



REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

Section thématique : le droit des marchés publics

Introduction

Marie-Hélène Dufour, Gabriel Jobidon,
Nicholas Jobidon, Derek McKee et Antoine Pellerin

Les piliers du droit des marchés publics québécois

Nicholas Jobidon

Le système de plaintes de l'Autorité des marchés publics et les
exigences des accords de libre-échange en matière de recours internes

Derek McKee

L'appel d'offres en droit civil québécois et en
common law canadienne

Catherine Valcke

Réflexions sur les fondements de l'obligation de coopération
en droit de la construction au Québec

Marie-Hélène Dufour

L'histoire mouvementée du droit comparé au Québec

Pierre-Gabriel Jobin

Les fondements de la filiation en droit québécois :
triomphe de la réalité biologique ou de la volonté?

Andréanne Malacket

Les modifications et les codifications dont a fait l'objet
la Constitution du Canada : une liaison dangereuse

Danielle Pinard

Les incertitudes de la participation citoyenne face
au droit : le cas de la commission délibérative
du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale

Mao Lin et Jacques Commaille



L'histoire mouvementée du droit comparé au Québec

Pierre-Gabriel JOBIN*

The Turbulent History of Comparative Law in Quebec

La turbulenta historia del derecho comparado en Quebec

A história turbulenta do direito comparado no Quebec

魁北克比较法的动荡历史

Résumé

Du Traité de Paris en 1763 jusqu'aux années 1950, tribunaux et auteurs québécois se guidèrent sur le droit français, notamment la Coutume de Paris, objet de comparaison ou même perçu comme droit interne. À la conquête par l'Angleterre en 1773, le droit français se mua en droit national. Le *Code civil du Bas-Canada* de 1866 adopta largement le droit français comme droit national.

Au début du 20^e siècle, la Cour suprême du Canada, poursuivant une politique d'unification du droit dans tout le Canada, interpréta souvent le Code civil québécois à la lumière de la common law. Vu l'influence anglaise sur le choix des règles et leur interprétation, on dit que le

Abstract

From the Treaty of Paris in 1763 to the 1950s, Quebec courts and legal scholars were guided by French law, particularly the *Coutume de Paris*, which was used for comparison or even considered as domestic law. After England's conquest in 1773, French law transformed into national law. The 1866 *Civil Code of Lower Canada* largely adopted French law as national law.

At the beginning of the 20th century, the Supreme Court of Canada, pursuing a policy of legal unification across the country, often interpreted the Quebec Civil Code in light of the common law. Due to English influence on the selection and interpretation of legal rules, Quebec law is said

* Ad. E., professeur émérite et titulaire émérite de la Chaire Wainwright de droit civil, Faculté de droit, Université McGill. L'auteur remercie les professeurs Michel Morin et Sylvio Normand pour leurs observations judicieuses, madame Kimberley Baronet pour son excellent travail d'assistante et le Fonds Wainwright de l'Université McGill pour son soutien financier.

droit québécois est un droit mixte. L'acculturation entreprise par la Cour provoqua une levée de boucliers des auteurs.

En 1975, rejetant l'assimilation, elle décréta le principe que *toute* règle devait s'interpréter selon le système de droit civil et non la common law – une acculturation par *intégration*. Elle reconnaît la spécificité du droit québécois. Le droit français continuera d'exercer une influence considérable sur la jurisprudence québécoise jusqu'aux années 1990. Le *Code civil du Québec* de 1994 s'inspire largement de divers droits étrangers, dont le droit français. L'influence française déclinera lentement jusqu'à devenir très faible aujourd'hui, sauf en Cour suprême. Celle-ci a fréquemment recours au droit français et à d'autres droits pour rechercher la tendance internationale sur la question à trancher.

Le droit comparé est devenu son instrument pour rechercher scientifiquement la solution d'un problème. Aujourd'hui le droit comparé subit un certain déclin malgré les institutions et les colloques qui lui sont consacrés.

Resumen

Desde el Tratado de París en 1763 hasta la década de 1950, los tribunales y autores quebequeses se guiaron por el derecho francés, en especial por la *Coutume de Paris*, que se utilizaba como punto de comparación e incluso se consideraba parte del derecho interno. Tras la conquista inglesa en 1773, el derecho francés fue reconocido como derecho nacional y el Código Civil del Bajo Canadá de 1866 adoptó en gran medida ese legado jurídico.

A principios del siglo XX, la Corte Suprema de Canadá, en el marco de una política de unificación del derecho en todo

to be a mixed legal system. The Supreme Court's acculturation efforts led to strong opposition from legal scholars.

In 1975, rejecting assimilation, the Court established the principle that *every* rule must be interpreted according to the civil law system rather than the common law one—an acculturation by *integration*. It recognized the uniqueness of Quebec law. French law continued to have a significant influence on Quebec case law until the 1990s. The 1994 *Civil Code of Quebec* was heavily inspired by various foreign legal systems, including French law. French influence gradually declined until it became very weak today, except at the Supreme Court, which frequently refers to French law and other legal systems to identify international trends on specific legal issues.

Comparative law has become a tool for scientifically analyzing legal problems at the Court. Today, despite the institutions and conferences dedicated to comparative law, it is experiencing a certain decline.

Resumo

Do Tratado de Paris em 1763 aos anos 1950, as cortes e doutrinadores do Quebec foram guiados pelo direito francês, particularmente o *Coutume de Paris*, que era usado para comparação ou até considerado como direito interno. Após a conquista pela Inglaterra em 1773, o direito francês se transformou em direito nacional. O Código Civil do Baixo Canadá de 1866 adotou em grande parte o direito francês como lei nacional.

No começo do século XX, a Suprema Corte do Canadá, buscando uma política de unificação legal através do país, frequentemente interpretou o Código Civil

Canadá, interpretó a menudo el Código Civil de Quebec a la luz del *common law*. Esta influencia inglesa en la elección de las normas y su interpretación, generó un sistema jurídico en Quebec que se considera un derecho mixto. La aculturación llevada a cabo por la Corte provocó una fuerte oposición de los autores.

En 1975, rechazando la asimilación, la Corte estableció el principio de que *todas* las normas debían interpretarse de acuerdo al sistema de derecho civil antes que al *common law*. Este enfoque de aculturación mediante la *integración*, reafirmó la especificidad del derecho quebequense. El derecho francés continuó ejerciendo una influencia considerable en la jurisprudencia quebequense hasta la década de 1990. El Código Civil de Quebec de 1994 se inspiró en gran medida en diversas leyes extranjeras, incluyendo el derecho francés. No obstante, esta influencia francesa disminuyó gradualmente hasta volverse mínima en la actualidad, con excepción de la Corte Suprema, que continúa recurriendo al derecho francés y otros ordenamientos jurídicos como herramientas para identificar las tendencias internacionales sobre las cuestiones a dirimir.

El derecho comparado se ha consolidado como un instrumento esencial en la investigación científica orientada a la búsqueda de soluciones jurídicas. Sin embargo, en tiempos recientes ha sufrido un cierto retroceso, pese a la existencia de instituciones especializadas y conferencias dedicadas a su promoción.

do Quebec à luz da *common law*. Devido à influência inglesa na seleção e interpretação das regras jurídicas, diz-se que o direito do Quebec é um sistema legal misto. Os esforços de aculturação da Suprema Corte suscitaram a forte oposição dos doutrinadores.

Em 1975, rejeitando a assimilação, a Corte estabeleceu o princípio que toda regra deve ser interpretada de acordo com o sistema de direito civil em vez do *common law* – uma aculturação por integração. Ela reconhece a singularidade do direito do Quebec. O direito francês continuou a ter uma influência significativa na jurisprudência do Quebec até os anos 1990. O Código Civil do Quebec de 1994 foi fortemente inspirado por vários sistemas legais estrangeiros, incluindo o direito francês. A influência francesa declinou gradualmente até se tornar hoje muito fraca, exceto na Suprema Corte, que frequentemente se refere ao direito francês e outros sistemas jurídicos para identificar a tendência internacional sobre a questão a decidir.

O direito comparado se tornou uma ferramenta para analisar cientificamente problemas jurídicos na Corte. Hoje, o direito comparado experimenta certo declínio, apesar das instituições e colóquios que lhe são dedicados.

摘要

从1763年《巴黎条约》签订到20世纪50年代，魁北克法院和法律学者一直以法国法律为指导。尤其是《巴黎公约》，该法律被援引，甚至被视为魁北克的国内法。随着1773年英国征服魁北克后，法国法律逐渐成为魁北克的国内法。1866年《下加拿大民法典》很大程度上采用了法国法律作为全国法律。

20世纪初，加拿大最高法院奉行全国法律统一的政策，经常根据普通法来解释《魁北克民法典》。鉴于英国对规则选择及其解释的影响，魁北克法律被认为是一个混合法律体系。最高法院的同化企图却遭到了法律学者的强烈反对。

1975年，法院拒绝同化，确立了每一条规则都必须根据民法体系而不是普通法体系来解释的原则——通过融合实现同化。它承认了魁北克法律的独特性。直到20世纪90年代，法国法律仍然对魁北克判例法产生着重大影响。1994年《魁北克民法典》大量借鉴了包括法国法律在内的各种外国法律。法国的影响力逐渐下降，直至今天变得非常弱。但最高法院除外，它经常参考法国法律和其他法律体系来确定特定法律问题的国际趋势。

比较法已成为法院科学分析法律问题的工具。如今，尽管存在专门研究比较法的机构和会议，但比较法仍正在经历某种程度的衰落。

Plan de l'article

Introduction.....	601
I. Période 1760-1865	602
II. Période 1865-1940	605
A. La législation	605
B. La jurisprudence	606
C. La doctrine	614
1. L'école nationaliste	615
2. Les institutions de droit comparé	618
III. Période 1940-1975	619
A. La jurisprudence	619
B. La doctrine	620
C. Les institutions de droit comparé	622
IV. Depuis 1975	623
A. La législation	623
B. La jurisprudence	626
1. La Cour suprême moderne.....	627
2. Les tribunaux inférieurs	634
3. Le déclin	635
C. La doctrine	636
D. Les institutions de droit comparé.....	638
V. La mixité du droit québécois	639

Un véritable humanisme juridique ne peut se passer [...] de l'histoire qui donne, à qui veut bien la pratiquer, cet ordre de grandeur, ce sens des perspectives et des réalités sociales sans lequel il ne peut y avoir de vraie culture juridique.

Paul OURLIAC et Jean DE MALAFOSSE¹

Dans une juridiction relativement jeune et, de surcroît, de taille modeste comme l'est le Québec, la pratique du droit comparé est nécessaire pour bâtir un corpus de droit national. Car il faut assez souvent établir des principes ou tracer des politiques, interpréter des règles, combler des lacunes du Code civil. Le droit comparé doit contribuer à la culture juridique. Le droit québécois a toujours entretenu des liens avec le droit français ; mais, curieusement, leur intensité a considérablement varié au cours des ans. D'ailleurs, son histoire partage des traits communs avec celle d'autres anciennes colonies qui ont adopté, au moins, pour un certain temps, le système juridique du pays colonisateur.

Si dans bien des juridictions l'histoire du droit comparé est longue, au Québec elle s'étend sur moins de deux siècles. Elle a connu un parcours sinueux. Le droit comparé a subi les contrecoups de la politique, il a servi d'instrument à des idéologies ; le droit civil québécois a connu le métissage avec la common law, et plus encore. La connaissance de ces contextes est indispensable à la compréhension du droit comparé. Cette histoire est riche en péripéties. Elle est faite de nuages et de temps ensoleillés.

L'histoire du droit québécois est parsemée de comparatistes. L'un des plus célèbres fut le regretté professeur H. Patrick Glenn, de la Faculté de droit de l'Université McGill, membre titulaire de l'Académie internationale de droit comparé. Il présida l'Institut de droit comparé de sa faculté et l'Association canadienne de droit comparé. Ses remarquables et nombreuses publications nous éclaireront grandement dans ce texte ; elles sont riches d'enseignement et de réflexions pour les comparatistes du monde entier².

¹ *Histoire du droit privé*, vol. 1, *Les obligations*, Paris, Presses universitaires de France, 1957, Avant-propos, p. 7.

² Voir notamment H. Patrick GLENN, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2010 ; *On Common Laws*, Oxford, Oxford University Press, 2007 ; « Persuasive Authority », (1987) 32 *R.D. McGill* 261 ;

Cette même Faculté de droit comptait aussi dans ses rangs le regretté professeur Paul-André Crépeau, auteur prolifique³ non moins remarquable. Il présida l'Office de révision du Code civil, qui a produit le projet qui servira de canevas pour le *Code civil du Québec*. Avec le professeur Frank R. Scott, il rédigea un projet de loi qui sera à la base de la Charte des droits et libertés de la personne. Il fonda le Centre de droit privé et comparé du Québec qui porte aujourd'hui son nom, présida l'Académie internationale de droit comparé, fonda et présida l'Association québécoise de droit comparé.

L'histoire du droit comparé québécois débute à la défaite de la Nouvelle-France par l'Angleterre, en 1760. Elle se divise en quatre périodes : la première se termine en 1865, les suivantes, en 1940 et 1975 respectivement, la dernière se poursuit jusqu'à nos jours. Finalement, on a beaucoup parlé dans la littérature de la mixité du droit civil québécois ; qu'en est-il aujourd'hui ?

I. Période 1760 – 1865

La Coutume de Paris, les ordonnances royales s'appliquant à la Nouvelle-France ainsi que tout l'ancien droit français⁴ étaient en vigueur en Nouvelle-France, colonie française⁵. À la suite de la conquête anglaise⁶, le Traité de Paris de 1763 attribua définitivement cet immense territoire à l'Angleterre.

« Harmonization of Law, Foreign and Private Law », (1993) 1 *European Private Law Rev* 47. Consulter également FACULTÉ DE DROIT DE MCGILL, « H. Patrick Glenn (1940-2014) », In *Memoriam*, 2014, en ligne : <<https://www.mcgill.ca/law/fr/communaute/memoriam/glenn-h-patrick>> (consulté le 12 mai 2025).

³ Voir notamment Paul-André CRÉPEAU, *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier. Étude comparée du droit français, du common law et du droit civil de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1956 (ci-après « *La responsabilité civile du médecin* ») ; *La réforme du droit civil canadien. Une certaine conception de la recodification (1965-1977)*, Montréal, Thémis, 2003 ; Paul-André CRÉPEAU, avec la collab. d'Élise M. CHARPENTIER, *Les principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées ?*, Scarborough, Carswell, 1998.

⁴ Pour être précis : les arrêts de règlement du Conseil supérieur de la colonie formaient aussi le droit de la Nouvelle-France.

⁵ Sur toute cette période, voir notamment Michel MORIN, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada », 1774-1866, dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 1.

⁶ La bataille des Plaines d'Abraham à Québec en 1759, et celle de Montréal l'année suivante.

Des doutes sont cependant apparus sur la survivance du droit civil au profit de la common law⁷. Normalement, le pays vainqueur impose ses lois au vaincu. Mais l'*Acte de Québec* (*Quebec Act*, 1774, loi du Parlement de Londres)⁸ finit par garantir à sa nouvelle colonie l'application du droit privé déjà en vigueur au Canada, c'est-à-dire le droit français et le droit local, sous certaines réserves, dont des lois et ordonnances adoptées subséquemment au Canada⁹.

