



International Academy of Comparative Law

---

Académie Internationale de Droit Comparé

# **LEGAL CULTURE AND LEGAL TRANSPLANTS**

## **LA CULTURE JURIDIQUE ET L'ACCULTURATION DU DROIT**

*Reports to the XVIII<sup>th</sup> International Congress of Comparative  
Law*

*Rapports au XVIII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*

Washington, D.C. 2010

Jorge A. Sánchez Cordero (ed.)

**LA CULTURE JURIDIQUE ET L'ACCULTURATION DU  
DROIT :  
LE QUEBEC**

SYLVIO NORMAND

Electronic edition of the national reports presented to the XVIIIth International congress of comparative law on the theme «Legal culture and legal transplants» prepared by the Isaidat Law Review for the *Società Italiana di Ricerca nel Diritto Comparato* (SIRD).  
Copyright by each author

Version électronique des rapports nationaux présentés au XVIIIe Congrès international de droit comparé sur le thème «La culture juridique et l'acculturation du droit», préparée par la Revue Juridique de l'Isaidat pour la *Società Italiana di Ricerca nel Diritto Comparato* (SIRD).  
Droit d'auteur : chaque auteur est titulaire de droit propres sur sa contribution.

ISSN: 2039-1323

(2011) Volume 1 –Special Issue 1, Article 23

## LA CULTURE JURIDIQUE ET L'ACCULTURATION DU DROIT : LE QUEBEC

SYLVIO NORMAND\*

Introduction. - I. Fidélité et autonomie à l'égard des modèles. - A. Perspective historique. - B. Situation actuelle. - II. La fiducie comme institution juridique spécifique. - A. Perspective historique. - B. Situation actuelle. - Conclusion.

### Introduction

Le rôle de l'acculturation dans l'élaboration de la culture juridique est une question qui, au Québec, va de soi. Le contexte particulier dans lequel a évolué le droit québécois rend incontournable la prise en compte de l'acculturation juridique. Avant de pousser plus avant la réflexion, il est essentiel de s'arrêter au sens des notions de culture et d'acculturation juridiques.

La notion de culture juridique est susceptible de plusieurs acceptions.<sup>1</sup> D'un point de vue interne, elle peut être utilisée pour référer à la pensée et à la pratique des juristes. D'un point de vue externe, elle renvoie à la perception qu'ont du droit les non-juristes. Par ailleurs, la notion peut aussi servir à décrire les spécificités nationales et locales de la pensée et de la pratique des juristes d'une communauté donnée. Le dernier sens est bien adapté à la présente étude. De manière à saisir les particularités de la culture juridique québécoise, le lecteur doit être conscient que le Québec a été la colonie de deux métropoles (France et Grande-Bretagne) qui se rattachent à des traditions juridiques distinctes (tradition civiliste et tradition de *common law*). Une fois coupée du lien colonial, la culture juridique québécoise a été considérée comme une culture périphérique, en ce qu'elle continuait à être marquée par l'influence de cultures étrangères.

La notion d'acculturation juridique est elle aussi susceptible de plusieurs sens. Elle est prise dans ce texte au sens de « toute

---

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval (Québec).

<sup>1</sup> André-Jean Arnaud et autres, « Culture juridique », dans *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 139.

greffe d'une culture sur une autre ».<sup>2</sup> Encore est-il utile de préciser la portée de l'acculturation. En effet, une institution empruntée à une tradition étrangère peut se fondre à ce point dans le système récepteur qu'elle perd ses traits caractéristiques et devient assujettie aux catégories du système récepteur (acculturation par intégration). À l'inverse, l'institution peut introduire une transformation sensible du système récepteur jusqu'à provoquer une mise à l'écart de ses catégories fondamentales (acculturation par assimilation). Entre ces deux cas de figure, l'institution peut se fondre dans le système récepteur et, en même temps, le transformer partiellement. Elle présente alors des caractères empruntés aux deux systèmes (acculturation par hybridation). Ce type d'acculturation fait particulièrement ressortir le métissage<sup>3</sup> du droit.

Le phénomène de l'acculturation juridique a attiré l'attention de quelques chercheurs québécois.<sup>4</sup> Cet intérêt s'est surtout manifesté chez les auteurs qui se sont penchés sur l'étude de la mixité du droit québécois.<sup>5</sup> Si l'étude des institutions est fréquemment considérée par ceux qui s'intéressent à l'acculturation

---

<sup>2</sup> Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 2004, p. 377. Les concepts d'acculturation par intégration et d'acculturation par assimilation sont empruntés à Nathan Wachtel, « L'acculturation », dans Jacques Le Goff et Pierre Nora (dir.), *Faire l'histoire*, tome 1, *Nouveaux problèmes*, Paris, Gallimard, 1974, pp. 124-146.

<sup>3</sup> Sur la notion de métissage sous l'angle des sciences sociales, voir : Laurier Turgeon et Anne-Hélène Kerbiriou, « Métissages, de glissements en travers de sens », dans Laurier Turgeon (dir.), *Regards croisés sur le métissage*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2002, pp. 1-20.

<sup>4</sup> Guy Lefebvre, « L'acculturation en droit des affaires québécois : le cas de la vente documentaire internationale », dans Jean-Louis Navarro et Guy Lefebvre (dir.), *L'acculturation en droit des affaires*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, pp. 242-285 ; Benoît Moore, « L'acculturation en droit de la consommation québécois », dans Jean-Louis Navarro et Guy Lefebvre (dir.), *L'acculturation en droit des affaires*, Montréal, Les éditions Thémis, 2007, pp. 295-326.

<sup>5</sup> Maurice Tancelin, « Comment un droit peut-il être mixte? », dans Frederick Parker Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, introduction et traduction par Maurice Tancelin, Toronto, Butterworths, 1980, pp. 1-33 ; Jean-Philippe Garneau, « Une culture de l'amalgame au prétoire : les avocats de Québec et l'élaboration d'un langage juridique commun au tournant des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles », *Canadian Historical Review*, 88 (2007), pp. 113-148 et André Morel, « La langue et l'acculturation juridique au Québec depuis 1760 », (1990) 24 *Revue juridique Thémis*, pp. 99-108.

juridique, d'autres aspects sont susceptibles d'être étudiés, dont le vocabulaire du droit. Ces deux aspects (institutions et vocabulaire) ont particulièrement attiré mon attention.

Quelques variables sont prises en compte tout au long de l'étude. Le droit colonial est considéré par rapport au droit métropolitain, puis par rapport au droit national. Durant une longue période, le caractère colonial du droit et de la culture juridique a été une donnée fondamentale du droit québécois. Ce droit n'acquiert un caractère de droit national qu'assez tardivement. De plus, le droit passe par au moins deux grandes phases consécutives : la première est celle du droit coutumier, la seconde, du droit codifié. Le droit coutumier évolue dans une société d'Ancien Régime, où la normativité juridique est partagée entre l'État et d'autres instances. Le droit codifié peut être vu comme l'expression de la modernité. Il est lié à la montée en puissance de l'État. La codification amène une systématisation du droit, désormais présenté sous des formules abstraites. Le courant postmoderne amène une remise en question des codes, perçus comme un mode révolu d'expression du droit.<sup>6</sup>

L'étude de la culture et de l'acculturation est proposée dans cet article suivant une perspective diachronique. Cette orientation facilite la compréhension du contexte dans lequel l'acculturation a été réalisée et les réactions qu'a parfois provoquées la réception d'un apport externe au droit québécois. Dès lors, l'historicité du droit ressort avec plus de clarté. Dans un premier temps, l'importance des modèles juridiques sera étudiée (I) ; par la suite, l'évaluation d'une institution particulière – la fiducie – sera considérée (II).

## **I- Fidélité et autonomie à l'égard des modèles**

L'histoire du droit québécois ne peut se comprendre sans un examen de la place des modèles issus du droit des métropoles que furent la France et la Grande-Bretagne. À cet égard, le droit québécois est souvent partagé. S'il montre de l'attachement aux modèles qui l'ont influencé, il manifeste aussi un esprit d'autonomie. Cette double figure se reflète dans le type

---

<sup>6</sup> Pauline Maisani et Florence Wiener, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et Société*, n° 27, 1994, p. 447.

d'acculturation qui se rencontre en droit québécois. L'étude emprunte d'abord une perspective historique (A), avant de considérer la situation actuelle qui se confond avec la recodification du droit civil (B).

#### *A- Perspective historique*

La perspective historique permet de couvrir l'évolution du droit occidental au Québec, sous le Régime français (1534-1759), sous le Régime anglais (1759-1867) et suite à la Confédération (1867 et après), qui correspond à la première codification (1866-1993). La présentation distingue le droit coutumier (1), la codification des lois civiles (2), le rôle identitaire attribué au Code civil (3), le processus qui a conduit à une marginalisation du Code (4) et, finalement, l'établissement du constat de la mixité de la culture juridique québécoise (5).

##### *1- Le droit coutumier français.*

**Le Régime français** – Le Québec a connu l'influence de modèles juridiques étrangers. Si l'on fait abstraction des autochtones qui peuplaient le territoire avant l'arrivée des européens, les premiers occidentaux à s'implanter sont les Français. Dans leurs rapports juridiques, les colons s'en remettent alors au droit coutumier. Or, ce droit se caractérise, sous l'Ancien Régime, par le pluralisme des coutumes. Il s'ensuit que plusieurs coutumes étaient susceptibles de trouver application dans la colonie. De fait, la pratique notariale fait état du recours à un certain nombre de coutumes, même si la Coutume de Paris l'emporte rapidement sur toutes les autres.<sup>7</sup> Finalement, le roi impose le recours à la *Coutume de Paris* comme seule coutume applicable dans la colonie, suivant l'article 33 de l'*Édit d'établissement de la compagnie des Indes occidentales*, rendu en mai 1664.

En plus de la coutume, le droit colonial puise à d'autres sources métropolitaines. Des ordonnances royales trouvent application en matières civiles. Ceci concerne en priorité les grandes ordonnances promulguées sous les règnes de Louis XIV et

---

<sup>7</sup> Jean-Marie Augustin, « Les premiers contrats de mariage à Montréal de 1648 à 1664, et la Coutume de Paris », (1996) 30 *Revue juridique Thémis*, pp. 1-19.

Louis XV, soit l'*Ordonnance sur la procédure civile* (1667), l'*Ordonnance sur les donations* (1731) ; l'*Ordonnance sur les testaments* (1735) ; l'*Ordonnance sur les substitutions fidéicommissaires* (1747) et l'*Ordonnance sur les biens de main morte* (1749). Le droit canonique et le droit romain constituent aussi des sources incontournables.

Une colonie aussi éloignée de sa métropole que l'est la Nouvelle-France et qui présente des singularités par rapport au royaume demande quelques ajustements par rapport au droit métropolitain. Cette transformation du droit qui conduit à une certaine acculturation est, sous son aspect le plus visible, le fait des autorités. Ainsi, à la suite de l'*Ordonnance sur la procédure civile*, l'intendant adresse des remontrances au roi. L'objectif de cette démarche est de demander de rendre inopérants certains articles de l'ordonnance que les autorités coloniales considèrent inappropriés en Nouvelle-France. Ainsi, à la suite de l'acceptation de ces remontrances, le recours à l'avocat est expressément écarté dans la colonie. Le roi ou les autorités coloniales rendent également des ordonnances propres à la colonie sur des matières civiles.<sup>8</sup> L'adaptation du droit métropolitain prend d'autres formes lorsque les notaires développent des pratiques en fonction de la spécificité de la colonie.<sup>9</sup> Ce faisant, ils s'éloignent des formules prévues dans les répertoires d'actes.

De cela, il découle que, si le droit applicable en Nouvelle-France est d'origine française, il a connu une certaine adaptation afin de tenir compte de la réalité coloniale. Il demeure toutefois que le modèle français ne subit pas de transformations importantes durant cette période, loin de là.

**La Conquête britannique** – La Conquête de la colonie française par la Grande-Bretagne a une incidence sur le droit. La Canada devient officiellement colonie britannique lors de la

---

<sup>8</sup> Publiées dans : *Arrêts et Règlements du Conseil supérieur de Québec et Ordonnances et Jugements des Intendants du Canada*, Québec, 1855, 650 p. ; *Complément des Ordonnances et jugements des Gouverneurs et Intendants du Canada, précédé des Commissions des dits Gouverneurs et Intendants et des différents officiers civils et de justice*, Québec, 1856, 776 p. et Pierre-Georges Roy, *Inventaire des Ordonnances des Intendants de la Nouvelle-France [1705-1760]*, Beauceville, 1919, 4 vol.

<sup>9</sup> Geneviève Postolec, *Le mariage dans la Coutume de Paris : normes et pratiques à Neuville aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles*, thèse de doctorat présentée à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval, Québec, 1995, *passim*.

signature du Traité de Paris, le 10 février 1763. Quelques mois plus tard, le gouvernement britannique édicte la *Proclamation royale* qui voit à l'organisation de la nouvelle colonie. Il y est notamment prévu que le droit anglais s'y applique désormais. Les administrateurs britanniques, qui désirent se faire accepter des nouveaux sujets, évitent toutefois d'imposer trop brutalement le droit anglais.

