

Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges : les débuts d'une affaire de famille

Pierre-Gabriel Jobin

Volume 21, Number 2, 1980

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042384ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/042384ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

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

[Explore this journal](#)

Cite this article

Jobin, P.-G. (1980). Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges : les débuts d'une affaire de famille. *Les Cahiers de droit*, 21(2), 257–275. <https://doi.org/10.7202/042384ar>

Article abstract

The middle of the twentieth century marked a turning point in the history of scholarly writings on the civil law in Québec. The emergence of a full-time teaching body in the law faculties entailed consequences of primary importance: publications gained not only in quantity, but also in quality and diversity and, in particular, the reactions of legal writers to judge-made law became frequent and substantial.

The relations between legal writers and judges illustrate, here as elsewhere, the particular situation of the Québec legal system at the crossroads of civil law and common law. For instance, due to the British-inspired method of appointing judges and some local traditions, judges are personally known to many professors. Furthermore, decisions of the courts, most of the time, are written in a learned style, the merits of the legal issues being discussed and doctrinal opinions being quoted with approval or criticism.

These relations between the writers and the judiciary may explain the great interest of legal writers in judge-made law and their perhaps insufficient sense of critical responsibility vis-à-vis that law. Legal writers and judges have the great advantage of speaking the same language and of maintaining a dialogue — an advantage which benefits law itself and the whole community.

Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges : les débuts d'une affaire de famille

Pierre-Gabriel JOBIN *

The middle of the twentieth century marked a turning point in the history of scholarly writings on the civil law in Québec. The emergence of a full-time teaching body in the law faculties entailed consequences of primary importance: publications gained not only in quantity, but also in quality and diversity and, in particular, the reactions of legal writers to judge-made law became frequent and substantial.

The relations between legal writers and judges illustrate, here as elsewhere, the particular situation of the Québec legal system at the crossroads of civil law and common law. For instance, due to the British-inspired method of appointing judges and some local traditions, judges are personally known to many professors. Furthermore, decisions of the courts, most of the time, are written in a learned style, the merits of the legal issues being discussed and doctrinal opinions being quoted with approval or criticism.

These relations between the writers and the judiciary may explain the great interest of legal writers in judge-made law and their perhaps insufficient sense of critical responsibility vis-à-vis that law. Legal writers and judges have the great advantage of speaking the same language and of maintaining a dialogue — an advantage which benefits law itself and the whole community.

| | <i>Pages</i> |
|-----------------------------------------|--------------|
| Introduction | 258 |
| 1. L'exposé systématique du droit | 263 |
| 2. L'annonce du droit nouveau | 267 |
| 3. La critique du droit | 268 |
| Conclusion | 275 |

* Professeur et *Wainwright research fellow* à la Faculté de droit de l'Université McGill.
L'auteur remercie mademoiselle Linda Vance pour sa contribution à la conception et à la recherche de cet article.

Introduction

1. Le bruit égare. Le silence, dit-on, est fécond. Mais qu'un professeur s'enferme dans son bureau pour réfléchir aux réactions de la doctrine (évidemment composée en large partie de professeurs) à la création du droit civil par les juges, voilà une entreprise d'une certaine témérité ; il y a même risque qu'elle sombre dans le narcissisme ou encore dans une humilité qui mène à la négation de son être.

C'est pourquoi les moyens classiques de ressource et de critique : consultation de collègues et participation au Congrès Capitant qui portait sur ce thème, nous sont d'abord apparus insuffisants pour mener à bon port cette entreprise et, dans l'espoir d'assurer quelque fondement objectif à ces réflexions, nous nous sommes livré à certaines observations empiriques sur la jurisprudence et la doctrine¹. Mais, ces précautions prises, ne faut-il pas admettre que le thème abordé ne saurait être traité sans que l'auteur n'exprime à chaque page ses propres opinions, ses impressions et même ses sentiments ? Aussi, ce texte devrait-il être précédé de l'avertissement : lecteurs empiristes s'abstenir...

2. « Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges » : de quoi s'agit-il ? qui est en cause ?

Chez la plupart des gens, le mot « doctrine » évoque l'idée d'un ouvrage essentiellement didactique. De fait, *Le petit Robert* enseigne qu'en droit, le mot désigne l'« ensemble des travaux juridiques destinés à exposer ou à interpréter le droit (opposé à législation et à jurisprudence) »². Il va sans dire que traités, manuels, articles, commentaires et œuvres semblables font partie de la doctrine. Nous croyons qu'elle inclut également les études commandées qui sont jointes à des rapports publiés par des corps publics, puisque, malgré leur association à une œuvre de type législatif ou administratif, elles demeurent essentiellement didactiques. En revanche, à notre avis, ne font pas partie de la doctrine des ouvrages, comme le *Rapport sur le Code civil du Québec*³, qui, quoique rédigés en grande partie par des professeurs et comportant un certain enseignement du droit, restent fondamentalement des œuvres de législation ou d'administration des affaires publiques, selon le cas⁴.

1. Il ne s'agit aucunement de statistiques, car, premièrement, le milieu juridique (l'auteur y compris) ne sait pas s'y prendre en pareille matière, et, deuxièmement, les cas observés ne sont pas assez nombreux pour établir des statistiques.

2. Paris, Société du Nouveau Littre, 1973, vo « doctrine ».

3. Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977.

4. Dans cette perspective, il faut évidemment exclure aussi de la doctrine les jugements eux-mêmes, quoique rédigés dans un style savant (*infra*, n° 15). Mais il ne faudrait pas nier l'apport de cette jurisprudence aux « réactions du droit créé par les juges » : qu'on songe aux

Certes, la doctrine québécoise est rédigée pour une large part par des professeurs de carrière⁵. Mais notre situation diffère quelque peu de celle de bien d'autres pays de droit civil. Depuis toujours, d'autres groupes ont fourni une contribution substantielle à l'œuvre de la doctrine. Ainsi, les notaires et les avocats, dont les organismes professionnels éditent trois des huit revues juridiques publiant des textes de droit civil⁶, signent régulièrement des notes, des articles, voire des livres. De plus, selon la tradition nord-américaine, les étudiants en droit apportent leur contribution à la doctrine, à l'occasion en signant des textes et surtout en éditant eux-mêmes une des revues⁷. Enfin, sans rechercher de faux paradoxe, il faut inclure dans la doctrine les juges eux-mêmes, dont quelques-uns apportent une contribution remarquable par leurs articles ou leurs livres : signalons à cet égard les juges P.-B. Mignault, G.S. Challies et A. Mayrand⁸.

Le tableau 1 offre un aperçu de l'importance relative de la contribution de chaque groupe d'auteurs aux revues juridiques. Il montre avant tout que les praticiens prennent une part non négligeable dans l'édification de la doctrine : apport précieux et souvent original. On notera que l'importance relative de la contribution des praticiens par rapport à celle des professeurs est plus grande dans les revues professionnelles que dans les revues universitaires, ce qui paraît tout à fait naturel, les professeurs, cependant, gardant toujours la plus forte participation. On remarquera aussi que la contribution des praticiens varie considérablement d'une revue universitaire à une autre : les rédactions respectives de ces dernières ont manifestement des politiques différentes à cet égard.

