

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

**Repenser le droit civil:
un nouveau défi pour la doctrine
québécoise^[1]**

Adrian Popovici^[2]

- I. LE PRINCIPAL DE COHÉRENCE 547**
 - II. UN ORDRE JURIDIQUE NOUVEAU 548**
 - III. L'HÉRITAGE DU PASSÉ 550**
 - IV. REPENSER LE DROIT CIVIL 551**
 - V. L'ÉCLATEMENT DES CATÉGORIES JURIDIQUES 552**
 - VI. LA DOCTRINE 555**
 - VII. LES *COMMENTAIRES* DU MINISTRE DE LA JUSTICE 556**
 - VIII. LA DOCTRINE FRANÇAISE 558**
 - IX. LE DROIT COMPARÉ 560**
 - X. LES TROIS ÉTAPES DE LA TÂCHE DE LA DOCTRINE 561**
-

Il y a plus affaire à interpreter les interpretations qu'à interpreter les choses, et plus de livres sur les livres que sur autre subject: nous ne faisons que nous entregloser.

Montaigne

C'est à la fois un défi et une grande joie que peu de juristes ont eus et auront dans l'histoire de l'humanité que de travailler sur un code civil nouveau. Je l'écris avec un enthousiasme que j'aimerais communicatif. Nous avons une chance extraordinaire. Je considère cependant que c'est presque de l'outrecuidance que de publier un ouvrage de doctrine deux ans seulement après la mise en vigueur du nouveau Code.

I. LE PRINCIPE DE COHÉRENCE

Présomptueux j'ai été de croire que je pouvais me contenter, avec tous les acquis de notre tradition juridique, d'expliquer la portée d'une ou deux dispositions de caractère mineur du Code^[3] (c'était mon dessein original) sans les replacer dans le contexte plus global qui est celui de notre nouveau droit civil tel qu'il apparaît de l'ensemble des dispositions de notre nouveau Code. En transposant la règle de l'article 1427, on peut dire que les articles du Code s'interprètent les uns par les autres, en donnant à chacun le sens qui résulte de l'ensemble du Code civil^[4]. On doit être conscient de ce que l'on appelle le *principe de cohérence*^[5].

Ce n'est pas seulement que tout acte de législation émanant du législateur doit être présumé cohérent: cette exigence de principe est encore plus cruciale parce qu'elle est celle d'un Code civil, parce que justement il s'agit d'un code et non d'une simple loi de l'Assemblée nationale.

Car le Code civil a une COHÉRENCE, qu'il faut non seulement CHERCHER, mais TROUVER: elle est là. C'est le nouveau rôle de la doctrine au Québec, et, j'ose dire, sa responsabilité.

Évidemment, l'auteur de doctrine doit d'abord digérer avant que de s'exprimer. Avant de critiquer, il faut expliquer et avant de décrire, il faut comprendre [c'est-à-dire «embrasser dans un ensemble» selon le *Petit Robert*]. En ce qui me concerne, je suis candidement fier de participer aux premiers balbutiements de la nouvelle doctrine québécoise, ce qui ne m'empêche pas de demander au lecteur l'indulgence que l'on doit accorder au novice. J'aurai, dans ce livre, probablement énoncé un certain nombre d'inexactitudes, voire de bêtises, en interprétant le nouveau Code civil. Je me console en me disant qu'elles porteront moins à conséquence que les premiers et inévitables errements jurisprudentiels et serviront peut-être à en éviter, soit dit en toute modestie.

II. UN ORDRE JURIDIQUE NOUVEAU

Pour moi, il est devenu clair que le nouveau Code civil instaure un ORDRE JURIDIQUE NOUVEAU^[6]. Il ne s'agit pas d'une mise à jour de l'ordre ancien; ce n'est pas une révision^[7], si globale soit-elle, et c'est plus qu'une réforme: c'est une réforme «en profondeur»^[8]. Il n'y a pas de révolution, pas de césure avec le passé; on peut parler de *continuité*^[9]. Mais le changement est beaucoup plus considérable que certains le soupçonnent ou veulent bien l'admettre. Il s'agit quand même d'un **nouvel ordre juridique** qui remplace le précédent.

Par métaphore, on pourrait parler d'une nouvelle maison bâtie sur les fondations de l'ancienne. Pour la construire, le législateur a utilisé une partie des matériaux de l'ancienne, en les dépoussiérant ou en les retapant. Mais il a aussi fait appel à des matériaux nouveaux, plus adaptés à cette fin du XXe siècle, et il s'est approvisionné à diverses sources que l'on regroupe sous la dénomination de *droit comparé*. L'homogénéité peut parfois ne pas apparaître au premier abord, mais c'est une conséquence du principe de cohérence d'un code civil et dans 50 ans on aura oublié l'hétérogénéité de ses sources. Cette harmonie systémique du nouveau Code civil „ de cette nouvelle maison „ n'en fait pas nécessairement un chef-d'oeuvre esthétique, mais tel n'était pas le but de l'opération: ce que l'on voulait, c'était un ensemble utile et cohérent. Suivant la tradition pragmatique du droit québécois^[10], l'Assemblée nationale a adopté un Code «bien concret»^[11], pour reprendre l'expression de mon collègue, le professeur Jean Pineau.

Bien sûr, on peut déceler des incohérences, tant entre deux parties du Code qu'entre deux articles du même chapitre en apparence antinomiques; et la doctrine, qui a certainement l'esprit plus critique que ne le pensait Jean-Louis Baudouin en 1981[12], ne manquera pas de les pointer du doigt. Mais il est stérile de dénoncer (avec hargne, parfois) quelques contradictions, illogismes ou imperfections. La tâche de la doctrine est de concilier l'inconciliable, d'émousser les contradictions, d'harmoniser les antinomies, bref de faire ressortir la cohérence qui est le postulat de base sans lequel on ne peut parler de Code civil.

D'ailleurs, malgré quelques malfaçons et un certain manque de finition, la nouvelle maison est loin d'être une cambuse. La maison est neuve et elle est plus qu'habitable; il n'y a pas de honte à y inviter des étrangers[13]. Elle forme un tout: ce n'est pas seulement l'agglomération d'éléments disparates et hétéroclites. De plus, c'est notre maison et il va falloir s'y adapter. Certains ajustements seront inévitables, mais c'est ce qui fait le charme d'une nouvelle installation... [Les métaphores valent ce qu'elles valent.]

À l'instar de nombreuses villes ou d'églises renommées, la nouvelle maison a été bâtie sur des fondements déjà existants, sur des assises établies. On n'est pas parti de zéro. Mais il ne s'agit pas de vin nouveau dans de vieilles outres. Ce n'est pas seulement le vin qui est nouveau, mais les tonneaux aussi..., même si on a puisé originellement surtout à la même vigne...**III. L'HÉRITAGE DU PASSÉ**

Nous n'avons pas renié notre héritage. Il n'est point dans mon intention de me lancer dans un essai sur le contenu de notre tradition juridique[14]. C'est quand même le passé qui a d'abord servi de base pour construire l'avenir, que l'on qualifie notre tradition juridique de civiliste, de mixte ou d'originale, peu importe[15]. Certains faits sont inéluctables: le rattachement linguistique, historique et juridique à la codification française[16], une approche plus pragmatique que théorique due, entre autres facteurs, à un pouvoir judiciaire modelé sur celui de l'Angleterre, la proximité géographique et économique des États-Unis... Ce qui caractérise un système juridique[17], c'est surtout la hiérarchie des sources de droit, le mode de raisonnement juridique, la structure et les concepts utilisés et, en particulier, les *catégories* juridiques qui sous-tendent la règle de droit.