Les Canadiens acceptent mal la mise à l'écart du droit coutumier français et en demandent le rétablissement. La conjoncture leur est favorable. En effet, l'effervescence dans les colonies américaines amène les autorités britanniques à estimer préférable le retour au droit coutumier français. Ce rétablissement est fait par l'*Acte de Québec*, une loi votée par le parlement britannique, en 1774. Pour désigner ce droit dont il veut assurer le rétablissement, le parlement réfère aux « *Laws of Canada* ». <sup>10</sup> Les rédacteurs ont donc estimé cette expression plus juste qu'une mention à la Coutume de Paris. L'expression choisie laisse entendre que le droit qui s'applique dans la colonie est un droit spécifique, un droit qui aurait fait l'objet d'adaptations par rapport à ce qu'il était avant sa réception, un droit acculturé.

**La mixité du droit** – La loi qui rétablit le droit coutumier précise également que, dans le futur, ce droit pourra être modifié. Elle prévoit, par ailleurs, l'introduction de la liberté testamentaire (art. X). Des ordonnances coloniales, passées dans les années qui suivent, amènent des modifications au droit canadien. Le domaine le plus touché est, sans contredit, celui de la procédure et de la preuve. Ainsi, les règles de preuve anglaises s'appliquent aux affaires commerciales à partir de 1777 et le procès par jury est introduit en affaires civiles, en 1785. Les tribunaux obtiennent également le pouvoir de se doter de règles de pratique en 1787. Ces transformations, quoiqu'elles touchent le droit substantif de manière incidente seulement, exercent une influence importante sur la configuration du droit canadien. En effet, elles contribuent considérablement à lui conférer un caractère mixte. <sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> *The Quebec Act*, 14 George III, c. 83 (U.K.). 1774, art. VIII.

<sup>11</sup> Jean-Maurice Brisson, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Les éditions Thémis, 1986, p. 178.



Le régime de tenure des terres vient ajouter un élément de complexité dans le voisinage des traditions juridiques. Le rétablissement du droit canadien en 1774 a pour conséquence de maintenir le régime seigneurial comme mode habituel de tenure des terres. Toutefois, les Britanniques, ainsi que le permet l'*Acte de Québec*, concèdent des terres suivant un mode en libre tenure. Par la suite, on considère que le droit coutumier s'applique sur les terres assujetties au régime seigneurial et le droit anglais sur les terres en libre tenure. Par le jeu de la législation coloniale on en vient même à permettre l'application des deux systèmes juridiques sur les terres en libre tenure.<sup>12</sup> Cela conduit à un enchevêtrement des traditions juridiques.

## 2. *La codification des lois civiles*

Le projet de codification des lois civiles est à lui seul très révélateur de réactions suscitées par l'acculturation du droit. Les Canadiens y voient, en effet, le moyen de résister à la pénétration du droit anglais. Au cours des années 1830, lorsque la volonté de codifier le droit civil est évoquée, elle est présentée comme un moyen pour l'Assemblée législative du Bas-Canada de réagir au pouvoir judiciaire dominé par les Britanniques et d'entraver le recours au système du *judge-made law*.<sup>13</sup> De plus, la codification faciliterait la diffusion du droit canadien auprès des immigrants : « Codification will be the more necessary according to the different elements from which population will be composed, that is to say, of persons subject previous to their arrival to a new country to different systems of Legislation. »<sup>14</sup>

**Des modèles** – Par la suite, le projet de codification est défendu en faisant référence à des modèles étrangers sur lesquels les futurs rédacteurs du Code civil pourraient s'appuyer. Dans un article, où un auteur anonyme se fait le défenseur du projet de codification, il donne le Code Napoléon et le Code de la

---

<sup>12</sup> John E.C. Brierley, « The Co-Existence of Legal Systems in Canada : "Free and Common Socage" in Canada's "Pays de droit civil" », (1979) 20 *Cahiers de Droit*, pp. 277-287.

<sup>13</sup> Brian Young, *The Politics of Codification, The Lower Canadian Civil Code of 1866*, Toronto, The Osgoode Society for Canadian Legal History, 1994, p. 38 et 41.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 40.

Louisiane en exemple : « Le Code Napoléon, ce monument de sagesse humaine, nous offre l'avantage d'un édifice composé des éléments [sic] de notre propre droit. Le Code de la Louisiane, calqué sur le premier, a le double avantage d'avoir été préparé pour des hommes placés dans une situation analogue à la nôtre. »<sup>15</sup> L'auteur faisait sans doute référence à la présence du français et de l'anglais dans les deux États.

En 1857, l'Assemblée législative décide finalement de codifier le droit civil. Ce vaste projet est précédé d'une loi qui a pour effet d'uniformiser le droit, en rendant applicable le droit coutumier dans l'ensemble de la province du Bas-Canada.<sup>16</sup> Cette loi met fin à l'application de la *common law* sur certaines parties du territoire. La loi qui pourvoit à la codification des lois civiles identifie avec précision le modèle que les rédacteurs devront suivre : « Les dits codes [Le Code civil et le Code de procédure civile] seront rédigés sur le même plan général et contiendront, autant que cela pourra se faire convenablement, la même somme de détails sur chaque sujet, que les codes français connus sous le nom de *code civil*, *code de commerce* et *code de procédure civile*. »<sup>17</sup> Si les codes français servent de modèles, le législateur précise que les rédacteurs des codes québécois doivent s'en tenir à codifier le droit qui s'applique dans la province.<sup>18</sup> Il s'ensuit que les codes prennent inévitablement leurs distances par rapport aux modèles retenus. De surcroît, les codes seront rédigés en langue française et anglaise.<sup>19</sup>

Le *Code civil du Bas-Canada* respecte le plan général du Code civil français et il reprend fréquemment le libellé des dispositions de son modèle. Il s'en distance aussi, tantôt par attachement au droit coutumier, tantôt par une volonté de rendre le droit plus libéral. Le respect à l'égard de la Coutume de Paris se constate surtout en droit de la famille où ses dispositions n'avaient pas été

---

<sup>15</sup> Anonyme, « De la codification des lois du Canada », (1846) *Revue de législation et de jurisprudence*, pp. 337, 338.

<sup>16</sup> *Acte pour fixer la loi relativement aux terres tenues en franc et commun socage, dans le Bas-Canada*, Statuts de la province du Canada, 1857, ch. 45.

<sup>17</sup> *Acte pour pourvoir à la codification des lois civiles du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, Statuts de la province du Canada, 1857, c. 43, art. VII.

<sup>18</sup> *Ibid.*, art. IV et VI.

<sup>19</sup> *Ibid.*, art. XV.

altérées par une intervention législative du parlement. En revanche, la volonté du législateur ou des tribunaux de libéraliser le droit des obligations au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle se reflète dans le projet de code.<sup>20</sup> En définitive, des différences notables distinguent les deux codes comme l'illustre le tableau sommaire suivant :

*Différences entre le Code civil du Bas-Canada  
et le Code civil des Français*

	<b><i>Code civil du Bas-Canada 1866.</i></b>	<b><i>Code civil des Français, 1804.</i></b>
Acte de l'État civil	La tenue des registres de l'État civil revient aux ministres des différentes religions (art. 42).	La tenue des registres de l'État civil revient à des officiers purement civils.
Mariage	L'âge requis pour le mariage est maintenu à 14 ans pour les hommes et 12 ans pour les femmes (art. 115).	L'âge requis pour le mariage est établi à 18 ans pour les hommes et 15 ans pour les femmes (art 144).
Mariage	Les sommations respectueuses aux père et mère ne sont plus obligatoires (art 123).	Les enfants ayant atteint la majorité sont tenus, avant de contracter mariage, de demander conseil à leurs parents par un acte respectueux et formel (art. 151).

<sup>20</sup> Michel Morin, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 », dans H. Patrick Glenn (dir.), *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1993, p. 1-41.

Régimes matrimoniaux	Le mari peut disposer entre-vifs à titre gratuit des biens de la communauté (art 1292).	Le mari ne peut disposer entre-vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs (art. 1422).
Douaire	Conservé par l'enregistrement de l'acte de mariage (art. 2116).	Droit aboli.
Divorce	Omis dans le Code, il peut être obtenu par une loi privée.	Un titre est intitulé <i>Du divorce</i> (art. 229 s.).
Adoption	Omis dans le Code.	Un titre est intitulé <i>De l'adoption</i> (art. 343).
Puissance paternelle	Accorde au père un droit de correction modérée (art. 245).	Accorde au père le droit de faire arrêter et détenir un enfant (art. 376-384).
Corporations	Un titre est consacré aux corporations (art. 352 s.).	Non prévu dans le Code français.
Emphytéose	Inclusion dans le Code (art. 576 s.).	Omis dans le Code français.
Substitution fidéicommissaire	Inclusion dans le Code (art 925 s.).	Omis dans le Code français.
Obligations	Les rédacteurs demeurent fidèles au plan de Pothier.	Le Code distingue les obligations qui naissent des contrats de celles qui naissent d'autres causes.
Lésion entre majeurs	Non reconnue (art. 1012).	Maintenue dans certaines circonstances (art 1313).
Sociétés	Le Code traite des sociétés civiles et commerciales.	Le Code ne traite que des sociétés civiles.

Bail à cheptel	Chapitre réduit à trois articles énonçant des règles générales (art. 1698 s.).	Chapitre qui comprend 32 articles (art.1800 s.).
Gage	Le pacte comissoire est permis (art. 1971).	Non prévu dans le Code français.
Enregistrement	Titre inspiré du droit du Haut-Canada.	
Lois commerciales	Un livre est consacré aux lois commerciales (art. 2278 s.).	La matière se trouve dans un Code distinct : le Code de commerce (1807).

**Les langues du Code** – La rédaction des deux codes, ainsi que cela a été mentionné, avait notamment pour but de rendre disponibles les lois civiles, en français et en anglais. L'exercice est complexe. Pour une grande part, le droit codifié est de tradition civiliste. Aussi, le vocabulaire est-il surtout d'origine française. Il demeure que certaines parties du droit civil sont marquées par l'influence du droit anglais. Ainsi en va-t-il du vocabulaire applicable à la publicité des droits réels.<sup>21</sup>

**Le droit judiciaire** – Le droit substantif, à cause de certains emprunts aux deux traditions des métropoles, trahit une certaine mixité du droit. Cette mixité est cependant contenue. En fait, le processus même de codification, assujéti à un modèle, conduit le plus souvent à une acculturation par intégration. Il en est allé autrement en droit judiciaire. La rédaction du *Code de procédure civile* constitue un chantier plus complexe que celui du Code civil. Le système judiciaire mis sur pied à la suite de la Conquête a pris modèle sur le droit anglais. De plus, la tâche des codificateurs les a amenés à tenter de concilier des sources diverses, tantôt de tradition française (Ordonnance de 1667), tantôt de tradition anglaise (règles de pratique des tribunaux et diverses ordonnances coloniales). Au final, le projet de code présente un droit marqué par deux traditions dont on est difficilement parvenu à proposer une

---

<sup>21</sup> Sylvio Normand et Alain Hudon, « Le contrôle des hypothèques secrètes au XIX<sup>e</sup> siècle : ou la difficile conciliation de deux cultures juridiques et de deux communautés ethniques », [1990] *Recueil de droit immobilier*, pp. 169, 199-201.

synthèse rationnelle.<sup>22</sup> L'acculturation qui s'en dégage en est une, en partie, par assimilation.

Il est donc particulièrement approprié de parler du caractère mixte du droit judiciaire québécois. Dans un arrêt récent, la Cour suprême du Canada a d'ailleurs reconnu l'influence du droit anglais sur le droit judiciaire :

[...], les procès civils au Québec se déroulent dans un cadre marqué par l'influence des tribunaux de *common law*. Des traits tels le caractère contradictoire de la procédure, le rôle imparti respectivement aux avocats et aux juges, l'interrogatoire direct des témoins devant le tribunal et, aujourd'hui, l'utilisation des procédures d'examen préalable, soulignent l'importance de cet apport dans la procédure civile du Québec.<sup>23</sup>

Les auteurs qui ont traité de la mixité du droit québécois ont d'ailleurs fréquemment donné l'exemple du droit judiciaire comme l'exemple le plus significatif de ce caractère du droit québécois.<sup>24</sup>

### 3. Le Code comme élément identitaire

**L'unification du droit canadien** – À l'époque de la Première Guerre mondiale, une initiative d'avocats canadiens va provoquer une vive réaction au Québec et contribuer au développement d'un mouvement en faveur de la défense du droit civil. En effet, des juristes canadiens prennent exemple sur leurs confrères américains et décident de promouvoir l'unification du droit au Canada. Cette initiative est perçue par des juristes

---

<sup>22</sup> Jean-Maurice Brisson, *op. cit.*, note 11, pp. 117-162.

<sup>23</sup> *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, par. 33 (le juge LeBel).

