

Les Cahiers de droit



L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada

Louis LeBel and Pierre-Louis Le Saunier

Volume 47, Number 2, 2006

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043886ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043886ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

The interplay between the common law and the civil law at the Supreme Court of Canada is characterized by several types of relationships that are structured in ways that vary from one period to another and from one area of the law to another. Although the Supreme Court's concern in its early years was to standardize the law, the specificity and autonomy of the civil law came to be recognized, which has led to a genuine dialogue between the two legal traditions. This dialogic relationship has been reinforced by sociological, cultural, technical, institutional and legal factors. As a result of their dialogue, each of the traditions influences the other through the occasional borrowing of legal solutions or through references made in comparative law analyses. The authors also show that there is at the present time no real convergence between the two legal traditions. Convergent relationships are limited to situations in which similar legal concepts or problems exist in the two traditions. Moreover, divergent relationships sometimes lead to conflict between the traditions. The authors accordingly believe that the civil law and the common law will continue to evolve in parallel, while influencing each other in a manner consistent with the general principles and structure of each tradition's legal system.

Cite this article

LeBel, L. & Le Saunier, P.-L. (2006). L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada. *Les Cahiers de droit*, 47(2), 179–238. <https://doi.org/10.7202/043886ar>

L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada

Louis LEBEL* et Pierre-Louis LE SAUNIER**

L'état des relations entre la common law et le droit civil à la Cour suprême du Canada se caractérise par plusieurs types de rapports qui s'articulent de manières différentes selon les époques et les domaines du droit. Alors qu'au début de son histoire la Cour suprême pratiquait une politique d'uniformisation du droit, la reconnaissance de la spécificité et de l'autonomie du droit civil a permis l'émergence d'un véritable dialogue entre les deux traditions juridiques. Ce rapport dialogique est aussi accentué par la présence de facteurs sociologiques, culturels, techniques, institutionnels et juridiques. À travers leur dialogue, les traditions exercent une influence réciproque par l'emprunt épisodique de solutions juridiques ou encore par des références dans le cadre d'analyses de droit comparé. Les auteurs font aussi ressortir le fait qu'il n'existe pas à l'heure actuelle de véritable convergence entre les deux traditions juridiques. Les rapports de convergence se limitent aux situations où les traditions ont des concepts ou des problèmes juridiques similaires. Par ailleurs, les traditions s'opposent parfois dans des rapports de divergence. Ainsi, les auteurs demeurent d'avis que le droit civil et la common law continueront d'évoluer en parallèle en se laissant influencer mutuellement dans le respect des principes généraux et de l'économie des régimes juridiques qui leur sont propres.

The interplay between the common law and the civil law at the Supreme Court of Canada is characterized by several types of relationships that are structured in ways that vary from one period to another

* Juge, Cour suprême du Canada.

** Avocat, Stikeman Elliott.

and from one area of the law to another. Although the Supreme Court's concern in its early years was to standardize the law, the specificity and autonomy of the civil law came to be recognized, which has led to a genuine dialogue between the two legal traditions. This dialogic relationship has been reinforced by sociological, cultural, technical, institutional and legal factors. As a result of their dialogue, each of the traditions influences the other through the occasional borrowing of legal solutions or through references made in comparative law analyses. The authors also show that there is at the present time no real convergence between the two legal traditions. Convergent relationships are limited to situations in which similar legal concepts or problems exist in the two traditions. Moreover, divergent relationships sometimes lead to conflict between the traditions. The authors accordingly believe that the civil law and the common law will continue to evolve in parallel, while influencing each other in a manner consistent with the general principles and structure of each tradition's legal system.

	<i>Pages</i>
1 La coexistence des traditions	182
1.1 Les tentatives d'uniformisation.....	182
1.2 L'affirmation de la spécificité du droit civil.....	186
1.2.1 L'influence du juge Mignault.....	187
1.2.2 L'influence du juge Pigeon.....	189
1.2.3 L'influence du juge Beetz.....	194
1.3 L'exemple de la bonne foi.....	197
2 Le dialogue des traditions	202
2.1 L'émergence d'un rapport dialogique.....	202
2.1.1 L'influence de la common law sur le droit civil.....	203
2.1.2 L'influence du droit civil dans les causes de common law.....	206
2.1.3 Les facteurs expliquant le rapport dialogique.....	210
2.2 Les rapports de divergence.....	219
2.2.1 La diffamation.....	219
2.2.2 Les dommages-intérêts.....	221
2.2.3 L'interaction du droit provincial avec le droit fédéral.....	226
2.2.4 Les problèmes de la mixité du droit québécois.....	227
2.3 Les rapports de convergence.....	227
2.3.1 L'enrichissement sans cause.....	228
2.3.2 Les méthodes d'interprétation.....	230

2.3.3 Les facteurs expliquant la convergence.....	231
2.3.4 L'existence d'une véritable convergence	232
2.4 Les rapports conflictuels	233
Conclusion	237

En raison de son évolution historique, le Canada possède deux grandes traditions juridiques : le droit civil et la common law. Au-delà de leurs différences sur le plan du droit substantif, les juristes distinguent souvent ces deux traditions sur le plan méthodologique. La common law se démarquerait ainsi du droit civil par ses règles d'interprétation, la hiérarchie de ses sources et son raisonnement inductif fondé sur la jurisprudence. Le droit civil, quant à lui, reposerait davantage sur la primauté des lois écrites et codificatrices en tant que principale source de droit. Sa méthode de raisonnement déductive s'articulerait en fonction de principes généraux qui sous-tendent les dispositions législatives. Du moins en théorie, la jurisprudence n'acquerrait dès lors qu'une importance secondaire par rapport à la loi, tout en conservant un rôle significatif dans le raisonnement juridique. Le précédent n'aurait pas la même portée qu'en common law.

Tout au long de son histoire, la Cour suprême du Canada a constitué à la fois un lieu privilégié d'expression de la dualité juridique au pays, de même qu'un acteur influent dans l'évolution des rapports entre le droit civil et la common law. Dès lors, il s'avère intéressant d'étudier la nature des rapports entre le droit civil et la common law à la Cour suprême et la mesure de l'influence de cette institution sur l'expression de cette dualité. Le rôle de la Cour suprême dans l'appareil judiciaire canadien, son développement institutionnel, sa culture juridique inspirée par le bilinguisme et le bijuridisme, en plus des principes jurisprudentiels importants qu'elle a dégagés au cours de son histoire, représentent autant de facteurs dont il faut tenir compte pour comprendre la dynamique des rapports entre les deux traditions juridiques au sein de l'institution. Des facteurs sociologiques, économiques et techniques présents dans la société ont aussi contribué à façonner ces rapports à la Cour suprême.

C'est dans cette perspective que nous nous proposons d'analyser dans le présent article la nature et l'étendue des rapports entre la common law et le droit civil à la Cour suprême du Canada. Ce sujet forme un aspect du problème beaucoup plus étendu des rapports entre les deux traditions juridiques. Le cadre plus restreint de notre étude permettra de mettre en

lumière différents types de rapports. Après une période initiale qui fut marquée par des tentatives d'uniformisation du droit au Canada, la relation entre les deux traditions juridiques se caractérise par des rapports de divergence accentués, notamment, par l'affirmation de la spécificité du droit civil par rapport à la common law. Une fois l'autonomie de principe du droit civil reconnue, il faut constater l'émergence d'un dialogue qui permet aux deux traditions d'exercer une influence mutuelle tout en conservant certains rapports conflictuels. Ce constat mène à l'inévitable question de savoir s'il existe une convergence et une harmonisation entre les deux traditions. Elle sera abordée en fin d'analyse.

1 La coexistence des traditions

1.1 Les tentatives d'uniformisation

La jurisprudence issue de la période historique qui suit la création de la Cour suprême du Canada est marquée par des tentatives d'uniformisation du droit. Le contexte politique dans lequel s'inscrit la création de la Cour suprême, en 1875, explique en partie cette tendance à favoriser les solutions uniformes. Les acteurs politiques de l'époque donnent à la Cour suprême une position importante dans la structure politique nationale de manière à favoriser l'émergence d'un système de droit et de jurisprudence unifié, qui contribuerait ainsi à l'unification du pays¹. Cet objectif d'unification s'inscrit aussi dans un mouvement international, apparu durant la seconde moitié du XIX^e siècle, qui favorise l'unification des droits nationaux et la construction positive d'un droit uniforme².

Ce contexte fit en sorte que des volontés d'unification se manifestèrent rapidement dans la jurisprudence de la Cour suprême. Légitimée par son rôle national, celle-ci n'hésita pas à adopter une approche centrée sur la common law pour résoudre des questions juridiques relevant du droit civil. À cet égard, il convient aussi de se rappeler que la Cour suprême n'était pas alors le tribunal de dernière instance. L'appel demeurait encore possible devant le Conseil privé. Le problème des rapports entre le droit civil et la common law s'accroissait en raison de l'influence de cette haute instance sur l'aménagement des relations entre les deux systèmes de droit. Cette influence confortait la Cour suprême dans une volonté apparente

1. J.G. SNELL et F. VAUGHAN, *The Supreme Court of Canada: History of the Institution*, Toronto, The Osgoode Society, 1985, p. 4-5.

2. H.P. GLENN, «Le droit comparé et la Cour suprême du Canada», dans E. CAPARROS (dir.), *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 200, à la page 205.

d'unification des systèmes juridiques. Par exemple, dans l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Robinson*³, la Cour suprême refusa d'indemniser une veuve sur la base du *solatium doloris*, alors que cette notion a toujours été ancrée dans les principes de droit civil⁴. La Cour suprême décida que l'article 1056 du *Code civil du Bas Canada* qui permettait aux conjoints et descendants d'une personne de poursuivre le responsable de sa mort pour les dommages résultant du décès n'était qu'une reproduction des lois d'Angleterre en vertu desquelles l'indemnisation pour *solatium doloris* n'était pas permise. Les commentaires des juges font bien ressortir la tendance de la Cour suprême à favoriser l'application uniforme du droit. De l'avis du juge Ritchie :

The code appears to me to have intended to embody the provisions of the statute passed when Ontario and Quebec were in union and to be substantially the same, and under which statute the same rule for assessing damages would be applicable alike to Ontario and Quebec; and this I cannot think the code intended to alter, and which rule, on the authority of the cases in Ontario as well as those in England under a similar statute and from which the Canadian act was copied, clearly excludes damages by way of solatium for wounded feelings⁵.

Pour sa part, le juge Taschereau ajoutait ceci : « It cannot have been intended by this legislation, that if a man was killed in Upper Canada, no solatium should be granted to his wife or legal representatives by way of damages, but that if he was killed in Lower Canada, such a solatium could be given⁶. »

D'autres décisions de l'époque témoignent également de la volonté de la Cour suprême d'uniformiser le droit. Dans l'affaire *Renaud c. Lamothe*⁷, elle choisit d'interpréter la liberté de tester en fonction du droit anglais, respectant ainsi l'origine anglaise de ce principe, mais ne prêtant aucune attention aux spécificités du *Code civil du Bas Canada*. Le juge Girouard écrivait alors :

Allons-nous décider que la capacité de donner et recevoir par testament, qui incontestablement est d'ordre public et nous vient du droit anglais, doit être interprétée par la jurisprudence française ? Non, je ne puis accepter cette proposition, d'autant plus qu'il est de l'intérêt de la province de Québec et de toute la Puissance, que, sur un sujet comme celui que nous considérons, il y ait uniformité de jurisprudence.

3. *Canadian Pacific Railway Co. c. Robinson*, (1887) 14 R.C.S. 105.

4. Il faudra près de 100 ans à la Cour suprême pour reconnaître, dans l'arrêt *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268, que l'indemnisation sur la base du *solatium doloris* s'inscrit naturellement dans la pleine reconnaissance des dommages moraux en droit civil : voir *infra*, section 2.2.2.

5. *Canadian Pacific Railway Co. c. Robinson*, précité, note 3, 111.

6. *Id.*, 124.

7. *Renaud c. Lamothe*, (1903) 32 R.C.S. 357.

Singulier spectacle que serait celui où un legs, comme celui fait aux héritiers Renaud, serait valide dans toutes les provinces, à l'exception de Québec et ce pour raison d'ordre ou d'intérêt public⁸.

Sur le plan méthodologique, deux traits distinctifs dans la jurisprudence illustrent la nature des problèmes d'interaction du droit civil et de la common law à l'époque⁹. Le premier consiste en une interprétation du Code civil comme une loi ordinaire. Cette technique écartait ainsi les méthodes d'interprétation qui lui sont propres : une interprétation large qui tient compte de l'économie du Code et de ses principes généraux sous-jacents ainsi que la possibilité de recourir aux rapports des codificateurs¹⁰. À cet égard, la Cour suprême se conformait à la jurisprudence du Conseil privé, en ayant recours à l'interprétation littérale¹¹. Quant au second élément distinctif, il s'agit de l'application automatique et sans discernement des précédents de common law en cas d'ambiguïté de la loi ou lorsque les questions à résoudre en droit civil et en common law sont similaires¹².

Au-delà de la volonté manifeste d'unifier le droit au Canada et de contribuer à l'édification d'un ordre juridique national, d'autres facteurs expliquent la difficile cohabitation du droit civil et de la common law à la Cour suprême à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle. D'abord, bien que la Cour traitât à la fois d'affaires de droit civil et de common law, son mode de fonctionnement dans les deux catégories de dossiers était alors conditionné par les méthodes judiciaires de la common law, notamment

8. *Id.*, 364-365.

9. Pour une analyse plus détaillée des difficultés d'interprétation du droit civil à l'époque, voir : F. ALLARD, «La Cour suprême du Canada et son impact sur l'articulation du bijuridisme», dans CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien (Fascicule n° 3)*, Ottawa, ministère de la Justice, 2001, aux pages 8 et 9 ; J.-L. BAUDOUIN, «L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada», (1975) 53 *R. du B. can.* 715, 718-735 ; P. AZARD, «La Cour suprême du Canada et l'application du droit civil de la Province de Québec», (1965) 43 *R. du B. can.* 553, 555-557. Pour une liste de la jurisprudence pertinente, voir : E. CAPARROS, «La Cour suprême et le Code civil», dans G.-A. BEAUDOIN (dir.), *La Cour suprême du Canada : actes de la conférence d'octobre 1985*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 107, à la page 109 ; R. BOULT, «Aspects des rapports entre le droit civil et la common law dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada», (1975) 53 *R. du B. can.* 738, 747-755.

10. À titre d'exemple, voir : *Lamontagne c. Quebec Railway Light, Heat and Power Co.*, (1915) 50 R.C.S. 423, 427 ; *Town of Montreal West c. Hough*, [1931] R.C.S. 113, 121.

11. Voir : *Quebec Railway, Light, Heat and Power Co. v. Vandry*, [1920] A.C. 662 ; *Herse v. Dufaux*, [1872] L.R. 4 P.C. 489 ; *McArthur v. Dominion Cartridge Company*, [1905] A.C. 72, 77 ; *Maclaren v. Attorney General for Quebec*, [1914] A.C. 258, 279.

12. Voir : *Renaud c. Lamothe*, précité, note 7, 364-365 ; *Drysdale c. Dugas*, (1895) 26 R.C.S. 20, 21 ; *Colonial Real Estate Co. c. Communauté des Sœurs de la Charité de l'Hôpital Général de Montréal*, (1918) 57 R.C.S. 585, 590.

celle du *stare decisis*, notion étrangère à l'origine au droit civil¹³. De plus, la formation de common law reçue par la majorité des juges et leur expérience professionnelle ne favorisaient pas la prise en considération des deux traditions juridiques, situation accentuée par le fait que la langue première utilisée en droit civil était le français¹⁴. La doctrine a même relevé le fait que la bibliothèque de la Cour suprême était mal pourvue à l'époque en ouvrages de droit civil¹⁵.

Ainsi, la culture juridique au sein de la Cour suprême constituait un obstacle additionnel au transfert des connaissances, à l'échange bénéfique entre les deux traditions et à la prise en considération des spécificités du droit civil, tant sur le plan du droit substantif que sur le plan de la méthodologie. Cela explique pourquoi les tentatives d'uniformisation s'effectuèrent principalement à partir des institutions, principes et méthodes de raisonnement propres à la common law, phénomène que plusieurs commentateurs ont qualifié d'« unification du droit à sens unique¹⁶ ». Il semble que les rares cas d'intégration des principes de droit civil en common law se soient effectués par le filtre de la jurisprudence de l'Angleterre lorsque cette dernière adoptait des principes de droit civil¹⁷, soit simplement pour renforcer une conclusion à laquelle en arrivait la Cour suprême autrement¹⁸.

Dans ce contexte, il est aisé de comprendre comment la common law eut une influence significative sur les institutions du droit civil qui furent très souvent interprétées à l'aide de concepts de common law. Parmi les domaines du droit civil qui subirent l'influence de la common law, notons la puissance paternelle, les droits réels, la cause dans les contrats, la volonté testamentaire, les libéralités entre vifs et le domaine des fiducies¹⁹.

L'approche de la Cour suprême, mais aussi du Conseil privé, a fait l'objet de nombreuses analyses dans la doctrine. Plusieurs auteurs ont en effet critiqué, parfois vigoureusement, les tentatives d'uniformisation et le

13. H.P. GLENN, « La Cour suprême du Canada et la tradition du droit civil », (2001) 80 *R. du B. can.* 151, 154; E. CAPARROS, *loc. cit.*, note 9, 110.

14. E. CAPARROS, *loc. cit.*, note 9, 109.

15. H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 2, 207; J.G. SNELL et F. VAUGHAN, *op. cit.*, note 1, p. 75 et 112.

16. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 9, 718-719; E. CAPARROS, *loc. cit.*, note 9, 110; J.-L. BAUDOUIN, « La Cour suprême et le droit civil québécois : Un bilan, un constat, une perspective », dans G.-A. BEAUDOIN (dir.), *op. cit.*, note 9, p. 125, à la page 127; H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 2, 207.

17. Voir : *Canadian Merchant Marine Ltd. c. Canadian Trading Co.*, (1922) 64 R.C.S. 106.

18. Voir : *Morang & Co. c. Lesueur*, (1911) 45 R.C.S. 95, 98 (j. en chef Fitzpatrick); *Bark-Fong c. Cooper*, (1913) 49 R.C.S. 14, 16 (j. en chef Fitzpatrick); *Union Natural Gas Co. c. Chatham Gas Co.*, (1918) 56 R.C.S. 253, 259 (j. en chef Fitzpatrick).

19. P. AZARD, *loc. cit.*, note 9, 555-556.

recours indu aux principes de common law dans l'interprétation et l'application du droit civil²⁰. Cette critique reflète l'émergence, durant la première moitié du xx^e siècle, d'un mouvement d'affirmation de la spécificité du droit civil et des méthodes de raisonnement qui lui sont propres. Ce mouvement contribua aussi au respect et à la pleine reconnaissance du droit civil tout en accentuant les rapports de divergence entre les deux traditions juridiques à la Cour suprême.

1.2 L'affirmation de la spécificité du droit civil

La tendance de la Cour suprême et du Conseil privé à recourir systématiquement à la common law pour résoudre les questions de droit civil provoque l'apparition d'un mouvement vigoureux d'affirmation et de revendication de la spécificité du droit civil²¹. Ce mouvement de défense de l'intégrité du droit civil qui s'amorça au début du xx^e siècle permit de faire contrepoids à l'attitude d'uniformisation de la Cour suprême et influença profondément son approche à l'égard du droit civil. Il émanait tant de la doctrine que des juges, notamment du juge Mignault qui siégea à la Cour suprême de 1918 à 1929. Ce dernier influença d'ailleurs aussi bien la doctrine civiliste que la jurisprudence.

