

## Louisiana Law Review

---

Volume 63 | Number 4

*Louisiana Bicentenary: A Fusion of Legal Cultures,*

1803-2003

Summer 2003

---

# Systemes de Droit Mixte: un Modèle Pour Le 21e Siècle?

Jean-Louis Baudouin

---

### Repository Citation

Jean-Louis Baudouin, *Systemes de Droit Mixte: un Modèle Pour Le 21e Siècle?*, 63 La. L. Rev. (2003)

Available at: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol63/iss4/8>

This Article is brought to you for free and open access by the Law Reviews and Journals at LSU Law Digital Commons. It has been accepted for inclusion in Louisiana Law Review by an authorized editor of LSU Law Digital Commons. For more information, please contact [kayla.reed@law.lsu.edu](mailto:kayla.reed@law.lsu.edu).

# Systèmes de Droit Mixte: un Modèle Pour Le 21e Siècle? \*

Jean-Louis Baudouin \*\*

Laissez-moi, tout d'abord, vous dire le grand plaisir que j'ai de me retrouver en Louisiane et plus particulièrement à la faculté de droit de la Louisiana State University qui, pour moi, est pleine d'heureux souvenirs. J'ai eu le privilège d'y enseigner deux fois au début des années 70 un cours de première année sur les obligations. J'ai eu la chance, à cette époque, de rencontrer et de me lier d'amitié avec de grands juristes. Certains ont malheureusement disparu, comme Joseph Dainow et Al Tate. D'autres, au contraire, sont encore actifs comme Robert Pascal, Saul Litvinoff, Bill Crawford, Athanassius Yiannopoulos, George Pugh, pour ne mentionner que ceux-là. J'ai eu la bonne fortune aussi, il y a quelques années, d'être invité à donner la Conférence Tucker et de constater combien cette faculté avait évolué.

La faculté de droit de la Louisiana State University a, sous la gouverne de ses chanceliers successifs, pris une expansion considérable et est devenue, en droit comparé et en bijuridisme, un pôle d'attraction non seulement aux États-Unis, mais aussi au plan international.

La Louisiane et le Québec partagent un héritage commun. Les deux ont été sous régime français et ont donc vu leur système juridique influencé par la tradition et la pensée française et, plus particulièrement, par la philosophie et la technique de codification des règles de droit privé. Les deux pays ont également été séparés de la culture de leur mère-patrie et ont dû, pendant une certaine période de temps subir un isolement culturel et intellectuel.

La Louisiane cependant a suivi une évolution différente du Québec.<sup>1</sup> Son système a également été influencé par l'Espagne. Las Siete Partidas, comme l'on démontré des chercheurs comme Robert Pascal, ont joué, elles aussi, un rôle important lors des codifications

---

Copyright 2004, by LOUISIANA LAW REVIEW.

\* The authenticity of this article was ascertained only by the author.

\*\* Professeur de droit à l'Université de Montréal durant vingt-six ans, juge à la Cour d'appel du Québec depuis douze ans et auteur de nombreux ouvrages, deux d'entre eux sur les obligations et la responsabilité civile.

1. See, inter alia: A. Yiannopoulos, "Louisiana Civil Law: A Lost Cause?", 54 Tul. L. Rev. 830 (1980); A. Levasseur, "La réception du système de common law par le système législatif français en Louisiane", M. Doucet et J. Vanderlinden, eds., dans *La réforme des systèmes juridiques: implantation et destin*, Bruxelles, 1994, Bruylant, p. 381; "Le système mixte de la Louisiane," L. Perret et P.F. Bisson, eds., dans *The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2003, p. 201.

successives.<sup>2</sup> Contrairement au Québec, également, l'usage prédominant de la langue anglaise depuis la cession de 1803 a en outre directement influencé les juristes louisianais en leur facilitant l'accès aux auteurs américains, à la jurisprudence américaine et à la common law. Cet accès a été l'un des véhicules importants de la pénétration de ce dernier système dans le droit civil de Louisiane. Par contraste, au Québec, la lutte pour la préservation de la culture et de la langue a fait que les tribunaux sont restés beaucoup plus près de la doctrine et de la jurisprudence françaises. Pendant le 19<sup>e</sup> et la première moitié du 20<sup>e</sup> siècles, les tribunaux québécois voyaient d'ailleurs toute intrusion de la common law comme une menace à l'intégrité du droit civil.<sup>3</sup>

Même si les deux pays sont géopolitiquement américains, leur tradition n'est sûrement pas la même aux plans social, historique, culturel et linguistique.

