

LE DROIT ROMAIN COMME SOURCE DU *CODE CIVIL DU BAS CANADA*

Sylvio Normand et Donald Fyson

Volume 103, numéro 1, mars 2001

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1046093ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1046093ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Normand, S. & Fyson, D. (2001). LE DROIT ROMAIN COMME SOURCE DU *CODE CIVIL DU BAS CANADA*. *Revue du notariat*, 103(1), 87–113.
<https://doi.org/10.7202/1046093ar>

LE DROIT ROMAIN COMME SOURCE DU CODE CIVIL DU BAS CANADA

Sylvio Normand et Donald Fyson*

TABLE DES MATIÈRES

1. LA CITATION DES SOURCES PAR LES COMMISSAIRES

- 1.1 Les références au droit romain
- 1.2 Un exemple précis : le livre sur la propriété

2. LES MOTIFS EXPLICATIFS

- 2.1 Un processus généalogique
- 2.2 Un processus rhétorique

CONCLUSION

* Les auteurs sont respectivement professeurs à la Faculté de droit et au Département d'histoire de l'Université Laval. Ils remercient monsieur Nicolas Tremblay qui, en tant qu'auxiliaire de recherche, a effectué une partie de la recherche documentaire à la base de cet article. La présente étude a pu être réalisée grâce au soutien financier du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada. Le texte est une version révisée et augmentée d'un article intitulé « Droit romain et codification du droit privé au Bas Canada : les sources utilisées par les commissaires », paru dans : Ella Hermon (dir.), *La question agraire à Rome : droit romain et société. Perceptions historiques et historiographiques*, Côme, Edizioni New Press, 1999, p. 175-183.

Le projet de codifier le droit civil du Bas Canada se manifeste surtout à partir des années 1830, dans la foulée de la codification française, sous le signe d'une volonté de rationaliser et de moderniser l'ancien système juridique, basé sur la *Coutume de Paris*. Il faudra toutefois attendre jusqu'au milieu du XIX^e siècle pour que le projet soit définitivement lancé. La colonie connaît alors des changements profonds. Ses institutions politiques sont transformées avec l'Union et l'instauration du gouvernement responsable. La structure économique évolue vers une économie industrielle fondée sur le libéralisme. Les institutions judiciaires, sensiblement refondues, adoptent des visées plus rationnelles. La culture juridique est redéfinie à la faveur des transformations qui marquent la formation juridique, les ordres professionnels et la magistrature¹.

C'est en 1857 que l'Assemblée législative du Canada-Uni vote une loi qui institue une commission à qui est confiée la codification des lois civiles du Bas Canada². La loi s'inscrit dans le contexte d'un mouvement plus vaste de rationalisation du monde juridique au Bas Canada qui comprend aussi la refonte, sur des lignes plus « rationnelles », du système d'administration de la justice, sous l'égide de George-Étienne Cartier, et la systématisation de la législation provinciale par la consolidation des lois statutaires³. La tâche de codifier les

-
- 1 Sur la genèse du code et le contexte plus large, voir Brian Young, *The Politics of Codification: the Lower Canadian Civil Code of 1866*, Toronto, Osgoode Society for Canadian Legal History, 1994.
 - 2 *Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, Statuts de la province du Canada, 1857, ch. 43.
 - 3 Sur la réforme de Cartier, qui mène à l'*Acte pour amender les actes de judicature du Bas Canada* (Statuts de la province du Canada, 1857, ch. 44, voir Brian Young, *George-Étienne Cartier, bourgeois montréalais*, Montréal, Boréal Express, 1982, p. 142-145. Le désir de rationaliser les statuts du Bas Canada mène d'abord à G.W. Wicksteed, *Index des statuts en force dans le Bas Canada, à la fin de la session de 1856: comprenant la classification de ces statuts, la révision des actes publics généraux et un index des statuts qui ne sont pas en force* (Toronto, 1857) et ensuite aux *Statuts refondus pour le Bas Canada* (Québec, 1861). Sur l'ensemble de cette question, voir: 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, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1993, p. 131-145.

lois civiles revient à une équipe composée de trois commissaires, assistée de deux secrétaires. Le gouvernement nomme les juges René-Édouard Caron, Charles Dewey Day et Augustin-Norbert Morin comme commissaires responsables de la codification. La présidence des travaux échoit à Caron. Les deux premiers commissaires avaient pratiqué le droit durant plusieurs années, alors que Morin s'était surtout fait connaître comme homme politique. Les commissaires envisagent leur tâche avec pragmatisme. Ils s'efforcent de proposer un projet de code qui réponde aux attentes de l'Assemblée législative. Ils y parviennent en quelques années, puisqu'ils commencent leurs travaux en 1859 et les terminent en 1864.

La loi sur la codification fournit des précisions importantes sur la tâche qui attend les membres de la commission⁴. Celle-ci doit proposer au gouvernement un code civil qui adopte le plan général et le style du Code civil français. De plus, chacune des dispositions du projet de code doit être appuyée sur des sources qui démontrent que le libellé proposé est fidèle au droit alors en vigueur au Bas Canada⁵. Les commissaires rédigent sept rapports qui chacun porte sur une section du code⁶. Chaque rapport est divisé en deux parties, soit un projet de code accompagné des sources pertinentes à chaque article et un exposé qui motivent les dispositions soumises par les rédacteurs. Outre les rapports publiés, les commissaires ont laissé des archives manuscrites, tels des documents préparatoires, les procès-verbaux des réunions de la commission et les versions préliminaires des rapports.⁷

Comme tout projet de refonte du droit privé dans les pays de tradition civiliste au XIX^e siècle, le droit romain occupe une place considérable parmi les sources d'inspiration des rédacteurs. Trois indicateurs préliminaires sont révélateurs de la reconnaissance de cette importance tout au long du processus de codification. D'abord, dans un document préparatoire aux

4 Sur le processus de codification, voir Brian Young, *supra*, note 1 et John E.C. Brierley, « Quebec's Civil Law Codification: Viewed and Reviewed », (1968) 14 *McGill L. J.* 521-589.

5 *Supra*, note 2, art. 6.

6 Ces rapports furent édités à Québec chez George E. Desbarats entre 1861 et 1864. Ils furent réimprimés en 1865.

7 Pour une discussion détaillée des sources, voir John E.C. Brierley, *supra*, note 4.

travaux de la Commission, le président Caron pose la question suivante : « Quelles sont les lois du pays actuellement en force, et qui partant doivent toutes entrer dans les codes à faire ? » En guise de réponse, il dresse une liste des sources du droit bas-canadien. Cette liste reprend les catégories des lois françaises, britanniques et coloniales explicitement en vigueur au Bas Canada. À la fin de l'énumération des sources législatives, Caron ajoute une catégorie résiduelle de sources du droit auxquelles les commissaires auront recours pour les sujets qui ne sont pas adéquatement traités par la législation : d'une part, la doctrine et la jurisprudence françaises d'avant la Révolution, et, d'autre part, « le droit Romain tel qu'adapté au droit français par Domat, Argou, Prévost de Jannes, Bretonnier, Pocquet et tant d'autres⁸. » Ensuite, quand on se penche rapidement sur les sources citées par les commissaires pour appuyer les articles qu'ils proposent, le droit romain est incontournable. Globalement, sur les quelque 2500 articles qui composent le projet de code soumis par les commissaires, environ le tiers comptent parmi leurs citations des textes de droit romain, tels le *Digeste*.⁹ Enfin, quand il présente le projet de code à l'Assemblée législative, George-Étienne Cartier ne peut être plus explicite : « Possédant le droit criminel anglais et le droit civil romain, nous avons le meilleur système légal qu'aucun peuple puisse posséder¹⁰. »

En dépit de cette importante évidence, l'influence du droit romain dans le processus de codification du droit civil du Bas Canada n'a jamais fait l'objet d'un examen approfondi. Les deux meilleures études sur la codification, celles de John E.C. Brierley et de Brian Young, limitent, en effet, leur propos concernant le droit romain à quelques passages. L'une et l'autre privilégient plutôt une présentation de l'ensemble du processus de codification. D'autres travaux se sont penchés sur des sujets plus restreints comme l'idée de la loi naturelle dans le projet de code¹¹. La présente enquête s'efforce d'évaluer la

8 *Ibid.*, p. 549-552.