<sup>24</sup> Voir notamment l'introduction rédigée par Maurice Tancelin dans l'ouvrage suivant : Frederick Parker Walton, *op. cit.*, note 5, pp. 24-25, *Idem*, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2009, pp. 486-488 et 514-515 et Jean-Claude Royer, *La preuve civile*, 4<sup>e</sup> éd. par Jean-Claude Royer et Sophie Lavallée, Cowansville, Les éditions Yvon Blais inc., 2008, pp. 22-25.

québécois comme une tentative de porter atteinte à l'intégrité du droit civil québécois. Il s'ensuit une vive réaction.<sup>25</sup>

**Un élément identitaire** – L'avocat Antonio Perrault condamne l'initiative du Barreau canadien en ces termes : « Tous les efforts de l'Association du Barreau tendent à un but unique, enlever au droit français l'emprise qu'il garde sur la province de Québec, soumettre au droit anglais le Canada entier ». <sup>26</sup> À l'occasion d'une conférence intitulée « Pour la défense de nos lois françaises », <sup>27</sup> Perrault insiste sur le caractère identitaire des codes : « Ils [le Code civil et le Code de procédure civile] constituent l'une des preuves de notre nationalité. Leurs pages montrent l'un des traits qui nous différencient des races qui habitent les huit autres provinces du Canada et donnent à notre peuple physionomie spéciale sur terre d'Amérique ». <sup>28</sup>

Le thème du droit civil comme élément identitaire va revenir régulièrement dans la littérature juridique durant l'entre-deux-guerres. <sup>29</sup> Ferdinand Roy, un avocat jouissant alors d'une grande réputation, décrit le Code civil comme une garantie de survie nationale : « C'est un monument dont nous avons les meilleures raisons possibles d'être fiers et qui, par surcroît, nous montre le chemin du salut. Il forme, avec la langue, avec la religion, la forteresse trois fois sacrée sans quoi nous ne saurions rester ce que nous sommes ». <sup>30</sup> Les auteurs qui prennent ainsi la défense du Code le conçoivent comme un héritage. Ils y voient un symbole de la nation.

---

<sup>25</sup> Sylvio Normand, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil », (1986-1987) 32 *McGill Law Journal*, pp. 559-601.

<sup>26</sup> Antonio Perrault, « L'Association du Barreau canadien », *L'Action française*, vol. VII, n° 9 (sept. 1923), pp. 147, 153.

<sup>27</sup> Antonio Perrault, *Pour la défense de nos lois françaises*, Montréal, L'Action française, 1919.

<sup>28</sup> *Id.*, pp. 22 et 23.

<sup>29</sup> Sylvio Normand, « Le Code civil et l'identité », dans Serge Lortie, Nicholas Kasirer et Jean-Guy Belley (dir.). *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Les éditions Thémis, 2005, pp. 619-666.

<sup>30</sup> Ferdinand Roy, « Notre vieux droit français », (1934) 13 *Revue du droit*, pp. 311, 314.

**Une critique de la forme** – La défense du droit civil amène également une part de critiques à l'égard du Code. Ainsi, le vocabulaire utilisé est parfois critiqué. L'emprunt de mots puisés au droit anglais et traduits en français est souvent perçu comme une faiblesse à corriger.<sup>31</sup> Ce vocabulaire teinté d'anglicismes – en droit de la publicité des droits réels notamment – est le reflet d'emprunt de certaines institutions au droit de tradition de *common law*. Il s'agit, en somme, d'une illustration de l'acculturation du droit civil québécois. La réaction à l'égard des apports autres que français conduit à nier, en partie, l'historicité du code.

Cette volonté de purifier le lexique est certes à rapprocher des campagnes ayant pour but de corriger la langue française au Québec. Ces campagnes sont particulièrement vives au début du XX<sup>e</sup> siècle. Le même phénomène se retrouve chez les défenseurs du patrimoine qui privilégient l'architecture française au détriment des apports postérieurs.<sup>32</sup>

La communauté des juristes de langue anglaise exprime aussi des griefs à l'égard de la qualité linguistique du Code civil. Ainsi, l'avocat montréalais Robert D. McGibbon souligne la déficience de la version anglaise du Code : « The English of the present Code is slovenly and the translation from the French has been badly done in many years. »<sup>33</sup>

Derrière la défense du modèle juridique français et de la mise à l'écart d'autres influences se cache une certaine représentation de la société et de ses valeurs.

#### 4. *Le processus de décodification*

Le Code civil, au cours des années qui suivent sa mise en vigueur, est reconnu comme occupant une place centrale dans l'ordre juridique québécois. Toutefois, des craintes se manifestent

---

<sup>31</sup> Louis Baudouin, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec (Droit civil, droit commercial, procédure civile)*, Paris, Dalloz, 1967. pp. 37-43. Pour une perspective critique, voir : Nicholas Kasirer, « Dire ou définir le droit ? », (1994) 28 *Revue juridique Thémis*, pp. 141, 152.

<sup>32</sup> Luc Noppen, « L'image française du Vieux-Québec », *Cap-aux-Diamants*, vol. 2, no 2 (1986), pp. 13-17.

<sup>33</sup> Robert D. McGibbon, *The Revision of the Civil Code of the Province of Quebec : An Address delivered before the Junior Bar Association of Montreal, December 4th, 1905*, Montréal ?, s.éd., 1906 ?, p. 10.



assez tôt sur son éventuelle marginalisation. Dans un premier temps, les juristes réalisent que la codification n'a pas pour effet de réduire l'importance des lois particulières. En effet, les parlementaires n'hésitent pas à voter des lois sur des matières qui devraient relever naturellement du Code. Cela conduit à en restreindre la portée et, par le fait même, à lui faire perdre sa prépondérance dans l'ordre juridique.

**Les amendements au Code** – La méthode de codification, qui avait été relativement bien maîtrisée lors de la rédaction du Code civil, semble avoir été oubliée lorsque des amendements lui sont apportés par la suite. Certains articles ajoutés au Code sont, en effet, rédigés suivant la méthode anglaise de rédaction des lois particulières. Il s'ensuit que des articles du Code adoptent un style peu en harmonie avec la tradition civiliste. Les articles consacrés à la « vente en bloc », introduits au Code en 1910, demeurent l'exemple le plus significatif à cet égard (1569a-1569e C.c.B.C.)<sup>34</sup>

La codification des lois civiles aurait dû, en toute logique, exercer une influence sur la rédaction du reste de la législation. Or, durant une longue période, le corpus législatif subira plutôt une influence marquante du style de rédaction propre aux lois anglaises.<sup>35</sup>

**L'interprétation du Code** – Un autre phénomène important se manifeste lorsqu'il s'agit d'interpréter le Code civil. Les praticiens vont souvent considérer le Code comme s'il s'agissait d'une loi particulière. Cela explique que les méthodes d'interprétation des lois particulières, propres à la tradition de *common law*, sont souvent utilisées lorsque le Code est interprété. La conséquence de cette manière de faire est de conduire à donner une interprétation restrictive aux dispositions du Code.

De surcroît, une des approches longtemps privilégiée pour interpréter une disposition du Code civil est de tenir compte de son origine. Il en découle qu'un article du Code issu du droit français est interprété en tenant compte de la tradition civiliste. De même,

---

<sup>34</sup> L'abréviation C.c.B.C. est mise pour *Code civil du Bas-Canada*.

<sup>35</sup> Pierre Issalys, « La rédaction législative et la réception de la technique française », dans H. Patrick Glenn (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 119.

un article d'origine anglaise est interprété en tenant compte du droit anglais. Cette méthode s'impose assez longuement. Frederick P. Walton, dans l'ouvrage qu'il consacre au Code et à son interprétation, fait d'ailleurs de cette approche une règle devant gouverner l'interprétation.<sup>36</sup> Cette règle avait pour effet de produire une acculturation par assimilation.

L'évolution des méthodes d'interprétation du Code conduit à abandonner une telle approche pour donner plutôt plein effet à la codification. Le juge Pigeon de la Cour suprême, dans un arrêt rendu en 1974, formule une règle qui va, par la suite, s'imposer : « Ce qui existe depuis 1867 [1866] est un code dont les dispositions sur ce sujet [les dommages-intérêts résultant du décès du conjoint, des ascendants et des descendants] doivent être interprétées en regard de l'ensemble dont il fait partie. »<sup>37</sup> Cette règle d'interprétation produit une acculturation par intégration.

##### 5. Une culture de la mixité

Même si la tradition juridique civiliste domine l'ordre juridique québécois, il demeure que la culture juridique québécoise ne saurait être comprise en considérant cette seule référence. Un observateur externe ne peut que dégager rapidement des traits de mixité.<sup>38</sup> Cette constatation découle du simple examen de la manière de concevoir les sources du droit civil. La relation entre le texte du Code et la jurisprudence est, à cet égard, révélatrice de la conception des sources. La hiérarchie qui devrait découler du processus même de codification ne va pas de soi. La jurisprudence occupe, en effet, un statut qui n'est habituellement pas le sien dans un système de droit civil. Ce phénomène est perceptible dans la doctrine et encore plus dans la pratique du droit. Ainsi, comme en témoignait un juge de la Cour d'appel, les praticiens accordent fréquemment plus de poids à la jurisprudence qu'au texte même du Code : « Bien souvent, ils [les avocats] font d'abord état des solutions jurisprudentielles données au texte, tout en ignorant, du

---

<sup>36</sup> Frederick P. Walton, *The scope and interpretation of the Civil Code of Lower Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1907, xix, 159 p.

<sup>37</sup> *Pantel c. Air Canada*, [1975] 1 Recueils de la Cour suprême du Canada 472, 478 (le juge Pigeon).

<sup>38</sup> Jean-Philippe Garneau, *loc. cit.*, note 5.

même coup, le texte lui-même, l'ensemble dans lequel il s'insère, les rapports qu'il peut avoir avec d'autres textes. »<sup>39</sup>

Non seulement la jurisprudence peut-elle avoir préséance sur le texte de la loi, elle joue également un rôle doctrinal. La forme et le contenu qu'ont adopté les jugements font que les juges ne se limitent pas à appliquer la loi, ils élaborent un discours sur le droit qui s'apparente à la doctrine.<sup>40</sup> Les auteurs se trouvent à tenter de synthétiser cette matière très dense et éprouvent de la difficulté à dégager une pensée originale et autonome à l'égard de la jurisprudence.

Cette culture de la mixité s'explique en grande partie par l'organisation des tribunaux et le rôle central reconnu au juge dans le système juridique. En cela, le droit québécois a pris modèle sur la tradition de *common law*. Il découle de ces pratiques une décodification qui prend un sens particulier. Elle a pour effet de conduire à ignorer l'existence du Code ou, à tout le moins, à ne pas lui reconnaître la place centrale qu'il devrait occuper dans un ordre juridique qui se rattache à la tradition civiliste. Il s'ensuit, et c'est peut-être là le résultat le plus visible, une recomposition de la hiérarchie des sources et une reconsidération de leur poids respectif.

### *B- Situation actuelle*

La recodification du droit civil marque la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. L'idée de réviser le Code est en soi une preuve de l'attachement à ce mode d'expression du droit. Vouloir rénover le Code, c'est aussi affirmer le maintien d'un élément caractéristique de la modernité en droit. Or, au même moment où le chantier de la recodification était en marche, le courant postmoderne critiquait le caractère abstrait et universel du droit. Certains auteurs considèrent

---

<sup>39</sup> Jean-Louis Baudouin, « Quo vadis? », (2005) 46 *Les Cahiers de Droit*, pp. 613, 622.

<sup>40</sup> Christian Atias, *Savoir des juges et savoir des juristes : mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec/Quebec Research Centre of Private & Comparative Law, 1990, 164 p. et Bjarne Melkevik, « Penser le droit québécois entre culture et positivisme : quelques considérations critiques », dans *Réflexions sur la philosophie du droit*, Québec, PUL, 2000, p. 193, 199-203.

l'ère des codes révolue : « L'axiomatisation n'étant plus possible, il faut abandonner l'idée des « codes » au sens « moderne ». <sup>41</sup> Dans ce contexte, il y a lieu de s'interroger sur le résultat de l'exercice qui a conduit à la recodification du droit civil québécois. Le Code présente une ambivalence. À certains égards, il s'inscrit dans la modernité, à d'autres il semble présenter des traits identifiés à la postmodernité comme une ouverture du Code à un dialogue avec des sources externes, un pouvoir accru accordé au juge et une grande liberté d'action reconnue à la personne sur sa vie. Par ailleurs, le nouveau Code, s'il se situe dans la tradition civiliste française, a acquis une personnalité propre. Cette double opposition fidélité / autonomie et modernité / postmodernité est présentée en considérant le processus de recodification (1) et les nouvelles orientations privilégiées par le Code (2)

### 1. La recodification du droit civil

Au Québec, au milieu des années 1950, l'Assemblée législative du Québec décide de lancer le projet de révision du Code civil. Après une genèse de plusieurs décennies, un nouveau code, intitulé *Code civil du Québec*, entre en vigueur, dans sa totalité, le 1<sup>er</sup> janvier 1994. <sup>42</sup>

**Absence de modèle et influence du droit étranger** – Le ministre de la Justice dans ses commentaires sur le Code civil précise que le nouveau code n'a pas suivi de modèle législatif. <sup>43</sup> Est-ce à dire que le Code n'est pas demeuré fidèle à la tradition civiliste française ? Certainement pas. L'affirmation du ministre est plutôt à mettre en parallèle avec l'exigence faite aux commissaires chargés de la première codification de prendre modèle sur les codes français. Or, si les rédacteurs ont pris leur distance à l'égard des modèles initiaux, ils sont demeurés fidèles au style qui caractérise

---

<sup>41</sup> André-Jean Arnaud, « De la postmodernité », dans *Entre modernité et mondialisation : cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 147, 159.

