Document generated on 07/14/2025 1:34 p.m.

Les Cahiers de droit

L'art de juger en droit civil : réflexion sur le cas du Québec

Jean-Louis Baudouin

Volume 57, Number 2, June 2016

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1036488ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1036488ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Baudouin, J.-L. (2016). L'art de juger en droit civil : réflexion sur le cas du Québec. *Les Cahiers de droit*, *57*(2), 327–338. https://doi.org/10.7202/1036488ar

Article abstract

Québec's judicial system uses a type of judgment borrowed from common law that differs greatly from the judgment applied in other civil law countries, especially France. Despite this, it is still worth asking if a Québec judge ruling on a civil case can, while respecting the judgment type, adopt a personal style. The answer, with all the necessary nuances taken into account given the increasingly close relations between the two systems, appears to be positive. At the fundamental level, in other words at the level of the reasoning applied, there are major differences between the two systems, mainly due to the notion of the law each entails. In addition, the inductive and deductive methods used in the decision-making process are a major point of divergence. The same applies to the expression of legal standards, in other words the form in which judges express their conclusions.

Tous droits réservés © Université Laval, 2016

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

L'art de juger en droit civil : réflexion sur le cas du Québec

Jean-Louis BAUDOUIN*

Le système judiciaire québécois connaît une forme de jugement empruntée à la common law et très différente de celle d'autres pays de droit civil, plus particulièrement de la France. Malgré ce fait, on peut se demander si le magistrat québécois qui doit décider d'une cause de droit civil peut, tout en respectant cette forme, adopter un style particulier. La réponse, avec cependant toutes les nuances qui s'imposent vu le rapprochement actuel des deux systèmes, apparaît positive. Au fond, c'est-à-dire sur les techniques de raisonnement, on remarque en effet des différences importantes tenant principalement à la notion même du droit qu'entretiennent les deux systèmes. En outre, les méthodes inductives et déductives utilisées dans le déroulement du processus décisionnel constituent un point de divergence important. Il en est de même quant au mode d'expression des normes juridiques, soit quant à la forme selon laquelle le juge exprime sa pensée.

Québec's judicial system uses a type of judgment borrowed from common law that differs greatly from the judgment applied in other civil law countries, especially France. Despite this, it is still worth asking if a Québec judge ruling on a civil case can, while respecting the judgment type, adopt a personal style. The answer, with all the necessary nuances taken into account given the increasingly close relations between the two systems, appears to be positive. At the fundamental level, in other

* Avocat-conseil, Fasken Martineau ; professeur associé, Faculté de droit, Université de Montréal.
Date de fraîcheur : janvier 2016.

words at the level of the reasoning applied, there are major differences between the two systems, mainly due to the notion of the law each entails. In addition, the inductive and deductive methods used in the decision-making process are a major point of divergence. The same applies to the expression of legal standards, in other words the form in which judges express their conclusions.

El sistema judicial quebequense ostenta una manera de decidir tomada del derecho consuetudinario que resulta ser muy diferente a la de otros países de derecho civil, particularmente a la de Francia. A pesar de ello, cabría preguntarse si el magistrado quebequense podría adoptar un estilo particular en una causa de derecho civil en la cual debe pronunciarse, respetando siempre esta forma. Considerando todos los matices, y dada la proximidad existente entre los dos sistemas, la respuesta sería positiva. Es decir, básicamente, en cuanto a las técnicas de razonamiento, se destacan efectivamente diferencias importantes que consideran principalmente la noción misma del Derecho y que mantiene a los dos sistemas. Sin embargo, los métodos inductivos y deductivos empleados en el desarrollo del proceso de toma de decisiones constituyen un punto de divergencia importante. Igualmente, en cuanto al modo de expresión de las normas jurídicas, es decir, a la forma como el juez expresa su reflexión.