Ce traitement de faveur du conquérant peut paraître étonnant à première vue, mais diverses thèses ont été mises de l'avant pour le comprendre. De manière prosaïque, ce geste peut s'expliquer par les grandes difficultés pratiques qu'il aurait fallu surmonter pour faire respecter la common law par une population francophone, largement majoritaire, ayant toujours vécu sous un régime de droit civil¹⁰.

⁷ Une Proclamation royale, en 1763 (reproduite dans L.R.C. 1985, App. II, n° 1), sème le doute sur l'application possible de la common law dans la nouvelle colonie, comme c'était d'ailleurs la pratique de Londres de l'imposer dans toutes ses colonies. Ce doute sera levé par l'*Acte de Québec*. Voir aussi M. MORIN, préc., note 5, p. 2; David GILLES, « La liberté sous les chaînes ? Le tri du droit privé civiliste entre les mains de la common law – Québec (1760-1866) », dans Sylvain SOLEIL et Romain BAREAU (dir.), *Que faire du droit privé étranger dans un territoire libéré ? Approches historiques et comparatives*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2022, p. 21, à la p. 23.

⁸ *Acte de Québec*, 14 Geo III, c. 83 (R-U), reproduite dans L.R.C. 1985, ann II, n° 2. Cette loi garantissait aussi la liberté de pratiquer la religion catholique, la grande majorité des habitants de la colonie étant alors des catholiques pratiquants. Pour une analyse de cette loi voir Philip GIRARD, Jim PHILIPS et R. Blake BROWN, *A History of the Law in Canada, Volume One: Beginnings to 1866*, Toronto, University of Toronto Press, 2019, p. 219 et suiv.

⁹ Le Conseil législatif, contrôlé par le gouverneur, procéda à quelques introductions du droit anglais, notamment en droit de la preuve en matières commerciales et de procédure civile; voir M. MORIN, préc., note 5, p. 4.

¹⁰ Par ailleurs, les années 1770 sont marquées par une grande effervescence aux États-Unis et par des relations particulières entre nos deux pays. Les Américains proclamèrent leur Déclaration d'indépendance en 1776. Or, avant et après celle-ci, des Américains ont tenté de convaincre les Canadiens de se joindre à la nouvelle république et, en parallèle, certains Canadiens préconisaient l'adhésion du Canada aux États-Unis. Les Anglais craignaient aussi qu'en cas de conflit entre les États-Unis et la France, les Canadiens-français se révèlent fidèles partisans de cette dernière. La colonie anglaise avait fait l'objet de deux tentatives américaines de conquête (Ce furent les tentatives de Phips en 1690, et Walker en 1711), auxquelles il faut surtout ajouter celle de 1775, qui avait pour but avoué d'annexer le Canada aux États-Unis. L'attrait des Canadiens pour les États-Unis continuera de se manifester au cours du 19^e siècle, notamment par la bouche de Louis-Joseph Papineau qui estimait que les colons du Canada seraient mieux traités au

Lors de la conquête de la Nouvelle-France par l'Angleterre, il se produisit un phénomène très particulier de mutation : le droit français, droit interne jusqu'alors, devint un droit étranger dans une certaine mesure. C'est uniquement le droit français de l'Ancien régime, *tel qu'il existait en 1763*, qui subsista comme droit interne du Canada¹¹, sous réserve de modifications apportées par les autorités canadiennes. Le droit qui évolue en France après cette date ne fait donc pas autorité dans la colonie anglaise. Mais, pendant deux siècles, le droit français postérieur à 1763 (dont le Code civil français de 1804), en principe étranger, exercera néanmoins une immense influence sur le droit civil canadien¹²; comme monsieur Jourdain qui faisait de la prose sans le savoir, juges et auteurs l'ont implicitement considéré comme du droit interne¹³. Une sorte de droit comparé qui ne dit pas son nom.

On peut situer la naissance de la mixité du droit québécois en 1774. L'*Acte de Québec* maintint le droit public et le droit pénal de common law. Mais, à côté de la consécration du droit français, il introduisit au Canada certaines règles anglaises de droit privé, dont notamment la liberté testamentaire¹⁴. Ainsi, le corps du droit était constitué de la juxtaposition particulière de règles de droit civil et de common law (ainsi que de droit public

sein de la nouvelle république. L'Angleterre avait donc intérêt à satisfaire certaines aspirations des Canadiens, afin de s'assurer de leur loyauté et conserver cette colonie profitable dans son empire. Si le Canada avait été annexé aux États-Unis, on ne donnerait pas cher du droit comparé entre le droit civil de cette nouvelle colonie américaine et le droit français, à long terme, si tant est que la common law n'ait pas juridiquement remplacé le droit civil. Le cas de la Louisiane donne à réfléchir; voir Jean-Louis BAUDOUIN, « Systèmes de droit mixte: un modèle pour le 21^e siècle? », (2003) 63 *La L Rev* 993, 994: « En Louisiane, l'usage prédominant de la langue anglaise depuis la cession de 1803, a été un facteur important de la pénétration de la common law dans le droit civil de la Louisiane. » Voir aussi Vernon Valentine PALMER, « Quebec and Her Sisters in the Third Legal Family », (2009) 54 *R.D. McGill* 321; Alain A. LEVASSEUR, « Le système juridique mixte de la Louisiane », dans Louis PERRET et Alain-François BISSEON (dir.), *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2003, p. 201.

¹¹ Y compris pour les lois et dispositions légales de France qui sont abrogées après 1763, voir M. MORIN, préc., note 5, p. 3 et 9.

¹² L'expression Québec, ou Province de Québec, disparaît du vocabulaire en 1791 parce que la *Loi constitutionnelle de 1791 (Constitutional Act 1791)*, 31 George III, c. 31 (R.-U.), divisera la colonie en Haut-Canada (essentiellement l'Ontario d'aujourd'hui) et Bas-Canada, le Québec. Ces modifications disparaîtront à la naissance du Canada en 1867.

¹³ M. MORIN, préc., note 5, p. 19 et suiv.; P. GIRARD *et al.*, préc., note 8, p. 8.

¹⁴ D. GILLES, préc., note 7, p. 27.

et de droit pénal de la tradition de common law)¹⁵. Cette situation entraîna de la confusion sur la méthode de leur interprétation, et même sur celle des dispositions de droit civil. Les tribunaux du Canada se plaisaient à citer des auteurs français, parfois des décisions anglaises, et même des sources américaines¹⁶. L'acculturation par assimilation se produisait bel et bien. Quoi qu'il en soit, ces transferts de common law n'étaient pas envahissants; juges et auteurs s'appuyaient le plus souvent sur le Code Napoléon et ses commentateurs. Le droit demeurait essentiellement français¹⁷.

II. Période 1865 – 1940

A. La législation

L'adoption du *Code civil du Bas-Canada*¹⁸ en 1866 est l'un des faits dominants de cette période. À l'accumulation des ordonnances canadiennes s'ajoutaient la Coutume de Paris et les ordonnances françaises antérieures à la Conquête, ce qui formait une masse confuse. L'accès à tous ces documents légaux était souvent laborieux, voire impossible parfois, faute de documentation au Bas-Canada. Il était difficile de connaître l'état du droit sur une question précise. Une codification s'imposait pour dissiper cette grande incertitude du droit¹⁹.

Le gouvernement créa donc une commission chargée de préparer un code civil. Les commissaires devaient suivre le droit en vigueur, ce qui incluait certaines règles de l'Ancien Régime français, et possiblement proposer des

¹⁵ John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD, *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1993, p. 17.

¹⁶ *Id.*, p. 15-17. Mais, comme à cette époque la common law était elle-même imprégnée de droit civil, on a fait remarquer que le droit français entraînait ainsi en droit canadien par la porte d'en arrière.

¹⁷ *Id.*, p. 19, 22, 24. À certains égards, la jurisprudence de cette époque était prémonitoire de développements qui ne surviendront qu'un siècle plus tard, comme la bonne foi dans l'exécution du contrat et l'obligation de loyauté. Voir plus bas la période débutant en 1975.

¹⁸ Le nouveau code se nommait ainsi parce qu'au moment de son adoption (et pour un an seulement!), le Québec s'appelait Bas-Canada, tel qu'il est expliqué plus haut. Le *Code civil du Bas-Canada* gardera son titre jusqu'à l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994.

¹⁹ John E.C. BRIERLEY, « Quebec's Civil Law Codification: Viewed and Reviewed », (1968) 14 *R.D. McGill* 521.

modifications dûment justifiées. Ainsi quelques règles traditionnelles de common law furent introduites²⁰. Les commissaires devaient adopter la forme du Code Napoléon²¹. Le *Code civil du Bas-Canada*²² est conforme à la grande majorité de leurs recommandations²³.

Allant au-delà du maintien de l'ancien droit français par l'*Acte de Québec*, il s'agit là d'une acculturation massive. Ce fait doit cependant être mis en contexte: l'influence *internationale* du Code Napoléon a été considérable. Il a incité de nombreux pays à codifier leur droit et plusieurs l'ont pris comme modèle, en tout ou en partie, d'une manière ou d'une autre. La codification au Bas-Canada s'insérait dans un grand courant incluant entre autres les Pays-Bas, l'Italie, le Portugal, la Louisiane et les pays d'Amérique latine.

Le Code civil de 1866 subira des modifications et sera complété par certaines lois particulières, mais il demeurera le socle du droit privé jusqu'en 1994.

B. La jurisprudence

Depuis la naissance de son premier code jusqu'au milieu du 20^e siècle, le droit civil québécois fut marqué par la quête de son identité et l'interprétation des dispositions du nouveau code. S'amorce alors une longue période d'un droit comparé qu'on pourrait qualifier d'élémentaire. À l'instar des tribunaux français pour l'exégèse du Code civil français²⁴, les tribunaux

²⁰ Notamment la liberté testamentaire totale (art. 703 C.c.B.C.), faisant ainsi disparaître la réserve successorale française, la forme dérivée des lois d'Angleterre pour les testaments (art 842 et 852 C.c.B.C.) ainsi que la preuve testimoniale en matière commerciale dans certaines circonstances (art 1234 et 1235 C.c.B.C.).

²¹ *Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, S prov C 1857 (20 Vict), c. 43.

²² *Acte concernant le Code civil du Bas-Canada*, L.C. 1865, c. 41; il entra en vigueur en 1866, d'où son nom de «Code de 1866». Ce document historique survint un an avant la création du Canada et était destiné à ne s'appliquer qu'au Bas-Canada, soit à la Province de Québec (créée par la Constitution de 1867, *The British North America Act, 1867*, SS 1867, c. 3, maintenant connue comme *Loi constitutionnelle 1867*, 30 & 31 Vict., c 3 (R.-U.)). Il sera abrogé lors de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* le 1^{er} janvier 1994.

²³ Pour un aperçu, voir Thomas McCORD, *The Civil Code of Lower Canada: Together with a Synopsis of Changes in the Law*, 3^e éd., Montréal, Dawson, 1880.

²⁴ Philippe RÉMY, «Éloge de l'exégèse», (1982) *RRJ* 254.

québécois ont dû se livrer à dissiper les ambiguïtés de ce nouveau Code civil. Comme il reprenait en grande partie le droit français, celui-ci fournissait une mine d'informations. Le français, langue commune des deux pays²⁵, facilitait évidemment la lecture du Code civil français, des auteurs et tribunaux de France; la capacité linguistique de connaître l'autre droit, un facteur parfois oublié, révèle toute sa nécessité quand on compare le Québec à la Louisiane, par exemple, de moins en moins d'Américains maîtrisant le français²⁶.

L'interprétation du Code civil québécois était généralement alignée sur celle du Code Napoléon²⁷; il était la bible des interprètes québécois²⁸. C'est ainsi que la disposition québécoise sur les cas de responsabilité du gardien pour le fait des biens sous sa garde a été interprétée comme créant une

²⁵ Si, jusqu'à tout récemment, des juges de la Cour suprême ne parvenaient pas à lire couramment le français, il y en eut plusieurs qui maîtrisaient la langue de Molière. Au début du 20^e siècle, l'exemple du juge Francis Alexander Anglin, réellement bilingue, est remarquable. Bien entendu les juges francophones ont toujours dû être bilingues pour siéger au plus haut tribunal.

²⁶ A. A. LEVASSEUR, *préc.*, note 10, p. 218 et suiv.

²⁷ Voir généralement Louis BAUDOUIN, *La réception du droit étranger en droit privé québécois. Quelques aspects du droit de la province de Québec*, Paris, Cujas, 1963, p. 3; Pierre-Gabriel JOBIN, « La circulation de modèles juridiques au Québec. Quand. Comment. Pourquoi », dans *Les couleurs du droit. Mélanges Adrian Popovici*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 599.

²⁸ Normalement, dans un système anglo-saxon, le droit étranger doit être allégué et le tribunal peut en exiger la preuve par expert : art 2809 C.c.Q. Comme on l'a vu, depuis la Conquête le droit français était devenu, techniquement, un droit étranger, or il n'était pas – et il n'est toujours pas – nécessaire d'appeler un expert pour prouver le droit français : les ouvrages de doctrine française font autorité d'eux-mêmes, un peu comme s'il s'agissait de sources québécoises. En effet, « sous le régime du Code civil du Bas Canada, le droit français et la common law étaient utilisés non seulement pour interpréter une règle de preuve, mais aussi pour suppléer à l'absence de règle. Ainsi, pour interpréter une règle de preuve, les tribunaux se référaient souvent à la doctrine et à la jurisprudence françaises ou anglaises, selon que cette règle avait son origine dans le droit français ou la common law. Pour suppléer à l'absence de règle, l'ancien droit français s'appliquait à la preuve en matières civiles et le droit coutumier anglais à la preuve en matières commerciales. » : voir Catherine PICHÉ, *La preuve civile*, 5^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, par. 73. Voir aussi sur ce sujet Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Comparative Law Before the French Courts », dans Mads ANDENAS et Duncan FAIRGRIEVE (dir.), *Courts and Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 66-67.

responsabilité *générale* du gardien pour le fait d'un bien sous sa garde, à l'instar du droit français²⁹.

Les juristes sont friands de théories juridiques³⁰, on en conviendra. Le droit québécois a adopté de nombreuses théories françaises³¹. Sauf quelques exceptions notables dont il sera question dans un instant, les juges du Québec se sont souciés de la conformité des théories françaises au système juridique interne, à l'esprit et l'idéologie, ou la culture, du droit québécois³². Très attachés au rôle fondamental de la faute, par exemple, les juges québécois se méfiaient des magistrats et auteurs de France, considérés laïques et trop socialisants; car les juges d'ici n'étaient guère des esprits novateurs³³. Aussi ont-ils rejeté la responsabilité fondée sur le risque³⁴. Il arrivait aussi que la jurisprudence québécoise refuse de suivre le droit français pour interpréter un texte correspondant du code québécois. Ce fut le cas notamment quand elle décida que, pour que s'applique la responsabilité du fait d'un bien, celui-ci devait avoir été mis en mouvement de manière auto-

²⁹ *Quebec Railway, Light, Heat and Power Co. c. Vandry*, [1920] A.C. 662 (en appel de [1916] 53 R.C.S. 212). À cette époque le Conseil privé d'Angleterre (recueil de jurisprudence *Appeal Cases*) avait compétence pour décider en appel d'affaires canadiennes.