Toute évaluation critique des systèmes de droit mixte, qu'il s'agisse de la Louisiane, du Québec, de Porto-Rico ou d'autres pays, doit s'appuyer sur les leçons de l'histoire. La perméabilité de chacune de leur culture à la réception d'un autre système a été différente.<sup>4</sup>

Dans cette courte présentation, je tenterai de montrer que les systèmes civilistes et de common law se rapprochent l'un de l'autre. C'est là le résultat normal de la mondialisation. J'argumenterai également toutefois que si des systèmes de droit mixte comme ceux de la Louisiane et du Québec peuvent servir de modèle pour le 21<sup>e</sup> siècle, ceci ne peut et ne doit pas se faire au détriment de leur propre originalité.

## I. LA CONVERGENCE DU DROIT CIVIL ET DE LA COMMON LAW: L'EXPÉRIENCE EUROPÉENNE

Certains juristes rêvent de l'avènement d'un système de droit universel, pour le monde occidental. C'est un rêve, mais aussi une dangereuse illusion basée sur un faux postulat, à savoir qu'en plus de l'existence de valeurs fondamentales communes, chaque pays jouit d'une culture identique à celle des autres. Ce n'est évidemment pas

2. R. Batiza, "The Louisiana Civil Code of 1808: Its Actual Sources and Present Relevance", 46 Tul. L. Rev. 4 (1971); R. Pascal, "Sources of the Digest of 1808: A Reply to Professor Batiza", 46 Tul. L. Rev. 603 (1992).

3. Voir, inter alia: J. Brierley, "Quebec's Civil Law Codification Viewed and Reviewed," 14 McGill L.J. 521 (1968); S. Normand, "Un thème dominant de la pensée juridique au Québec: la sauvegarde de l'intégrité du droit civil," 32 McGill L.J. 559 (1987). Pour un exemple spécifique: H. Fabre-surveyer, "Un cas d'ingérence des lois anglaises dans notre Code civil," 13 R. du B. 245 (1953).

4. *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, V. Palmer, éd., Cambridge U. Press, 2001.

le cas et ne le sera jamais, même en tenant compte de l'influence mondiale des États-Unis.

Il me paraît plus exact d'affirmer au contraire que les différences traditionnelles, parfois, il faut bien l'avouer, artificielles entre les deux régimes, s'érodent lentement. La Louisiane et le Québec sont, à cet égard, des champs d'observation privilégiés.

Cette interaction croissante est principalement le fait du développement moderne des systèmes de communications. La recodification de 1994 au Québec en est un exemple. Les différentes commissions qui ont travaillé sur celle-ci ont eu la possibilité de se référer non seulement au droit français et du continent européen, mais aussi d'emprunter à la common law anglo-américaine.

Ainsi, le Code civil du Québec de 1994 a adopté l'institution de la fiducie,<sup>5</sup> comme la Louisiane d'ailleurs<sup>6</sup> et l'hypothèque mobilière.<sup>7</sup>

L'intégration économique et politique européenne en est aussi un bon exemple. Il me paraît évident que le système de common law du Royaume-Uni et le système civiliste européen ne sont plus complètement et irrémédiablement isolés l'un de l'autre.