De tout cela il ne s'agit pas de faire table rase, mais pas non plus de prendre tout pour acquis, les yeux fermés. C'est une des leçons que j'ai tirées du présent travail. Certaines catégories, au regard du nouveau Code civil, sont peut-être dépassées ou éclatées... Il me semble difficile et oiseux de remettre systématiquement en question les fondations en tant que telles: une démarche de ce genre serait non seulement tardive, mais dangereuse; le risque d'ébranler la solidité de l'édifice est grand. Mais cela ne signifie pas qu'il ne faille pas tenter de préciser les fondations, d'en cerner les contours, d'en faire l'analyse archéologique, de s'assurer de leur adéquation, afin justement de consolider la structure de l'édifice qui repose sur elles.

Le rôle de la doctrine n'en est certainement pas un de démolition ou de destruction, mais de finition, de consolidation, de construction.

Nous sommes tributaires du passé, nous n'en sommes cependant pas esclaves.

IV. REPENSER LE DROIT CIVIL

Même si la réforme du Code civil n'est pas une révolution, cela ne veut pas dire qu'il ne faille pas remettre en question un certain nombre d'acquis. Déjà certains «acquis» pouvaient paraître branlants, chancelants ou dépassés en 1993; il est normal que certains soient devenus inadéquats en 1994.

La phrase de Montaigne que j'ai placée en exergue colle admirablement aux ouvrages de droit. Une grande partie de ce que je peux lire aujourd'hui dans Larroumet, je pouvais le lire hier dans Mazeaud, avant-hier dans Planiol et Planiol l'avait lu chez Baudry-Lacantinerie, qui l'avait puisé chez Demolombe, qui s'était inspiré de Troplong ou de Toullier, lesquels n'étaient pas indifférents à Pothier. Montaigne, toujours dans le dernier chapitre du dernier livre des *Essais*, écrivait: «Nos opinions s'entent les unes sur les autres. La première sert de tige à la seconde, la seconde à la tierce. Nous eschellons ainsi de degré en degré. Et advient de là que le plus haut monté a souvent plus d'honneur que de mérite; car il n'est monté que d'un grain sur les épaules du pénultième.» C'est une leçon d'humilité.

Entre Domat et Gil Rémillard, il est passé beaucoup d'eau sous les ponts... Il me semble sain de remettre en question des données de base qui ne correspondent plus nécessairement à la réalité juridique de 1994. Un nouveau code civil non seulement nous en donne l'occasion, il nous dicte parfois cette démarche. C'est une aubaine sans rivale de réfléchir et d'approfondir. De nouvelles catégories voient le jour: je songe aux notions d'entreprise, d'administration du bien d'autrui, aux hypothèques mobilières. Il est toujours opportun de faire un certain ménage dans les catégories anciennes, de toute façon[18].

Notre façon de raisonner en droit international privé a été complètement bouleversée: nous utilisons une demi-douzaine de catégories plus ou moins élastiques pour classer des phénomènes juridiques afin de désigner le droit applicable. C'est maintenant une trentaine de sous-catégories qu'il faut manier avec un système de désignation alternative, cumulative ou facultative. La faculté d'adaptation de l'internationaliste privatiste sera mise à rude épreuve.

Il convient de prendre conscience que notre dépendance du passé (le legs de notre tradition juridique) ne doit pas nous obnubiler. Le nouveau Code lui-même, soit par son vocabulaire soit par son silence, est à la source de modifications qui peuvent sembler insignifiantes au premier abord mais qui sont susceptibles d'engendrer des bouleversements plus profonds[19]. Il faut toutefois souligner que, si le législateur ordonne la réalité matérielle, il n'a que peu d'emprise sur la réalité scientifique. Ainsi, par exemple, la suppression des notions de *bonnes moeurs* et de *cas fortuit* du texte législatif n'est pas une preuve de leur disparition de la réalité juridique. Le Code a beau ne plus parler de délits et de quasi-délits, la réalité juridique (en raison particulièrement de la réglementation de la faute intentionnelle et de celle de l'article 49, al. 2, de la Charte québécoise) ne se pliera pas nécessairement aux vœux tacites du législateur.

V. L'ÉCLATEMENT DES CATÉGORIES JURIDIQUES

Je suis vraiment parfois fasciné de constater que nous utilisons encore la plupart des catégories que nous avons héritées du droit romain (alors que la réalité économique et sociale a évolué à pas de géant[20]), comme la liste des contrats nommés, par exemple.

Certains codes récents (et je pense en particulier au Code civil italien de 1942) ont multiplié les contrats nommés, tentant ainsi de se mettre à jour par rapport à la réalité économique et sociale. Notre législateur a été beaucoup plus timide, prudent, conservateur.

Beaucoup de changements se sont faits cependant «à l'anglaise», de l'intérieur (on a gardé la façade, on a modifié le reste): on n'a pas changé le contenant, on a changé le contenu.

Le mandat romain et celui du nouveau Code civil ont autant de points communs que de points

divergents (je me suis néanmoins senti obligé de faire des incursions en droit romain afin de mieux comprendre notre mandat de 1994). *L'obligation de donner*, legs du droit romain, semble ignorée par le nouveau Code civil: s'agit-il d'une répudiation ou d'une simplification?... Du XIXe siècle et de l'école exégétique, nous avons hérité, par exemple, de la distinction systématisée entre *faits* et *actes juridiques*, qui est postérieure aux codifications du XIXe et d'une conception du contrat, qui, il faut le souligner, ne cesse d'être ébréchée de toutes parts. Au cours de mes recherches, je me suis aperçu que ce doublet bipolaire actes-faits juridiques, qui a pourtant influencé notre législateur, ne s'imposait pas de façon aussi aveuglante, quitte à nuancer et à découvrir de nouvelles subtilités dans les catégories traditionnelles. En ce qui concerne la conception libérale et volontariste du contrat, la doctrine considère le contrat déjà plus comme un fait social que comme l'incarnation de volontés individuelles[21]. Mais celui qui creusera la notion du contrat en vertu du nouveau Code aura intérêt à faire resurgir les particularités du *formalisme*, à analyser la notion de *situation juridique* prônée par Roubier et même à remettre en question la fameuse loi de Maine (*from status to contract*: n'assiste-t-on pas à un retour du pendule?)[22]. Celui qui se préoccupera de la responsabilité civile devra, lui aussi, adopter une nouvelle approche qui assure harmonie et cohérence entre le Code et la Charte québécoise; le dogmatisme français qui a présidé à la prohibition de l'option à l'article 1458, al. 2 *in fine* est de plus en plus remis en question dans son pays d'origine[23]. Le choix du législateur doit être respecté, mais la question se déplacera: quand y aura-t-il véritablement contrat et les critères de détermination du contenu obligationnel du contrat seront-ils nécessairement ceux du passé[24]?