³⁰ Terme polysémique, « théorie » désigne parfois, tout simplement, une règle ou une institution non codifiée (l'enrichissement sans cause, avant la codification de 1994), ou une idéologie juridique susceptible d'entraîner certaines règles (théorie du risque en responsabilité civile), ou autres; un transplant peut parfois charrier avec lui une idéologie juridique: Mathieu DEVINAT et Édith GUILHERMONT, « Enquête sur les théories juridiques en droit civil québécois », (2010) 44 *RJT* 7; CENTRE PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU DE DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ, « Dictionnaires de droit privé en ligne », en ligne: <<https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/dictionary/search>> (consulté le 17 mai 2025), voir « théorie »; P.-G. JOBIN, préc., note 27, p. 599.

³¹ Mathieu DEVINAT et Édith GUILHERMONT, « La réception des théories juridiques françaises en droit privé québécois », (2012) 42 *RDUS* 459.

³² *Id.*, spécialement aux p. 475 et suiv.; Adrian POPOVICI, « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit », (2009) 54 *R.D. McGill* 223.

³³ Sylvio NORMAND, « La réception de la doctrine française au Québec », dans Didier CHOLET et Sylvio NORMAND (dir.), *Droit français – droit québécois: inspirations mutuelles*, Montréal/Paris, Éditions Yvon Blais / Société de législation comparée, 2019, p. 11, à la p. 30.

³⁴ *Canadian Vickers Ltd. c. Smith*, [1923] R.C.S. 203, 206 (J. Duff); *Governor and Company of Gentlemen Adventurers of England c. Vaillancourt*, [1923] R.C.S. 414. Également à une époque plus proche de nous, voir *Lapierre c. P.G. (Qué.)*, [1985] 1 R.C.S. 241 (ci-après « *Lapierre* »); *Simard c. Soucy*, [1972] C.A. 640.

nome et non sous la direction d'un être humain, contrairement au droit français³⁵. Celui-ci n'était pas un modèle absolu.

Les sources d'inspiration de la jurisprudence étaient nombreuses. Ce furent d'abord les anciens auteurs français; puis les grands traités comme celui de Planiol et Ripert³⁶ qui ont occupé une place d'honneur. Malgré la publication d'ouvrages plus modernes, comme ceux de Mazeaud et Tunc³⁷, certains juges, curieusement, ont longtemps continué à se référer à d'anciens auteurs comme Demolombe, Aubry et Rau, Troplong et... Pothier³⁸! Nostalgie, peut-être?

Deux phénomènes de droit comparé ont marqué cette longue période. En premier lieu, il faut se rappeler que le *Code civil du Bas-Canada* comportait certaines règles issues de la common law. Or, mal inspirés ou mal éclairés, la Cour suprême du Canada et les tribunaux inférieurs du Québec, durant toute cette époque, ont eu recours fréquemment à des précédents de common law pour interpréter des dispositions du Code civil. La liberté testamentaire, provenant de la common law, l'illustre parfaitement³⁹. Qui plus est, cette attitude s'est parfois manifestée même à propos de règles authentiquement civiles⁴⁰. Plusieurs grands arrêts de la Cour suprême ont certes fait appel à une abondante doctrine française, mais elle était souvent mise en concurrence avec les sources de common law⁴¹. La présence

³⁵ *Curley c. Latreille*, [1920] 60 R.C.S. 131, 140 (J. Duff) (ci-après «Curley»); *Co de Tramways de Montréal c. Lapointe*, [1921] 31 B.R. 374.

³⁶ Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 1^{re} éd., 14 vol., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952.

³⁷ Henri et Léon MAZEAUD (préface par Henri CAPITANT), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 1^{re} éd., 2 vol., Paris, Recueil Sirey, 1931.

³⁸ Adrian POPOVICI, «Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles sources de droit au Québec?», (1973) 8 R.J.T. 189.

³⁹ *Code civil du Bas-Canada*, art. 831 (ci-après «C.c.B.C.»). Voir aussi *Renaud c. Lamothe*, [1902] 32 R.C.S. 357. La Cour suprême ne changera d'opinion sur les sources d'interprétation de la liberté de tester que trois quarts de siècle plus tard, voir *Stoneham et Tewkesbury c. Ouellet*, [1979] 2 R.C.S. 172 (une affaire de captation dans laquelle la Cour interprétera la liberté testamentaire selon le droit civil).

⁴⁰ Voir par exemple *R. c. Hochelaga Shipping & Towing Co. Ltd.*, [1940] R.C.S. 153, 156 et suiv. (J. Duff).

⁴¹ Voir par exemple *Regent Taxi & Transport Co. c. La Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1929] R.C.S. 650; *Samson & Fillion c. The Davie Shipbuilding & Repairing Co.*, [1925] R.C.S. 202; *Curley*, préc., note 35; *Ross c. Dunstall*, [1921] 62 R.C.S. 393 (ci-après «Ross»).

majoritaire de juges anglophones de formation exclusive en common law au sein de la Cour suprême n'était certes pas étrangère à ce phénomène⁴². Comme le soutient le professeur Glenn⁴³, lorsque deux droits sont en compétition ou s'affrontent pour régir une société, c'est normalement le plus fort qui domine. Plusieurs sujets, comme l'exception d'inexécution, sont toutefois demeurés à l'abri de l'influence de la common law, sans qu'on sache pourquoi.

Un fait aggrave cette habitude d'importer des interprétations de common law. Le transfert d'interprétations s'effectuait à sens unique, car la jurisprudence de common law canadienne n'adoptait *jamais* une solution du droit civil⁴⁴. De là à penser qu'aux yeux de la Cour, le droit civil ne valait pas la peine d'être considéré, il n'y a qu'un pas. Étrange méthode scientifique que celle qui exclut dès le départ la possibilité de trouver quoi que ce soit de valable dans l'autre système juridique. L'explication se trouve dans une politique judiciaire.

À la fin du 19^e siècle et au début du 20^e siècle, dans le contexte du développement du jeune pays qu'était alors le Canada⁴⁵, la Cour suprême voulait unifier le droit privé à travers tout ce dominion⁴⁶. Récemment crée

⁴² Loin de nous l'idée qu'en principe ces juges étaient inutiles. « The presence, in a case involving a civil law issue, of one or two common-law judges who are able to regard the applicable civil law principles (as they receive them from the arguments of counsel and the exposition of their brother judges) from the perspective of their own legal culture, as well as their experience and judgment of practical affairs, affords the civil law regular opportunity for critical self-evaluation and for profiting from the best that judicial reasoning can offer in the other legal system. » : Gerald E. LEDAIN, « Concerning the Proposed Constitutional and Civil Law Specialization at the Supreme Court Level », (1967) 2 R.J.T. 107, 116.

⁴³ H. Patrick GLENN, « Droit comparé et droit québécois », (1990) 24 R.J.T. 341, 346.

⁴⁴ Jean-Louis BAUDOUIN, « L'interprétation du droit civil québécois par la Cour suprême du Canada », (1975) 53 RB Can 715, 723.

⁴⁵ La ferveur pour un grand Canada n'avait jamais été aussi forte. Fondé en 1867, il n'avait pas plus de 40 ans. Des provinces s'étaient jointes au Canada récemment : l'Alberta en 1905, l'Île-du-Prince-Édouard en 1873, etc. Le premier chemin de fer transcontinental avait été complété en 1885. Le pays venait de se débarrasser de son statut de colonie pour devenir un *dominion*, une puissance. Le *Statut de Westminster*, en 1931 (22 Geo. V, ch. 4 (R.-U.)), lui accordera sa quasi-souveraineté, la totale souveraineté n'étant acquise qu'en 1982 par la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).

⁴⁶ Sur tout ce courant à la Cour suprême du Canada, voir David HOWES, « From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law, 1875-1929 », (1986-1987)

elle-même⁴⁷, elle s'était investie ouvertement de la mission d'abattre des barrières entre les provinces et de mettre en place un droit privé de common law régissant toutes les provinces, voire en harmonie avec les pays de l'Empire britannique⁴⁸ ! La Cour obéissait à ce qu'elle percevait comme des impératifs politiques, démographiques, linguistiques et commerciaux pour faire du Canada un tout⁴⁹. L'idée de l'unification du droit à travers le Canada n'était pas nouvelle : elle était en effet apparue dans les milieux politiques dès la fin du 19^e siècle⁵⁰.

La présence de règles d'inspiration anglaise et l'interprétation du Code par les tribunaux à la lumière de la common law ont pris une telle ampleur qu'on a pu écrire que cela conférerait au droit québécois un caractère mixte. Cette mixité augmentera considérablement lors de la réforme du Code civil en 1994, comme on le verra.

Le droit québécois était-il pour autant impur, comme le prétendra l'école nationaliste dont il sera question plus bas, quand on sait que, sur le long terme, fort peu de systèmes juridiques sont exempts de tout élément

32 *R.D. McGill* 523; Sylvio NORMAND, « Code civil et l'identité », dans Serge LORTIE, Nicholas KASIRER et Jean-Guy BELLEY (dir.), *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 619.

⁴⁷ Elle fut créée en 1875.

⁴⁸ Notamment ce passage du juge Tachereau (qui ne provenait pas du *Rest of Canada*, mais bien du Québec...) : « It strikes one as an astounding proposition, to say the least that what is undoubtedly licit in England, under the British flag which covers over two-thirds of the maritime carrying trade of the world, should be immoral and against public order in the Province of Québec, and that what is sanctioned by law in six of the provinces of this Dominion [Canada] should be prohibited in the seventh because of its immorality. » : *Glengoil SS. Co. c. Pilkington*, [1897] 28 R.C.S. 146, 155-56. Pour d'autres exemples, voir *Magann c. Auger*, [1901] 31 R.C.S. 186; *Robert c. Montréal Trust Co.*, [1918] 56 R.C.S. 342 (ci-après « *Robert* »); *Colonial Real Estate Co. c. La Communauté des Sœurs de la Charité de l'Hôpital Général de Montréal*, [1918] 57 R.C.S. 585 (ci-après « *Sœurs de la Charité* »).

⁴⁹ H. P. GLENN, préc., note 43; H. Patrick GLENN, « Le droit comparé et la Cour suprême du Canada », dans Ernest CAPARROS *et al.* (dir.), *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 197 (ci-après « *Le droit comparé* »); Jean-Louis BAUDOUIN, « L'interprétation du Code civil Québécois par la Cour Suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.* 715, 718 et suiv.; Roger BOULT, « Aspects des rapports entre le droit civil québécois et la common law dans la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.* 738.

⁵⁰ M. MORIN, préc., note 5, p. 28.

étranger, si tant est qu'il en existe ? Cette acculturation par assimilation a en effet provoqué une levée de boucliers des auteurs québécois, qui sera discutée plus bas. Cette méthode d'interprétation discutable déclinera lentement jusqu'à disparaître dans la seconde moitié du 20^e siècle. Nous y reviendrons également.

En deuxième lieu, il a été affirmé que la Cour suprême avait pratiqué l'éclectisme dans ses sources, pendant les années 1890, 1900 et 1910, suggérant qu'elle s'était éloignée du droit civil ; le juge Taschereau en aurait été le champion⁵¹. Mais l'affirmation fut largement atténuée par un autre auteur⁵² et vertement critiquée par un troisième⁵³. De fait, la Cour s'inspirait à l'occasion de sources diverses. On y décèle une sorte de mixité. Mais des données empiriques démontrent qu'à cette époque la Cour et le juge Taschereau en particulier sont demeurés résolument fidèles au droit civil⁵⁴. À cela il faut ajouter que les juges Mignault⁵⁵ et Brodeur⁵⁶ se sont toujours affirmés comme d'ardents défenseurs du droit civil.

Cet éclectisme (relatif) de la Cour suprême s'insérait dans le courant de pensée juridique en Occident, lancé par François GénY⁵⁷ et le congrès de

⁵¹ D. HOWES, préc., note 46.

⁵² Michel MORIN, « Des juristes sédentaires ? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du *Code civil du Bas Canada* », (2000) 60 R. du B. 246, spécialement aux p. 316, 321-22, 348. Voir aussi H. P. GLENN, préc., note 43, p. 348.

⁵³ Cette idée « a porté l'anthropologue [et juriste] D. Howes [...] à mésestimer les leçons de l'histoire [...] à méconnaître le rôle attribué aux tribunaux dans un système de droit privé codifié et, partant, à dénaturer l'immense contribution de M. le juge Mignault, de la Cour suprême du Canada » : Paul-André CRÉPEAU « Réflexions sur la codification du droit privé », (2000) 38 *Osgoode Hall LJ* 267, 282-83.

⁵⁴ Pour la période de 1895 à 1930, dans les dix opinions qu'il a rédigées, il s'est toujours basé, pour sa *ratio decidendi*, sur des autorités québécoises, françaises ou belges. Quant à l'ensemble des juges de la Cour pour cette période, on relève 285 citations d'auteurs français ou belges (sans compter les auteurs québécois), mais seulement 36 d'auteurs de common law anglaise, écossaise ou étatsunienne. Les références à la jurisprudence n'ont pas été comptabilisées : M. MORIN, préc., note 52, 319, affirme qu'en matières de droit civil, le juge Taschereau était fidèle à s'appuyer sur des autorités de droit civil.

⁵⁵ Malgré un certain éclectisme du juge Taschereau, il n'en a pas moins fait l'éloge de l'attachement du juge Mignault au droit civil, voir Robert TASCHEREAU, « Mignault et son œuvre », (1955) 1 C. de D. 119.

⁵⁶ Voir par exemple Curley, préc., note 35, 166 et suiv. (J. Brodeur).

⁵⁷ Voir notamment François GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, 2^e éd., t. 1, coll. « Anthologie du droit », Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1899.

droit comparé de 1900 à Paris, de la recherche scientifique de la meilleure solution à un problème, une sorte de droit universel, en parcourant les droits étrangers; la démarche d'interprétation devait dépasser le texte légal et rechercher dans la coutume et notamment les droits étrangers des solutions à un problème de droit interne, dans une vision rationnelle et objective du droit⁵⁸; en principe cette recherche n'était soumise à aucune restriction⁵⁹. Pour la Cour suprême du Canada, la France n'était certes pas exclue de cette démarche, mais à cette époque elle était placée sur un *pied d'égalité* avec la common law canadienne, d'autres pays européens, tout spécialement l'Angleterre, ainsi qu'avec les États-Unis. Un nouveau droit comparé canadien était né. Il ne connaîtra pas une longue vie.

À y regarder de près, toutefois, le droit du Bas-Canada n'était pas envahi de common law⁶⁰. Une étude empirique sur les citations de jurisprudence et de doctrine par les tribunaux québécois, dans des décisions sur des règles et interprétations prétoriennes, est révélatrice: c'était la doctrine française qui exerçait la plus grande influence – une influence supérieure à celles de la doctrine et de la jurisprudence de common law respectivement, et même à celle de la doctrine québécoise⁶¹.

Après cet épisode, les tribunaux s'appliqueront, jusque dans la seconde partie de la période débutant en 1975, à s'inspirer très largement du droit français, expressément ou implicitement, comme on le verra.

⁵⁸ Voir notamment H. P. GLENN, préc., note 43; H. Patrick GLENN, « La Cour suprême du Canada et la tradition du droit civil », (2001) 80 *R. du B. can* 151.

⁵⁹ H. Patrick GLENN, « Comparative Law and the Judicial Function », dans Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 325.

⁶⁰ M. MORIN, préc., note 5, p. 15. Pour le souci du juge Anglin de ne recourir à la common law que si le droit civil ne comporte aucune règle pertinente, voir par exemple *Robert*, préc., note 48, 363-64.

