

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : NOUVEAU CODE CIVIL ET JALONS POUR L'INTERPRÉTATION :
TRADITIONS ET TRANSITIONS

Auteur(s) : Alain-François BISSON

Revue : *RDUS*, 1992-1993, volume 23, numéro 1

Pages : 1-20

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13380>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13380>

Page vide laissée intentionnellement.

NOUVEAU CODE CIVIL ET JALONS POUR L'INTERPRÉTATION: TRADITIONS ET TRANSITIONS

par Alain-François BISSON*

La réforme du Code civil est marquée au triple coin de l'unité, de la continuité et de la nouveauté de l'oeuvre législative. C'est de ces trois points de vue que, s'appuyant notamment sur la Disposition préliminaire du Code civil, les dispositions générales de droit transitoire de la Loi sur l'application de la réforme du Code civil, les modifications apportées à la Loi d'interprétation et les traditions civilistes d'interprétation, l'auteur propose un certain nombre de repères, non seulement pour l'interprétation du Code civil, mais pour l'ensemble de la législation civile. Il plaide en conclusion pour une conception civiliste de l'autorité du précédent, mêlée de respect et de sens critique, subordonnée au droit commun législatif et aux droits de la raison.

Unity, continuity and a search for novel solutions are the hallmarks of the recent reform of the Civil Code. From this triple perspective and basing himself on the Preliminary Provision of the Civil Code, the general transitional provisions of the «Act Respecting the Implementation of the Civil Code», the amendments to the «Interpretation Act» and the civilian tradition of interpretation, the author suggests a principled approach to interpretation, not only of the new code, but of all legislation dealing with civil law. He concludes with a plea in favour of a civilian conception of the authority of precedent, incorporating both respect and critical judgment, which subordinates judicial authority to that of the «jus commune» expressed in the written law and to the dictates of reason.

*. Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Texte quelque peu remanié, raccourci mais augmenté de quelques notes et de divisions pour le repérage, d'une conférence prononcée à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke le 26 février 1993 dans le cadre des «Conférences Marcel Guy». Soumise aux imperfections et aux risques inhérents aux lois du genre, il est à espérer qu'elle ne sera pas jugée trop indigne de celui auquel elle est dédiée, civiliste sans concession dont la méthode, exigeante et exemplaire, peut se résumer ainsi: c'est par principes, et sur des hypothèses soigneusement construites, qu'il faut raisonner.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	3
A. Interprétation et unité de l'oeuvre législative	5
1. Harmonie du Code civil avec la Charte québécoise	5
2. Harmonie du Code civil avec les principes généraux du droit	7
3. Le Code civil, fondement des lois particulières	8
B. Interprétation et continuité de l'oeuvre législative	10
1. Les orientations de l'interprétation: reprise des traditions	10
2. Le fond du droit: pertinence de la jurisprudence et de la doctrine antérieures	11
C. Interprétation et nouveauté de l'oeuvre législative	13
1. La solution des conflits de lois dans le temps	13
a) Portée des nouvelles règles générales de droit transitoire	13
b) Principales caractéristiques du nouveau droit transitoire	14
2) L'élucidation des textes: actualité de l'exégèse	16
a) Des définitions terminologiques inopportunes	18
b) La version anglaise du Code civil	18
c) Le recours aux travaux préparatoires	19
d) Pertinence variable de la doctrine étrangère	21
D. En guise de conclusion: pour une conception civiliste de l'autorité de la jurisprudence à venir	23

INTRODUCTION

Le titre prudent de cette conférence n'est pas l'expression d'une fausse modestie: il n'y aura point en effet ici de réponse précise aux innombrables problèmes que la pratique déjà anticipe; il ne s'agira, plus humblement, que de quelques jalons, qu'invitent à poser le poids des traditions, le jeu des transitions.

Dans les systèmes juridiques, le fond sans doute importe au plus haut point, c'est-à-dire le souci qu'on y manifeste de la justice, ce concept flou, mais impérieux, qui informe tout ordonnancement juridique digne de ce nom.

Mais la manière compte aussi et, à la base du droit civil moderne, il y a d'abord la manière législative¹: puissance de la loi qui, dans sa majesté, commande; puissance de la loi qui, dans sa sollicitude, organise!

Sur la loi qui commande, il n'est guère nécessaire d'insister: l'étendue de son empire, qu'on ait à s'en féliciter ou à s'en plaindre, selon le cas, est bien connue². Mais il y a aussi la loi qui organise et, cette fois-ci, combien (parfois) secourable!

Un code tout neuf, écrivait Planiol au début du siècle, est un outil incommode³. En effet, à la doctrine, aux praticiens, ultimement aux juges bien sûr, *il impose un travail de réadaptation et de reconstruction, autrement dit d'interprétation, pour que se perpétue et se recrée un corps de droit vivant* : travail immense et de longue haleine, dont il serait certes aventuré et irréaliste de vouloir diriger dès maintenant les résultats concrets. Mais le codificateur dans sa sagesse - oserait-on dire, avec le doyen Cornu⁴, dans sa bonté - ne nous a pas laissés sans directives.

Voici en effet la Disposition préliminaire du Code civil qui, surplombant le dispositif de détail, redonne force et légitimité aux conceptions fondamentales de la loi en système de droit civil codifié; mais voici aussi la disposition préliminaire⁵ et les dispositions générales de droit transitoire de la *Loi sur*

1. Cf., Pierre ISSALYS, «La loi dans le droit: tradition, critique et transformation», (1992) 33 *C. de D.* 665, spécialement les développements des pages 675 et suiv.

2. On la mesure encore dans les articles-surprises 717 et 718 de la version finale de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* (L.Q., 1992, c. 57) qui, par corporations professionnelles interposées (à moins que ce ne soit celles-ci par loi interposée), renvoient arpenteurs-géomètres, notaires et avocats sur les bancs de l'école.

3. Marcel PLANIOL, «Inutilité d'une révision générale du Code civil», dans Société d'études législatives, *Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire*, t. 2, Paris, Arthur Rousseau, éditeur, 1904, p. 953, à la page 961.

4. Gérard CORNU, «La bonté du législateur», (1989) 49 *Annales de droit de Louvain* 229.

5. Celle-ci ne mérite toutefois pas la majuscule, pour les raisons dites plus loin.

l'application de la réforme du Code civil; voici encore des additions, et des récupérations de directives anciennes, dans la *Loi d'interprétation*⁶; voici enfin tout ce que, par son silence, le codificateur a laissé subsister de directives non écrites, léguées par les coutumes savantes du système.

Ensemble bien hétéroclite, dira-t-on, et l'on aurait pu certes souhaiter que le codificateur, plus pénétré encore de la grandeur de son oeuvre⁷, intégrât davantage dans le Code civil lui-même certains éléments essentiels de cet ensemble⁸.

Mais le temps n'est pas aux regrets, il est à la construction. Or, qui voudra bien rapprocher les pièces de cet ensemble dispersé et en dégager les traits principaux verra ses efforts récompensés par la découverte d'une *charte interprétative* lui permettant de prendre prudemment en compte, dans cette oeuvre de raison pratique qu'est la recodification de nos lois civiles, tout ce qu'on y trouve d'esprit d'unité, d'esprit de continuité et d'esprit de nouveauté.

C'est de ces trois points de vue panoramiques qu'il sera question ici d'interprétation, au risque bien évident d'être tantôt timide, tantôt téméraire, et toujours fort incomplet.

