fuzier-Herman) ne sont pas inclus dans la liste des auteurs les plus cités.

* Les données de cette colonne ont été compilées par Madame Josée Robert, étudiante à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa; L.C.J. = Lower Canada Jurist (ces volumes ne contiennent aucun arrêt de la Cour suprême du Canada); B.R. = *Rapports judiciaires officiels de Québec, Cour du Banc de la Reine*. Les noms cités une seule fois ont été omis.

** Seuls les auteurs qui figurent dans les deux premières colonnes du Tableau ont été inclus.

TABLEAU III: FRÉQUENCE DES CITATIONS D'AUTEURS, 1900-1921

BANQUE S.C.R. de Quicklaw, 1900-1921 (nombre d'arrêts)	**(1900) 9 B.R., (1905) 14 B.R., (1910) 19 B.R., (1915) 24 B.R. et (1920) 26 B.R.*** (nombre d'occurrences)
DALLOZ (66)	1. POTHIER (35)
1. LAURENT (62)	2. LAURENT (23)
2. POTHIER (59)	3. AUBRY et RAU (21)
SIREY (38)	4. BAUDRY-LACANTINERIE (20)
3. AUBRY et RAU (36)	DALLOZ (19)
4. BAUDRY-LACANTINERIE (35)	5. DEMOLOMBE (14)
5. PLANIOL (32)	FUZIER-HERMAN (13)
6. DEMOLOMBE (31)	PANDECTES FRANÇAISES (10)
FUZIER-HERMAN (25)	6. CODIFICATEURS – TROPLONG (9)
7. CODIFICATEURS (24)	7. LAROMBIÈRE (8)
8. MARCADÉ (20)	8. LEFORT – MERLIN – SIREY (6)
9. HUC – TROPLONG (19)	9. GUILLOUARD – MARCADÉ – PIGEAU – PROUD'HON – TOULLIER (5)
10. GUILLOUARD – MIGNAULT (1900-1918) (14)	10. BEDARRIDE – FERRIÈRE – HUC – PARDESSUS – PLANIOL (4)
MERLIN (13)	11. BOITARD – DOMAT – DURANTON – DUVERGIER – GARSONNET – PONT (3)
11. DURANTON (12)	12. COUTEAU- DENISART – MOURLON – ROLLAND DE VILLARGUES – SACHET (2)
12. LANGELIER – PANDECTES FRANÇAISES (11)	Omis

* Les données de cette colonne ont été compilées par Madame Josée Robert, étudiante à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa; voir la note méthodologique sous le Tableau II.

Le tableau II (1876-1899) correspond à la période où la doctrine québécoise est très peu développée. La liste des auteurs les plus fréquemment cités est la suivante[544]: LAURENT (1-3), POTHIER (2-1), DEMOLOMBE (3-4), TROPLONG (4-2), AUBRY et RAU (5-6), DURANTON (6-11), MARCADÉ (7-6), TOULLIER (8-9), BEDARRIDE (9-7), PARDESSUS (10-10), LAROMBIERE (11-9) et DOMAT (12-13). Les auteurs de l'école de l'Exégèse, ainsi que Pothier, dominent tant à la Cour suprême qu'à la Cour d'appel, ce qui n'a rien d'étonnant en cette fin du XIXe siècle[545]. La position des auteurs est très semblable en Cour suprême et dans les décisions d'autres tribunaux québécois. De 1900 à 1921, la liste est la suivante: LAURENT (1-2), POTHIER (2-1), AUBRY et RAU (3-3), BAUDRY-LACANTINERIE (4-4), PLANIOL (5-10), DEMOLOMBE (6-5), CODIFICATEURS (7-6), MARCADÉ (8-9), HUC (9-10), TROPLONG (9-6), GUILLOUARD (10-6) et DURANTON (11-11). Là encore, la position de ces auteurs est généralement très semblable en Cour suprême et en Cour d'appel. Enfin, Pierre-Basile Mignault et Charles-François Langelier figurent respectivement en dixième et en douzième position dans la liste de la Cour suprême, ce qui confirme le fait que les auteurs québécois y sont cités très tôt. Le premier n'apparaît qu'une fois en Cour d'appel au cours de cette période. Langelier ne figure pas dans les recueils consultés, mais cela est peut-être dû à la faible taille de l'échantillon.