9 Dans le projet au complet, c'est 755 articles sur 2467, soit 31%, qui comprennent une référence directe aux textes du droit romain.

10 « Discours de l'hon. M. Cartier sur le Code civil », *La Minerve*, 4 février 1865, p. 1.

11 Richard Larue, « La codification des lois civiles au Bas Canada et l'idée de loi naturelle », (1993) 34 *C. de D.* 5.

place occupée par le droit romain dans le projet de code. Nous tenterons de mesurer l'importance qu'occupe le droit romain dans ce projet et l'usage qu'en font les commissaires. Quoique les rapports qu'ils soumettent constituent l'objet principal de la recherche, diverses autres sources, comme les fonds manuscrits de la commission de codification, ont été prises en compte. Dans un premier temps, nous examinerons de plus près la place occupée par le droit romain dans les sources qui accompagnent les dispositions du projet de Code pour ensuite considérer l'utilisation de ce droit dans les motifs explicatifs.

1. LA CITATION DES SOURCES PAR LES COMMISSAIRES

L'inventaire des sources citées revêt une importance particulière pour les commissaires puisqu'ils doivent - ainsi que l'avait précisé l'Assemblée législative - établir d'abord le droit en vigueur au Bas Canada avant de procéder à sa codification. Dans leur *Second rapport*, les commissaires expliquent l'importance de cette partie de leur tâche : « Pour connaître les lois dont doit se composer le code, il fallait en faire la recherche aux différentes sources d'où elles originent [sic], sources si variées, et plus nombreuses, peut-être, que dans aucun autre pays et dont la longue énumération serait ici hors de place »¹². Dans sa présentation du projet de code à l'Assemblée législative, Cartier élabore sur les raisons de cette attention particulière portée aux autorités :

À chaque article du code est citée l'autorité sur laquelle il s'appuie; par ce moyen, on connaîtra toujours les sources de notre droit, et il sera toujours facile d'y recourir, quand viendra le temps d'interpréter notre loi. Ces citations, par leur exactitude et leur grand nombre, attestent un travail considérable de la part des commissaires. Il a fallu du temps, sans doute, mais cependant cette précaution était nécessaire; il était impossible pour nous de copier le code de la Louisiane ou le code français.¹³

12 *Second rapport*, p. 140. John E.C. Brierley évalue à 350 le nombre de sources différentes utilisées par les commissaires (*supra*, note 4, p. 552).

13 « Discours de l'hon. M. Cartier sur le Code civil », *supra*, note 10.

Le Code Napoléon lui-même constitue la base du projet de codification, les commissaires adoptent non seulement le plan et le style du code français, mais ils se fondent aussi sur la formulation précise de ses articles, pour ensuite les adapter au contexte bas-canadien¹⁴. Au-delà du Code Napoléon, les autres sources utilisées comprennent, notamment, la *Coutume de Paris*, les ordonnances royales françaises, la législation impériale britannique et la législation coloniale. À ces sources de nature législative, s'ajoutent la jurisprudence et surtout la doctrine relevant de chacune de ces juridictions. La doctrine française demeure la source privilégiée par les commissaires. Pothier et les commentateurs du Code civil français sont de loin les auteurs sur lesquels ils s'appuient le plus fréquemment.

Les sources retenues par les commissaires sont mentionnées à la suite de chacune des dispositions qu'ils proposent pour le projet de Code civil. Le nombre des références sous chacune des dispositions du projet de Code est très variable. Les références se limitent parfois à une seule source : par exemple un renvoi à une loi du Bas Canada ou la mention de l'article correspondant du Code Napoléon. Le plus souvent, cependant, les dispositions du Code sont accompagnées de plusieurs sources différentes, parfois jusqu'à une vingtaine mais, le plus souvent, à environ une dizaine. Les renvois à ces sources sont présentés suivant un ordre qui respecte habituellement la chronologie, même si cette règle connaît de nombreuses exceptions. Ainsi, les renvois au *Digeste* ou aux autres textes de droit romain se situent généralement au début de la liste des sources, suivis des commentateurs de l'Ancien droit et finalement de la doctrine sur le Code français. La dernière référence est habituellement réservée à la disposition du Code Napoléon qui a servi de modèle à l'article proposé par les commissaires. L'article qui définit l'usufruit permet d'apprécier la présentation des dispositions :

14 Sur la méthode de travail des commissaires, voir John E.C. Brierley, *supra*, note 4, p. 542-574 et Brian Young, *supra*, note 1, p. 121-140.

L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance.

Usufruct is the right of enjoying things of which another has the property, as the proprietor himself but subject to the obligation of preserving the substance thereof.

ff L. 1, 2, 4, *De usufructu et quem* : - L. 28, *De verborum signific* : - *Instit. lib. II, tit. 4, in pr.* - Pothier, *Douaire*, Nos. 194, 209, 215 à 218, 220. - *Ibid.*, *Vente*, No. 548. - II Bousquet, p. 77. - II Marcadé, pp. 444 et suiv. - II Maleville, p. 50. - VII Loqué, pp. 218 et suiv. - C.N. 578

1.1 Les références au droit romain

Le droit romain, ainsi que nous l'avons déjà mentionné, figure aussi au nombre des sources fréquemment citées, surtout le *Digeste*, mais aussi les *Institutes* et le *Code de Justinien*. Il faut néanmoins préciser qu'il n'est presque jamais question, dans le projet de code, d'une retranscription directe de règles empruntées au droit romain. La démarche des commissaires est plutôt l'inverse du cheminement de l'historien du droit qui s'appuie sur les sources les plus anciennes du droit pour ensuite retracer leurs modifications à travers le temps. En effet, les commissaires retranscrivent d'abord les articles pertinents du Code Napoléon. Ainsi, le livre sur la propriété reprend en grande partie, et dans le même ordre, les articles 516 à 780 du Code Napoléon. Ensuite, ils modifient ces articles pour prendre en compte les réalités juridiques, sociales et économiques du Bas Canada. L'ajout des 16 articles du titre sur l'emphytéose (absent du Code Napoléon) est un exemple évident de cette adaptation.