Pages

1 La démarche méthodologique 331
1.1 La rationalité du processus de raisonnement 331
1.2 La référence aux principes généraux 332
1.3 La recherche de la cohérence 333
2 L'expression 334
2.1 L'expression syllogistique 334
2.2 L'expression intégrée 335
2.3 L'utilisation des sources 336

> Si la connaissance du droit est une science, il est permis d'affirmer sans présomption que la manière de l'appliquer constitue véritablement un art[1].

Depuis la création de la Cour suprême du Canada en 1875, une tradition bien ancrée dans le milieu judiciaire veut que beaucoup de juges venant du Québec se portent à la défense de l'originalité du droit québécois.

Le juge Pierre-Basile Mignault en est probablement l'archétype[2], mais il a été suivi des juges Louis-Philippe Pigeon[3], Jean Beetz[4], Claire L'heureux-Dubé[5] et… Louis LeBel[6].

Les temps ont cependant bien changé depuis l'époque du juge Mignault, après que la Cour suprême a abandonné sa mission unificatrice du droit québécois avec la common law[7]. L'heure n'est donc plus aux « menaces » qui pourraient planer sur la survivance et l'intégrité du droit civil québécois.

L'œuvre du juge LeBel reste un modèle à cet égard. Dans les quelque 200 arrêts qu'il a signés comme premier rédacteur, auteur de motifs concordants ou dissidents, il a toujours maintenu l'originalité du droit québécois que ce soit en matière de droit civil ou de droit judiciaire privé. Dans le premier cas, *Ciment du St-Laurent inc.* c. *Barrette*[8], ou *Québec (Procureur général)* c. *A.*, ou « *Lola* »[9] tel que désigné par les médias, ou encore *de Montigny* c. *Brossard (succession)*[10], pour ne citer que les plus connus, en sont une éloquente illustration. Dans le second cas, c'est l'arrêt *Lac*

1. Georges Ransson, *Essai sur l'art de juger*, Paris, A. Pedone, 1911, p. 17.
2. Pierre-Basile Mignault, « Le Code civil de la Province de Québec et son interprétation », (1935) 1 *U.T.L.J.* 104 ; Pierre-Basile Mignault, « Conservons notre droit civil », (1936) 15 *R. du D.* 28 ; Pierre-Basile Mignault, « Les rapports entre le droit civil et la "common-law" au Canada, spécialement dans la Province de Québec », dans *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, L.G.D.J., 1938, p. 88. Voir, par exemple, le commentaire de Pierre-Basile Mignault dans l'arrêt *Desrosiers* c. *Canada*, [1920] 60 R.C.S. 105, 125 et 126, et dans l'arrêt *Mile End Milling Co.* c. *Peterborough Cereal Co.*, [1924] R.C.S. 120, 129. Voir aussi Sylvio Normand, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde d'intégrité du droit civil », (1987) 32 *R.D. McGill* 559.
3. Voir, à titre d'exemple, l'arrêt *Pantel* c. *Air Canada*, [1975] 1 R.C.S. 472, 478.
4. Voir, à titre d'exemple, l'arrêt *Rubis* c. *Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 452.
5. Voir, à titre d'exemple, l'arrêt *Augustus* c. *Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268.
6. Voir, à titre d'exemple, l'arrêt *de Montigny* c. *Brossard (Succession)*, [2010] 3 R.C.S. 64.
7. Jean-Louis Baudouin, « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.* 715, 718.
8. *Ciment du Saint-Laurent inc.* c. *Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392.
9. *Québec (Procureur général)* c. *A*, [2013] 1 R.C.S. 61.
10. *de Montigny* c. *Brossard (Succession)*, préc., note 6.

d'Amiante du Québec Ltée c. *2858-0702 Québec inc.* qui mérite, sans aucun doute, d'être mentionné[11].