20. P.-B. MIGNAULT, «Les rapports entre le droit civil et la «common law» au Canada, spécialement dans la province de Québec», (1932) 11 *R. du D.* 201; P. AZARD, *loc. cit.*, note 9; E. CAPARROS, *loc. cit.*, note 9; S. NORMAND, «Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec: La sauvegarde de l'intégrité du droit civil», (1987) 32 *R.D. McGill* 559; J.-G. CASTEL, «Le juge Mignault défenseur de l'intégrité du droit civil québécois», (1975) 53 *R. du B. can.* 544; P. PATENAUDE, «Le Québec et la Cour suprême», (1976) 14 *Alta. Law Rev.* 138; J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 9; J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 16, 126-129; J.-L. BAUDOUIN, «Conflits nés de la coexistence juridique», dans M. WADE et J.-C. FALARDEAU (dir.), *Dualité canadienne, essais sur les relations entre Canadiens français et Canadiens anglais*, Toronto, University of Toronto Press, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1960, p. 106; J.-L. BAUDOUIN, «The Impact of the Common Law on the Civilian System of Louisiana and Quebec», dans J. DAINOW (dir.), *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1974, p. 1, à la page 1; P.-A. CRÉPEAU, «Le droit de la Province de Québec», (1964) 24 *R. du B. can.* 546; É. FABRE-SURVEYER, «Un cas d'ingérence des lois anglaises dans notre Code civil», (1953) 13 *R. du B.* 245; A. MAYRAND, «Le droit comparé et la pensée juridique canadienne», (1957) 17 *R. du B.* 1.

21. Voir: S. NORMAND, *loc. cit.*, note 20, 568-578; H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 2, 208-210; P.-G. JOBIN, «Le droit comparé dans la réforme du *Code civil du Québec* et sa première interprétation», (1997) 38 *C. de D.* 477, 484.

1.2.1 L'influence du juge Mignault

L'œuvre du juge Mignault modifia profondément le cours de l'histoire de l'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême. Figure marquante du courant intellectuel de valorisation du droit civil, il en fut l'un des précurseurs et compte parmi les plus ardents défenseurs de l'autonomie et de la spécificité du droit civil. La contribution du juge Mignault au renforcement de l'unité conceptuelle et à l'application plus rigoureuse des principes et méthodes du droit civil est indéniable²². Plusieurs de ses opinions dans les jugements de la Cour suprême permettent d'apprécier la vigueur et la netteté de sa position. Par exemple, dans l'arrêt *Desrosiers c. Le Roi*²³, il écrivait ceci à propos de l'utilisation des précédents de common law dans les affaires de droit civil :

Il me semble respectueusement qu'il est temps de réagir contre l'habitude de recourir, dans les causes de la province de Québec, aux précédents du droit commun anglais, pour le motif que le code civil contiendrait une règle qui serait en accord avec un principe du droit anglais. Sur bien des points, et surtout en matière de mandat, le code civil et la common law contiennent des règles semblables. Cependant le droit civil constitue un système complet par lui-même et doit s'interpréter d'après ses propres règles. Si pour cause d'identité de principes juridiques on peut recourir au droit anglais pour interpréter le droit civil français, on pourrait avec autant de raisons citer les monuments de la jurisprudence française pour mettre en lumière les règles du droit anglais. Chaque système, je le répète, est complet par lui-même, et sauf le cas où un système prend dans l'autre un principe qui lui était auparavant étranger, on n'a pas besoin d'en sortir pour chercher la règle qu'il convient d'appliquer aux espèces bien diverses qui se présentent dans la pratique journalière²⁴.

Le juge Mignault réitéra cette opinion à plusieurs reprises dans des arrêts subséquents²⁵. Après son départ de la Cour suprême, cette dernière continua de réaffirmer l'autonomie de principe du droit civil dans l'affaire *Hallé c. Canadian Indemnity Company*²⁶ en droit des assurances ainsi que dans l'affaire *Eaton c. Moore*²⁷, pour rejeter la distinction de common law

22. Pour une analyse plus détaillée, voir : J.-G. CASTEL, *loc. cit.*, note 20 ; F. ALLARD, *loc. cit.*, note 9, 10-12 ; F. VAUGHAN, « Civil Code Influences on the Supreme Court of Canada, 1875-1980: Particularly in Contract and Negligence », (1986) 20 *L.S. Upper Can. Gaz.* 48, 59-61.

23. *Desrosiers c. Le Roi*, (1920) 60 R.C.S. 105.

24. *Id.*, 126.

25. Voir : *Colonial Real Estate Co. c. Communauté des Sœurs de la Charité de l'Hôpital Général de Montréal*, précité, note 12, 603 ; *Mile End Milling Co. c. Peterborough Cereal Co.*, [1924] R.C.S. 120, 129 ; *Grace and Co. c. Perras*, (1921) 62 R.C.S. 166, 172 ; *Duchaine c. Matamajaw Salmon Club*, (1922) 58 R.C.S. 222, 246. Voir aussi *Curley c. Latreille*, (1919) 60 R.C.S. 131, 177.

26. *Hallé c. Canadian Indemnity Company*, [1937] R.C.S. 368, 384.

27. *Eaton c. Moore*, [1951] R.C.S. 470, 476.

fondée sur le statut de *trespasser*, de *licensee* ou d'*invitee* en matière d'obligations du maître des lieux à l'égard des personnes qui s'y trouvent.

Les écrits du juge Mignault témoignent aussi de sa volonté de défendre vigoureusement l'autonomie du droit civil et la valorisation de ses sources. Cet extrait d'un article paru en 1936 le démontre, en insistant à nouveau sur la spécificité et l'autonomie des méthodes du droit civil :

Chaque système juridique a sa méthode qui seule lui convient. On ne doit pas lui appliquer les méthodes d'un autre système, pas plus qu'on ne doit lui imposer des principes étrangers à l'économie de son droit. Dans la Province de Québec nous suivons le mode de raisonnement qui a toujours prévalu dans le droit civil en France et à Rome. L'autorité qu'on reconnaissait aux réponses des juristes (*responsa prudentium*) dans le droit romain est indiscutable. Toute notre tradition juridique repose sur cette conception²⁸.

Les efforts du juge Mignault et des civilistes de l'époque entraînent alors ce que certains auteurs décrivent comme une « rupture épistémologique avec l'éclectisme du passé », c'est-à-dire une rupture avec la tendance des juges du XIX^e siècle de s'inspirer plus ouvertement de la common law et des sources étrangères²⁹. En effet, l'accent mis sur la spécificité du droit civil impliquait nécessairement un certain rétrécissement des sources de droit. Cependant, l'héritage du juge Mignault ne doit pas être compris comme un plaidoyer en faveur du cloisonnement des deux grandes traditions juridiques au Canada. Son approche demeure ouverte et n'exclut pas *a priori* le recours aux sources provenant d'un système juridique étranger au droit civil³⁰. Tout dépend de la pertinence de celles-ci, comme le soulignait le professeur Glenn en commentant l'approche du juge Mignault et des civilistes québécois de l'époque :

Quant aux sources extérieures, il faut surtout remarquer que, dans son expression la plus particulariste, le droit civil du Québec n'a jamais été présenté comme un droit auto-suffisant, mais plutôt comme membre d'une grande famille de droit, le droit civil, dont les sources contemporaines, et notamment françaises, constituent des sources supplétives essentielles dans le développement constant du droit québécois. Ainsi, le juge Mignault a parlé du caractère "complet" de chaque

28. P.-B. MIGNAULT, « Le Code civil de la Province de Québec et son interprétation », (1935-36) 1 *U.T.L.J.* 104, 131. Sur le même thème, voir : P.-B. MIGNAULT, *loc. cit.*, note 20 ; P.-B. MIGNAULT, « Conservons notre droit civil », (1936-37) 15 *R. du D.* 28.

29. Voir : D. HOWE, « From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law, 1875-1929 », (1987) 32 *R.D. McGill* 523, 527-528 et 531 ; H.P. GLENN, « Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application – Les Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 176, à la page 181.

30. Pour un exemple de jugement, voir : *Rawlings and Ball c. Galibert*, (1919) 59 R.C.S. 611, 635. En doctrine, voir : H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 29, 182 ; H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 2, 208 ; F. ALLARD, *loc. cit.*, note 9, 10-11.

système de droit, mais il est évident que ce qui était “ complet ” c’était la famille de droit civil et la famille de common law ; il n’était nullement question du caractère complet du droit de la province de Québec, dans les domaines à elle réservés par la Constitution³¹.

L’œuvre entreprise par le juge Mignault a été continuée par les juges de tradition civiliste à la Cour suprême. Parmi ceux-ci, signalons particulièrement l’importance du rôle des juges Pigeon et Beetz.

1.2.2 L’influence du juge Pigeon

Le juge Louis-Philippe Pigeon siégea durant treize ans à la Cour suprême du Canada, soit de 1967 à 1980. S’il est connu d’abord comme un constitutionnaliste³², il n’en demeure pas moins que son influence s’est fait sentir dans plusieurs domaines du droit, notamment en matière de responsabilité civile extracontractuelle³³. Il faut reconnaître à cet égard son statut de généraliste³⁴.

À l’instar de celle du juge Mignault, l’œuvre du juge Pigeon témoigne d’une forte volonté d’affirmation de l’autonomie du droit civil par rapport à la common law³⁵. Par exemple, dans l’arrêt *Pantel c. Air Canada*³⁶, le juge Pigeon insista sur la spécificité des règles du *Code civil du Bas Canada* en matière de dommages-intérêts à la suite du décès d’une personne, et ce, malgré des sources communes avec la common law. Dans cette cause, la Cour suprême devait décider des chefs de dommages admissibles en vertu de l’article 1056 C.c.B.C. qui accorde au conjoint, aux descendants et aux ascendants d’une personne le droit de poursuivre l’auteur d’un délit ayant causé la mort de cette personne pour les dommages résultant du décès. La Cour suprême devait notamment décider si l’indemnité pour perte de succession future était recouvrable. Les demandereses invoquaient la jurisprudence de common law pour réclamer une telle indemnité étant donné que l’article 1056 C.c.B.C., comme la *Fatal Accident Act* de l’On-

31. H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 2, 208-209.

32. Cf. W.E. CONKLIN, « The Constitutional Prism of Louis-Philippe Pigeon and Jean Beetz », (1989) 30 *C. de D.* 113.

33. *Napper c. Cité de Sherbrooke*, [1968] R.C.S. 716 ; *Watt c. Smith*, [1968] R.C.S. 177 ; *Martel c. Hotel-Dieu St. Vallier*, [1969] S.C.R. 745 ; F. VAUGHAN, *loc. cit.*, note 22, 70-72.

34. B. DICKSON, « Remarks by Chief Justice Brian Dickson », dans E. CAPARROS, *op. cit.*, note 2, p. 49, à la page 50 ; G.-A. BEAUDOIN, « L’honorable Louis-Philippe Pigeon 1905-1986 », (1986) 17 *R.G.D.* 423, 423.

35. Voir : *Clairol Inc. of Canada c. Trudel*, [1975] 2 R.C.S. 236, 243-245 ; *Victoria Tire Sales Ltd. c. Cie d’Assurance Guardian du Canada*, [1979] 2 R.C.S. 849, 870 et suiv.

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

tario, tirait sa source de la *Lord Campbell's Act*³⁷. Sous la plume du juge Pigeon, la Cour suprême en vint à conclure que l'article 1056 constituait un texte nouveau doté de principes différents de ceux de la common law et qui devait s'interpréter conformément aux méthodes civilistes. Comme l'écrivait le juge Pigeon :

Il faut donc interpréter l'art 1056 C.c. non pas comme la reproduction d'une loi d'inspiration anglaise, mais comme un texte nouveau faisant partie de la codification d'un droit dont certains principes fondamentaux diffèrent radicalement de ceux de la Common Law en regard desquels le *Lord Campbell's Act* a été rédigé. Ainsi qu'on l'a fait observer dans *Hunter c. Gingras*, (1922), 33 B.R. 403, la loi de 1847 n'avait pas créé un recours nouveau pour le Québec, le droit de recouvrir des dommages par suite de la mort d'un proche parent y existait depuis très longtemps. Quelle qu'ait pu être, avant le Code, la situation découlant de l'adoption d'une même loi applicable à deux régions soumises à un droit privé différent, la recherche de l'effet de cette législation à l'époque ne peut plus présenter qu'un intérêt historique. La loi de 1847 a été abrogée. Ce qui existe depuis 1867 est un code dont les dispositions sur ce sujet doivent être interprétées en regard de l'ensemble dont il fait partie. Parmi les principes fondamentaux de cet ensemble qui diffèrent fondamentalement de ceux de la Common Law, il faut signaler l'absence de l'axiome *actio personalis cum persona moritur*. Les héritiers d'une personne décédée héritent donc des droits du défunt découlant de l'accident où il a trouvé la mort (*Smith c. Pelletier*, [1942] B.R. 664)³⁸.

La Cour suprême déclara donc l'indemnité pour perte de succession future non recouvrable. Toutefois, elle réévalua tout de même les dommages à la hausse, par application des principes de droit civil applicables.

Dans l'arrêt *St-Germain c. Canada (Minister of National Revenue)*³⁹, la Cour suprême devait déterminer si l'utilisation de fonds appartenant à la compagnie d'un contribuable pour effectuer des améliorations locatives sur l'immeuble de ce dernier constituait un avantage taxable pour le contribuable, et ce, même si la compagnie était locataire de l'immeuble. Cette situation provoquait un problème d'harmonisation juridique entre la *Loi sur l'impôt sur le revenu*⁴⁰ et l'article 1640 C.c.B.C. Ce dernier définissait les droits du locataire à l'égard des améliorations et énonçait que les améliorations et additions attachées à la chose louée n'allaient au locateur que si ce dernier en payait la valeur. Or, en l'espèce, le bailleur n'avait fait aucun paiement. Dans sa dissidence, le juge Pigeon s'appuya sur cette disposition pour conclure que le Code civil empêchait de cotiser le propriétaire de l'immeuble. Il souligna que la disposition constituait une règle spéciale « indubitablement du droit supplétif », donc constituant une condition de

37. *Lord Campbell's Act*, 9-10 Vict. c. 93.

38. *Pantel c. Air Canada*, précité, note 36, 478.

39. *St-Germain c. Canada (Minister of National Revenue)*, [1969] R.C.S. 471.

40. *Loi sur l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, art. 8 (1).

tout bail en l'absence de stipulation particulière. La compagnie locataire avait donc acquis un droit de propriété sur les améliorations faites. En conséquence, il ne saurait être question de cotiser le propriétaire de l'immeuble, car cela équivaldrait à reconnaître qu'il est devenu propriétaire des améliorations au moment où elles ont été effectuées. Cependant, la majorité ne fut pas de cet avis et rejeta l'application de l'article 1640 C.c.B.C. au motif que les améliorations étaient permanentes et qu'elles appartenaient donc au propriétaire.

La portée des jugements du juge Pigeon, en ce qui concerne l'interaction du droit civil et de la common law, dépasse la stricte affirmation des spécificités du droit civil⁴¹. En effet, il demeure sensible aux sources des dispositions législatives en cause et n'hésite pas à privilégier la common law comme source d'interprétation lorsque celle-ci lui paraît mieux correspondre à l'intention du législateur. Dans l'arrêt *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Rainville*⁴², la question était de savoir si le sous-ministre du Revenu du Québec était un créancier garanti au sens de la *Loi sur la faillite*⁴³. L'expression française «privilège statutaire» dans la disposition en cause suggérait que la créance était garantie, alors que la version anglaise employait l'expression *statutory preference*, laquelle ne permettait pas de conclure à l'existence d'une créance garantie. Le juge Pigeon a conclu néanmoins à l'absence de conflit, en dépit de l'emploi du terme français «privilège», car l'interprétation portait sur un texte fédéral destiné à trancher sur le droit provincial dans tout le pays. De l'avis du juge, il ne s'agissait pas d'un cas où l'interprétation pouvait se faire en s'arrêtant au sens particulier d'une expression déterminée⁴⁴.

La position du juge Pigeon quant à l'application de la common law dans les situations où le droit fédéral est appelé à interagir avec le droit civil est sans doute exprimée de manière la plus juste dans l'énoncé suivant : «La rédaction des lois fédérales doit évidemment se faire en partant du principe que le droit fondamental est la common law qui est à la base de sa constitution [...] Ce n'est que dans le cas où l'on touche au droit civil

41. Concernant la prise en considération de sources externes au droit civil, voir : *West End Investment Co. c. Commerce & Industry Insurance Co.*, [1977] 2 R.C.S. 1036, 1045. Notons aussi un cas où le juge Pigeon, en dissidence, interprète une loi statutaire de common law en fonction d'un principe de droit civil ; voir : *McInnis, Meehan et Tramble c. Webb Real Estate Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 1357, 1380.

42. *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35.

43. *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, c. B-3.

44. *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Rainville*, précité, note 42, 44-45.

qu'il y a lieu de rechercher de quelle manière il faut en tenir compte en vue de l'application du texte au Québec⁴⁵.»

L'influence du travail du juge Pigeon s'est aussi fait sentir dans le domaine de l'interprétation des lois où il s'attaqua aux problèmes d'interprétation de la législation fédérale dans un contexte de bijuridisme⁴⁶. Dans l'arrêt *Rainville*, le juge écrivait :

On touche ici à un problème majeur dans l'interprétation de la législation fédérale et il convient pour bien en juger de s'arrêter un instant à considérer la difficulté de la tâche des rédacteurs de ces lois. Ils doivent non seulement élaborer un texte législatif dans les deux langues mais aussi le plus souvent le faire en fonction de deux systèmes juridiques différents : le droit civil du Québec et la common law des autres provinces. Dans la législation sur la faillite qui tranche à chaque instant dans les domaines du droit provincial public et privé, la tâche est particulièrement ardue. Il ne faut donc pas être surpris d'y rencontrer d'énormes difficultés. Au surplus, inutile de le cacher, la Loi sur la faillite de 1949 comme la Loi de faillite de 1919 est non seulement inspirée presque totalement de source anglaise mais aussi médiocrement servie par le rédacteur de la version française. [...]

Comme je l'ai souligné dans *La Reine c. Popovic*, [1976] 2 R.C.S. 308, (à la p. 319) la difficulté vient de ce que la plupart des concepts juridiques exprimés par des vocables français ne correspondent exactement à aucun vocable juridique anglais et vice-versa.⁴⁷

Le juge Pigeon contribua ainsi à maintes reprises à résoudre les problèmes posés par la coexistence des deux langues officielles dans la législation fédérale. Par exemple, fidèle à son habitude d'examiner attentivement l'historique des dispositions législatives⁴⁸, il se livre dans l'arrêt *R. c. Popovic*⁴⁹ à une analyse minutieuse de l'historique de l'article 213 du *Code criminel*⁵⁰ et à un examen complet des versions française et anglaise de cette disposition pour mieux circonscrire la portée de l'expression « vol avec effraction ». Il s'agissait de déterminer dans cette cause si le vol avec effraction se référait à une effraction dans une maison d'habitation seulement. La Cour d'appel de l'Ontario avait répondu par l'affirmative et refusé de conclure au vol par effraction, car les accusés avaient pénétré dans un restaurant pour y commettre un crime. L'analyse du juge Pigeon

45. L.-P. PIGEON, « La rédaction bilingue des lois fédérales », (1982) 13 *R.G.D.* 177, 181.

46. Voir : É. GROFFIER, « Le juge Pigeon et la langue du droit », dans E. CAPARROS, *op. cit.*, note 2, p. 217, aux pages 219 à 226.

47. *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Rainville*, précité, note 42, 41-42.

48. *West End Investment Co. c. Commerce & Industry Insurance Co.*, précité, note 41, 1043 ; *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660, 667 ; *Jones et Maheux c. Gamache*, [1969] R.C.S. 119, 132-134 ; *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Rainville*, précité, note 42, 40-41 ; *Pantel c. Air Canada*, précité, note 36, 476.