En fait, assez peu des articles sont des retranscriptions intégrales - sans modification - de dispositions du Code Napoléon. Cette adoption du code français, comme « cannevas

sur lequel il faut travailler », va au-delà des obligations imposées par la loi sur la codification. Elle témoigne non seulement du respect intellectuel des commissaires pour ce monument du rationalisme juridique du XIX^e siècle, mais aussi d'un pragmatisme certain face à l'ampleur de la tâche qui leur incombe. Aussi, Caron déclare-t-il dans ses notes préparatoires aux travaux de la commission, après avoir dressé la liste des sources à consulter : « l'on devra référer constamment au Code Napoléon, dont les rédacteurs ont largement puisé dans toutes ces sources [...] et donc profiter de la rédaction du Code autant que possible, sans s'efforcer de le changer inutilement. »¹⁵ Enfin, les commissaires ont ajouté les autorités, anciennes et contemporaines, qui appuyaient leurs dispositions, y compris les textes de droit romain. Cette démarche s'apparente davantage à une adaptation d'un code existant qu'à une véritable codification.

La justification des dispositions du projet de code bas-canadien et la place du droit romain dans cette justification, ne sont pas uniques, elles ressemblent à celles d'autres projets similaires. Les rédacteurs du projet de Code de l'État de New York, en 1865, retiennent une forme de présentation apparentée à celle suivie par les commissaires bas-canadiens¹⁶. En effet, sous chaque article, ils fournissent une liste des sources à l'appui des dispositions soumises, y compris des textes de droit romain¹⁷. Le projet de Code louisianais de 1808 ne donne aucun élément qui permet d'identifier les sources sur lesquelles il est fondé. Toutefois, deux années auparavant, une première tentative pour clarifier la situation du droit civil en Louisiane suite à son acquisition par les États-Unis inclut explicitement le *Code de Justinien* et le droit romain parmi les sources positives du droit applicable dans l'état¹⁸.

-
- 15 René-Édouard Caron, « Notes générales sur les lois en force », p. 3 (Archives nationales du Québec à Québec, Fonds René-Édouard Caron, cote P26).
- 16 *The Civil code of the State of New York*, Albany, Weed, Parsons & Co., 1865, cxii, 776 p. Un exemplaire ayant appartenu à René-Édouard Caron est conservé à la Bibliothèque de l'Université Laval.
- 17 À titre d'exemples, voir: *Ibid.*, p. 627 et 636.
- 18 Rodolfo Batiza, « Sources of the Field Civil Code: the Civil Code Law Influences on a Common Law Code », (1980) 60 *Tulane L.R.* 799, 802-804 et Rodolfo Batiza, « The Louisiana Civil Code of 1808: Its Actual Sources and Present Relevance », (1971) 46 *Tulane L.R.* 6.

1.2 Un exemple précis : le livre sur la propriété

Afin de dresser un portrait plus précis de la place occupée par le droit romain dans les renvois qui suivent chacune des dispositions du projet de Code, nous nous sommes concentrés sur un des rapports, le troisième, portant sur la propriété. Il comprend 209 articles qui constitueront le deuxième livre (les articles 374 à 582) du *Code civil du Bas Canada*, « Des biens, de la propriété, et de ses différentes modifications ». Ce rapport est l'œuvre de Caron, le président de la commission. Il soumet son brouillon des articles du livre aux autres commissaires à partir du 18 septembre 1862, qui en discutent jusqu'au 24 septembre. La plupart des articles proposés par Caron sont adoptés sans modification. On peut aussi présumer que l'ajout des autorités pour justifier les articles est surtout le travail de Caron, mais malheureusement rien dans les sources qui nous sont parvenues ne le confirme¹⁹.

Dans le livre sur la propriété, comme dans le projet de codification en général, les références au droit romain par les commissaires adoptent deux formes différentes : elles sont soit directes, soit indirectes. Les premières renvoient directement à un texte juridique romain; par exemple, le troisième article proposé du premier titre (sur la distinction des biens), qui établit le caractère immeuble des fonds de terre et des bâtiments, donne entre autres autorités les *Institutes* (« De rerum divisione », *lib.* II, *tit.* 1, § 30). On peut alors croire que les commissaires ont l'intention explicite de rattacher leur disposition au droit romain et donc d'établir un lien entre ce droit et le droit bas-canadien. Mais ce n'est pas uniquement par le biais des références directes que les commissaires reconnaissent l'ascendance du droit romain. En faisant référence à des commentateurs bien connus de l'Ancien droit, comme Pothier, les commissaires font aussi appel indirectement au droit romain, en particulier quand la citation qu'ils choisissent comprend elle-même une citation précise d'un texte du droit romain ou une discussion approfondie sur ce droit. Ainsi, le deuxième article du même titre, qui définit les différentes

19 La présentation des articles est résumée dans le procès-verbal de la Commission (Archives du séminaire de Québec, article 817), p. 213-227.

manières par laquelle un bien peut être immeuble, ne comprend aucune référence directe au droit romain, mais inclut une référence à l'*Introduction aux coutumes* de Pothier, numéro 49. Or, ce paragraphe de Pothier se fonde essentiellement sur le *Digeste* (lib. 86, ff « De verb. signif. »).

Une première analyse des citations dans le livre sur la propriété montre que les sources romaines sont effectivement citées par les commissaires, mais qu'elles occupent tout de même une place secondaire par rapport à l'ensemble des citations. En effet, les références directes aux sources romaines ne comptent que pour 281, ou 19%, des 1503 références à des citations d'autorités utilisées par les commissaires pour justifier les 209 articles qu'ils proposent pour le livre considéré. Toutefois, parmi ces 209 articles, 120, ou 57%, comprennent au moins une référence directe au droit romain. C'est-à-dire que dans presque les trois cinquièmes des cas, les commissaires ont cru bon de justifier l'article en s'appuyant directement sur le droit romain, même s'ils font aussi appel à d'autres autorités. L'importance du droit romain varie néanmoins suivant les titres compris dans le livre. Ainsi, le titre sur l'usufruit, l'usage et l'habitation, et le titre sur la propriété présentent le plus fort contingent d'articles redevables aux sources romaines, soit 91% dans le premier cas (51 sur un total de 56 articles) et 82% dans le second (28 sur 34 articles). La place du droit romain dans le titre sur les servitudes réelles est moins importante, quoique 42% des articles y fassent encore appel (30 sur 71 articles). Enfin, les références au droit romain se font plus rares dans le titre sur la distinction des biens et dans celui sur l'emphytéose puisqu'il se retrouve dans seulement 26% des articles du premier titre (8 articles sur 31) et 18% des articles du second (3 articles sur 18). Les raisons de cette distribution inégale sont complexes comme nous aurons l'occasion de le mentionner.

Le repérage des références indirectes posait un problème méthodologique particulier. En effet, comme les renvois faits par les commissaires se limitent souvent à la seule mention du nom de l'auteur cité, il était impensable de tenter de vérifier chacune des références afin d'y découvrir des mentions portant sur le droit romain. Une telle opération aurait demandé la reconstitution de la bibliothèque des commissaires, ce qui était hors de notre portée. Aussi, pour cette partie

de la recherche, nous nous sommes basés sur *La Bibliothèque du Code civil de la province de Québec* de Charles-Chamilly de Lorimier et de Charles-Albert Vilbon, un ouvrage monumental qui comprend 21 tomes²⁰. Parue de 1871 à 1890, cette collection se proposait de reproduire les passages cités par les commissaires dans leurs rapports. Nous nous sommes servis de cet ouvrage afin de vérifier les renvois au droit romain.