<sup>42</sup> Le texte du Code civil est disponible sur le site de l'Institut canadien d'information juridique, à l'adresse électronique suivante : [En ligne] <http://www.canlii.org/fr/>

<sup>43</sup> *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. viii.

les codes de traditions civilistes et, plus précisément, le Code civil français.

En outre, il faut ajouter que l'absence de renvoi à un modèle étranger ne se traduit pas par une fermeture au droit comparé. Bien au contraire. Le projet de codification a, en effet, laissé une large place au droit comparé ainsi que l'atteste le rapport soumis par l'Office de révision du Code civil.<sup>44</sup> Les sources étrangères ont été particulièrement sollicitées pour les livres sur le droit international privé et sur la preuve où elles se retrouvent au soutien de 84 % et 67 % des articles de ces livres.<sup>45</sup> Le pourcentage des références aux sources étrangères fléchit dans les autres livres, même s'il reste significatif dans plusieurs : les obligations (25 %), les successions (17 %), les biens (17 %), les personnes (11 %), la prescription (8 %), les priorités et les hypothèques (7 %), la publicité (7 %) et la famille (2 %).

La version finale du Code révèle l'utilisation de plusieurs sources étrangères.<sup>46</sup> L'origine des sources utilisées est variable. Ainsi que cela peut aisément être soupçonné, les sources françaises demeurent très présentes (2005-2019, 2086, 2648 C.c.Q.)<sup>47</sup> Les États de *common law* ont également fourni des sources importantes ; que l'on songe au *Personal Property Security Act* de l'Ontario<sup>48</sup> en droit des sûretés. Les instruments internationaux et transnationaux servent désormais d'appuis à des articles (1468, 1469, 1473, 2841 et 3079 C.c.Q.) De plus, plusieurs codes, projets de codes, lois ou autres instruments sont mentionnés. Ils proviennent notamment des États suivants : l'Allemagne (2918 C.c.Q.), la Hongrie (3078 C.c.Q.), la Louisiane (1569 C.c.Q.), le Mexique (1648-1650 C.c.Q.), le Royaume-Uni (2506-2529, 2531-2591 et 2594-2601 C.c.Q.) et la Suisse (2087, 2943 et 3082 C.c.Q.).

---

<sup>44</sup> Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, Éditeur officiel, 1978, 2 vol. en 3 tomes.

<sup>45</sup> H. Patrick Glenn, « Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1993, pp. 175-189.

<sup>46</sup> À cet égard, il faut consulter les *Commentaires du ministre de la Justice*, précité, note 43, *passim*.

<sup>47</sup> L'abréviation C.c.Q. est mise pour *Code civil du Québec*.

<sup>48</sup> *Personal Property Security Act*, Statutes of Ontario, 1989, c. 16.

Le rapport aux sources étrangères n'est pas le même dans l'ancien Code et le nouveau. En effet, dans le Code précédent, le renvoi des rédacteurs du projet de Code à des sources visait à établir l'état du droit en vigueur dans la province et à lui donner forme en prenant modèle sur le Code Napoléon. Dans le nouveau Code, la diversité de la provenance des sources est plus étendue que pour le Code précédent et l'absence de modèle privilégié par le législateur laisse une grande liberté aux rédacteurs. Ce traitement favorise une acculturation par intégration des sources étrangères.

Par ailleurs, l'autonomie de plus en plus affirmée du droit québécois à l'égard du modèle français explique que la doctrine française n'exerce plus l'influence qui était autrefois la sienne.<sup>49</sup> Il demeure toutefois que cette production doctrinale est encore présente, et ce, tant dans la jurisprudence que dans la doctrine québécoises.

**L'expression du droit commun** – L'acculturation par intégration qui marque le nouveau Code conduit à le considérer comme un texte autonome qui, de surcroît, domine l'ordre juridique. À cet égard, la prise en compte de la disposition préliminaire est éclairante :

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. En ces matières, il constitue

---

<sup>49</sup> Pierre-Gabriel Jobin, « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : le rapprochement et l'éloignement de deux continents », (1992) *Revue internationale de droit comparé*, pp. 381-408 et Jean Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, « Le Code civil français et les codes civils québécois », dans *Le code civil 1804-2004 : livre du bicentenaire*, Paris, Litec, 2004, p. 629, 646-650.

le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

D'emblée, par son projet de recodification, le législateur entend contrer l'éparpillement du droit et donner au Code une place centrale dans l'ordre juridique. Le second alinéa de la disposition préliminaire confirme cet objectif lorsqu'il précise que le Code civil exprime le droit commun. Le phénomène de la réduction de l'importance du droit commun dans l'ordre juridique est généralisé. Reste à voir si le droit commun pourra retrouver la place centrale qu'il occupait autrefois. Des arrêts marquants rendus depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code civil appuient ce rôle prépondérant.<sup>50</sup> Cet objectif est certainement en porte-à-faux par rapport à l'idée d'un droit postmoderne.

Par ailleurs, le premier alinéa de la disposition préliminaire montre que le Code est vu par le législateur comme un texte ouvert aux principes généraux du droit. Le renvoi aux principes généraux est de nature à étonner pour qui estime qu'un code a vocation à la complétude. En effet, il y a là un aveu que le Code ne se suffit pas à lui-même. Dans ses commentaires sur cette disposition, le ministre de la Justice précise : « Cette référence [aux principes généraux du droit] repose sur le fait que les principes généraux du droit ne sont pas tous présents dans le code mais qu'ils inspirent toutefois les dispositions du code. »<sup>51</sup>

**Le vocabulaire et les langues du Code** – Les langues du Code civil sont également révélatrices du positionnement pris à l'égard des modèles. En effet, le législateur a décidé de moderniser le vocabulaire du Code et, ce faisant, il a abandonné des mots autrefois admis qu'il considérait ne plus convenir. Ainsi « préjudice » a remplacé « dommages » (1457 C.c.Q.) Certaines de ces modifications ont eu pour effet d'éloigner le lexique québécois du lexique français. Par ailleurs, la version anglaise a fait l'objet de

---

<sup>50</sup> « Le Code civil du Québec énonce plusieurs principes directeurs du droit. Sa disposition préliminaire souligne d'ailleurs qu'il constitue le fondement des autres lois portant sur les matières auxquelles il se rapporte, bien que ces lois puissent ajouter ou déroger au Code. Il constitue donc le fondement des lois qui font appel, principalement ou accessoirement, à des notions de droit civil. » (*Doré c. Verdun (Ville)*, 1997 CanLII 315, par. 16 (C.S.C.) (le juge Gonthier).

<sup>51</sup> *Commentaires du ministre de la Justice*, précité, note 43, p. xii.

vives critiques. Les lacunes qui ont été dénoncées ont été présentées comme un manque de respect à l'égard de la communauté québécoise de langue anglaise.<sup>52</sup>

Au Québec, les réflexions sur les langues du Code ont longtemps été engagées sur la qualité de l'expression. Ceci conduisait à critiquer, sinon à bannir, les anglicismes de la version française et les gallicismes de la version anglaise. La rédaction du nouveau Code a amené des réactions de cette nature. Toutefois, une nouvelle perspective a été introduite. Elle a consisté à réagir à un certain purisme et à considérer que le vocabulaire du Code pouvait tenir davantage compte de la réalité sociologique et accepter dans le lexique des mots empruntés à la tradition de *common law*, tout en leur conférant un sens inscrit dans la tradition de droit civil.<sup>53</sup>

Le processus de recodification semblait inscrire le Code dans la continuité, la réalité est plus complexe et le Code civil, s'il s'inscrit toujours dans la tradition civiliste, a pris ses distances du Code français pour être davantage en accord avec la spécificité de la société québécoise.

## 2. De nouvelles orientations

La première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, avec la montée du droit public et la multiplication des lois particulières, avait amené une marginalisation croissante du droit civil. La recodification a été réalisée à une époque de transformation profonde du droit. Il en est résulté une redéfinition du droit civil et de sa place dans l'ordre juridique.

Au terme de l'exercice de recodification, le droit civil ne présente plus la même physionomie qui était la sienne auparavant. Quelques exemples peuvent être donnés de ces changements. Un des traits dominants de cet exercice est la pénétration d'éléments propres au droit public en droit civil. La reconnaissance des droits fondamentaux est, à cet égard, très éclairante. De plus, l'assujettissement, en principe, de l'État au droit commun accorde

---

<sup>52</sup> Pierre Legrand, « De la profonde incivilité du Code civil du Québec », (1996/36) 36 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, pp. 1-13.

<sup>53</sup> Nicholas Kasirer, « Le *real estate* existe-t-il en droit civil? », (1998) 29 *Revue générale de droit*, pp. 465-482.



une large portée au droit civil. Il s'agit là d'une singularité du droit québécois par rapport au droit civil français qui, à plusieurs égards, lui a servi de modèle. Finalement, une nouvelle culture judiciaire est en voie de formation. Ces exemples serviront à illustrer les nouvelles orientations du Code civil.

**Les droits fondamentaux** – La recodification du droit civil a été réalisée à la même époque où les législateurs québécois et canadien entendaient introduire des instruments de sauvegarde des droits fondamentaux dans le droit positif. Le Québec s'est ainsi doté d'une *Charte des droits et libertés de la personne*, en 1975.<sup>54</sup> Cette loi a comme particularité de s'appliquer autant aux rapports de droit public qu'aux rapports de droit privé. Il n'est pas inutile de rappeler que le législateur a d'abord considéré sérieusement l'hypothèse d'inclure cette charte comme composante du Code civil avant de décider de consacrer une loi particulière à cette matière. La protection des droits fondamentaux est aussi assurée par la *Charte canadienne des droits et libertés*, entrée en vigueur en 1982. Si la vocation territoriale de cette loi est plus étendue – en ce qu'elle s'applique à l'ensemble du Canada – sa portée est limitée aux seuls rapports de droit public.

Le texte de la disposition préliminaire précise que le Code civil régit les matières qui relèvent de son autorité en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne*. D'emblée, le Code se doit donc de respecter l'esprit et la lettre de la charte. Ses dispositions doivent donc reposer sur le principe de l'égalité des personnes et rejeter toute discrimination. Ce renvoi à la charte vise à donner une certaine représentation des rapports que le législateur entend privilégier entre les personnes comme le confirment les commentaires du ministre de la Justice : « La réforme permet d'harmoniser les règles du droit civil avec la *Charte des droits et libertés de la personne* et de fondre l'économie du code sur des valeurs qui ont émergé dans la société et que l'on voudrait voir se développer davantage. »<sup>55</sup>

L'harmonisation des deux textes législatifs amène à considérer le droit commun et sa formulation autrement qu'il le fut par le passé. Le nouveau Code introduit une perspective

<sup>54</sup> *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12.

<sup>55</sup> *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, précité, note 43, p. vi.

synchrétique où s'enchevêtrent la norme civiliste et la définition des droits fondamentaux. La frontière entre le droit civil et le droit public s'en trouve sensiblement atténuée.<sup>56</sup> Par ailleurs, le dialogue entre les deux textes est facilité par le fait qu'ils peuvent être mis en œuvre par le même tribunal et que les avocats n'hésitent pas à recourir aux deux textes au soutien de leur argumentation.

Les règles du droit commun ne sont donc pas exprimées dans le seul Code civil. Le droit civil nous fournit de nombreux exemples où l'application des seules dispositions du Code ne suffit pas à exprimer pleinement la règle de droit applicable à une situation donnée. Il est essentiel de considérer, en outre, les droits et libertés énoncés par la charte. Parmi plusieurs décisions judiciaires, l'arrêt *Amsalem*, rendu par la Cour suprême du Canada, est une bonne illustration de cette relation complexe entre les deux instruments.<sup>57</sup> Dans cette affaire, des Juifs avaient construit une *souccah* sur le balcon d'une copropriété. Or, la déclaration de copropriété interdisait de faire « des constructions de quelque nature que ce soit » sur les balcons. La Cour devait se prononcer sur la légalité d'une telle prohibition eu égard à la liberté de religion reconnue par la charte. La majorité de la Cour a finalement conclu à une atteinte à cette liberté fondamentale par la déclaration de copropriété.<sup>58</sup>

**La primauté de la personne** – Le Code civil – et c'est là un de ses traits distinctifs par rapport au Code de 1866 – est centré sur les personnes, ainsi que l'a rappelé le ministre de la Justice : « Il [le Code civil du Québec] met davantage en lumière que ne le faisait le Code civil du Bas Canada, la primauté accordée à la personne humaine. »<sup>59</sup> Le ministre reconnaît également que le Code

---

<sup>56</sup> Bjarne Melkevik, « Le nouveau *Code civil du Québec* et les droit de l'homme : le paradigme d'un nouveau "droit commun" », dans Bjarne Melkevik, *Considérations juridico-philosophiques*, Québec, P.U.L., 2005, pp. 103-118 et France Allard, « La *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec* : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d' "harmonie ambiguë" », dans *La charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, Montréal, Barreau du Québec, 2006, pp. 33-80.