⁶¹ Dans les sujets choisis pour l'étude, par rapport au nombre total de décisions citées, au cours du 20^e siècle, 34 % sont de common law tandis que 55 % et 11 % sont respectivement de droit québécois et de droit français; par rapport au nombre total de textes de doctrine cités, 74 % sont de droit français, 18 % de droit québécois et 8 % de common law. Par ailleurs, parmi l'ensemble de la jurisprudence et la doctrine citées, la doctrine française (30 %) arrive juste derrière la jurisprudence québécoise (33 %), et loin devant la jurisprudence de common law (20 %) et même la doctrine québécoise (7 %) : Pierre-Gabriel 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, 270, 273.

C. La doctrine

Aux lendemains de l'adoption du *Code civil du Bas-Canada*, c'est à la mission de l'interpréter que s'est consacrée la doctrine québécoise depuis la fin du 19^e siècle jusqu'aux années 1940, voire 1950. Le droit comparé jouait un rôle prépondérant. Le droit français était une source d'inspiration monumentale, pourrait-on dire. Les ouvrages québécois⁶² de cette époque s'abreuyaient à la doctrine française, citant le Code civil français⁶³ ainsi que des sources françaises et éventuellement québécoises⁶⁴. À tort ou à raison, les juges considéraient implicitement le droit français comme une sorte de droit *interne*; ils exprimaient fréquemment leur intention d'assimiler le droit québécois au droit français⁶⁵. Ce phénomène important persistera longtemps encore.

L'exemple topique en est le *Traité de droit civil canadien* de Pierre-Basile Mignault⁶⁶. Ce gros ouvrage, référence phare pendant des décennies⁶⁷, se présente explicitement comme basé sur l'œuvre correspondante de l'auteur français Frédéric Mourlon. Comme une large part du *Code civil du Bas-Canada* est la reprise, textuelle ou en substance, du droit français, Mignault émaille son exposé d'une infinité de références aux auteurs français, contemporains ou anciens (Pothier et autres). Elles sont données, selon le cas, à titre d'*autorité* au soutien d'un de ses arguments ou d'une solution qu'il préconise, ou simplement à titre d'information (notamment quand le droit

⁶² Les ouvrages de cette époque sont des analyses exégétiques et des répertoires de jurisprudence.

⁶³ Selon l'usage de l'époque le code français est désigné comme Code Napoléon.

⁶⁴ Voir par exemple Charles-Chamilly DE LORIMIER et Charles-Albert VILBON, *La Bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, Montréal, La Minerve, 1871.

⁶⁵ Voir par exemple Ross, préc., note 41, 297 et suiv. (J. Anglin).

⁶⁶ Pierre-Basile MIGNAULT, *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*, 9 vol., Montréal, Théorêt (puis Wilson & Lafleur), 1895 à 1916.

⁶⁷ Et ce, malgré la parution d'autres ouvrages plus récents tels que les collections *Traité de droit civil du Québec* dirigé par Gérard TRUDEL, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942 à 1958, et *Traité élémentaire de droit civil*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, comprenant notamment Albert Mayrand, *Les successions ab intestat*, 1971; Jean Pineau, *La famille*, 1972; les deux ouvrages phares de Jean-Louis Baudouin, *Responsabilité civile* (1973) et *Obligations* (1970). Le traité de Mignault connaît une exceptionnelle « longévité » en jurisprudence : ainsi, en 2023, il était encore cité huit fois.

canadien diffère du droit français)⁶⁸. L'ouvrage a donc de forts accents d'acculturation.

1. L'école nationaliste

Un phénomène particulier, sans doute peu fréquent à travers le monde, s'est produit dans les années 1920 et 1930⁶⁹ : une levée de boucliers de la doctrine québécoise francophone contre l'acculturation jurisprudentielle du droit civil à la common law dont nous avons fait état. Cette doctrine était rédigée dans un style enflammé⁷⁰, sinon pamphlétaire. Ces textes ont pour la plupart paru dans la *Revue du droit*, de tendance ouvertement nationaliste⁷¹. Certains auteurs invoquaient l'incompatibilité de la common law avec un système juridique distinct et capable de générer lui-même les solutions à ses difficultés⁷². D'autres, plus nombreux, s'élevaient passionnément contre les atteintes au droit civil, héritage de la France et élément distinctif du peuple canadien-français⁷³. Ces nationalistes voyaient dans la codification de 1866 l'instrument privilégié de la sauvegarde du droit civil québécois. La culture juridique québécoise s'affirma et se définit⁷⁴. Assurer la pureté du droit civil, c'était préserver l'un des éléments caractéristiques et essentiels

⁶⁸ Sylvio NORMAND, « Le droit civil canadien de Pierre-Basile Mignault ou la fabrication d'un palimpseste », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le Faux en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 133.

⁶⁹ Sylvio NORMAND, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil », (1987) 32 *R.D. McGill* 559 ; Jean-Guy BELLEY, « Une croisade intégriste chez les avocats du Québec : *La Revue du Droit* (1922-1939) », (1993) 34 *C. de D.* 183.

⁷⁰ Voir par exemple Ferdinand ROY, « Unification des lois », (1920) 22 *R. du N.* 225, 226-27 : « [Notre système de droit civil est] la moelle et l'armature de notre vie sociale et économique [...]. La main étrangère qui toucherait à notre loi nous paraîtrait d'une sacrilège indiscretion. »

⁷¹ Sur cette revue, voir S. NORMAND, préc., note 69, 564 et suiv.

⁷² Mignault tenait un propos très clair : « Chaque système juridique a sa méthode qui seule lui convient. On ne doit pas lui appliquer les méthodes d'un autre système, pas plus qu'on ne doit lui imposer des principes étrangers à l'économie de son droit » ; voir Pierre-Basile MIGNAULT, « Le Code civil de la Province de Québec et son interprétation », (1935) 1 *UTLJ* 104, 131.

⁷³ Plus nuancé, un auteur acceptait une certaine unification du droit privé au Canada pourvu que soit préservée l'essence du caractère distinct du droit civil québécois ; voir Edouard-Fabre SURVEYER, « L'Association du Barreau canadien et l'uniformité des lois », (1923) 1 *R. du B. can.* 52, spécialement 52-61.

⁷⁴ Sylvio NORMAND, « Robert Le Balle et le Québec », dans Didier CHOLET (dir.), *Un grand juriste Lavallois : Robert Le Balle*, Paris, Dalloz, 2016, p. 23, à la p. 33.

de la société canadienne-française et, de manière indirecte, de sa foi catholique et sa langue⁷⁵. Tout code civil possède en effet un caractère identitaire fondamental, qui repose sur des valeurs et des facteurs politiques, culturels et historiques⁷⁶.

Parmi ces juges et auteurs, Mignault⁷⁷ est celui qui avait le plus de substance⁷⁸. Il était véritablement motivé par l'intégrité du système de droit civil⁷⁹; il était très contrarié de son envahissement par la common law. Il dénonça ce problème dans ses articles⁸⁰ et également dans ses décisions; le passage suivant de l'une d'elles est devenu célèbre et reviendra dans la jurisprudence pendant longtemps⁸¹:

Chaque système [...] 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.

Ce mouvement était à la fois une révolte contre une acculturation bien précise et la défense d'une autre acculturation, française celle-là. La doctrine québécoise a alors fait preuve d'une vitalité particulière⁸². Cette école

⁷⁵ S. NORMAND, préc., note 69.

⁷⁶ Sur le caractère identitaire d'un code civil, voir notamment S. NORMAND, préc., note 46; Benoît MOORE, « Le droit civil et ses codes: parcours à travers les Amériques. Rapport de synthèse », dans Jimena ANDINO DORATO, Jean-Frédéric MÉNARD et Lionel SMITH (dir.), *Le droit civil et ses Codes: parcours à travers les Amériques*, Montréal, Éditions Thémis, 2011, p. 187, aux p. 204 et suiv.; Pierre AZARD, « Le droit québécois, pièce maîtresse de la civilisation canadienne-française », (1963) 5 C. de D. 7.

⁷⁷ Avocat, nommé professeur de droit civil à l'Université McGill en 1912 puis juge à la Cour suprême en 1918: Jean-Gabriel CASTEL, « Le juge Mignault, défenseur de l'intégrité du droit civil québécois », (1975) 53 R. du B. can. 544.

⁷⁸ P.-B. MIGNAULT, préc., note 72.

⁷⁹ Sur le système juridique du droit civil québécois, voir H. P. GLENN, préc., note 43.

⁸⁰ Tout grand esprit juridique qu'il était, Mignault était capable de grandes envolées, telles que celle-ci: « Je redoute tout, si on se laisse influencer, dans nos causes, par les précédents du common law [...]. Notre droit civil est ce que nous, de la Province de Québec, avons de plus précieux après notre religion et notre langue. C'est un héritage que nous avons reçu de nos pères à charge de le conserver et de le rendre. »; voir Pierre-Basile MIGNAULT, « L'avenir de notre droit civil », (1923) 1 R. du D. 104, 116.

⁸¹ *Desrosiers c. R.*, [1920] 60 R.C.S. 105, 126 (la réserve que fait Mignault pour les dispositions tirées d'un droit étranger deviendra caduque lors de l'arrêt *Pantel*, cité ci-dessous, note 136) (ci-après « *Desrosiers* »). Voir aussi *Sœurs de la Charité*, préc., note 48, 603; *Curley*, préc., note 35, 178.

⁸² H. P. GLENN, *Le droit comparé*, préc., note 49, p. 208.

de pensée apparaît aujourd'hui comme généralement dogmatique et intégriste⁸³. Ses auteurs étaient fondamentalement tournés vers l'Ancien Régime; ils vouaient un culte à l'ancien droit, notamment à la Coutume de Paris⁸⁴. Des décennies plus tard, ce même souci d'une juste interprétation du droit civil resurgira dans des propositions pour une chambre civile de la Cour suprême et une Cour suprême du Québec⁸⁵.

Qu'on ne croit pas que tous ces juges et avocats étaient d'authentiques comparatistes. C'étaient des militants. Ils valorisaient le droit français, non parce qu'il aurait constitué un enrichissement et une source de bonnes solutions, mais parce qu'il incarnait la mère-patrie à laquelle le Canada français devait fidélité. Ce plaidoyer pour l'intégrité du droit québécois, perçue comme essentielle à la survivance du peuple francophone (et catholique), cachait la peur de l'influence de la civilisation du Canada anglophone (et protestant)⁸⁶. Un sentiment qui s'affaiblira mais persistera pendant quelques décennies⁸⁷. Le droit civil, patrimoine juridique, était placé au même niveau suprême que la langue française et la religion catholique.

À vrai dire, la plupart des auteurs du mouvement nationaliste de cette période ne s'intéressaient nullement au droit comparé lui-même. Leur démarche n'était pas de nature scientifique⁸⁸, pour la recherche rigoureuse des règles et solutions les plus appropriées possible. Leur pensée était imbue d'orthodoxie et d'intégrisme⁸⁹. Ce mouvement patriotique reflétait

⁸³ Jean-Guy BELLEY, « Une croisade intégriste chez les avocats du Québec: La Revue du Droit (1922-1939) », (1993) 34 *C. de D.* 183.

⁸⁴ S. NORMAND, préc., note 69, 571, 598.

⁸⁵ Paul-André CRÉPEAU, « Les lendemains de la réforme du Code civil », (1981) 59 *R. du B. can.* 625; Guy GILBERT, « Pour une Cour suprême du Québec », (1990) 31 *C. de D.* 525.

⁸⁶ Les tentatives d'assimilation des Canadiens-français à la société anglaise, par une certaine élite anglaise de Londres, du Haut-Canada et même du Bas-Canada, depuis la Conquête, restaient fraîches à la mémoire.

⁸⁷ Les rapports entre les traditions civiliste et de common law « sont indubitablement teintées d'une couleur historique, marquée par les difficultés de coexistence entre les deux peuples fondateurs: ils connotent une dimension politique que l'on aborde, encore aujourd'hui, qu'avec des gants blancs »; voir Marie-Ève ARBOUR et Aurélie LAURENT, « Le droit comparé entre la France et le Québec », dans D. CHOLET et S. NORMAND (dir.), préc., note 33, p. 63, à la p. 71.

⁸⁸ S. NORMAND, préc., note 69, 580.

⁸⁹ Le terme est de J.-G. BELLEY, préc., note 69.

la cohabitation peu facile entre les deux peuples fondateurs du Canada; il était en réalité de nature politique⁹⁰.

Ce n'est que plus tard, comme on le verra, que leur voix sera entendue par les tribunaux quoique pour d'autres motifs. Dans l'intervalle, la méfiance à l'égard de la common law persistait; ici et là des auteurs dénoncèrent encore la fâcheuse habitude des tribunaux⁹¹, mais ce courant s'estompera graduellement.

2. Les institutions de droit comparé

Les grands débats nationalistes ont commencé à porter leurs fruits d'une manière que n'avaient pas prévue ces auteurs. Deux événements majeurs marquent la fin de cette période.

D'abord s'est tenu, en 1935, un congrès réunissant des juristes français et québécois. Des liens furent créés entre des universitaires et des praticiens intéressés par le droit comparé de chaque côté de l'Atlantique. Ensuite et surtout, ce fut la fondation de l'Association des juristes de langue française, à Montréal et Québec, amorcée à la toute veille de la Seconde Guerre mondiale et complétée après la guerre; elle s'appellera désormais Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française⁹². L'intelligentsia du monde juridique québécois, avec à sa tête rien de moins que le bâtonnier et le juge en chef, y participèrent avec enthousiasme, faisant l'éloge du droit comparé dans leurs discours – chose qu'on envie aujourd'hui. Plus tard, naîtra la section québécoise de l'Association Capitant, toujours active de nos jours; elle délègue des conférenciers aux congrès annuels de l'Association et organise des colloques et congrès internationaux.

⁹⁰ Les juristes francophones du Québec de cette époque avaient peu d'affinités avec les juristes de la France laïque; leurs affinités allaient plutôt vers ceux de l'Ancien régime français à l'origine du droit civil québécois. Voir S. NORMAND, préc., note 69, 571, 573.

⁹¹ Voir par exemple André NADEAU, « Invitee, Licensee and Trespasser », (1948) 26 *R. du B. can.* 728; Albert MAYRAND, « À quand le trépas du "trespasser" ? », (1961) 21 *R. du B. can.* 1; Paul-André CRÉPEAU, « L'affaire *Daigle* et la Cour suprême du Canada ou la méconnaissance de la tradition civiliste », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 217.

⁹² Voir notamment « Premier congrès international de l'Association Henri Capitant. Avant-propos », (1939) *R. du N.* 1.

III. Période 1940-1975

Les années de 1940 à 1975 marquèrent l'apogée du droit comparé québécois, particulièrement en jurisprudence. Il fut souvent un moyen d'acculturation⁹³; ce fut en fait la période la plus fertile en acculturation du droit québécois. Ces années constituèrent aussi une étape charnière dans l'évolution du droit comparé au Québec, qui par la suite déclinera lentement.

Au plan législatif, il y a peu à dire sur notre propos. On doit signaler qu'en 1964 le législateur, par une méthode détestable⁹⁴, ajouta au Code civil du Bas-Canada une section intitulée « De l'équité dans certains contrats », tirée littéralement de la common law⁹⁵.