A. Interprétation et unité de l'oeuvre législative

Voici le moment venu de lire la Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*:

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun.

6. L.R.Q., c. I-16.

7. Grande est son oeuvre en effet, et presque miraculeux l'état dans lequel, malgré bien des vents mauvais, elle a abouti. L'honnêteté intellectuelle la plus élémentaire commande de le dire: dans le nouveau Code civil, les qualités, parfois éclatantes, de fond et de forme, l'emportent sur les visibles défauts (au premier rang desquels demeure cette incongruité technique et conceptuelle qu'est le «patrimoine» familial).

8. Il est très difficile de comprendre les raisons, techniques ou d'opportunité, pour lesquelles le législateur est demeuré complètement sourd aux invitations fermes qui lui avaient été adressées à cet égard: cf., Marcel GUY, «Interprétation et effet temporel du nouveau Code civil», (1988) 19 R.D.U.S. 39, spécialement p. 47.

En ces matières, il constitue le fondement des autres lois⁹ qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

Le code *régit*, le code *établit*, le code *constitue*: ce n'est pas un préambule, c'est une disposition; c'est la disposition organisatrice du système¹⁰. Et tout ici est appel à l'unité, mais ne retenons pour l'instant que deux maîtres mots: «*harmonie*» (double) et «*fondement*», qui refont ou confirment l'unité de l'oeuvre législative, source principale, quoique non exhaustive, de droit en système moderne de droit civil.

1. Harmonie du Code civil avec la Charte québécoise

Harmonie, d'abord, avec la *Charte des droits et libertés de la personne*¹¹: cela peut étonner, tant nous sommes aujourd'hui habitués, pour ne pas dire obsédés par lui, à un contrôle combatif de la constitutionnalité des lois. Mais la Charte québécoise n'est pas seulement une loi prépondérante, tout au moins dans ses articles 1 à 38; elle est une source directe de droits dont le Code civil confirme l'existence ou aménage l'exercice; elle est aussi un instrument interprétatif, lorsque, entre deux interprétations possibles du Code civil, on est invité, par l'article 53 de la Charte elle-même expressément, et par la Disposition préliminaire implicitement, à trancher en faveur des droits prévus dans la Charte. Notre Cour d'appel l'a déjà fait, dans l'interprétation des lois ordinaires¹², et la Cour suprême en fait volontiers autant, par rapport, cette fois, à la Charte canadienne¹³.

Une fois affirmée l'harmonie entre la Charte québécoise et le Code civil¹⁴, il n'est pas sans intérêt de se demander, du point de vue de l'interprétation, si cette harmonie fait du code, par association en quelque sorte, une loi constitutionnelle ou, pour parler notre jargon peu rigoureux, une loi quasi constitutionnelle. Loi constitutionnelle, au sens le plus général du terme, le Code civil l'est certainement, si l'on entend par là, selon la formule de Georges Scelle, un corps de «règles normatives destinées à

9. En toute rigueur logique, il aurait fallu une virgule ici. Mais le sens de la phrase demeure non douteux.

10. On pourrait dire: c'est par la Disposition préliminaire que l'on entre dans le code, si cela ne sentait encore trop le préambule. En fait, avec la Disposition préliminaire, on est déjà dans le hall de la demeure.

11. L.R.Q., c. C-12.

12. Ex: *Johnson c. Commission des Affaires sociales*, [1984] C.A. 61.

13. Ex: *Hills c. Canada (P.G.)*, [1988] 1 R.C.S. 513.

14. Ce qui n'exclut certes pas des heurts possibles, mais, comme l'a excellemment montré Danielle PINARD, pour des raisons qui tiennent à la structure et au fond de la législation civile québécoise, la cohabitation s'annonce plutôt paisible, comme avec la Charte canadienne d'ailleurs: «Les dix ans de la Charte canadienne des droits et libertés et le droit civil québécois», (1992) 24 *Revue de droit d'Ottawa* 193, spécialement p. 209 et suiv. Il convient d'ajouter cependant que, malgré l'harmonie recherchée, et sans qu'il faille en conclure que celle-ci serait à sens unique, la position interprétative de la Charte québécoise, eu égard aux finalités qu'elle poursuit, est, par rapport au Code civil, moins dépendante que ne l'est celle du Code civil par rapport à la Charte. Ainsi a-t-il été jugé récemment que, dans l'appréciation d'actes discriminatoires, la notion d'état civil pouvait être plus largement entendue que ne l'autorise à première vue le Code civil: *Commission des droits de la personne c. Immeubles Ni/Dia inc.*, [1992] R.J.Q. 2977 (T.D.P.Q.).

traduire les nécessités essentielles des rapports sociaux»¹⁵. Mais *le Code civil n'est certainement pas une loi constitutionnelle au sens technique du terme*. Malgré la nature fondamentale du Code civil pour l'organisation du système et à cause du caractère «naturel» de la fonction législative en droit civil moderne, la moindre loi, le moindre règlement, pourvu qu'ils soient constitutionnellement et légalement adoptés ou pris, peuvent déroger au Code sans formalité particulière. À cela, les exceptions significatives sont rares, et encore ne peuvent-elles être que bien relatives: il s'agit notamment de l'article 2930 du Code civil¹⁶, qui est de nature à exiger du législateur des précautions particulières de rédaction s'il veut déroger à certaines conditions d'exercice de l'action fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui.

La situation du nouveau Code civil est à cet égard théoriquement différente de celle du *Code civil du Bas Canada*, et d'ailleurs aussi du *Code de procédure civile* de 1867, auxquels l'article 10 de l'ancienne *Loi d'interprétation* de 1868^{16a} semblait bien vouloir conférer un caractère quasi constitutionnel. Rédigé dans le français martyrisé de beaucoup de lois de l'époque, cet article disait en effet ceci: «... nul acte ou nulle disposition de la législature en aucune manière aura force à l'encontre de quelque article de l'un ou de l'autre desdits codes, à moins que tel article n'ait été spécialement désigné dans tel acte». La situation n'est toutefois que théoriquement différente, car, ayant survécu aux refontes successives depuis 1888 et n'ayant été formellement abrogé qu'en 1985¹⁷, cet article ne s'est jamais vu reconnaître de portée véritablement concrète par nos tribunaux, ni par nos légistes eux-mêmes, qui ne lui ont accordé - faut-il s'en étonner? - que la valeur d'une simple règle d'interprétation devant céder devant la volonté suffisamment exprimée du législateur.

2. Harmonie du Code civil avec les principes généraux du droit

Harmonie avec la Charte, mais harmonie aussi avec les *principes généraux du droit*. Il y a là une évidence qui, dans un premier mouvement, ne pourra que surprendre tout civiliste averti, lui qui sait, malgré les bases législatives de son système, que le Droit est plus grand que la loi, que celle-ci ne trouve force et justification que dans des traditions savantes et des valeurs éprouvées, qui sont comme les nerfs et le sang du système¹⁸; lui qui ne manquera pas non plus de remarquer, à la lecture du nouveau Code civil, combien nombreux y sont les principes généraux du droit désormais exprimés ou mieux mis en valeur et qui, autrefois, étaient laissés à l'esprit de découverte, ou de

15. «Le droit constitutionnel international», dans *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 501, à la page 505.