Je suis sûr que les juristes allemands, français ou italiens sont de nos jours plus réceptifs à certaines solutions de common law, surtout en matières commerciales et en droit des affaires. Je suis aussi persuadé que les juristes anglais sont davantage au courant de certaines solutions civilistes en matière de droit des contrats et de responsabilité civile. Le Royaume-Uni au XXI<sup>e</sup> siècle admet facilement que la législation est la première et la plus importante source de droit. Pour leur part, la France, l'Italie, l'Espagne et l'Allemagne accordent une importance accrue à l'analyse jurisprudentielle. À cet égard, les idées de François Gény sont maintenant bien traduites dans la réalité.<sup>8</sup>

Trois domaines méritent une analyse plus approfondie. Le premier est celui de la loi. Il n'y a pas de doute possible, la législation est, à l'heure actuelle dans tous les pays occidentaux, la principale source de droit. Il n'est plus possible, avec la grande complexité de la vie moderne, de confier aux tribunaux le soin d'établir les règles du droit des affaires, par exemple. Dans les pays de common law, la source législative est aussi devenue la principale

---

5. Art. 1260 et s. C.c.Q. ; J. Brierley, "The New Quebec Law of Trusts: The Adaptation of Common Law Thought to Civil Law concepts," P. Glenn, éd., dans *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 383.

6. E. Martin, "Louisiana's Law of Trust : 25 years after the Adoption of the Trust Code," 50 La. L. Rev. 501 (1990).

7. Art. 2696 et s. C.c.Q.

8. F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1954.

source du droit positif. Le phénomène est particulièrement visible en Europe, puisque l'intégration politique des pays qui la forment les a contraints à revoir et parfois à refaire leur propre législation pour l'adapter à la législation communautaire.

En dépit toutefois de ces apparences, des différences fondamentales séparent la technique de rédaction des lois entre les pays de droit civil et de common law. En raison de facteurs principalement historiques (la résistance des tribunaux de common law aux pouvoirs du Parlement), la forme dite "statutaire" reste très particulière. Le statut typique de common law contient au départ une série de définitions (totalement inconnues dans les pays civilistes). Les articles de la loi sont ensuite souvent très détaillés et n'énoncent pas de principes généraux. En droit civil, au contraire, le législateur tend à parler en termes abstraits et à laisser aux tribunaux le soin de les appliquer à des situations factuelles particulières.<sup>9</sup>

Au Royaume-Uni et dans tous les pays de common law, est donc né un ensemble fort complexe de règles d'interprétation législative, inconnu des pays de droit civil.<sup>10</sup> Les méthodes d'analyse dites grammaticale, téléologique ou pratique, l'interprétation dite littérale, la règle *ejusdem generis*, par exemple, étonnent le juriste civiliste. En droit civil, en outre, le recours à l'histoire législative et aux travaux préparatoires est un impératif catégorique,<sup>11</sup> alors qu'en common law une telle analyse est vue avec défaveur.<sup>12</sup>

Il n'y a donc pas de doute : le style législatif des deux traditions, et donc par voie de conséquences, les techniques d'interprétation judiciaires restent très éloignées les unes des autres.<sup>13</sup>

Toutefois un coup d'œil rapide sur la législation britannique récente montre que, dans certains cas, la technique a changé et se rapproche davantage du modèle civiliste. Il est possible, à long terme, que l'intégration politique entraîne une meilleure intégration

9. F.P. Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, trad. M. Tancelin, Toronto, Butterworths, 1980.

10. P.A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3e éd., Toronto, Carswell, 2000, p. 1 et s.

11. M. Cantin-Cumyn, "Le recours à l'ancien Code pour interpréter le nouveau," P.A. Côté, éd., dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 161 et s. ; C. Masse, "Le recours aux travaux préparatoires dans l'interprétation du nouveau Code civil du Québec," *ibid.*, p. 149. Aussi : S. Normand, "Les travaux préparatoires et l'interprétation du Code civil du Québec," 27 C. de D. 347 (1986).

12. S. Beaulac, "Parliamentary Debates in Statutory Interpretation : A question of Admissibility or of Weight ?," 43 McGill L.J. 287 (1998).