A. La jurisprudence

Durant cette période, auteurs et tribunaux français ont été cités très fréquemment dans la jurisprudence québécoise. Encore une fois, en lisant une décision, souvent, on n'a pas l'impression que le tribunal fait du droit comparé, mais qu'il considère – inconsciemment peut-être – le droit français comme allant de soi, comme une sorte de droit *interne*. À l'intérieur de la grande famille civiliste, la France et le Québec sont des cousins, n'est-ce pas; le droit québécois peut donc puiser dans le droit français sans se poser de question – sauf évidemment quand les textes des codes diffèrent l'un de l'autre. Le même phénomène pouvait être observé en common law canadienne à l'égard de la common law du Royaume-Uni: on est en famille, inutile de s'encombrer de formules de droit comparé.

Le problème de l'acculturation à la common law subsistait depuis plusieurs décennies. À la fin des années 1960, cependant, le vent commença à tourner. Dans deux affaires, la Cour suprême refusa de suivre les précédents de common law qu'avaient plaidés les procureurs. Dans l'un des arrêts, elle affirma que les règles de common law étaient incompatibles avec

⁹³ H. P. GLENN, *préc.*, note 43, 346.

⁹⁴ Les légistes du Québec, presque tout au long du 20^e siècle, ont rédigé nombre de lois québécoises en copiant plus ou moins les lois ontariennes ou étatsuniennes, ce qui n'a pas manqué d'introduire un nombre incalculable d'expressions plus ou moins incorrectes; voir Jean-Charles BONENFANT, « Perspective historique de la rédaction des lois au Québec », (1979) 20 C. de D. 387, 393-394.

⁹⁵ Art. 1040(a)-(c) C.c.B.C.

celles du Code civil; elle appliqua donc ces dernières⁹⁶. Elle rejeta notamment les catégories *licensee*, *invitee* et *trespasser* au profit des dispositions du Code civil sur la faute extracontractuelle et la responsabilité du gardien d'un bien ou du propriétaire d'un bâtiment⁹⁷. Spécialement dans ces affaires le juge Beetz poursuit l'œuvre du juge Mignault pour le respect du droit civil⁹⁸. Cette prise de position⁹⁹ préfigura le grand virage que prendra la Cour dans les années 1975.

B. La doctrine

L'intérêt pour le droit comparé dans la doctrine québécoise n'est pas attribuable uniquement à des motifs scientifiques, voire nationalistes. Les contacts personnels entre juristes du Québec et de la France y sont également pour quelque chose – notamment par les associations franco-québécoises de droit comparé, d'hier à aujourd'hui.

La doctrine québécoise de cette époque fait voir le rapprochement entre les deux droits. En 1953, paraissait le remarquable ouvrage du professeur Louis Baudouin¹⁰⁰, *Le droit civil de la Province de Québec, modèle vivant de droit comparé*¹⁰¹. Ce titre est juste car il reflète bien les comparaisons au droit français que fait systématiquement l'auteur. Mais, chose très rare au Québec, cet ouvrage est aussi une introduction à la culture juridique

⁹⁶ *Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 452, 469 (arrêt majoritaire rédigé par le juge Jean Beetz, qui reprend à son compte l'affirmation du juge Mignault dans *Desrosiers*, préc., note 81) (ci-après «*Rubis*»). Sur l'inexistence en droit civil du chef de dommage *solatium doloris*, voir *Driver et autres. c. Coca-Cola Ltd.*, [1961] R.C.S. 201 (ci-après «*Driver*»).

⁹⁷ Art. 1054 C.c.B.C.

⁹⁸ Louis LEBEL et Pierre-Louis LE SAUNIER, «L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada», (2006) 47 *C. de D.* 179, 194.

⁹⁹ Il se présentait parfois des cas hybrides difficiles à résoudre. Dans une affaire, la Cour était confrontée à l'interprétation d'une fiducie, voir *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250 (ci-après «*Royal Trust*»). Le *Code civil du Bas-Canada* (art. 981a et suiv.) comportait un régime original de cette institution anglaise. La Cour recourut à la common law en partie seulement, car le droit civil ignore la division anglaise du droit de propriété en *legal title* et *beneficial ownership*.

¹⁰⁰ Comme l'on sait, il ne faut pas confondre le professeur Louis Baudouin, jadis professeur à l'Université McGill, et son fils Jean-Louis Baudouin, qui fut professeur à l'Université de Montréal puis juge à la Cour d'appel du Québec.

¹⁰¹ Louis BAUDOUIN, *Le droit civil de la Province de Québec, modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953. Voir aussi L. BAUDOUIN, préc., note 27, p. 5.

québécoise¹⁰². Il se décline selon un plan analytique, et non exégétique comme c'était l'habitude jusqu'alors. Peu d'ouvrages présenteront une manifestation aussi éclatante du droit comparé.

Des thèses de droit comparé importantes, bien que peu nombreuses, furent publiées durant cette époque¹⁰³ ; leurs auteurs furent des précurseurs¹⁰⁴.

L'influence dominante du droit français se manifestait de diverses façons. La plus remarquable fut le plaidoyer du professeur Crépeau pour l'introduction au Québec de la règle française du refus de l'option entre les régimes contractuel et extracontractuel de responsabilité civile, le droit français y étant présenté comme une autorité incontournable pour écarter les « errements » de la jurisprudence québécoise¹⁰⁵. Le plus célèbre de ses articles, sur les obligations implicites, se fondait largement, quoique pas uniquement, sur le droit français¹⁰⁶. Dans ses écrits, le droit civil de la France était élevé sur un piédestal¹⁰⁷.

¹⁰² C'est aussi un outil pédagogique qui guide les étudiants dans l'apprentissage du droit, comprenant une introduction générale au droit privé : présentation du contexte juridique (la codification de 1866, etc.), aspects moraux ou sociaux (droit et religion, famille légitime et illégitime), aspects économiques (importance économique des biens immeubles, etc.), discussion de questions fondamentales (sources du droit, droit naturel, etc.) et ouverture à des branches du droit connexes au droit privé (droit administratif, etc.).

¹⁰³ Voir le tableau préparé par le professeur Normand, qui place plutôt la démarcation entre les deux périodes à la fin de 1945 : Sylvio NORMAND, « Une analyse quantitative de la doctrine en droit civil québécois », (1982) 23 *C. de D.* 1009, 1015.

¹⁰⁴ Voir notamment André MOREL, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, LGDJ, 1960 ; Jean-Louis BAUDOUIN, *Secret professionnel et droit au secret de la preuve. Étude de droit québécois comparé au droit français et à la common law*, Paris, LGDJ, 1965 ; P.-A. CRÉPEAU, *La responsabilité civile du médecin*, préc., note 3.

¹⁰⁵ Paul-André CRÉPEAU, « Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien », (1962) 22 *R. du B.* 501 ; CENTRE INTERUNIVERSITAIRE DE DROIT COMPARÉ, *Rapports Belges au VI^e Congrès international du droit comparé*, 30 juillet - 4 août 1962, Hambourg, RIDC, 1962, p. 551. Beaucoup plus tard, son opinion finira par prévaloir dans la réforme du Code civil : art. 1458 al. 2 C.c.Q.

¹⁰⁶ Paul-André CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can.* 1.

¹⁰⁷ Voir Sylvio NORMAND et Pierre-Gabriel JOBIN, « La pensée de Paul-André Crépeau à travers ses écrits doctrinaux », (2019) 60 *C. de D.* 3, spécialement aux p. 38 et suiv.

Un traité de droit civil fit appel au droit comparé de manière systématique¹⁰⁸. On pourrait multiplier les exemples de l'acculturation au droit français. Signalons que plusieurs auteurs et juges se réfèrent à des autorités françaises plutôt anciennes, une méthode archaïsante¹⁰⁹.

À compter de 1975 environ, cette influence française, bien qu'encore présente pendant longtemps, diminuera sensiblement. Dans les jugements des tribunaux et les écrits doctrinaux, la doctrine québécoise, désormais plus abondante et plus riche qu'auparavant, remplacera graduellement la doctrine française comme autorité. La période de 1940 à 1975 aura vraiment été celle de l'apogée de l'influence de la doctrine française dans notre droit.

D. Les institutions de droit comparé

Proportionnellement à sa taille, le Québec compte beaucoup d'institutions vouées au droit comparé. L'Association québécoise de droit comparé voit le jour en 1960 et la plupart de ses colloques sont d'authentiques tribunes de droit comparé¹¹⁰; en 1990, elle fut l'hôte du grand congrès international de l'Académie internationale de droit comparé¹¹¹. Elle continue sa mission par des colloques, la désignation de rapporteurs pour les congrès de l'Académie et un concours de droit comparé¹¹². Sa cousine du reste du Canada, l'Association canadienne de droit comparé, la rejoindra plus tard. En 1966, la Faculté de droit de l'Université McGill établit un Institut de droit comparé, voué à l'enseignement et la recherche¹¹³. En 1975 naissait

¹⁰⁸ Gérard TRUDEL (dir.), *Traité de droit civil du Québec*, 15 vol., Montréal, Wilson & Lafleur, 1942-1958.

¹⁰⁹ A. POPOVICI, préc., note 38.

¹¹⁰ Par exemple, « L'affaire Wabasso sous les feux du droit comparé » sur l'option entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle en 1981, « L'enseignement du droit comparé » en 2001, « Le droit comparé au Canada à l'aube du 21^e siècle : Droit des biens et des fiducies » en 2007 et « La demande en justice, l'évolution du droit judiciaire et l'éclairage du droit comparé » en 2010.

¹¹¹ Voir ACADÉMIE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ, « Congrès généraux », 2025, en ligne : <<https://aidc-iacl.org/congres/congres-generaux/>> (consulté le 17 mai 2025).

¹¹² Voir ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DE DROIT COMPARÉ, « Colloques », en ligne : <<http://www.aqdc.qc.ca/colloques.html>> (consulté le 17 mai 2025).

¹¹³ Voir UNIVERSITÉ MCGILL, « Institut de droit comparé » 2025, en ligne : <<https://www.mcgill.ca/icl/fr>> (consulté le 17 mai 2025).

un centre de droit comparé qui prendra le nom de son fondateur pour devenir le Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé¹¹⁴.

IV. Depuis 1975

A. La législation

Un événement historique domine cette période : l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994. Il aura des répercussions très importantes sur la jurisprudence et la doctrine, et incidemment sur la pratique du droit comparé.

L'adoption de ce nouveau code est un fait historique bien connu¹¹⁵. Le droit comparé a joué un rôle capital dans cette réforme du Code civil. Telle est d'ailleurs la tendance des codifications modernes¹¹⁶. Le nouveau code conserve certes une similitude avec le Code civil français, bien que moins grande qu'auparavant¹¹⁷. Le législateur québécois a puisé dans pas moins d'une vingtaine de codes¹¹⁸, auxquels il faut ajouter des instruments internationaux et des concepts et institutions de common law, tels que la fiducie

¹¹⁴ Voir CENTRE PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU DE DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ, « Un mandat de recherche fondamentale », 2025, en ligne : <<https://www.mcgill.ca/centre-crepeau/fr/about>> (consulté le 17 mai 2025).

¹¹⁵ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »). Voir notamment Jean PINEAU, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », (1992) 71 *R. du B. can.* 423; Rémy CABRILLAC, « Le nouveau code civil du Québec », (1993) 37 *Recueil Dalloz* 267.

¹¹⁶ Par exemple, pour divers États des États-Unis, voir George A. ZAPHIROU, « Use of Comparative Law by the Legislator », (1982) 30 *Am J Comp L* (Supplement) 71.

¹¹⁷ Voir notamment Louise LANGEVIN et Denise PRATTE, « Du Code civil du Bas-Canada au nouveau Code civil du Québec : l'influence de la codification française », dans H. P. GLENN (dir.), préc., note 5, p. 63; Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, « Le Code civil français et les Codes civils québécois », dans *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004, p. 637 et suiv.; Michel GRIMALDI, « “Codes et codification” : pour souligner le dixième anniversaire de l'entrée en vigueur du Code civil du Québec et le bicentenaire du Code Napoléon », (2005) 46 *C. de D.* 11.

¹¹⁸ Citons les codes civils allemand, italien, éthiopien, polonais, mexicain, guatémaltèque, portugais et hongrois : H. Patrick GLENN, « Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec », dans JOURNÉES MAXIMILIEN CARON, *Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, spécialement aux p. 189-190, 197 (annexe).

(*trust*)¹¹⁹. Les systèmes civilistes priment dans cet apport étranger, ce qui favorise l'acculturation. Curieusement, malgré sa domination dans le commerce international, le droit américain arrive en dernier lieu des sources utilisées pour la réforme québécoise; on en trouve néanmoins des traces claires dans le droit de la vente, celui des priorités et des hypothèques et dans le droit international privé concernant les priorités et les hypothèques.

L'importance accordée aux conventions internationales favorise l'harmonisation du droit et contribue à l'édification d'un ordre juridique international¹²⁰. L'incidence du droit étranger varie beaucoup d'un domaine à l'autre; en droit international privé, par exemple, il inspire 84 % des dispositions, il est également significatif en droit de la preuve (67 %), mais certainement moins important en droit général des obligations et dans les contrats nommés; ailleurs il est faible¹²¹.

Le législateur a fait preuve d'une créativité remarquable. En premier lieu, il fallait établir une fiducie québécoise d'un régime en pratique très semblable à celui de la fiducie de la common law, afin de rendre le droit commercial québécois compétitif avec celui de la common law. À cette fin, le législateur a créé le patrimoine d'affectation¹²², un mécanisme original qui joue un rôle clé dans la fiducie¹²³. Cette forme de fiducie est tout à fait originale.

En second lieu, et toujours dans le but de réduire les différences entre le droit civil et la common law¹²⁴ (des États-Unis et de l'Ontario, de loin les partenaires commerciaux les plus importants du Québec), le nouveau

¹¹⁹ Art. 1260 et suiv. C.c.Q.

¹²⁰ H. Patrick GLENN, « Vers un droit comparé intégré ? », (1999) 3 *Rev. int. dr. comp.* 841, 844.

¹²¹ Pierre-Gabriel JOBIN, « Le droit comparé dans la réforme du Code civil du Québec et sa première interprétation », (1997) 38 *C. de D.* 477, et dans Patrick GLENN (dir.), *Contemporary Law 1998 Droit contemporain*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 69.

¹²² Art. 1256 et suiv. C.c.Q.; Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, p. 24-25; Madeleine CANTIN CUMYN, « Pourquoi définir la fiducie comme un patrimoine d'affectation ? » dans CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Colloque du trentenaire. Thirtieth Anniversary Conference. 1975-2005. Regards croisés sur le droit privé. Cross-Examining Private Law*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 131.

¹²³ Art. 1260 et suiv. C.c.Q.; S. NORMAND, préc., note 122, p. 321 et suiv.

¹²⁴ Voir notamment *Personal Property Security Act* de l'Ontario, R.S.O. 1990, c. P.10; *Uniform Commercial Code* des États-Unis.

Code civil prévoit une nouvelle sûreté réelle sur les meubles et même sur les créances¹²⁵, ainsi que tout un système de publicité des droits pour sa mise en œuvre. L'ingéniosité de ces innovations est à l'honneur du législateur¹²⁶ qui a su conserver la cohérence du droit civil.

La disposition préliminaire du Code civil¹²⁷ est l'une des innovations les plus originales. Elle légitimise, si besoin est, et même incite les tribunaux et la doctrine à recourir au droit comparé dans les cas appropriés¹²⁸. Elle n'est cependant pas assez mise à profit d'après nous.