Le système de droit mixte en vigueur au Québec a souvent et longuement fait l'objet d'études et de commentaires. Il n'est évidemment pas utile de revenir ici sur le sujet. Le droit civil québécois a parfois emprunté avec bonheur à la common law, par exemple, en codifiant la fiducie[12] et en maintenant le principe de la liberté de tester[13].

Toutefois, cette mixité ne se limite pas aux emprunts faits aux règles du droit privé positif. Elle tient aussi, et peut-être même surtout, à deux phénomènes particuliers. Le premier, dont nous ne parlerons pas ici, est le modèle de rédaction des lois, autre que le *Code civil du Québec*, et l'adoption, cependant mitigée par la jurisprudence québécoise, des canons d'interprétation législative élaborés par la common law[14]. Le second phénomène est la technique de rédaction des jugements. Le Québec suit, à cet égard, le modèle de la common law où le juge signe une opinion personnalisée et a droit à la dissidence. Même si droit civil français et droit civil québécois sont frères de lait, l'expression judiciaire de leur normativité se révèle radicalement différente.

En France, les juges s'expriment de façon anonyme (c'est le tribunal ou la cour qui parle), abstraite et syllogistique. Un arrêt de la Cour de cassation, par exemple, est aux antipodes d'un arrêt de la Cour suprême. Le discours judiciaire français est impersonnel, formel et lapidaire, à tel point qu'il revient à la doctrine (sous la forme de notes ou de commentaires) d'en faire l'exégèse et d'en dégager la véritable portée. Pour manier quelque peu le paradoxe, on peut affirmer que c'est donc finalement la doctrine qui fait jurisprudence en expliquant celle-ci. Au Québec et au Canada, inversement c'est le juge qui fait la doctrine puisqu'il analyse le droit en profondeur et explique les tenants et les aboutissants des solutions qu'il propose.

Est-il possible, tout en restant fidèle au modèle de rédaction des jugements de tradition britannique, de retrouver, lorsque la question touche le droit civil, une forme particulière d'expression du discours judiciaire ?

---

11. *Lac d'Amiante du Québec Ltée* c. *2858-0702 Québec inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743. Voir Sèdjro Axel-Luc Hountohotegbè, « De l'ombre à la lumière : l'hypothèse de la renaissance de la filiation romano-germanique de la procédure civile québécoise », (2015) 60 *R.D. McGill* 215.
12. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 1260 et suiv.
13. *Id.*, art. 703. Voir Christine Morin, *L'émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois : étude socio-juridique de la production du droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.
14. Voir Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 4e éd., avec la collab. de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, Montréal, Éditions Thémis, 2009.

Existe-t-il donc, dans la forme que nous connaissons, un modèle de rédaction propre au droit civil, à la fois sur le fond, c'est-à-dire la démarche méthodologique propre au raisonnement, et sur la forme, soit l'expression de la pensée ?

1 La démarche méthodologique

D'entrée de jeu, une mise en garde s'impose. Les différences entre droit civil et common law sont bien connues, mais elles ont parfois été caricaturées. Pourtant réelles, elles tiennent de plus en plus souvent à de simples nuances, puisqu'il est certain que, depuis quelques années, on constate une tendance au rapprochement des deux cultures[15].

Ainsi, depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les juges de common law ont dû utiliser davantage un type d'analyse et de raisonnement qui est proche de celui du droit civil. La Charte canadienne exprime, en effet, la règle de droit sous une forme bien différente de la mouture législative traditionnelle de la common law. Elle ne contient pas de définitions, s'exprime en termes de grands principes (l'énoncé « une société libre et démocratique » en est un exemple). Elle donne un large pouvoir à la Cour suprême de dire, sinon de faire, le droit, un peu comme le fait le juge québécois placé, par exemple, devant l'application des articles 1457 et 1458 du *Code civil du Québec*.

Trois caractéristiques particulières du jugement de droit civil peuvent être mises en évidence : la première est la rationalité du processus de raisonnement ; la deuxième, la référence aux valeurs constituantes ; et la troisième, la recherche d'une cohérence synthétique générale.