Les références indirectes contribuent à augmenter l'importance du droit romain comme justification des articles proposés par les commissaires. Ainsi, en ajoutant les références indirectes aux références directes, le droit romain figure parmi les sources citées sous 150 des 209 articles étudiés, soit 72% du total. La distribution entre les titres du livre demeure, encore ici, inégale. En revanche, le droit romain est encore loin d'être omniprésent parmi les autorités utilisées par les commissaires. En effet, au nombre des 1306 références à des citations d'autorités qui ne sont pas des références directes aux sources romaines, seulement 228, ou 17%, réfèrent au droit romain.

Comment réconcilier ces deux visions différentes de l'apport du droit romain ? Il importe avant tout de bien distinguer la rhétorique de l'inspiration intellectuelle. D'une part, les commissaires, tout comme Cartier, conscients de l'importance du droit romain dans la tradition civiliste, se considèrent probablement obligés d'accorder une place de choix au droit romain dans la liste des autorités mentionnées au soutien des dispositions qu'ils proposent. D'où le nombre élevé d'articles citant directement des textes de droit romain. D'autre part, la place réelle du droit romain comme source d'inspiration intellectuelle est moins prépondérante. Il est vraisemblable que les références directes que citent les commissaires proviennent pour une bonne part des autres sources qu'ils ont consultées. L'hypothèse est d'autant plus plausible qu'aucun des commissaires n'est romaniste et que le temps alloué à la rédaction des rapports est limité. Ils n'auraient donc pas pu entreprendre eux-mêmes des recherches approfondies sur le droit romain. Un passage dans les notes préparées par Caron avant le début des travaux de la commission est particulièrement révélateur à cet égard.

20 Montréal, E. Senécal, 1871-1890.

Sur le Code, les Pandectes et les Institutes de Justinien, l'ordre, les divisions et le plan général, voir le 1^{er} volume Pandectes frans. p. 70 et suite. Les Pandectes françaises paraissent être un livre avantageux à consulter d'après ce qui est dit au 1^{er} volume p. 146, « Nous copierons d'abord le texte, et nous indiquerons la source où il aura été puisé; soit dans les lois romaines, soit dans les coutumes, soit dans les anciens règlements, édits ou déclarations, soit enfin dans les décrets des diverses assemblées; car rien n'a été oublié, tout a été mis à contribution, comme toutes les fleurs le sont par les abeilles pour la composition de leur miel. Nous indiquerons ensuite les points du droit romain qui, n'étant point changés par le nouveau code, continueront d'être observés comme statuts dans les parties de la France, appelées autrefois Pays de Droit écrit. Nous noterons les articles des différentes coutumes qui, n'étant point abrogés, conservent leur autorité. Nous indiquerons enfin les autres lois également subsistantes, comme non révoquées; édits, déclarations ou décrets. Et ainsi le lecteur aura sous les yeux, dans le même livre, toutes les lois en vigueur ».²¹

La consultation des *Pandectes*, et d'autres ouvrages semblables, était un raccourci avantageux pour identifier les dispositions du droit romain pertinentes à chaque article du Code Napoléon, et donc du Code bas-canadien. Dans une liste préparée également par Caron et intitulée « Auteurs à consulter »,²² on trouve, sous la rubrique « Nouveau Sur le code », plusieurs commentaires du Code français dans sa relation avec le droit romain : non seulement les *Pandectes françaises*, mais aussi « Lahaie, Code annoté »²³, « LeClercq, Droit romain »²⁴

21 René-Édouard Caron, « Notes diverses », dans René-Édouard Caron, *supra*, note 15, p. 9-10. Le passage reproduit des *Pandectes* provient, en effet, des pages 146-147 du tome 5 (*Pandectes françaises*, Paris, Riffé-Caubray, 1804).

22 *Ibid.*, p. 19-21.

23 *Le Code civil annoté: des lois romaines, des lois, décrets, ordonnances, avis du Conseil d'État, des circulaires ministérielles publiées depuis sa promulgation jusqu'à nos jours, et des opinions des auteurs qui ont écrit sur le Code*, Paris, Alex-Gobelet, 1840, 954 p. Un exemplaire ayant appartenu à René-Édouard Caron est conservé à la Bibliothèque de l'Université Laval.

24 Olivier Le Clercq, *Le droit romain dans ses rapports avec le droit français et les principes des deux législations*, Liège, Chez Duvivier, 1810-12. Un exemplaire ayant appartenu à René-Édouard Caron est conservé à la Bibliothèque de l'Université Laval.

et « Laferrière, Histoire du droit romain »²⁵. Ces ouvrages présentent pour la plupart les articles du Code français dans l'ordre, avec des commentaires sur le droit romain pertinent à chacun. Par contre, sous la rubrique « Anciens - droit ancien », parmi la quarantaine d'auteurs mentionnés, tels que Domat ou Pothier, Caron n'inclut aucun ouvrage qui porte précisément sur le droit romain. Le cas du titre sur l'emphytéose (le cinquième titre du livre sur la propriété, qui deviendra les articles 567 à 582 du Code) est d'ailleurs très suggestif. Ce titre, tel qu'indiqué auparavant, n'a aucune correspondance dans le Code français. Aussi, les commissaires ont dû le rédiger sans se fonder sur les articles de leur modèle. Quant à l'identification des références pertinentes au droit romain au soutien de ces articles, les commentaires sur le Code français cités ci-dessus ont perdu presque toute utilité. Or, dans tout le livre sur la propriété, c'est le titre sur l'emphytéose qui présente le moins de références au droit romain : seulement 3 des 17 articles renferment des références directes, et cela même si les dispositions sur l'emphytéose sont présentées par les commissaires eux-mêmes comme étant « presque entièrement basées sur le droit romain. »²⁶

Même s'ils ne le puisent pas directement à la source originelle, les commissaires ne font pas une utilisation irréfléchie du droit romain, une simple transcription mécanique d'autorités romaines puisées ici et là dans des ouvrages plus récents. Dans au moins le quart des cas comprenant une référence directe au droit romain, les commissaires ne citent aucune autre autorité où ils auraient puisé cette référence. Il ont donc dû faire beaucoup plus qu'une simple transcription d'autorités. L'exemple du titre sur l'emphytéose, rédigé par Caron, est peut-être révélateur d'une certaine dépendance à l'égard des commentateurs du Code français, mais cela semble beaucoup moins le cas de certains autres titres, en particulier ceux rédigés par Day. Il n'y a aussi aucune correspondance exacte entre les autorités romaines proposées par les commissaires et les autorités citées dans les ouvrages qui ont vraisemblablement pu servir à identifier les citations pertinentes au droit romain, tels les *Pandectes françaises* ou

25 Louis Firmin Julien Laferrière, *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, Paris, Joubert, 1846-58, 6 vol.

26 *Troisième rapport*, p. 406.

Le Code civil annoté de Lahaye. D'une part, tandis que ces sources donnent généralement au moins une référence au droit romain pour chaque article du Code Napoléon, ce n'est pas le cas, comme nous l'avons démontré, pour le projet de codification bas-canadien. Par exemple, pour le premier titre du livre sur la propriété (qui correspond aux articles 516-520 et 523-543 du Code napoléon), seulement 8 des 31 articles dans le projet de codification comportent des citations directes aux textes juridiques romains, tandis que presque chaque article dans les *Pandectes* et *Le Code civil annoté* est accompagné par son lot de citations du droit romain. Les commissaires ont vraisemblablement décidé lesquelles de leurs dispositions méritaient une telle référence. D'autre part, même pour les articles du projet de Code bas-canadien qui comprennent des citations, les références retenues par les commissaires ne correspondent généralement qu'à une partie de celles identifiées dans des ouvrages comme les *Pandectes* et *Le Code civil annoté*. Il s'ensuit qu'ils ont nécessairement retenu les renvois au droit romain qui convenaient à l'article proposé. Sans des notes explicatives plus détaillées de la part des rédacteurs du code, il est difficile de déterminer les raisons précises qui expliquent ces sélections individuelles. Un éclairage partiel peut néanmoins venir d'un examen des motifs explicatifs qui accompagnent le projet de Code.