Si le Code civil demeure au centre du droit privé, il ne saurait prétendre à l'exhaustivité; à côté de lui, par exemple, se dresse la *Loi sur la protection du consommateur*¹²⁹, dont l'application concrète dans la vie des gens est beaucoup plus vaste qu'on ne le pense¹³⁰. Les qualités du *Code civil du Québec* ont été remarquées dans d'autres pays. Plusieurs s'en sont inspirés pour effectuer leur propre réforme; on peut signaler la Catalogne, la Belgique et l'Argentine parmi d'autres¹³¹.

¹²⁵ Art. 2710 et suiv. C.c.Q.; Jacques DESLAURIERS, *Les sûretés réelles au Québec*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 1131 et suiv.

¹²⁶ Le législateur s'est largement inspiré du *Rapport de l'Office de révision du Code civil* (voir Québec, Office de révision du Code civil (ORCC), 1977). Le Projet de Code civil du Québec, une œuvre remarquable, visait entre autres à conserver au nouveau Code son caractère civiliste, dont le législateur cependant s'est parfois éloigné; le Projet de Code civil comportait lui aussi de très intéressantes innovations.

¹²⁷ Disposition préliminaire, C.c.Q. : « Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte de la langue française et la Charte des droits et libertés de la personne, et *les principes généraux du droit*, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens [...]. » (l'italique est de nous).

¹²⁸ Alain-François BISSEAU, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec », (1999) 44 *R.D. McGill* 359; H. P. GLENN, préc., note 118, p. 190.

¹²⁹ *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40.1.

¹³⁰ B. MOORE, préc., note 76, p. 192.

¹³¹ Esther ARROYO AMAYUELA, « Le Code civil catalan : choix, finalités et transplantations législatives du Code civil québécois », (2005) 46 *C. de D.* 271; Georges AUBÉ, « Le Code civil du Québec : source d'inspiration pour la recodification du droit civil argentin », (2017) 13 *Entracte* 1, en ligne : <<https://chairedunotariat.openum.ca/files/sites/74/2017/07/entractev13n12.pdf>> (consulté le 17 mai 2025).

B. La jurisprudence

1975 est une année historique car elle voit la Cour suprême prendre une orientation décisive, à défaut d'être totalement nouvelle, sur l'autonomie du droit québécois.

Dans la première partie de cette période, les tribunaux suivent encore largement le droit français. Entre autres, devant un nouveau problème, les juges y ont recours pour combler une lacune du Code québécois. De grands arrêts de principe de la Cour suprême, notamment, transposent en droit québécois la règle générale elle-même de la bonne foi dans les contrats et certaines de ses applications¹³². Dans un autre cas par exemple, elle transpose la règle jurisprudentielle française de l'époque sur la responsabilité du fabricant vis-à-vis le sous-acquéreur pour un vice caché¹³³. Le phénomène d'acculturation par intégration apparaît clairement ici¹³⁴.

Mais le droit français perd peu à peu d'influence par la suite. Ce fait est attribuable d'abord au développement de la doctrine québécoise¹³⁵. Ce phénomène entraîne comme effet secondaire une diminution du besoin de se tourner vers le droit français. Dans l'ensemble, la connaissance du droit devient plus approfondie, l'analyse se raffine et, surtout en ce qui concerne notre propos, les sources formelles se multiplient. La doctrine québécoise est citée plus souvent que jamais dans les jugements. De manière générale, le droit comparé est en perte de vitesse, et de plus en plus.

Comme autre facteur de la baisse relative de l'influence de la doctrine française, il faut souligner ce fait capital que les droits français et québécois sont graduellement modifiés par les législateurs, et de plus en plus. La réforme du Code civil québécois en 1994 avait multiplié les différences¹³⁶. Par la

¹³² Voir notamment *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554.

¹³³ *General Motors of Canada c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790 (ci-après « *General Motors* »). On peut encore citer l'exemple de l'obligation de loyauté de l'employé envers l'employeur, voir *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429.

¹³⁴ Aux phénomènes bien connus d'acculturation par assimilation et acculturation par intégration, le professeur Normand en ajoute un troisième qui emprunte à ces deux-là : l'acculturation par hybridation, dans laquelle l'institution étrangère modifie partiellement le système juridique récepteur ; voir Sylvio NORMAND, « L'acculturation de la fiducie en droit québécois », (2014) 66 *R.I.D.C.* 7, 8.

¹³⁵ S. NORMAND, préc., note 103, spécialement 1024.

¹³⁶ Voir notamment J. PINEAU, préc., note 115 ; L. LANGEVIN et D. PRATTE, préc., note 117.

suite, les réformes sectorielles du Code civil français produisent cet effet également. Ainsi, des pans entiers du Code civil québécois échappent pratiquement à toute possibilité de comparaison au droit français et même parfois à quelque droit que ce soit. Ce phénomène important explique certainement une certaine baisse de l'influence française aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence du Québec.

Il n'en demeure pas moins que le droit québécois reste encore grandement nourri de droit français, ce qu'on a tendance à oublier. En effet, à l'époque du *Code civil du Bas-Canada* et même après, nos juges ont si souvent suivi la doctrine et la jurisprudence françaises, parfois sur des points majeurs, que le droit québécois est véritablement imprégné de droit français sans qu'on s'en rende compte aujourd'hui¹³⁷. Cette acculturation discrète est bien réelle.

1. La Cour suprême moderne

Depuis 1975, la Cour suprême du Canada a connu deux virages majeurs. Pendant presque un siècle, comme on l'a dit, elle avait souvent transposé en droit québécois des interprétations et des règles de common law. On ne peut guère demander à des juges de faire un *mea culpa* ; parfois, il se produit néanmoins des revirements. En droite ligne avec les deux arrêts précités sur des questions précises¹³⁸ et la célèbre dénonciation¹³⁹ de l'assimilation de la common law par le droit civil, par le juge Mignault¹⁴⁰, les années 1970, 1980 et 1990 marquent un grand changement dans l'attitude de la Cour. Pour l'interprétation du droit civil, elle affiche dorénavant une posture renouvelée quant au droit comparé.

Le premier pas de géant remonte à 1975. L'affaire concernait l'interprétation de l'article 1056 du *Code civil du Bas-Canada* sur l'indemnisation

¹³⁷ H. P. GLENN, *Le droit comparé*, préc., note 49, p. 211.

¹³⁸ *Driver*, préc., note 96 ; *Rubis*, préc., note 96.

¹³⁹ *Desrosiers*, préc., note 81, 126 : « Il est temps de réagir contre l'habitude de recourir, dans les causes de la province de Québec, aux précédents du droit commun anglais, pour le motif que le code civil contiendrait une règle qui serait d'accord avec un principe du droit anglais [...]. Le droit civil constitue un système complet par lui-même et doit s'interpréter d'après ses propres règles. » Voir aussi Pierre-Basile MIGNAULT, « Conservons notre droit civil », (1936) 15 *R. du D.* 28.

¹⁴⁰ « L'œuvre du juge Mignault modifia profondément le cours de l'histoire de l'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême. » ; voir L. LEBEL et P.-L. LE SAUNIER, préc., note 98, 187. Voir aussi, J.-G. CASTEL, préc., note 77.

des victimes par ricochet quand la victime immédiate est décédée des suites de la faute. Cette disposition était calquée sur une règle de common law¹⁴¹ : fallait-il dès lors l'interpréter à la lumière de la jurisprudence pertinente de common law¹⁴² ? Dans un arrêt unanime, la Cour répondit¹⁴³ :

Ce qui existe depuis [1866] est un code dont les dispositions sur ce sujet doivent être interprétées en regard de l'ensemble dont il fait partie, Il faut [...] interpréter l'art. 1056 C.c. non pas comme la reproduction d'une loi d'inspiration anglaise, mais comme un texte nouveau faisant partie de la codification d'un droit dont certains principes fondamentaux diffèrent radicalement de ceux de la Common law.¹⁴⁴

Cet arrêt est capital¹⁴⁵. L'acculturation par assimilation cède le pas à l'acculturation par intégration. Dorénavant, l'intégration de *tout* droit étranger devient la règle canonique, qu'il soit de droit civil ou de common law¹⁴⁶. Cet arrêt s'inscrit parfaitement dans la grande mouvance de l'affirmation et de l'épanouissement du peuple québécois, la Révolution tranquille.

¹⁴¹ Art. 1056 C.c.B.C. : « Dans tous les cas où la partie contre qui le délit ou quasi-délit a été commis décède en conséquence, sans avoir obtenu indemnité ou satisfaction, son conjoint, ses ascendants et ses descendants ont, pendant l'année seulement à compter du décès, droit de poursuivre celui qui en est l'auteur ou ses représentants, pour les dommages-intérêts résultant de tel décès [...] ».

¹⁴² Bel exemple d'absurdité à laquelle peut conduire le transfert d'une règle : la raison d'être du *Lord Campbell's Act (Fatal Accidents Act 1846, 9 & 10 Vict. c. 93 (R.-U.))* de l'Angleterre était d'accorder un droit d'action à des victimes par ricochet ; selon la common law, ces victimes n'avaient pas ce droit, mais son équivalent québécois, l'article 1056 C.c.B.C., a été interprété comme *limitant le droit d'action* à certaines victimes parmi toutes celles qui normalement détenaient ce droit ; voir J.-L. BAUDOUIN, préc., note 10.

¹⁴³ *Pantel c. Air Canada*, [1975] 1 R.C.S. 472, 478.

¹⁴⁴ Cette affirmation rend désuète la réserve qu'avait faite le juge Mignault à propos de l'interprétation d'une disposition tirée de la common law dans son célèbre passage cité plus haut.

¹⁴⁵ Voir aussi *Garnet Retallak & Sons c. Hall & Henshaw Ltd.*, [1990] R.R.A. 303 (C.A.) (où la Cour d'appel a écarté le concept de *detrimental reliance* qui entre en conflit avec la notion civiliste de cause) ; *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.S.C. 663 (la Cour suprême, en matière de diffamation, a écarté la défense de *fair comment* de la common law, car elle est parfaitement inutile en droit civil) (ci-après « *Prud'homme* »).

¹⁴⁶ Dans un article, le juge Baudouin résume bien la nouvelle approche : « Si l'influence de la common law peut être intéressante au plan des solutions du droit positif, elle ne doit pas avoir pour effet d'entraîner l'abandon de la méthodologie civiliste et de la prédominance des principes généraux codifiés [...]. Les solutions importées doivent s'intégrer complètement dans le système civiliste et ne pas créer deux systèmes normatifs séparés à l'intérieur de celui-ci. » ; J.-L. BAUDOUIN, préc., note 10, p. 999 et 1000.

La Cour suprême réitère souvent la spécificité et l'autonomie du droit civil par rapport à la common law et manifeste sa volonté de les respecter. Cela devient un leitmotiv¹⁴⁷. Le fameux passage du juge Mignault sera évoqué plus d'une fois¹⁴⁸. La Cour prononcera une véritable profession de foi¹⁴⁹.

Ce geste historique est l'aboutissement « d'une lente évolution vers la pleine reconnaissance des spécificités et de l'autonomie conceptuelle du droit civil »¹⁵⁰. Il met fin à des décennies de tergiversations. La Cour s'applique à valoriser les sources matérielles propres au droit civil, notamment le droit français, sans toutefois négliger la comparaison à d'autres droits le cas échéant¹⁵¹. Les chiffres le démontrent¹⁵²; une célèbre affaire de troubles de voisinage par une industrie est un bel exemple de la priorité accordée au droit français par rapport aux autres droits¹⁵³.

Dans la recherche de la solution la plus adéquate, la Cour suprême procède de manière scientifique, tel que l'enseignait Gény. Il lui arrive de

¹⁴⁷ Voir par exemple *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268, par. 32 (J. L'Heureux-Dubé): « À la lumière de la spécificité de la tradition juridique du Québec, à l'instar de la Cour d'appel, j'estime que c'était au droit français, et non au droit anglais, qu'il fallait se référer pour décider de la reconnaissance du *solatium doloris* en droit civil québécois. » (ci-après « *Augustus* »).

¹⁴⁸ Voir par exemple *Rubis*, préc., note 96, par. 55 (J. Beetz).

¹⁴⁹ *Caisse populaire des deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995, 1006 (J. L'Heureux-Dubé): « [Si] les arrêts de juridictions étrangères, nommément l'Angleterre, les États-Unis et la France, peuvent avoir un certain intérêt lorsque le droit y est fondé sur des principes similaires, il n'en reste pas moins que le droit civil québécois a ses racines dans des préceptes qui lui sont propres et, s'il peut être nécessaire de recourir au droit étranger dans certains cas, on ne saurait y puiser que ce qui s'harmonise avec son économie générale. » (ci-après « *Caisse populaire des deux Rives* »). Voir aussi *Prud'homme*, préc., note 145.

¹⁵⁰ L. LEBEL et P.-L. LE SAUNIER, préc., note 96, 202.

¹⁵¹ H. P. GLENN, préc., note 58, p. 211.

¹⁵² Voir par exemple de 2006 à 2020 en Cour suprême, en matière de divers sujets de droit civil, les références aux auteurs québécois dominent largement le tableau: dans tous les arrêts les références aux auteurs québécois forment 50 % de toutes les références, et cette proportion est de 13 % pour les auteurs français, 8 % pour ceux de droit comparé et 28 % pour les auteurs de common law.

¹⁵³ *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 64: 16 (59 %) références sont faites à des auteurs québécois, 9 (33 %) à des auteurs français et 2 (7 %) à des auteurs de common law canadienne.

se livrer à de véritables leçons de droit comparé¹⁵⁴. Ainsi dans une affaire de droit québécois, elle fait le tour des droits français, belge, écossais, de la common law anglo-canadienne, britannique, australienne et états-unienne¹⁵⁵. Chose impensable il y a quelques décennies, pour disposer des affaires de common law, elle se penche à l'occasion sur le droit civil québécois, voire français¹⁵⁶ – méthode parfois contestée à l'intérieure même de la Cour, étonnamment¹⁵⁷. Il est ironique de la voir maintenant faire une tentative d'adopter le principe civiliste de la bonne foi, ou du moins de s'en inspirer¹⁵⁸, en common law, système dans lequel les sources québécoises n'avaient jamais joué de rôle digne de mention¹⁵⁹. On peut sans doute concevoir aujourd'hui les deux systèmes comme étant engagés dans une sorte de relation de partenariat plutôt que de domination. La Cour elle-même serait devenue bijuridique¹⁶⁰.

¹⁵⁴ En droit civil, voir par exemple *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, [2011] R.C.S. 9 (ci-après « *Bou Malhab* »); *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54 (j. Abella au par. 133). En common law, voir *Bhasin c. Hrynew*, [2014] 3 R.C.S. 494 (ci-après « *Bhasin* »); *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021 (ci-après « *Norsk* »).

¹⁵⁵ *Bou Malhab*, *id.* (où l'on voit notamment la Cour européenne des droits de l'homme être citée; voir j. Deschamps, par. 20).