16. *Malgré toute disposition contraire, lorsque l'action est fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui, l'exigence de donner un avis préalable à l'exercice d'une action, ou d'intenter celle-ci dans un délai inférieur à trois ans, ne peut faire échec au délai de prescription prévu par le présent livre.*

16a S.Q. 1868, c. 7, art. 10.

17. *Loi portant abrogation de lois et dispositions législatives omises lors des refontes de 1888, 1909, 1925, 1941 et 1964*, L.Q. 1985, c. 37.

18. Cf., John E.C. BRIERLEY, «The Renewal of Quebec's Distinct Legal Culture: The New *Civil Code of Québec*», (1992) 42 *U. of T. L. J.* 484, spécialement p. 500.

redécouverte, de l'interprète. Le codificateur ne se serait-il alors qu'exprimé *ex abundanti cautela*, pour dire que le code est en harmonie avec lui-même?

Il n'y a pas lieu de le croire. Cette précaution est au contraire utile et bienvenue: à l'interprète distrait, plus encore à l'interprète oublieux des forces vives de son système et qui, *horresco referens*, serait porté à limiter l'horizon de ses songes aux caractères d'imprimerie du code, elle rappelle que *des principes généraux du droit déjà connus demeurent plus ou moins inexprimés*. Ainsi en est-il, semble-t-il, pour la maxime *Nemo plus juris* (nul ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a soi-même) dont, sauf erreur, le code ne fournit que des applications particulières, en matière de cession de créance, de subrogation ou d'hypothèque conventionnelle, par exemple. Mais cette précaution laisse aussi la porte ouverte à des principes généraux encore inconnus que, dans l'avenir, la doctrine et la jurisprudence pourraient peut-être tirer de l'esprit du nouveau Code civil ou induire de dispositions apparemment sans lien, mais procédant d'une idée commune.

3. Le Code civil, fondement des lois particulières

Harmonie du code, enfin, avec les *lois spéciales ou particulières*. Sans doute la Disposition préliminaire change-t-elle ici de vocabulaire, mais le résultat est substantiellement le même. Que dit-elle en effet? Qu'en toutes matières où il établit le droit commun, le code constitue le fondement des autres lois, qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger. La liberté du législateur par rapport au code est donc confirmée, mais, formidable économie de moyens, *le législateur est censé, sauf volonté contraire, s'en remettre, dans ses concepts, ses raisonnements, voire ses finalités, au droit commun établi par le code*¹⁹. Loin de faire de la législation générale et de la législation spéciale ou particulière des soeurs ennemies, loin de faire du droit commun et du droit d'exception des frères ennemis, la Disposition préliminaire proclame et réclame l'unité de l'oeuvre législative, sous la bannière ordonnatrice du code. Les conséquences pour la rédaction des lois, mais plus encore pour l'interprétation quotidienne des lois, devraient en être importantes.

Il faut bien comprendre en effet que le statut de la «règle»²⁰ de l'interprétation stricte des exceptions législatives n'est pas le même - et, avec la Disposition préliminaire, il l'est moins que jamais - en système de common law et en système de droit civil. *En système de common law*, c'est sans doute une règle logique, mais c'est aussi presque une *règle d'organisation politique*, et il n'est probablement pas exagéré de dire qu'elle a été ainsi effectivement perçue par les juges à certaines époques et qu'elle agit encore à ce titre sur les esprits aujourd'hui: le droit légiféré est *a priori* un élément

19. Voudrait-on la preuve que ce ne sont pas là paroles en l'air, que l'article 423 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* la fournirait aussitôt: «Dans les lois et leurs textes d'application, les notions du nouveau Code civil remplacent les notions correspondantes de l'ancien code».

20. Les guillemets s'imposent ici, car on peut imaginer facilement des exceptions qui, étant au service, tout bien examiné, d'un intérêt supérieur, doivent être pleinement appliquées: voir l'exemple donné par Gérard CORNU, *Droit civil*, 5^e éd., t. 1, *Introduction - Les personnes - Les biens*, Paris, Montchrestien, 1991, n° 416, p. 139, exemple aisément transposable, sous toutes réserves de détail, aux articles 401 et suiv. C.c.Q.

perturbateur du système, dont les assises se trouvent dans le droit jurisprudentiel. *En système de droit civil*, l'interprétation stricte des exceptions est surtout une *règle d'organisation logique de l'oeuvre législative*: il y a, dans l'ensemble de l'oeuvre législative, des règles générales et des exceptions. Sans doute retrouve-t-on, dans le code, plus de règles générales que d'exceptions; sans doute retrouve-t-on, dans la législation spéciale ou particulière, plus d'exceptions que de règles générales; *mais on ne saurait déterminer le statut interprétatif d'une règle* (et *a fortiori* «le» système d'interprétation qui lui serait prétendument applicable) d'après un critère purement formel, *selon que la règle est dans le code ou à l'extérieur du code. Le critère doit être matériel.*

Établissant le droit commun, mais ne prétendant aucunement l'épuiser, le code ne se prononce pas en effet, de façon aprioriste, sur le statut interprétatif des règles posées par le législateur, *statut qui doit être recherché dans la position fonctionnelle réelle qu'elles occupent dans l'ordonnancement législatif*. C'est la raison pour laquelle le code fournira sans doute les occasions les plus nombreuses d'interprétation dynamique; la législation spéciale ou particulière, les occasions les plus nombreuses d'interprétation stricte. Mais l'inverse se présentera aussi. Il y aura, dans le Code civil, des dispositions à interpréter étroitement: ainsi, pour reprendre un exemple magnifiquement argumenté par Pierre-Gabriel Jobin, les conditions d'exercice du droit de reprise, par le propriétaire, du logement qu'il a loué²¹; il y aura, dans la législation spéciale ou particulière, des dispositions à interpréter généreusement, comme nos juridictions supérieures d'appel n'ont pas à l'occasion manqué de le faire, pour la législation du travail par exemple²².

Céder ici aux réflexes interprétatifs conditionnés de l'opposition Code (ou droit) civil - droit (ou loi) statutaire (ce qui, en même temps qu'une hérésie de vocabulaire, est une hérésie de système²³) reviendrait à trahir l'esprit d'unité qui a présidé à l'entreprise codificatrice.

Mais il faut prendre en compte aussi l'esprit de continuité.

21. Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage de choses*, Montréal, Yvon Blais, 1989, n^{os} 339 et suiv., p. 748 et suiv., et spécialement le n^o 348, p. 760.

22. *Adam c. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 R.C.S. 683.

23. Est-il besoin de souligner qu'on cherchera en vain les expressions «droit statutaire» ou «loi statutaire» dans le nouveau Code civil, qui leur en préfère systématiquement d'autres et, notamment, l'expression «lois particulières» («special acts» dans la version anglaise : ex. art. 300).

B. Interprétation et continuité de l'oeuvre législative

L'esprit de continuité se remarque principalement à deux égards.

1. Les orientations de l'interprétation: reprise des traditions

Continuité, d'abord, en ce qui concerne les *orientations de l'interprétation*. De quoi nous parle en effet la Disposition préliminaire? De lettre, d'esprit, d'objet, de termes exprès ou implicites. Ces mots contiennent un aveu d'incomplétude (il y a de l'implicite dans le code; le codificateur n'a pas pu, n'a pas voulu tout prévoir), mais aussi une invitation à une interprétation multidimensionnelle qui est dans le droit fil de la tradition du droit civil moderne, dont on trouvera l'exposé fondateur et, à bien des égards, définitif, dans les premières pages du Discours préliminaire de Portalis²⁴.