2. LES MOTIFS EXPLICATIFS

La préparation d'un projet de code avec ses dispositions rédigées en français et en anglais constitue l'essentiel de la tâche confiée aux commissaires. Toutefois, afin de faciliter la compréhension de leur travail par le législateur et par la communauté juridique, ils joignent des motifs explicatifs à leur projet de Code. Leurs propos ne couvrent pas le Code dans tous ses détails. Ils visent deux objectifs distincts, soit présenter les grandes lignes du projet et justifier certaines orientations particulières, notamment les propositions d'amendements au droit existant. Il arrive aussi que certaines parties du droit bas-canadien soient présentées dans leur contexte historique, le droit romain occupe alors une place non négligeable lors de tels développements²⁷.

²⁷ *Second rapport*, p. 202, 204 et 222; *Cinquième rapport*, p. 108, 110 et 170; *Sixième rapport*, p. 7 et 9; *Septième rapport*, p. 225.

La lecture des motifs permet d'évaluer sous un autre angle l'apport effectif du droit romain comme source du Code civil. Elle facilite vraisemblablement la comparaison entre l'utilisation du droit romain comme *texte de droit positif* et comme *raison écrite* pour reprendre une distinction judicieuse rappelée par Thomas-Jean-Jacques Loranger²⁸.

2.1 Un processus généalogique

Une première constatation ressort à la lecture des motifs explicatifs : les commissaires s'efforcent de proposer un Code qui donne un état exact du droit en vigueur. Ils consacrent donc beaucoup d'énergie à établir la généalogie des dispositions soumises et leurs commentaires explicatifs renvoient souvent aux sources des dispositions sur lesquelles ils s'appuient. La filiation idéale d'une disposition du projet de Code est sans contredit celle qui permet d'établir un lien, sans discontinuité, entre le droit romain et une disposition du projet de Code dont le libellé reprend en substance, sinon exactement, celui du Code français. Les commissaires déterminent, par exemple, que le domicile d'une personne est le lieu où elle a son principal établissement. Dans leurs motifs, ils précisent, avec un certain contentement, que « cette définition est conforme au droit Romain, à l'ancien droit français, aussi bien qu'au Code Napoléon, duquel cet article est copié [...] »²⁹. À plusieurs reprises dans leurs rapports, notamment dans celui consacré au livre sur la propriété (rédigé par Caron) et dans celui portant sur le titre sur les obligations (rédigé par Day), les commissaires rappellent, dans des termes semblables, la filiation de dispositions qu'ils proposent afin, sans doute, de mieux assurer leur acceptation par le législateur³⁰. À cette ascendance, les commissaires ajoutent, à l'occasion, la parenté d'une règle avec la *common law*. D'un article sur le mandat, ils précisent qu'il « énonce une règle tirée de la loi romaine, et quoiqu'il ne se trouve pas dans le Code Napoléon, il exprime indubitablement la loi de l'ancienne France, comme de la

28 *Commentaire sur le droit civil du Bas Canada*, tome 1, Montréal, A. Brassard, 1873, p. 103.

29 *Second rapport*, p. 164.

30 *Second rapport*, p. 172; *Troisième rapport*, p. 374, 378, 380, 382, 384, 400 et 404; *Cinquième rapport*, p. 134, 146 et 206.

nouvelle, ainsi que celle de l'Angleterre et de l'Amérique »³¹. Les renvois aux autorités romaines participent d'une démarche généalogique, et ce, d'autant plus que les références au droit romain ajoutent souvent peu aux explications et aux justifications des auteurs de doctrine sur lesquels s'appuient abondamment les commissaires. Dans l'esprit du lecteur cependant, elles rappellent la pérennité du droit bas-canadien dont les racines remontent aussi loin que l'Empire romain, tel que le rappelle Cartier dans sa présentation du projet de codification à l'Assemblée législative :

Notre droit a les mêmes origines que le droit actuel français, et il a été puisé aux mêmes sources. Il est tiré en grande partie du droit nouveau, qui est regardé par tous ceux qui l'étudient comme supérieur à tout ce qui a pu être produit par les autres peuples. Les Romains étaient remarquables par leur esprit d'économie et si les grecs avaient plus d'imagination et ont excellé surtout en politique [...] les lois romaines ont gardé le premier rang.³²

Même si, tout au long de leurs rapports, les commissaires proclament la filiation romaine du droit civil bas-canadien, ils sentent le besoin de rattacher cette prestigieuse parenté au droit coutumier. En présentant les articles sur les sociétés universelles, les commissaires précisent : « Les règles énoncées dans les quatre articles de cette section sont dérivées du droit romain et dans notre droit ont pour elles l'autorité de Pothier »³³. Le droit romain s'impose d'autant mieux qu'il s'inscrit dans une chaîne de transmission que l'on présente comme ininterrompue.

La généalogie des dispositions du projet de Code ne se règle pas uniquement par le renvoi à la tradition civiliste. Le droit anglais exerce, en effet, une influence importante sur le droit commercial québécois ainsi qu'en témoignent certaines dispositions du projet de Code. Les commissaires le reconnaissent d'emblée. Toutefois, ils ne manquent pas de préciser à l'occasion qu'une règle empruntée au droit anglais est à son

31 *Sixième rapport*, p. 11.

32 « Discours de l'hon. M. Cartier sur le Code civil », *supra*, note 10.

33 *Sixième rapport*, p. 29.

tour issue du droit romain³⁴. La disposition soumise trouve ainsi ses racines lointaines dans la tradition civiliste. Des formulations du Code Napoléon sont, par ailleurs, mises de côté même si elles respectent le droit romain quand elles contredisent le droit anglais applicable au Bas Canada³⁵. Une filiation prestigieuse est ainsi occultée.

L'ascendance du droit romain sur le droit coutumier peut être remise en question. La lignée généalogique peut, en effet, être réexaminée. Le droit coutumier reconnaissait différents degrés de responsabilité dans les cas d'inexécution d'un contrat. Il distinguait, en effet, la faute lourde (*culpa lata*), la faute légère (*culpa levis*) et, finalement, la faute très légère (*culpa levissima*). Or, les commissaires, sur la foi des démonstrations des juristes Denis Le Brun et de Victor Marcadé, estiment que cette distinction, qui « donnait lieu à de grandes subtilités et à des inconvénients dans la pratique », ne remonte pas au droit romain et qu'il s'agit plutôt d'une création des juristes³⁶. Le projet de Code propose donc au législateur un amendement qui abandonnerait ces catégories afin de parvenir à une simplification du droit. Les commissaires ne dédaignent donc pas nier, dans certaines circonstances, la filiation romaine de certaines institutions ou règles coutumières. Il faut préciser que l'influence exercée par le droit romain des obligations sur le droit coutumier accordait d'ailleurs, dans ce domaine, une valeur considérable aux sources romaines. La subtilité de certains arguments, tels que la mauvaise interprétation du droit romain par les civilistes, peut être atténuée sinon oubliée une fois le projet de loi soumis à l'Assemblée législative. Ainsi, dans sa présentation du projet de Code, Cartier se contente de résumer que les commissaires « proposent d'abolir la distinction que fait le droit romain de la faute lourde, grave et légère ».³⁷

L'avocat et professeur François-Maximilien Bibaud ne cache pas son agacement face à la démarche généalogique des commissaires. Il dénonce l'habitude clairement attestée chez

34 *Premier rapport*, p. 19.