La popularité de Laurent, de Demolombe et d'Aubry et Rau doit être mise en parallèle avec l'importance que ces auteurs accordent au texte de loi[546]. Nous avons vu que Laurent donne dans la caricature à force de vouloir confiner les principes du droit civil aux déclarations du législateur. Mais Aubry et Rau et dans une moindre mesure Demolombe cherchent à bâtir un système logique qui épouse le plus fidèlement possible les contours du code[547]. On peut en déduire que la recherche débridée de principes sous-jacents à laquelle s'adonnent les premiers exégètes est peu

544. Cette liste contient uniquement les noms d'auteurs qui apparaissent dans les deuxième et troisième colonnes du Tableau II, qui indiquent le nombre d'occurrences dans la banque SCR et dans les recueils de jurisprudence choisis, à l'exclusion de la première colonne, qui donne le nombre d'arrêts dans la Banque de données SCR où un même auteur est cité au moins une fois.

545. Voir également R. CRÊTE, *loc. cit.*, note 94, p. 226 et 253.

546. Sur le rôle joué par ces auteurs à cette époque, voir Pierre-Gabriel JOBIN, «L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois: le rapprochement et l'éloignement de deux continents», dans H.P. GLENN (dir.), *op. cit.*, note 75, p. 91, à la page 97.

547. Voir *supra*, partie I, A, 2.

populaire chez les magistrats québécois appelés à trancher les litiges de droit civil. C'est plutôt la fidélité au texte – l'interprétation dite littérale ou grammaticale – qui domine. Enfin la présence de Pothier confirme l'importance accordée à l'ancien droit; mais celui-ci était également consulté en France, peut-être moins fréquemment

b) De 1922 à 1963

En utilisant la méthodologie décrite ci-dessus, on obtient les résultats présentés dans les Tableaux IV et V.

TABLEAU IV: FRÉQUENCE DES CITATIONS D'AUTEURS, 1922-1940

BANQUE S.C.R. de Quicklaw, 1922-1940 (nombre d'arrêts)	**(1925) 39 B.R., (1930) 48 B.R., (1935) 58 B.R. (1940) 69 B.R.** (nombre d'occurrences) *
1. POTHIER (53)	1. BAUDRY-LACANTINERIE (33)
2. LAURENT (42)	2. LAURENT – POTHIER (25)
3. BAUDRY-LACANTINERIE (39)	3. AUBRY et RAU (24)
DALLOZ (32)	4. MIGNAULT (21)
4. DEMOLOMBE (27)	FUZIER-HERMAN
FUZIER-HERMAN (23)	5. DEMOLOMBE (12)
5. MIGNAULT (1930-1940) (21)	6. PLANIOL et RIPERT (11)
6. PLANIOL (20)	7. SACHET (10)
7. CODIFICATEURS – HUC (18)	8. PLANIOL (9)
SIREY.	9. DALLOZ – ROLLAND DE VILLARGUES – TROPLONG (5)
8. PLANIOL et RIPERT (16)	10. GUILLOUARD – MAZEAUD (auteur ou co-auteurs) – MERLIN – SOURDAT – TOULLIER (4)
9. GUILLOUARD (14)	11. DURANTON – HUC – MARCADÉ – MATHIEU et THÉVENOT D'ESSAULES – PIGEAU (3)

BANQUE S.C.R. de Quicklaw, 1922-1940 (nombre d'arrêts)	**(1925) 39 B.R., (1930) 48 B.R., (1935) 58 B.R. (1940) 69 B.R.** (nombre d'occurrences) *
10. AUBRY et RAU (12)	12. BEAULIEU, M.-L. – CODIFICATEURS – LANGELIER – LAROMBIERE – MASSÉ et VERGE – PARDESSUS – SAVATIER – SIREY – VALROGER (2)
MERLIN (11)	Omis
11. COLIN et CAPITANT – LAROMBIERE – (10)	
12. DEMOGUE – DOMAT – PARDESSUS (7)	
13. LANGELIER – MARCADÉ – SOURDAT (6)	

* Les données de cette colonne ont été compilées par Madame Josée Robert, étudiante à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa; voir la note méthodologique sous le Tableau II.