<sup>57</sup> *Syndicat Northcrest c. Amsalem*, 2004 CSC 47 (CanLII).

<sup>58</sup> *Ibid.*, par. 79 (le juge Iacobucci).

<sup>59</sup> *Commentaires du ministre de la Justice*, précité, note 43, p. 3.

incorpore les principes sur lesquels repose la *Charte des droits et libertés de la personne*.

En plus d'établir des principes généraux applicables à la jouissance et à l'exercice des droits civils, le Code énonce des droits de la personnalité, tels le « le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée » (3 C.c.Q.) Ces droits, qualifiés par les civilistes de droits extra-patrimoniaux, reprennent des droits et des libertés reconnus par la charte. Ceci amène une redondance, que le ministre a justifiée ainsi : « La *Charte des droits et libertés de la personne* énumère les droits et libertés fondamentales de la personne. Sa vocation étant générale et les droits nombreux, il revient au Code civil de circonscrire la portée des droits fondamentaux qui sont du domaine du droit privé et qui sont intimement liés à la personnalité de l'être humain. »<sup>60</sup> Il est d'ailleurs fréquent que les tribunaux appelés à se prononcer sur une affaire donnée mettent en parallèle des dispositions tirées du Code et de la Charte.<sup>61</sup>

**L'égalité** – Une des préoccupations premières du législateur est de proclamer, en accord avec la *Charte des droits et libertés de la personne*, l'égalité entre les personnes. <sup>i</sup>

L'égalité a notamment été recherchée en droit de la famille. En cela, le nouveau Code donne une nouvelle représentation de la famille. La section sur les droits et les devoirs des époux reconnaît d'emblée ce principe : « Les époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations. » (392 C.c.Q.) Il s'ensuit un certain nombre de conséquences pour les époux. Ainsi, chaque époux conserve son nom et exerce ses droits civils en faisant usage de ce nom (393 C.c.Q.) Les époux exercent ensemble la direction morale et matérielle de la famille (394 C.c.Q.) Ils choisissent de concert le lieu de la résidence familiale (395 C.c.Q.) De cette égalité entre époux découle qu'en cas de conflit sur l'exercice de leurs droits et sur l'accomplissement de leurs devoirs, le tribunal est appelé à trancher le différend (400 C.c.Q.)

---

<sup>60</sup> *Commentaires du ministre de la Justice*, précité, note 43, p. 10.

<sup>61</sup> *Association des propriétaires de Boisés de la Beauce c. Monde forestier*, 2009 QCCA 48, par. 39-40 (la juge Thibault) (CanLII) et *Le Journal de Québec, division de Communications Québecor Inc. c. Marquis*, 2002 CanLII 41223, par. 30 (le juge Pelletier) (QC C.A.)

L'égalité entre les personnes a été la raison principale qui a amené le législateur québécois à instituer l'union civile (art. 521.1-521.19 C.c.Q.) qui devait permettre aux couples homosexuels d'obtenir une reconnaissance légale comme l'a reconnu le ministre de la Justice : « Ce projet de loi, qui représente une avancée importante dans l'égalité des droits, offrira aux couples homosexuels ainsi qu'aux couples hétérosexuels un nouveau type d'état civil : l'union civile. Ce régime permettra aux couples homosexuels de s'unir afin de pouvoir, tout comme les couples hétérosexuels, prendre un engagement solennel et officialiser leur relation. »<sup>62</sup> Cet objectif amène l'acceptation d'un certain pluralisme dans la société.

La revendication n'a pas été limitée à la seule reconnaissance de l'union entre conjoints de même sexe, l'homoparentalité a aussi été un objectif recherché par les homosexuels (hommes et femmes). Déjà, le nouveau Code semblait y donner ouverture. Il demeure que des incertitudes restaient et que le législateur est intervenu afin de lever toute ambiguïté (538-539.1 C.c.Q.)

L'égalité des enfants est également consacrée. Il n'existe donc pas de différence entre les enfants suivant qu'ils soient nés ou pas à l'intérieur du mariage : « Tous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes obligations, quelles que soient les circonstances de leur naissance. » (522 C.c.Q.) Il n'existe donc pas d'enfants légitimes ou d'enfants naturels en droit québécois. L'égalité entre les époux a conduit à reconnaître à chaque époux le droit de transmettre son nom à l'enfant (51 C.c.Q.) Il demeure que l'habitude de donner le seul nom du père prévaut toujours.

La recherche de l'égalité a toutefois des limites. En effet, le Code civil ne reconnaît pas pleinement tous les conjoints. Les conjoints en union de fait – soit ceux qui ne sont pas mariés ou unis civilement – ne jouissent pas d'une pleine reconnaissance légale. Certes, cette situation est souvent souhaitée par les conjoints eux-mêmes. Elle a cependant des conséquences lors d'une

---

<sup>62</sup>Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 36<sup>e</sup> législature, 2<sup>e</sup> session, 6 juin 2002 (intervention du ministre Paul Bégin), disponible sur Internet à l'adresse électronique suivante : <http://www.assnat.qc.ca/fra/Publications/debats/journal/ch/020606.htm>. Ces propos ont été tenus lors de l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, S.Q. 2002, c. 6.

séparation, en ce qu'un conjoint ne peut se voir octroyer une pension alimentaire. La Cour supérieure a récemment rappelé cette conséquence dans une affaire qui a fait grand bruit.<sup>63</sup> Le respect de l'autonomie des conjoints doit certes être maintenu. Cependant, il est difficile de nier la pauvreté qui afflige souvent les familles monoparentales. Aussi, il y a lieu de réfléchir à la reconnaissance d'une protection patrimoniale au conjoint de fait lors d'une séparation, notamment lorsqu'un enfant est né de cette union.<sup>64</sup>

Plusieurs éléments qui viennent d'être présentés sont vraisemblablement le reflet d'une culture postmoderne. Il y a, en effet, dans le Code, une valorisation de la personne par la reconnaissance des droits et libertés et un effort pour reconnaître à la personne une maîtrise sur sa vie et les orientations qu'elle privilégie.

**L'État et le droit commun** – Le législateur a aussi tenu à affirmer que l'État est généralement soumis aux règles du droit commun. En effet, le Code civil complète les dispositions des lois particulières qui constituent les personnes morales de droit public (300 C.c.Q.) En outre, le livre sur les obligations s'applique à l'État lorsque d'autres règles ne sont pas applicables (1376 C.c.Q.) Cet assujettissement de l'État au droit commun était reconnu avant la recodification.<sup>65</sup> L'inclusion de ces articles dans le Code le précise explicitement et ainsi évite toute incertitude. Il s'agit là d'une importante distinction du droit québécois par rapport au droit français. En accordant une telle portée au droit commun, le droit québécois prend modèle sur la tradition britannique.

**Une nouvelle culture judiciaire** – Le nouveau Code accorde des pouvoirs accrus au tribunal. Ainsi, en droit de la famille, le tribunal peut statuer lorsque les époux ne parviennent

---

<sup>63</sup> *Droit de la famille* — 091768, 2009 QCCS 3210 (CanLII). Cette affaire s'appuie sur un arrêt de la Cour suprême du Canada rendu à la suite d'un appel en provenance d'une province de *common law* : *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325

<sup>64</sup> Dominique Goubau, Ghislain Otis et David Robitaille, « La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses dommages collatéraux », (2003) *Cahiers de Droit*, pp. 3-51 et Robert Leckey, *Families in the Eyes of the Law : Contemporary Challenges and the Grip of the Past*, 14 juillet 2009 [En ligne] (<http://www.irpp.org/choices/archive/vol15no8.pdf>) 5 août 2009.

<sup>65</sup> *Laurentide motels ltd. c. Beauport (Ville)*, 1989 CanLII 81, le juge Beetz (C.S.C.)

pas à s'accorder sur l'exercice de leurs droits ou l'accomplissement de leurs obligations (400 C.c.Q.) Par ailleurs, en droit de la location, le tribunal a le pouvoir d'«imposer les conditions qu'il estime justes et raisonnables», lorsqu'il existe un désaccord entre le locateur et le locataire sur des travaux majeurs à un logement (1927 C.c.Q.) Sur cet aspect, le nouveau Code se distingue du code précédent qui limitait le pouvoir d'intervention du juge.

La formulation de plusieurs dispositions du Code civil permet, en outre, d'accorder un pouvoir d'intervention accru au tribunal. Le ministre de la Justice dans ses commentaires insiste sur la souplesse nécessaire du texte du nouveau Code : « Si le Code civil maintient, quant à certaines normes ou notions, un flou relatif, il traduit ainsi jusqu'à un certain point, les ambivalences et les intérêts diversifiés qui cohabitent dans la société. »<sup>66</sup> L'emploi fréquent de notions floues, comme la force majeure (1470 C.c.Q.), la clause abusive (1437 C.c.Q.), le préjudice sérieux (1420 C.c.Q.) ou l'intérêt général (1417 C.c.Q.), concoure à donner une certaine plasticité au Code. Il en va de même du recours à des qualificatifs tels « raisonnable » (art. 1392, 1436 et 1849), « déraisonnable » (7, 1437 et 1901 C.c.Q.), « excessive » (7, 1406 et 2629 C.c.Q.), « légitime » (2230, 2261 et 2568 C.c.Q.) ou « justes » (1927 et 1967 C.c.Q.)

Une culture judiciaire renouvelée est également apparue dans le *Code de procédure civile*. Des modifications apportées au Code ont eu pour objectif de responsabiliser davantage les parties en favorisant leur conciliation (4.3 C.p.c.) Des pouvoirs accrus ont également été accordés aux juges (4.1 C.p.c.) Finalement, le législateur a estimé nécessaire de veiller à assurer la proportionnalité des procédures entre les parties (4.2 C.p.c.) Ces changements sont, dans une large mesure, influencés par des expériences étrangères, notamment britanniques et canadiennes.<sup>67</sup> Cette transformation de la procédure civile est un renversement des manières de faire. À une culture fondée sur l'affrontement se dessine une culture qui valorise la conciliation. Une mutation de

---

<sup>66</sup> *Commentaires du ministre de la Justice*, précité, note 43, p. vii.

<sup>67</sup> Comité de révision de la procédure civile, *Une nouvelle culture judiciaire*, Rapport du Comité de révision de la procédure civile Québec, Gouvernement du Québec, 2001, pp. 32-33.

cette nature est symptomatique de l'ampleur des modifications qui marquent le droit.

## II- La fiducie comme institution juridique spécifique

Une institution remarquable à plusieurs égards pour étudier la culture juridique québécoise et le phénomène de l'acculturation est sans contredit la fiducie. L'institution présente plusieurs singularités qui la rendent attrayante. L'origine de la fiducie et les conditions de son insertion dans le système juridique ont suscité de nombreux commentaires. Son acculturation relativement complexe est un exemple de la mixité du droit québécois en ce qu'elle présente un caractère hybride (A), avant de se présenter comme un exemple d'acculturation par assimilation (B).

### *A- Perspective historique*

La fiducie a connu une évolution qui s'échelonne du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours (1). Empruntée à la tradition de *common law*, l'institution a été insérée, non sans difficulté, dans un système juridique de droit civil (2). Malgré les efforts tentés pour concilier la fiducie avec son nouvel environnement, des insatisfactions sont longtemps demeurées. Pour les uns, les concepts du droit civil peuvent s'adapter à l'institution ; pour les autres, la chose est impossible.

#### *1. L'introduction de la fiducie*

L'origine de la fiducie en droit québécois est relativement lointaine. L'intégration de cette institution typique du droit anglais s'est faite de manière empirique. Elle a, en effet, fait l'objet d'une intégration au fil des années suivant l'évolution des besoins. Même si la chose a pu donner lieu à des discussions vives, il est indéniable que le modèle initial de la fiducie québécoise est le *trust* de *common law*.

La première manifestation de la fiducie en droit québécois est en droit des libéralités. En effet, la présence de l'institution est

attentée dans des testaments de la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle.<sup>68</sup> Ces actes sont rédigés pour des testateurs qui désirent transmettre leurs biens, suivant des modalités autorisées par le *trust*. Le recours à cette institution laisse perplexe étant donné que, depuis l'*Acte de Québec*, le droit coutumier est redevenu le droit commun applicable dans la colonie. Toutefois, la même loi affirme le principe de la liberté testamentaire. De cela découlait qu'un testateur avait la liberté de se dégager des règles du droit coutumier. Partant de cette liberté, il lui était même possible de choisir de s'en remettre au *trust*. Cette pratique, si elle demeure longtemps marginale et même cantonnée à la bourgeoisie anglo-québécoise, n'en n'est pas moins attestée.