3. La question préliminaire la plus difficile à résoudre est de préciser ce qu'il faut entendre par « la création du droit par les juges ». Sans analyser par le menu cette question, qui a été abordée lors du Congrès Capitant tenu en

critiques d'arrêts antérieurs qu'on peut lire dans plusieurs jugements ou encore, à l'intérieur d'un même arrêt, à la critique, si indirecte soit-elle, adressée par le juge dissident à l'opinion de la majorité.

5. On dénombre environ 225 professeurs de droit québécois (incluant toutes les matières), répartis entre 6 facultés.

6. *La Revue du Barreau canadien*, fondée en 1923, *La Revue du Notariat*, fondée en 1898, et *La Revue du Barreau*, fondée en 1941.

7. *La Revue de droit de McGill*, fondée en 1952, mieux connue sous le titre de *McGill Law Journal*.

8. On se rappellera les articles importants qu'a écrits le juge Mignault après avoir accédé au banc, entre autres : « The Authority of Decided Cases », (1925) 3 *R. du B. can.*, 1 ; « Les rapports entre le droit civil et le common law au Canada, spécialement dans la Province de Québec », (1932) 11 *R. du D.*, 200 ; « L'enrichissement sans cause », (1934) 13 *R. du D.*, 157 ; « Le Code civil de la Province de Québec et son interprétation » (1935-36) 1 *U. of T. L. J.*, 104 ; « La frustration d'un contrat, étude de droit comparé », (1942) 2 *R. du B.*, 387. Les écrits des juges Challies et Mayrand sont trop connus pour être cités ici.

TABLEAU 1

Occupation des auteurs de publications dans les périodiques

| | Professeurs | | Avocats et Notaires | | Juges | | Étudiants | | Prof. et étudiants* | | Autres | |
|-------------------------------------------------------------|-------------|-------|------------------------|-------|-------|-------|-----------|-------|------------------------|-------|--------|-------|
| | Art. | Comm. | Art. | Comm. | Art. | Comm. | Art. | Comm. | Art. | Comm. | Art. | Comm. |
| C. de D. | 55 | 66 | 9 | 2 | 0 | 3 | 5 | 0 | 5 | 1 | 5 | 1 |
| R. de D. McGill | 69 | 28 | 12 | 10 | 1 | 0 | 2 | 7 | 0 | 1 | 15 | 13 |
| R. du B. | 39 | 161 | 44 | 60 | 5 | 2 | 3 | 1 | 1 | 1 | 5 | 9 |
| R. du B. can. | 67 | 81 | 11 | 15 | 3 | 0 | 0 | 1 | 1 | 0 | 9 | 2 |
| R. du N. | 34 | 51 | 46 | 7 | 0 | 0 | 1 | 2 | 0 | 0 | 2 | 0 |
| R.D.U.S. | 29 | 4 | 0 | 0 | 1 | 2 | 0 | 0 | 0 | 0 | 5 | 3 |
| R.G.D. | 23 | 20 | 1 | 0 | 1 | 0 | 6 | 0 | 0 | 0 | 3 | 0 |
| R.J.T. | 52 | 2 | 2 | 0 | 1 | 0 | 16 | 0 | 1 | 0 | 14 | 0 |
| Sous-total | 368 | 413 | 125 | 94 | 12 | 7 | 33 | 11 | 8 | 3 | 58 | 27 |
| Total | 781 | | 219 | | 19 | | 44 | | 11 | | 85 | |
| % par rap- port au nombre total de publications | 67,4 | | 18,9 | | 1,6 | | 3,8 | | 1,0 | | 7,3 | |

Notes: Inventaire des textes dans tous les secteurs du droit, publiés de 1973 à 1977 inclusivement. Les comptes rendus de lecture et autres textes semblables ne sont pas comptés. La classification en articles et commentaires est celle effectuée par les périodiques.

* Textes signés par des professeurs et des étudiants conjointement.

Louisiane⁹, encore faut-il savoir à quoi réagissent les auteurs, pour tenir quelques propos sur ces réactions mêmes.

Quand le juge interprète simplement une disposition précise — par exemple pour lui donner un sens large ou strict ou encore pour déterminer les conditions d'exercice d'un recours —, il exerce une activité créatrice dans la mesure où il doit souvent chercher appui dans l'esprit de la loi ou dans le contexte socio-économique, mais ce n'est pas ce qu'on entend habituellement par « créer le droit » : au contraire, si l'on dit alors « interpréter », c'est précisément par opposition à « appliquer la lettre de la loi » et à « créer le droit ».

Il arrive toutefois que certaines « interprétations » donnent à des dispositions une ampleur qu'elles ne paraissaient pas avoir auparavant. En interprétant un texte, on peut lui faire dire beaucoup plus que son sens accepté, on peut en modifier substantiellement la portée. Qui niera, par exemple, que le Conseil privé ait opéré une véritable mutation dans l'article 1054 du *Code civil* lorsqu'il a « découvert » dans les termes de son premier alinéa une règle générale sur la responsabilité du gardien d'un bien¹⁰? Qui mettra en doute l'importance des répercussions de la transmission légale, à l'ayant cause à titre particulier d'un bien, de certains droits personnels acquis par l'auteur et relatifs à ce bien, transmission admise par la Cour suprême dans une « interprétation » de l'article 1030 du *Code civil*¹¹? Le droit civil québécois compte un grand nombre de telles « interprétations »¹². Mais en réalité, elles méritent d'être qualifiées de « constructions », terme qui manifeste leur ampleur par rapport à la portée limitée qu'avait auparavant le texte légal en cause. Par ailleurs, il convient d'inclure aussi dans cette catégorie certaines règles prétoriennes en matière d'ordre public, fondées sur l'article

9. « L'interprétation du droit écrit par le juge », (1978) 13 *R.J.T.*, 7.

10. *Québec Railway, Light, Heat and Power Co. v. Vandry*, [1920] A.C. 662; *City of Montréal v. Watt and Scott Ltd.*, [1922] 2 A.C. 555.

11. *McGuire v. Fraser*, (1908) 40 R.C.S. 577; *Cie d'Aqueduc du Lac St-Jean v. Fortin*, [1925] R.C.S. 192; *Provincial Transport Co. v. Montréal Sight Seeing Tours Ltd.*, [1933] R.C.S., 109; *General Motors Products of Canada Ltd. v. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790.

12. On peut encore citer l'abus du droit de propriété (sans faute), le statut de meuble par anticipation, l'autorité parentale (avant son inclusion dans le *Code civil*), la validité du testament dont le bénéficiaire n'est pas déterminable, le refus de compenser le *solatium doloris*, la distinction entre garde de la structure et garde du comportement, la théorie de l'obligation naturelle. La citation des autorités a dû être omise, faute d'espace.

On pourra certes diverger d'opinion avec nous sur la classification d'un cas ou l'autre comme étant une « construction » ou une « création » au sens strict, mais cela a peu d'importance dans le contexte actuel, vu qu'il n'y a pas d'intérêt à distinguer ces catégories pour les fins de cette étude. Elles seront désignées globalement par le terme « création », dans ces réflexions.

13 du *Code civil*, comme celles sur la clause restrictive de concurrence¹³ et la clause exonératoire¹⁴: car il s'agit bien, là aussi, de « constructions » jurisprudentielles. À notre avis, toute cette œuvre créative entre parfaitement dans le champ de notre étude.