49. *R. c. Popovic*, [1976] 2 R.C.S. 308.

50. *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34.

mit en lumière l'absence d'intention du législateur d'altérer la substance de l'infraction malgré les modifications faites lors des différentes refontes du *Code criminel*. Il était clair que les dispositions de ce qui était en 1976 l'article 213 du *Code criminel* et qui visait le vol avec effraction (*burglary*) restaient substantiellement les mêmes que celles de l'article 228 du *Code criminel* de 1892, reproduit dans les deux refontes successives de 1906 et 1927. Aucune modification n'avait été effectuée dans la refonte de 1970. Ainsi, le vol avec effraction concernait seulement un acte criminel commis dans une maison d'habitation.

De même, dans l'arrêt *Gravel c. Cité de St-Léonard*⁵¹, la Cour suprême devait déterminer si un contrat de services professionnels engageait le crédit d'une municipalité. En vertu de l'article 25 de la *Loi de la Commission municipale*⁵², toute convention consentie par une municipalité et engageant son crédit devait, pour lier cette municipalité, avoir reçu l'approbation de la Commission municipale. Puisque la municipalité n'avait pas obtenu cette approbation, le droit pour l'entrepreneur de recouvrer les sommes réclamées dépendait de la question de savoir si la cité de Saint-Léonard avait « engagé son crédit » en concluant le contrat d'entreprise. Malgré le sens plus restreint de la disposition dans sa version anglaise, le juge Pigeon conclut que la municipalité avait engagé son crédit :

À mon avis, on ne saurait, dans le contexte de l'art. 25, interpréter le mot « affecting » (engageant) dans le sens de « porter atteinte » de façon à restreindre l'application de la disposition aux seuls cas où il pourrait être démontré que de fait l'engagement, lorsqu'il a été contracté, portait atteinte au crédit de la municipalité. Il est vrai que le mot employé dans la version anglaise peut avoir ce sens-là [...].

Cependant, il est bien évident que l'on ne peut pas s'arrêter à la seule version anglaise. Il faut tenir compte également de la version française où l'expression utilisée est « engageant » son crédit. « Engager » vient de « en » et « gage » et signifie (voir Dictionnaire Robert, sens 1 et 2) « mettre en gage, lier par une promesse, une convention ». Rien dans le sens français du mot ne permet de restreindre la portée de l'expression à ce qui porte atteinte au crédit d'une municipalité, elle vise tout ce qui la lie. Le mot « affecting » dans la version anglaise étant susceptible d'avoir ce sens-là, même si l'autre est fréquent, il me paraît qu'il faut nécessairement s'y arrêter [...]⁵³.

Pendant sa carrière à la Cour suprême, le juge Pigeon prit soin d'incorporer dans ses analyses les principes d'interprétation législative nécessaires

51. *Gravel c. Cité de St-Léonard*, précité, note 48.

52. *Loi de la Commission municipale*, S.Q. 1965, c. 55.

53. *Gravel c. Cité de St-Léonard*, précité, note 48, 668 et suiv.

à la résolution des problèmes découlant des divergences linguistiques⁵⁴. Nul ne saurait d'ailleurs apprécier à sa juste mesure l'apport de sa personne à l'évolution du droit sans tenir compte de ses nombreux écrits, notamment en matière d'interprétation des lois, domaine dans lequel il contribua à développer et à formaliser les règles d'interprétation que nécessite la coexistence de deux traditions juridiques au Canada⁵⁵.

Enfin, rappelons que le juge Pigeon contribua de façon soutenue au développement du bilinguisme institutionnel à la Cour suprême en consacrant une somme impressionnante de temps et d'énergie à la vérification des traductions des jugements de cette cour. Ses écrits témoignent d'ailleurs de sa préoccupation constante à l'égard de la langue du droit : « D'un côté, [la traduction] doit se garder de corrompre la langue par le calque servile qui n'en respecte pas le génie et la structure, de l'autre côté, il lui faut ne pas trahir le sens du message par l'imperfection inhérente à ce genre d'équivalence⁵⁶. »

1.2.3 L'influence du juge Beetz

Constitutionnaliste et publiciste respecté, le juge Jean Beetz est également un civiliste éminent. Il poursuivit durant sa carrière à la Cour suprême, de 1974 à 1988, l'œuvre de Mignault, à l'égard de l'affirmation de la spécificité du droit civil. Soucieux du risque de figer son développement, il était particulièrement préoccupé par la nécessité de faire évoluer ce dernier en harmonie avec les développements de la société, mais dans le respect de ses traditions⁵⁷. Dans l'arrêt *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*⁵⁸, la Cour suprême devait se pencher sur l'existence de l'enrichissement injustifié en droit civil. Malgré l'absence d'une telle institution dans le texte du *Code civil du Bas-Canada*, le juge Beetz puisa dans les fondements du droit civil les principes permettant d'établir l'existence de cette institution. Le droit civil ne se réduisait pas aux dispositions du Code civil.

54. Voir : *Ville de Montréal c. ILGWU Centre Inc.*, [1974] R.C.S. 59; *Pfizer Company Ltd. c. Sous-ministre du Revenu National pour les douanes et l'accise*, [1977] 1 R.C.S. 456; *Jones et Maheux c. Gamache*, précité, note 48; *West End Investment Co. c. Commerce & Industry Insurance Co.*, précité, note 41, 1046.

55. Voir : L.-P. PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, 2^e éd., Québec, Les Publications du Québec, 1986, p. 107 et suiv.

56. L.-P. PIGEON, « La traduction juridique – l'équivalence fonctionnelle », dans J.-C. GÉMAR (dir.), *Langage du droit et traduction*, Montréal, Conseil de la langue française, 1982, p. 276. Pour une analyse approfondie des thèses du juge Pigeon en matière de traduction, voir : É. GROFFIER, *loc. cit.*, note 46, 226 et suiv.

57. B. DICKSON, « Federalism, Civil Law and the Canadian Judiciary : An Integrated Vision », (1994) 28 R.J.T. 457, 473.

58. *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67.

En justifiant le recours à des principes généraux, pour établir une règle de droit jurisprudentiel, il énonça un principe qui oriente aujourd'hui encore l'interprétation du Code civil : « Le Code civil ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité⁵⁹. »

Dans l'arrêt *Rubis c. Gray Rocks*⁶⁰, il était question de l'application en droit civil des concepts d'*invitee*, de *licensee* et de *trespasser* issus de la common law. Une fillette était tombée de la fenêtre d'un hôtel en raison d'une défectuosité d'une moustiquaire. Afin de tenter d'établir la responsabilité civile du propriétaire de l'hôtel, elle invoquait son statut d'*invitee* qui, en common law, fait varier la responsabilité du maître d'un lieu à l'égard des personnes qui s'y trouvent. Cette cause faisait suite à l'arrêt *Hamel c. Chartré*⁶¹ dans lequel le juge Beetz avait déjà émis certaines réserves sur l'application de ces concepts en droit civil. Cette fois, la Cour suprême régla définitivement la question en reconnaissant que les concepts d'*invitee* et de *trespasser* n'avaient pas leur place dans la tradition civiliste. Ils ne respectent pas l'organisation du régime de responsabilité délictuelle en droit civil québécois : « [J]e suis d'avis que c'est une erreur d'invoquer en droit civil ces catégories de la common law. Elles dérogent à la généralité de l'art. 1053, ne tiennent pas compte de la présomption de l'art. 1054 et des particularités de l'art. 1055 et on ne peut pas être assuré qu'elles conduisent nécessairement au même résultat que les principes du droit civil⁶². »

L'approche intellectuelle du juge Beetz reconnaissait toutefois la diversité potentielle des sources de droit privé québécois, tout en réaffirmant l'importance du respect de ses méthodes intellectuelles. Dans l'affaire *Royal Trust c. Tucker*⁶³, arrêt prononcé avant l'adoption du *Code civil du Québec*, il fallait décider de la validité d'une donation fiduciaire. Le juge Beetz était d'avis qu'il était légitime de se référer au droit anglais, puisque la fiducie québécoise est d'inspiration anglaise. Il précisa cependant que le droit de la common law en matière de fiducies ne se trouve pas transplanté dans sa totalité en droit civil. Par exemple, la distinction entre le *legal title* et le *beneficial ownership* doit être rejetée. Le dédoublement de la propriété est une notion étrangère au droit québécois qui veut que la propriété reste unique et porte tout entière sur une seule tête. Le droit anglais n'était donc pertinent que dans la mesure de sa compatibilité avec l'article 981a C.c.B.C. Afin de respecter le droit civil, la Cour suprême adopta en conséquence

59. *Id.*, 76.

60. *Rubis c. Gray Rocks*, [1982] 1 R.C.S. 452.

61. *Hamel c. Chartré*, [1976] 2 R.C.S. 680.

62. *Rubis c. Gray Rocks*, précité, note 60, 468.

63. *Royal Trust c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250.

une conception *sui generis* du droit de propriété qui n'appartenait pas à la common law ni au droit civil. Ainsi, la propriété ne se rattache pas au bénéficiaire du revenu puisqu'il n'a à l'égard du fiduciaire qu'un droit de créance. Elle ne repose pas non plus durant l'existence de la fiducie sur le bénéficiaire du capital, car, lorsque enfin la propriété tenue en fiducie lui est transférée, c'est que la fiducie s'est terminée. Il ne reste donc que le fiduciaire «sur la tête de qui puisse porter la propriété des biens de la fiducie⁶⁴».

Comme dans le cas du juge Mignault, l'approche du juge Beetz demeure ouverte aux sources externes au droit civil. Son opinion dans l'arrêt *Viger* n'exclut pas en principe le recours à la common law dans la mesure où elle fonde une institution ou une disposition du Code civil. Par exemple, dans l'arrêt *Sport Maska Inc. c. Zittler*⁶⁵, le juge Beetz, écrivant avec la juge L'Heureux-Dubé, mit l'accent sur l'importance d'en référer aux autorités de common law en matière d'arbitrage.

Le raisonnement du juge Beetz s'avère donc nuancé. Empreint de subtilité, il témoigne d'une recherche soignée des fondements des principes de droit⁶⁶. D'ailleurs, il est permis d'affirmer que, par leur rigueur d'analyse et leur pertinence, les jugements du juge Beetz contribuèrent aussi à asseoir la légitimité des interventions de la Cour suprême en matière de droit civil au Canada⁶⁷.

Ainsi, nous pouvons constater en étudiant les jugements des juges Mignault, Pigeon et Beetz la mesure de leur influence sur l'évolution du droit civil. En effet, ils ont déployé des efforts soutenus pour atteindre la pleine reconnaissance de cette tradition juridique à la Cour suprême. Ces efforts ont porté leurs fruits, comme en témoigne l'importance des jugements qu'ils ont rendus. L'influence d'un tel mouvement se fait encore sentir de nos jours, par exemple dans les jugements récents de la Cour suprême en matière de dommages-intérêts et de diffamation⁶⁸. Cependant, au-delà des acteurs dont l'influence s'est fait sentir dans l'évolution du

64. *Id.*, 272.

65. *Sport Maska Inc. c. Zittler*, [1988] 1 R.C.S. 564.

66. Pour une analyse plus détaillée, voir : B. DICKSON, *loc. cit.*, note 57, 473-479.

67. *Ibid.* Pour d'autres jugements du juge Beetz, voir : *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339 (bonne foi); *Snyder c. Montreal Gazette Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 494, 497 (rejet des sources de la common law en matière de diffamation); *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705 (distinction entre la common law publique et le droit civil); *Corporation municipale des Cantons Unis de Stoneham et de Tewkesbury c. Ouellet*, [1979] 2 R.C.S. 172 (lien entre le droit civil et la common law en matière testamentaire).

68. *Infra*, section 2.2.1.

droit civil à la Cour suprême, il est aussi possible de centrer l'analyse sur un domaine du droit où la Cour suprême contribua de manière significative à l'affirmation des spécificités du droit civil. À cet égard, la bonne foi constitue un exemple pertinent.

1.3 L'exemple de la bonne foi

En matière contractuelle, une série de jugements de la Cour suprême a permis de reconnaître l'existence du principe de la bonne foi et d'en établir les fondements. Cette obligation fondamentale en droit civil gouverne désormais plusieurs aspects des relations contractuelles au même titre que l'ordre public ou l'autonomie de la volonté.

L'origine de ce mouvement jurisprudentiel se trouve dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*⁶⁹. Dans cette affaire, une banque réclamait des héritiers de la caution une somme d'argent importante. La caution avait, avant sa mort, garanti le paiement des dettes d'une personne envers la banque, et ce, pour un montant substantiel. Cette dernière étant en défaut, les héritiers étaient donc tenus de payer à la banque les montants dus. Or, celle-ci n'avait pas révélé l'existence des lettres de cautionnement et leur caractère révocable avant de consentir à de nouvelles avances au cautionné. En se fondant sur le principe que les conventions doivent être exécutées de bonne foi, la Cour suprême reconnut que la banque avait commis, de ce fait, une faute à l'égard des héritiers. C'est en puisant à même la jurisprudence française et la doctrine de Mignault que le juge Beetz fit ressortir l'existence du principe général de la bonne foi en droit civil, malgré l'absence de toute mention expresse d'une telle obligation dans le *Code civil du Bas Canada* :

Il est vrai que l'on ne trouve pas dans notre Code civil une disposition qui le prescrit expressément comme l'art. 1134 du Code Napoléon mais Mignault [...] remarque avec justesse que c'est «une vérité de La Palisse» et que les conventions doivent être exécutées de bonne foi car «nous n'avons plus, comme en droit romain, des contrats de bonne foi et des contrats de droit strict». Trudel [...], pour sa part, dans son étude de l'art. 1022 du Code civil, est d'avis que nos législateurs ont jugé cette disposition superflue «dans une institution juridique dont les assises sont la confiance et la [bonne] foi donnée». Et il cite Domat: «Il n'y a aucune espèce de convention où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'équité peut y demander, tant en la manière de s'exprimer dans la convention, que pour l'exécution de ce qui est convenu et de toutes les suites⁷⁰.»

69. *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, précité, note 67.

70. *Id.*, 356-357.

Quelques années plus tard, la Cour suprême eut à nouveau l'occasion de préciser dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Ng*⁷¹ la portée du principe de la bonne foi dans l'exécution des contrats. Un cambiste avait effectué, dans l'exercice de ses fonctions, des opérations lui permettant de réaliser pour son propre compte des profits considérables. Aucune disposition du Code civil ne prévoit alors précisément que l'employé qui tire profit de la violation de son obligation de faire preuve de bonne foi envers son employeur doit remettre à ce dernier les profits qu'il a réalisés. Toutefois, l'absence de dispositions ne signifie pas nécessairement que ce principe ne fait pas partie du droit québécois. En recourant à une analyse typiquement civiliste fondée sur la mise en relation de plusieurs dispositions du *Code civil du Bas Canada* afin d'extrapoler un principe, la Cour suprême dégagera un principe général qui veut que l'honnêteté et la bonne foi doivent guider l'exécution des contrats, ce qui inclut les contrats de travail. Sur la base de cette obligation, l'employé dut remettre les profits résultant de l'exercice abusif de ses fonctions.

Peu de temps après l'arrêt *Ng*, la Cour suprême reconnut de manière claire et non équivoque que la bonne foi constitue un principe fondamental en droit civil. Dans l'arrêt *Banque nationale du Canada c. Houle*⁷², une banque avait décidé de liquider l'actif d'une compagnie trois heures après avoir demandé le paiement d'un prêt. La question consistait à déterminer si elle encourait une responsabilité à l'égard des actionnaires d'une compagnie dont les actions avaient subi une baisse importante de leur valeur à la suite des actes de la banque. La Cour suprême reconnut le principe que la théorie de l'abus des droits contractuels est conforme aux principes fondamentaux du droit civil québécois où les notions de bonne foi et de conduite raisonnable imprègnent toute la théorie des droits et des obligations, dans le domaine tant contractuel qu'extracontractuel. La Cour suprême réaffirma plus tard cette position dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Bail Ltée*⁷³.

Ces arrêts de la Cour suprême qui ont marqué l'évolution du droit des obligations et du droit civil ont même influé sur la codification du nouveau *Code civil du Québec*⁷⁴. Comme nous le savons, la bonne foi occupe désormais une place prépondérante comme obligation particulière sur le plan

71. *Banque de Montréal c. Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429.

72. *Banque nationale du Canada c. Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122.

73. *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554.

74. Sur l'influence de la Cour suprême dans la reconnaissance du principe de la bonne foi, voir: P.-G. JOBIN, «La Cour suprême et la réforme du Code civil», (2000) 79 *R. du B. can.* 27, 32-34.

contractuel⁷⁵. Elle se manifeste aussi sous différentes formes dans divers domaines du droit civil : devoir de loyauté pour l'administrateur du bien d'autrui, l'employé et le mandataire ; devoir de divulgation et de renseignement à l'égard du cocontractant dans le contrat d'entreprise, de service, de vente d'un immeuble à usage d'habitation, d'assurance terrestre et de cautionnement. Dans sa fonction interprétative, elle oriente aussi l'interprétation des clauses abusives⁷⁶.

Si la bonne foi en est venue à jouer un rôle prépondérant en droit civil, sa fonction n'est toujours pas reconnue de la même manière en common law. La Cour suprême s'est refusée jusqu'à ce jour à trancher la question de la mise en œuvre d'un principe général de la bonne foi dans les rapports d'obligations. Dans l'arrêt *Martel Building Ltd. c. La Reine*⁷⁷, qui traitait de la responsabilité délictuelle en common law, l'appelante avait allégué devant les instances inférieures un manquement par le gouvernement à son obligation de négocier de bonne foi pendant le déroulement d'un processus d'appel d'offres. Même si le manquement à une telle obligation ne fut pas allégué devant la Cour suprême, le juge Iacobucci précisa que le droit canadien ne reconnaît pas encore l'obligation de négocier de bonne foi⁷⁸.

Les tribunaux d'appel canadiens ne reconnaissent pas non plus la bonne foi comme une source générale et autonome d'obligation⁷⁹. Par exemple, en matière précontractuelle, il n'existe pas d'obligation générale de bonne foi ni d'obligation positive de renseignement⁸⁰. L'existence de certains *obiter dicta* par les cours d'appel au pays semble tout de même

75. Art. 6, 7, 1375 *Code civil du Québec* (C.c.Q.); voir aussi par P.-G. JOBIN avec la collaboration de N. VÉZINA, *Baudouin et Jobin. Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n^{os} 98 et suiv., p. 143 et suiv.

76. Voir : M.-A. GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 19-20.

77. *Martel Building Ltd. c. La Reine*, [2000] 2 S.C.R. 860.

78. *Id.*, 887.

79. *Newswest Corp. v. Glendar Holdings Ltd.*, [2001] 9 W.W.R. 312, 322 (Sask. S.C.); J. RICHLER, « Good Faith & Construction Contract », 34 *C.L.R.* (3d) 163, 167. Voir aussi M.G. BRIDGE, « Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith ? », (1984) 9 *Can. Bus. L.J.* 385.

80. *Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 348 (C.A.); *Estate-Guard Services of Canada Ltd. v. Loewen Management Corp.*, (1989) 38 B.C.L.R. (2d) 362, 371-372 (Ont. C.A.); J. DUBÉ, « Les dommages-intérêts en cas d'inexécution de contrat : une comparaison entre le droit civil québécois et la common law anglo-canadienne », (2003) *R.D.U.S.* 57, 117; M.P. FURMSTON, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 14^e éd., Londres, Butterworths, 2001, p. 302; J.F. O'CONNOR, *Good Faith in English Law*, Brookfield, Gower, 1990, p. 18.

suggérer une lente ouverture vers l'intégration d'une obligation de bonne foi en common law⁸¹.