13. J.L. Bergel, "Spécificités des codes et autonomie de leur interprétation," P.A. Côté, éd., dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application*, *op. cit.*, supra, note 11, p. 3 ; P. Issalys, "La rédaction législative et la réception de la technique française," P. Glenn, éd., dans *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, *op. cit.*, supra note 5, p. 119.

des modes de rédaction. Il restera toutefois à harmoniser les attitudes des tribunaux lorsqu'il s'agira d'interpréter les textes.

Le second domaine est celui de la jurisprudence où l'on observe, à mon avis, une plus grande intégration. Personne en Europe continentale ne remet plus sérieusement en question l'importance de la source jurisprudentielle.<sup>14</sup> Même si les modèles de jugements restent différents, celle-ci est partout considérée comme une source primordiale d'interprétation et d'expression de la normativité.

Certains ont prétendu toutefois qu'on ne pouvait comparer les deux systèmes, en raison du dogme de l'autorité du précédent en common law.<sup>15</sup> Si la chose peut sembler vraie dans l'optique d'une analyse théorique, elle ne se vérifie plus au niveau de la pratique. Personne, de nos jours, ne songerait à argumenter qu'un arrêt de la Cour de cassation française ou de la Cour suprême du Canada n'a pas, dans les faits, une importance décisive et une autorité incontestable sur les tribunaux inférieurs. Cette question a d'ailleurs été largement discutée par la doctrine louisianaise dans la perspective d'une défense contre l'intrusion, en droit civil louisianais, des décisions de common law américaine.<sup>16</sup>

Enfin, l'influence de la doctrine doit aussi être notée. Certes, celle-ci a, en droit civil, une importance beaucoup plus nette comme source de droit que dans le système de common law.<sup>17</sup> Toutefois, là encore, les choses évoluent. J'en prendrai seulement deux exemples. En France, la nouvelle génération d'ouvrages (par exemple le *Traité de droit civil* de Ghestin) donne une importance grandissante à l'analyse de la jurisprudence, rejoignant ainsi les auteurs anglo-américains. Au Canada, la Cour suprême a, pour sa part, renoncé à la règle non écrite traditionnelle qui consistait à ne jamais citer un auteur vivant. Tant en droit privé qu'en droit public, la Cour suprême du Canada ne se prive pas d'évoquer, parfois abondamment, la doctrine canadienne ou même étrangère à l'appui de ses solutions.

En conclusion donc sur ce premier point, on peut observer, même s'il existe encore d'importantes différences séparant les pays de

14. Voir par exemple pour la France : J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-magnan, *Traité de droit civil : introduction générale*, 4e éd., Paris, L.G.D.J., p. 432 et s.

15. R. Cross, *Precedent in English Law*, 3d ed., London, Oxford University Press, 1978.

16. *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdiction*, J. Dainow, ed., Baton Rouge, L.S.U. Press, 1974 ; J. Dennis, « Interpretation and Application of the Civil Code and the Evolution of Judicial Precedent », 54 La. L. Rev. 1 (1993).

17. J. Ghestin et al, *op. cit.*, *supra* note 14, p. 575 et s. ; S. Herman, « The Romanist Tradition in Louisiana : Legislation, Jurisprudence and Doctrine », 56 La. L. Rev. 257 (1995).

tradition civiliste et ceux de common law, que celles-ci ne constituent plus une fin de non-recevoir totale à une influence réciproque. L'expérience européenne sera à cet égard, au 21<sup>e</sup> siècle, un champ d'observation particulièrement intéressant.<sup>18</sup>

Les pays comme la Louisiane et le Québec qui ont eu l'occasion de vivre les deux traditions et donc d'avoir à leur endroit une vision critique, ont eux réussi à assimiler les éléments essentiels de ces deux grandes cultures. C'est pourquoi, à mon avis, ils peuvent servir d'exemple et de modèle de bijuridisme authentique et concret.

## II. LA CONVERGENCE DU DROIT CIVIL ET DE LA COMMON LAW: LES LEÇONS DE L'EXPÉRIENCE LOUISIANAISE ET QUÉBÉCOISE

L'expérience louisianaise et québécoise n'a cependant pas été que positive. Certains inconvénients ou dangers de la mixité des droits peuvent être notés et devraient servir d'avertissement à ceux qui croient que le bijuridisme ne peut être qu'une aventure d'un indiscutable bénéfice.