Si la loi n'est pas nécessairement complète, le droit, lui, doit l'être: le juge n'a pas le droit de se dérober à sa tâche au motif du silence de la loi¹⁵. Cette réalité, jointe à une ouverture d'esprit et à un dynamisme intellectuel qui varient avec les époques, a amené les tribunaux à adopter des règles qui n'ont aucun rapport direct avec les textes de loi et qu'ils ont dû bâtir de toutes pièces. L'enrichissement sans cause¹⁶, *res perit domino*¹⁷, l'interprétation du contrat en faveur de celui qui a dû y adhérer et qui ne l'a pas rédigé¹⁸ sont autant d'illustrations de ce phénomène¹⁹. De telles décisions de la jurisprudence constituent des gestes de création, au sens fort du terme. L'attitude de la doctrine à leur égard doit évidemment retenir notre attention.

Enfin, on aurait tort de limiter cette étude aux cas où la jurisprudence s'affirme en créant des droits: il arrive que, prudente, timide, conservatrice, réactionnaire ou légaliste, elle refuse de saisir l'occasion qui lui est offerte de remédier à une situation inique ou contraire aux valeurs contemporaines. En parcourant la jurisprudence de droit privé des tribunaux supérieurs sur les droits de l'homme, par exemple, on a plutôt l'impression qu'ils n'ont pas osé adopter de politique ferme à ce sujet²⁰. La doctrine ne doit pas rester

13. Voir principalement *Cameron v. Canadian Factors Corp.*, [1971] R.C.S. 148; *Hecke v. Cie de Gestion Maskoutaine*, [1972] R.C.S. 22.

14. Voir principalement *Glengoil Steamship Line Co. v. Pilkington*, (1898) 28 R.C.S. 146; *R. v. Canada Steamship Lines Ltd.*, [1952] A.C. 192; *Alliance Assurance Co. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1970] R.C.S. 168.

15. Art. 11 C.C.

16. Voir principalement *Cie Immobilière Viger v. Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67.

17. Voir principalement *Pelletier v. Tremblay*, (1925) 39 B.R. 473; *Lévesque v. Tremblay*, [1947] B.R. 684.

18. Voir principalement *Insurance Co. v. Hanrahan*, [1969] B.R. 153; *Place Crémazie v. Migneron*, [1971] C.A. 813; *Cie de Sable Ltée v. Hains*, [1973] C.A. 367; *Canadian Pioneer Insurance v. Armco Drainage and Metal Products of Canada Ltd.*, [1973] C.A. 460.

19. On peut aussi mentionner l'obligation alimentaire entre conjoints de fait, le droit de superficie, l'acceptation des risques dans les sports et les jeux (*volenti non fit injuria*), le cumul — ou son refus — du contractuel et du délictuel, le régime de la formation des contrats conclus à distance, l'erreur-obstacle, l'exception d'inexécution. Mêmes remarques qu'à la note 12.

20. Voir entre autres *Renaud v. Lamothe*, (1902) 32 R.C.S. 357; *Loew's Montréal Theatre v. Reynolds*, (1921) 30 B.R. 459; *Christie v. York Corp.*, [1940] R.C.S. 139; *Chaput v. Romain*, [1955] R.C.S. 834; *Whitfield v. Canadian Marconi Co.*, [1968] B.R. 92 et [1968] R.C.S. vi. Comparer *Gooding v. Edlow Investment Corp.*, [1966] C.S. 436; *Klein v. Klein*, [1967] C.S. 300; *Rebeiro v. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*, [1963] C.S. 389. La *Charte des droits et*

indifférente à cette absence de réaction : elle doit prendre ses distances par rapport à la jurisprudence — grâce, notamment, au droit comparé — et approuver ou désapprouver l'inaction des tribunaux. Aux constructions et aux créations jurisprudentielles, ces réflexions devraient donc associer les refus de nos tribunaux de créer le droit ; mais, ici plus qu'ailleurs, apparaît la difficulté de cette étude, car, de ce fait, les limites du sujet deviennent ardues à tracer.

4. Pour saisir et apprécier les réactions des auteurs à l'œuvre des magistrats, il faut connaître les diverses tâches à travers lesquelles s'expriment ces auteurs. Une saine doctrine exerce trois fonctions fondamentales. Elle doit d'abord exposer le droit de façon complète et systématique. Elle doit également rester à l'affût de l'évolution du droit positif et faire connaître à la communauté juridique tous les développements qui lui paraissent importants, bien qu'elle ne soit pas la seule à remplir cette tâche. Enfin, la doctrine doit donner son appréciation du droit en vigueur, proposer éventuellement d'autres solutions que celles retenues et suggérer l'évolution future du droit. Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges peuvent varier d'une de ces missions à une autre : il convient donc d'étudier séparément ces réactions dans chacune d'elles.

1. L'exposé systématique du droit

5. La première mission de la doctrine, celle d'exposer le droit de façon complète et systématique, est d'une nécessité vitale au droit prétorien. Sans l'intervention des auteurs qui, dans des notes de jurisprudence, des articles ou des ouvrages, parviennent à dégager une règle élaborée dans plusieurs arrêts et à en identifier toutes les conditions et tous les effets, le droit jurisprudentiel tomberait dans un état de profonde confusion et, dans certains cas, deviendrait lettre morte, parce qu'inconnu. Il n'est donc pas sans intérêt d'examiner comment la doctrine s'acquitte de cette tâche à l'égard du droit prétorien.

6. Toute question relative à la doctrine québécoise est reliée de très près à nos institutions, à leur histoire et à leurs caractères. Cette affirmation nous apparaît singulièrement pertinente à l'accomplissement de la première mission de la doctrine.

À la veille de la codification, les sources du droit positif se composaient, d'une part, de l'ancien droit français dans l'état où il se trouvait lors de la conquête du Canada par l'Angleterre, en 1759, et, d'autre part, des lois,

libertés de la personne, L.R.Q. c. C-12, adoptée en 1975, et la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, Appendice III, adoptée en 1960, ont considérablement réduit le rôle des tribunaux dans cette matière.

ordonnances et règlements adoptés par les autorités de Londres et du *dominion* du Canada sous les divers régimes politiques qui ont suivi la conquête. D'ailleurs, un des buts avoués de la codification de 1866 était précisément de clarifier le droit²¹. À cet éparpillement des sources s'ajoutait une grave carence de doctrine « locale ». Sur bien des points, la confusion régnait.

C'est pourquoi il est tout à fait naturel que les premiers efforts de la doctrine aient porté sur l'exposé du droit et qu'ils aient subi l'influence de la doctrine française. Ainsi, trois ouvrages d'envergure, dont le traité de Mignault qui fait encore autorité en plusieurs matières, paraissaient à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècles²².

Cette production, toutefois, ne manque pas d'étonner, puisqu'il n'existait à cette époque aucun corps professoral au Québec. En 1900, il y avait, semble-t-il, un seul professeur qui se consacrait à l'enseignement du droit²³. À l'Université Laval, l'Université McGill et l'Université de Montréal, les cours étaient assumés par des juges et des praticiens renommés qui venaient régulièrement passer quelques heures à la faculté. Il faudra attendre 1950 environ pour voir se former de petits groupes de professeurs de carrière et la révolution tranquille des années 60 pour voir apparaître de véritables corps professoraux²⁴.