Il faut reconnaître par ailleurs que la common law est déjà dotée de principes qui permettent d'introduire un certain degré d'équité dans la formation des contrats, comme les vices de consentement découlant de représentations frauduleuses ou de violence⁸². Même si elle n'existe pas de manière autonome, l'obligation de bonne foi se manifeste en common law dans certains types de rapports juridiques spécifiques⁸³, par exemple en matière de contrats d'assurance⁸⁴, de mandat (*agency*)⁸⁵, de rapports de confiance⁸⁶, de fiducies⁸⁷, de travail⁸⁸ et de contrats de franchise⁸⁹. L'interprétation des contrats en common law donne aussi lieu à l'incorporation d'obligations implicites de bonne foi lorsqu'une situation est susceptible de heurter la bonne conscience (*unconscionability*)⁹⁰.

La jurisprudence de la Cour suprême témoigne de cette orientation de la common law. Ainsi, dans l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*⁹¹, le raisonnement de la Cour suprême se réfère à la nécessité de négocier de bonne foi en matière d'obligation fondée sur

-
81. *Peel Condominium Corp. No. 505 v. Cam-Valley Homes Ltd.*, [2001] 53 O.R. (3d) 1 (Ont. C.A.); *Greenberg v. Meffert*, [1986] 37 R.P.R. 74 (Ont. C.A.); *LeMesurier v. Andrus*, [1986] 54 O.R. (2d) 1 (Ont. C.A.).
 82. Pour une perspective historique et un survol des principes assimilables à la bonne foi en matière contractuelle dans la common law, voir: J.F. O'CONNOR, *op. cit.*, note 80, p. 17 et suiv. Pour une thèse qui défend la position que le dol, la violence, l'erreur et la lésion sont des sources de nullité qui tirent leur fondement des principes de justice comme la bonne foi, voir: M. CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles*, coll. «Minerve», Montréal, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 199 et suiv.
 83. Voir: S.M. WADDAMS, *The Law of Contracts*, 5^e éd., Toronto, Canada Law Book, 2005, p. 309 et suiv.
 84. *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 641; *Andrusiw c. Aetna Life Insurance Co. of Canada*, [2001] 289 A.R. 1 (Q.B.).
 85. *Dunlaw Life Insurance Agency Ltd. v. Citadel Life Insurance Co.*, 2004 CarswellOnt 5264 (Ont. C.A.); *Jostens Canada Ltd. v. Gibsons Studio Ltd.*, 1999 CarswellBC 915 (B.C.C.A.); *Lamb v. Evans*, [1893] 1 Ch. 218, 226.
 86. *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, 635 et suiv.
 87. *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592, 606; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, 274.
 88. *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, 742-743.
 89. *Imasco Retail Inc. v. Blanaru*, [1995] 9 W.W.R. 44 (Man. Q.B.), confirmé par [1997] 2 W.W.R. 295 (Man. C.A.); *Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.*, 2003 CarswellOnt 2038 (C.A. Ont.).
 90. S.M. WADDAMS, *op. cit.*, note 83, p. 349 et suiv.
 91. *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, précité, note 86.

des rapports de confiance (*duty of confidence*). Toutefois, cette obligation s'articule davantage en fonction de la nature même du *duty of confidence* plutôt que par rapport à une obligation autonome de bonne foi. Par ailleurs, dans l'arrêt *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*⁹², la Cour suprême a reconnu qu'une conduite de mauvaise foi constitue un facteur qui peut être pris en considération dans la détermination de la période de préavis de congédiement. Le juge Iacobucci écrivait à ce sujet :

Il n'est pas possible de définir exactement l'obligation de bonne foi et de traitement équitable. Cependant, je crois tout au moins que, dans le cadre d'un congédiement, les employeurs doivent être francs, raisonnables et honnêtes avec leurs employés et éviter de se comporter de façon inéquitable ou de faire preuve de mauvaise foi en étant, par exemple, menteurs, trompeurs ou trop implacables⁹³.

Ainsi, il n'existe pas d'obligation générale de bonne foi en common law, seulement des sphères particulières du droit dans lesquelles elle trouve application. Les deux traditions juridiques ne reconnaissent donc pas au même degré cette obligation. L'une l'adopte comme principe directeur, alors que l'autre, la common law, ne l'intègre que de façon ponctuelle, dans des situations particulières.

Il sera intéressant d'observer l'évolution de l'équité contractuelle en common law à l'avenir pour voir dans quelle mesure cette tradition juridique intégrera l'obligation de bonne foi. Si la jurisprudence contient les ferments d'une telle évolution, rien ne porte à penser que la common law empruntera nécessairement cette voie⁹⁴.

Certes, il faut reconnaître dans certains domaines les similitudes entre les principes de droit civil et ceux de la common law, comme l'obligation de loyauté découlant de la bonne foi et les obligations fiduciaires⁹⁵. Il en irait de même dans le contrôle des clauses abusives qui pourrait trouver un fondement dans la bonne foi en droit civil comme en common law. Comme le note le professeur Waddams :

There is a relationship between good faith, interpretation and unconscionability. There is said to be no general doctrine of good faith in English law, but the cases suggest that good faith is an important factor in the process of interpretation. With good faith as a guide to interpretation, and unconscionability as a ground for relief

92. *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, précité, note 88.

93. *Id.*, 743.

94. J.F. O'CONNOR, *op. cit.*, note 80, p. 100 et suiv.

95. P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 74, n° 127, p. 182 ; B. LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 136 ; C.D. GONTHIER, « Some Comments on the Common Law and the Civil Law : Influences, Parallel Developments and Borrowings », (1993) 21 *Can. Bus. L. J.* 323, 333.

when interpretation fails, English and Canadian law goes a long way towards the control of unfair agreements⁹⁶.

Par ailleurs, il semble tout à fait possible d'intégrer de tels principes en matière contractuelle si nous en jugeons par l'expérience américaine où la notion de bonne foi a été codifiée à l'article 1-203 de la *Uniform Commercial Code*⁹⁷.

Toutefois, comme le démontrera notre analyse plus loin, l'intégration de principes étrangers à un système juridique s'effectue habituellement dans le respect des limites et de l'intégrité de ce dernier. Pour cette raison, le principe de la bonne foi risque d'être intégré à travers les institutions déjà existantes de la common law et de s'articuler en fonction de ses règles spécifiques, comme c'est le cas actuellement.

Nous constatons donc, en jetant un regard historique sur la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, une lente évolution vers la pleine reconnaissance des spécificités et de l'autonomie conceptuelle du droit civil. Celle-ci résulte notamment des efforts de valorisation de cette tradition dans la jurisprudence de la Cour suprême. Sous l'impulsion de certains de ses juges et à la suite d'un développement d'un corpus jurisprudentiel et doctrinal favorisant cette reconnaissance, le droit civil a su trouver sa place à la Cour suprême aux côtés de la common law à titre de grande tradition juridique. Ainsi, le système judiciaire canadien reconnaît désormais pleinement l'utilité et l'importance des deux grands régimes juridiques de notre pays⁹⁸.

Une fois le respect de la spécificité du droit civil assuré à la Cour suprême, les deux traditions juridiques ont pu évoluer en parallèle de manière autonome. Cette cohabitation permet l'institution d'un véritable dialogue à travers lequel elles ont pu exercer une influence mutuelle.

2 Le dialogue des traditions

2.1 L'émergence d'un rapport dialogique

L'analyse des rapports entre les deux traditions juridiques dans la jurisprudence de la Cour suprême permet de constater l'existence d'un

96. S.M. WADDAMS, *op. cit.*, note 83, p. 360.

97. L'article 1-203 se lit comme suit : « Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement. » De manière similaire, voir : AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Second, Contracts*, 2^e éd., St. Paul, American Law Institute Publishers, 1981, § 205.

98. *Beals c. Saldanha*, [2003] 3 R.C.S. 416, 486; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077.

dialogue à travers lequel le droit civil et la common law se laissent influencer mutuellement en puisant, à même les concepts, principes ou institutions de l'autre tradition, des sources et des autorités qui orientent ou justifient les solutions aux litiges.

2.1.1 L'influence de la common law sur le droit civil

L'influence de la common law sur le droit civil est intimement liée à l'évolution du Code civil. En effet, si l'habitude de se référer à la common law connut un sort variable au cours du xx^e siècle, notamment par l'effet du mouvement d'affirmation de la spécificité du droit civil discuté précédemment, la réforme du Code civil a permis de stimuler le recours aux méthodes du droit comparé et ainsi d'encourager, dans certains domaines précis, les références à la common law et l'étude de celle-ci.

Nombre de dispositions du nouveau Code civil s'inspirent de la common law à un point tel qu'il est permis de parler légitimement du caractère mixte du droit civil québécois⁹⁹. Lors de la codification, la common law influença de manière significative sur certains domaines du droit tel que le démontre la place prédominante occupée par les principes de cette tradition juridique dans le livre de la preuve et d'autres sujets plus spécifiques comme la protection de la vie privée, la fiducie, l'ancienne vente d'entreprise ou l'hypothèque mobilière sans dépossession¹⁰⁰.

La disposition préliminaire du Code civil tend aussi à favoriser le recours à la common law en droit civil, bien que de manière beaucoup plus indirecte. Elle précise, entre autres, que le «Code civil 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». La valeur normative de la disposition préliminaire ne fait maintenant plus aucun doute, tel que l'a reconnu la Cour suprême dans l'arrêt *Doré c. Ville de Verdun*¹⁰¹. De l'avis de certains auteurs, cette disposition témoignerait de l'intention du législateur québécois de favoriser une interprétation ouverte aux autres traditions juridiques et d'éviter toute interprétation «hermétique et étroite¹⁰²». Il est permis de penser que la référence aux principes généraux du droit permettra, en temps opportun, la prise en considération de divers principes et autorités dont la provenance

99. P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 21, 482.

100. *Id.*, 492. Pour une description détaillée des sources du Code civil, voir : H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 29.

101. *Doré c. Ville de Verdun*, [1997] 2 R.C.S. 862.

102. P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 21, 497. Voir aussi H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 29, 190.

ne sera pas limitée par la territorialité ou l'appartenance à une tradition juridique.

Ainsi, puisque les sources du Code civil se trouvent parfois dans la common law, la disposition préliminaire possède un potentiel d'ouverture à l'égard d'autres traditions juridiques. La common law peut parfois inspirer l'application et l'interprétation des dispositions du Code civil. Toutefois, cette influence s'exercera en général dans le respect de l'intégrité et de l'économie du Code civil.

En effet, la nature même d'un système de droit civil impose certaines limites au recours à la common law et au droit comparé, de manière plus générale. La juge L'Heureux-Dubé discutait ce sujet dans l'arrêt *Caisse populaire des deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*¹⁰³, affaire dans laquelle il s'agissait de déterminer si la faute intentionnelle d'un débiteur hypothécaire peut être opposée à son créancier hypothécaire aux termes d'un contrat d'assurance contenant une clause hypothécaire. Devant trancher l'argument des parties qui s'appuyaient sur les autorités étrangères pour interpréter les règles du droit des assurances, puisque ce dernier est constitué d'un ensemble de règles fondamentales communes à plusieurs pays, et soucieuse de rappeler l'importance des méthodes du droit civil et de la cohérence de l'ensemble juridique qu'il forme, la juge L'Heureux-Dubé précisait ceci :

Cette similarité apparente des règles fondamentales ne doit cependant pas nous faire oublier que les tribunaux se doivent d'assurer au droit des assurances un développement qui reste compatible avec l'ensemble du droit civil québécois, dans lequel il s'insère. Ainsi, si les arrêts de juridictions étrangères, nommément l'Angleterre, les États-Unis et la France, peuvent avoir un certain intérêt lorsque le droit y est fondé sur des principes similaires, il n'en reste pas moins que le droit civil québécois a ses racines dans des préceptes qui lui sont propres et, s'il peut être nécessaire de recourir au droit étranger dans certains cas, on ne saurait y puiser que ce qui s'harmonise avec son économie générale¹⁰⁴.

Ainsi, la nature des sources dont s'inspire la législation d'un système juridique particulier et les principes développés par les tribunaux nationaux constituent autant de limites à l'emploi du droit comparé¹⁰⁵. Le juge, en tant qu'interprète de la loi, doit ainsi bien délimiter le cadre précis du litige dans lequel l'autre système juridique sera susceptible d'être importé. Par exemple, dans l'arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk*

103. *Caisse populaire des deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995.

104. *Id.*, 1004.

105. *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, 175.

*Pacific Steamship Co.*¹⁰⁶, bien que, comme la majorité et le juge Stevenson, il ait examiné le droit comparé, le juge La Forest soulignait, en dissidence, qu'il fallait en l'espèce préciser davantage la question en jeu avant de s'en rapporter au droit étranger :

Considérer le droit comparé sur le plan général de la « perte économique » ne nous aide pas selon moi. J'ai déjà expliqué pourquoi je pense que les affaires réunies sous la rubrique de la perte économique méritent une analyse plus poussée. Il faut utiliser le même processus de limitation de la question lorsque l'on recourt au droit comparé. Le système juridique de chaque société fait face essentiellement aux mêmes problèmes et les règles [sic] par des moyens complètement différents, quoiqu'il obtienne souvent des résultats similaires¹⁰⁷.

Il existe des cas particuliers où la Cour suprême a eu recours à la common law en droit civil en prenant bien soin de vérifier la pertinence de l'usage de sources comparatives. Parmi ceux-ci, notons l'arrêt *Farber c. Cie Trust Royal*¹⁰⁸ qui portait sur le congédiement déguisé et les dommages-intérêts qui en résultent. Il s'agissait essentiellement de décider si les modifications unilatérales apportées au contrat de travail de l'appelant par l'intimée constituaient un congédiement déguisé.

Ce pourvoi demandait à la Cour suprême de déterminer si la doctrine du congédiement déguisé, création de la common law, était incorporée au droit civil. En répondant à cette question, le juge Gonthier a d'abord rappelé, en s'appuyant sur les décisions discutées précédemment¹⁰⁹, que le droit civil constitue un système complet en lui-même et qu'il faut se garder d'adopter des principes provenant de systèmes juridiques étrangers. Cependant, ce principe n'empêche pas, d'un point de vue comparatif, d'analyser les solutions apportées au même problème dans les autres systèmes juridiques pour que l'analyse ne conduise pas à une « adoption aveugle des règles de droit des systèmes étrangers¹¹⁰ ». Après une étude de la common law sur cette matière, le juge Gonthier conclut que la règle de common law est analogue à celle qui est applicable en droit civil québécois. Il devient donc pertinent, dans ces circonstances, de se référer aux décisions des provinces de common law qui, bien qu'elles ne fassent pas autorité, peuvent permettre de vérifier quels changements les tribunaux ont considérés comme des modifications fondamentales du contrat entraînant le congédiement déguisé.

106. *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.* [1992] 1 R.C.S. 1021.

107. *Id.*, 1079.

108. *Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846.

109. *Rubis c. Gray Rocks*, précité, note 60, 469; *Hallé c. Canadian Indemnity Co.*, précité, note 26, 384; *Desrosiers c. Le Roi*, précité, note 23.

110. *Farber c. Cie Trust Royal*, précité, note 108, 862.

Cette décision témoigne de la tendance de la Cour suprême, lorsque des litiges soulèvent des questions communes aux deux traditions juridiques, à s'inspirer de l'autre tradition juridique à titre comparatif pour dégager des solutions aux questions posées, mais dans un respect de la tradition et de l'économie du système juridique dans lequel la solution étrangère sera appliquée. Cette approche relève en fait d'une méthode d'analyse fondée sur le droit comparé. Celle-ci fera plus loin l'objet d'une analyse détaillée, car elle constitue l'un des facteurs qui expliquent l'émergence du rapport dialogique entre le droit civil et la common law.

2.1.2 L'influence du droit civil dans les causes de common law

La Cour suprême a aussi souvent puisé dans les sources de droit civil afin d'orienter l'interprétation et l'application de la common law. Plus rare dans le passé, cette pratique est devenue beaucoup plus fréquente aujourd'hui¹¹¹.

Dans l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*¹¹², la question principale était de savoir si un avocat avait envers son client une responsabilité aussi bien délictuelle que contractuelle pour le préjudice résultant de l'omission de satisfaire à la norme de diligence dans la prestation de services. L'appelante avait intenté contre les avocats une action pour rupture de contrat et pour négligence après qu'une cour eut déclaré une hypothèque nulle. Étant donné l'existence de questions similaires en droit civil et le fait que la Cour suprême avait traité de celles-ci dans le passé, le juge Le Dain se référa « du point de vue de la politique générale » à l'arrêt *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*¹¹³. La Cour suprême avait conclu dans ce dernier arrêt que l'article 1053 C.c.B.C. autorisait la demanderesse à fonder son action sur la responsabilité délictuelle, même si la faute reprochée avait été commise dans l'exécution du contrat. Plus récemment, dans l'affaire *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. D.F.G.*¹¹⁴, la Cour suprême devait décider si le droit de la responsabilité délictuelle (*torts*) permettait d'ordonner la détention et le traitement d'une femme enceinte afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit causé à l'enfant à naître. La juge

111. Voir : *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, 1203 (référence à *Ross c. Dunstall*, (1921) 62 R.C.S. 393, en matière de responsabilité du fabricant); *Canadian Pacific c. Gill*, [1973] R.C.S. 654, 671 (référence à *Commission des accidents du travail de Québec c. Lachance*, [1973] R.C.S. 428, en matière d'accidents de travail). Voir sur le même sujet R. BOULT, *loc. cit.*, note 9.

112. *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, 203-204.

113. *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578.

114. *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. D.F.G.*, [1997] 3 R.C.S. 925.

McLachlin a fait référence au droit civil pour soutenir sa conclusion que la common law ne reconnaît pas au fœtus la personnalité juridique¹¹⁵. L'arrêt *D.F.G.* constitue un exemple où la Cour suprême s'inspire des solutions de l'autre tradition juridique lorsque les mêmes questions s'y sont posées, afin de dégager des principes généraux pertinents qui permettront ensuite de justifier son raisonnement.

La responsabilité civile constitue aussi un domaine du droit qui a donné lieu à plusieurs échanges entre les traditions de common law et de droit civil¹¹⁶. L'arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*¹¹⁷ s'avère particulièrement intéressant du point de vue du droit comparé, car les références aux autorités de droit civil y sont nombreuses et l'analyse de ces autorités détaillée¹¹⁸. Ce dossier de common law portait sur l'indemnisation de la victime pour une perte économique en matière délictuelle. Il s'agissait de savoir si la personne qui passe un contrat pour l'utilisation du bien d'une autre personne peut poursuivre la personne qui a endommagé ce bien pour les pertes découlant de son incapacité d'utiliser le bien pendant les réparations. Ces pertes sont désignées par l'expression « pertes relationnelles » en common law. Le jugement de la majorité rédigé par la juge McLachlin renvoie aux autorités de droit civil en France et au Québec qui, souligne-t-elle, ne font pas de distinction entre le préjudice physique et le préjudice économique. De manière générale, en droit civil, toute perte peut donner lieu à une indemnisation si l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien causal direct et immédiat entre les deux est prouvée. En prenant en considération le droit civil, mais en prêtant attention aux spécificités de la common law, la majorité adopta la règle du lien étroit qui « peut être considéré[e] comme équivalant à l'exigence en droit civil que les dommages soient directs et certains ». La Cour suprême justifia ce choix en expliquant que l'existence d'un lien étroit pose aussi en principe l'existence d'un rapport étroit entre l'acte négligent et la perte en résultant, ce qui évite d'indemniser les victimes pour des pertes « éloignées qui découlent de rapports connexes ».

115. *Id.*, 939.