Du côté de l'actif, les deux pays peuvent sans nul doute offrir leur expérience dans l'enseignement du droit. La méthode anglo-américaine dite socratique peut, avec certaines adaptations, être utilisée avec profit pour l'enseignement de certaines parties du droit civil. Il est aussi pertinent de noter que les champs traditionnels de la common law pourraient profiter d'une méthode d'enseignement plus synthétique comme celle du droit civil, qui permet d'identifier plus facilement les principes généraux et la façon de les appliquer à des situations concrètes.

Au Québec, deux expériences récentes dans l'enseignement du droit peuvent être notées. Elles sont cependant trop récentes pour que l'on puisse vraiment en tirer des conclusions définitives. La faculté de droit de l'Université McGill a adopté un nouveau programme de 4 ans où droit civil du Québec et common law canadienne sont enseignés ensemble. La faculté de droit de l'Université de Montréal, de son côté, continue à suivre un programme d'enseignement traditionnel de 3 ans, mais offre en option une quatrième année de common law anglo-américaine. Encore une fois, ces expériences sont trop récentes pour pouvoir en tirer des conclusions fermes.<sup>19</sup>

Au plan législatif, le gouvernement fédéral en 1997 a publié une série d'études intéressantes destinée à harmoniser la législation

---

18. M. Bridge, « The Evolution of Common Law in the United Kingdom and the Influence of European Law », L. Perret et A.F. Brisson, éd., dans *The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, op. cit., supra note 1, p. 57.

19. A. Popovici, « Aperçu de l'enseignement au Québec du droit comparé et de l'enseignement comparatif du droit, » 36 R.J.T. 803.

fédérale et le nouveau Code civil du Québec de 1994.<sup>20</sup> Ces études, par la suite, ont donné naissance à des propositions de modifications du droit statutaire canadien. D'ailleurs, le législateur fédéral, de nos jours, rédige les deux versions officielles anglaise et française en tentant de respecter les techniques de chacune des deux traditions. Là aussi, cette initiative pourrait peut-être servir d'inspiration au législateur européen.

Enfin, la Louisiane et le Québec peuvent aussi servir d'exemple en matière de rédaction des jugements. Les deux pays, à cet égard, se sont ralliés à la tradition de la common law, selon laquelle chaque juge peut rédiger une opinion personnalisée et peut aussi être dissident.<sup>21</sup> L'adoption de ce modèle, en droit civil, n'a jamais constitué une menace à son intégrité, mais a, bien au contraire, servi de stimulant et d'enrichissement de la normativité juridique. La tradition française de l'arrêt formel se situe exactement à l'opposé, laissant tout loisir à une interprétation jurisprudentielle qui tient souvent de l'exégèse.

Il existe toutefois, en droit mixte, certains embûches et aspects négatifs de la rencontre des deux systèmes. Ce n'est pas, d'abord, parce que les contextes politique et géographique ont une influence certaine sur la forme et le contenu civiliste, dans des pays comme la Louisiane ou le Québec, que la common law doit nécessairement être adoptée dans son ensemble à l'intérieur de leurs systèmes. L'influence de la common law peut être intéressante au plan des solutions du droit positif. Toutefois, elle ne doit pas avoir pour effet d'entraîner l'abandon de la méthodologie civiliste et de la prédominance des principes généraux codifiés.

L'harmonisation des deux systèmes doit reposer, en effet, sur un postulat fondamental. Les solutions ponctuelles de common law importées en droit civil doivent être compatibles avec l'ensemble de ce système. En d'autres termes, il n'existe pas vraiment de bijuridisme si les solutions importées ne peuvent être complètement intégrées dans le système qui les reçoit et continuent à vivre, en quelque sorte, une vie indépendante, tributaire de leur propre système d'interprétation et de leurs propres sources de références étrangères.<sup>22</sup>

---

20. *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism*, Ottawa, Department of Justice, 1997; M. Dion, "Bijuridisme canadien et harmonisation du droit," L. Perret et A.f. Bisson, éd., dans *The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, op. cit., supra note 1, p. 188. Voir aussi : Bill S-22.