7. Cet état de choses explique d'abord que la doctrine soit loin d'être abondante, en matière de réaction au droit prétorien comme en tout autre. Un rapide inventaire des sources doctrinales de droit civil comprend d'abord

21. Voir le préambule de l'*Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, S.C. 20 Victoria (1857), c. 43. John E.C. Brierley, « Québec's Civil Law Codification Viewed and Reviewed », (1968) 14 *R. de D. McGill*, 521.
22. Charles C. DE LORIMIER, *La bibliothèque du Code civil de la Province de Québec*, 20 volumes, Montréal, la Minerve, 1871 à 1890; Pierre-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, 9 volumes, Montréal, Théoret et Wilson et Lafleur, 1895-1916; François LANGELIER, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, 6 volumes, Montréal, Wilson et Lafleur, 1905-1911.
23. Le doyen Walton, à McGill.
24. Le premier embryon de corps professoral (à plein temps) se serait formé à McGill, dans les années 20; il ne comptait pas plus de trois professeurs!
Les pionniers de l'enseignement à plein temps s'appelaient, à McGill: (au XIX^e) Walton, (au XX^e) Lee, Smith, Corbett, Lemesurier, F.R. Scott, Humphrey; à l'Université de Montréal: (dans les années 40) M. Caron, Comtois, A. Mayrand, Carignan, (dans les années 50) Martineau, Beetz, Cardinal, P.-A. Crépeau, Taschereau, Morel, J.-Y. Morin; à Laval: (à partir des années 40) Beaulieu, Turgeon, Gosselin, Marceau, Desgagnés, Pineau, L. Pratte, Lilko; à l'Université d'Ottawa, section de droit civil: (dans les années 50) G. Caron, Bédard, Azard, Brière, Ducharme; à l'Université de Sherbrooke: (dans les années 60) Guy, Melanson, Marquis, R. Crépeau, Fréchette.
Pour une description de la situation au milieu du siècle, voir M. COHEN, « The Condition of Legal Education in Canada », (1950) 28 *R. du B. can.*, 267.

le « *Traité Trudel* », dans un style voisin du répertoire²⁵, le *Traité élémentaire de droit civil*, publié par les Presses de l'Université de Montréal²⁶, puis un certain nombre de monographies et de thèses. Les chiffres suivants en disent long sur la « productivité » de la doctrine québécoise. De 1960 à 1975, 11 thèses de doctorat et 42 thèses de maîtrise ont été présentées avec succès dans des matières de droit civil²⁷. Pour la même période, le nombre total d'ouvrages de tous genres (traités, monographies, manuels, etc.) publiés sur le droit civil ne dépasse pas 54, total qui reste toutefois supérieur à la production (47 ouvrages) de l'ensemble des neuf provinces de common law, pour la même période et les sujets correspondants²⁸.

Il faut aussi signaler un ouvrage d'un intérêt spécial pour notre sujet : *Jurisprudence sur les obligations*, de monsieur Tancelin²⁹, un recueil d'arrêts annotés comme on en trouve beaucoup dans les juridictions de common law qui entourent le Québec. Enfin, il est curieux d'observer que, de temps à autre, la doctrine québécoise s'est prise d'engouement pour divers sujets, dont certains appartiennent au droit créé par les tribunaux ; ce phénomène a amené la publication d'articles et d'ouvrages intéressants, par exemple sur l'enrichissement sans cause³⁰.

25. *Traité de droit civil du Québec*, 17 volumes, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942- .

26. *Traité élémentaire de droit civil*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970- .

Un nouveau traité est en préparation au Centre de droit privé et comparé de l'Université McGill. Également le *Répertoire de droit* édité par la Chambre des notaires du Québec et publié chez Soquij, Montréal, 1977- .

27. D'après le *Répertoire des thèses de doctorat et de maîtrise soutenues dans les facultés de droit des universités du Québec et de l'Université d'Ottawa, Section de droit civil*, par M. Chrétien-Rioux, publié par le Comité des bibliothécaires de l'Association des professeurs de droit du Québec, 1978. Les chiffres cités excluent les thèses de droit international privé.

28. On trouve ses consolations où l'on peut...

D'après la *Bibliographie du droit canadien*, 2^e éd., de Raynald BOULT, Ottawa, Conseil canadien de la documentation juridique, 1977. Les chiffres cités excluent le divorce et le droit international privé.

29. Maurice A. TANCELIN, *Jurisprudence sur les obligations*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1973.

30. Voir entre autres E. BILLETTE, « L'enrichissement sans cause », (1932) 10 *R. du D.*, 583 ; G.S. CHALLIES, *The Doctrine of Unjustified Enrichment in the Law of the Province of Québec*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1952 ; *idem*, « Unjust Enrichment, Action de in rem verso », (1947) 25 *R. du B. can.*, 510 ; A. DUVAL, « L'enrichissement sans cause dans la loi du Québec et le contrat avorté », (1955) 15 *R. du B.*, 461 ; G. FRIEDMAN, « The Quasi Contract. Aspects of Unjust Enrichment », (1956) 34 *R. du B. can.*, 393 ; J. GAGNÉ, « Enrichissement sans cause et services rendus », (1954) 1 *C. de D.*, 25 ; P. LETARTE, « L'enrichissement injuste », (1938-39) 41 *R. du N.*, 209 ; P.-B. MIGNAULT, « L'enrichissement sans cause », *supra*, note 8 ; A. MOREL, *L'évolution de la doctrine de l'enrichissement sans cause*, Montréal, Thémis, 1955 ; C. PERRAULT, « Des quasi-contrats et de l'action de in rem verso », (1938) 17 *R. du D.*, 449 ; T. RINFRET, « The Doctrine of Unjust Enrichment in the Law of Québec », (1937) 15 *R. du B. can.*, 331.

8. L'inexorable « *publish or perish* », qui a tant stimulé la doctrine aux États-Unis — mais qui a aussi favorisé la publication de déchets —, n'a pas acquis force de loi dans toutes les facultés québécoises. Serons-nous bientôt témoins de son introduction chez nous, maintenant que l'éducation a cessé d'être un thème populaire en politique, que les budgets universitaires rétrécissent à vue d'œil et que la concurrence devient serrée pour obtenir un poste de professeur?

9. On peut affirmer, nous semble-t-il, que le droit jurisprudentiel occupe une place d'honneur dans ces écrits. Certes, la hiérarchie entre la loi et la jurisprudence, comme sources du droit positif, est respectée. Cependant, non seulement la doctrine québécoise ne songe pas à mettre en doute la légitimité de la création du droit par les juges, mais elle accorde autant — et parfois plus — d'attention au droit prétorien qu'aux règles légales. Cette attitude nous paraît très saine, car elle évite que les auteurs s'enferment dans une tour d'ivoire. Elle s'explique sans doute par l'influence de la doctrine de common law et aussi, probablement, par le rapprochement entre le milieu des juges et celui des auteurs, dont nous reparlerons plus loin (n° 14).