Ces questions, que je ne fais qu'effleurer, et d'autres du même calibre, m'ont tourmenté: j'en suis venu à la conclusion qu'il fallait repenser notre droit civil à la lumière de notre nouveau Code (en harmonie avec la Charte québécoise)[25]. C'est dire que ma métaphore a une portée bien limitée et que le nouveau Code pourrait être l'occasion et la cause d'un grand chambardement de nos habitudes de penser juridiques. Et il ne faut pas faire l'autruche devant les conséquences qui découlent d'un nouvel ordre juridique.

Le poids génétique de notre passé juridique ne doit pas nous enchaîner. Il faut se méfier, plus que des changements qui n'en sont pas vraiment, de la phobie invétérée du nouveau qui caractérise le monde de la basoche[26]. Ce n'est pas une question de paresse intellectuelle, mais simplement une question de manque de temps. *Time is money* diraient nos cousins français. Praticiens et magistrats sont entravés par un double carcan: ils ont un *problème concret* à régler *dans un temps record*. On comprend que, quelle que soit la qualité de leur faculté de raisonnement, il leur manquera toujours la liberté (ou l'oisiveté?) de s'adonner à la réflexion systématique et à la recherche approfondie[27].

L'outil principal et le principal moteur d'un réexamen du droit civil à la lumière du nouveau Code ne peuvent être trouvés que dans la doctrine, ce qui n'est que normal dans un système de *droit civil*.

*

* *

VI. LA DOCTRINE

Pour moi, le rôle de la doctrine n'est pas seulement d'expliquer le nouveau droit civil et de le systématiser, mais de le repenser.

Quand on parle de *doctrine*, encore faut-il s'entendre sur la signification du mot. Personnellement je

pense que la doctrine est tout écrit de juriste hormis les jugements. Les oeuvres de doctrine sont comme les témoignages: il en est des longues et des courtes[28], des inutiles, des décisives, des routinières, des bonnes et des mauvaises, des naïves d'amateurs, des professionnelles d'experts. Il s'agit, au fond, d'une question de *crédibilité*, non pas en fonction de l'auteur, mais en fonction du contenu[29]. Je dirais généreusement que *toute* source d'information juridique est pertinente *a priori*[30]. Ce n'est qu'après examen qu'il faudra lui accorder le poids qu'elle mérite et trier la doctrine de la Doctrine... Montaigne écrivait déjà il y a 400 ans: «Tout fourmille de commentaires; d'auteurs, il en est grande cherté.»

Quand je parle de doctrine je vise d'abord, bien entendu, la doctrine *québécoise*.

Jusqu'ici, et pour cause, la doctrine québécoise sur le nouveau Code civil est surtout constituée de *collages* et de *paraphrases*, parfois fort prolixes, si l'on excepte les commentaires critiques sur les projets antérieurs au nouveau Code[31]. La vitalité de nos éditeurs juridiques, cependant, est le reflet d'une ébullition intellectuelle qui portera ses fruits dans un avenir proche.

VII. LES *COMMENTAIRES* DU MINISTRE DE LA JUSTICE

Parmi les ouvrages de doctrine il en est un qui émerge: les *Commentaires du ministre de la Justice*. Publication indispensable, elle est cependant plutôt décevante, il faut le souligner (en toute déférence pour l'auteur ou les auteurs, vraisemblablement talonnés par des échéances serrées).

Bien sûr, l'ouvrage est utile comme instrument d'interprétation de la politique législative et des desseins de l'Assemblée nationale, mais il nous laisse cependant sur notre faim, même en ce qui concerne les sources d'inspiration de telle ou telle disposition. Il apparaît plutôt comme une sorte de paraphrase pseudo-officielle ou pseudo-autorisée du texte législatif. Et à ce titre, il me semble plus souvent trompeur qu'explicatif. Je serais inquiet si les juges en venaient à en faire l'analyse comme s'il s'agissait d'un texte de loi.

Un exemple pour illustrer notre méfiance. L'article 10 énonce que «Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité.» Le *Commentaire*[32] nous précise que «l'atteinte à l'inviolabilité est le fait de tierces personnes, alors que l'atteinte à l'intégrité peut être le fait de la personne elle-même en raison de ses propres déficiences». J'ai été étonné de lire ce commentaire qui contredit tout notre passé jurisprudentiel et doctrinal. En faisant des recherches, je suis tombé sur un texte de Carbonnier, qui en est vraisemblablement l'inspiration mais qui, me semble-t-il, a été mal lu[33]. Pour moi, avant le *Commentaire*, il était clair que le concept d'inviolabilité visait les atteintes couvertes maintenant par les articles 11 à 31[34] et que l'intégrité visait surtout ce que l'on qualifiait et qualifie encore de «blessures corporelles». Or le *Commentaire* vient intervertir les données. Et malheureusement le législateur a emboîté le pas, en parlant d'atteinte au droit à l'intégrité dans la procédure *par requête* et urgence prévue à l'article 774 du *Code de procédure civile*, alors qu'il s'agit d'atteinte à l'inviolabilité[35]. Doit-on se soumettre au vocabulaire nouveau du législateur ou conserver nos concepts? Une atteinte à l'inviolabilité ne cause pas toujours et nécessairement un dommage corporel.

J'avoue que le travail de compréhension et d'analyse du Code civil lui-même me suffit et me comble et que l'interprétation du *Commentaire* du Commentateur «officiel» me semble avoir les inconvénients du oui-dire: mieux vaut le témoignage de celui qui a vu ou entendu: ce qui importe c'est le *texte du Code lui-même*.

Je pense donc que le *Commentaire* doit être considéré comme un ouvrage de doctrine^[36], relativement privilégié certes, mais sujet au critère de crédibilité, donc à caution.

VIII. LA DOCTRINE FRANÇAISE

J'ai beaucoup utilisé dans cet ouvrage la *doctrine française*. Je ne crois pas avoir besoin de me justifier, mais j'aimerais faire quelques remarques, qui rejoignent d'ailleurs celles du professeur Jobin^[37]. La doctrine française est remarquable par sa qualité et sa quantité: en raison de notre héritage juridique et linguistique, elle aura toujours la position privilégiée qu'elle mérite. Si j'y ai puisé, ce n'est pas pour trouver des solutions aux problèmes posés par notre nouveau Code, mais pour y trouver des idées, pour alimenter la réflexion; et aussi pour éviter et écarter certaines solutions françaises que je considère soit comme des excès ou des errements ou, justement, comme parfaitement inadéquates en raison de nos nouveaux textes.

Mais j'ai tort de parler de la *doctrine française*. On pouvait le faire dans le temps où il était courant et utile de comparer le *Code civil du Bas Canada* et le Code Napoléon. Mais *aujourd'hui* le *Code civil du Bas Canada* lui-même est un *élément de comparaison* au même titre (presque) que le Code civil français^[38]. On comprend qu'avec le texte du C.c.B.C. on se soit tourné vers le droit français soit pour expliquer soit pour comparer selon que les textes fussent identiques ou dissemblables. C'est la même démarche qu'il faudra faire en interprétant le nouveau Code civil à la lumière (ou à l'ombre?) de l'ancien.