TABLEAU V: FRÉQUENCE DES CITATIONS D'AUTEURS, 1941-1963

BANQUE S.C.R. de Quicklaw, 1941-1963 (nombre d'arrêts)	**[1945] B.R. , [1950] B.R. et [1960] B.R.** (nombre d'occurrences)*
1. MIGNAULT (44)	1. PLANIOL et RIPERT (33)
2. PLANIOL et RIPERT (42)	2. MIGNAULT (28)
DALLOZ (32)	3. LAURENT (23)
3. BAUDRY-LACANTINERIE – POTHIER (26)	4. POTHIER (17)
4. LAURENT (24)	5. BAUDRY-LACANTINERIE (15)
5. DEMOLOMBE (17)	6. AUBRY et RAU – MAZEAUD (auteur ou co-auteurs) (14)
6. PLANIOL (15)	7. DEMOLOMBE (12)
7. AUBRY et RAU – COLIN et CAPITANT – MAZEAUD (auteur ou co-auteurs) (14)	8. SAVATIER (7)

BANQUE S.C.R. de Quicklaw, 1941-1963 (nombre d'arrêts)	**[1945] B.R. , [1950] B.R. et [1960] B.R.** (nombre d'occurrences)*
8. CODIFICATEURS (13)	9. *Traité de droit civil du Québec* (6)
9. LANGELIER – SAVATIER – SIREY (11)	10. CODIFICATEURS – DALLOZ – DE LORIMIER – SOURDAT (5)
PANDECTES FRANÇAISES (10)	11. FERRIÈRE – GARSONNET – PLANIOL (4)
10. FUZIER-HERMAN – JOSSERAND (9)	12. CARRÉ ET CHAUVEAU – FUZIER-HERMAN – GARDENAT – GARSONNET – JOSSERAND – MARCADÉ – NADEAU, A. – PANDECTES BELGES – RIVARD A. (3)
11. HUC – MARCADÉ – TROPLONG (7)	13. COLIN et CAPITANT – LANGELIER – PANDECTES FRANÇAISES – TROPLONG (2)**
12. *Traité de droit civil du Québec* (6)	Omis

* Les données de cette colonne ont été compilées par Madame Josée Robert, étudiante à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa; voir la note méthodologique sous le Tableau II. Le volume de 1960 compte 1288 pages, comparativement à 846 en 1950 et 783 en 1945. La plupart des volumes publiés après 1950 sont beaucoup plus volumineux que par le passé. C'est pourquoi nous avons retenu uniquement les années 1945, 1950 et 1960.

** Seuls les auteurs qui figurent dans la première colonne du Tableau ont été inclus.

Encore une fois, de 1922 à 1940, les mêmes noms dominent en Cour suprême et en Cour d'appel: POTHIER (1-2), LAURENT (2-2), BAUDRY-LACANTINERIE (3-1), DEMOLOMBE (4-5), MIGNAULT (5-4), PLANIOL (6-8), CODIFICATEURS (7-12), HUC (7-11), PLANIOL et RIPERT (8-6), GUILLOUARD (9-10), AUBRY et RAU (10-3), LAROMBIERE (11-12), PARDESSUS (12-12), LANGELIER (13-12), MARCADÉ (13-11), SOURDAT (12-10). De 1941 à 1963, la liste est la suivante: MIGNAULT (1-2), PLANIOL et RIPERT (2-1), BAUDRY-LACANTINERIE (3-5), POTHIER (3-4), LAURENT (4-3), DEMOLOMBE (5-7), PLANIOL (6-11), AUBRY et RAU (7-6), COLIN et CAPITANT (7-13) MAZEAUD (7-6), CODIFICATEURS (8-10), LANGELIER (9-13), SAVATIER (9-8), JOSSERAND (10-12), MARCADÉ (11-11), TROPLONG (11-13), *Traité de droit civil du Québec* (12-9).