1.1 La rationalité du processus de raisonnement

Le raisonnement en droit civil se caractérise principalement par l'utilisation méthodologique d'un modèle déductif et systématique et d'une démonstration faisant appel à l'abstraction. Le juge, dans un premier temps, désigne le texte de loi applicable, les principes généraux et les concepts que le législateur a fait siens. Il applique ensuite ceux-ci à la situation de fait et tranche le débat. La rationalité du jugement est une rationalité déductive et essentiellement conceptualiste[16]. Par contraste, la rationalité du jugement de common law est fondamentalement une rationalité inductive,

15. Louis LeBel et Pierre-Louis Le Saunier, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », (2006) 47 *C. de D.* 179.

16. Voir sur le sujet : Antoine Garapon et Ioannis Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob, 2003 ; Hein Kötz, « The Role of the Judge in the Court-Room : The Common Law and the Civil Law Compared », (1987) *J.S. Afr. L.* 35 ;

de discussion et conséquentialiste. Cette distinction est probablement due à la conception différente que les deux systèmes se font du droit. Pour le juriste civiliste, le droit est un système cohérent et rationnel, ce qui lui impose donc une tâche d'intégration des solutions particulières à un ensemble logique : le droit reflète un idéal d'organisation sociale. Pour le juriste de common law, le droit est fondamentalement, pour reprendre l'expression d'un auteur, une pratique sociale, un « catalogue […] d'actions juridiques[17] » et la cohérence des solutions s'avère essentiellement concrète. Dès lors, le jugement impose une longue analyse des faits, une discussion des arguments présentés par les parties, d'où la grande importance pour le magistrat de common law de faire cet exposé détaillé.

La rationalité est aussi analogique puisqu'elle est en relation directe avec le corpus jurisprudentiel qui, peu à peu, a énoncé et raffiné la règle. La common law rejette donc, *a priori*, le principe de la systématisation, car il s'agit avant tout de trouver la meilleure solution pratique à un problème spécifique en se fondant sur l'expérience. L'intégration de celle-ci dans un ensemble abstrait n'est pas une préoccupation essentielle.

Certes, ce modèle traditionnel doit être nuancé puisque, dans les deux systèmes, la Cour suprême, par exemple, doit aussi dire le droit pour l'avenir et donc souvent définir une politique judiciaire cohérente qui dépasse largement les enjeux particuliers de la cause.

1.2 La référence aux principes généraux

Le droit civil, a-t-on souvent dit, est un droit d'intellectuels, d'universitaires, par opposition à la common law caractérisée comme droit de praticiens. Là encore cette affirmation mérite d'être nuancée, mais elle reste toutefois vraie dans son ensemble, du moins dans une perspective historique. Elle est aussi source de divergence entre les deux systèmes. Le juge civiliste puise son inspiration d'abord dans la loi, mais au-delà de celle-ci dans les principes généraux vus comme des valeurs constituantes de son droit, c'est-à-dire l'ensemble des notions fondatrices du droit civil qui constituent l'ossature même du système sans être nécessairement exprimées par le Code civil, comme le reconnaît d'ailleurs sa disposition préliminaire. Les notions fondatrices déterminent ainsi l'orientation générale du droit au-delà des solutions ponctuelles et ont la prétention d'être à vocation universelle. L'ordre public, la bonne foi, l'abus du droit en sont

---

Daniel Jutras, « Culture et droit processuel : le cas du Québec », (2009) 54 *R.D. McGill* 273 ; Rosalie Jukier, « Inside the Judicial Mind : Exploring Judicial Methodology in the Mixed Legal System of Quebec », (2011) 6 *J. Comp. L.* 54.

17. A. Garapon et I. Papadopoulos, préc., note 16, p. 52.

des exemples. Ces valeurs tracent donc le décor général dans lequel toute solution doit s'intégrer avec harmonie. Le jugement doit alors se fondre dans les catégories juridiques préexistantes.