¹⁵⁶ Voir notamment la célèbre affaire *Bhasin*, préc., note 154, sur la bonne foi en common law. Sur la perte purement économique d'un tiers (*pure economic loss*), voir *Norsk*, préc., note 154, par. 236 et suiv. (j. McLachlin) (où l'on trouve même du droit allemand); *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38 (sur l'enrichissement sans cause en common law). Les parties invoquent à l'occasion le droit québécois dans une affaire de common law, cependant, cela n'est pas toujours utile: *Wastech Services Ltd. c. Greater Vancouver Sewerage and Drainage District*, [2021] 1 R.C.S. 32, par. 108 et suiv. (j. Kasirer).

¹⁵⁷ Concernant la bonne foi en common law, voir *C.M. Callow Inc. c. Zollinger*, [2020] 3 R.C.S. 908, par. 122-23 (j. Moldaver, Brown et Rowe): « Les juges majoritaires se fondent sur la notion civiliste d'« abus de droit » dans leur analyse. Or, ce faisant, ils s'écartent de la pratique acceptée de la Cour à l'égard de l'exercice de droit comparé [...]. Le fait que les juges majoritaires se fondent sur la notion d'abus de droit en droit civil fausse l'analyse décrite dans l'arrêt *Bhasin* et gomme la distinction (de la common law) entre l'exécution honnête et la bonne foi dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire contractuel. »

¹⁵⁸ *Bhasin*, préc., note 154, par. 32-34; Rosalie JUKIER, « Good Faith in Contract: A Judicial Dialogue Between Common Law Canada and Québec », (2019) 1 *J Commonwealth L & Leg Educ.*

¹⁵⁹ Anne-Françoise DEBRUCHE, « What is "Equity"? Of Comparative Law, Time Travel and Judicial Cultures », (2009) 39 *Rev Gen Dr* 203.

¹⁶⁰ Sur l'incidence des juges de common law dans les affaires civiles de la Cour suprême, voir Andrew STOBO SNIDERMAN et Mariella MONTPLAISIR-BAZAN, « La Cour suprême

La pureté se heurte souvent à la réalité. C'est sans surprise que la Cour suprême nuancera sa position par un rappel que le droit civil québécois doit tenir compte, dans une certaine mesure, du gigantesque empire économique de common law qui entoure le Québec¹⁶¹ et exerce une pression pour s'imposer à lui¹⁶².

Le droit québécois s'est indiscutablement enrichi sous l'influence du droit français¹⁶³. L'affirmation précitée du principe de la bonne foi dans les contrats ainsi que la responsabilité directe du fabricant à l'égard du sous-acquéreur en sont des exemples topiques. Cette intégration s'est d'abord réalisée dans la jurisprudence¹⁶⁴ avant d'être codifiée lors de la réforme du Code civil¹⁶⁵.

L'indemnisation du préjudice purement économique (*pure economic loss*), ou perte relationnelle, est restreinte en common law. Or le droit français et ceux de l'Europe continentale ne distinguent pas la perte purement économique des autres chefs de préjudice; les mêmes règles s'appliquent.

du Canada, le Code civil du Québec et le rôle des juges de common law: une étude des arrêts de 1976-2019 », (2022) 100 *R. du B. can.* 548.

¹⁶¹ *Caisse populaire des deux Rives*, préc., note 149, par. 16 (J. L'Heureux-Dubé): « [L]es tribunaux se doivent d'assurer au droit des assurances un développement qui reste compatible avec l'ensemble du droit civil québécois, dans lequel il s'insère. Ainsi, si les arrêts de juridictions étrangères, nommément l'Angleterre, les États-Unis et la France, peuvent avoir un certain intérêt lorsque le droit y est fondé sur des principes similaires, il n'en reste pas moins que le droit civil québécois a ses racines dans des préceptes qui lui sont propres et, s'il peut être nécessaire de recourir au droit étranger dans certains cas, on ne saurait y puiser que ce qui s'harmonise avec son économie générale. Le développement du droit des assurances doit toutefois nécessairement s'inscrire dans le contexte socio-économique qui lui est propre, soit la pratique nord-américaine du droit des assurances. »

¹⁶² « Le droit privé québécois, [ce] fragile mais indomptable îlot de tradition civiliste dans un espace de common law, [demeure] toujours sous la menace d'une harmonisation à la faveur d'un droit anglo-américain à tendance hégémonique »: Daniel JUTRAS, « Cartographie de la mixité: La common law et la complétude du droit civil québécois », (2009) 88 *R. du B. can.* 247, 250.

¹⁶³ Sur l'influence de la doctrine française, voir S. NORMAND, préc., note 33, p. 22 et suiv.

¹⁶⁴ Voir notamment *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122. *General Motors*, préc., note 133.

¹⁶⁵ Art. 7, 8, 1375, 1468 et 1730 C.c.Q.

En suivant celles-ci plutôt que la common law¹⁶⁶, le droit québécois s'est donc enrichi, en élargissant la responsabilité civile¹⁶⁷.

Le droit français n'est plus une bible qu'on doit suivre¹⁶⁸. La Cour suprême a ainsi refusé d'adopter en droit québécois la théorie du risque en responsabilité extracontractuelle¹⁶⁹; de même pour la théorie de l'imprévision¹⁷⁰, l'indemnisation de la perte d'une chance en responsabilité¹⁷¹ et la détermination de la portée d'un vice caché¹⁷². La Cour affirme ainsi une certaine identité québécoise. Comme l'a observé la professeure Marie-Ève Arbour¹⁷³, de nos jours, le droit comparé permet à la Cour de rechercher une *tendance* dans les droits étrangers – sans nécessairement la suivre, comme on le voit dans les affaires *Churchill Falls* sur l'imprévision¹⁷⁴ et *Bruker* sur l'incidence d'un rite religieux sur le divorce¹⁷⁵.

Dans cette conception du droit comparé, la Cour suprême atteint le niveau le plus élevé du droit comparé. Si le droit français n'est plus *le* modèle à suivre et si son influence diminue¹⁷⁶, sa méthode et sa doctrine demeurent riches d'enseignements pour nous. Le professeur Glenn rappelle qu'au sein de la grande famille des droits civils il existe un *jus commune*, tout un bagage de théories, méthodes, règles, concepts, français notamment, qui se sont introduits dans le système québécois et en font aujourd'hui partie intégrante¹⁷⁷. Ceci

¹⁶⁶ *Norsk*, préc., note 155, par. 236 et 237; Daniel JUTRAS, « Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing? », (1986-1987) 12 *C.B.L.J.* 295.

¹⁶⁷ H. P. GLENN, préc., note 58, 151 et 163.

¹⁶⁸ *Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846, 862 (j. Gonthier) (ci-après « *Farber* »).

¹⁶⁹ *Lapierre*, préc., note 34.

¹⁷⁰ *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, [2018] 3 R.C.S. 101 (ci-après « *Churchill Falls* »); Daniel JUTRAS, « La bonne foi, l'imprévision, et le rapport entre le général et le particulier », (2017) 118 *RTD civ.* 138; Marc ANCEL, « Imprévision et bonne foi en droit québécois », (2017) 3 *RDC* 546.

¹⁷¹ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541.

¹⁷² *ABB c. Domtar*, [2007] 3 R.C.S. 461, *per curiam* par. 85: « En dépit des liens du droit civil québécois avec le droit français [...] il n'apparaît pas souhaitable de transposer dans le droit du Québec les règles de ce système de droit » en matière de vice caché.

¹⁷³ M.-È. ARBOUR et A. LAURENT, préc., note 87, p. 76. Cette méthode est très apparente dans le refus d'indemniser le préjudice causé aux membres d'un grand groupe, voir *Bou Malhab*, préc., note 154.

¹⁷⁴ *Churchill Falls*, préc., note 170.

¹⁷⁵ *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607.

¹⁷⁶ P.-G. JOBIN, préc., note 27, p. 599.

¹⁷⁷ H. P. GLENN, préc., note 43, 348.

dit, le Québec juridique s'est complètement défait de ce que certains pourraient considérer comme du colonialisme.

La Cour suprême finit par réaliser son ambition du début du 20^e siècle, quoiqu'avec des balises. Depuis les dernières décennies, le droit comparé est désormais érigé en une véritable méthode à suivre avec rigueur. Sur des questions un tant soit peu délicates, dans les cas appropriés, les références à des droits étrangers sont devenues nombreuses et de plus en plus fréquentes¹⁷⁸. Les exemples en sont abondants¹⁷⁹. Dans le même élan, on invoque parfois l'idée d'un dialogue entre les deux traditions juridiques du Canada¹⁸⁰.

Certes, on voit encore quelques transferts sans analyse de la common law au droit civil¹⁸¹. Mais désormais les comparaisons doivent se faire dans le respect du caractère distinctif du droit civil québécois¹⁸². Comme l'écrit le professeur Daniel Jutras, chaque élément exogène nouveau doit être redéfini et calibré en tant que composante du système civiliste¹⁸³. Le mot clé est maintenant l'acculturation par *intégration*.

Dans les affaires de common law, la Cour suprême a la chance de disposer d'un vaste réservoir d'inspirations, assez souvent d'autorités, dans la jurisprudence de la Grande-Bretagne et, au besoin, des autres pays du Commonwealth. Les sources non canadiennes étaient déjà utilisées dans 23 % des arrêts il y a quelques décennies¹⁸⁴. Il lui arrive de regarder du côté de la Cour suprême des États-Unis¹⁸⁵.

La Cour suprême du Canada est sans doute la seule cour suprême d'Occident¹⁸⁶ ayant compétence sur *deux droits nationaux*, la common law

¹⁷⁸ H. P. GLENN, préc., note 120; L. LEBEL et P.-L. LE SAUNIER, préc., note 99, 216.

¹⁷⁹ H. P. GLENN, préc., note 58.

¹⁸⁰ Voir par exemple L. LEBEL et P.-L. LE SAUNIER, préc., note 98, 210.

¹⁸¹ Par exemple en matière d'enrichissement injustifié dans une union de fait, voir *M.B. c. L.L.* [2003] R.D.F. 539 (C.A.), par. 37 et 39 (j. Dalphond); *Benzina c. Le*, 2008 QCCA 803, par. n° 11 (j. Dutil) (ci-après « *Benzina* »).

¹⁸² *Farber*, préc., note 168, 862 (j. Gonthier) : il ne saurait être question « d'une adoption aveugle des règles d'un système étranger ».

¹⁸³ D. JUTRAS, préc., note 162, 251.

¹⁸⁴ Pour la période 1984-1994, dans toutes les branches de la common law, 23 % des arrêts : du Canada, de France et de partout dans le monde. Voir Peter J. McCORMICK, « The Supreme Court of Canada and American Citations 1945-1994: A Statistical Overview », (1997) 8 *S. Cal. L. Rev.* 527, 533.

¹⁸⁵ Voir par exemple *Bou Malhab*, préc., note 154.

¹⁸⁶ H. P. GLENN, préc., note 58, 151, 165.

et le droit civil, et peut ainsi faire profiter l'un de l'autre¹⁸⁷. Cette approche comparative est essentielle dans le contexte du bijuridisme canadien¹⁸⁸. La Cour peut pratiquer la fameuse *cross fertilization*, ou fertilisation par croisement. Elle suit une politique délibérée de diversité des sources de systèmes juridiques dans la construction du droit national. Surmontant ses anciennes réticences, redisons qu'elle a finalement atteint la conception idéale du droit comparé, la recherche de la meilleure solution parmi une palette de systèmes juridiques¹⁸⁹.

2. Les tribunaux inférieurs

Les tribunaux inférieurs du Québec présentent un contraste frappant avec la Cour suprême. La Cour d'appel a parfois recours au droit comparé¹⁹⁰, mais peu souvent. Pire, on en voit rarement dans la jurisprudence des tribunaux de première instance¹⁹¹. Ils évoluent à l'inverse de la Cour suprême. Est-ce inévitable? Le manque de ressources humaines, notamment d'assistants de recherche en première instance, et le souci de ne pas prolonger les délibérés malgré le grand nombre d'affaires entendues, en sont-ils une explication totalement convaincante¹⁹²? À une époque où le droit comparé fleurit à la Cour suprême et ailleurs dans le monde, il est étonnant que la Cour d'appel québécoise fasse preuve d'une telle retenue. Les tribunaux se privent là de ressources précieuses.

¹⁸⁷ Glenn conclut: «Si les deux [traditions juridiques] sont ouvertes aux sources qui se révèlent utiles, il y a inévitablement des idées juridiques ambulatoires, ayant la capacité de traverser la frontière perméable des traditions. Ainsi chaque tradition aurait son identité propre, son autonomie, mais les deux seraient néanmoins interdépendantes. Leur autonomie serait une autonomie mitigée et non pas absolue.»; voir *id.*, 166.

¹⁸⁸ L. LEBEL et P.-L. LE SAUNIER, préc., note 98, 213.

¹⁸⁹ Charles D. GONTHIER, «Some Comments on the Common Law and the Civil Law in Canada: Influence, Parallel, Developments and Borrowings», (1993) 21 *C.B.L.J.* 323, 334.

¹⁹⁰ Par exemple, sur la question de l'imprévision, voir *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, 2016 QCCA 1229; sur l'enrichissement injustifié dans des couples de fait, voir *Benzina*, préc., note 181, par. 11 (j. Dutil).

¹⁹¹ Pour la période de 2006 à 2020, en matière de troubles de voisinage, sur un total de 415 décisions de la Cour d'appel, la Cour supérieure et la Cour du Québec, 123 citent des auteurs québécois, mais seulement deux citent des auteurs français, alors que deux citent des auteurs de common law.

¹⁹² Chaque juge de la Cour d'appel du Québec dispose d'un assistant de recherche et davantage pour les gros dossiers. Mais le volume d'arrêts qu'elle rend chaque année est largement supérieur aux quelque 80 arrêts de la Cour suprême du Canada.

3. Le déclin

Depuis quelques décennies, il est clair que le droit comparé perd du terrain¹⁹³. Divers facteurs expliquent ce phénomène. D'abord, pour justifier la baisse relative de l'influence de la doctrine française, il faut rappeler que les droits français et québécois ont été modifiés de plus en plus par les législateurs.

Il y a ensuite le développement du droit québécois lui-même. Dans l'ensemble, la connaissance du droit devient plus approfondie, l'analyse se raffine et les sources formelles se multiplient.

Ensuite, la doctrine québécoise est citée plus souvent que jamais par les tribunaux québécois. C'est la première époque où les auteurs québécois, collectivement, jouissent d'autant de crédibilité auprès des juges. En corollaire, très souvent, les juges d'aujourd'hui trouvent dans la doctrine québécoise l'information et la réflexion que leurs collègues d'autrefois devaient aller chercher dans la doctrine française parce qu'ils ne pouvaient pas les trouver dans la doctrine nationale. Il se produit un phénomène de balancier entre la hausse des références aux sources québécoises et par ailleurs une baisse du droit comparé, de plus en plus marquée¹⁹⁴.

De plus, comme l'a souligné le professeur Sylvio Normand¹⁹⁵, sans être tombée en défaveur, en général la doctrine elle-même joue un moins grand rôle dans les décisions judiciaires. Cela s'explique sans doute par le pragmatisme. Un changement de culture risque de survenir, dans lequel la doctrine, quelle que soit son origine, finirait par jouer un rôle marginal. Un tel aboutissement serait un appauvrissement.

Ce recul du droit comparé est attribuable aussi à d'autres facteurs¹⁹⁶. Les sources françaises sont devenues plus difficiles d'accès : certes, en général les technologies de communication facilitent l'exploration de droits étrangers, mais ces sources n'apparaissent pas toutes dans certaines banques

¹⁹³ Comparer par exemple Mathias REIMANN, « The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century », (2002) 50-4 *A.J.C.L.* 761.