Au cours de ces deux périodes, les noms qui reviennent le plus souvent comprennent un auteur du XVIIIe siècle (Pothier), des juristes qui ont écrit au XIXe siècle (Laurent, Demolombe, Guillouard etc.) et un ouvrage publié au milieu de ce siècle qui fait l'objet de plusieurs éditions par la suite (Aubry et Rau[548]). Cet engouement pour la doctrine traditionnelle a été signalé dès 1936 par Mignault:

> Presque tous nos avocats et magistrats sont formés à l'école de l'exégèse, la première en date. L'école moderne est beaucoup plus osée et ne se fait pas faute de devancer les textes. Ce sont des considérations d'utilité sociale qui l'inspirent. Elle influence surtout la jurisprudence française la plus récente qui érige de véritables constructions ou systèmes juridiques, tels que l'abus des droits et l'enrichissement sans cause. Il est à prévoir que ce mouvement avancé aura des échos chez-nous, mais son influence n'a pas été considérable jusqu'à ce moment.[549]

La place importante occupée par les traités de Baudry-Lacantinerie ou de Planiol et Ripert témoigne également d'une préférence pour une interprétation traditionnelle du code, sans égard au fait que certains problèmes sociaux peuvent ne pas avoir été envisagés par le législateur[550]. De 1941 à 1963, de nouveaux auteurs français apparaissent: les frères Mazeaud, Josserand et Savatier, tandis que le *Traité de droit civil du Québec,* dirigé par Gérard Trudel[551], se retrouve parmi les noms cités fréquemment. Durant cette période, Mignault devient l'auteur le plus cité en Cour suprême tandis qu'il occupe la deuxième position en Cour d'appel; la position de Langelier varie de la neuvième à la treizième place.

Comme on pouvait s'y attendre, un auteur français novateur comme Saleilles ne fait pas partie de la liste. En effet, au Québec,

548. Voir J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, nº 34, p. 65 et nº 123, p. 184.
549. *Loc. cit.*, note 438, p. 127. Sur la doctrine et la jurisprudence, voir également P.G. JOBIN, *loc. cit.*, note 546; P.G. JOBIN, «Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges: les débuts d'une affaire de famille», (1980) 21 *C. de D.* 257-275; Sylvio NORMAND, «Une analyse quantitative de la doctrine en droit civil québécois», (1982) 23 *C. de D.* 1009-1028; S. NORMAND, «L'histoire de l'imprimé juridique: un champ de recherche inexploré», (1993) 38 *R.D. McGill* 130-146; S. NORMAND, «Profil des périodiques juridiques québécois au XIXe siècle», (1993) 34 *C. de D.* 153-182; S. NORMAND, «La périphérie du texte dans les ouvrages québécois», (1998) 39 *C. de D.* 75-133.
550. Voir J.L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, nº 127, p. 190-191 et nº 201, p. 292-293 et *supra*, partie I.
551. Montréal, Wilson & Lafleur, 1942-1958, 17 volumes.

les audaces de la doctrine et de la jurisprudence françaises sont associées de manière parfaitement aberrante au rôle créateur des juges en common law («judge-made law»)[552]. En outre, ce courant doctrinal n'a pas produit de vaste traité embrassant l'ensemble du droit civil et susceptible de connaître plusieurs éditions. Or ce sont des ouvrages de ce genre qui sont consultés fréquemment par les juges. Enfin, dans les années trente, l'évolution du droit français est de plus en plus critiquée par une partie de la doctrine, notamment par Louis Josserand, qui conteste plusieurs réformes législatives[553]. Le conservatisme d'un Georges Ripert ou des frères Mazeaud n'est plus à démontrer. Au Québec, dans les années cinquante, au Québec, l'enseignement du droit se résume lui aussi, dans la plupart des cas, à un commentaire des dispositions du code[554]. Le *Traité de droit civil du Québec* emprunte la forme du commentaire article par article, une méthode qui a été abandonnée en France dans le dernier tiers du XIXe siècle. La méthode exégétique formaliste est donc encore dominante de 1921 à 1963.

c) De 1964 à 1984

Les résultats pour la période qui va de 1964 à 1984 sont présentés dans le tableau VI. Il convient toutefois de signaler que le fait de ne pas inclure un nom dans la liste des auteurs recherchés pourrait modifier les données de manière beaucoup plus considérable que dans les périodes précédentes.