Il me semble de toute façon inadéquat de parler de *doctrine française* „, sauf si l'on insiste sur la nationalité de l'auteur ou de l'éditeur. Je pense qu'il faut parler de *Doctrine*. [J'ai bien lu quelque chose du genre sous la plume du regretté juge Amédée Monet^[39].]

Et pour nous, Québécois, avec notre nouveau Code, la Doctrine est maintenant *universelle*, car précisément ce ne sont pas des solutions qu'il convient d'y puiser, mais des idées, des raisonnements.

Avant l'ère des codifications, la doctrine était universelle; aujourd'hui, malgré les codifications, la doctrine n'a pas seulement vocation à être universelle, pour moi, elle l'est redevenue^[40]. Le nouveau Code régit la réalité matérielle, il ordonne. Mais il n'a qu'une emprise limitée sur la réalité scientifique qui s'ordonne autour de lui.

IX. LE DROIT COMPARÉ

Ce n'est pas seulement en raison de l'inspiration directe de solutions étrangères que le nouveau Code est une invite à «faire du droit comparé», mais en raison de notre tradition juridique de comparatistes naturels, si l'on peut dire; encore faut-il s'entendre sur ce que recouvre l'expression «droit comparé».

Ayant inauguré un cours général d'introduction au droit comparé à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, l'ayant enseigné pendant 25 ans sous le titre davidien de «*Les grands systèmes de droit contemporains*», je définis le droit comparé de la façon suivante: «toute incursion intellectuelle dans un droit qui n'est pas le nôtre». Malgré cette définition très large, j'en viens à croire qu'il n'y a plus de droit comparé.

René David, quand il m'enseigna au doctorat à Paris il y a une trentaine d'années, commençait son cours par la phrase suivante: «Le droit comparé, ça n'existe pas». Il voulait dire, bien entendu, que ce n'était pas une branche normative du droit comme le droit civil ou le droit pénal.

J'aurais tendance aujourd'hui à dire: «Le droit comparé, ça n'existe plus.» La législation étrangère est une réalité pour le législateur ou le juge[41]. Mais elle n'est pas appréhendée de la même façon pour un juriste auteur de doctrine. Ses incursions sont des incursions dans la science universelle du droit. Nous rejoignons aussi la pensée du professeur Patrick Glenn en conclusion à son importante étude sur le droit comparé et le nouveau Code civil:

Ainsi le droit comparé de l'avenir risque bien de disparaître comme discipline dite scientifique, pour devenir simplement une autre façon de penser le droit. C'est ce qui semble tout indiqué par les développements juridiques actuels dans le monde. Ces développements semblent pleins de promesses pour le droit québécois et pour la vigueur et la vitalité du code moderne qu'est le nouveau Code civil. 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 XXIe siècle.[42]

Pourquoi voir dans le droit une discipline nationale, chauvine, et ne pas l'élever au niveau des autres arts ou sciences comme la musique ou la médecine?

X. LES TROIS ÉTAPES DE LA TÂCHE DE LA DOCTRINE

Il n'en reste pas moins que notre nouveau Code sera essentiellement l'objet des études de juristes québécois, quelle que soit leur ouverture d'esprit. Je pense que la démarche de la doctrine suivra trois étapes que je regroupe grossièrement sous les rubriques suivantes: exégèse, analyse, synthèse (mais qui ne suivront pas nécessairement avec une précision mathématique un ordre chronologique):

, *Exégèse*. Il faut évidemment, pour comprendre ce que le législateur a dit, chercher ce qu'il a voulu dire.

Il ne faut ni sous-évaluer l'apport de l'École de l'exégèse à notre patrimoine juridique ni sous-estimer sa méthode[43]. Les juristes du siècle dernier *raisonnaient*, ceux de ce siècle *réfléchissent*, mais oublient parfois l'ABC... du raisonnement juridique. Je rejoins ainsi la pensée de mon collègue, le professeur Serge Gaudet, lorsqu'il prévoit une période d'exégèse et suggère un nouveau *de Lorimier*[44]. Il serait idéalement bien utile d'avoir un Code civil comprenant les textes suivants au regard de chaque article ou groupe d'articles[45]:

- „ le Code civil français;
- „ le *Code civil du Bas Canada*;
- „ le projet de l'O.R.C.C.;
- „ les avant-projets du ministère de la Justice;
- „ le Projet de loi 125;
- „ les *Commentaires* du ministre de la Justice;

„ ainsi que les textes étrangers qui ont servi d'inspiration (Extraits des Codes de Louisiane, d'Éthiopie, du Mexique ou de Suisse, etc. et des Conventions internationales).

Mais il serait inexact de parler d'une nouvelle école exégétique québécoise. On ne peut faire fi des cent ans qui ont suivi l'apogée de l'École exégétique. On ne peut ignorer ni Gény ni Saleilles, sans compter toutes les théories modernes, parfois éphémères, mais jamais inutiles pour faire avancer la Science du droit.

, *Analyse*. Il me semble beaucoup moins important de déceler ce que le législateur a eu l'intention de dire que de prendre acte de ce que le législateur a dit[46]. L'esprit de la loi se dégage du texte avant tout et non des travaux préparatoires, sans nier pour autant leur utilité.

S'il y a une divergence entre ce que le législateur a *voulu* dire et ce que le législateur a dit, c'est ce que le législateur a *dit* qui est la loi[47]. L'intention du législateur doit être extraite du texte de loi dans son contexte plutôt que des travaux préparatoires. L'essence se dégage de l'amalgame des ingrédients, non des ingrédients pris individuellement avant d'être mélangés.

L'école québécoise moderne ne pourra que se placer sous l'égide du syncrétisme et de l'éclectisme pour comprendre, analyser et expliquer ce que le législateur a dit, pour y trouver cette cohérence qui est l'apanage d'un code civil digne de ce nom.

, *Synthèse*. Il s'agit de mettre de l'ordre scientifique dans cet ordre brut qui est celui du Code. D'en faire ressortir les idées directrices (les grands principes, comme l'omniprésente bonne foi). La doctrine ordonne (sens no 1) ce que le législateur a ordonné (sens no 2). Pour aboutir à une telle synthèse, indépendamment d'autres qualités du juriste qui tentera cet oeuvre, il faudra une certaine dose d'imagination créatrice (oui, je crois que le droit ouvre la porte à l'imagination et pas seulement à la rigueur du raisonnement et à la perfection de la recherche)[48]. L'oeuvre de synthèse ne sera véritablement achevée que lorsque les tribunaux auront eu l'occasion de faire leur part. La jurisprudence en sera l'auxiliaire indispensable, et un peu de recul permettra de trier l'essentiel du passager. La jurisprudence elle-même procédera par tâtonnements[49]...

*

* *

Je n'ai pu m'empêcher de coucher sur papier, en vrac, ces quelques réflexions personnelles et peut-être parfois hétérodoxes que m'a inspirées mon travail, une fois le gros de l'oeuvre achevé. Je m'excuse du ton parfois pontifiant de certaines d'entre elles, mais il est difficile de chasser les déformations qu'un quart de siècle d'enseignement universitaire m'a fait subir. Cela fait longtemps que je sais que je ne possède pas le monopole de la vérité, cependant...