La fiducie fait donc son entrée en droit québécois en marge de la législation et même de la jurisprudence. Toutefois, lors de la codification des lois civiles, les rédacteurs du code incluent des articles qui font référence à la fiducie. Ces dispositions la tiennent limitée au droit des libéralités. Les articles en question (869 et 964 C.c.B.C.), qui permettent d'établir une fiducie pour une fin de bienveillance d'intérêt public ou général, trouvent leur source dans l'Ancien droit français.

La fiducie connaît une évolution importante alors qu'une loi, votée en 1879, permet de constituer une fiducie par donation entre vifs.<sup>69</sup> Cette loi est, par la suite, intégrée au Code civil (981a-981n C.c.B.C.) dans un chapitre intitulé *De la fiducie*, qui est compris dans le titre qui porte sur les donations entre vifs et testamentaires.

La fiducie reconnue au Code civil présente une portée limitée en ce qu'elle ne peut être constituée qu'à titre gratuit. Or, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le recours à la fiducie va devenir un rouage important pour le financement des entreprises. En effet, les sûretés traditionnelles prévues au Code civil – soit l'hypothèque immobilière (art. 2016 C.c.B.C.) et le gage sur les meubles (art. 1968 C.c.B.C.) – présentent le désavantage de ne considérer que les biens qui existent au moment de la constitution de la sûreté ou encore amènent la dépossesion du débiteur. Aussi, les entreprises, suivant un modèle développé en Grande-Bretagne, introduisent un

---

<sup>68</sup> Voir notamment le jugement suivant : *Freligh c. Seymour*, (1855) 5 Lower-Canada Reports, p. 492.

<sup>69</sup> *Acte concernant la fiducie*, S.Q. 1879, c. 29.



mode de financement fondé sur l'émission d'obligations, garanties par une charge flottante (*floating charge*).

Ce mode de financement exige un élargissement de l'assiette de l'hypothèque afin qu'elle soit étendue à des biens futurs. De plus, le rang de la sûreté doit être établi dans l'ordre de collocation. Le contrat qui constitue une telle sûreté – l'acte de fiducie ou le *trust deed* – désigne un fiduciaire appelé à représenter les intérêts des titulaires d'obligations. Le recours à ce mode de financement est régi par des lois privées<sup>70</sup> avant qu'une loi de portée générale ne soit votée.<sup>71</sup> Le législateur est préoccupé par le maintien de l'harmonie entre cette nouvelle garantie et le droit commun des sûretés. La législation est le reflet de cette préoccupation qui vise à faire en sorte que l'introduction de la charge flottante se fasse en harmonie avec la tradition civiliste et n'ait pas pour effet de provoquer une pénétration de la *common law*.

L'élargissement de la portée de la fiducie par l'intervention du législateur ne doit pas laisser croire que l'institution québécoise en est venue à présenter la configuration du *trust* de *common law*. Les tribunaux vont, à l'occasion, rappeler que le droit québécois ne connaît que les fiducies expressément permises par la loi : « La règle est [...] clairement établie : le *trust*, sauf dans les formes expressément prévues par la Législature [...] est une institution étrangère au droit québécois. »<sup>72</sup> Durant la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, des voix se font de plus en plus entendre en faveur d'une intervention du législateur afin de permettre de constituer de nouvelles fiducies notamment à des fins d'investissement.

---

<sup>70</sup> Suzanne LeBel, « Les émissions d'obligations dans le droit de la province de Québec de 1890 à nos jours », (1980) 21 *Les Cahiers de Droit*, pp. 43, 52-53. Il est à noter que la rédaction de ces lois privées revenait aux requérants, soit aux compagnies intéressées par ce mode de financement.

<sup>71</sup> *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, Lois refondues du Québec, c. P-16, art. 27 (maintenant abrogé), introduit en droit québécois par la *Loi amendant les Statuts refondus, 1909, en y insérant les articles 6119a, 6116b, 6116c et 6116d*, Statuts de Québec, 1914, c. 51.

<sup>72</sup> *Birks c. Birks*, [1980] Rapports judiciaires officiels de Québec – Cour supérieure 730, 736.

## 2. L'ascendance de la fiducie

L'introduction de la fiducie en droit québécois a posé d'importants problèmes de réception. En effet, l'emprunt d'une institution de *common law* et son intégration dans un système de droit civil allait inévitablement inscrire la fiducie dans des rapports complexes avec les catégories et les règles du droit civil.<sup>73</sup> La doctrine comme la jurisprudence ont évolué bien souvent de manière prudente, non sans toutefois introduire des solutions qui susciterent la controverse, notamment en ce qui concerne l'effet de l'ascendance anglaise sur l'institution et la nature des droits portant sur les biens transférés en fiducie.

**Ascendance anglaise et interprétation** – L'ascendance anglaise sur la fiducie québécoise est généralement reconnue par les juristes. Au début du XX<sup>e</sup> siècle, Pierre-Basile Mignault l'affirme sans ambages : « [...] il est indubitable que notre législateur s'est, en grande partie, inspiré des traditions anglaises ». <sup>74</sup> La reconnaissance de cette filiation a une conséquence sur l'interprétation de l'institution. En effet, selon une méthode d'interprétation qui a longtemps prévalu au Québec, une disposition du Code est interprétée en considérant la tradition juridique dont elle provient.<sup>75</sup> Les dispositions applicables à la fiducie doivent donc s'inspirer du droit anglais. Or, les tribunaux vont apporter une réponse nuancée. Ils optent pour une acculturation limitée. Ainsi, en se fondant sur le modèle du *trust* anglais, ils admettent la mise à l'écart de certaines règles du droit civil. En revanche, ils refusent de reconnaître que l'introduction de la fiducie a eu pour conséquence d'introduire la conception anglaise de la propriété qui aurait amené un fractionnement du droit de propriété entre le fiduciaire, titulaire du *legal title*, et le bénéficiaire, à qui reviendrait le *beneficial ownership*. Trois jugements de la Cour

---

<sup>73</sup>Le juge Beetz, en 1982, fait allusion à la difficulté d'implantation posée par la fiducie dans un contexte de droit civil : « L'introduction de la fiducie dans un système aussi intégré de droit civil allait poser des problèmes difficiles comme celui qu'il nous faut trancher et susciter les controverses les plus vives dont certaines durent encore » (*Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 2 Recueils des arrêts de la Cour suprême du Canada 250, 263).

<sup>74</sup> Pierre-Basile Mignault, *Le droit civil canadien*, tome 5, Montréal, C. Théoret, 1901, p. 154.

<sup>75</sup> Frederick Parker Walton, op. cit., note 5, pp. 119-131.

suprême – les arrêts *Laliberté*, *Curran* et *Tucker* – et les commentaires qu'ils ont suscités permettent de nous faire une idée de l'acculturation de la fiducie.

L'opinion du juge Rinfret dans l'arrêt *Laliberté c. LaRue*, rendu en 1931, est révélatrice de l'ambivalence de la Cour. L'affaire traitait d'une fiducie-sûreté constituée en vertu d'une loi particulière et non pas du Code civil. Le texte anglais de la loi, qui renvoyait aux notions de *mortgage* et de *trust deed*, pouvait laisser croire à une influence du droit anglais sur la loi québécoise. Pourtant, la Cour refuse de conclure que l'introduction en droit québécois d'une fiducie-sûreté influencée par le droit anglais a eu pour effet d'amener la réception d'une institution d'une amplitude comparable au *trust* anglais :

Le « trust », sauf dans la forme restreinte où on le trouve au chapitre de la fiducie (Code civil, livre troisième, titre deuxième, chapitre IVa), n'a jamais existé dans le système légal de la province de Québec, qui ne comprend d'ailleurs aucun mécanisme (*machinery*) pour le faire fonctionner. Il serait inconcevable que le législateur, par l'usage, non pas même du mot « trust », mais de l'appellation « trust deed », eût voulu introduire d'un seul coup le « trust » anglais avec sa complexité et ses multiples aspects si foncièrement étrangers à l'économie du droit de Québec. On ne crée pas, de façon aussi sommaire, une révolution aussi profonde.<sup>76</sup>

Le juge estime donc que la fiducie anglaise n'a pas été intégrée dans le droit québécois. De surcroît, le juge rejette clairement l'idée du fractionnement de la propriété entre le fiduciaire et le bénéficiaire : « [...] il convient peut-être de souligner que le système de droit de la province de Québec ne comporte pas la conception de la *common law* qui reconnaît le *beneficial ownership*

---

<sup>76</sup> *Laliberté c. LaRue*, [1931] Recueils des arrêts de la Cour suprême du Canada 7, p. 18 (le juge Rinfret).

dans une personne et le *legal title* dans une autre. Dans le Québec, les deux sont invariablement réunis sur la même tête. La propriété est unique. »<sup>77</sup>

Il ne faut toutefois pas conclure de cet arrêt que le recours au droit anglais est, par le fait même, vain. Le raisonnement des tribunaux est plus complexe ainsi que l'a montré l'arrêt *Curran c. Davis*,<sup>78</sup> rendu par la Cour suprême, en 1933.

Dans cette affaire, des biens avaient été transmis à une fiducie par le constituant. Celui-ci était, jusqu'à son décès, le seul bénéficiaire de la fiducie. À sa mort, des membres de sa famille devenaient bénéficiaires à leur tour. Or, le constituant, avant son décès, avait révoqué les droits de l'intimé à titre de bénéficiaire. À la suite du décès du constituant, l'intimé demandait la nullité de l'acte de révocation. Il revenait à la Cour d'établir la légalité de la révocation. Pour trancher cette question, il fallait décider si les règles gouvernant le droit des donations s'appliquaient à la fiducie. Or, le droit civil exige l'acceptation du donataire pour rendre complète une donation. Une telle acceptation n'avait pas été donnée par l'intimé. Le tribunal décida finalement de repousser l'application de règles du droit civil en décidant que l'acceptation par le fiduciaire du transfert des biens lors de la constitution de la fiducie l'avait rendu parfaite. Ce raisonnement était influencé par le droit anglais :

« Il est [...] conforme aux principes ordinaires d'interprétation, tels qu'ils sont constamment admis dans la jurisprudence des tribunaux du Québec, lorsqu'ils sont appelés à considérer la portée d'un article du code, de l'envisager en fonction de son origine et de son histoire et de chercher la solution des difficultés dans la jurisprudence où notre propre législation a pris sa source. Dans le *trust* anglais, l'acceptation du bénéficiaire n'est pas nécessaire pour la formation du contrat. Comme conséquence logique, il faudrait

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 16 (le juge Rinfret).

<sup>78</sup> *Curran c. Davis*, [1933] Recueils des arrêts de la Cour suprême du Canada 283.

décider que, dans le *trust* du Québec, cette acceptation n'est pas, non plus, exigée. »<sup>79</sup>

Par ailleurs, dans cet arrêt, la Cour s'efforce d'établir les droits des fiduciaires sur les biens transférés par le constituant. Le juge reconnaît que les fiduciaires sont propriétaires, mais que la propriété dont il s'agit est particulière : « Les « *trustees* » n'en seront cependant pas propriétaires, dans le sens absolu du mot. Les « *trustees* », bien que seuls propriétaires apparents à l'égard des tiers, n'auront ni l'*usus*, ni le *fructus*, ni l'*abusus* de la « *trust property* ». Cette « *property* » toutefois est à leur nom [...] ».<sup>80</sup> En somme, la propriété ne confère guère d'avantages au fiduciaire. Sans que la Cour le reconnaisse expressément, elle semble considérer que le fiduciaire est titulaire d'un *legal title*. Il pourrait donc y avoir fractionnement de la propriété.

La réaction à l'égard du jugement fut partagée. Certains l'ont soutenu, alors que d'autres l'ont fermement critiqué. Pierre-Basile Mignault, ancien juge de la Cour suprême, précise, dans un commentaire, que malgré la décision rendue, le droit anglais ne s'applique pas en totalité à la fiducie. Dans son esprit, le droit québécois doit simplement permettre d'atteindre la même finalité que la fiducie anglaise : « il suffit d'accepter le résultat que la loi anglaise consacre ».<sup>81</sup> Cette perspective conduit à une acculturation partielle du droit civil québécois.

Dans ce même article, Mignault identifie une limite importante à l'acculturation. Il prend, en effet, le relais du jugement de la Cour suprême et s'efforce d'en colmater les brèches. L'opinion du juge Rinfret laissait des doutes sur le fractionnement du droit de propriété. D'emblée, Mignault rappelle le lien nécessaire entre les biens d'un patrimoine et une personne. Il défend donc l'idée d'identifier le titulaire des biens transférés à la fiducie. Son exercice le conduit à examiner les titulaires possibles et à retenir le fiduciaire comme seul propriétaire potentiel. Il reconnaît toutefois, la singularité d'une propriété aussi particulière qui n'offre aucun

---

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 302 (le juge Rinfret).