35 *Deuxième rapport*, p. 154 et 156.

36 *Premier rapport*, p. 19.

37 « Discours de l'hon. M. Cartier sur le Code civil », *supra*, note 10.

eux de recourir aux commentateurs du Code Napoléon pour établir la filiation de leur projet de Code³⁸. Aussi, il n'apprécie sans doute guère l'établissement de rapprochements entre le droit bas-canadien et le droit romain fondés sur des sources postérieures au Code français.

2.2 Un processus rhétorique

En plus de pouvoir être utilisé pour établir la filiation des dispositions du projet de Code, le droit romain permet de justifier certaines orientations que les commissaires souhaitent donner au Code. En se fondant sur le droit romain, ils prennent, à l'occasion, leur distance à l'égard du Code Napoléon qui doit leur servir de modèle, ils permettent parfois le maintien de l'Ancien droit, ils introduisent des solutions non prévues par le Code français ou, au contraire, permettent de retenir le droit moderne, tel que libellé dans le Code Napoléon.

La connaissance que les commissaires possèdent du droit romain est difficile à évaluer avec justesse. Au fil de lectures, ils ont certes pu acquérir une familiarité avec le droit romain. D'ailleurs, le contenu des bibliothèques de Charles Dewey Day³⁹ et de René-Édouard Caron⁴⁰ révèle qu'ils possèdent chacun une édition des *Pandectæ* de Justinien. De plus, en dépit de l'absence d'ouvrages sur le droit romain dans la liste de livres à consulter dressée par Caron, il est évident que les commissaires avaient de tels textes à leur disposition. En effet, dans une autre section de ses notes préparatoires au

38 François-Maximilien Bibaud, *Exégèse de jurisprudence*, s.l., s.éd., s.d., p. 8.

39 *Catalogue of the library of the late Hon. Judge Day: to be sold by auction, at the rooms of the undersigned, no. 195 St. James Street, on Thursday afternoon, 29th May*, s.l., s.éd., 1882?, p. 6, n° 99 (Institut canadien de microreprographie historique, collection de microfiches, n° 54394).

40 La Bibliothèque de l'Université Laval possède l'édition suivante qui a appartenu à René-Édouard Caron: *Pandectæ Justinianæ, in novum ordinem digestæ: cum legibus Codicis et Novellis, quæ jus Pandectarum confirmant, explicant aut aborgant. Praefixus est index titulorum et divisionum omnium, quo totius operis specimen quoddam et quasi materiarum appendix exhibetur: subjecta quoque tabula, qua nominatim leges omnes cum suis paragraphis et versiculis ordini Digestorum restituntur*, Paris, Saugrain père, J. Desaint & C. Saillant, 3 vol. 1748-1752.

travail de la commission, intitulée « Codification (modus operandi) », Caron dresse une liste de cinq sources à utiliser pour mieux comprendre la manière de procéder dans une codification. La cinquième source est la « Préface à la traduction des 12 livres du Code justinien par Hulot p. 9 à 16 ».⁴¹ Il est toutefois manifeste que les commissaires ne possèdent pas la science qui leur permettrait de connaître et surtout d'apprécier la recherche la plus avancée des romanistes allemands de l'époque. Aussi, leurs propos demeurent-ils vagues sur certaines questions. D'une règle, dont ils cherchent à établir l'origine, ils concluent simplement qu'elle « ne paraît pas devoir son origine au code Justinien »⁴². Il importe néanmoins de noter une différence entre les commissaires quant à leur degré d'appui sur le droit romain. Day est de loin celui qui intègre le plus le droit romain dans ses motifs explicatifs. Ainsi, pour le titre sur les obligations (le troisième titre du troisième livre), Day réfère fréquemment au droit romain⁴³. Il en va de même pour les motifs des titres 8 à 18 du même livre, rédigés aussi par Day. Son intérêt pour le droit romain le conduit à un développement sur les origines lointaines du droit maritime, pourtant régi essentiellement par le droit anglais. Dans ses propos sur les contrats de droit maritime, il affirme :

La première trace s'en rencontre dans un fragment des lois rhodiennes, sous le titre de *De jactu*, inséré au Digeste, et dont quelques-unes des dispositions ont encore une autorité bien reconnue en Europe. Il y a encore plusieurs titres du Digeste et du Code, dont les principaux sont notés en marge, et d'où l'on a extrait plus ou moins des règles qui existent encore.⁴⁴

Par contre, les motifs rédigés par Caron et Morin font beaucoup plus rarement référence au droit romain, et ces références restent presque toujours très générales.

41 René-Édouard Caron, « Notes générales sur les lois en force », *supra*, note 15, p. 69-72.

42 *Premier rapport*, p. 19.

43 L'apport du droit romain aux articles concernant les obligations rédigés par Day est discuté en détail par Brian Young, *supra*, note 1, p. 158-167.

44 *Septième rapport*, p. 225.

Comme c'était le cas pour les citations, les motifs du projet de Code attestent que le savoir des commissaires en droit romain passe souvent par les travaux des commentateurs du Code Napoléon. Ainsi, sur des questions où il leur faut choisir entre la fidélité au droit coutumier et le nouveau droit français, il leur arrive de référer aux sources romaines. Tel que démontré ci-dessus, le repérage de ces sources et plus encore leur interprétation semblent très souvent puisés dans la doctrine française. On ne s'étonnera donc pas qu'ils résument les controverses portant sur le droit romain en référant à des ouvrages précis et qu'ils soient peu portés à amener un éclairage nouveau sur une question donnée. Leur choix entre deux ou plusieurs hypothèses semble justifié par l'effet pragmatique d'une solution plutôt que par un goût pour l'érudition. En revanche, à la même époque, François-Maximilien Bibaud ne se prive pas pour rédiger de longues digressions sur le droit romain dans son cours sur le droit civil du Bas Canada⁴⁵. Edmond Lareau y voit une recherche de pédanterie⁴⁶.

Le même Bibaud souligne la plus ou moins grande connaissance des commissaires sur le droit romain. Dans une vive critique du projet de Code, il s'en prend pas ouvertement à la méconnaissance du droit romain par les commissaires : « C'était une grande témérité que d'entreprendre un Code, sans posséder le droit Romain et l'on peut dire, sans hésiter que les commissaires ne semblent pas en avoir soupçonné l'existence »⁴⁷. Compte tenu du nombre de références au droit romain et des quelques discussions plus étendues à son égard, cette déclaration relève peut-être trop de la polémique. D'ailleurs, les commissaires ne sont pas les seuls à recevoir pareille remontrance de la part de Bibaud, Jeremy Bentham est jugé posséder lui aussi de faibles connaissances sur le

45 François-Maximilien Bibaud, *Commentaires sur les lois civiles du Bas Canada*, Montréal, Cérat et Bourguignon, 1859.

46 « Je feuillette le livre ... Je le parcours, et mes yeux s'arrêtent sur une foule de mots en italiques; ce sont des citations latines, des principes de droit romain. Il y en a beaucoup. Je ne suis pas certain, mais il me semble que l'auteur souriait d'aise chaque fois qu'il intercalait un mot de la langue de Cicéron. On s'aperçoit qu'il aime à faire le savant et à trancher du pédagogue. » (*Histoire de la littérature canadienne*, Montréal, John Lovell, 1874, p. 401).