La *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* n'est pas en reste. Elle reconduit en effet²⁵, au nouvel article 41.2 de la *Loi d'interprétation*, une disposition essentielle du *Code civil du Bas Canada*, l'article 11: «Le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi», deuxième aveu d'incomplétude, et d'imperfection, mais aussi appel à l'analogie, et à l'ingéniosité de l'interprète.

La *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* étend par ailleurs à l'ensemble législatif, dans un nouvel article 41.1 de la *Loi d'interprétation*, les règles d'interprétation des contrats des articles 1427 et 1428 C.c.Q., qui, comme l'article 11 C.c.B.C. d'ailleurs, ont leur origine dans le droit romain, si ce n'est dans la raison universelle, et dont toute une tradition civiliste reconnaissait déjà qu'ils pouvaient recevoir application, par analogie, dans le domaine de l'interprétation des lois: «*Les dispositions d'une loi s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble et qui lui donne effet*»; appel, cette fois-ci, à l'interprétation contextuelle et à ce qu'on appelle quelquefois l'effet utile²⁶ des lois.

Ainsi voit-on se dessiner, ou se redessiner, les contours d'une méthode d'interprétation à laquelle il faudra bien donner tout-à-l'heure son nom, même si ce nom, pour ce qu'on peut penser être de fort mauvaises raisons, n'est pas en odeur de sainteté.

24. On peut le trouver désormais dans un format commode: Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours et rapports sur le Code civil*, précédés de l'Essai sur l'utilité de la Codification de Frédéric Portalis, Centre de philosophie politique et juridique, URA-CNRS, Université de Caen, 1990, notamment les pages 1 à 15. «His speech, which should be compulsory reading in any course of legal education, underscores a fundamental feature of the civilian approach to interpretation: it is through the Code that one must reach beyond it»: John E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 18, 497.

25. Art. 603.

26. Expression opportunément remise à l'honneur par Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Les Éditions Yvon Blais Inc., p. 259.

2. Le fond du droit: pertinence de la jurisprudence et de la doctrine antérieures

À la continuité dans les orientations de l'interprétation, se joint une continuité quant au *fond du droit*²⁷. Cela n'est pas vraiment, ni très utilement, quantifiable, mais on peut estimer que les deux tiers peut-être, plus ou moins, des dispositions du nouveau code reprennent en substance le droit existant sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, qu'il s'agisse des dispositions législatives elles-mêmes ou de solutions jurisprudentielles ou doctrinales qui y sont rattachées.

Cela pose bien sûr la question de savoir s'il est alors permis de recourir à la jurisprudence et à la doctrine antérieures pour interpréter le nouveau code. Il n'est certes pas illégitime de penser que, le codificateur étant censé connaître le droit existant, il a entendu ne pas condamner a priori l'appareil d'interprétations qui l'environnait, et la réponse à notre question doit être assurément positive²⁸.

Une mise en garde s'impose cependant, sur laquelle on ne saurait trop insister. Toute codification véritable, comme celle devant laquelle nous sommes, produit ce qu'une voix des plus autorisées a appelé, avec un particulier bonheur, un *effet de codification*²⁹.

Effet de codification: de quoi s'agit-il? Tout simplement du fait, comme le dit la Disposition préliminaire, que «*le code est constitué d'un ensemble de règles*», que le Code est donc un tout censé cohérent dont chaque disposition, pour paraphraser un arrêt célèbre de la Cour suprême³⁰, est solidaire de l'ensemble dont elle fait partie, ou encore, comme le disaient déjà les codificateurs de 1866, d'un système dont toutes les parties sont rattachées les unes aux autres avec soin³¹. Or, et c'est pourquoi *il faut se garder de tout automatisme dans l'utilisation de la jurisprudence et de la doctrine antérieures*, il se peut qu'une disposition reproduisant apparemment une disposition ou une solution ancienne voit sa portée plus ou moins modifiée par la présence, autour d'elle, de règles

27. La «volonté ... de conserver du droit existant tout ce qu'il n'était pas nécessaire de changer» était déjà visible dans le projet de Code civil de l'O.R.C.C.: Paul-A. CRÉPEAU, *Préface*, dans Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. XXX.

28. On peut noter, d'ailleurs, qu'un éditeur annonçait déjà récemment la parution d'un Code civil du Québec annoté, comportant des références, parfois passablement anciennes, à la jurisprudence et à la doctrine antérieures.

29. Gérard CORNU, «Codification contemporaine: valeurs et langage», dans *Codification, valeurs et langage*, Actes du colloque international de droit civil comparé, Conseil de la langue française, Université McGill et Université de Montréal, 1985, p. 31, 42.

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

31. *Code civil du Bas Canada, Sixième et septième rapports et rapport complémentaire*, Québec, Desbarats, 1865, p. 263.

partiellement ou entièrement nouvelles³², par un emplacement nouveau, par un agencement nouveau³³.

Mais nous voici alors déjà parvenus à la prise en compte de l'esprit de nouveauté, qui mérite une attention toute particulière.

C. Interprétation et nouveauté de l'oeuvre législative

Outre donc, parfois, une organisation nouvelle des matières, on trouve aussi, dans le code, des dispositions, des sections, des chapitres, des titres, voire des livres, partiellement ou entièrement nouveaux, en matière de fiducie, de sûretés, de droit international privé, pour ne prendre que quelques exemples parmi les plus visibles.

Ces nouveautés placent l'interprète, en plus de l'obligation professionnelle de les apprendre, devant au moins deux tâches supplémentaires, qui vont le mettre dans la nécessité de vivre comme une sorte de printemps de l'interprétation.

1. La solution des conflits de lois dans le temps

Il convient de déterminer d'abord *la portée à donner dans le temps* à ces nouveautés. Le législateur est intervenu ici en écartant la théorie classique des droits acquis et en optant résolument, quoique sous certaines réserves, pour la théorie «moderne» de l'effet immédiat de la loi nouvelle, si l'on peut appeler moderne une théorie dont on perçoit les linéaments dans le droit romain impérial, et qui a trouvé son expression doctrinale la plus autorisée, il y a déjà plus de soixante ans, dans les premiers travaux du grand juriste français Paul Roubier³⁴.

La Loi sur l'application de la réforme du Code civil déploie ce nouveau système de droit transitoire dans un nombre considérable de dispositions de détail, mais surtout dans quelques dispositions générales et, à vrai dire, fondamentales, qui sont les seules qui retiendront ici brièvement notre attention et dont il faut à leur tour apprécier la portée et la signification.

a) Portée des nouvelles règles générales de droit transitoire

Quant à la *portée* des règles générales, la question est évidemment de savoir si ces imposantes dispositions s'appliquent seulement à la réforme du Code civil et aux

32. Ex: à la seule lecture des articles 75 et 76 C.c.Q., rien ne semble substantiellement changé aux règles gouvernant la détermination volontaire du domicile. Mais ce n'est pas si sûr, vu la «nouvelle» définition, d'ailleurs mal venue, que l'article 77 donne de la résidence et qui modifie de façon subtile, mais certaine, l'élément matériel du domicile.

33. Ex: La prohibition des testaments conjoints, énoncée à l'article 841 C.c.B.C. à propos de la forme des testaments, est désormais énoncée à l'article 704 al. 2 C.c.Q. à propos de la *nature* des testaments, ce qui modifie les données de la controverse jurisprudentielle et doctrinale concernant la qualification de cette sorte de testament en droit international privé.