Les auteurs s'emploient principalement à faire une analyse exhaustive du droit et, en général, systématique. Sur ce dernier point, d'ailleurs, ce n'est pas sans étonnement qu'on constate qu'il y a une vingtaine d'années seulement que nos auteurs ont acquis un souci de synthèse, en particulier par l'adoption de plans analytiques et rigoureux, s'identifiant ainsi davantage aux collègues de droit civil européen qu'à ceux de common law, sur lesquels ce genre de plan exerce peu d'attraits... Les auteurs québécois, par ailleurs, ont le souci de vérifier la cohérence des nouvelles règles prétoriennes avec les règles légales et avec les précédents judiciaires.

10. Malheureusement, la doctrine s'intéresse peu, en général, à mettre en évidence la justification morale, politique, sociologique ou économique des décisions innovatrices des tribunaux. Il faut bien le dire: trop d'auteurs, selon nous, restent de simples techniciens, n'ayant pas l'intérêt ou l'aptitude à saisir et exprimer les raisons profondes des mouvements jurisprudentiels^{30a}, raisons que souvent des juges et des plaideurs impliqués avaient pourtant pressenties. La société attend de la doctrine cette vision des choses; qui pourrait le faire à sa place? L'augmentation du nombre et de la qualité des thèses pourrait évidemment combler en partie cette lacune, mais il n'y a pas d'espoir à court terme de ce côté. Il faut plutôt espérer que la doctrine actuelle, par une évolution interne et naturelle, devienne pleinement sensibilisée à cet aspect du droit.

30a. Dans ce sens, voir P.-A. CRÉPEAU, « La renaissance du droit civil canadien », dans Livre du centenaire du Code civil, tome I, *Le droit dans la vie familiale*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. XIII, aux pp. XVI et XVII.

11. Cette mission de clarification et de systématisation du droit a-t-elle porté ses fruits? Autant, et plus sans doute, que pour bien d'autres missions, il est fort difficile d'en mesurer les effets. Cherchant l'influence des auteurs sur les juges, on pense d'abord au style de rédaction des jugements, un style savant, sur lequel d'ailleurs, nous reviendrons (n° 15). Mais il n'est pas sûr que les juges aient ainsi cherché à imiter les auteurs; peut-être ont-ils simplement, à l'origine, suivi la tradition britannique, à laquelle ils ont ajouté des éléments (par exemple, la citation des textes de doctrine). Quoi qu'il en soit, l'influence la plus valable que la doctrine puisse exercer sur la jurisprudence, par ses traités et autres écrits de systématisation du droit, est plutôt la clarté: que constate-t-on à ce sujet?

Il faut d'abord mettre à part les jugements de la Cour suprême du Canada, qui ont, depuis toujours et la plupart du temps, été rédigés par des hommes qui avaient un souci de clarté, en droit civil tout au moins. Pour les décisions des autres tribunaux, la situation est bien différente — et variable de l'un à l'autre et d'une époque à l'autre —, mais, pour notre part, nous avons l'impression que, malgré de regrettables exceptions, la jurisprudence tend à devenir plus claire depuis une trentaine d'années. Est-ce sous l'effet de la doctrine? Peut-être.

2. L'annonce du droit nouveau

12. Certes la doctrine n'est pas la seule à devoir attirer l'attention des juristes sur la jurisprudence récente: des organismes publics, au niveau fédéral et au niveau provincial, sont chargés de cette fonction à titre principal. Mais on admettra que la doctrine doit y participer et de façon originale, en choisissant et mettant en relief les quelques décisions importantes de chaque secteur du droit. Comme on l'a vu, une règle jurisprudentielle résultant de plusieurs arrêts risque fort d'être mal connue, et même ignorée, si elle n'est pas formulée par la doctrine de façon claire et complète.

13. Le résumé d'arrêt est évidemment le genre littéraire qui correspond exactement à cette fonction d'annoncer la nouvelle jurisprudence, mais non le seul. À ce propos, l'évolution de la littérature juridique québécoise est intéressante: alors qu'au XIX^e et au début du XX^e siècles, les auteurs publiaient plus de résumés que de commentaires d'arrêts, graduellement, par la suite, ces derniers ont pris de la vogue et l'annonce du droit nouveau s'est faite de plus en plus en conjonction avec sa critique. Qu'on se rappelle l'état des sources de droit au XIX^e siècle ainsi que la situation de l'enseignement du droit et on comprendra tout de suite cette évolution. Bien faire connaître le droit civil promulgué en 1866 et diffuser la jurisprudence nouvelle avaient vite épuisé les rares ressources humaines disponibles pour écrire (*supra* n° 6). C'était l'époque des chroniques, au sens originel du mot. En 1980, l'évolution

est achevée: le commentaire d'arrêt a presque complètement remplacé le résumé³¹.

D'ailleurs, en 1900, on ne comptait que deux revues de droit³². Quelques autres connurent, avant ou après cette date, une existence plus ou moins brève. Ce n'est que plus tard que les organismes professionnels puis, plus près de nous, les facultés ont lancé les revues que nous connaissons aujourd'hui³³. La parution de huit périodiques permet évidemment à la doctrine de jouer plus adéquatement ce rôle d'annoncer le droit nouveau.

3. La critique du droit

14. Encore une fois, en matière de critique du droit créé par les tribunaux, la connaissance des institutions est indispensable à une juste compréhension de la réalité. Deux remarques préliminaires s'imposent.

Au Québec, comme dans les autres juridictions sous l'influence du système judiciaire britannique, les juges sont recrutés parmi les avocats. Comme un grand nombre de professeurs sont inscrits au Barreau, ils sont donc eux aussi éligibles à la magistrature et, de fait, certains y accèdent. Dans tous les tribunaux, il est habituel de voir quelques anciens professeurs d'université ou chargés de cours. À la Cour suprême du Canada et à la Cour d'appel du Québec, cette « représentation » des facultés devient d'autant plus marquante que le nombre de juges y est peu élevé; ainsi les trois juges québécois présentement à la Cour suprême ont déjà enseigné dans une faculté de droit³⁴. L'université, le palais de justice, le Barreau, les congrès ont ainsi permis de se connaître personnellement à plusieurs de ceux qui, aujourd'hui, « créent le droit » et de ceux qui « réagissent » à cette création. À cela s'ajoute cette autre tradition britannique qu'un juge signe toujours ses jugements.

On voit dès lors que lorsqu'un auteur critique un arrêt, il ne se penche pas sur un texte anonyme émis par un organisme plus ou moins distant et

31. Les notes succinctes de M.A. LAROCHE dans *La Revue Générale de Droit* en font peut-être le dernier « chroniqueur » de notre époque.

32. *La Revue légale*, fondée en 1869, qui offrait à cette époque un mélange de doctrine et de jurisprudence, ainsi que *La Revue du Notariat*, fondée en 1898.

33. On peut estimer à 8 les périodiques qui publient régulièrement des articles et des notes de droit civil. Ce sont, outre les 3 revues des organismes professionnels, *supra*, note 6, *La Revue Juridique Thémis*, fondée en 1951 sous le nom de *Thémis*, *La Revue de Droit de McGill*, fondée en 1952 sous le nom de *McGill Law Journal*, *Les Cahiers de Droit*, fondés en 1954, *La Revue Générale de Droit*, fondée en 1964 sous le nom de *Justinien*, et *La Revue de Droit, Université de Sherbrooke*, fondée en 1970. Comme aujourd'hui *La Revue Légale* ne publie pratiquement que de la jurisprudence, elle ne nous a pas paru devoir être comptée comme une revue de doctrine.