21. E. Deleury et C. Tourigny, "L'organisation judiciaire, le statut des juges et le modèle des jugements dans la Province de Québec," P. Glenn, éd., dans *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, op. cit., supra, note 5, p. 191.

22. Pour un exemple intéressant du droit civil québécois, voir l'histoire de l'interprétation de l'article 1056 C.C.B.C. : J.I. Baudouin, *La responsabilité civile*



En d'autres termes, la règle d'or doit être que les solutions importées doivent s'intégrer complètement dans le système civiliste et ne pas créer deux ordres normatifs séparés, à l'intérieur de celui-ci, chacun jouissant de sa vie propre, de ses règles d'interprétation particulières et de sa propre référence à la hiérarchie des sources. Le système n'est plus alors un système mixte véritable, vu le défaut d'intégration. Il n'existe qu'une simple superposition.

D'une façon générale, la Louisiane et le Québec, à des degrés différents, ont relativement bien réussi, au cours des années, à harmoniser les deux systèmes. Parfois cette harmonisation s'est faite au prix du rejet complet d'une tentative d'importation, lorsque le système civiliste pouvait déjà offrir une solution au problème posé. Deux exemples peuvent être cités en droit québécois. Pendant un certain temps, certains juges dans des affaires de responsabilité civile avaient importé la notion de common law de l'«invitee, licensee et trespasser» pour définir l'intensité de l'obligation de sécurité du propriétaire. La Cour suprême du Canada a sonné le glas de cette théorie, estimant que l'évaluation circonstancielle de la faute civile suffisait.<sup>23</sup>

Un second exemple a été la tendance de certains tribunaux d'adopter, en matière de diffamation, la défense de common law du «fair comment». Là encore, tout récemment, la Cour suprême a tranché que l'importation de ce type de défense en droit civil était complètement inutile.<sup>24</sup>

\* \* \*

En cette année du bicentenaire de la cession de la Louisiane, on doit conclure que la Louisiane et le Québec qui ont eu la chance, et parfois aussi le malheur, de s'inspirer des deux grandes traditions pourraient fort bien servir de modèles pour le droit de l'avenir.

L'influence d'un système étranger sur le sien propre ne peut plus être traitée et vécue comme une réalité pernicieuse et négative, comme ce fut le cas, du moins au Québec au 19<sup>e</sup> et à l'aube du 20<sup>e</sup> siècles, en raison d'une lutte alors entreprise pour la survie à la fois de la langue française et du droit civil. Toutefois, cet éventuel modèle doit tenir compte du respect dû à la culture et aux traditions nationales. On ne peut tout simplement pas adopter partie d'un système étranger, sans exercer à son égard une discrimination prudente et éclairée. L'exemple de la survie du système civiliste en Louisiane et au Québec, tout en acceptant une certaine mixité,

---

*délictuelle*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, nos 914 et s., p. 425 et s.

23. *Rubis v. Gray Rocks Inn*, 1 R.C.S. 452 (1982). A. Mayrand, "À quand le trépas du trespasser?," [1961] R. du B. 16.

24. *Prud'homme v. Prud'homme*, S.C.L. 85 (2002).

constitue, à cet égard, un modèle important pour les pays qui, au cours du 21<sup>e</sup> siècle, chercheront à atteindre une intégration politique et juridique.

Je pense donc que la Louisiane et le Québec peuvent être fiers de montrer au monde entier que leur système juridique est à la fois fonctionnel, autonome et distinct du modèle d'inspiration originale.

Permettez-moi en conclusion de remercier encore la section louisianaise de l'Association Henri Capitant, le Chancelier John Costonis et tout particulièrement mon collègue et ami Alain Levasseur pour cette invitation à participer à une rencontre qui s'avère des plus intéressantes.