Un exemple frappant de cette différence avec la common law est fourni par l'arrêt récent de la Cour suprême dans l'affaire *Bhasin* c. *Hrynew*[18] sur la bonne foi. Il n'existe pas, en common law, de règle universelle établissant une obligation de bonne foi en matière contractuelle, comme la chose existe en droit civil depuis plusieurs siècles. La Cour suprême, dans un arrêt qui, pour un civiliste, semble bien timide, a cependant fait un pas dans cette direction. Tout en ne faisant que brièvement référence au droit civil québécois, elle s'est bien gardée de poser une règle générale. On sent qu'elle a voulu agir avec une très grande prudence, limiter la portée de l'arrêt et surtout éviter toute rationalisation à caractère général ou universel. Il est significatif de constater la réaction des praticiens[19]. Leur inquiétude est palpable parce qu'à leur avis la Cour suprême aurait ainsi créé une grande incertitude dans la pratique et engendré un flou important.

On voit donc que la prévisibilité de la norme juridique est diversement appréciée en droit civil et en common law. En droit civil, il s'agit d'une prévisibilité logique et abstraite, tributaire d'une confrontation à un système global. En common law, c'est plutôt une prévisibilité pratique et concrète en rapport avec la prédictibilité et l'évaluation des chances des recours judiciaires futurs.

1.3 La recherche de la cohérence

Il est toutefois faux de prétendre que la common law ne recherche jamais la cohérence. Cependant, tout est une question de degré et de nuances. Il faut reconnaître que la common law, qui a pour objet de donner une solution pratique à un problème individuel, n'impose pas au juge d'intégrer nécessairement la solution qu'il offre dans un ensemble abstrait, mais simplement d'apporter une nouvelle pierre à l'édifice jurisprudentiel auquel il est confronté et dont il est d'ailleurs aussi dépendant.

L'harmonisation et la cohésion ne sont donc pas une préoccupation première. Il suffit que la nouvelle solution ne contredise pas la jurisprudence antérieure, au besoin en procédant à distinguer celle-ci, parfois bien difficilement, des solutions précédentes, pour ainsi continuer à bâtir une

18. *Bhasin* c. *Hrynew*, [2014] 3 R.C.S. 494.

19. La meilleure preuve en est les commentaires recueillis par Julius Melnitzer, « Did the Supreme Court Clarify or Muddy the Duty of Good Faith ? », *Lexpert Business of Law*, 25 mai 2015, [En ligne], [www.lexpert.ca/article/did-the-supreme-court-clarify-or-muddy-the-duty-of-good-faith/ ?p=14 139 296&sitecode=lex] (21 décembre 2015).

construction jurisprudentielle. Pour le juriste de droit civil, l'harmonisation ne se fait pas d'abord et avant tout par rapport à un corpus jurisprudentiel passé, mais plutôt relativement aux principes généraux fondateurs du cadre abstrait du droit civil, car, à ses yeux, le droit civil est un système complet en lui-même[20]. Là encore, il convient de nuancer puisque la forme personnalisée de l'expression de la règle par le juge québécois lui permet, à la différence de son collègue français, de retracer l'historique jurisprudentiel que la question posée a soulevé dans le passé et d'en faire état. Nous n'insisterons pas sur les différences qui séparent les deux systèmes quant à l'autorité du précédent, celles-ci étant trop bien connues[21].

Pour employer une métaphore, la promenade dans les règles judiciairement exprimées en common law ressemble à une balade dans un jardin à l'anglaise. On y trouve un joyeux désordre, par ailleurs fascinant, qui attire l'attention sur le détail et non sur l'ensemble.

La promenade dans un jugement civiliste classique ressemble plus à une balade dans un jardin à la française où tout est ordonné (parfois un peu artificiellement), respire l'harmonie, l'esthétique et où l'œil est inévitablement attiré par la cohérence de l'ensemble plutôt que par le détail de ses éléments constitutifs.