47 François-Maximilien Bibaud, *Corrigé du Code civil avec un sommaire des lois nouvelles*, s.l., s. éd., s. d., p. 9-10

droit romain⁴⁸. Pour sa part, Bibaud ne manque pas de s'appuyer sur le droit romain dans ses critiques du travail des commissaires⁴⁹.

Dans leurs motifs, les commissaires réfèrent rarement à une source précise du droit romain. Ils se contentent plutôt de renvoyer au « droit romain », sans plus. Un exemple éclairant concerne l'emphytéose. Même s'ils déclarent que les dispositions de ce titre sont « presque entièrement basées sur le droit romain »⁵⁰, les motifs du titre, rédigés par Caron, ne contiennent aucune autre mention du droit romain. Cette manière de faire est compatible avec une utilisation du droit à titre de raison écrite et non pas comme texte de droit positif. Les commissaires renvoient généralement le lecteur aux autorités citées sous chaque projet d'articles, ainsi qu'ils le signalent d'ailleurs dans le rapport consacré au droit des successions : « Toutes ces règles sont conformes au droit romain et à l'ancienne jurisprudence française, ainsi que l'établissent les autorités citées au bas des articles qui viennent d'être analysés »⁵¹. À quelques occasions, toutefois, ils mentionnent expressément dans les motifs un texte juridique romain avec une référence précise tirée du *Digeste*⁵², des *Institutiones*⁵³ et des *Novellæ*⁵⁴. Dans la section intitulée *De l'annulation des contrats par les créanciers*, les motifs mentionnent que les articles de la section sont, sauf quelques exceptions, « basés sur des textes précis du Digeste »⁵⁵. Toutefois, ces références n'ont pas nécessairement pour but de justifier un emprunt au droit romain comme règle de droit positif. Elles visent parfois à fournir des renseignements de nature historique qui n'ajoutent pas d'éléments particuliers dans l'établissement du droit bas canadien⁵⁶.

48 François-Maximilien Bibaud, *Essai de logique judiciaire*, Montréal, De Montigny et Cie, 1853, p. 41-42.

49 François-Maximilien Bibaud, *supra*, note 38, *passim*.

50 *Troisième rapport*, p. 406.

51 *Cinquième rapport*, p. 114.

52 *Premier rapport*, p. 11 et 15; *Deuxième rapport*, p. 210; *Quatrième rapport*, p. 15, 31 et 33; *Sixième rapport*, p. 11 et 13 et *Septième rapport*, p. 225 et 259.

53 *Quatrième rapport*, p. 31.

54 *Cinquième rapport*, p. 110 et 136.

55 *Premier rapport*, p. 15.

56 *Deuxième rapport*, p. 222; *Sixième rapport*, p. 13 et *Septième rapport*, p. 259.

À cause de l'obligation faite aux commissaires de se servir du Code français comme modèle, ils se croient vraisemblablement obligés d'expliquer les écarts qu'ils prennent par rapport à ce Code, notamment lorsqu'ils choisissent de ne pas inclure des parties de celui-ci. Ils refusent, par exemple, de retenir dans leur projet de Code la section consacrée aux définitions comprises dans le premier livre du Code français, au motif que des définitions présentent un « caractère purement scolastique ». Pour justifier leur décision, ils renvoient au *Digeste* : « *Omnis definitio in jure civili periculosa est* » (« Toute définition en droit civil est périlleuse »)⁵⁷. Sans chercher à minimiser l'influence de cette citation sur la décision prise par les commissaires, il est vraisemblable que l'élément déterminant pour justifier le rejet du recours aux définitions soit davantage les nombreuses critiques formulées par les auteurs français, notamment Toullier, Duranton et Marcadé, plutôt que le droit romain. Convaincus par la doctrine française, les commissaires s'appuient sur le droit romain qui offre l'avantage de mieux s'inscrire dans la filiation du droit bas-canadien que les commentateurs du Code Napoléon.

À plusieurs endroits dans les rapports, les commissaires étudient des orientations nouvelles sanctionnées par le Code Napoléon. Certaines de ces innovations leur semblent non avenues et ils les rejettent en invoquant parfois l'absence de liens avec le droit romain ou l'Ancien droit⁵⁸. Ainsi, du libellé d'un article sur le mandat qui diffère de l'article correspondant du Code Napoléon, ils affirment que leur article « est conforme au droit romain et à l'opinion de Pothier, de Domat et autres jurisconsultes »⁵⁹. Une disposition du droit des successions qu'ils présentent comme fidèle au droit romain, au droit coutumier et à l'ancienne jurisprudence, mais différente de l'article correspondant du Code français est vue comme « au moins aussi juste » que celui-ci⁶⁰.

Lorsqu'une règle de droit est reconnue par le droit coutumier, mais s'oppose à une disposition nouvelle apparaissant au Code français, les commissaires s'en tiennent, à l'occasion,

57 Lib. 50, t. 17, l. 202, *Premier rapport*, p. 9 et 11.

58 *Cinquième rapport*, p. 122.

59 *Sixième rapport*, p. 19.

60 *Cinquième rapport*, p. 138.

à l'ancienne règle. Ils considèrent souhaitable de réaffirmer la renonciation possible à une succession future par contrat de mariage, alors que le droit civil français prohibe une telle renonciation depuis la codification. Ils justifient le libellé qu'ils proposent en renvoyant à Pothier qui avait repris une règle qui dérivait du droit romain⁶¹. De même, au chapitre *Des quasi-contrats*, ils maintiennent une règle du droit coutumier portant sur l'effet qu'a, sur la gestion d'affaires, la connaissance de cette gestion par le propriétaire. Ils rejettent le libellé du Code français et ajoutent : « L'ancienne règle est conforme aux principes du droit romain et doit être conservée »⁶². Certaines innovations du Code français semblent plus difficiles à repousser en arguant de la fidélité à la tradition. En effet, les commissaires sont peu convaincants lorsqu'ils invoquent le droit romain, le droit canonique et l'ancien droit français pour justifier leur refus de hausser l'âge requis pour contracter mariage. Ils soulignent donc le caractère « juste » de la règle existante et s'en remettent à la sagesse des parents⁶³.

La conformité d'une disposition du projet de Code avec la tradition civiliste française et le Code Napoléon ne constitue pas toujours une solution idéale lorsque, par exemple, elle contredit une des valeurs fondamentales que le nouveau Code entend valoriser. Ainsi, le changement possible de l'assignation primitive de l'assiette d'une servitude devenue trop onéreuse pour le propriétaire du fonds assujéti nie le principe sacré, pour les rédacteurs du Code, de la force obligatoire des conventions. Dans leurs motifs, ils justifient le maintien de la règle qu'ils intègrent au Code en se fondant « sur cette belle maxime du droit romain *quod alteri non nocet et alteri prodest facile conceditur* » (« ce qui ne nuit pas à autrui et est utile à autrui est concédé facilement »)⁶⁴. En revanche, les commissaires privilégient parfois les nouvelles orientations qu'ils entendent donner au Code au détriment d'institutions séculaires. La lésion entre majeurs lors de ventes immobilières ne paraît plus justifiable au milieu du XIX^e siècle, alors qu'elle était reconnue par le droit romain, le droit coutumier et même

61 *Premier rapport*, p. 17.