34. *Le droit transitoire (conflit des lois dans le temps)*, 2^e éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960. La première édition date de 1929.

modifications corrélatives apportées par la même occasion au *Code de procédure civile* et à diverses lois particulières, ou si elles ont vocation à s'appliquer aussi aux modifications futures du Code civil et de la législation spéciale ou particulière qui est dans la mouvance du Code civil.

La position apparente du législateur à cet égard est, pour dire le moins, déconcertante, si ce n'est intellectuellement décourageante. Après qu'il a été déclaré dans les notes explicatives de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* qu'il s'agit là de principes généraux (et, en effet, certains d'entre eux, comme la non-rétroactivité des lois, sont même des principes généraux *du droit*), voici que la lettre de la disposition préliminaire (article 1^{er}) de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* semble restreindre la portée de ces principes généraux à la seule réforme actuelle du Code civil et aux modifications de la législation particulière qui en découlent immédiatement³⁵.

Il n'est pas nécessaire d'insister sur les techniques législatives élémentaires qui auraient permis de donner à des principes généraux aussi importants la place qui leur revenait, mais on se prend seulement à espérer que les tribunaux n'hésiteront pas, malgré les sérieuses réserves qu'appellent parfois ces principes, à leur conférer une portée future plus grande que celle que l'article 1^{er} de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* apparemment leur accorde et ceci pour plusieurs raisons, de texte, de contexte et de cohérence du système, dont une seule paraît à tout prendre suffisante: le Code civil est le fondement de la loi d'application, qui n'en est après tout qu'un ajout, et on ne concevrait guère que ce qu'il fonde ne soit pas applicable à ses propres modifications futures, ainsi qu'à celles des autres lois dont il est aussi le fondement.

b) Principales caractéristiques du nouveau droit transitoire

Quant à la *signification* essentielle du nouveau système de droit transitoire, elle tient en somme en trois propositions, qui correspondent aux articles 2 à 4 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*:

1° *La loi n'a pas d'effet rétroactif*, elle ne dispose que pour l'avenir; règle cardinale reprise du Code Napoléon, portée par une tradition occidentale universelle et constamment réaffirmée par nos tribunaux;

2° Étant entendu qu'en principe, la loi n'a pas d'effet rétroactif, *elle s'applique cependant immédiatement aux situations juridiques en cours au moment de sa mise en vigueur*. C'est ici que la séparation avec la théorie classique apparaît en pleine lumière: à la présomption simple de respect des droits acquis, longtemps confondue d'ailleurs, et à tort, avec la présomption de non-rétroactivité, succède une idée

35. Si, selon l'alinéa 2 de l'article 1er, «le chapitre premier pose les règles générales de droit transitoire», l'alinéa 1er déclare en effet que «les dispositions du présent titre ont pour objet de régler les conflits de lois résultant de l'entrée en vigueur du Code civil du Québec et des modifications corrélatives apportées par la présente loi».

en quelque sorte opposée, qu'on pourrait exprimer ainsi: *il n'y a pas de droits acquis à l'encontre de la loi*;

3° Néanmoins, sous certaines réserves, il n'y aura pas d'application immédiate de la loi nouvelle, en matière supplétive, aux situations contractuelles en cours. Il y a alors *survie de la loi ancienne*.

C'est ici, à vrai dire, que les choses ont failli sérieusement se gêner, et il n'est pas certain qu'elles se soient vraiment arrangées. Tenté par une vision prométhéenne de la fonction législative, enchanté par les sirènes technocratiques de la doctrine de pointe du droit transitoire européen³⁶, *le législateur avait d'abord proposé que la loi nouvelle s'appliquât indistinctement à toutes les situations juridiques en cours, y compris aux situations contractuelles*: véritable hérésie de système, puisqu'on heurtait ainsi de front l'économie même du nouveau Code civil, qui maintient les principes de la liberté contractuelle et de la force obligatoire des contrats, cette proposition traduisait en outre une incompréhension profonde du rôle du droit supplétif en droit civil codifié³⁷.

Revenu à un peu plus de civilité, *le législateur est toutefois loin d'avoir tout abandonné de ses intentions premières*. Sous réserve d'un certain nombre d'exceptions prévues par les dispositions particulières de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, l'article 4 al. 2 prévoit que la loi nouvelle s'appliquera quand même immédiatement à l'exercice des droits et à l'exécution des obligations, à leur preuve, leur transmission, leur mutation ou leur extinction. Le législateur est par ailleurs resté sur ses positions quant aux dispositions impératives de la loi: selon l'article 5, toute stipulation d'un acte juridique³⁸ contraire à de telles dispositions est privée d'effet pour l'avenir. En vérité, cela est inquiétant, non seulement parce que, malgré son langage apparemment prospectif, *cette règle générale comporte des ferments de rétroactivité en contradiction avec l'article 2*, mais parce que les lois impératives ne forment pas un ensemble homogène. Il y a des ordres publics fondamentaux, qui n'ont d'ailleurs pas forcément besoin du secours exprès de la loi, et il y a des ordres publics d'opportunité; il y a des ordres publics politiques, au sens noble du terme, et il y a des ordres publics économiques, interventionnistes, et au sein de ceux-ci, des ordres publics de protection et des ordres publics de direction, ces derniers étant parfois tributaires de fantaisies conjoncturelles³⁹.

36. Voir en particulier la thèse de Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, Paris, L.G.D.J., 1977, 267 p.

37. Cette incompréhension éclatait dans l'article 5 du projet. Et elle persistait, semble-t-il, le 2 décembre 1992: Assemblée nationale du Québec, *Journal des Débats, Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions*, 2^e session, 34^e législature, (Québec), 2 décembre 1992, C.I.-697, 2^e col., *in fine*.

38. L'empire de la loi nouvelle est en fait ici encore élargi: l'article 4 du projet ne visait, en effet, que les stipulations contractuelles.

39. Les lignes générales de la classification proposée sont empruntées à Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, Paris, P.U.F., 1962, n^o 115, p. 487.

Quoi qu'il en soit, il n'est guère douteux que le droit transitoire contractuel, en particulier, soulèvera des difficultés d'interprétation et que les tribunaux, dans des cas - frontières⁴⁰, auront à se demander ce qu'il convient de faire prévaloir: la conception un peu trop ardente que le législateur se fait de l'empire temporel et des vertus de la loi nouvelle ou la valeur que le Code civil, généralement plus modéré, attache encore à la liberté et à la stabilité des relations juridiques.

Ces considérations conduisent naturellement à la deuxième tâche qui attend l'interprète et à la question de la *méthode* selon laquelle il procédera, dans un premier temps tout au moins, à l'interprétation de cet ensemble de nouveautés, directes ou indirectes, en présence duquel le met le nouveau Code civil.

2) L'élucidation des textes: actualité de l'exégèse

Qui a peur de l'*exégèse*? La méthode exégétique est certes décriée, mais c'est parce qu'on la confond avec sa caricature; non seulement parce qu'on la confond, mais parce qu'on veut parfois la confondre⁴¹. «Méthode étroitement exégétique» (ou «méthode étroitement textuelle», c'est tout comme), c'est presque devenu un terme d'injure. Il s'agit pourtant de tout autre chose qu'une soumission aveugle au texte de la loi; il s'agit d'une méthode psychologique, qui consiste à découvrir, mais aussi à poursuivre éventuellement l'intention du codificateur⁴².