2 L'expression

Une fois de plus, trois caractéristiques principales permettent de différencier le discours judiciaire civil de celui de la common law, soit l'expression syllogistique, l'expression intégrée et l'utilisation des sources.

2.1 L'expression syllogistique

Le jugement civiliste du Québec reste essentiellement l'exposition syllogistique de la règle de droit. Bien entendu, son style n'est pas comparable à celui du droit français qui, selon les remarques d'un juriste allemand,

20. Cette expression est du juge Charles Gonthier dans l'arrêt *Farber* c. *Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846, par. 31.

21. Voir notamment : Claire L'Heureux-Dubé, « By Reason of Authority or by Authority of Reason », (1993) 27 *U.B.C.L. Rev.* 1 ; Albert Mayrand, « L'autorité du précédent au Québec », (1994) 28 *R.J.T.* 771 ; R. Jukier, préc., note 16 ; voir également le commentaire du juge Pierre Dalphond dans l'affaire *Genex Communications inc.* c. *Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, par. 27 et suiv., et celui de la juge France Thibault dans l'affaire *Laurentienne-vie, Cie d'assurances inc.* c. *Empire, Cie d'assurance-vie*, [2000] R.J.Q. 1708, 1717 et suiv.

« *seem to be frozen in a pedantic ritual of empty formalism, inappropriate to the uniqueness of the concrete facts of life behind the case*[22] ».

Le jugement en droit civil se caractérise, malgré tout, par l'expression d'une logique formelle. Comme nous l'avons vu, celle-ci se décompose en quatre étapes : la mise en évidence de la règle législative applicable, le rappel des principes qui y sont sous-jacents, la discussion et l'analyse des sources jurisprudentielles et doctrinales.

Cette logique, à la différence du droit français, n'est cependant pas exprimée sous une forme purement abstraite et mécanique[23]. Le jugement québécois reste analytique et constitue le résultat d'un authentique dialogue entre juge et parties.

Le style de jugement de common law au Canada présente évidemment beaucoup de similitudes ou de points communs avec le jugement en droit civil québécois. Il existe toutefois des différences importantes. La première est qu'en général (et il faut éviter dans ce cas les approximations trop faciles) le magistrat de common law consacre plus de temps à la description et à l'analyse des faits. Il est obligé de le faire pour montrer qu'il s'intègre au corpus jurisprudentiel existant. La seconde différence est qu'il s'impose un examen détaillé de la jurisprudence antérieure puisqu'il faut que la solution trouvée constitue une pièce supplémentaire à l'édifice jurisprudentiel. L'analyse détaillée des précédents revêt donc une grande importance et le recours à l'expérience prend souvent le pas sur l'abstraction. À cet égard, le jugement civiliste est probablement moins porté aux disgressions et aux approches intuitives ou impressionnistes des problèmes[24].

2.2 L'expression intégrée

La seconde différence entre le jugement en droit civil et en common law sur le plan de la forme tient au souci de replacer de façon formelle et intelligible la norme utilisée dans l'ensemble structurel du droit civil. La chose est particulièrement vraie lorsque l'interprétation d'un article du Code civil est en cause. Le magistrat civiliste s'efforce donc, par son discours, de montrer comment la règle qu'il applique fait partie d'un

22. H. Kötz, préc., note 16, p. 41 (l'italique est de nous).
23. On note cependant que la Cour d'appel du Québec disposant de pourvois de moindre importance utilise une forme (le jugement *per curiam*) qui se rapproche de la forme française avec des « attendus » et des « considérants ».
24. Voir, à cet égard, les critiques d'Adrian Popovici, « Le droit civil, avant tout un style… », dans Nicholas Kasirer (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 207.

ensemble rationnel et n'hésite pas, par exemple, à se référer à des concepts abstraits plus généraux pour démontrer la nécessaire cohérence du droit.