62 *Premier rapport*, p. 17; voir aussi un autre cas à la page 21.

63 *Deuxième rapport*, p. 176.

64 *Troisième rapport*, p. 404.

le Code français. De l'avis des commissaires, l'intégrité du contrat doit alors primer sur la tradition⁶⁵.

Des dispositions, qui n'ont pas d'équivalent au Code Napoléon, sont proposées par les commissaires avec d'autant plus de facilité qu'elles empruntent au droit romain. Dans le livre sur les obligations, les commissaires ajoutent la crainte à l'erreur, à la violence et au dol comme cause de nullité des contrats. Ils considèrent que leur rédaction rend le projet d'article plus clair que la disposition correspondante au Code français : « L'addition de la crainte à la violence, comme cause de nullité des contrats, restaure en termes exprès la règle du droit romain qui a toujours été réellement et est encore la loi en France »⁶⁶. Le droit romain leur permet également de justifier l'inclusion d'une section intitulée *De l'annulation des contrats par les créanciers*, afin de limiter la fraude à l'égard des tiers. Les articles de cette section - qui en comprend dix, là où le Code français n'en compte qu'un seul - sont, suivant les rédacteurs, « rédigés avec soin et puisés aux sources de notre droit ». Ils ajoutent d'ailleurs qu'ils empruntent « des textes précis du Digeste »⁶⁷. L'appui sur cette source prestigieuse ne semble pas suffire à justifier l'introduction de la section. Les commissaires s'empressent d'ajouter que les emprunts au *Digeste* font partie du droit positif français malgré leur absence dans le Code Napoléon. Le Code civil de la Louisiane a servi d'inspiration⁶⁸. Les commissaires puisent à cette même source, lorsque, dans le livre sur les personnes, ils proposent, dans la continuité du droit romain et de l'Ancien droit⁶⁹, d'accorder aux parents un droit de correction modérée sur leur enfant. D'autres portions du projet de Code sont redevables au droit romain. Le cas des dispositions sur l'emphytéose a déjà été discuté. De même, les commissaires affirment que les dispositions sur le dépôt sont aussi « fondé[es] sur des maximes empruntées au droit romain »⁷⁰.

65 *Premier rapport*, p. 13.

66 *Premier rapport*, p. 11

67 *Premier rapport*, p. 15.

68 Les rédacteurs introduisent aussi des dispositions sur la servitude légale de passage adoptée par les Codes de Louisiane du Canton de Vaud et de la Sardaigne. Ces règles, respectueuses du droit romain et de l'ancienne jurisprudence sont, en outre, présentées comme « justes, et propres à éviter des difficultés qu'il est à propos de prévenir » (*Troisième rapport*, p. 400).

69 *Second rapport*, p. 202.

70 *Sixième rapport*, p. 21.

Les commissaires reconnaissent l'apport du Code Napoléon sur des points où le droit romain était peu loquace et le droit coutumier incertain. L'effort de rationalisation fait par les rédacteurs du Code français pour établir des règles claires sur l'absence est apprécié par les commissaires qui s'en inspirent tout en respectant la tradition du droit bas canadien⁷¹.

Le projet de Code ne se limite pas à synthétiser le droit existant, il s'efforce parfois de le transformer. En effet, certains principes fondamentaux du droit coutumier sont peu prisés des commissaires. Tenants du libéralisme, ils voient le contrat comme la loi des parties et considèrent non avenue la faculté accordée aux tribunaux de réduire les dommages-intérêts stipulés à un contrat lorsque le sens de celui-ci est clair. Ils rejettent les opinions de Charles Du Moulin et de Robert-Joseph Pothier favorables au pouvoir d'intervention des juges et, fort du silence du droit romain et en l'absence d'une législation positive française, ils se rallient aux juristes modernes et surtout à Toullier⁷².

Le comportement des commissaires à l'égard du droit romain n'est pas univoque. Loin d'être dogmatiques à l'égard de la tradition juridique, ils adoptent des positions pragmatiques, suivant les orientations qu'ils entendent donner au Code. Le rejet de règles fondées sur le droit romain qui avaient prévalu sous le droit coutumier leur semble parfois nécessaire. Les commissaires acceptent ainsi l'introduction de règles nouvelles issues du Code Napoléon qui heurtent la tradition civiliste, en niant des principes reconnus par le droit romain ou par l'Ancien droit. Pour justifier de tels emprunts au droit nouveau, ils invoquent alors le caractère « juste »⁷³ ou « préférable »⁷⁴ de règles nouvelles introduites par les rédacteurs du Code Napoléon.

La conformité de certaines dispositions du Code Napoléon avec le droit romain ne constitue pas toujours un gage d'acceptation pour les commissaires. Ainsi, l'article du

71 *Deuxième rapport*, p. 166.

72 *Premier rapport*, p. 19.

73 *Cinquième rapport*, p. 136.

74 *Sixième rapport*, p. 39.

Code français qui prévoit un délai de viduité de dix mois avant un remariage est jugé indésirable parce qu'il introduirait une règle de droit nouveau que les commissaires ne souhaitent pas voir intégrer dans leur projet de Code⁷⁵. Par ailleurs, au livre sur les personnes, ils reconnaissent uniquement la tutelle dative, non sans rappeler l'état du droit romain et du droit français sur cette question⁷⁶. Ils ne retiennent pas davantage, l'estimant injuste, l'article du Code Napoléon qui rejette hors du conseil de famille toute personne qui en avait été exclue et était destituée de la tutelle, et ce, même si l'article français est fondé sur le droit romain⁷⁷.

CONCLUSION

Le droit romain fut une des nombreuses sources utilisées par les commissaires chargés de la rédaction du projet de *Code civil du Bas Canada*. Il est manifeste que, malgré son importance, cette source n'occulte pas les travaux des commentateurs du droit coutumier ou du Code Napoléon. Le droit romain joue tout de même un rôle non négligeable dans le travail confié aux commissaires. Même si les sources romaines citées à l'appui des dispositions du projet de Code se perdent souvent dans de longues énumérations d'autorités, l'identification du droit romain comme source de la majorité des articles permet d'inscrire le projet de Code dans les origines même de la tradition civiliste occidentale. Cette insertion participe certainement à la réception bienveillante du projet de Code civil par le législateur et par la communauté juridique.

En plus de servir d'autorités, les commissaires utilisent le droit romain dans leurs propos explicatifs afin d'affirmer certaines orientations de leurs travaux. Ce faisant, ils permettent tantôt le maintien du droit bas-canadien dans son état, tantôt sa transformation. La considération que les rédacteurs du Code accordent au droit romain est assujettie au respect des grandes orientations qu'ils entendent donner au projet de Code. Malgré leur intérêt manifeste pour le droit romain, ils

75 *Second rapport*, p. 174.

76 *Second rapport*, p. 204 et 206.

77 *Second rapport*, p. 212.

n'ont certainement pas maintenu ou intégré des règles en contradiction avec leur objectif de simplification du droit. L'utilisation que les rédacteurs font du droit romain s'inscrit en partie dans un processus rhétorique. Par leurs propos, les commissaires doivent convaincre le législateur de la pertinence et de la valeur de leurs propositions. L'approche qu'ils adoptent tout au cours de la rédaction du projet de Code relève davantage de l'empirisme que de la démarche scientifique.