34. Les juges Beetz et Lamer, qui ont enseigné à l'Université de Montréal, le juge Chouinard, qui a enseigné à l'Université Laval.

secret. Bien souvent, derrière le jugement critiqué, se profile la personne du juge, sa réputation de spécialiste dans tel ou tel secteur du droit, son esprit progressiste ou conservateur, d'autres considérations personnelles.

15. Par ailleurs, une des principales caractéristiques de la jurisprudence québécoise est d'être exprimée dans une forme savante. En effet, les jugements sont souvent rédigés comme des petites leçons de droit³⁵. Autrefois, les juges avaient même le temps de discourir longuement : après avoir exposé la question litigieuse, ils discutaient, en droit, le mérite respectif des solutions possibles et prenaient parti. Maintenant qu'ils sont surchargés de dossiers et que la société réclame une justice rapide, ils vont droit au but.

Mais, aujourd'hui comme hier, les juges font un usage abondant de la doctrine, par simple référence ou par citation au texte³⁶. Le tableau 2 en donne une illustration, dans certains sujets de création jurisprudentielle. Ici, le juge s'appuie sur les auteurs ; là, il les contredit formellement ; ailleurs, il tranche dans une controverse doctrinale³⁷. Il arrive ainsi que la doctrine, seule ou conjointement avec des précédents judiciaires d'autres juridictions, serve de source formelle à la création du droit par les tribunaux ; la récente consécration de l'enrichissement sans cause en fournit un exemple éclatant³⁸. Tradition étonnante. En France, certains tribunaux citent de la doctrine, mais cette façon de faire reste l'exception et n'atteint pas l'ampleur qu'elle connaît au Québec. En Grande-Bretagne, les tribunaux discutent les questions, comme au Québec ; quelquefois ils citent les auteurs, mais il n'y a là rien de comparable à ce qui se pratique chez nous. Cette tradition est aussi valorisante pour les auteurs, qui voient leurs écrits pris en considération par l'autorité judiciaire. Cette tradition est enfin enrichissante et rassurante pour la magistrature, qui est amenée à profiter des lumières de la doctrine.

Au Québec, par conséquent, bien que la doctrine ne puisse pas être qualifiée de source formelle de droit, juges et auteurs sont étroitement associés dans le processus de création du droit. Dans ce contexte, il ne faut pas s'attendre à un barrage de critique de la doctrine contre la jurisprudence !

35. Voir A. POPOVICI, « Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles source de droit au Québec? », (1973) 8 *R.J.T.*, 189, à 192.

36. Dans certains secteurs du droit, comme celui des obligations, la doctrine française a conservé l'autorité considérable qu'elle avait à l'époque où la nôtre était peu développée.

37. Toutefois, la Cour suprême du Canada se refuse généralement à citer les auteurs québécois vivants — mais non les auteurs français... —, influencée en cela par la tradition des tribunaux britanniques de ne citer que des auteurs décédés, dont l'autorité, apparemment, si elle leur survit, s'en trouve consacrée. Voir G. V. V. NICHOLLS, « Legal Periodicals and the Supreme Court of Canada », (1950) 28 *R. du B. can.*, 422.

38. *Cie Immobilière Viger v. Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, qui s'appuie (exceptionnellement) sur A. MOREL, *supra*, note 30, P.-B. MIGNAULT, « L'enrichissement sans cause », *supra*, note 8, T. RINFRET, *supra*, note 30, G.S. CHALLIES, *supra*, note 30, J.-L. BAUDOIN, *Les obligations*, Montréal, P.U.M., 1970, M. A. TANCELIN, *Théorie du droit des obligations*, Québec, P.U.L., 1975, et sur d'autres autorités.

Tableau 2
Inspiration de la jurisprudence

| | Nombre d'arrêts | Arrêts cités | | | Auteurs cités | | |
|------------------------------------------|-----------------|--------------|--------|--------|---------------|--------|--------|
| | | Common law | France | Québec | Common law | France | Québec |
| Abus du droit de propriété (sans malice) | 8 | 18 | 5 | 8 | 1 | 22 | 6 |
| Clause restrictive | 9 | 9 | 1 | 16 | 0 | 2 | 1 |
| Contrats conclus à distance | 13 | 4 | 12 | 34 | 6 | 39 | 3 |
| Cumul d'indemnités | 7 | 4 | 0 | 23 | 1 | 2 | 1 |
| Droits de l'homme | 7 | 17 | 2 | 7 | 0 | 5 | 4 |
| Enrichissement sans cause | 8 | 3 | 2 | 24 | 0 | 13 | 11 |
| Obligation naturelle | 12 | 15 | 3 | 10 | 3 | 32 | 2 |
| Volenti non fit injuria | 12 | 9 | 0 | 7 | 2 | 2 | 1 |
| Total | 76 | 79 | 25 | 129 | 13 | 117 | 29 |

Notes: Ce tableau ne reflète pas l'importance que la cour attribue à chaque source d'inspiration. Ce tableau ne tient pas compte des allusions faites à la common law mais sans référence à la doctrine ni à la jurisprudence.

16. Le ton de la critique demeure respectueux. Parfois, il se fait très dur — au point de provoquer à l'occasion des protestations de la part de la magistrature³⁹...

Au plan quantitatif, on constate que jusqu'au milieu du XX^e siècle, la critique occupe, dans toute la littérature, une place nettement secondaire, parfois très réduite. C'est ainsi qu'en 1900 on ne trouvait pas de commentaire d'arrêt dans les périodiques, mais uniquement des résumés⁴⁰. Aujourd'hui, la critique est devenue plus abondante. Chacune des huit revues couvrant le droit civil publie des commentaires⁴¹; cependant, il y a moins de dix ans que certaines d'entre elles en ont confié la rédaction à des « chroniqueurs » réguliers, ce qui nous semble significatif d'une prise de conscience tardive de l'importance de ces chroniques.

Il en va des commentaires d'arrêts comme des discours. Des auteurs aiment écrire une ou deux pages sur une décision, se limitant à l'essentiel et à quelques remarques; d'autres préfèrent une discussion élaborée, pouvant atteindre une quinzaine de pages, la décision devenant l'occasion de faire le point sur la question en litige. Souvent, la critique demeure ponctuelle: on lit peu d'essais qui embrassent un large champ de jurisprudence⁴².

17. Les auteurs s'intéressent beaucoup à la conformité du jugement examiné avec la règle légale et les précédents judiciaires. Toutefois, logiques avec leur comportement dans l'exposé systématique du droit, en général, ils ne critiquent pas assez, à nos yeux, les conséquences économiques, sociales et autres des arrêts de jurisprudence. Cela n'empêche qu'à notre sens la doctrine québécoise s'identifie davantage à la doctrine de tradition civiliste qu'à celle de common law: cette dernière, en effet, sauf de remarquables exceptions, a tendance à concentrer ses efforts sur l'analyse minutieuse du droit positif et sur le commentaire de certaines règles, mais elle ne voit pas l'opportunité de formuler des critiques fondamentales et de présenter sa

39. Voir la correspondance échangée entre le juge en chef de la Cour supérieure du Québec et le président du Comité de *La Revue du Barreau*, publiée à (1978) 38 *R. du B.*, 394. Voir aussi la remarque du juge RIVARD dans *Association Pharmaceutique de la Province de Québec v. Eaton*, (1931) 50 *B.R.* 492, à 502.