Ainsi, le juge qui doit trancher la question de savoir si telle ou telle disposition du Code civil est d'ordre public de direction ou de protection n'hésitera pas, croyons-nous, à se référer aux autres textes du Code civil prévoyant une règle semblable pour intégrer sa solution dans un tout cohérent.

Le style du juge de common law est différent puisque ce qui lui importe avant tout est, une fois encore, que la solution trouvée soit pratique et ne contredise pas le corpus jurisprudentiel existant, d'où l'importance considérable donnée à l'analyse des arrêts antérieurs pour faire ressortir les différences et les nuances. La facture du raisonnement logique est fondamentalement concrète puisque la solution doit être compatible avec les solutions ponctuelles antérieurement trouvées. L'harmonie recherchée étant essentiellement factuelle, l'expression formelle de la pensée se révèle bien différente.

2.3 L'utilisation des sources

Point n'est besoin d'épiloguer sur le fait que la jurisprudence (mais, il est vrai, à divers degrés d'intensité) est source de droit dans les deux systèmes. Il est donc normal que les juges dans les deux cas s'y réfèrent abondamment. La chose peut poser problème au Québec lorsque le juge utilise, en droit civil, des précédents de common law. D'aucuns y voient sans beaucoup de nuances une sorte de merveilleux et nécessaire enrichissement mutuel. Ce dernier, il faut bien le dire, est largement à sens unique puisque, par exemple, une grande majorité des arrêts de la Cour d'appel du Québec dans des domaines aussi pancanadiens que le droit de la famille ou le droit criminel ne sont jamais cités par les magistrats des autres provinces et que la Cour est obligée d'en faire la traduction pour espérer qu'ils soient lus.

On a disserté longuement sur les effets de l'utilisation en droit civil des précédents de common law, et il n'est pas dans notre propos de revenir en détail sur le sujet. Il reste cependant que la citation par le juge en droit civil de la jurisprudence de common law présente un certain danger dans deux situations particulières. La première est lorsqu'elle a pour effet de substituer la source jurisprudentielle étrangère à une règle législative ou

jurisprudentielle existante et différente en droit civil[25]. La seconde, plus rare, survient lorsque la jurisprudence de common law citée comme simple illustration acquiert par la suite une autorité décisionnelle[26].

La reconnaissance de la mixité du système québécois et sa caractérisation, très à la mode à l'heure actuelle, de « régime transsystémique » ne permet pas de gommer les différences et l'originalité des solutions. Des références trop souvent inutiles à des précédents de common law, aussi intéressantes soient-elles pour l'universitaire, le théoricien du droit et le spécialiste du droit comparé, doivent rester prudentes et limitées.

Enfin, il convient, pour terminer, de dire un mot sur l'utilisation de la doctrine comme source de référence[27]. En droit civil, elle s'avère commune et constante, là encore en raison du fait que le système de raisonnement s'appuie sur l'abstraction et la rationalisation. Cependant, elle est également présente de plus en plus en common law, notamment lorsqu'on compare les arrêts actuels à ceux du début ou du milieu du XX^e^ siècle. Voilà, sans nul doute possible, un facteur de rapprochement entre les deux systèmes.

En conclusion, on peut soulever l'hypothèse que l'utilisation au Québec de la forme de jugement à la common law n'empêche pas pour autant d'y trouver des caractéristiques propres à l'expression du droit civil, à la fois quant au fond et quant à la forme.