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 293 (le juge Rinfret).

<sup>81</sup> Pierre-Basile Mignault, « À propos de fiducie », (1933-1934) 12 *La Revue du barreau*, pp. 73, 76.

avantage à son titulaire : « Notre fiduciaire, comme le *trustee* anglais, ne peut se servir de ce titre que pour les fins de la fiducie. Il n'en bénéficie pas personnellement, il n'en profite pas, au cas de caducité de la fiducie. En un mot, son droit de propriété est limité et restreint, ce qui, assurément, est possible, si le législateur l'a voulu. »<sup>82</sup>

Un courant opposé à cette interprétation se manifeste. Il n'accepte guère l'influence du droit anglais sur la fiducie québécoise. L'introduction de l'institution a été faite dans un environnement civiliste et la fiducie doit être assimilée au système récepteur. Ces juristes estiment qu'une acculturation, même partielle, est de nature à déstabiliser le droit civil. Ils adoptent une perspective structuraliste suivant laquelle « le système étant présumé en équilibre, remuer une partie, c'est menacer le tout d'écroulement ». <sup>83</sup> Les tenants d'une telle orientation se retrouvent tant dans la magistrature que dans la doctrine. Le juge Dorion, siégeant à la Cour d'appel dans l'affaire *Curran*, soutient même que la fiducie est une loi *sui generis* qui n'a pas été influencée par le droit anglais. Il ajoute que le législateur avait « créé un *trust* en harmonie avec nos lois ». <sup>84</sup>

Le juriste Émile Billette, qui critique l'arrêt de la Cour suprême, réduit à peu de chose l'ascendance du droit anglais sur la fiducie : « À notre sens, il ne vient d'Angleterre que l'exemple, que l'habitude de faire des *trusts*, et rien autre chose. » <sup>85</sup> De cela découle que, suivant l'auteur, la fiducie demeure assujettie aux règles applicables aux donations et aux testaments. Billette rejette également l'existence d'une propriété fiduciaire telle que l'a élaborée la Cour suprême. Le concept constituerait une preuve de la pénétration du droit anglais. Il va même jusqu'à y voir « l'importation de tout le système anglais » <sup>86</sup> dans le droit de la fiducie.

---

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>83</sup> Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 2004, p. 378.

<sup>84</sup> *Curran c. Davis*, (1932) 53 Rapports judiciaires officiels de Québec – Cour du Banc du Roi, pp. 231, 250.

<sup>85</sup> Joseph-Émile Billette, « Études de jurisprudence », (1932-1933) 11 *La Revue du droit*, pp. 38, 44.

<sup>86</sup> Joseph-Émile Billette, « La fiducie », (1933-1934) 12 *La Revue du droit*, pp. 159, 163.

Un autre jugement de la Cour suprême, l'arrêt *Royal Trust Co. c. Tucker*, va revenir sur la relation entre la fiducie et les règles régissant les donations. La question à trancher portait sur la possibilité de faire une donation entre vifs à des enfants à naître. Dans cette affaire, la constituante, Barbara Tucker, avait transmis des biens à une fiducie au bénéfice de ses enfants. Or, à l'époque de la constitution de la fiducie, Tucker n'avait pas d'enfants. Le droit civil rend impossible une telle donation. Dans sa décision, le juge Beetz fait référence aux propos de ceux qui nient l'ascendance du droit anglais sur la fiducie et conclut : « C'est là une exagération. »<sup>87</sup> Il estime donc que la fiducie québécoise a une ascendance anglaise et que l'interprète est fondé de se baser sur le droit anglais pour conclure à la légalité d'une fiducie qui confère un avantage à une personne inexistante au moment de sa constitution.<sup>88</sup> Le juge Beetz ajoute toutefois une limite à l'acculturation : « Le droit anglais n'est donc pertinent que dans la mesure de sa compatibilité avec les art. 981a et suivants du *Code civil*. »<sup>89</sup>

Le problème épineux de la propriété a également été considéré dans cette affaire. Le juge Beetz précise que le dédoublement de la propriété est une « notion étrangère au droit québécois ». <sup>90</sup> Il se fonde, par ailleurs, sur le raisonnement de Mignault, ce qui le conduit à convenir de la singularité de la propriété reconnue au fiduciaire. « Sans doute ne s'agit-il pas du droit de propriété traditionnel puisque, par exemple, il est temporaire et ne comporte pas de *fructus*. C'est un droit de propriété *sui generis*, dont le législateur a implicitement mais nécessairement voulu la création lorsqu'il a introduit la fiducie en droit civil. »<sup>91</sup>

L'idée d'une propriété « *sui generis* » a fait l'objet de vives critiques. Malgré les affirmations selon lesquelles la conception anglaise de la propriété n'a pas été introduite en droit québécois,

---

<sup>87</sup> *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 2 Recueils des arrêts de la Cour suprême du Canada, pp. 250, 261 (le juge Beetz).

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 275.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 261 (le juge Beetz).

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 261 (le juge Beetz).

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 273 (le juge Beetz).

des critiques y ont vu l'introduction d'une conception étrangère au droit civil :

le concept proposé d'un droit de propriété *sui generis* nous semble avoir beaucoup plus d'affinités avec ces catégories anglaises [le *legal title* et le *beneficial ownership*] qu'il n'en a avec celles de droit civil. En droit anglais, on donne au *trustee* la qualité de propriétaire légal des biens du *trust*. Cette qualité se conçoit dans ce système, elle est dépourvue de sens en droit civil.<sup>92</sup>

Dans la logique des jugements *Curran* et *Tucker*, le professeur François Frenette délimitait ainsi l'apport du droit anglais dans la fiducie québécoise : « C'est la notion, l'idée véhiculée par le *trust* en droit anglais et non pas l'institution même de *trust* suivant les principes de fonctionnement de la *common law*, qui a été intégrée en notre droit. »<sup>93</sup> De cela découle une certaine acculturation. En revanche, la professeure Cantin Cumyn défendait une fiducie respectueuse des règles du droit civil<sup>94</sup>.

**Une évaluation contraste** – Le regard rétrospectif posé sur l'intégration de la fiducie en droit québécois est tantôt favorable, tantôt sévère. Un premier courant, généralement proche du monde de la pratique, reconnaît un certain métissage de la fiducie. Un commentateur a d'ailleurs estimé que le droit québécois était parvenu à une acculturation réussie de la fiducie :

L'arrêt *Tucker* constitue, à notre avis, une décision remarquable sur le plan de la politique juridique. Il permet en effet de donner une portée pratique importante au mécanisme de la fiducie en ne la soumettant

---

<sup>92</sup> Madeleine Cantin Cumyn, « La propriété fiduciaire : mythe ou réalité », (1984) 15 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, p. 7, 14.

<sup>93</sup> François Frenette, « La propriété fiduciaire », (1985) 26 *Les Cahiers de droit*, pp. 727, 728.

<sup>94</sup> Madeleine Cantin Cumyn, *loc. cit.*, note 92, p. 17.



pas aux règles techniques du Code civil conçues pour les donations entre vifs *stricto sensu*. Il illustre en outre la possibilité pour le droit civil d'emprunter une institution étrangère, de la « naturaliser », de lui confier une place à l'intérieur d'un système intégré sans pour autant, soit heurter les règles civilistes fondamentales, sans recourir exclusivement au droit étranger pour comprendre et interpréter l'institution, évitant ainsi sa marginalisation.<sup>95</sup>

Le second courant privilégie l'effet de codification et estime l'intégration de la fiducie plus ou moins réussie. Ainsi, la professeure Cantin Cumyn juge que « [l]a greffe de la fiducie québécoise a, selon nous, été un demi-succès. »<sup>96</sup>

#### *B- Situation actuelle*

À la faveur de la recodification, l'insertion harmonieuse de la fiducie est devenue un objectif prioritaire. L'exercice exige un réaménagement majeur de la dogmatique qui conduit à une reconsidération de l'idée de patrimoine (1). Le réaménagement amène une acculturation de la fiducie par intégration (2).

##### *1. Le patrimoine d'affectation comme fondement de la fiducie*

La recodification du droit civil québécois a notamment eu comme objectif de remettre le Code civil au centre de l'ordre juridique. Une telle finalité devait conduire à intégrer au Code civil des institutions qui avaient évolué complètement ou partiellement en marge de ce Code. La fiducie constitue un des meilleurs exemples des défis posés par un tel exercice.

**Une perspective globale** – Jusqu'à la recodification, les fiducies constituées par testament et par donation étaient intégrées au Code civil. Des lois particulières régissaient d'autres fiducies,

---

<sup>95</sup> Jean-Louis Baudouin, « Chronique de droit civil québécois : session 1981-82 », (1983) 5 *The Supreme Court Law Review*, pp. 203, 209.

<sup>96</sup> Madeleine Cantin Cumyn, *loc. cit.*, note 92, p. 10.

notamment celles créées pour des fins de garanties. Par ailleurs, certaines fiducies ne pouvaient être constituées en droit québécois ainsi que l'avait reconnu la jurisprudence. La recodification a permis de regrouper au Code l'ensemble des fiducies et d'unifier le droit qui leur est applicable.

Le législateur a intégré la fiducie dans le livre des biens. Cette solution était en accord avec le droit antérieur. Elle s'inscrivait également dans le sillage du droit anglais. Par ailleurs, elle se distinguait du choix fait par d'autres États de tradition civiliste – tels le Luxembourg et la France – qui ont plutôt décidé de rattacher la matière au droit des obligations.

**Une intégration complexe** – La fiducie constitue certainement une des institutions qui posait les plus grands défis d'intégration au Code civil. L'Office de révision du Code civil reconnaissait d'emblée ce défi particulier : « Vouloir admettre dans un contexte de droit civil une institution aussi intimement liée à l'évolution même du droit anglais n'est pas sans présenter de nombreuses difficultés dont le nœud réside dans la notion même que chaque système juridique se fait du droit de propriété. »<sup>97</sup>

La difficulté la plus importante concernait la qualification de la fiducie. Plusieurs hypothèses ont été considérées. La première était certes de s'en remettre aux solutions déjà sanctionnées par les tribunaux, notamment par les arrêts *Curran* et *Tucker*. Les critiques véhiculées par la doctrine avaient miné la notion de « propriété fiduciaire ». Aussi, d'autres hypothèses furent avancées. La qualification de personne morale a été soumise. Elle fut jugée peu appropriée par les praticiens qui l'estimaient peu en accord avec le *trust* de tradition anglaise. Finalement, l'idée de considérer la fiducie comme un patrimoine d'affectation a été retenue.<sup>98</sup>

**Le patrimoine d'affectation** – L'idée de qualifier la fiducie de patrimoine d'affectation était empruntée au comparatiste

---

<sup>97</sup> Office de révision du Code civil, précité, note 44, *Commentaires*, vol. II, tome 1, p. 379.

<sup>98</sup> John E.C. Brierley, « Editor's Post Scriptum », (1979-1980) 25 *McGill Law Journal*, pp. 440-444. Cet article complète un article posthume du professeur Yves Caron : « The trust in Quebec », (1979-1980) 25 *McGill Law Journal*, pp. 421-440.

français Pierre Lepaulle.<sup>99</sup> Ce choix avait pour effet de rendre inappropriée la notion de « propriété fiduciaire » telle qu'elle avait été développée par les arrêts *Curran* et *Tucker*. Le ministre de la Justice dans ses commentaires insiste sur les avantages qu'offre cette solution pour parvenir à une meilleure harmonisation de la fiducie avec la tradition de droit civil :

[...] en reliant les institutions de la fondation et de la fiducie à la théorie du patrimoine d'affectation, le code vise à mettre fin à la controverse quant au sort du droit de propriété des biens qui en sont l'objet. Cette théorie, dont le droit antérieur comportait déjà certaines illustrations et qui admet essentiellement l'existence de patrimoines sans propriétaire, constitue une solution qui s'harmonise avec les principes du droit civil, tout en laissant intact le fonctionnement de ces deux institutions.<sup>100</sup>

La solution a été perçue avec bienveillance, notamment par ceux qui avaient émis de vives critiques à l'égard de la jurisprudence de la Cour suprême sur la « propriété fiduciaire ». Le professeur John Brierley y a vu un moyen d'introduire un *trust* « civilisé » soit une institution en accord avec une pensée juridique civiliste.<sup>101</sup> Le professeur Brierley insistait d'ailleurs sur l'effet global de cette

---

<sup>99</sup> Pierre Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau, 1932, pp. 23-40. La notion de patrimoine d'affectation n'a cependant pas nécessairement été bien accueillie par la doctrine : « [...] il semble évident que l'idée de patrimoine d'affectation ne correspond pas à la conception que les Anglo-saxons se font eux-mêmes du Trust, il est tout aussi certain que l'adaptation de cette idée au droit français rencontrerait des difficultés insurmontables » (Henri Motulsky, « De l'impossibilité juridique de constituer un " Trust " anglo-saxon sous l'empire de la loi française », (1948) 37 *Revue critique de droit international privé*, pp. 451, 461).

<sup>100</sup> *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, précité, note 43, pp. 741-742.