116. Voir : *Arndt c. Smith*, [1997] 2 R.C.S. 539 (j. McLachlin) (référence à l'arrêt de droit civil *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541, 609, pour dégager la méthode d'appréciation du comportement de la personne objective dans le contexte d'une poursuite pour négligence fondée sur l'omission d'informer un patient).

117. *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, précité, note 106.

118. Pour un autre exemple de référence aux principes de droit civil dans un litige portant sur l'indemnisation d'une victime pour des pertes économiques relationnelles, voir : *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shippbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, 1240 (j. McLachlin).

De son côté, le juge La Forest, dissident, procéda à une très longue analyse de sources françaises, anglaises, américaines et québécoises. Pour sa part, le juge Stevenson, lui aussi dissident, adopta une approche comparative afin de souligner la faiblesse de l'argumentation de la majorité. À son avis, le droit comparé démontre le bon fonctionnement de l'indemnisation des victimes pour des pertes économiques dans les autres juridictions, ce qui rend inutile le recours à une règle comme celle du lien étroit pour limiter l'indemnisation liée à la perte économique.

L'arrêt *Norsk* constitue donc un intéressant exemple de ce dialogue entre les traditions de droit civil et de common law dans un souci de respect de la spécificité des deux traditions. D'autres arrêts démontrent aussi la sensibilité et l'ouverture de la Cour suprême à l'égard du droit civil¹¹⁹.

Dans l'arrêt *Ryan c. Ville de Victoria*¹²⁰, la Cour suprême devait décider si des compagnies ferroviaires étaient civilement responsables parce qu'elles avaient omis d'exercer un pouvoir discrétionnaire, prévu par des dispositions réglementaires, pour limiter le danger créé par les ornières en bordure d'une rue. La cause soulevait la question du lien entre le principe de l'autorisation du législateur et la responsabilité civile. À cet égard, il est utile de rappeler que les compagnies ferroviaires bénéficient en common law d'une immunité relative qui limite leur obligation de diligence. Si elles se conforment aux dispositions législatives et réglementaires, elles n'engageront leur responsabilité que dans la mesure où elles agissent d'une manière objectivement déraisonnable. Pour conclure à la responsabilité de la municipalité, le juge Major, écrivant au nom de la Cour suprême, s'est appuyé sur la position du droit civil et l'arrêt *Chemins de fer nationaux du Canada c. Vincent*¹²¹. Dans ce jugement qui soulevait en droit civil des questions analogues aux problèmes examinés dans l'arrêt *Ryan*, la Cour suprême décida qu'il fallait déterminer si la compagnie n'avait pas commis un acte de négligence selon le régime de responsabilité civile, même si elle avait respecté les dispositions législatives particulières qui la régissaient. De l'avis de la Cour suprême, les dispositions particulières qui régissaient l'appelante n'avaient pas pour effet de la soustraire au régime de droit commun en matière de responsabilité civile. Sur la base de cette jurisprudence qui utilise une norme de diligence analogue à celle que la common law emploie dans la mise en œuvre du tort de négligence, le juge Major

119. *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27 (notion de garde); *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519 (notion de handicap en relation avec la protection du droit à l'égalité); *Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*, [1999] R.C.S. 753.

120. *Ryan c. Ville de Victoria*, [1999] 1 R.C.S. 201.

121. *Chemins de fer nationaux du Canada c. Vincent*, [1979] 1 R.C.S. 364.

conclut dans l'arrêt *Ryan* que le respect d'une norme de diligence d'origine législative n'abroge ni ne remplace l'obligation de respecter la norme de diligence prévue par la common law. Il s'agit d'obligations concomitantes, comportant chacune leur propre sanction en cas de manquement.

L'influence du droit civil sur la common law résulte aussi de situations où le droit civil constitue désormais le droit commun du Québec dans les domaines traditionnellement fondés sur la common law dans le système juridique québécois. Par exemple, il existe dans la jurisprudence de la Cour suprême une ouverture nouvelle à l'égard de l'emploi d'un concept de mauvaise foi défini en fonction d'une notion civiliste de bonne foi en droit administratif. Dans l'arrêt *Entreprises Sibeca Inc. c. Municipalité de Frelighsburg*¹²², qui traitait de la mauvaise foi comme source de responsabilité civile dans le cas d'une municipalité poursuivie pour modification d'un règlement de zonage, la Cour suprême s'est montrée favorable à ce que l'immunité de droit public attachée à l'exercice du pouvoir législatif et réglementaire soit intégrée dans le régime de responsabilité applicable aux organismes publics¹²³. Comme cette affaire relevait du droit québécois, il est sans doute trop tôt pour savoir si, à l'extérieur du Québec, les principes dégagés dans les arrêts exerceront une influence notable sur l'évolution du droit administratif. Notons à cet égard l'existence de deux causes où des tribunaux ont appliqué le degré de faute exigé en droit civil en common law dans le cas de délits de négligence ou de *misfeasance in public office*¹²⁴.

Ainsi, dans le rapport dialogique qu'entretiennent la common law et le droit civil, l'ouverture à l'endroit de l'autre système juridique s'effectue principalement lorsque les problèmes juridiques ou les institutions juridiques en cause s'avèrent similaires. Le rapport dialogique se limite en quelque sorte à une étude comparative, et il convient alors de parler d'une importation encadrée des règles juridiques de l'autre système. Les sources étrangères jouent un rôle essentiellement persuasif¹²⁵. Nous nous trouvons toujours très loin d'une fusion des deux systèmes de droit.

122. *Entreprises Sibeca Inc. c. Municipalité de Frelighsburg*, [2004] 3 R.C.S. 304.

123. *Id.*, 316-317. Voir aussi *Finney c. Barreau du Québec*, [2004] 2 R.C.S. 17, 38-40.

124. *McClelland v. Stewart*, 245 D.L.R. (4th) 162 (B.C.C.A.); *Haug v. Saskatchewan Corrections and Public Safety*, [2005] S.J. No. 287 (QL) (Sask. Q.B.), par. 15. Pour une analyse plus détaillée, voir : D. LEMIEUX, « Le rôle du *Code civil du Québec* en droit administratif », (2005) 18 *C.J.A.L.P.* 119, 140.

125. Voir : H.P. GLENN, « Persuasive Authority », (1987) 32 *R.D. McGill* 261.

2.1.3 Les facteurs expliquant le rapport dialogique

La constatation de l'existence de rapports dialogiques entre le droit civil et la common law conduit à une recherche et à un examen des facteurs qui ont contribué à l'institution de ce type de rapports à la Cour suprême. Ces facteurs peuvent être divisés en quatre grands groupes : 1) sociologiques et culturels ; 2) techniques ; 3) institutionnels ; et 4) juridiques.

En ce qui a trait aux facteurs sociologiques et culturels, notons le développement d'un bilinguisme et d'un bijuridisme institutionnel. Comme nous l'avons vu précédemment, la Cour suprême a déjà fait l'objet de vives critiques en raison de son manque d'attention à l'égard du droit civil. L'ignorance de la langue française et du droit civil dans une cour où la majorité des membres étaient formés dans la tradition de common law et en anglais exclusivement expliquent sans doute en partie cette situation. Tout cela a beaucoup changé de nos jours alors qu'il existe désormais au sein de la Cour suprême une connaissance accrue de la langue française qui contribue à la fois à instituer un véritable bilinguisme et à favoriser la connaissance des sources de droit civil¹²⁶. La présence plus importante de juristes formés aux deux traditions juridiques parmi les membres de la Cour suprême et chez les plaideurs permet aussi des échanges constructifs et une meilleure prise en considération de chaque tradition¹²⁷. La dénationalisation de la pratique du droit et des qualifications professionnelles ainsi que l'accroissement de l'enseignement mixte du droit civil et de la common law au Canada contribuent aussi, plus indirectement, à ce phénomène¹²⁸.

Dans ce contexte, il est désormais permis de parler de « bilinguisation » et de « bijudiciarisation » de la Cour suprême¹²⁹. Cette évolution favorise l'épanouissement du droit civil et, partant, le maintien d'un dialogue entre les deux traditions, notamment sur le plan des principes et conceptions du droit de même que des méthodes de raisonnement. La réalité sociologique façonne ainsi une culture juridique mixte et sensible aux deux traditions juridiques et au respect de leurs spécificités. Par ailleurs, le développement de cette culture juridique est accéléré par l'existence de facteurs techniques.

En ce qui concerne les facteurs techniques, l'évolution de la technologie et des moyens de communication, comme nous le savons, accroît

126. Voir : J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 16, 129-130.

127. Voir : C.D. GONTHIER, « L'influence d'une cour suprême nationale sur la tradition civiliste québécoise », dans *Enjeux et valeurs d'un code civil moderne – Les Journées Maximilien-Caron, 1990*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 1, à la page 5.

128. H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 29, 193.

129. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 16, 129-130.

considérablement les capacités de recherche et d'analyse. La progression de la numérisation de l'information et de l'usage d'Internet accélère de manière significative la diffusion des connaissances et le traitement de l'information. L'accès aux banques de données qui regroupent une multitude de sources juridiques ordonnées de manière systématique et logique permet aussi de mieux prendre connaissance des développements survenus en common law et en droit civil. Nous ne saurions passer sous silence non plus le développement constant du domaine de l'édition juridique. L'ensemble de ces facteurs influe sur la qualité et la profondeur d'analyse des membres de la Cour suprême et sur les échanges entre les traditions juridiques¹³⁰. Cela permet de mettre à profit la richesse des traditions juridiques qui s'y côtoient.

Plusieurs facteurs institutionnels doivent aussi être mentionnés. Depuis que la Cour suprême a cessé de concevoir son rôle comme celui d'un agent d'uniformisation du droit canadien, un véritable dialogue entre les deux traditions juridiques a pu s'établir graduellement¹³¹. La valorisation des sources du droit civil relevée précédemment et l'activisme de certains juristes civilistes ne sont pas étrangers à ce changement d'attitude. Il faut reconnaître généralement que c'est vers le milieu du xx^e siècle que la Cour suprême abandonna clairement cette politique d'uniformisation¹³².

D'autres facteurs institutionnels ont joué un rôle dans l'intensification des rapports dialogiques entre les deux traditions juridiques. D'abord, la Cour suprême a mis sur pied à partir de la fin des années 60 le programme des auxiliaires de recherche en engageant ces personnes parmi les meilleurs étudiants en droit au pays, pour assister les juges dans certaines recherches et autres tâches¹³³. La Cour suprême dispose aussi d'un mandat d'une direction générale du droit au sein de laquelle plusieurs avocats assistent les juges dans leurs fonctions, notamment dans l'étude de demandes d'autorisation de pourvoi et la vérification et la production des arrêts. Ce

130. Plusieurs auteurs ont fait référence à ces facteurs : C.D. GONTHIER, *loc. cit.*, note 127, 9 ; H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 29, 191 ; P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 21, 498 ; H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 40-44.

131. H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 2, 211 ; H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 13, 166-167 ; P.-G. JOBIN, « Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges : les débuts d'une affaire de famille », (1980) 21 *C. de D.* 257, 270 ; F. ALLARD, *loc. cit.*, note 9, 22.

132. H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 2, 211 ; L. LAVALLÉE, « Manifestations du bijuridisme dans les jugements de la Cour suprême du Canada depuis l'adoption du Code civil du Québec », dans CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 9, p. 1-2.

133. Ce facteur a été souligné dans A.M. LINDEN et W.J. LINDEN, « The Supreme Court of Canada and Canadian Tort Law (1970-1985) » dans G.-A. BEAUDOIN (dir.), *op. cit.*, note 9, p. 89, à la page 102.

développement des ressources humaines a accru l'aptitude des juges à entreprendre des recherches approfondies et, par le fait même, a permis de tenir compte davantage des deux traditions juridiques.

De plus, en 1975, survient l'abolition du droit d'appel de plein droit à la Cour suprême dans les causes civiles. Dès lors, cette dernière dispose d'une discrétion pour choisir les causes qui seront entendues. Celle-ci n'est encadrée que par le critère de l'importance générale de l'article 40 (1) de la *Loi sur la Cour suprême du Canada*¹³⁴. En plus de la diminution de la charge de travail de la Cour suprême, une telle modification lui permet de s'acquitter de sa mission d'orientation de l'évolution du droit au Canada de manière plus rationnelle et systématique¹³⁵. La Cour suprême jette en quelque sorte un « second regard » sur l'évolution du droit au Canada et devient alors un acteur influent dans l'élaboration des politiques judiciaires¹³⁶.

La modification du rôle institutionnel de la Cour suprême a deux principales conséquences sur les rapports entre le droit civil et la common law. D'abord, consciente de la portée nationale de ses décisions et de son rôle, la Cour suprême prend soin de juger de l'effet de celles-ci sur les deux traditions juridiques. Ensuite, elle dispose de la liberté et de la légitimité pour s'inspirer de ces deux traditions ainsi que des autorités étrangères pour résoudre les problèmes juridiques auxquels elle doit faire face¹³⁷.

Par ailleurs, la nature même de la fonction judiciaire telle que nous la concevons au Canada favorise le recours à l'analyse comparée et, incidemment, l'institution d'un dialogue entre le droit civil et la common law. En principe, aucune règle spécifique ne limite le juge dans sa faculté de recourir au droit comparé, et ce, aussi bien en droit civil qu'en common law. C'est davantage la pertinence qui s'impose comme principe capable de justifier le recours à l'analyse comparée, sous réserve des limites générales propres aux deux traditions juridiques telles que l'autorité du précédent ou la codification en droit civil¹³⁸. Comme l'expliquait Albert Mayrand :

Il va de soi que ces décisions extraprovinciales, tout comme les décisions étrangères, peuvent avoir une autorité persuasive dans les affaires entendues au Québec. Nos

134. *Loi sur la Cour suprême du Canada*, L.R.C. (1985), c. S-26. Voir aussi B.A. CRANE et H.S. BROWN, *Supreme Court of Canada Practice*, Toronto, Thomson Carswell, 2005, p. 71.

135. A.M. LINDEN et W.J. LINDEN, *loc. cit.*, note 133, 101-102.

136. H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 13, 154.

137. *Id.*, 169-170.

138. H.P. GLENN, « Comparative Law and the Judicial Function », dans CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 311, aux pages 312 et 313.

tribunaux ne manquent pas l'occasion de les citer et de s'en inspirer avec avantage; ils auraient tort de s'en abstenir sous prétexte que les décisions pertinentes prononcées par un tribunal québécois sont moins souvent connues et mentionnées dans les autres provinces où la différence linguistique est un obstacle¹³⁹.

En raison de sa position dans le système juridique canadien, il est primordial que la Cour suprême utilise ce type d'analyse comparée qui demeure sensible au bijuridisme. En effet, la Cour suprême dispose des ressources institutionnelles appropriées pour mener à terme une telle entreprise d'élaboration du droit de manière ouverte et flexible contrairement aux autres instances qui ne disposent pas toujours de telles ressources pour surmonter la surcharge de travail et faire face aux pressions en faveur d'une justice rapide¹⁴⁰.

Ainsi, il est permis de croire que l'existence des facteurs institutionnels discutés dans la présente section contribua à influencer de façon déterminante la façon dont la Cour suprême aborde les problèmes juridiques qu'elle doit résoudre et considère les principes des deux grandes traditions juridiques dans l'élaboration de sa jurisprudence.

Les facteurs juridiques influent aussi sur le dialogue entre le droit civil et la common law. À titre de premier facteur juridique, l'activité législative aux niveaux fédéral et provincial accéléra la rencontre du droit civil et de la common law. L'analyse effectuée précédemment, concernant l'influence de la common law sur le droit civil, a permis de relever le fait que le *Code civil du Québec* intègre des sources multiples dont fait partie la common law.

À l'inverse, plusieurs dispositions du Code civil comme la disposition préliminaire et l'article 1376 confirment le rôle du droit civil à titre de droit supplétif dans de nombreux domaines fondés à l'origine sur la common law. Ces dispositions consacrent le statut de droit commun du Code civil au Québec¹⁴¹. L'exemple du droit administratif vient rapidement à l'esprit alors que les dispositions pertinentes du *Code civil du Québec* deviennent une partie du contenu implicite des lois et autres textes administratifs en l'absence de mention expresse ou contraire¹⁴². D'ailleurs, la Cour suprême est demeurée généralement sensible à cette coexistence du droit commun dans les domaines de common law publique¹⁴³.

139. A. MAYRAND, «L'autorité du précédent au Québec», dans J.-L. BAUDOUIN (dir.), *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 259, à la page 281.

140. P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 21, 494-495.

141. *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, 682; *Doré c. Ville de Verdun*, précité, note 101, 874.

142. D. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 124, 123 et suiv.

143. *Doré c. Ville de Verdun*, précité, note 101; *Maska Auto Spring Ltée c. Ste-Rosalie*, [1991] 2 R.C.S. 3; *Prud'homme c. Prud'homme*, précité, note 141.

Outre l'influence du *Code civil du Québec*, nous devons reconnaître l'importance du Programme d'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien. Cette initiative a permis l'adoption d'une multitude de modifications législatives qui apportent un éclairage utile et nécessaire sur les questions touchant à l'interaction du droit civil et de la common law dans la législation fédérale. Il est déjà possible de constater l'influence d'une telle initiative dans la jurisprudence de la Cour suprême qui intègre désormais des références aux modifications législatives ou aux sources extrinsèques issues de l'initiative du bijuridisme du gouvernement du Canada¹⁴⁴.

L'impact positif du programme du bijuridisme sur le dialogue entre le droit civil et la common law s'explique, entre autres, par les clarifications qu'il permet d'apporter aux nombreuses questions soulevées par les situations où le droit fédéral interagit avec le droit privé au Canada. Le droit de la faillite et de l'insolvabilité renvoie, par exemple, à nombre de concepts de droit privé comme le lien juridique débiteur-créancier ou encore la notion de créanciers garantis. La *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁴⁵ s'en remet aussi aux notions de fiducies et d'hypothèques du droit civil. L'aménagement harmonieux de ces règles se révèle très complexe et nécessite une réflexion approfondie, mais qui nourrit ensuite les échanges et facilite la compréhension des deux traditions.

Les modifications législatives résultant de l'initiative du bijuridisme influent sur les relations entre la common law et le droit civil à plusieurs niveaux. D'abord, les clarifications apportées permettent de respecter la spécificité de chaque tradition juridique par l'introduction dans la législation de concepts spécifiques destinés à s'appliquer selon que la disposition est employée en droit civil ou en common law. Cette technique du doublet participe en quelque sorte d'une volonté d'assurer l'harmonisation de deux

144. *Schreiber c. Procureur général du Canada*, [2002] 3 R.C.S. 269, 302-303 (utilisation du doublet simple qui consiste à présenter les termes ou notions propres à chaque système de droit, les uns à la suite des autres); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 420-421 (j. Gonthier) (référence au fait que la loi d'harmonisation prévoit que le mariage requiert le consentement libre et éclairé d'un homme et d'une femme); *Lefebvre (Syndic de)*; *Tremblay (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 326, 342 (modifications apportées à la définition du «créancier garanti» dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*); *Ouellet (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 348, 355 (modifications apportées à la définition du «créancier garanti» dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*); *Syndic de D.I.M.S. Construction Inc. c. Procureur général du Québec*, 2005 CSC 52, par. 64 (confirmation que la compensation en matière de faillite s'applique au Québec en ayant recours aux règles du droit civil seulement et non de la common law).

145. *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), c. 1 (5^e suppl.).

systèmes de droit sans les fusionner en une même législation, mais reflétant la spécificité de chaque système¹⁴⁶.