40. Il y eut toutefois des commentaires avant 1900, notamment dans *Legal News*.

41. Voir *supra*, notes 8 et 33.

42. Mais l'art de la grande fresque n'est pas inconnu dans la littérature juridique québécoise. Voir entre autres, pour ne citer que des articles, P.-A. CRÉPEAU, « Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien », (1962) 22 *R. du B.*, 501; *idem*, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can.*, 1; A. MAYRAND, « L'abus des droits en France et au Québec », (1974) 9 *R.J.T.*, 321; G. BEAUDOIN, « La Cour suprême et la protection des droits fondamentaux », (1975) 53 *R. du B. can.*, 675; M. CARON, « Le droit civil, instrument de protection des droits et libertés de la personne », (1978) 56 *R. du B. can.*, 197.

propre vision globale de certaines questions⁴³. Ainsi, les civilistes se perçoivent comme des agents actifs de l'évolution du droit, à certaines heures même comme source du droit; mais de tels sentiments ne viendraient pas à l'esprit d'un *common lawyer*! Cette identification des auteurs de droit civil québécois aux civilistes européens, du reste, n'a rien d'étonnant, puisqu'ils ont pour la plupart acquis leur formation en France, quand ils ont poursuivi des études hors du Québec.

Créer le droit est une fonction politique. Cela saute aux yeux en matière de protection du consommateur; mais, dans toute création, le juge exerce un certain rôle politique. Pourtant, on ne trouve guère, en droit civil québécois, d'auteurs systématiquement engagés dans la défense d'une doctrine ni, encore moins, d'un mouvement politique. Cela étonnera peut-être d'autant plus si l'on se rappelle que, du moins dans la pensée de ses fondateurs, le Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal viserait à présenter le droit comme un instrument au service des classes dirigeantes⁴⁴.

18. S'il faut se réjouir de l'intérêt critique de la doctrine pour plusieurs questions importantes, telle que la légitimité de la discrimination raciale dans le commerce⁴⁵, jadis consacrée par la Cour suprême⁴⁶, on est étonné, en revanche, de son silence presque complet sur d'autres questions qui méritent aussi considération, comme la réduction substantielle de l'indemnité pour incapacité, au nom des aléas (funestes) de la vie⁴⁷. Il serait trop long de rapporter tous les sujets importants de critique abordés par la doctrine. Il faut cependant souligner un leitmotiv qui revient à toutes les époques, dans tous les secteurs du droit civil, qui surgit même dans certains jugements⁴⁸,

43. Sauf la doctrine de common law américaine, laquelle est d'une vigueur qui la distingue nettement de ses «cousines» canadienne et britannique.

44. Voir cependant l'article retentissant de 2 professeurs de cette université, MM. R. LAPERRIÈRE et P. MACKAY, «Reynolds Aluminium et la C.S.N.: un exemple de justice de classe», *Le Devoir*, 24 avril 1979. Voir aussi les écrits de MM. J. HÉTU et H. MARX (qui font carrière dans une autre université), notamment leur chronique «Droit et pauvreté» à la *Revue du Barreau* et leur article, «Les défavorisés, le Code civil et les juges», (1976) 22 *R. de D. McGill*, 352.

45. Voir entre autres B. LASKIN, commentaire, (1940) 18 *R. du B. can.*, 314; A. BIRON, «La discrimination dans le commerce», (1954-55) 5 *Thémis*, 193; F.R. SCOTT, «The Bill of Rights and Québec Law», (1959) 37 *R. du B. can.*, 135.

46. *Christie v. York Corp.*, [1940] R.C.S. 139.

47. J.-L. BAUDOIN, *La responsabilité civile délictuelle*, Montréal, P.U.M., 1973, n° 144. Voir cependant la critique de ce même auteur, *idem*. Voir aussi la critique lapidaire de M. A. TANCELIN, *Théorie du droit des obligations*, Québec, P.U.L., 1975, n° 579.

48. Certaines remarques des arrêts rendus par le juge Mignault sont devenues légendaires, tel ce «Il est temps de réagir contre l'habitude de recourir [...] aux précédents de droit commun anglais, pour le motif que le Code civil contiendrait une règle qui serait d'accord avec un principe du droit anglais [...] 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

soit l'opposition à l'infiltration de la common law dans notre jurisprudence⁴⁹.

Cette infiltration s'opère par le recours à la doctrine et aux précédents judiciaires des autres provinces canadiennes et d'Angleterre; parfois, c'est délibérément que les tribunaux modèlent le droit québécois sur celui du reste du Canada, dans un but d'uniformité, comme à propos de la priorité de la liberté testamentaire sur la liberté de croyance et de culte⁵⁰.

Les auteurs avaient certes raison d'élever une opposition presque farouche à ce comportement des tribunaux. Mais deux observations doivent être formulées. D'une part, le tableau 2 présente un échantillon de l'influence de la common law dans certaines questions qui ont fait l'objet de création jurisprudentielle: il tend à montrer que, malgré le nombre non négligeable d'arrêts de common law cités dans les jugements étudiés, cette source d'inspiration demeure largement inférieure à celle de droit civil, incluant les droits français et québécois; le tableau révèle de plus l'influence nettement prépondérante de la doctrine française. D'autre part, la lecture de la jurisprudence dans d'autres questions ayant également fait l'objet de création prétorienne ne révèle aucun emprunt à la jurisprudence ni à la doctrine de common law: tels sont le cumul du contractuel et du délictuel, *res perit domino*, l'erreur-obstacle, l'obligation de sécurité, l'exception d'inexécution et l'interprétation du contrat en faveur de celui qui a dû y adhérer et qui ne l'a pas rédigé. Si l'on en juge par ces cas (où la tentation de s'inspirer du droit étranger est très forte), l'hérésie n'a tout de même pas atteint les proportions d'un fléau.

19. Fort heureusement, les auteurs ne prêchent pas dans le désert. Ainsi, il semble bien que le leitmotiv que nous venons de signaler ait été entendu, car aujourd'hui les juges font appel à la common law moins souvent que naguère et dans une optique nettement comparative; la Cour

d'en sortir [...]. » *Desrosiers v. R.*, (1919-20) 60 R.C.S. 105, à 126. Voir aussi ses remarques dans *Curley v. Latreille*, (1919-20) 60 R.C.S. 130, à 176 et 177, celles du juge BROSSARD dans *Canadian Factors Corp. v. Cameron*, [1966] B.R. 921, à 946, et celles du juge RIVARD dans *Riel v. Murren Co.*, [1971] C.A. 367, à 371.

49. Voir entre autres J.-L. BAUDOIN, « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.*, 715; A. POPOVICI, *supra*, note 35, aux pp. 193-195; P.-B. MIGNAULT, « L'avenir de notre droit civil », (1922-23) 1 *R. du D.*, 104, à 107 ss.