Comment clore ces remarques en ne citant pas le professeur Paul-André Crépeau? Il écrivait en 1989:

En droit civil, le véritable rôle de la doctrine n'est pas de suivre la jurisprudence, mais bien de l'inspirer.[50]

Avec un Code âgé d'un peu plus d'un an, c'est devenu un truisme.

[1]

Ce texte est extrait de l'Avant-propos de *La couleur du mandat*, livre dont la publication imminente est assurée par les Éditions Thémis. Les articles du *Code civil du Québec* sont invoqués sans la référence *C.c.Q.*

[2] Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

[3] L'auteur a eu comme point de départ la nécessité de distinguer la substitution de mandataire du sous-mandat: art. 2140, 2141 et 2142. Ses recherches et réflexions l'ont amené beaucoup plus loin que prévu.

[4] C'est la Septième règle de Walton: Frederick Parker WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas Canada*, (trad. Maurice Tancelin), Toronto, Butterworths, 1980, p. 100. Cf. John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD (dir.), *Quebec Civil Law*, *An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Éditions Edmond Montgomery, 1993, p. 139, no 113 («Reading the Code as a whole»).

[5] Sur le principe de cohérence, voir Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 288 et suiv.; Gérard CORNU, «Codification contemporaine: valeurs et langage», dans *Codification: valeurs et langage*, *Actes du colloque international de droit civil comparé*, Québec, Service des communications du Conseil, 1985, p. 31, à la page 40 (ci-après cité: «*Codification: valeurs et langage*»).

[6] Pour reprendre l'expression d'André MOREL, «L'émergence du nouvel ordre juridique instauré par le Code civil du Bas Canada, (1866-1890)», dans Journées Maximilien-Caron (1992), *Le nouveau Code civil*, *Interprétation et application*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 49 (ci-après cité: «*Le nouveau Code civil*»).

[7] *Contra*: J.E.C. BRIERLEY et R.A. MACDONALD, *op. cit.*, note 2, p. 86, no 74 («Reform and revision distinguished»). Gil RÉMILLARD, en tant que ministre de la Justice, parle bien de «réforme»: «Présentation du projet de Code civil du Québec», (1991) 22 *R.G.D.* 5, *passim*.

[8] 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. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 63, à la page 85 (ci-après cité: «*Droit québécois et droit français*»).

[9] Cf. Madeleine CANTIN CUMYN, «Le recours à l'ancien Code pour interpréter le nouveau», dans *Le nouveau Code civil*, *op. cit.*, note 4, p. 161.

[10]

Cf. Gertrude WASSERMAN, «Le pragmatisme en droit civil québécois», dans *Quelques aspects du droit de la province de Québec*, Paris, Éditions Cujas, 1963, p. 93. Comparer avec P.S. ATIYAH, *Pragmatism and Theory in English Law*, Londres, Stevens & Sons, 1987.

[11] Jean PINEAU, «La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec», (1992) 71 *Can. Bar Rev.* 423, 443. André ROUAST disait déjà il y a cinquante ans: «un des grands mérites du Code civil français c'est son caractère concret», *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, (1945), t. 1, Paris, Dalloz, 1946, p. 88. Voir aussi Jean-François NIORT, «Le Code civil face aux défis de la société moderne: une perspective comparative entre la révision française de 1904 et le nouveau Code civil du Québec de 1994», (1994) 39 *R.D. McGill* 845, 868.

[12] Jean-Louis BAUDOIN, «Codification: méthode législative», dans *Codification: valeurs et langage*, *op. cit.*, note 3, p. 52.

[13] Voir, par exemple, Rémy CABRILLAC, «Le nouveau Code civil du Québec», D. 1993.chr.267.

[14] Sur la tradition juridique, «ce savoir condensé et mis en réserve», (Christian ATIAS, *Savoir de juges et savoir de juristes: mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, coll. «McGill Legal Studies», t. 6, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 144, no 38); voir Jean BARRIÈRE, «Essai sur la tradition juridique», (1969) 29 *R. du B.* 342; John Henry MERRYMAN, *The Civil Law Tradition: an Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford, Stanford University Press, 1969, (2e éd., 1985); Roger GRANGER, «La tradition en tant que limite aux réformes du droit», *Rev. int. dr. comp.* 1979.37: c'était un des sujets abordés lors du Xe Congrès international de droit comparé, Budapest, 1978.

[15] Cf., *inter alia*, Maurice TANCELIN, «Comment un droit peut-il être mixte?», dans F.P. WALTON, *op. cit.*, note 2, p. 1; Jean PINEAU, «La spécificité du droit québécois dans l'espace juridique canadien», dans Colloque Poitiers-Montréal (1992), *Souveraineté et intégration*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 107.

[16] Cf., *inter alia*, Pierre ISSALYS, «La rédaction législative et la réception de la technique française», dans *Droit québécois et droit français*, *op. cit.*, note 6, p. 119. Il faut en profiter pour souligner que la France n'a pas le monopole de la tradition du droit civil, même si elle en tient le flambeau.

[17] Cf. René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 9e éd, coll. «Précis Dalloz», Paris, Dalloz, 1988, p. 20 et suiv., no 15 et suiv. et *passim*.

[18] Le professeur Pierre RAYNAUD écrit: «Les juristes seront toujours insatisfaits de leurs notions fondamentales et celles qui paraissent les mieux assurées sont constamment exposées à une révision dont l'exigence témoigne de leur validité et de leur nécessité. L'entreprise mérite aussi bien l'impatience des jeunes que l'expérience des anciens.» (Préface (p. 1) de Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, coll. «Bibliothèque de droit privé», t. 117, Paris, L.G.D.J., 1971). Disons que l'avènement d'un nouveau code civil devrait donner une seconde jeunesse aux anciens. On peut penser au sous-titre du livre de Gaston MORIN, *La révolte du droit contre le Code*, Paris, Sirey, 1945, qui s'intitule «La révision nécessaire des concepts juridiques».

[19] Il faut se méfier des retouches de style, des modifications qui ne sont que de forme. Deux professeurs français écrivent en 1994: «Quoi qu'on le dise, la forme exprime et affecte le fond. La modifier, si peu que ce soit, est porteur de changements dont les interprètes sont prompts à s'emparer [...]. À nouveau se manifeste l'impossibilité de dissocier totalement la forme et le fond. Le seul fait de "réécrire les règles anciennes, utiles et appliquées quand elles sont devenues difficilement compréhensibles" (Voir Marc SUEL, *Essai sur la codification à droit constant, Précédents, Débats, Réalisation*, 1993, p. 210) ne peut être indifférent au fond. Penser le contraire, c'est ignorer les acquis de la linguistique, de l'herméneutique et de la sémiologie». (François TERRÉ et Anne OUTIN-ADAM, «Codifier est un art difficile», D.1994.chr.99, 100.

[20] Voir, par exemple, pour la complexité et les efforts de qualification des «Contrats d'affaires» la chronique du même titre de Jean PAILLUSSEAU, J.C.P. éd. G.1987.I.3275.