À propos de cas (cette précision est capitale), la méthode, pour reprendre trois éléments de la Disposition préliminaire, part sans doute de la lettre (et de quoi diable pourrait-on partir, quand il s'agit de dispositions encore dans leur jouvence?), mais c'est pour en approfondir l'esprit, en l'éclairant au besoin par l'objet sur lequel s'est portée l'attention du codificateur. Il faut aller en somme à la raison de la loi et rien ne s'oppose évidemment dans cette méthode à ce que l'on recoure, librement et cumulativement, au contexte, à l'analogie, aux explications de la doctrine, aux travaux préparatoires et

40. Selon l'article 1433 C.c.Q., un contrat peut avoir pour objet, principal ou accessoire, d'éteindre des obligations ou des droits réels. En cas de stipulations incomplètes, où se situe la règle? Du côté de l'article 4 al. 1 (effets du contrat, survie de la loi ancienne)? Du côté de l'article 4 al. 2 (extinction, application de la loi nouvelle)? Encore faut-il présumer, pour que la question se pose, que des stipulations même complètes échapperaient à l'emprise de l'article 4 al. 2: rien n'est moins sûr.

41. Malgré bien des précautions oratoires, cette volonté apparaît encore, récemment, chez Gérard TIMSIT, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris, P.U.F., 1986, p. 106; *Les noms de la loi*, Paris, P.U.F., 1991, p. 62 et suiv. (au moins ces écrits, au demeurant des plus brillants, ne passent-ils pas la méthode exégétique sous silence...). On pourra lire, à titre de contrepoids: Philippe RÉMY, «Éloge de l'exégèse», R.R.J. 1982-2, v. VII-13, p. 254; Gérard CORNU, *op. cit.*, note 20, n° 386 à 417, p. 130 à 139 (dix pages qui, en vérité, contiennent ce qu'il suffit à l'interprète civiliste de «savoir»).

42. *Exêgo*, étymologiquement, c'est conduire (la lettre) hors, c'est gouverner (le sens); c'est expliquer, c'est-à-dire déployer. La méthode est *active*, comme on le vérifie aussi dans d'autres disciplines que le droit: cf., Claude GEFFRÉ, «L'herméneutique chrétienne», dans *L'état des religions dans le monde*, Paris et Montréal, La Découverte, Le Cerf, Boréal, 1987, p. 449 et suiv. spécialement p. 450.

même, en cas de lacune importante, à l'équité, à condition de ne pas entendre par là le sentiment purement subjectif de la justice de l'interprète, mais la recherche attentive de ce que le législateur aurait dû, ou en tout cas, pu raisonnablement vouloir, s'il avait pu avoir présent à l'esprit le cas inattendu.

Le maniement d'un nombre aussi colossal de moyens exige de l'interprète une formidable sagacité dont on n'aura pas la prétention de vouloir ici enseigner le secret. Pas davantage ne paraît-il utile de s'étendre sur un certain nombre de mécanismes intellectuels accessoires à la méthode, qu'on affuble volontiers pompeusement du nom de règles d'interprétation, alors qu'il ne s'agit généralement que de procédés instinctifs de raisonnement.

On se contentera donc d'attirer l'attention sur quelques questions possibles, en allant des plus faciles aux plus difficiles.

a) Des définitions terminologiques inopportunes

On peut se demander d'abord quel est le poids à accorder à certaines *définitions terminologiques*, lorsque le codificateur, fort mal avisé à cet égard, a imposé un sens artificiel à certains mots. Le cas le plus patent est celui de l'article 2847 al. 2 du Code civil selon lequel la présomption légale qui concerne des faits présumés est simple, et celle qui concerne des faits réputés est absolue. Qu'est donc allé faire le codificateur dans cette galère? La difficulté est, en effet, que le codificateur ne s'en est pas toujours tenu à cette façon d'exprimer les présomptions, soit qu'il ait oublié ses propres directives, soit qu'il en ait été empêché par le mouvement naturel de la langue. *Le codificateur a donc, pour beaucoup de cas, parlé pour ne rien dire.* Mais il y a plus grave encore: dans certains cas, il s'est carrément trompé, employant le mot «préssumé» pour des présomptions susceptibles d'acquiescer un caractère irréfragable, employant le mot «réputé» pour des présomptions dont le bon sens impose qu'elles n'aient qu'un caractère simple. Il en est ainsi notamment à l'article 1632, en matière d'action paulienne (désormais appelée action en inopposabilité), qui, reproduisant la substance du *Code civil du Bas Canada*, «répute» frauduleux certains actes, rendant ainsi irréfragable une présomption qui devrait pouvoir être combattue par une preuve contraire⁴³. Il y a donc fort à parier que les tribunaux pourront être conduits à ne pas voir dans l'article 2847 al. 2 une disposition absolument contraignante, ce que confirme d'avance ironiquement le législateur lui-même qui, reconnaissant qu'effectivement il a parlé pour ne rien dire, à l'article 142 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, qualifie l'article 2847 al. 2 de «règle d'interprétation».

b) La version anglaise du Code civil

Quel est le poids à accorder à la *version anglaise du code*? Celui de la loi évidemment, car, pour chaque article du code, il n'y a pas en effet deux dispositions, l'une en français, l'autre en anglais, mais une seule disposition exprimée dans les deux

43. Sur toute la question, voir: Léo DUCHARME, «Le nouveau droit de la preuve en matières civiles selon le *Code civil du Québec*», (1992) 23 R.G.D. 5, 44 et suiv.

langues. On entend pourtant parfois des choses fort étranges à ce sujet et, notamment, que seule la version française du Code civil serait officielle. Cette opinion, ou cette croyance, se heurte à des obstacles infranchissables: l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'interprétation rigoureuse qu'en a donnée la Cour suprême du Canada en matière de langue de la législation. La méprise vient sans doute de l'article 40.1 de la *Loi d'interprétation*, qui donne préséance à la version française, en cas de divergence entre les deux versions. Mais il est clair que, si cet article devait avoir une portée absolue, il serait manifestement inconstitutionnel^{43a}. Constatons seulement que s'il est arrivé exceptionnellement à la Cour d'appel de s'en servir en passant comme argument de soutien⁴⁴, les tribunaux n'ont pas non plus hésité à l'occasion à en écarter expressément l'application, lorsque, à tort ou à raison, ils ont estimé que c'était la version anglaise qui traduisait le plus fidèlement l'intention du législateur⁴⁵.

c) Le recours aux travaux préparatoires

Il arrive aussi, pour paraphraser ce que Jacques Prévert disait d'un grand photographe⁴⁶, que ce soit à l'imparfait de l'objectif que le codificateur conjugue le verbe légiférer. Quel est alors le poids⁴⁷ à accorder aux *travaux préparatoires*? À vrai dire, celui, variable, que les tribunaux voudront bien lui accorder et qui, en toute hypothèse, ne saurait être celui d'une contre-autorité à la loi. Mais la question est bien celle de leur poids et non de leur recevabilité.

Il convient d'y insister, non seulement parce que, pour les civilistes, rien n'est plus logique, comme l'a déclaré une fois la Cour supérieure⁴⁸, que d'élucider un texte de loi par les travaux préparatoires, mais aussi parce que l'on ne mesure pas toujours à quel

43a NOTE: Depuis que cette conférence a été prononcée, la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, a abrogé (art. 64) l'article 40.1 de la *Loi d'interprétation* et confirmé (art. 1^{er}), s'il en était besoin, l'égalité valeur juridique des deux versions des textes législatifs (art. 7 nouveau de la Charte de la langue française). La version française n'a préséance, en cas de divergence, que pour les textes soustraits à l'application de l'article 133 la *Loi constitutionnelle de 1867* (art. 8 nouveau de Charte de la langue française).