Ensuite, en précisant le champ d'application du droit provincial et la nature de ses rapports avec le droit fédéral, l'initiative du bijuridisme circonscrit le domaine de mise en œuvre de celui-ci. Ces précisions confirment ainsi l'autonomie du droit provincial. Cela est particulièrement important lorsque vient le temps de juger de l'existence d'une situation de dissociation, c'est-à-dire lorsqu'une norme étrangère au droit privé de la province d'application vient pallier l'incomplétude de la norme législative fédérale et exclut toute application à titre supplétif du droit de la province¹⁴⁷. Si l'intention du législateur est d'opérer dissociation, les tribunaux doivent la respecter. Par contre, en présence d'incertitudes, il subsiste un risque que l'interprète puisse conclure à l'existence d'une situation de dissociation alors que celle-ci ne se présente pas. Dans ces circonstances, l'utilité de l'éclairage qu'apporte la réflexion issue du bijuridisme se confirme. En effet, elle actualise les rapports de complémentarité tout en respectant la dissociation voulue par le législateur¹⁴⁸. La Cour suprême peut alors s'acquitter de manière plus rigoureuse et systématique de son rôle d'interprète des lois et juger de façon appropriée de la place respective de la common law et du droit civil lorsqu'ils sont appelés à interagir.

L'analyse précédente permet de comprendre comment les initiatives législatives sont notables dans le développement du bijuridisme au Canada et le dialogue entre les deux traditions. À cet égard, l'influence du législateur est plus importante que celle des tribunaux et de la Cour suprême. Tout de même, cette dernière, en raison de son rôle d'interprète, contribue à la mise en œuvre et à l'évolution du bijuridisme au Canada et elle constitue un forum privilégié où s'exprime le dialogue entre la common law et le droit civil.

À titre de deuxième facteur juridique, mais de manière plus indirecte que pour l'activité législative, nous devons considérer l'évolution de la conception du droit. En effet, la conception d'un droit national rigide et exclusif semble en déclin¹⁴⁹. Une telle évolution contribuerait à valoriser et à élargir les sources de droit et d'interprétation provenant d'autres systèmes juridiques. Bien entendu, les références à des sources externes

146. *Schreiber c. Procureur général du Canada*, précité, note 144, 302.

147. M.-C. GÉRAIS et M.-F. SÉGUIN, «Le bijuridisme au Canada et dans le monde : quelques considérations», dans CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 9, p. 10-11.

148. *Id.*, p. 12.

149. H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 13, 318; M. ANDENAS et D. FAIRGRIEVE, «Introduction: Finding a Common Language for Open Legal Systems», dans M. ANDENAS et D. FAIRGRIEVE (dir.), *Comparative Law before the Courts*, Londres, The British Institute of

au droit national en common law proviennent encore majoritairement de l'Angleterre et du Commonwealth, alors que celles en droit civil viennent de la France ou d'autres pays de tradition civiliste¹⁵⁰. Cette habitude s'explique sans doute par les fondements historiques des systèmes juridiques canadiens et de leurs affinités sur le plan conceptuel, méthodologique et substantif. Il demeure qu'il existe maintenant une attitude d'ouverture à l'égard des sources juridiques provenant de traditions diverses. La Cour suprême a contribué à valoriser ce type d'analyse, comme nous l'avons souligné précédemment. Cette ouverture envers les autres traditions juridiques s'inscrit aussi dans un mouvement plus large de valorisation du droit comparé.

Le droit comparé constitue le troisième facteur juridique expliquant le développement d'un dialogue entre le droit civil et la common law. Il offre au législateur des outils pour moderniser le droit et l'harmoniser avec les systèmes juridiques du monde occidental tout en préservant l'intégrité du système national¹⁵¹. Nous l'avons vu auparavant, les sources des dispositions du *Code civil du Québec* et leur interprétation en fonction des principes de la common law favorisent la prise en considération de cette tradition juridique dans un système juridique qui lui est étranger à première vue.

La montée du recours au droit comparé s'est aussi fait sentir dans l'activité des tribunaux, puisqu'il valorise en quelque sorte la fonction judiciaire¹⁵². Son rôle permet de s'inspirer, lorsque cela est nécessaire, des principes, méthodes ou conceptions provenant d'autres traditions juridiques et de jeter un éclairage utile sur les questions de droit propres au système canadien. La référence à des autorités persuasives externes permet aussi de valider les positions adoptées en révélant comment d'autres systèmes juridiques ont résolu des problèmes particuliers. C'est de cette façon que la valorisation du droit comparé et sa reconnaissance par les tribunaux ont stimulé les rapports entre le droit civil et la common law. Il faut d'ailleurs constater que la Cour suprême du Canada reconnaît pleinement la valeur de l'approche comparative. Comme l'explique le professeur Glenn, «la Cour suprême valorise les sources de droit civil et de common law en même

International and Comparative Law, 2004, p. i, à la p. xxvii ; H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 29, 185 ; H.P. GLENN, « The Common law in Canada », (1995) 74 *R. du B. can.* 261, 288-289. Pour une perspective historique, voir : H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 125, 290-297.

150. H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 13.

151. P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 21, 477.

152. H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 138, 324-325 ; M. ANDENAS et D. FAIRGRIEVE, *loc. cit.*, note 149.

temps, assurant ainsi la vitalité continue des deux traditions et réduisant sa propre importance comme source du droit jurisprudentiel¹⁵³ ».

À titre de quatrième facteur juridique, mentionnons le caractère relatif du *stare decisis*. C'est en 1909, dans l'arrêt *Stuart c. Bank of Montreal*¹⁵⁴, que la Cour suprême adopta expressément la règle du *stare decisis*, à l'instar de la Grande-Bretagne. Une telle méthode était nécessaire dans la mesure où l'on jugeait désirable d'unifier le droit au Canada. L'existence de décisions sans appel constituant une source unique de droit et susceptibles d'écarter les règles contradictoires ne pouvaient que contribuer à l'atteinte de cet objectif¹⁵⁵. La doctrine critiqua parfois cette méthode qu'elle estimait difficilement réconciliable avec la méthodologie du droit civil, qualifiant même ce principe de « corset de fer »¹⁵⁶. Toutefois, bien que le principe du *stare decisis* constitue un élément fondamental du raisonnement juridique en common law, il n'est pas absolu. Comme le souligne le professeur Glenn, la Cour suprême, à l'instar de la Chambre des Lords, a maintenant reconnu qu'elle pouvait modifier ses précédents : « Ce modèle de droit ne s'est jamais vraiment imposé en droit canadien. La Cour suprême a renoncé éventuellement (avec la Chambre des Lords) à une telle notion draconienne de précédent et la mixité des sources de droit reste un phénomène important à la fois au Québec et dans les juridictions de common law »¹⁵⁷.

L'assouplissement de la règle du *stare decisis* a alors facilité le dialogue entre les traditions juridiques. Un concept plus flexible de l'autorité du précédent se montre plus favorable à la mixité des sources de droit, en atténuant l'absolutisme de l'autorité des jugements nationaux.

Enfin, à titre de cinquième et dernier facteur juridique, il faut souligner le rejet de l'existence d'un droit commun fédéral. En effet, la Cour suprême renonça à reconnaître dans sa jurisprudence l'existence d'une common law fédérale, évitant ainsi de créer une source formelle d'unification du droit qui aurait pu suppléer au silence de la législation fédérale. La Cour suprême confirma par le fait même le caractère mixte du droit privé canadien qui repose sur l'existence des deux traditions juridiques.

Une série d'arrêts de la Cour suprême à partir de 1977 ont confirmé le principe qu'il n'existe pas de common law fédérale supplétive applicable de manière uniforme sur tout le territoire pour les matières de compétence fédérale. Dans l'affaire *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadian Pacific*

153. H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 29, 183.

154. *Stuart c. Bank of Montreal*, (1909) 41 R.C.S. 516.

155. H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 2, 206.

156. P. AZARD, *loc. cit.*, note 9, 558. Voir aussi J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 9, 725.

157. H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 2, 206. Voir aussi H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 125, 293.

*Ltd.*¹⁵⁸, les appelantes agissaient en défense dans une action en dommages-intérêts pour inexécution d'une obligation contractuelle. Elles contestaient la compétence de la Cour fédérale alléguant que l'action devait être introduite devant la Cour supérieure du Québec. La solution dépendait de la signification et de l'application de l'article 23 de la *Loi sur la Cour fédérale*¹⁵⁹ et de ses termes «exécution des lois du Canada». La Cour suprême décida de donner à ces termes une interprétation respectueuse de la portée de l'expression «lois du Canada» à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁶⁰ en précisant que les lois du Canada n'incluent pas les lois provinciales. Ainsi, pour déclarer la Cour fédérale compétente, la demande de redressement devait s'effectuer en vertu d'une loi du Canada, c'est-à-dire de la législation fédérale applicable, que ce soit une loi, un règlement ou la common law¹⁶¹. Cette exigence n'étant pas remplie en l'espèce, la Cour suprême conclut à l'absence de compétence de la Cour fédérale.

Dans l'arrêt *McNamara Construction c. La Reine*¹⁶², il s'agissait aussi d'une affaire qui soulevait la question de la compétence de la Cour fédérale dans une action en dommages-intérêts intentée par la Couronne pour inexécution d'un contrat. La Cour suprême précisa que, pour déterminer si la Cour fédérale peut être saisie d'un litige, il ne s'agit pas d'établir si l'action relève d'un chef de compétence fédérale en vertu de la Constitution, mais de savoir si elle est fondée sur une législation fédérale existante et applicable. La règle de common law selon laquelle la Couronne peut poursuivre devant tout tribunal ayant compétence dans le domaine pertinent ne peut s'appliquer intégralement dans un État fédéral comme le Canada où «les pouvoirs législatifs et exécutifs sont répartis entre les législatures et gouvernements centraux et provinciaux et où, en outre, le pouvoir du Parlement d'établir des tribunaux est limité par la Constitution¹⁶³».

Ces arrêts ont refusé de reconnaître l'existence du droit fédéral supplétif autonome. En cas de silence de la loi fédérale et en l'absence d'une règle de common law découlant de la législation, le droit provincial fait office de droit commun. Il se pose alors dans un rapport de complémentarité avec le droit fédéral. Il peut s'exprimer de manière autonome et affirmer sa spécificité sans être subordonné à un régime de droit commun

158. *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 1054.

159. *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, c. 10 (2^e Supp.).

160. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

161. *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadian Pacific Ltd.*, précité, note 158, 1065-1066. Voir aussi *R. c. Foundation Co. of Canada*, [1980] 1 R.C.S. 695.

162. *McNamara Construction c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654.

163. *Id.*, 660.

fédéral. Cette situation contribue à garantir la vitalité des deux traditions juridiques et les échanges entre elles. Comme l'explique France Allard :

L'impact des énoncés faits dans *Quebec North Shore, McNamara et Fuller*, sur le besoin de mieux comprendre le rapport de complémentarité entre le droit fédéral et le droit québécois est important. En effet, l'articulation du rapport entre le droit fédéral et les droit provinciaux ne pouvait se faire qu'à partir de cette idée d'absence d'une common law fédérale. Ne serait-ce qu'au plan symbolique, le rejet d'un droit fédéral autonome et d'une common law propre au droit fédéral fait en sorte que le droit civil, en tant que système, a pu être considéré et reconnu comme une tradition d'égale importance dans le cadre fédéral et permettre une véritable complémentarité entre le droit civil québécois et le droit fédéral¹⁶⁴.

Ainsi, nous constatons la présence d'une multitude de facteurs favorisant l'émergence d'un rapport dialogique entre les traditions de droit civil et de common law à la Cour suprême. Ces facteurs relèvent des domaines culturel, technique, institutionnel et juridique. Cependant, malgré une évolution en parallèle ponctuée d'influences réciproques, il existe des domaines où la Cour suprême est demeurée sensible aux divergences entre le droit civil et la common law et n'a pas hésité à les affirmer.

2.2 Les rapports de divergence

L'étude de l'interaction du droit civil et de la common law dans l'histoire plus récente de la Cour suprême permet de relever l'existence de rapports de divergence significatifs. Ceux-ci surviennent principalement dans des situations où la Cour suprême se montre sensible aux spécificités des deux traditions juridiques et n'hésite pas à reconnaître leurs particularités lorsque les principes ou l'économie des régimes juridiques en cause le justifient. Deux domaines font ressortir très clairement ces divergences : ceux de la diffamation et des dommages-intérêts.

2.2.1 La diffamation

La Cour suprême a récemment étudié dans les arrêts *Prud'homme c. Prud'homme*¹⁶⁵ et *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*¹⁶⁶ le contenu du droit québécois en matière de responsabilité civile fondée sur la diffamation. Traditionnelle-

164. F. ALLARD, *loc. cit.*, note 9, 25-26. Voir aussi J.E.C. BRIERLEY, «Bijuralism in Canada», dans CONGRÈS INTERNATIONAL DE DROIT COMPARÉ, *Droit contemporain : rapports canadiens au Congrès international de droit comparé*, Montréal, 1990, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 22, à la page 35.

165. *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663.

166. *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, [2004] 3 R.C.S. 95.

ment, les tribunaux québécois s'inspiraient des notions de common law en matière de diffamation (*good faith and justification* ou *qualified privilege*) et ils ont fait référence à maintes reprises à des décisions des cours anglaises ou canadiennes ou encore aux auteurs de common law¹⁶⁷. Malgré cette tendance, la Cour suprême a fait remarquer dans les arrêts *Prud'homme* et *Néron* que le droit civil québécois, contrairement à la common law, ne prévoit pas de recours particulier pour l'atteinte à la réputation. L'action pour diffamation relève du régime général de responsabilité civile qui repose sur l'article 1457 du *Code civil du Québec*. L'état du droit civil en matière de diffamation écarte donc, en principe, la pertinence des règles de la common law. C'est dans cette optique que, dans les arrêts *Prud'homme* et *Néron*, la Cour suprême a mis en garde les tribunaux québécois contre la tendance à introduire ou à appliquer des règles de common law dans une matière qui, sous réserve des principes du droit des chartes, reste régie par la procédure, les méthodes et les principes du droit civil¹⁶⁸.

Ainsi, dans une action pour diffamation en droit civil, il faut procéder à une analyse contextuelle des faits et des circonstances pour déterminer si une faute a été commise. Il ne suffit pas de mettre l'accent sur la véracité du contenu, mais il convient également d'évaluer la teneur du message, sa méthodologie et son contexte. Toutefois, comme la Cour suprême le soulignait dans l'arrêt *Néron*, cette méthode ne nie pas l'importance des critères de la véracité ou du caractère d'intérêt public des propos diffamatoires. Ces derniers deviennent des facteurs pris en considération dans l'analyse contextuelle globale de la faute. Ils ne jouent pas nécessairement le rôle de facteur déterminant en toutes circonstances¹⁶⁹. La Cour suprême est aussi demeurée sensible à la possibilité de s'inspirer de la common law à l'égard de certains aspects des affaires de responsabilité civile pour diffamation dans l'arrêt *Prud'homme*. L'immunité relative des élus municipaux et la défense de commentaire loyal furent intégrées au régime de la diffamation en droit civil à titre de circonstances à considérer dans l'appréciation de la faute civile¹⁷⁰.

La diffamation constitue donc un exemple d'un domaine du droit où, en prêtant attention particulièrement aux caractères propres aux deux systèmes juridiques, la Cour suprême a reconnu les divergences qui sépa-

167. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, n° 266, p. 193.

168. *Id.*, p. 129-130.

169. *Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. c. Chambre des notaires du Québec*, précité, note 166, 131.

170. *Prud'homme c. Prud'homme*, précité, note 165, 699.

rent les régimes de responsabilité de la common law et du droit civil qui, pourtant, veulent l'un et l'autre répondre à la même problématique.

2.2.2 Les dommages-intérêts

Il existe aussi des divergences entre la common law et le droit civil à l'égard des principes qui guident l'octroi de dommages-intérêts. Nous ne saurions toutefois parler de divergences fondamentales. De nombreuses similitudes se manifestent dans les principes généraux en matière tant contractuelle qu'extracontractuelle.

En matière contractuelle, le principe de la restitution intégrale est commun aux deux systèmes. En droit civil, l'article 1611 pose la règle de la restitution intégrale de la perte subie et de la privation de gain, laquelle est précisée par l'article 1613 du *Code civil du Québec* qui limite la compensation aux dommages-intérêts prévisibles. En common law, les arrêts *Wertheim v. Chicoutimi Pulp Company*¹⁷¹ et *Asamera Oil Corporation Ltd. c. Sea Oil & General Corporation*¹⁷² établissent clairement que les dommages recouvrables dans une action fondée sur l'inexécution d'une obligation contractuelle sont limités au montant qui placera la partie lésée dans la situation qui aurait existé si le contrevenant avait respecté son engagement. Comme en droit civil, la common law adopte la règle de la prévisibilité raisonnable des dommages qui permet de limiter l'indemnisation de la victime du préjudice¹⁷³. L'auteur de l'inexécution d'une obligation contractuelle est responsable des pertes qui peuvent raisonnablement être considérées comme résultant de cette inexécution ou que les parties auraient pu raisonnablement considérer, à la conclusion du contrat, comme une conséquence probable de l'inexécution¹⁷⁴.

En matière extracontractuelle, le principe de la restitution intégrale prévaut aussi, que ce soit en droit civil ou en common law¹⁷⁵. Toutefois, en droit civil, la limitation de la réparation s'effectue selon le caractère direct du préjudice, car le caractère prévisible de ce dernier est seulement une condition particulière attachée au préjudice résultant de l'inexécution

171. *Wertheim v. Chicoutimi Pulp Company*, [1911] A.C. 301 (C. privé).

172. *Asamera Oil Corporation Ltd. c. Sea Oil & General Corporation*, [1979] 1 R.C.S. 63.

173. *Hadley v. Baxendale*, (1854) 9 Exch. 341; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, 474 (jj. Sopinka et McLachlin); *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, [2002] 2 R.C.S. 601, 620-621.

174. *Hodgkinson c. Simms*, précité, note 173, 474.

175. Art. 1611 C.c.Q.; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Thomton c. Prince George Board of School Trustees of School District No. 57*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287, 334.

d'une obligation contractuelle¹⁷⁶. La common law, pour sa part, insiste davantage, en matière de négligence, sur le critère de la prévisibilité, bien que ce concept soit aussi intimement lié à la détermination de l'existence d'un devoir de diligence¹⁷⁷.

Les divergences entre la common law et le droit civil en matière de dommages-intérêts se manifestent de façon marquée en ce qui a trait aux chefs de dommages recouvrables. Sur le plan des dommages moraux, par exemple, il existe traditionnellement en common law une réticence à indemniser une victime pour une telle perte qui est non économique¹⁷⁸. Par exemple, cette réticence traditionnelle se traduit de nos jours encore par des conditions strictes pour l'octroi de dommages-intérêts moraux, comme l'exigence imposée aux victimes indirectes d'un préjudice moral de démontrer l'existence d'un préjudice psychiatrique reconnu¹⁷⁹. L'indemnisation sur la seule base du préjudice moral, en l'absence de tout préjudice physique, semble aussi plus difficile¹⁸⁰.

La prudence de la common law en matière de dommages non économiques s'est confirmée à la Cour suprême, notamment dans la trilogie composée des arrêts *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*¹⁸¹, *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*¹⁸² et *Arnold c. Teno*¹⁸³. La Cour suprême imposa alors un plafond de 100 000\$ pour l'octroi de dommages non pécuniaires liés aux douleurs et souffrances, à la perte des agréments de la vie et à la diminution de l'espérance de vie. La Cour suprême adopta aussi une approche fonctionnelle pour l'indemnisation des victimes de ce type de dommages par opposition à une approche conceptuelle ou personnelle. L'approche fonctionnelle n'évalue pas en termes monétaires la perte des agréments de la vie, mais elle tente de fixer une indemnité suffisante en vue de fournir à la victime une conso-

176. Art. 1607 et 1613 C.c.Q.; J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 167, n° 297, p. 238.

177. *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co. Ltd.*, [1961] A.C. 388 (P.C.); *R. c. Côté*, [1976] 1 R.C.S. 595; *School Division of Assiniboine South No. 3 v. Hoffer*, (1971) 21 D.L.R. (3d) 608 (Man. C.A.), confirmé par (1973) 40 D.L.R. (3d) 480; *Price v. Milaski*, (1977) 82 D.L.R. (3d) 130 (Ont. C.A.); *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537; *Edwards c. Le Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562; S.M. WADDAMS, *The Law of Damages*, 4^e éd., Toronto, Canada Law Book, 2004, p. 570.