[21] Voir, entre autres, G. Walter YUNG «Les éléments objectifs dans les contrats civils et commerciaux», dans *Études et articles*, Genève, Librairie de l'Université, Georg, 1971, p. 228, à la page 247; Véronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté: Naissance et évolution d'un concept*, Paris, P.U.F., 1980, p. 136. Voir, en général, Guido ALPA, «L'avenir du contrat: Aperçu d'une recherche bibliographique», *Rev. int. dr. comp.* 1985.7 et «Le contrat "individuel" et sa définition», *Rev. int. dr. comp.* 1988.327; Jacques GHESTIN, «La notion de contrat», D. 1990.chr.147.

[22] P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979, à la page 716, parle d'un cliché pour décrire le recours à la règle inverse de celle de Maine, ce que Philippe RÉMY appelle «la remontée des statuts», «Droit des contrats: questions, positions, propositions», dans Loïc CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats. Bilan et perspectives*, coll. «Université de Rennes, Faculté des sciences juridiques», Paris, Economica, 1987, p. 271, à la page 272, no 6. Cf. Théodore IVAINER, «Le contrat moderne face à la prolifération des "statuts des personnes"», J.C.P. éd.G.1977.I.2876. Voir aussi, pour une vision moins traditionnaliste du contrat, Georges ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse dactyl., Paris, 1965.

[23] On s'attache surtout à «décontractualiser» l'obligation de sécurité et celle des professionnels. Voir entre autres, Patrick SERLOOTEN, «Vers une responsabilité professionnelle?», dans *Mélanges Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 805; Geneviève

VINEY, *Traité de droit civil*, t. 4, «Les obligations. La responsabilité: conditions», Paris, L.G.D.J., 1982, p. 275, no 232 et suiv. et ses chroniques: «Responsabilité civile», J.C.P. éd.G.1992.I.3625 et «Droit des obligations» J.C.P. éd.G.1992.I.3572 (p. 158); Pierre HÉBRAUD, «Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques», dans *Mélanges Jacques Maury*, t. 2, Paris, Dalloz-Sirey, 1960, p. 418, à la page 462; Alain SÉRIAUX, *Droit des obligations*, Paris, P.U.F., 1992, p. 308, no 96 (sa note 10); Jérôme HUET, «Responsabilité civile», *Rev. trim. dr. civ.* 1986.353; Patrice JOURDAIN, «L'obligation de sécurité (À propos de quelques arrêts récents)», *Gaz. Pal.* 1993.II.doctr.1214 et «Responsabilité civile», *Rev. trim. dr. civ.* 1993.584; Yvonne LAMBERT-FAIVRE, «Fondement et régime de l'obligation de sécurité», D.1994.chr.81; Christian LAPOYADE DESCHAMPS, note sous Civ. 2e, 5 juin 1991, D.1992.409 et note sous Civ. 1re, 26 févr. 1991, D. 1991.605 et voir aussi Christian LAPOYADE DESCHAMPS, «L'obligation de sécurité du garagiste réparateur», *Resp. civ. et assur.* novembre 1993.chr.35, no 3, p. 5. Voir aussi Christian ATIAS, «Quand dire, c'est faire l'inverse de ce qu'on dit», (1987) 28 *C. de D.* 89, 98; Serge GAUDET, «Le rôle de l'État et les modifications apportées aux principes généraux du droit», (1993) 34 *C. de D.* 817, 824 (sa note 8); Pierre LEGRAND Jr, «L'obligation implicite contractuelle: aspects de la fabrication du contrat par le juge», (1991-92) 22 *R.D.U.S.* 109 (surtout *in fine*) et «L'obligation de sécurité dans les contrats ou la normalisation du non-dit», dans Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec 1994*, Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, p. 729. Ajouter, tout récemment, Geneviève VINEY, «Pour une interprétation modérée et raisonnée du refus d'option entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (article 1458, deuxième alinéa du Code civil du Québec)», (1994) 39 *R.D. McGill* 813.

[24] Ainsi, lorsque j'assume, sous le couvert d'un commun accord, d'un contrat, à l'égard d'une autre personne une obligation (ou un «devoir») que la loi déjà, de toute façon et impérativement, m'impose, cette obligation se métamorphose-t-elle nécessairement en obligation contractuelle? Pensons, justement, à l'obligation de sécurité ou à celles des professionnels. Le professeur Claude MASSE, «La responsabilité civile», dans Barreau du Québec et Chambre des Notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 235, écrivait pertinemment, en parlant de l'interdiction de l'option: «il y a tout lieu de croire que le débat va se poursuivre en changeant de forme» (p. 244, no 7 *in fine*; cf. p. 273, no 44 *in fine* et p. 283, no 57 *in fine*). Il faut dire que cette interdiction est une obsession dogmatique typiquement française, qui n'a pas cours en Belgique ou en Suisse, ni ailleurs.

[25] Comme le déclare et l'ordonne la *Disposition préliminaire* (et non le *Préambule*) du nouveau Code civil. Cette «harmonie», qui peut paraître évidente au premier abord, est, elle aussi, colorée par le principe de cohérence, évidemment, et devient plus évanescence suite à une seconde lecture, plus fouillée. Les rapports entre les droits fondamentaux, les droits de la personnalité et la réglementation de la responsabilité civile, qui sont à l'origine lointaine de ce livre, restent, d'ailleurs, l'objet de mes préoccupations scientifiques actuelles.

[26] Point n'est besoin de rappeler le caractère conservateur, [misonéiste même] du juriste: cf. Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955, p. 30. Christian ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, P.U.F., 1985, écrit, à la page 86, no 47: «C'est une tentation commune d'amenuiser les innovations constatées dans les lois [...]. Il suffit de laisser jouer les réflexes acquis sous l'empire de la législation antérieure pour priver le droit nouveau d'une partie de sa signification originale [...].» Voir aussi un texte de Jean BEETZ, qu'il convient de redécouvrir: «Reflections on Continuity and Change in Law Reform», (1972) 22 *U.T.L.J.* 129. J'ose croire que nos juges, sans être des avant-gardistes de la

première heure, ne succomberont pas à ce que j'ai appelé, il y a une vingtaine d'années, la «mode archaïsante» (Adrian POPOVICI, «Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles source de droit au Québec», (1973) 8 *R.J.T* 189, 197) de leurs prédécesseurs, au nom de ce que l'on a appelé la «présomption de stabilité». (P.A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 3, p. 477. Cette «présomption» que l'on appliquait au droit statutaire et non à un nouveau code civil n'a de fondement ni constitutionnel, ni juridique, ni pragmatique (*id.*, p. 481). Quant à la tradition, voir nos notes 13 et 36.

[27] Pour une «Critique de l'opposition entre théorie et pratique juridiques», voir C. ATIAS, *loc. cit.*, note 21. La jurisprudence et la doctrine ne sont plus «deux soeurs rivales, jalouses l'une de l'autre», comme l'écrivait Paul ESMEIN dans le premier article de la première livraison de la *Revue trimestrielle de droit civil* («La jurisprudence et la doctrine», *Rev. trim. dr. civ.* 1902.5, 9). Cf. Michelle GOBERT, «Le temps de penser de la doctrine», (1994) *Droits* 97, qui écrit, à la page 99: «La théorie ne peut fleurir que si elle plonge ses racines profondément dans le concret pour s'en détacher ensuite et imaginer l'avenir. Or, et l'investigation et la réflexion ont besoin de temps...» Les dirigeants de nos universités ne devraient jamais l'oublier...