---

25. Voir à titre d'exemples : *Québec (Ville de)* c. *CFG Construction inc.*, 2015 QCCA 362 ; *Charland* c. *Lessard*, 2015 QCCA 14 (sur la notion d'atteinte raisonnable en matière d'oppression) ; *Droit de la famille – 132495*, 2013 QCCA 1586 ; *M.B.* c. *L.L.*, [2003] CanLII 47977 ; *Barrette* c. *Falardeau*, 2010 QCCA 989 ; *Bélanger* c. *Soubiran*, 2006 QCCS 3442 (sur l'enrichissement sans cause et les sociétés de fait entre conjoints). Voir aussi : *Rogers Media Inc.* c. *Marchesseault*, 2006 QCCS 5314 (en droit contractuel) ; *Marcheterre* c. *Fédération (La), compagnie d'assurances du Canada*, 2014 QCCA 1026 (en responsabilité civile). Pour ce qui est de la Cour suprême : *Rubis* c. *Gray Rocks Inn Ltd.*, préc., note 4 ; *St-Jean* c. *Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491 ; *Prud'homme* c. *Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663. Voir sur le sujet l'article de Daniel Jutras, « Cartographie de la mixité : la common law et la complétude du droit civil au Québec », (2009) 88 *R. du B. can.* 247.

26. Cela a été le cas lorsque la jurisprudence a introduit en droit québécois les notions d'intrus (*trespasser*), de licencié (*licensee*) et d'invité (*invitee*). Voir Albert Mayrand, « À quand le trépas du "trespasser" ? », (1961) 21 *R. du B.* 1, et l'analyse du juge Jean Beetz dans l'arrêt *Rubis* c. *Gray Rocks Inn Ltd.*, préc., note 4.

27. Voir Adrian Popovici, « Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles source de droit au Québec ? », (1973) 8 *R.J.T.* 189. Pour une comparaison : Marc Billiau, « La doctrine et les codes. Quelques réflexions d'un civiliste français », (2005) 46 *C. de D.* 445 ; Pierre Dalphond, « La doctrine a-t-elle un avenir au Québec ? », (2008) 53 *R.D. McGill* 517.

À titre d'exemple, et avec toutes les nuances qui s'imposent, il est significatif de lire l'opinion commune du juge LeBel et de la juge Deschamps dans l'affaire C*iment du Saint-Laurent inc.* c. *Barrette*[28].

Après un bref rappel de l'objet du litige et de l'historique judiciaire nécessaires à la bonne compréhension des enjeux, l'arrêt énonce les quatre questions fondamentales à trancher. Elles sont, on le notera, toutes non seulement posées mais également résolues en termes abstraits : régime de responsabilité, immunité législative, interruption de la prescription et légitimité de la technique d'évaluation des dommages. La première partie de l'arrêt est une analyse détaillée des principes fondamentaux régissant la responsabilité civile pour faute et abus de droit. L'arrêt produit à cet égard prend largement en considération la doctrine française et québécoise.

Notons deux autres caractéristiques intéressantes : l'arrêt, en premier lieu, fait référence directement à la recherche de l'intention du législateur et cite à ce sujet les notes législatives du ministre de la Justice lors de l'entrée en vigueur du Code civil, caractéristique absente des jugements de common law.

En second lieu, le très bref renvoi à la common law concerne uniquement la doctrine et aucune jurisprudence n'est citée. On remarque aussi le titre évocateur précédant le paragraphe 87 : « Application *des principes* de la responsabilité civile aux faits de l'espèce[29] ».

On trouve donc dans cette opinion commune certaines des caractéristiques particulières d'un jugement de droit civil que nous venons d'examiner.

Ainsi, notre ancien collègue, Pierre Dalphond, a raison lorsqu'il affirme qu'en matière de droit civil le juge québécois serait probablement le prototype du juge civiliste de l'avenir[30].

28. *Ciment du Saint-Laurent inc.* c. *Barrette*, préc., note 8.
29. *Id.*, titre avant le paragraphe 87 (l'italique est de nous).
30. Pierre J. Dalphond, « Le style civiliste et le juge : le juge québécois ne serait-il pas le prototype du juge civiliste de l'avenir ? », dans N. Kasirer (dir.), préc., note 24, p. 81.