¹⁹⁴ Dans l'échantillon de sujets retenus, la doctrine québécoise est citée dans 13 %, 19 %, 37 % et 37 %, des décisions, respectivement pour les périodes de 1900 à 1939, 1940 à 1969, 1970 à 1990 et 2006 à 2020, alors que, pour les mêmes périodes, la doctrine française est citée dans 42 %, 29 %, 16 % et 0,01 % des décisions.

¹⁹⁵ S. NORMAND, préc., note 33, p. 39.

¹⁹⁶ *Id.*, p. 39 et 40.

électroniques de documentation, et il faut donc les rechercher « à la main » dans des bibliothèques locales assez considérables pour contenir toute cette doctrine.

Il y a aussi des facteurs touchant toute la doctrine, française et autre. La culture juridique québécoise a évolué dans une certaine mesure : elle devient plus pragmatique, moins savante, donc moins soucieuse de s'inscrire dans une tradition juridique étrangère. La doctrine québécoise s'est ouverte considérablement à l'interdisciplinarité, s'inspirant à l'occasion de l'analyse économique du droit, la théorie féministe, et bien d'autres ; le droit comparé perd ainsi de sa pertinence, parfois totalement¹⁹⁷. Un certain isolement du droit québécois par rapport à d'autres droits est donc palpable, notamment par rapport au droit français.

C. La doctrine

La période de 1975 à nos jours est celle de l'épanouissement de la doctrine québécoise. Le droit comparé en bénéficiera pendant un certain temps. Cet épanouissement a des rapports importants avec l'influence de la doctrine française. Il tient à plus d'un phénomène.

Durant les premières décennies de cette période, la doctrine française exerce encore un poids considérable en littérature québécoise. Pour certains auteurs, bien souvent le droit français est plus qu'un objet de droit comparé : c'est une véritable *source interne* du droit québécois. Le professeur Paul-André Crépeau en est le représentant le plus connu¹⁹⁸.

Produit dérivé de la Révolution tranquille qui a balayé le Québec dans les années 1960 et 1970¹⁹⁹, l'augmentation importante des budgets universitaires a permis aux facultés de droit de recruter toute une cohorte de jeunes professeurs de carrière, doctorat ou maîtrise en poche. Certains publient

¹⁹⁷ *Id.*, p. 40. Ce phénomène avait déjà été observé il y a plusieurs années, voir Pierre-Gabriel JOBIN, « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : Le rapprochement et l'éloignement de deux continents », (1992) 44 R.I.D.C. 381, et dans H. Patrick GLENN (dir.), préc., note 5, p. 91.

¹⁹⁸ Voir par exemple Paul-André CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Montréal, Éditions Yvon Blais et Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1989.

¹⁹⁹ Martin PÂQUET et Stéphane SAVARD, *Brève histoire de la Révolution tranquille*, Montréal, Boréal, 2021.

leur thèse. On a vu apparaître un nombre appréciable de traités, monographies, précis, manuels, répertoires et autres ouvrages, dans pratiquement toutes les branches du droit. Les périodiques qui publient du droit civil ont, de leur côté, apporté une moisson abondante d'articles.

Les auteurs québécois, suivant l'exemple de la doctrine française et, dans certains cas, l'enseignement qu'ils ont reçu en Europe, adoptent presque tous la méthode analytique. À partir de 1985 environ, les professeurs de carrière publieront des ouvrages plus approfondis, plus critiques et aux perspectives élargies, bien que leurs préoccupations demeurent souvent didactiques et professionnelles. Des traités vont naître²⁰⁰. Les thèses de droit comparé se multiplient²⁰¹.

Mais il faut admettre que, même dans la doctrine, le droit comparé tend à s'effacer depuis quelques décennies. En droit des obligations, par exemple, un seul traité continue d'établir fréquemment des comparaisons au droit français²⁰², alors que cela devient de plus en plus discret dans les autres ouvrages²⁰³.

Tout de même, des universitaires français viennent encore prononcer des conférences, stimulant directement ou indirectement le droit comparé²⁰⁴. Par ailleurs, la présence de la doctrine française dans les ouvrages et articles

²⁰⁰ Par exemple, la série *Traité de droit civil du Québec*, 6 vol., Montréal, Éditions Yvon Blais, 1988 et éditions suivantes; Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018.

²⁰¹ Voir par exemple Yaëll EMERICH, *La propriété des créances: approche comparative*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2006; Michelle CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Paris, L.G.D.J., 2002; Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2002.

²⁰² D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 200.

²⁰³ Sur la place du droit comparé, je me permets de citer l'exemple de mon propre ouvrage, *Les obligations*. Comparer la première édition sous la plume de Jean-Louis BAUDOUIN, Presses de l'Université de Montréal, 1970, et la 7^e édition, par Nathalie VÉZINA et moi-même, Éditions Yvon Blais, 2013.

²⁰⁴ Voir notamment Christophe JAMIN, *Le solidarisme contractuel: un regard franco-québécois*, 9^e Conférence Albert-Mayrand, Montréal, Éditions Thémis, 2005; Laurent AYNÈS, 13^e Conférence Albert-Mayrand – Crise économique et droit des contrats, Montréal, Éditions Thémis, 2010; Pierre WESSNER, 11^e Conférence Albert-Mayrand – La responsabilité fondée sur la confiance: une fausse bonne idée en droit suisse, Montréal, Éditions Thémis, 2007.

québécois joue encore un certain rôle utile²⁰⁵. Les auteurs voient sans doute dans la doctrine française une œuvre si riche qu'elle mérite d'être citée même sur des points où la doctrine québécoise, qu'ils citent également, est pourtant claire et complète. Si le phénomène paraissait bien compréhensible à l'époque de Mignault, alors que la doctrine québécoise était très peu développée, aujourd'hui il retient l'attention.

Le droit français et d'autres systèmes juridiques peuvent offrir un éclairage très intéressant sur une question, inspirer le législateur et les chercheurs. Comme l'écrit le professeur Adrian Popovici, « [nous devrions y puiser] pour y trouver des idées, pour alimenter la réflexion »²⁰⁶. Encore aujourd'hui, doctrine et jurisprudence et même la loi d'autres pays, principalement de droit civil, sont potentiellement des sources d'inspiration pour les juristes québécois²⁰⁷. Il est permis de regretter que le droit français ou autre droit étranger ne soit plus guère utilisé. La France et le Québec ne partagent-ils pas une langue, une culture, un système civiliste, une certaine manière d'exprimer le discours sur le droit²⁰⁸? À nos yeux, les auteurs se privent d'une riche source d'inspiration sur plusieurs questions.

D. Les institutions de droit comparé

Des institutions sont mises sur pied. Un centre de droit comparé, à l'Université d'Ottawa, connaîtra une existence brève. Le Centre Paul-André

²⁰⁵ C'est le cas dans les thèses de droit comparé, incontestablement, mais aussi dans la doctrine innovatrice et fondamentale; voir par exemple Madeleine CANTIN CUMYN et Michelle CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 76 et 77; Y. EMERICH, préc., note 201. Voir aussi CENTRE PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU DE DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ, préc., note 30.

²⁰⁶ Adrian POPOVICI, « Repenser le droit civil: un nouveau défi pour la doctrine québécoise », (1995) 29 R.J.T. 546, 558.

²⁰⁷ H. P. GLENN, *Le droit comparé*, préc., note 49, p. 271.

²⁰⁸ S. NORMAND, préc., note 33, p. 34 et 35. Cela est d'ailleurs vrai même pour la doctrine en droit public. Le style du *Code civil du Québec*, de facture française, en est un bon exemple, voir Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, et spécialement Adrian POPOVICI, « Le droit civil, avant tout un style... », *id.*, p. 207 (il y aurait beaucoup à dire sur ce sujet; on relèvera uniquement la disparition au Québec des notes et commentaires de jurisprudence dans les revues, si éclairants en droit français).

Crépeau de droit privé et comparé²⁰⁹, fondé en 1975, demeure très actif aujourd'hui, par notamment des publications et des colloques.

De grands événements rassemblent des comparatistes de temps à autres en terre québécoise. Le plus remarquable est le congrès de l'Académie internationale de droit comparé, à Montréal, en 1990, qui a réuni 450 personnes provenant de partout dans le monde²¹⁰. En 2010, le colloque *Worlds of the Trust. Le trust dans tous ses états*, a réuni des universitaires du Canada, des États-Unis, d'Angleterre, de France et d'ailleurs. Le droit comparé du Québec est malheureusement moins vigoureux que jadis, mais il demeure bien vivant.

V. La mixité du droit québécois

On a affirmé que le droit privé québécois est un droit mixte, c'est à dire métissé de common law²¹¹. La Louisiane offre un exemple encore plus frappant d'un droit mixte, ou hybride²¹². L'insistance de la doctrine québécoise sur ce point est un héritage inconscient du mouvement nationaliste des années 1920. Droit mixte s'opposerait à droit pur. Ces nationalistes défendaient en effet la pureté du droit civil face à la pollution de la common law.

²⁰⁹ Renommé ainsi en l'honneur de son fondateur et directeur, le professeur Paul-André Crépeau. Il avait désigné son institution Centre de droit privé et comparé du Québec.

²¹⁰ Organisé par l'Association québécoise de droit comparé, il s'est tenu à l'Université McGill.

²¹¹ Voir notamment L. LEBEL et P.-L. LE SAUNIER, préc., note 98, 203; J.-L. BAUDOUIN, préc., note 10, 999; H. Patrick GLENN, « Quebec: Mixité and Monism », dans Esin ORUCU, Elspeth ATTWOOLL et Sean COYLE (dir.), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 1; Maurice TANCELIN, « Introduction. Comment un droit peut-il être mixte? », dans Frederick P. WALTON (dir.), *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, trad. par Maurice TANCELIN, Toronto, Butterworths, 1980, p. 1; A. POPOVICI, préc., note 32, 226 et suiv.; Alain-François BRISSON, « Dualité de systèmes et codification civiliste », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec. Actes des journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1992, p. 39; Jean-Maurice BRISSON, *La formation d'un droit mixte: l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Éditions Thémis, 1986.

²¹² A. A. LEVASSEUR, préc., note 10, p. 205 et suiv.; Alain A. LEVASSEUR, « La réception du système de "common law" par le système législatif français en Louisiane », dans M. DOUCET et Jacques VANDERLINDEN (dir.), *La réception des systèmes juridiques: implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 381; V. V. PALMER, préc., note 10, 332 et suiv.

Rappelons quelques faits. Effectivement, un certain nombre de dispositions du *Code civil du Bas-Canada* reprenaient des règles de common law²¹³. Subséquemment, comme on l'a vu, le législateur y a notamment ajouté une section copiée de la common law²¹⁴. Pendant plus d'un siècle, les tribunaux ont puisé dans le droit anglo-saxon pour interpréter des dispositions du Code civil. Il s'est présenté des cas particulièrement difficiles, telle l'affaire Tucker²¹⁵ concernant la fiducie du Code civil, institution fondamentale du droit anglais. Une partie du droit de la preuve est d'inspiration anglaise. Le caractère mixte n'est pas sans être renforcé par le système judiciaire et la forme des jugements, de tradition anglo-saxonne. On peut aussi reprocher au Conseil privé d'Angleterre, en appel de décisions canadiennes²¹⁶, d'avoir interprété restrictivement le Code civil, à la manière d'une loi ordinaire (« *statute* ») et non comme un tout organique et fondamental.

Au fil des décennies, des normes et concepts de common law importés en droit civil sont devenus comme des sédiments discrets dans notre droit; il devient de plus en plus clair qu'il existe des règles qui sont maintenant considérées comme nationales malgré leur origine étrangère; elles sont à la fois très développées et multiples²¹⁷. De manière générale, on a vu que la Cour suprême avait reconnu expressément la spécificité du droit civil et aujourd'hui qu'elle ne recourt à la common law qu'à des fins de *comparaison* pour une simple information, parfois pour une acculturation *par intégration*.

Aujourd'hui, est-il donc exact de qualifier encore le droit privé québécois de mixte ?

²¹³ La liberté testamentaire totale (art. 703 C.c.B.C.), faisant ainsi disparaître la réserve successorale française; ajouter la preuve testimoniale en matière commerciale dans certaines circonstances (art. 1234 et 1235 C.c.B.C.) et la forme dérivée des lois d'Angleterre pour les testaments (art. 842 et 852 C.c.B.C.).

²¹⁴ Art. 1040(a) et (c) C.c.B.C.; *Fatal Accidents Act*, R.S.O. 1950, c. 132.

²¹⁵ *Royal Trust*, préc., note 99; L. LEBEL et P.-L. LE SAUNIER, préc., note 98, 205; Madeleine CANTIN CUMYN, « La propriété fiduciaire: mythe ou réalité? », (1984) 15 *R.D.U.S.* 7; S. NORMAND, préc., note 135; Sylvio NORMAND et Jacques GOSSELIN, « La fiducie du Code civil, un sujet d'affrontement dans la communauté juridique québécoise », (1990) 31 *C. de D.* 681.

²¹⁶ Cet appel sera aboli par les conférences impériales de 1926 et 1930 et le *Statut de Westminster* de 1931.

²¹⁷ H. P. GLENN, *Le droit comparé*, préc., note 49, p. 211.

Le *Code civil du Québec*, dans ses sources, accorde une place privilégiée au droit français, ce qui est normal. Mais, à l'instar d'autres codifications contemporaines²¹⁸, il a été élaboré également à partir d'un grand nombre d'exemples législatifs, non seulement de common law, mais aussi et surtout d'une vaste gamme de droits étrangers²¹⁹. Tous ces emprunts doivent être définis et interprétés selon le droit civil interne, non le droit étranger.

L'influence de la common law ou d'un autre système étranger sur notre propre système ne peut plus être traitée comme un élément pernicieux²²⁰. Le *Code civil du Québec* énonce un droit, non pas métissé de common law, mais éclaté dans ses sources. La plainte de la mixité du droit québécois avec la common law est dépassée.

Un jour, le droit comparé disparaîtra peut-être comme discipline. Il pourrait devenir simplement une *autre façon de penser le droit*. Gardons à l'esprit cette leçon du professeur Glenn²²¹ :

L'ouverture des traditions est la meilleure garantie de la survie et du bien-être de chacune d'elles. C'est la fermeture des systèmes qui provoque l'implosion intellectuelle, la confrontation des systèmes et la dominance des rapports de force. Les juristes québécois n'ont jamais pensé le droit en termes de systèmes fermés. On est bien préparé pour le XXI^e siècle.

²¹⁸ Voir par exemple Didier CHOLET, « L'intérêt d'une recherche de droit comparé franco-québécoise et sa méthode », dans D. CHOLET et S. NORMAND (dir.), préc., note 33, p. 3 ; Stefan GRUNDMANN et Marie-Sophie SCHÄFER, « The French and the German Reforms of Contract Law », (2017) 13 *European Rev Comp L* 459 ; Vincent RIVOLIER, « L'influence du droit européen et international des contrats sur la réforme française du droit des obligations », (2017) 69 *R.I.D.C.* 757.

²¹⁹ P.-G. JOBIN, préc., note 121.

²²⁰ J.-L. BAUDOUIN, préc., note 10, 1000 ; D. JUTRAS, préc., note 163, 248 et 249.

²²¹ H. P. GLENN, préc., note 118, p. 196.