TABLEAU VI: FRÉQUENCE DES CITATIONS D'AUTEURS, 1964-1984

BANQUE S.C.R. de Quicklaw, 1964-1984	BANQUE JURIS DE SOQUIJ, 1964-1974	BANQUE TRIBUNAUX DE DROIT COMMUN, 1974-1984
1. MIGNAULT (33)	1. *Traité de droit civil du Québec* (337)	1. *Traité de droit civil du Québec* (708)
2. *Traité de droit civil du, Québec* (28)	2. MIGNAULT (290)	2. MIGNAULT (446)

552. S.PARENT, *op. cit.*, note 475, p. 138-157.
553. J.L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 24, nº 126, p. 189-190; D. JUTRAS, *loc. cit.*, note 58, p. 337-338.
554. Jean GOULET, «La naissance de l'enseignement universitaire du droit au Québec», (1999-2000) 30 *R.G.D.* 425-445, 426-427; Roderick A. MACDONALD, «Understanding Civil Law Scholarship in Quebec», (1985) 23 *Osg. H.L.J.* 573-608, 598; Sylvio NORMAND, «Tradition et modernité à la Faculté de droit de l'Université Laval de 1945 à 1965», (1992) 33 *C. de D.* 141-187, 151-152.

3. PLANIOL et RIPERT (22)	3. PLANIOL et RIPERT (136)	3. BAUDOUIN, J.-L. (245)
4. MAZEAUD (17)	4. MAZEAUD (95)	4. NADEAU, A. et R. (149)
5. POTHIER (9)	5. BAUDRY-LACANTINERIE (82)	5. PLANIOL et RIPERT (129)
6. DURANTON (8)	6. LAURENT (73)	6. MAZEAUD (103)
7. AUBRY et RAU; BAUDRY-LACANTINERIE (7)	7. POTHIER (61)	7. MAYRAND, A. (85)
8. DEMOGUE LANGELIER MAYRAND, Albert (6)	8. AUBRY et RAU (52)	8. PINEAU, J. (71)
9. SAVATIER (5)	9. SAVATIER (46)	9. BAUDRY-LACANTINERIE (64)
10. COLIN et CAPITANT MARLER, W. De M. PLANIOL (4)	10. LANGELIER (35)	10. PERRAULT, A. (57)
11. DEMOLOMBE GUILLOUARD LAURENT MARCADÉ TANCELIN, Maurice (3)	11. PERRAULT, Antonio (32)	11. AUBRY et RAU (54)
12. CRÉPEAU, Paul-André PINEAU, Jean RIPERT SALEILLES TROPLONG (2)	12. MAYRAND, Albert (31)	12. POTHIER (50)
	13. DEMOLOMBE (29)	13. SAVATIER (44)
	14. COLIN et CAPITANT MARLER, W. De M. (24)	14. LANGELIER TANCELIN, M. (43)
	15. BAUDOUIN, Louis (15)	15. LAURENT (41)
	16. CRÉPEAU, P.-A. TROPLONG (13)	16. CRÉPEAU, P.A. (40)
	17. JOSSERAND (10)	17. MARLER, W. de M. (39)
	18. BAUDOUIN, Jean-Louis (8)	18. DURNFORD, J.W. MARTINEAU, P. (25)

N.B.: Les banques Juris et «Tribunaux de droit commun» comprennent les arrêts de la Cour suprême du Canada analysés dans la colonne de gauche. Dans la deuxième banque la recherche a été effectuée dans le champ «Doctrine citée».

Les ouvrages québécois de grande envergure sont fréquemment cités, aussi bien en Cour suprême du Canada de 1964 à 1984 que devant les tribunaux du Québec de 1964 à 1974 et de 1974 à 1984. MIGNAULT (1-2-2) et le *Traité de droit civil du Québec* (2-1-1) dominent. Les auteurs français plus récents s'imposent: PLANIOL et RIPERT (3-3-5), MAZEAUD (4-4-6) et SAVATIER (9-9-13)[555]. Toutefois, les ouvrages de Pierre Marty et Gabriel Raynaud sont cités trop peu souvent pour apparaître sur la liste. Les auteurs antérieurs au XX[e] siècle font encore très bonne figure en Cour suprême et dans la colonne 1964-1974 mais régressent dans celle de 1974-1984: POTHIER (5-7-12), BAUDRY-LACANTINERIE (7-5-9), AUBRY et RAU (7-8-11). LAURENT (11-6-15) et DEMOLOMBE (11-13 – nombre supérieur à 18). Il en va de même de LANGELIER (8-10-14). En revanche, la position d'Antonio PERRAULT semble stable (13-11-10). Enfin, de nombreux auteurs québécois apparaissent en tête de liste dans la troisième colonne (1974-1984): Jean-Louis BAUDOUIN (3), André et Richard NADEAU (4) Albert MAYRAND (7) et Jean PINEAU (8).