[28] Le poète (Alfred DESROCHERS) écrivait: «Les feuilles mortes sont les rêves/Qu'ont faits les arbres autrefois./Il en est de longues, de brèves,/Mais toutes ont la même voix...».

[29] Adjuditor RIVARD écrivait déjà, en considérant la théorie du précédent en droit civil québécois: «Les jugements valent ce que valent leurs motifs» (*Manuel de la Cour d'appel, juridiction civile, organisation, compétence, procédure*, Montréal, Éditions Variétés, 1941, p. 55, no 86).

[30] Comparer avec Roderick A. MACDONALD, «Understanding Civil Law Scholarship in Quebec», (1985) 23 *U.T.L.J.* 573, 589. On peut consulter aussi Michel MOREAU, «Rôle de la doctrine et du droit comparé dans la formation de la jurisprudence. Aspects de droit privé français», (1994) 16 *Journées de la société de législation comparée* 235.

[31] La lecture de la doctrine antérieure au 18 décembre 1991, date de l'adoption du nouveau Code civil, est devenue décevante et pénible, pour ne pas dire déconcertante. Un grand nombre de modifications en rend de grandes parties obsolètes. Reste peut-être un travail de bénédictin à accomplir pour celui qui en a la vocation. Cela n'enlève en aucune façon le mérite de ses auteurs. [Voir pour réf. Sylvio NORMAND, *Biographie sur le Code civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1991.]

[32] *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Publications du Québec, 1993, t. 1, p. 12.

[33] Jean CARBONNIER, *Droit civil*, 21e éd., t. 1, «Les personnes», coll. «Thémis. Droit privé», Paris, P.U.F. 1992, pp. 16 et 17, no 4. L'auteur réitère le texte des éditions antérieures. Comparer avec les divers Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le corps humain et le droit*, t. XXVI, Paris, Dalloz, 1977.

[34] Le Chapitre premier du Titre deuxième s'intitule «De l'intégrité de la personne» et l'article 10 réitère ce qu'énonce l'article 3, à savoir que le droit à l'inviolabilité et le droit à l'intégrité de sa personne sont des droits de la personnalité dont toute personne est titulaire.

[35] Voir, par exemple, Germain BRIÈRE, «La jouissance et l'exercice des droits civils: nouvelle version», (1989) 20 *R.G.D.* 265, 281, no 24; Albert MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1975; Robert P. KOURI, «Blood Transfusions, Jehovah's Witnesses and the Rule of Inviolability of the Human BODY BGCOLOR= "#FFFFFF"», (1974) 5 *R.D.U.S.* 156. «L'intangibilité» n'étant que le principe sous-jacent à l'inviolabilité (voir François HÉLEINE, «Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain», (1976) 36 *R. du B.* 2. Et, récemment, Mireille D. CASTELLI et Marlène CADORETTE, «L'expérimentation biomédicale et l'inviolabilité de la personne: autodétermination ou protection de l'intégrité physique», (1994) 25 *R.G.D.* 173. J'en profite pour signaler l'adoption en France de la *Loi no. 94-653 du 29 juillet 1994* relative au respect du corps humain (J.C.P. éd.G.1994.III.66973). Voir Christian BYK, «La loi relative au respect du corps humain», J.C.P. éd.G.1994.I.3788 (p. 405). Cette loi modifie le Code civil (art. 16). La terminologie utilisée est la suivante: «Chacun a droit au respect de son corps.» «Le corps humain est inviolable.» «Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain.» Au fond, une atteinte à l'inviolabilité est forcément une atteinte à l'intégrité et vice versa.

[36] Cf. Claude MASSE, «Le recours aux travaux préparatoires dans l'interprétation du nouveau Code civil du Québec», dans Journées Maximilien-Caron (1992), *Le nouveau Code civil ,, Interprétation et application*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 149, à la page 159 (ci-après cité: «*Le nouveau Code civil*»); Robert P. KOURI et Charlotte LEMIEUX, «La gestion d'affaires inopportune, l'indemnisation du faux gérant, et la portée de l'article 1490 C.c.Q.», (1992-93) 23 *R.D.U.S.* 501, 520; voir aussi John E.C. BRIERLEY, «Préface», au numéro spécial sur le Code civil du Québec, (1994) 39 *R.D. McGill* 743, 745.

[37] Pierre-Gabriel JOBIN, «L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois: le rapprochement et l'éloignement de deux continents», dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 91. Comparer avec l'article de H. Patrick GLENN, dans le même ouvrage, aux pages 578 et suiv.

[38] Le titre de la publication de Marjolaine GAUDET (dir.), *Codes civils comparés et dispositions transitoires*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993 est révélateur. Le C.c.B.C. n'aura souvent plus qu'un intérêt historique malgré les nostalgiques, lequel n'est cependant pas négligeable, loin de là. Comme l'écrivait L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, 2e éd., t. 1, Paris, 1885, p. 391: «L'histoire est excellente pour enseigner les origines, les développements, les altérations, les changements de la jurisprudence et du droit. Elle nous fait voir les analogies et les différences; elle est enfin la science des comparaisons. Telle est cependant la fatalité des études historiques, que, soit appréciation mesquine et étroite, soit passion pour le système et le paradoxe, soit pédantisme et étalage de science, soit besoin de compilation et de plagiat, souvent les interprètes du droit ne tirent autrement profit de leur érudition et de leurs recherches que dans le but, quelquefois préconçu, de trouver dans les monuments anciens le commentaire tout fait et les explications données exprès de la loi nouvelle. Étrange erreur, qui fait reculer la science au lieu de la faire avancer! Mais on doit également se garder de l'excès