44. *Gagnon c. Southam Inc.*, [1989] R.J.Q. 1145 (C.A.).

45. *Droit de la famille - 1165*, [1988] R.D.F. 160 (C.S.).

46. C'est ce même photographe (Robert Doisneau) qui, leçon de photographie, mais aussi de législation et d'interprétation, déclarait récemment familièrement, au cours d'une émission télévisée d'outre-Atlantique: «Il ne faut pas que les choses soient parfaites. Il faut qu'il y ait toujours un peu de jeu, un peu d'imperfection humaine ... Il faut un petit côté foireux, car c'est dans le foireux que l'émotion vient se nicher. Le foireux, c'est l'inattendu, c'est le pied qu'on laisse dans la porte, pour laisser entrer le hasard bienveillant, incontrôlé. La photo, c'est un des métiers où cette intrusion du hasard donne son caractère à la photographie ... Longtemps, j'ai travaillé avec un objectif trop court (on n'avait pas de téléobjectif). Des gens entraient dans le cadrage et qu'on ne souhaitait pas. Avec les années qui ont passé, c'est tous ces petits personnages dans les franges de la photo qui deviennent très intéressants».

47. Avant d'en venir peut-être, tôt ou tard, à une réactualisation ou à une invention des objectifs. Voir à ce sujet diverses contributions dans: Association internationale de méthodologie juridique, *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, travaux préparatoires et actes du congrès des 10-12 septembre 1990 à Louvain-la-Neuve, 2 vol., Bruxelles, Story-Scientia, 1990 et 1992.

48. *Commission du salaire minimum c. Université du Québec à Montréal*, [1980] C.S. 698.

point l'attitude des juridictions supérieures d'appel, spécialement de la Cour d'appel fédérale et de la Cour suprême du Canada, a évolué ces dernières années sur cette question. Les fantômes de l'arrêt *Reader's Digest* de 1961 hantent encore les esprits, alors que la règle serait plutôt aujourd'hui que les tribunaux prendront connaissance, *même d'office*, des travaux préparatoires⁴⁹. Constatons seulement, en ce qui concerne les rapports des codificateurs (qui, pour le nouveau code, prendront la forme, semble-t-il, de commentaires officiels détaillés⁵⁰, s'ajoutant aux travaux antérieurs de l'Office de révision du Code civil et les reprenant pour partie), que *dans deux arrêts successifs récents*⁵¹, la Cour suprême a encore consulté les rapports des codificateurs de 1866 et les sources qu'ils avaient citées, sans qu'il lui soit un seul instant paru nécessaire de se justifier de recourir à ce procédé. Constatons aussi, en ce qui concerne les travaux parlementaires, qu'en 1984, la Cour suprême déclarait que «*les tribunaux tiennent compte de ces documents non pas pour déterminer l'interprétation à donner aux termes employés par le législateur, mais seulement pour déterminer les buts du législateur et les maux avec lesquels il était alors aux prises*». ⁵² Il est très difficile, en droit et en fait, de comprendre pourquoi on se donnerait la peine de rechercher les buts poursuivis par le législateur, si ce n'est précisément pour interpréter les termes qu'il a employés⁵³, et pourquoi, distinction vraiment bizarre, le travail sur la lettre de la loi serait de l'interprétation, alors que le travail sur les objectifs n'en serait pas, mais le résultat est là: *les tribunaux tiendront éventuellement compte des travaux préparatoires*. Parmi ceux-ci, il en est d'ailleurs qui peuvent avoir une force objective plus considérable que d'autres: il en est ainsi, en particulier, des états successifs des textes, de l'évolution de leur rédaction au cours du processus d'élaboration parlementaire. Un seul exemple suffira: c'est la différence notable de rédaction entre l'article 1453 al. 2 du *Code civil du Québec* au stade de sa présentation, en 1990, et l'article 1457 al. 2 finalement adopté en 1991, dont la rédaction n'aurait sans doute pas déplu à René Savatier notamment⁵⁴. La rédaction de départ, qui reposait sur l'exigence d'une faute dans le manquement à un devoir, aurait pu laisser croire peut-être à une volonté de rapprochement avec la *common law* canadienne en matière de *torts*, ce qui aurait constitué une véritable régression du concept civiliste de la faute; la rédaction finale, qui assimile la faute au manquement même à un devoir, invite au contraire fortement à conclure que le codificateur n'a pas entendu, pour l'essentiel, s'écarter du droit existant.

49. Voir en particulier la formule très étudiée de l'arrêt *Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346 (C.A.), formule reprise en substance dans plusieurs arrêts subséquents de la même cour.

50. On ne devrait pas s'arrêter au fait qu'étant publiés après coup, ce sont plutôt des travaux «postparatoires». On ne peut ignorer en effet que leur élaboration a accompagné celle de la version finale du projet de Code et, en toute hypothèse, il s'agit d'une forme diminuée d'interprétation authentique, à laquelle il faut pour le moins accorder le poids d'une doctrine autorisée.

51. *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Canadian Indemnity c. Canadian Co. Johns-Manville*, [1990] 2 R.C.S. 549.

52. *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, 684.

53. Voir d'ailleurs *R. c. Mailloux*, [1989] 89 N.R. 222 (C.S.C.).

54. Cf., *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1951, t. 1, n° 4, p. 5.

d) Pertinence variable de la doctrine étrangère

Quel poids faut-il enfin accorder à la *doctrine étrangère, voire internationale*, telle qu'elle s'exprime chez ses auteurs et dans sa jurisprudence, lorsque le codificateur s'en est *manifestement inspiré*, ce qui demeure vrai au premier chef pour le droit français (vu que le nouveau Code reprend en majorité les mécanismes de l'ancien et réemprunte occasionnellement au droit français contemporain), mais ce qui est vrai aussi çà et là pour divers instruments internationaux, pour les droits dits anglo-saxons, pour les droits sud-américains, pour le droit suisse, pour le droit allemand, pour le droit italien, pour le droit hongrois et bien d'autres? Il ne semble pas que l'on soit tenu *a priori* de connaître cet océan d'autorités potentielles et encore moins de s'en rapporter systématiquement à celles-ci, comme l'aurait peut-être voulu Frederick Walton⁵⁵. Mais les plaideurs, si toutefois, dans certains cas, ils sont polyglottes et documentalistes à plein temps, ne manqueront pas d'y recourir s'ils y trouvent leur intérêt et la question de la pertinence et du poids de ces autorités se posera donc inévitablement.

On ne peut guère ici qu'énoncer *une mise en garde qui n'est pas sans analogie avec celle qui a été énoncée à propos du recours à la jurisprudence antérieure*. Ce qu'on peut et, éventuellement, ce qu'il faudra aller chercher dans la *doctrine étrangère*, ce sont des idées, des principes d'explication, des illustrations, dans le seul but d'aider à rendre justice aux volontés certaines ou présumées du codificateur. *Il ne saurait être question d'aller y chercher mécaniquement des autorités contraignantes, des solutions toutes faites, sans souci de leur harmonie avec l'économie générale du nouveau code*. Prudence et indépendance d'esprit s'imposent donc. Et la raison en est de nouveau que l'effet de codification peut modifier plus ou moins profondément des traits importants d'une institution d'inspiration étrangère. La raison en est aussi que, même certaine, la filiation avec l'institution étrangère peut n'être que *fonctionnelle* et non pas essentielle.