Le déclin de l'influence exercée par la doctrine française sur la jurisprudence québécoise, qui a été bien décrit par le professeur Pierre-Gabriel Jobin[556], est ainsi confirmé. Néanmoins, les juges québécois se tournent encore fréquemment vers les ouvrages de Pothier, d'Aubry et Rau, de Laurent et de Demolombe. La «mode archaïsante» dont parlait le professeur Popovici est encore présente de 1974 à 1984, même si elle vit sans doute ses derniers instants[557]. En effet, une observation sommaire de la période postérieure révèle une stagnation des citations d'auteurs français classiques et une explosion de références à la doctrine québécoise. Il n'est pas sûr toutefois que l'attrait exercé par les auteurs de l'exégèse ait totalement disparu. Récemment, certains auteurs ont prôné l'emploi d'une méthode exégétique à la suite de l'adoption du *Code civil du Québec*[558]. Mais nous sortons ici du cadre temporel que nous avons assigné à cette étude.

555. Jean Goulet signale que les ouvrages des frères Mazeaud, de Savatier et de Carbonnier servaient de manuels d'enseignement en l'absence d'une doctrine québécoise récente (*loc. cit.*, note 554, p. 437, note 11).
556. P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 546.
557. Adrian POPOVICI, «Dans quelle mesure la doctrine et la jurisprudence sont-elles source de droit au Québec?», (1973) 8 *R.J.T.* 189-199, 197; voir également P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 546, p. 104; M. TANCELIN, *loc. cit.*, note 475, p. 15.
558. L.Q. 1991, c. 64; voir S. GAUDET, *loc. cit.*, note 24, p. 233-240, qui souligne toutefois les excès de «l'exégèse» et la nécessité de changer de méthode ou de code lorsque les «virtualités» de celui-ci sont épuisées; Charlotte LEMIEUX, «Éléments d'interprétation en droit civil», (1994) 24 *R.D.U.S.* 221-253, pour qui

CONCLUSION

Au XIXe siècle, les premiers interprètes du Code civil français puisent dans l'ancien droit lorsque celui-ci n'a pas été modifié en 1804; ils cherchent à solutionner les litiges au moyen de principes généraux auxquels le code est censé donner effet. Dans la deuxième moitié du siècle, Demolombe, Aubry et Rau ainsi que Laurent accordent une importance sans cesse croissante au texte de loi, restreignant ainsi considérablement le rôle de ces principes. Au tournant du siècle, Saleilles, Josserand et Gény contestent le postulat fondamental de leurs prédécesseurs. À leur avis, dans bien des cas, le législateur n'a tout simplement pas songé à une difficulté qui ne s'était pas encore manifestée dans toute son ampleur. Cette critique incite la jurisprudence a être plus audacieuse. Il s'ensuit un mouvement de rejet chez certains auteurs, en particulier dans les années trente.

Au Québec, à partir du milieu du XIXe siècle, des recueils de jurisprudence sont publiés régulièrement. Bien que les motifs de jugement soient lus à l'audience, les juristes utilisent essentiellement des sources publiées, en particulier l'abondante doctrine de l'ancien droit. Ils se tournent du côté de la common law dans des domaines bien définis, tout particulièrement les lettres de change, les assurances, le droit maritime, la preuve en matière commerciale, certaines procédures et quelques questions touchant les testaments. Les juristes eux-mêmes se perdent dans cette profusion de sources, mais de manière générale, ils respectent l'ordonnancement qui leur indique l'origine du droit applicable. À notre avis, ils ne donnent pas dans l'éclectisme, mêmes s'ils affectionnent un style rhétorique et discutent de principes plus larges.