contraire, et ne pas trop se jeter en avant, sous prétexte de ne pas demeurer en arrière. Le progrès en tout ne consiste que dans le développement régulier de ce qui existe, et non dans l'impatience et la brusquerie de changements dont le premier effet est de produire le désordre. Ce sera sous l'empire de cette double crainte que nous exposerons notre théorie.» Lorsque l'on interprète un nouveau code, ce n'est pas au libellé d'un article qu'il faut s'attacher pour savoir s'il y a un changement ou non (d'autant plus que certains articles n'ont subi que des modifications de «toilette»), mais à la signification de l'article *dans le cadre et le contexte* d'un nouveau code civil, signification qui ne saute pas nécessairement aux yeux. En ce qui concerne le droit ancien (par rapport et à l'ancien droit et au droit nouveau), s'il ne faut pas à son égard manifester un *complexe d'agressivité*, il ne faut pas non plus succomber au *complexe de nostalgie* (René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui. Seconde Série. L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Paris, Dalloz, 1959, p. 323, no 331). Je doute fort de la justesse du propos de Sylvio NORMAND: («De la nécessité de commentaires officiels au Code civil du Québec», (1991) 51 *R. du B.* 288, 291) «Il n'est pas douteux d'affirmer qu'en cas de doute sur la portée d'une disposition, *il existe une présomption à l'effet que le droit demeure inchangé*» au regard du nouveau Code: au nom de quoi? Pas du principe de la cohérence, mais de celui de l'autorité de la tradition! Le droit ancien me semble cependant indispensable à la *compréhension* du droit nouveau. Il est symptomatique du changement dans la continuité que je me réfère constamment à des jugements rendus sous l'empire de l'ancien Code civil pour expliciter ou illustrer des solutions prévues par le nouveau Code civil lorsque ces dernières sont identiques *ou* lorsqu'elles divergent. La nouveauté ne se conçoit que par référence à ce qui existait *avant*. *Anyway*, pour savoir où l'on va, il faut savoir d'où l'on vient. On comprend aussi que, sur les points sur lesquels le nouveau Code (pas plus que l'ancien) ne se prononce pas directement ou indirectement (par exemple, une grande partie du droit de la responsabilité civile), il faut prendre pour acquis que le droit ancien perdure. Toutefois cette permanence ne doit pas être une présomption mais une constatation. Pour l'opinion selon laquelle l'ancien Code civil n'ayant pas été **abrogé**, mais **remplacé**, «un article non reproduit qui n'est pas contredit par un ou plusieurs articles de la nouvelle rédaction ou par d'autres lois peut être considéré comme étant toujours en vigueur», voir Maurice TANCELIN, «Les silences du Code civil du Québec», (1994) 39 *R.D. McGill* 747, 757. Sur l'atavisme juridique, voir Roderick A. MACDONALD, «Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and other Heresies», (1994) 39 *R.D. McGill* 761, 765. Si profondes que soient les racines d'un arbre, c'est à ses fruits qu'on le juge.

[39] Dans *Droit de la famille* ,, 20, [1983] C.A. 80, le juge Monet écrit, à la page 89: «Soit dit en passant, *ce n'est pas la doctrine française* qui importe. C'est la *doctrine*, c'est-à-dire l'oeuvre des auteurs, dégagés en quelque sorte des contingences variables d'une espèce à l'autre auxquelles le juge doit faire face, qui analysent et interprètent des textes que l'on trouve dans *notre Code civil*, que je considère comme une source de droit tout indirecte soit-elle. Pour ma part, toute espèce de colonialisme juridique m'indispose.»

[40] Cf. Christian MOULY, «La doctrine, source d'unification internationale du droit», *Rev. int. dr. comp.* 1986.351. Qui nous empêchera de puiser des idées dans le droit américain, pourvu que l'on fasse la part du bon grain et de l'ivraie? Ce qui me frappe comme une des caractéristiques du droit québécois, c'est cette pratique d'importer des institutions ou des solutions de l'étranger, en les adaptant, alors que souvent le pays d'origine a déjà dépassé ou dépassera vite le stade de la solution ou de l'institution importée par le Québec...

[41] Mais on sait bien qu'un texte législatif seul ne représente pas le «droit» sur une question.

[42] H. Patrick GLENN, «Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec», dans *Le nouveau Code civil, op. cit.*, note 34, p. 175, à la page 196 (voir en annexe un tableau de sources étrangères du nouveau Code civil à la page 197). Voir aussi, du même auteur, «Persuasive Authority», (1986-87) 32 *R.D. McGill* 261 et «Droit comparé et droit québécois», (1990) 24 *R.J.T.* 341.

[43] Je conseille à tous de lire le magnifique texte de Philippe RÉMY, «Éloge de l'exégèse», R.R.J. 1982.254. Comp. Léon HUSSON, «Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse», *Rev. trim. dr. civ.* 1976.431.

[44] Serge GAUDET, «La doctrine et le Code civil du Québec», dans *Le nouveau Code civil, op. cit.*, note 35, p. 223, aux pages 232 et 233. Cf. Alain-François BISSON, «Nouveau Code civil et jalons pour l'interprétation: traditions et transitions», (1992-93) 23 *R.D.U.S.* 1 (p. 16: «actualité de l'exégèse»). Voir aussi Charlotte LEMIEUX, «Éléments d'interprétation en droit civil», (1993-94) 24 *R.D.U.S.* 221, 241.

[45] Les Éditions Dacfo ont fait une tentative méritoire mais bien peu maniable en ce sens sous le titre de *Droit civil québécois*, en 6 volumes et feuilles mobiles.

[46] Même si les métaphores sont sujettes à caution: le nouveau Code civil, est un peu comme une pièce de théâtre. À un moment donné, elle n'appartient plus seulement à l'auteur, mais aux acteurs, au public, au metteur en scène... aux avocats, aux notaires, aux justiciables, aux juges... pas au législateur.

[47] Cf. Henri CAPITANT, «L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires», D.1935.chr.77, surtout à la page 79; cf. Michel COUDERC, «Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers», D.1975.chr.249 et «La difficile parole du législateur» D.1977.chr.183, tous trois cités par Claude MASSE, *loc. cit.*, note 34, 157. Cf. Jean PINEAU, «La philosophie générale du Code civil», dans *Le nouveau Code civil, op. cit.*, note 35, p. 259, à la page 290.

[48] Cf. Roger O. DALCQ, «L'article 1384, alinéa 1er du Code civil [belge] s'applique-t-il aux biens incorporels?», note sous Civ. 1re, 21 avr. 1972, *Rev. crit. jurisp. belge* 1973.424: «L'imagination est sans doute une des qualités les plus importantes pour un juriste [...]» Jean GIRAUDOUX écrivait déjà: «Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination.» (*La guerre de Troie n'aura pas lieu*).

[49] Une excellente illustration de certaines questions abordées dans notre texte (qui a été écrit en 1994) peut être trouvée dans *Municipalité de Verdun c. Doré*, C.A., 12 mai 1995 (Montréal 500-09-001787-944), un des premiers arrêts de notre Cour d'appel interprétant un article du nouveau Code, l'art. 2930 et son impact sur les poursuites contre les municipalités pour blessures corporelles. Le juge Baudouin fait état de la doctrine, contradictoire, sur la question; il fait appel aux *Commentaires du ministre de la Justice* qui «n'ont pas une autorité absolue et ne s'imposent donc pas de façon impérative aux tribunaux» mais «peuvent [...] être utiles en cas de conflit d'interprétation [...] pour aider les tribunaux à mieux évaluer l'intention et à mieux comprendre la perspective du législateur»; il fait aussi appel à

la *Disposition préliminaire*; et il constate, textes à l'appui, le souci du législateur tant dans la *Charte* québécoise que dans le nouveau *Code* de protéger l'intégrité corporelle; pour confirmer la Cour supérieure ([1994] R.J.Q. 2984) à l'effet que l'art. 2930 rend caduques les dispositions de la *Loi des cités et villes* relatives à l'avis préalable et au court délai de prescription. Le recours à la doctrine, comme démarche première, mérite d'être souligné; il s'agit peut-être d'une sorte de nouveau réflexe judiciaire naturel, qui ne peut que revaloriser les écrits de l'École aux yeux du Prétoire. Il faut aussi faire ressortir le recours par le juge Baudouin au *principe de cohérence*.

[50] Paul-André CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique*, Montréal, C.R.D.P.C.Q., Éditions Yvon Blais Inc., 1989, p. 94, note 47-2 *in fine*.