50. Le juge GIROUARD, s'exprimant au nom de la cour, écrivait dans *Renaud v. Lamothe*, (1902) 32 R.C.S. 357, à 365; « [...] il est de l'intérêt de la Province de Québec et de toute la puissance [du Canada] que, sur un sujet comme celui que nous considérons, il y ait uniformité de jurisprudence. Singulier spectacle que serait celui où un legs [...] serait valide dans toutes les provinces, à l'exception du Québec et ce pour raison d'ordre ou d'intérêt public. »

suprême vient encore de rappeler l'autonomie du droit civil⁵¹. Dans un autre domaine, on a vu la jurisprudence, particulièrement à la suite des appels de monsieur Crépeau⁵², utiliser plus libéralement l'article 1024 du *Code civil* pour admettre des obligations contractuelles implicites, notamment de sécurité⁵³. Sans doute influencés par le même auteur⁵⁴, plusieurs juges en sont venus à rejeter le cumul et l'option du contractuel et du délictuel⁵⁵, quoique la jurisprudence reste incohérente sur cette question. On peut encore mentionner le revirement de la Cour supérieure qui, guidée par la doctrine juridique autant que par l'évolution générale des idées dans la société, n'a pas craint de contredire la Cour suprême sur la question de la prépondérance de la liberté testamentaire, édictée par l'article 831 du *Code civil*, sur la liberté de culte, reconnue sur la base de l'article 13 du même code⁵⁶.

Certes, les juges restent toujours soucieux de leur indépendance, tout à fait normale d'ailleurs. Toutes les publications ne méritent pas de « faire autorité », toute morale que soit l'autorité de la doctrine. Les tribunaux ont raison de citer les précédents plutôt que les ouvrages et les articles de type

51. À propos de l'art. 1056 C.C., qui est pourtant d'origine anglaise : *Pantel v. Air Canada*, [1975] 1 R.C.S. 472. Voir aussi *supra*, note 48.

52. Voir principalement P.-A. CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », *supra*, note 42 ; *idem*, « Réflexions sur le fondement juridique de la responsabilité civile du transporteur de personnes », (1960-61) 7 *R. de D. McGill*, 225, à 235ss. M. Crépeau est loin d'être le seul auteur à avoir soutenu cette thèse, mais il en est le principal défenseur et il serait trop long de citer tous ceux qui ont contribué à la défendre.

53. Voir entre autres *Provost v. Petit*, [1969] C.S. 473 ; *Marier v. Air Canada*, [1971] C.S. 142 et [1976] C.S. 847, inf. par C.A. Montréal n° 09-000706-762 du 14 décembre 1979 ; *Grégoire v. Coutu*, [1971] C.S. 603 ; *Bourret v. Bromont*, [1971] C.S. 834 ; *Blais v. Loisirs St-François de Montmagny Inc.*, [1974] C.S. 298 ; *Surprenant v. Air Canada*, [1973] C.A. 107 ; *Gagnon v. Desrosiers*, [1975] C.S. 880 ; *National Drying Machinery Co. v. Wabasso Ltd.*, [1979] C.A. 279.

La reconnaissance d'une obligation contractuelle implicite de sécurité a eu comme effet secondaire de favoriser l'application du régime contractuel dans des situations où, sous l'influence de la common law, en particulier lorsqu'il y a blessure causée à une partie au contrat, les tribunaux avaient l'habitude d'appliquer le régime délictuel.

54. Principalement P.-A. CRÉPEAU, « Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien », *supra*, note 42. Même remarque qu'à la note 52.

55. Voir entre autres *Girard v. National Parking Ltd.*, [1971] C.A. 328 ; *Patry v. Hôpital Notre-Dame*, [1972] C.A. 579, renversé pour d'autres motifs par [1975] 2 R.C.S. 388 ; *Surprenant v. Air Canada*, [1973] C.A. 107 ; *Hôpital Notre-Dame-de-l'Espérance v. Laurent*, [1974] C.A. 543 ; *Quinn Freight Lines Ltd. v. Guilbault Transport Inc.*, [1978] C.A. 393 ; *National Drying Machinery Co. v. Wabasso Ltd.*, [1979] C.A. 279.

56. *Klein v. Klein*, [1967] C.S. 300, jugement qui s'appuie largement sur la doctrine : A. MOREL, *Les limites de la liberté testamentaire*, Paris, L.G.D.J., 1960 ; P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, tome 4, Montréal, Théoret, 1899 ; H. ROCH, *Traité de droit civil du Québec*, tome 5, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953 ; A. MAYRAND, « Conflit de deux libertés : liberté de religion et liberté de tester », (1962-63) 65 *R. du N.*, 383.

répertoire, qui ne font que les résumer. Enfin, il faut le reconnaître, certains juges n'apprécient pas la doctrine, qu'ils estiment irréaliste, compliquée, voire ignorante... Mais, malgré toutes ces réserves, nous croyons que la majorité de la magistrature moderne se montre réceptive à la doctrine digne de ce nom⁵⁷.

Conclusion

20. À l'évidence, les relations entre la doctrine et la jurisprudence sont marquées par le fait que le droit du Québec est situé au carrefour des systèmes de droit civil et de common law. Des traditions originales se sont toutefois établies chez nous. Ce qui est plus singulier, c'est que les auteurs québécois soient si privilégiés. Ainsi, la tendance des juges à rédiger des décisions savantes, pour ne mentionner que ce point, est sans aucun doute valorisante pour les auteurs et, faut-il ajouter, bénéfique pour ceux-ci autant que pour les juges, qui ainsi parlent le même langage et en viennent à une sorte de dialogue.

En conséquence, n'est-il pas quelque peu trompeur de vouloir se pencher exclusivement sur les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges? La réalité veut en effet qu'il n'y ait pas de sens unique dans cette matière et qu'auteurs et magistrats soient en interrelation constante. La création du droit par les tribunaux est une œuvre à laquelle la doctrine est ouvertement associée comme source d'inspiration.

21. La constatation la plus importante qui se dégage de ces réflexions, nous semble-t-il, n'est pas d'ordre juridique. Le développement de la doctrine québécoise se divise nettement en deux époques, autour de cet événement-charnière que fut, dans les années 50, la naissance du corps professoral des facultés de droit. C'est depuis lors que la doctrine produit davantage et de façon plus diversifiée; c'est depuis cette période aussi que les auteurs écrivent au jour le jour sur le droit créé par les juges, que leurs réactions aux règles jurisprudentielles vont de plus en plus en profondeur et qu'ils s'efforcent d'avoir un esprit synthétique. Sans doute peut-on regretter, entre autres choses, que la doctrine ne se montre pas plus vigoureuse dans sa critique de la jurisprudence. Mais il faut se rappeler que les facultés de droit n'ont vraiment pris leur essor que depuis vingt ans: on peut donc penser que ce mouvement n'a pas encore produit tous ses fruits.

57. Comparer A. POPOVICI, *supra*, note 35, à p. 199; P. AZARD et F.-A. BISSON, *Droit civil québécois*, tome 1, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1971, p. 37; P. AZARD, « Le problème des sources du droit civil dans la Province de Québec », (1966) 44 *R. du B. can.*, 417, à 430.