178. S.M. WADDAMS, *op. cit.*, note 177, p. 217; *Augustus c. Gosset*, précité, note 4, 285-286.

179. L. BÉLANGER-HARDY, « Responsabilité délictuelle et réparation du préjudice moral : où en est la common law canadienne ? », (2002) 32 *R.G.D.* 697, 732-733.

180. *Ibid.*

181. *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, précité, note 175.

182. *Ibid.*

183. *Id.*

lation raisonnable pour ses malheurs. Elle s'accorde avec la logique qui sous-tend l'indemnisation des victimes pour des pertes non pécuniaires en common law. Comme la Cour suprême le précisa dans l'arrêt *Lindal c. Lindal*¹⁸⁴, il y a indemnisation non parce que les facultés perdues ont une valeur monétaire, mais parce qu'il est possible de se servir d'argent pour substituer d'autres agréments et plaisirs à ceux qui ont été perdus¹⁸⁵.

Cette approche tranche sur l'approche traditionnelle en droit civil où l'indemnisation de la victime d'un préjudice moral est en principe pleinement reconnue, bien que la trilogie de la common law ait été couramment appliquée par les tribunaux québécois. Les articles 1457 et 1607 du *Code civil du Québec* ne distinguent aucunement entre les chefs de dommages, qu'ils soient corporels, moraux ou matériels. D'ailleurs, Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers expliquent bien la logique propre au droit civil dans ce domaine :

Le droit civil, en premier lieu, admet la compensation des pertes non pécuniaires, non comme une sanction de la gravité de la faute, non comme un prix de consolation, mais bien comme la compensation objective d'un intérêt légitime lésé. L'intérêt lésé, en droit civil, n'a pas nécessairement une nature ou une valeur patrimoniale. Son absence de valeur économique n'empêche ni de le protéger, ni de réparer l'atteinte¹⁸⁶.

La Cour suprême s'est déjà vue placée devant la question du choix de la méthode qui dicte l'évaluation des dommages-intérêts dans l'arrêt *Curateur Public c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*¹⁸⁷. Devant les principes fondamentaux du droit civil en cette matière, elle a dû reconnaître que l'indemnisation s'effectue sur une base individuelle, ce qui empêche de s'en remettre à une seule méthode (personnelle, conceptuelle ou fonctionnelle), comme c'est le cas en common law pour l'approche fonctionnelle. À ce sujet, la juge L'Heureux-Dubé écrivait au nom de la Cour suprême :

Ainsi, en droit civil québécois, les trois méthodes de calcul du montant nécessaire pour compenser le préjudice moral — soit les approches conceptuelle, personnelle et fonctionnelle — s'appliquent conjointement, favorisant ainsi l'évaluation personnalisée du préjudice moral. De fait, ceci m'apparaît la meilleure solution dans un domaine où la quantification exacte du préjudice subi, en raison de son caractère qualitatif, est extrêmement difficile¹⁸⁸.

184. *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629.

185. *Id.*, 636.

186. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 167, n° 447, p. 353.

187. *Curateur Public c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211.

188. *Id.*, 248.

De cette manière, la Cour suprême admet les divergences entre deux domaines du droit dont l'objet et la fonction sont en apparence similaires, mais qui reposent sur des conceptions fondamentalement opposées. Alors que le droit civil veut compenser en fonction de la perte individuelle causée par le préjudice, la common law, en matière de dommages non économiques, effectue l'indemnisation dans un but de substitution, dans une approche fonctionnelle¹⁸⁹.

La jurisprudence de la Cour suprême contient d'autres exemples où le droit civil et la common law ne s'accordent pas sur les chefs de dommages admissibles. La compensation des pertes purement économiques constitue un bon exemple. En principe, en common law, l'indemnisation de la victime pour des pertes économiques relationnelles¹⁹⁰ sera interdite en matière délictuelle lorsqu'elle résulte d'une lésion corporelle ou d'un dommage matériel subi par un tiers, sous réserve d'un nombre d'exceptions bien précises¹⁹¹. Le droit civil, pour sa part, n'exclut, en principe, aucune forme de préjudice. Du moment qu'un acte fautif porte préjudice au droit d'autrui, la compensation est due¹⁹². Cela ne veut pas dire, cependant, que toute personne sera indemnisée. La solution réside plutôt dans l'évaluation de la relation causale entre le préjudice et la faute pour déterminer si le préjudice est une conséquence directe de la faute, comme l'expliquait la juge McLachlin dans l'arrêt *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*:

Dans les systèmes de droit civil du Québec et de la France, par contraste, le droit ne fait pas de distinction entre la perte découlant des dommages causés aux biens d'une personne et la perte découlant des dommages causés aux biens d'autrui. Si les juges appliquant le droit civil restreignent l'indemnisation, ce n'est pas parce que le droit les y oblige mais parce que les faits et le lien de causalité le justifient. Dans les provinces de common law du Canada, le droit se situe entre ces deux extrêmes. Quoique l'indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat soit exceptionnelle en matière délictuelle, il est accepté, dans la jurisprudence canadienne, qu'il peut y avoir des cas où cette perte donne lieu à indemnisation¹⁹³.

189. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 167, n° 447, p. 353.

190. La perte économique relationnelle est subie par le demandeur en raison d'un dommage causé au bien d'autrui.

191. *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, précité, note 118; *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860. Voir aussi B. FELDTHUSEN, *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 2000, p. 193 et suiv.

192. J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 167, n° 301, p. 241.

193. *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, précité, note 118, 1240.

Ces divergences, sur le plan des principes, s'expriment de manière encore plus nette en matière d'indemnisation de la victime pour le préjudice résultant du décès. Dans l'affaire *Augustus c. Gosset*, la Cour suprême devait déterminer si une mère, dont le fils était décédé à la suite d'une erreur policière, pouvait obtenir des dommages compensatoires à titre de *solatium doloris* en vertu des articles 1053 et 1056 C.c.B.C. La position de la Cour suprême, depuis 1887 dans l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Robinson*¹⁹⁴, avait été de refuser l'indemnisation sur cette base. La jurisprudence était toujours demeurée fidèle à cette orientation, sauf dans de très rares exceptions¹⁹⁵. La Cour suprême reconnut dans l'arrêt *Gosset* l'erreur historique de principe qu'elle avait commise et précisa que la compensation pour le chagrin et la douleur morale ressentis à la suite du décès d'un proche s'inscrit dans la pleine reconnaissance des dommages moraux en droit civil. La Cour suprême prit soin de marquer les différences entre le droit civil et la common law. La juge L'Heureux-Dubé écrit ceci :

Contrairement à la common law, la tradition civiliste n'a jamais nié qu'une victime par ricochet puisse obtenir réparation pour le préjudice moral qui découle du décès d'une personne [...] En effet, la règle générale en droit civil veut que tout préjudice, qu'il soit moral ou matériel, même s'il est difficile à évaluer, puisse être indemnisé dans la mesure où preuve en est faite¹⁹⁶.

Bien que la disposition législative en cause provienne d'une disposition statutaire de common law qui avait été interprétée comme excluant l'indemnisation sur la base du *solatium doloris*, la Cour suprême s'appuya sur la spécificité de la tradition juridique du Québec pour l'accepter en droit civil québécois¹⁹⁷.

Aujourd'hui encore, la common law refuse l'indemnisation pour *solatium doloris*¹⁹⁸. Les tribunaux font toutefois preuve d'habileté et de souplesse dans la reconnaissance des chefs de dommages, comme l'octroi de dommages pour la perte de conseils, de soins et de compagnie¹⁹⁹. Il arrive aussi que des lois adoptées dans les provinces de common law encadrent l'octroi de ce type de dommages²⁰⁰. Cependant, il faut remarquer que, dans tous les cas, il s'agit de dommages pécuniaires uniquement,

194. *Canadian Pacific Railway Co. c. Robinson*, précité, note 3.

195. *Canadian Pacific Railway Co. c. Lachance*, (1909) 42 R.C.S. 205 ; *Montreal Tramways Co. c. Lindner*, [1939] R.C.S. 405.

196. *Augustus c. Gosset*, précité, note 4, 285-286.

197. *Id.*, 288.

198. *Bianco v. Fromow*, (1998) 161 D.L.R. (4th) 765 (B.C.C.A.); *Zeleniski Estate v. Fairway*, (1998) 60 B.C.L.R. (3d) 76 (C.A.); S.M. WADDAMS, *op. cit.*, note 177, p. 344-345.

199. *Vana c. Tosta*, [1968] S.C.R. 71 ; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, 508.

200. *Fatal Accidents Act*, R.S.A. 2000, c. F-8, art. 8 (2) (Alberta); *Fatal Accident Act*, C.C.S.M., c. F50, art. 3.1 (2) (Manitoba); *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, art. 61 (Ontario).

alors que le *solatium doloris* en droit civil a pour objet de compenser un préjudice extrapatrimonial. Nous voyons ainsi comment, en matière de dommages-intérêts, la Cour suprême sait exprimer des rapports de divergence entre la common law et le droit civil, en prenant en considération les différences entre les deux traditions juridiques sur le plan des principes fondamentaux.

2.2.3 L'interaction du droit provincial avec le droit fédéral

Les divergences entre la common law et le droit civil se manifestent à l'occasion de l'examen de l'interaction du droit provincial avec le droit fédéral, qui reste principalement fondé sur la common law. Dans l'arrêt *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*²⁰¹, la Cour suprême devait décider si le transfert de reproductions papier autorisées d'œuvres artistiques sur une toile de peinture, à des fins de revente, constituait une reproduction protégée par le droit d'auteur. La Cour suprême conclut que les propriétaires des affiches qui incorporaient légalement l'expression protégée par le droit d'auteur avaient le droit de transférer sur des toiles l'encre des affiches. Aucune nouvelle reproduction des œuvres n'en résultait. Ainsi, juges civilistes et magistrats de la common law ne se sont pas entendus sur la nature et le partage des droits moraux du créateur de l'œuvre.

Dans son raisonnement, le juge Binnie s'est appuyé sur les notions de *copyright* dans la tradition de common law et de droit d'auteur en droit civil dans le but de faire ressortir la portée limitée du concept de *copyright* dans la *Loi sur le droit d'auteur*²⁰², bien que les versions française et anglaise de la loi traitent les deux mots comme des équivalents. Le juge Binnie fit ressortir dans son analyse le fait que, historiquement, la notion de *copyright* était liée aux droits économiques dans les systèmes de common law. Quant à l'expression « droit d'auteur » en français, elle constitue cette « vénérable expression française » qui regroupe tout un ensemble de droits comportant des aspects à la fois économiques et moraux. C'est ainsi que, dans la tradition civiliste, le droit d'auteur confère à l'auteur ou à l'artiste le droit de contrôler l'utilisation des copies autorisées de son œuvre. Selon le juge Binnie, il ne saurait être question de retenir l'interprétation élargie de la notion de droit d'auteur telle que le droit civil la conçoit, car la Cour suprême introduirait alors une notion civiliste sans que la *Loi sur le droit d'auteur* le permette. Cela reviendrait aussi à estomper la distinction entre

201. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336.

202. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42.

les droits économiques et les droits moraux que le législateur a pourtant imposée.

2.2.4 Les problèmes de la mixité du droit québécois

Le droit civil et la common law s'opposent également parfois sur le plan sémantique et conceptuel malgré l'apparence de similarité entre des concepts communs et leur coexistence dans des parties importantes du droit québécois comme le droit de la preuve et celui de la procédure civile. Il y a alors nécessité de clarifier la portée des concepts en cause. Par exemple, dans l'arrêt *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*²⁰³, la notion de secret professionnel en droit québécois, de par son degré de connexité avec la common law, posait plusieurs difficultés dans l'application du droit civil²⁰⁴. En dépit de la dualité des origines du principe du secret professionnel en droit québécois, il a fallu lui donner son sens propre au droit civil tout en respectant les exigences de l'action d'un système juridique subissant fortement l'influence des traditions et des règles de fonctionnement tirées du droit anglais. La Cour suprême précisa que, dans un système bijuridique, il faut « demeurer conscient de la richesse du contenu des notions en jeu et savoir distinguer les composantes que touchent les problèmes particuliers soumis aux tribunaux ».²⁰⁵

L'analyse des domaines de la diffamation, des dommages-intérêts et de l'interaction du droit provincial et fédéral a permis de constater qu'il existe de nos jours encore, malgré l'émergence d'échanges constructifs entre la common law et le droit civil, des rapports de divergence qui résultent de l'affirmation de la spécificité du droit civil et de la common law. Parce qu'elle demeure attentive aux principes qui sous-tendent les règles de droit en cause, à l'histoire de celles-ci et au contexte juridique dans lequel s'inscrit leur évolution, la Cour suprême ne peut que prendre en considération et reconnaître les différences entre les deux traditions.

2.3 Les rapports de convergence

L'hypothèse de l'existence de rapports de convergence entre le droit civil et la common law revient souvent chez les commentateurs lorsqu'ils

203. *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 R.C.S. 456.

204. *Id.*, 472-473.

205. *Id.*, 473.

étudient les questions des rapports entre le droit civil et la common law²⁰⁶. Force est de constater, toutefois, que les véritables rapports de convergence entre ces deux traditions restent rares. Ils demeurent confinés dans certains domaines du droit où la connexité des concepts ou l'universalité des questions juridiques posées laisse le champ libre à une influence réciproque significative. La convergence suppose aussi une direction commune, ce qui fait souvent défaut. En effet, dans la majorité des cas, nous ne pouvons qu'observer des références à l'autre tradition à titre d'autorité persuasive et non une volonté affirmée d'adopter ses principes dans un but de convergence.

Parmi les domaines du droit les plus propices à une convergence des traditions juridiques, notons le droit de la famille en raison de l'existence de concepts similaires comme la notion de garde²⁰⁷. Le domaine des fiducies recèle aussi un potentiel important de convergences depuis la réforme du *Code civil du Québec*. À cet égard, la proximité des règles de ce dernier et de celles de la common law contribuera certainement à rapprocher les deux régimes²⁰⁸. Le cas de l'enrichissement sans cause représente également un exemple intéressant.

2.3.1 L'enrichissement sans cause

L'enrichissement sans cause constitue un domaine du droit où il est possible d'observer un degré de convergence significatif des règles de la common law et du droit civil. Dans la tradition liée à la common law, l'enrichissement sans cause est une cause d'action en *equity* qui offre une grande souplesse dans les réparations susceptibles d'être accordées selon des principes fondés sur l'équité et la bonne conscience²⁰⁹. Pour qu'il y ait enrichissement sans cause, trois conditions doivent être réunies : 1) un enri-

206. M. BASTARACHE, «Le bijuridisme au Canada», dans CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien (Fascicule n° 1)*, Ottawa, ministère de la Justice, 2001, p. 18, à la page 24; C.D. GONTHIER, *loc. cit.*, note 95, 331.

207. *W. (V.) c. S. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108; *Gordon c. Goertz*, précité, note 119 (j. L'Heureux-Dubé). Pour une analyse plus détaillée, voir : L. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 132, 23 et suiv.

208. Pour un exemple d'une référence à la jurisprudence des provinces de common law en matière de fiducie dans une affaire relevant du droit civil du Québec, voir : *Scotia McLeod Inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [2001] R.J.Q. 2099, 2104 (C.A.Q.).

209. *Pacific National Investments Ltd. c. Ville de Victoria*, [2004] 3 R.C.S. 575, 586.

chissement du défendeur ; 2) un appauvrissement corrélatif du demandeur ; et 3) une absence de tout motif juridique justifiant l'enrichissement²¹⁰.

En droit civil, la réforme du *Code civil du Québec* consacra la place de l'enrichissement injustifié dans le droit québécois par l'adoption des articles 1493 à 1496. Avant cette réforme, la Cour suprême avait confirmé l'intégration de la doctrine de l'enrichissement injustifié en droit civil dans l'arrêt *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*²¹¹. Comme nous l'avons vu auparavant²¹², le juge Beetz avait alors pris soin de retracer les origines de l'institution dans l'ancienne jurisprudence, la doctrine française et le droit romain qui a donné naissance à l'action *in rem verso*. La Cour suprême a donc mis en lumière le mouvement de reconnaissance de l'enrichissement injustifié amorcé au Québec avant la promulgation du *Code civil du Bas Canada* et qui se perpétua dans plusieurs décisions judiciaires et la doctrine après les années 30. Le juge Beetz énonça à cette occasion les six conditions d'application : 1) un enrichissement ; 2) un appauvrissement ; 3) une corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement ; 4) l'absence de justification ; 5) l'absence de fraude relativement à la loi ; et 6) l'absence d'un autre recours.

Le degré de similitude dans les conditions d'application de l'enrichissement sans cause en droit civil et en common law crée une situation idéale pour que les principes exercent une influence réciproque et se développent de manière analogue. La Cour suprême a d'ailleurs souligné dans l'arrêt *Garland c. Consumers' Gas Co.* (2004)²¹³ la compatibilité entre l'enrichissement sans cause en *equity* et l'enrichissement injustifié qui se trouve dans le droit civil au Québec²¹⁴.

La convergence entre les deux régimes d'enrichissement sans cause s'observe aussi en droit de la famille. Dans l'arrêt *Sorochan c. Sorochan*²¹⁵, la Cour suprême devait déterminer s'il y avait eu enrichissement sans cause d'un conjoint de fait dans l'exploitation d'une entreprise et, dans la mesure où un tel enrichissement existait, s'il convenait d'imposer une fiducie par interprétation en raison de l'enrichissement. Sous la plume du juge en chef Dickson, la Cour suprême souligna la connexité entre le droit civil et la

210. Voir : *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, 455 ; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, 848 ; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, 987 ; *Municipalité régionale de Peel c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, 784 ; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629, 645.

211. *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, précité, note 58.

212. *Supra*, section 1.2.3.

213. *Garland c. Consumers' Gas Co.*, précité, note 210.

214. *Id.*, 652.

215. *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38, 43.

common law dans ce domaine en se référant aux arrêts *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*²¹⁶ et à la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Richard c. Beaudoin-Daigneault*²¹⁷.

La Cour suprême ne s'est pas prononcée à ce jour sur l'application concrète des notions d'enrichissement sans cause de common law à l'enrichissement injustifié en droit civil en matière familiale. Nous constatons tout de même que la Cour d'appel du Québec s'inspire parfois des principes de l'arrêt *Peter c. Beblow*²¹⁸, dans lequel la théorie de l'enrichissement sans cause avait été appliquée à la situation des conjoints de fait²¹⁹.

En plus de ces quelques exemples de rapports de convergence entre le droit civil et la common law sur le plan substantif, il faut noter l'existence d'une convergence nouvelle et importante sur le plan méthodologique à l'égard des méthodes d'interprétation.

2.3.2 Les méthodes d'interprétation

Comme la Cour suprême l'expliquait récemment dans l'arrêt *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division «Éconogros» c. Collin*²²⁰, traditionnellement, les méthodes d'interprétation du *Code civil du Québec* et du droit d'origine législative des provinces de common law étaient différentes, voire clairement opposées :

Dans les provinces de common law, les textes législatifs ou «statutes» étaient considérés comme un droit d'exception dont la nature justifiait souvent une interprétation restrictive, parfois empreinte de formalisme. Au contraire, le Code civil du Québec, qui établit le droit commun de cette province de droit civil, devait être interprété largement. Dans l'arrêt *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, le juge Gonthier précisa à ce propos que «contrairement au droit d'origine législative des ressorts de common law, le Code civil n'est pas un droit d'exception et son interprétation doit refléter cette réalité. Il doit recevoir une interprétation large qui favorise l'esprit sur la lettre et qui permette aux dispositions d'atteindre leur objet²²¹.»