<sup>101</sup> John Brierley, « Titre sixième. De certains patrimoines d'affectation. Les articles 1256-1298 », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires (dir.), *La réforme du Code civil*, Québec, P.U.L., 1993, tome 1, p. 743.

orientation qui établit une coupure entre la fiducie et le droit anglais :

[...] dans l'intention probable du législateur, l'institution de la fiducie serait dorénavant autonome, indépendante des sources du droit anglais qui sont, d'après la jurisprudence de la Cour suprême, admises comme sources supplétives dans le droit contemporain. Il n'est pas normal, dirait-on, que le droit anglais joue, même en cette matière, le rôle d'un droit commun ou supplétif même implicite.

La qualification de la fiducie comme patrimoine d'affectation n'a pas suffi à écarter les craintes d'une survivance de la jurisprudence de la Cour suprême. Aussi, un article prévoit-il que le patrimoine fiduciaire est dépourvu de titulaire : « Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel. » (1261 C.c.Q.) Ce libellé visait carrément à nier l'existence d'une propriété fiduciaire par trop singulière, ainsi que le ministre de la Justice l'a rappelé : « Il [l'article 1261] laisse intact le droit de propriété traditionnel, qui est désormais compris dans le patrimoine fiduciaire avec tous ses attributs. »<sup>102</sup> La solution avait pour objectif de résoudre le problème posé par la reconnaissance d'une propriété dépourvue d'avantages pour son titulaire.

## *2. Une acculturation par intégration à la faveur de la recodification du droit civil.*

Les changements apportés au droit à la suite de la recodification ont modifié le type d'acculturation qui découlait de l'introduction de la fiducie. Le but de l'exercice visait, ainsi que cela a été énoncé plus haut, à éliminer toute trace d'une acculturation

---

<sup>102</sup> *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, précité, note 43, p. 749.

par hybridation. Désormais, l'acculturation en est une par intégration. La fiducie est fondue dans la tradition civiliste. Elle n'a plus besoin pour être comprise d'être examinée à la lumière des institutions du droit anglais. L'exercice accroît la rationalité du Code civil. D'un point de vue historique cependant la solution a pour effet de nier l'historicité de la fiducie québécoise. L'idée d'une « propriété fiduciaire » est évacuée. Le métissage disparaît avec la décolonisation de la fiducie<sup>103</sup> qui évolue désormais à l'écart du droit anglais.

**Accroître le champ d'application** – Les artisans de la recodification ne cherchèrent pas seulement à civiliser le *trust*, ils visèrent aussi à accroître le champ d'application de l'institution. En effet, la jurisprudence avait révélé l'impossibilité de créer certaines fiducies en vertu du droit québécois. Conscient de ces obstacles, l'Office de révision du Code civil introduit des propositions qui conduisent à un élargissement du champ de la fiducie : « Le titre *De la fiducie* modifie le droit actuel en élargissant considérablement le champ d'application de la fiducie. L'usage limité que l'on peut faire, à l'heure actuelle, du mécanisme de la fiducie est, en effet, source de frustrations nombreuses particulièrement dans le monde des affaires. »<sup>104</sup> La recodification a permis de reconnaître la fiducie constituée à titre onéreux ou pour une fin strictement privée (1266-1270 C.c.Q.)<sup>105</sup> Au final, comme l'a énoncé le ministre de la Justice, l'exercice cherchait « à accorder aux Québécois des outils de financement ou d'investissement équivalents à ceux dont disposent couramment nos voisins des autres provinces ou des États-Unis ». <sup>106</sup>

**Une systématisation** – La systématisation propre au Code exigeait de proposer un aménagement rationnel de l'ensemble des

---

<sup>103</sup> Sur le poids du métissage dans les sociétés colonisées, voir : Laurier Turgeon et Anne-Hélène Kerbirou, *loc. cit.*, note 3, pp. 16-17.

<sup>104</sup> Office de révision du Code civil, précité, note 44, *Commentaires*, vol. II, tome 1, p. 379.

<sup>105</sup> Charlaïne Bouchard, « L'exploitation d'une entreprise par une fiducie : une alternative intéressante ? », (2000) *La Revue du Notariat*, pp. 87-114.

<sup>106</sup> Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 34<sup>e</sup> législature, 1<sup>re</sup> session, vol. 31 - n<sup>o</sup> 133 (4 juin 1991), [En ligne]

<http://www.assnat.qc.ca/archives-34leg1se/fra/Publications/debats/journal/CH/910604.htm> (25 juillet 2007).

fiducies. Le droit anglais pouvait certes servir de modèle. Il a notamment inspiré les rédacteurs en fournissant des exemples-types de fiducies. Toutefois, le législateur a retenu une classification fondée sur la finalité des fiducies plutôt que suivant leur mode de constitution comme cela est usuel dans la tradition de *common law*.<sup>107</sup> En droit québécois, les fiducies sont classées en trois catégories : les fiducies à des fins personnelles (1267 C.c.Q.), les fiducies à des fins d'utilité privée (1268-1269 C.c.Q.) et les fiducies d'utilité sociale (1270 C.c.Q.)

Malgré l'objectif initial, soit d'éliminer les embûches à la constitution de certaines fiducies au Québec, des distinctions demeurent par rapport au *trust* de *common law*. Le législateur québécois interdit expressément les fiducies judiciaires,<sup>108</sup> sauf lorsque la loi l'y autorise (1262 C.c.Q.) Aussi, est-il impossible d'établir des fiducies implicites. Le Code interdit d'ailleurs expressément les fiducies judiciaires, sauf lorsque la loi l'y autorise (1262 C.c.Q.) Le pouvoir limité du juge dans la tradition de droit civil explique cette interdiction. Il s'agit là d'une différence notable par rapport à la tradition de *common law*.<sup>109</sup> Par ailleurs, certaines fiducies québécoises présentent une portée plus large que leur équivalent en *common law*. Il en va ainsi des fiducies d'utilité sociale qui peuvent présenter une portée plus étendue que les fiducies caritatives (*charitable trusts*).<sup>110</sup> De même, les fiducies d'utilité privée (les fiducies commerciales, les fiducies constituées pour procurer un avantage indirect à une personne ou à un groupe, les fiducies où aucune personne physique ou morale n'est bénéficiaire) couvrent

---

<sup>107</sup> Aline Grenon, « La fiducie », dans Aline Grenon et Louise Bélanger-Hardy (dir.), *Éléments de common law canadienne – comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Carswell, 2008, p. 199.

<sup>108</sup> « Contrairement au *trust* anglais, la fiducie québécoise doit obligatoirement être expresse, c'est-à-dire résulter de la volonté clairement exprimée de la part du constituant de créer une fiducie et, de la part du fiduciaire, de l'accepter. Elle ne peut non plus découler d'une déclaration unilatérale, ce qui est admis en *common law*. » *Plachcinski (Faillite de)*, 2002 CanLII 539, par. 40 (QC C.S.)

<sup>109</sup> Basil D. Stapleton, « Codification of Trust Law : Who Needs it ? » dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, Cowansville, Les éditions Yvon Blais inc., 1992, pp. 73, 87-88.

<sup>110</sup> **Aline Grenon, *loc. cit.*, note 107, p. 212.**

un champ plus étendu que les fiducies finalitaires non caritatives (*non-charitable purpose trusts*).<sup>111</sup>

Les efforts du législateur ont eu pour but de faire de la fiducie québécoise une institution intégrée dans un système civiliste. Il en découle que le recours à la *common law* devient inutile pour la compréhension de la fiducie. Est-ce à dire que la fiducie québécoise est désormais imperméable au droit étranger ? Rien n'est moins sûr.

**L'influence de la *common law*** – Malgré la « civilisation » de la fiducie, il faut reconnaître l'influence du droit des pays de *common law*<sup>112</sup> ou des règles du droit international<sup>113</sup> sur certaines dispositions du Code. Il en va ainsi d'une disposition qui prévoit que le tribunal peut désigner un fiduciaire lorsque le constituant a omis de le faire (1277 C.c.Q.), d'une autre qui accorde au tribunal le pouvoir d'apporter certaines modifications à une fiducie (1294 C.c.Q.) et, finalement, de l'intégration de la doctrine de *cy-près* qui permet au tribunal d'assurer la dévolution des biens d'une fiducie d'utilité sociale qui se trouve dans l'impossibilité d'accomplir la fin pour laquelle elle a été créée (1296 et 1298 C.c.Q.)<sup>114</sup>

De plus, il faut avouer qu'au-delà de la législation, l'influence de la *common law* est impossible à nier. Le recours par des juristes québécois à des modèles d'actes rédigés par des praticiens de *common law* est une pratique avérée. De plus, l'importante littérature consacrée au *trust* ne saurait être ignorée par la jurisprudence et la doctrine qui sont susceptibles d'y puiser des enseignements enrichissants.<sup>115</sup>

---

<sup>111</sup> *Id.*, p. 221.

<sup>112</sup> H. Patrick Glenn, « Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1993, pp. 175, 205.

<sup>113</sup> *Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, 1<sup>er</sup> juillet 1985 [En ligne], [[http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=conventions.text&cid=59](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=59)] (24 juillet 2007).

<sup>114</sup> John E.C. Brierley, « Titre sixième. De certains patrimoines d'affectation. Les articles 1256-1298 », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires (dir.), *La réforme du Code civil*, Québec, P.U.L., 1993, tome 1, pp. 763 et 774 et Mario Naccarato, « Note lexicographique : *cy-près* », (2005) 46 *Les Cours de Droit*, pp. 771-781.

<sup>115</sup> John E.C. Brierley, *ibid.*, p. 744 et John E.C. Brierley, « New Quebec Law of Trusts : The Adaptation of Common Law Thought to Civil Law Concepts », dans H. Patrick Glenn (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie*,

## Conclusion

L'acculturation est un phénomène étroitement lié à l'évolution du droit civil québécois. En fait, tout au long de son histoire, le droit québécois a connu différents types et intensités d'acculturation. En Nouvelle-France, il y a une acculturation découlant de l'usage d'un droit métropolitain dans une colonie de peuplement. Une autre acculturation découle du voisinage des systèmes et des traditions juridiques. Ce type d'acculturation s'est manifesté sous la période coloniale et même par la suite. Il a provoqué une acculturation par intégration, par assimilation ou par hybridation.

Suivant une perspective historique, le modèle juridique français est au départ sans concurrence. Il est, en effet, seul à prévaloir sous le Régime français. Il connaît cependant une forte concurrence de la part du droit anglais, à la suite du changement de régime qui survient lors de la Conquête britannique. Le droit substantif, et plus encore le droit judiciaire, connaissent une acculturation sous l'influence du droit anglais. La codification, qui a lieu au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, donne plus de visibilité à l'influence des modèles étrangers auxquels puisent les rédacteurs des codes. Le siècle suivant est marqué par la crainte de marginalisation des codes. En réaction, se développe un discours de défense du droit civil québécois et des valeurs qu'il véhicule.

La recodification du droit civil québécois est une manifestation de la maturité d'un droit qui n'est plus tenu de suivre des modèles liés aux anciennes métropoles et peut choisir d'emprunter des institutions ou des règles à divers systèmes juridiques. Aussi, le Code civil, s'il demeure fidèle au style propre à la tradition civiliste, se distingue du Code français qui avait servi de modèle initial. Par ailleurs, le contenu du nouveau Code reflète de nouvelles tendances, sinon de nouvelles valeurs. Cette orientation peut, à certains égards, être considérée comme le reflet de la postmodernité.

La fiducie a servi d'exemple pour illustrer l'acculturation à travers l'étude d'une institution particulière. Elle permet de

---

*concordance*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1993, pp. 383-397, particulièrement aux pp. 387-397.



considérer les problèmes posés par l'intégration d'une institution typique de la tradition de *common law* dans un système rattaché à la tradition civiliste.

Empruntée au droit anglais, la fiducie fait une entrée progressive dans le droit québécois. L'intégration de l'institution se fait de manière empirique. D'abord confinée au droit des libéralités, elle gagne ensuite le droit commercial. La doctrine comme les tribunaux n'estiment pas que l'emprunt du *trust* entraîne une application massive du droit anglais. Ils s'efforcent, au contraire, de concilier l'institution avec un environnement civiliste. L'exercice, souvent complexe, amène inévitablement des compromis quant à l'application de concepts ou de règles du droit civil. L'acculturation qui en découle en est une par hybridation. Il s'ensuit des réactions vives chez certains auteurs qui acceptent difficilement le métissage que la fiducie introduit dans le droit civil. Ils craignent l'effet dévastateur que pourrait engendrer une telle acculturation sur l'ordre juridique québécois.

À la faveur de la recodification, le législateur s'efforce d'intégrer la fiducie de manière plus harmonieuse dans le droit civil québécois. La voie privilégiée est alors de reconnaître la fiducie comme un patrimoine d'affectation. La démarche du législateur permet de reconnaître un champ élargi à la fiducie. Au final, l'institution, qui au départ prenait modèle sur le *trust* de la tradition de *common law*, connaît une acculturation par intégration.