L'exemple de la nouvelle fiducie doit à cet égard être notamment souligné. De ce qu'elle poursuit certaines finalités semblables à celles du *trust* et de ce que sa définition rejoint intentionnellement celle de la *Convention de la Haye* relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance de 1985, manifestement conclue pour accommoder principalement, mais pas exclusivement, les systèmes de droit anglo-saxons, *on ne saurait conclure que la common law soit a priori un cadre légitime d'interprétation de la nouvelle fiducie québécoise*. Le recours interprétatif à la common law se heurte en effet, à première vue, à au moins trois obstacles de taille : la théorie retenue est celle des *patrimoines d'affectation* dont les fondements doctrinaux sont

55. Frederick Parker WALTON, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1907, p. 130 et suiv.; pour la version française voir : *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas Canada*, Introduction et traduction par Maurice TANCELIN, Toronto, Butterworths, 1980, p. 119 et s. Sa « douzième règle » d'interprétation, déjà intenable au début du siècle, comme le démontrent les multiples nuances qu'il est obligé d'y apporter et alors qu'il ne s'agissait que du droit français et du droit anglais, est encore plus intenable aujourd'hui, vu la diversification considérablement accrue des sources matérielles du nouveau Code civil et le caractère fortement « intégré » de celui-ci.

civilistes, qu'il s'agisse de la doctrine civiliste continentale ou, d'ailleurs, d'une partie de notre propre doctrine civiliste; ensuite, cette théorie ne repose pas sur la division, essentielle en *common law*, du titre en *legal* et *beneficial*; et enfin, ce n'est pas le moindre obstacle, c'est une règle d'ordre public, énoncée par l'article 2 al. 2 du nouveau Code civil, que le patrimoine peut faire l'objet de divisions ou d'affectations, mais dans la seule mesure prévue par la loi⁵⁶.

D. En guise de conclusion: pour une conception civiliste de l'autorité de la jurisprudence à venir

Au terme de ces considérations diverses, il semble que quelque chose manque encore à l'édifice. Le printemps de l'interprétation est, en effet, l'annonce de floraisons et de fructifications. Il y aura un printemps, mais il y aura un été, et cette annonce soulève une question dont il faut dire quelques mots: c'est celle du poids à accorder à la *jurisprudence à venir*.

Question délicate en vérité. Elle n'est pas de savoir si les tribunaux ont un *pouvoir créateur*. Ils l'ont à l'évidence et, à qui en douterait encore, il suffira de relire l'article 11 C.c.B.C., devenu l'article 41.2 de la *Loi d'interprétation*, par lequel le législateur permet, mais aussi ordonne, au juge de créer, en cas d'insuffisance, de silence ou d'obscurité de la loi.

La question est celle de *l'autorité* à accorder aux créations jurisprudentielles et il faut ici être également clair.

Que le *stare decisis*, au sens rigide et simpliste où on l'entend trop souvent⁵⁷, ne puisse pas exister en système de droit civil codifié, cela aussi est évident. *Le processus fondamental d'expression du droit commun y est législatif, et non jurisprudentiel; c'est le code qui établit le droit commun, ce n'est pas la jurisprudence; le code est, au système de droit civil, ce que le stare decisis est au système de common law.*

Pourtant, comme l'écrivait déjà Portalis, «chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt [...] de décisions [...] qui s'épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances

56. Sur ces obstacles, deux études récentes sont particulièrement éclairantes: Sylvio NORMAND et Jacques GOSSELIN, «La fiducie du Code civil: un sujet d'affrontement dans la communauté juridique québécoise», (1990) 31 *C. de D.* 681; Madeleine CANTIN-CUMYN, «L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-atlantique», *Recueil Dalloz Sirey*, 1992, chron. XXIII, p. 117.

57. Et c'est un paradoxe consternant qu'il soit parfois plus rigidement et plus simplistement entendu par des interprètes «civilistes» que par certains common lawyers de grande tradition: «The Law of England would be a strange science indeed if it were decided upon precedents only». (Lord Mansfield, dans l'arrêt *Jones v. Randall*, (1774), 1 Cowp. 37).

acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation»⁵⁸.

La question qui se pose alors à l'interprète civiliste est de savoir s'il se trouve devant un *vrai supplément de la législation*, dont il ne saurait s'écarter sans faire valoir de solides raisons, amenées par un approfondissement réel de la réflexion ou par la force de circonstances nouvelles. La réponse des civilistes est ici encore claire: il faut être devant une *jurisprudence constante*⁵⁹, ce qui peut s'entendre toutefois de deux façons.

Jurisprudence constante, cela peut s'entendre d'abord, comme le disait encore Portalis, «d'une suite non interrompue de décisions semblables»⁶⁰, c'est-à-dire de la *solution* constamment donnée au regard de certains faits eux-mêmes constants, la répétition étant alors, en première analyse, révélatrice d'un «sentiment ambiant du droit immédiatement identifié et révélé»⁶¹.

Mais, jurisprudence constante, cela peut s'entendre aussi, surtout bien sûr si elle émane d'une juridiction supérieure d'appel, *d'une seule décision, si elle est convaincue et convaincante*. La constance est alors une question de qualité des *motifs* et l'interprète civiliste n'accordera pas alors, dans ces motifs, autorité à n'importe quoi: par exemple, il n'accordera pas la même autorité (si même il ne leur accorde une autorité nulle) à certains motifs, hétéroclites et incertains, de l'arrêt *Daigle*⁶², qu'à certains motifs, soigneusement pesés et déployant le système de droit civil dans toutes ses virtualités, de l'arrêt *Soucisse*⁶³. Ce n'est pas n'importe quelle hirondelle judiciaire qui peut faire un printemps jurisprudentiel, encore moins un été jurisprudentiel.

Car, en toute hypothèse, c'est la raison qui doit faire autorité, et non l'autorité faire raison⁶⁴. Cela vaut pour la jurisprudence, mais cela vaut aussi, au fond, pour le législateur, dont la jurisprudence, lorsqu'elle reste dans son office de raison, est un précieux garde-fou.

La raison: la notion, comme tout ce qui est essentiel, est impalpable et, de nos jours, entourée de bien des suspensions. Par-dessus les assauts philosophiques, voyons-y seulement, en toute simplicité, cet esprit de réflexion, d'attention, de modération et de libre examen, sans lequel nous aurions peut-être un Code civil et une jurisprudence, mais point de *droit* civil.

58. *Op. cit.*, note 24, p. 8.

59. *Cf.*, Pierre-André CÔTÉ, *op. cit.*, note 26, p. 518.

60. *Op. cit.*, note 24, p. 9.

61. Frédéric ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 163 (L'ouvrage tout entier est du plus grand intérêt).

62. *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

63. *Banque Nationale c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339.

64. On ne dit ici décidément rien de bien neuf. Parmi de nombreuses déclarations intermittentes de célèbres juges d'appel à ce sujet, sans doute suffira-t-il de rappeler celles du juge Bernard Bissonnette dans l'arrêt *Bellefleur c. Lavallée*, [1957] R.L. 193, 204 (C.A.).