La différence entre les méthodes d'interprétation du Code civil et du droit statutaire en common law s'est toutefois estompée avec l'évolution

216. *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, précité, note 58.

217. *Richard c. Beaudoin-Daigneault*, [1982] C.A. 66, infirmé pour d'autres motifs à [1984] 1 R.C.S. 2.

218. *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980.

219. *L. (L.) c. B. (M.)*, 2003 CarswellQue 1607 (C.A.Q.); *Pigeon c. Lussier*, [2002] R.J.Q. 359 (C.A.Q.).

220. *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division «Éconogros» c. Collin*, [2004] 3 R.C.S. 257.

221. *Id.*, 267-268. Voir aussi P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 34.

des méthodes d'interprétation des lois à un point tel que nous pouvons désormais affirmer que le droit statutaire ne s'interprète plus automatiquement d'une manière restrictive, bien qu'il conserve sa nature d'exception relativement à la common law. La Cour suprême a en effet confirmé à maintes reprises la méthode qu'elle privilégie en matière d'interprétation et qu'elle a clairement définie dans plusieurs de ses arrêts²²². Cette méthode consiste à déterminer l'intention du législateur et, à cette fin, à lire les termes de la loi dans leur contexte, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit et l'objet de la loi. Ainsi, s'il y avait sans doute lieu auparavant d'effectuer une distinction entre les méthodes d'interprétation statutaire en common law et celles du Code civil, ces différences tendent à s'estomper de nos jours²²³.

2.3.3 Les facteurs expliquant la convergence

Plusieurs facteurs expliqueraient l'existence de rapports de convergence. Étant donné que ce type de rapport se fonde sur un dialogue et des échanges significatifs entre les traditions juridiques, les facteurs demeurent essentiellement les mêmes que ceux que nous avons discutés précédemment concernant l'émergence d'un rapport dialogique. Par ailleurs, il est indéniable que l'internationalisation des échanges économiques et commerciaux ainsi que le désir de créer un environnement légal propice aux affaires ont eu une incidence importante sur l'émergence de rapports de convergence entre les deux systèmes juridiques²²⁴. Ces phénomènes rendent souvent souhaitables l'adaptation et l'harmonisation des règles juridiques des différentes juridictions.

Ce principe d'harmonisation trouve certains échos dans le raisonnement de la Cour suprême et dans les arguments avancés par les parties. Dans l'arrêt *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*²²⁵, la Cour suprême a tenu compte du mouvement d'harmonisation internationale des règles de conflits de lois et de conflits de juridiction, notamment dans les juridictions de common law, pour donner préséance à l'autonomie de la volonté des parties en matière de rattachement juridictionnel en droit international privé québécois²²⁶. En optant pour le respect du domaine de la volonté

222. *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757, 799; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 580; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, 40-41; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, 704. Voir aussi E.A. DRIEDGER, *Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Buttersworth, 1983, p. 87.

223. Sur le même sujet, voir: H.P. GLENN, *loc. cit.*, note 29, 195.

224. Voir: J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 164, 39; M. BASTARACHE, *loc. cit.*, note 206, 24.

225. *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46.

226. *Id.*, par. 23 et 44.

contractuelle, la Cour suprême désirait assurer la mise en œuvre de la politique de sécurité juridique des transactions internationales propre au droit international privé.

Dans l'arrêt *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*²²⁷, il s'agissait de déterminer si une hypothèque mobilière avec dépossession qui grevait une créance non représentée par un titre négociable était valide. La Cour suprême décida que, dans le cas d'une créance non représentée par un titre négociable, la simple tradition du titre n'est pas suffisante pour conférer au créancier hypothécaire une véritable détention du titre, car elle n'emporte pas la maîtrise effective de la créance représentée par ce titre. Afin d'appuyer la position de la majorité, le juge Gonthier effectua une revue des principes juridiques dans les juridictions de droit civil et de common law et souligna que l'adoption du critère de maîtrise effective dans le cas du gage de créances non représentées par un titre négociable prévu par le *Code civil du Québec* favorise une certaine conformité dans le domaine des sûretés, laquelle est essentielle à la poursuite des activités commerciales tout en respectant la lettre et l'esprit du *Code civil du Québec* ainsi que les origines civilistes du concept de gage²²⁸.

Toutefois, nous devons reconnaître que sur le plan judiciaire la prise en considération du principe d'harmonisation des règles juridiques s'effectue de manière prudente. Les tribunaux hésitent à se faire législateurs. Même si le principe influe parfois sur la convergence des deux traditions juridiques, notamment en raison de l'internationalisation des échanges économiques et commerciaux, les références à celui-ci sur une base autonome pour justifier une solution juridique demeurent rares dans la jurisprudence de la Cour suprême.

2.3.4 L'existence d'une véritable convergence

L'étude des facteurs de convergence et de la jurisprudence qui s'y rattache soulève la question de la présence d'une véritable convergence des traditions de droit civil et de common law. À notre avis, il est sans doute prématuré, voire injustifié, de parler au niveau judiciaire de l'existence d'une telle convergence. En effet, notre analyse a permis de voir que l'influence d'une tradition juridique sur l'autre et l'émergence de rapports de convergence surviennent dans des situations où est constatée l'universalité des questions posées et de la similitude, sur le plan conceptuel, des notions en cause. Les emprunts à l'autre tradition juridique sont donc conditionnés par les règles de droit positif propres à chaque système juridique et aux

227. *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [2003] 1 R.C.S. 666.

228. *Id.*, 688.

principes qui les sous-tendent. Par ailleurs, même si les méthodes d'interprétation issues des deux traditions se rapprochent, elles relèvent de la méthodologie et ne sauraient assurer à elles seules la convergence du droit substantif. Il semble donc préférable de parler de rapports de convergence partiels et ponctuels qui n'ont rien de systématique.

La nature des rapports entre la common law et le droit civil est davantage fondée sur un dialogue qui permet aux deux traditions d'exercer une influence mutuelle. Cela contribue à inspirer l'interprétation et à modeler les institutions et les règles de droit d'une tradition juridique. La véritable convergence, c'est-à-dire celle qui mène à l'harmonisation, résultera de la volonté du législateur. En l'absence d'une telle intention, les deux traditions continueront à évoluer en parallèle tout en entretenant un dialogue donnant lieu à des emprunts épisodiques et à des références persuasives, mais qui demeure restreint par les principes généraux et l'économie des régimes juridiques qui leur sont propres. Cette coexistence se continuera sans doute, malgré l'impact des phénomènes de mondialisation et les craintes parfois exprimées dans des milieux civilistes à l'égard d'une hégémonie de la common law dans les rapports économiques du marché mondial et dans la vie des entreprises internationales.

D'abord, sur le plan judiciaire, la hiérarchie des sources, le respect des principes généraux et l'attachement aux traditions de chaque système constatés actuellement dans l'activité jurisprudentielle, notamment à la Cour suprême, rendent l'uniformisation improbable. Ensuite, si nous considérons les traditions juridiques comme des ensembles ou amalgames d'informations, la suppression d'une tradition paraît difficile étant donné la facilité avec laquelle l'information peut de nos jours circuler et s'échanger²²⁹. Ce phénomène renforce la vitalité d'un système juridique et contribue à assurer sa pérennité. Il accroît la capacité des pays partageant des traditions voisines de s'unir pour mieux affirmer leurs spécificités et leur permettre d'influencer l'évolution du droit²³⁰. Par conséquent, si dans le futur une véritable convergence venait à s'opérer, elle résulterait d'un choix et d'une conviction, non d'un rapport de domination²³¹.

2.4 Les rapports conflictuels

Malgré l'existence de ce que nous pouvons maintenant appeler un véritable dialogue entre le droit civil et la common law à la Cour suprême, l'histoire récente comporte certains cas d'exception où l'interaction de

229. Voir en ce sens la thèse de H.P. GLENN, *op. cit.*, note 130, p. 51-53.

230. *Ibid.*

231. *Ibid.*

ces deux systèmes s'effectue sur la base de rapports conflictuels. Cette situation survient principalement lorsque la Cour suprême adopte une interprétation des règles de la législation fédérale qui accentue les situations de dissociation. Les conflits ne relèvent donc pas tant d'une interaction des règles de droit privé des deux systèmes juridiques que de l'interaction de la législation fédérale avec la législation provinciale. Dans la mesure où la Cour suprême adopte une interprétation extensive des règles contenues dans la législation fédérale, elles ont nécessairement pour effet de limiter l'application des règles du droit provincial.

Cette situation est survenue en droit maritime. La jurisprudence de la Cour suprême dans ce domaine a énoncé un certain nombre de principes fondamentaux relativement aux sources et au contenu du droit maritime canadien ainsi qu'au rôle du droit provincial par rapport à celui-ci²³². En résumé, l'expression « droit maritime canadien » désigne un vaste ensemble de règles de droit fédérales régissant toutes les demandes concernant des questions maritimes et d'amirauté. Le droit maritime canadien ne se restreint donc pas au droit anglais applicable en matière d'amirauté au moment où celui-ci a été adopté en droit canadien en 1934. Il inclut, mais sans s'y restreindre, l'ensemble des règles de droit appliquées en 1934 en Angleterre par la Haute Cour en sa compétence d'amirauté, qui ont été modifiées par le Parlement canadien et se sont développées jusqu'à ce jour au gré des précédents judiciaires. Ce domaine n'est limité que par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867* et demeure uniforme partout au Canada. Tous les principes qu'il comprend constituent du droit fédéral et non une application accessoire du droit provincial²³³.

De l'avis de la Cour, l'existence de règles de droit maritime uniformes répond à une nécessité pratique à cause de la nature même des activités relatives à la navigation et aux expéditions par eau, telles qu'elles sont exercées au Canada. Bon nombre des règles de droit maritime représentent aussi le produit de conventions internationales. Les droits et obligations de ceux qui se livrent à la navigation et aux expéditions par eau ne devraient pas changer de façon arbitraire suivant l'endroit où ils se trouvent²³⁴.

232. *ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, 774; *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779, 795; *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683, 696.

233. *Ibid.*

234. *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, 1294-1295; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, précité, note 118, 1259-1260.

Cette position restreint considérablement l'application du droit civil en droit maritime, bien qu'il subsiste indirectement en partie grâce à l'influence qu'il a eue sur la common law anglaise incorporée en 1934 au droit maritime canadien²³⁵. Dans les cas où le Parlement n'a pas adopté de dispositions législatives pour régir une question de droit maritime, les principes non législatifs incorporés au droit maritime canadien et formulés par les tribunaux canadiens restent applicables. Il faut alors recourir à ces principes avant d'examiner s'il y a lieu d'appliquer le droit provincial à la solution d'un point litigieux dans une action en matière maritime²³⁶.

Dans l'arrêt *ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, la Cour suprême devait traiter de l'application du droit provincial en matière maritime. La question principale était de savoir si la Cour fédérale était compétente pour juger d'une demande portant sur la négligence dont aurait fait preuve un manutentionnaire dans l'entreposage après un déchargement des marchandises du destinataire. Cet arrêt a confirmé de manière claire et non équivoque l'uniformité du droit maritime canadien au Canada et écarté l'application du droit provincial²³⁷.

L'approche de la Cour suprême a suscité de vives critiques par les civilistes spécialistes de droit maritime²³⁸. Ces derniers lui ont reproché d'imposer sans nécessité l'uniformisation du droit maritime et d'étendre le domaine du droit maritime canadien bien au-delà de sa sphère d'application

235. Comme l'expliquait la Cour suprême dans l'arrêt *Succession Ordon c. Grail*, précité, note 199, par. 71, «[le] droit maritime anglais qui a été incorporé au droit maritime canadien en 1934 était un amalgame de principes dérivant en grande partie à la fois de la common law et de la tradition civiliste. Il englobait à la fois les règles et principes spéciaux applicables en matière d'amirauté ainsi que les règles et principes puisés dans la common law et appliqués aux affaires d'amirauté. Bien que la plupart des règles de droit maritime canadien concernant la responsabilité délictuelle, les contrats, le mandat et le dépôt trouvent leur source dans la common law anglaise, il peut être avantageux, dans le cas de certaines questions relevant proprement du droit maritime, de prendre en considération les expériences d'autres pays et notamment, compte tenu des origines de la compétence en matière d'amirauté, celle des civilistes.»

236. *ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, précité, note 232, 781 et 782; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, précité, note 118, 1260.

237. *ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, précité, note 232, 779 et 782.

238. A. BRAËN, «L'arrêt *ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.* ou comment écarter l'application du droit civil dans un litige maritime au Québec», (1987) 32 *R.D. McGill* 388; G. LEFEBVRE, «L'uniformisation du droit maritime canadien aux dépens du droit civil québécois : lorsque l'infidélité se propage de la Cour suprême à la Cour d'appel du Québec», (1997) 31 *R.J.T.* 577; G. LEFEBVRE et N. TAMARO, «La Cour suprême et le droit maritime : la mise à l'écart du droit civil québécois est-elle justifiable?», (1991) 70 *R. du B. can.* 121.

normale. Par exemple, le professeur André Braën soulignait, concernant l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Miida Electronics*, que cette décision avait pour résultat d'englober toute activité ayant un caractère de nature maritime. De l'avis de cet auteur, l'ensemble du commerce maritime échapperait à l'application du droit civil en incluant notamment toutes les questions relatives à la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle des commerçants de l'industrie maritime qui doivent trouver leur solution juridique dans la common law²³⁹.

Nous ne saurions toutefois conclure que, depuis l'arrêt *Miida Electronics*, le droit maritime est uniquement fondé sur la common law anglaise²⁴⁰. L'évolution du droit maritime peut aussi subir l'influence de l'expérience des pays de droit civil, mais ces règles demeurent seulement l'une des composantes d'une analyse générale fondée sur toutes les sources pertinentes de droit maritime canadien : législatives et non législatives, nationales et internationales, de common law et civilistes²⁴¹. Ainsi, le droit civil n'intervient qu'à travers le filtre de la common law ou du droit comparé.

La solution adoptée par la Cour suprême demeure un exemple concret des effets d'une interprétation extensive des règles de la législation fédérale faisant intervenir des règles juridiques qui relèvent traditionnellement du droit des provinces. Dans la mesure où le droit fédéral se pose comme la source première de droit commun, il ne subsiste que peu d'espace pour l'expression du droit provincial. Dans une telle situation, les deux systèmes ne peuvent que s'opposer dans un rapport conflictuel. Le dialogue s'arrête. L'un des deux systèmes est désormais exclu.

La difficulté pour la Cour suprême dans ces cas est de demeurer l'interprète fidèle de l'intention du législateur. Dans la mesure où la dissociation était voulue, il surviendra nécessairement un rapport conflictuel entre deux systèmes juridiques lorsque le droit fédéral relève d'une tradition alors que le droit provincial relève d'une autre.

Aussi, la dualité juridique qui s'exprime dans les rapports entre la loi fédérale et la loi provinciale oblige parfois la Cour suprême à faire preuve de prudence et à écarter les réflexes d'une tradition juridique pour juger de façon appropriée du champ d'application de la législation fédérale. Dans

239. A. BRAËN, *loc. cit.*, note 238, 407-408.

240. Voir les arrêts suivants : *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, précité, note 232; *Whitbread c. Walley*, précité, note 234; *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, précité, note 232; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, précité, note 118; *Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais c. Belcan S.A.*, [1997] 3 R.C.S. 1278; *Succession Ordon c. Grail*, précité, note 199.

241. Voir : *Succession Ordon c. Grail*, précité, note 199, 492.

l'affaire *Lefebvre (Syndic de); Tremblay (Syndic de)*²⁴², la Cour suprême devait déterminer si le locateur à long terme d'un véhicule automobile pouvait opposer son droit de propriété au syndic à la faillite du locataire malgré son défaut de publier ses droits au Registre des droits personnels et réels mobiliers dans le délai prescrit par le *Code civil du Québec*. Les dossiers dans cet arrêt soulevaient donc des problèmes d'interaction entre le droit civil québécois et la législation fédérale sur la faillite et l'insolvabilité. Le fait d'assimiler le syndic de faillite à un tiers lui aurait permis de soulever une défense d'inopposabilité pour conserver le bien et en disposer au bénéfice des créanciers du débiteur. La Cour suprême décida que le syndic n'avait pas le statut de tiers même si la qualification du statut du syndic à titre de tiers semblait normale à première vue, une analyse attentive de la *Loi sur la faillite* ne permettant pas de retenir cette solution pour un civiliste. En effet, comme la Cour suprême l'expliquait :

Le vocabulaire utilisé par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* invite un juriste de formation civiliste à conclure trop vite et à voir dans la cession que provoque la mise en faillite un transfert de propriété à un tiers. Le paragraphe 71(2) L.F.I. prévoit en effet que les biens du failli «doivent [...] passer et être dévolus au syndic». On croit ainsi aisément se trouver devant un concept d'aliénation qui, dans le contexte d'une faillite, placerait le syndic dans la position d'un tiers²⁴³.

Ainsi, comme nous pouvons le constater, les rapports conflictuels demeurent exceptionnels. Ils résultent de situations de dissociation, souvent voulues par législateur. Si ces relations sont rares, elles font tout de même partie intégrante des relations des deux grandes traditions juridiques qui se manifestent dans la jurisprudence de la Cour suprême. Il ne saurait être question de les oublier.

Conclusion

L'état des relations entre la common law et le droit civil à la Cour suprême du Canada se caractérise par plusieurs types de rapports qui s'articulent de manières différentes selon les époques et les domaines du droit. Alors qu'au début de son histoire la Cour suprême pratiquait une politique d'uniformisation du droit, la reconnaissance de la spécificité et de l'autonomie du droit civil a permis l'émergence d'un véritable dialogue entre les deux traditions juridiques. Le droit civil et la common law évoluèrent ainsi de manière parallèle en entretenant un rapport dialogique accentué par divers facteurs sociologiques, culturels, techniques, institutionnels et

242. *Lefebvre (Syndic de); Tremblay (Syndic de)*, précité, note 144.

243. *Id.*, 343.

juridiques. À cet égard, on ne saurait passer sous silence l'influence du bijuridisme dans ses dimensions institutionnelle et juridique.

Le dialogue qu'entretiennent les deux traditions permet les emprunts mutuels de solutions juridiques de manière isolée ou encore les références persuasives qui relèvent davantage d'un exercice de droit comparé. Nous parlons alors d'une influence réciproque et, parfois, de rapports de convergence. Ce dernier type de rapports demeure toutefois restreint à certains domaines du droit qui sont propices à leur développement de par la connexité des concepts ou des problèmes juridiques en cause. L'étude de la jurisprudence révèle en effet que les règles de droit positif, les traditions de la common law et du droit civil, l'économie des régimes juridiques en jeu et certains aspects méthodologiques continuent de limiter l'établissement de véritables rapports de convergence. Ainsi, il est permis de croire que les deux traditions continueront à évoluer en parallèle tout en entretenant un dialogue donnant lieu à des emprunts épisodiques et des références persuasives, mais que ce dialogue demeurera circonscrit par les principes généraux et l'économie des régimes juridiques qui leur sont propres.

Dans ce contexte, il semble difficile de conclure à l'harmonisation des deux traditions. L'adaptation et la conciliation de celles-ci relèvent davantage de l'initiative législative. L'interaction des deux grandes traditions juridiques du Canada à la Cour suprême constitue une rencontre réelle et complexe, mais qui demeure encore très loin d'une fusion ou d'une convergence plus systématique comme celle qui semble vouloir s'opérer actuellement en Europe avec le développement graduel d'un nouveau *jus commune*.