La codification de 1865 fait en sorte que les règles en vigueur soient énoncées en anglais et en français, soient plus accessibles et soient mieux définies. Dans certains cas, elles doivent être modifiées afin de respecter le libéralisme dominant de l'époque. Par la suite, si la continuité du code avec l'ancien droit est soulignée avec force, le nouveau texte n'est pas laissé pour compte. Un auteur comme Loranger l'analyse méthodiquement à la lumière du code et de la doctrine français. Les juges continuent de citer l'ancienne doctrine, mais il semble exagéré de dire qu'ils recherchent des

«le temps est encore loin où surgira une éventuelle dichotomie entre la volonté du législateur de 1991 (date d'adoption), et la volonté qu'on pourra vouloir imputer à un législateur qui aurait évolué en même temps que la société» (p. 241).

principes universels en se détachant du texte de loi. Au contraire, ils soulignent à quelques reprises l'existence de différences importantes entre la common law et le droit civil, en donnant la préférence à ce dernier. Comme aux États-Unis, en Angleterre et en France, dans le dernier quart du XIXe siècle, les juristes québécois sont de plus en plus nombreux à privilégier une approche «scientifique» du droit, où la volonté du législateur est souveraine.

À la Cour suprême du Canada, les décisions d'Henri-Elzéar Tachereau dans les affaires de droit civil juxtaposent très souvent les références provenant du droit français et du droit anglais. Lorsqu'il donne la préférence à celui-ci, il examine attentivement les opinions des auteurs de droit civil ou les arrêts français, belges écossais et louisianais, en expliquant pourquoi il les rejette. Mais il reproche également à ses collègues de se fonder sur le droit anglais et refuse d'en discuter lorsque les deux systèmes sont dissemblables. Au bout du compte, son attitude semble être motivée par le souci d'être accepté par ses pairs. Si le juge Télesphore Fournier s'oppose à l'utilisation des précédents de common law, les juges Désiré Girouard et Charles Fitzpatrick continuent de les citer, tout en dénonçant cette pratique en cas de différence entre les deux systèmes. Il faudra attendre la nomination du juge Pierre-Basile Mignault et les critiques formulées dans ses motifs de jugement pour que cette façon de faire s'éclipse. Cela est peut-être dû à l'attitude intransigeante de certains de ses collègues à la Cour suprême et aux réserves formulées à la même époque par le Comité judiciaire à propos de la jurisprudence française. Renouant avec les préoccupations exprimées par le juge Fournier, le juge Mignault ne s'oppose pas tant aux comparaisons auxquelles procèdent ses collègues Duff et Anglin qu'à l'utilisation du vocabulaire, des concepts, des raisonnements et surtout des solutions de common law dans une affaire où la règle est d'origine française. Cette prise de position peut faciliter la tâche de l'avocat civiliste qui souhaite plaider devant la Cour suprême mais qui n'est pas familier avec les règles de la common law.

Une analyse des sources doctrinales citées dans les arrêts de droit civil québécois de 1876 à 1984 permet de parfaire ce portrait. Si le recours continu aux rapports des codificateurs est étonnant, la liste des auteurs les plus cités par les juges n'offre guère de surprises. L'Exégèse a d'abord dominé, puis elle a été relayée par une doctrine française foncièrement conservatrice: Baudry-Lacantinerie, Planiol et Ripert, les frères Mazeaud. Certes, les auteurs

français plus critiques, tels que Josserand, Gény et Saleilles, n'ont pas produit d'ouvrage ayant une envergure suffisante pour satisfaire les besoins parfois techniques des juges. Mais la jurisprudence de la Cour suprême et la doctrine ont rejeté catégoriquement la méthode d'interprétation contextuelle prônée par ces juristes, parfois en l'associant au rôle créateur des juges en common law. Il faudra attendre les années soixante-dix pour qu'une conception plus généreuse de l'interprétation se fasse jour.

Au bout du compte, le combat pour la préservation de l'intégrité du droit civil a également servi à rejeter certaines innovations de la doctrine et de la jurisprudence française. À la limite, tout changement inspiré par un souci d'équité était assimilé à une influence étrangère, de préférence celle des provinces de common law. Ce repli frileux, qui a fait l'objet ces dernières années d'un réexamen critique, n'est certes plus de mise au XXIe siècle. Il reste à espérer que l'adoption d'un nouveau code civil ne provoquera pas chez les juristes québécois un retour vers une conception caricaturale de l'exégèse, celle qui consisterait à refuser à la jurisprudence le pouvoir d'adapter et de faire évoluer le droit civil.