

LA COUR SUPRÊME DU CANADA ET LA TRADITION DU DROIT CIVIL

H. Patrick Glenn*
Montréal

L'article examine le rôle de la Cour suprême du Canada dans le «revivification» de la tradition du droit civil au Canada. L'autonomie (relative) du droit civil est analysée en regardant la jurisprudence de la Cour, dans les domaines du droit judiciaire et du droit civil matériel. Enfin, la méthodologie de la Cour dans l'emploi des sources trans-nationales du droit civil est examinée.

The article examines the role of the Supreme Court of Canada in the "reinvigoration" of the civil law tradition in Canada. The (relative) autonomy of the civil law is examined in the jurisprudence of the Court, in the fields of civil procedure and substantive civil law. Finally, the methodology of the Court in relying on transnational sources of civil law is examined.

I.	<i>Introduction</i>	151
II.	<i>La Cour suprême et le droit judiciaire de tradition civiliste</i>	154
III.	<i>La Cour suprême et le droit civil matériel</i>	160
IV.	<i>La méthodologie de la Cour suprême</i>	164
V.	<i>Conclusion</i>	170

I. Introduction

La tradition du droit civil est apparue en Nouvelle France relativement tard dans son développement historique. D'ailleurs, quand les Français sont arrivés au 16^e siècle ils n'ont amené avec eux que leurs droits dits coutumiers — non-écrits — de sorte que le droit civil, dans sa totalité, n'est arrivé qu'au 17^e siècle. C'est à partir de 1663 que l'administration royale française s'est implantée, et avec elle le devoir, pour le nouveau Conseil souverain, de juger en dernier ressort selon «les lois et ordonnances de la France», et plus précisément «en la forme et manière qui se pratique et se garde» dans le ressort du Parlement de Paris¹. Ainsi il y avait réception de la Coutume de Paris (dans sa forme écrite), des grandes ordonnances subséquentes de Louis XIV, et de la totalité des

* H. Patrick Glenn, titulaire de la Chaire Peter M. Laing, de la Faculté de droit et l'Institut de droit comparé, Université McGill, Montréal, Québec. L'auteur remercie la Fondation Wainwright de la Faculté de droit de l'Université McGill, pour son appui financier, et Marianne Tawa et Anne De Ravinel, pour leurs recherches.

¹ Voir l'*Édit de création du conseil souverain de Québec*, 1663, in *Édits, Ordonnances Royaux, Déclarations et Arrêts du Conseil d'État du Roi concernant le Canada* (1854), vol. 1, p. 37, à la p. 38.

sources et des institutions du droit civil tel qu'il a été pensé et pratiqué en France².

Bien que les traditions juridiques n'existent jamais sous forme statique, nous connaissons les grandes lignes de cette tradition civiliste française. Du droit romain, sans qu'elle ne soit contredite par les droits coutumiers, vient l'idée du droit matériel, substantif, qui préexiste à la décision du juge. D'où la fameuse maxime de Justinien selon laquelle le juge doit décider non pas en fonction des exemples (des décisions) mais en fonction de la loi (*non exemplis sed legibus iudicandum est*³). Comme dans toutes les traditions juridiques du monde, sauf depuis récemment dans celle de la common law, le juge n'est pas source de droit et s'appuie sur des sources qui lui sont extérieures. On évite ainsi le préjugé. Il y a aussi beaucoup de juges, car le droit civil remplace les coutumes et s'étend à une grande partie de la vie humaine. Ainsi le juge est sédentaire, pour répondre aux besoins locaux; le banc est traditionnellement composé de trois juges, car les juges sont nommés très jeunes et doivent être encadrés; et les cours d'appel doivent exister pour corriger les erreurs, inévitables étant donné le volume des litiges. Le tableau est très différent, du moins historiquement, de celui de la common law, où un petit nombre de juges, ambulants, ont simplement permis (ou non, selon les plaidoiries) que les causes soient déferées au jury, procédure qui enlevait toute nécessité d'une cour d'appel jusqu'aux grandes réformes du 19^e siècle.

Les réformes, cependant, sont constantes dans les traditions juridiques occidentales. Celles de la common law, au 19^e siècle, lui ont enlevé beaucoup de ses particularités, de nature processuelle⁴. En abandonnant les formes d'action, la common law s'est ralliée à l'idée du droit matériel, substantif, et en Angleterre le phénomène s'est accompagné d'une incorporation très importante des enseignements de la doctrine française, dans la *case law* anglaise. Les réformes de la common law se sont effectuées aussi sur le plan institutionnel. La structure des tribunaux s'est hiérarchisée, selon le modèle continental; un droit d'appel s'est construit, du moins législativement. Plus récemment on a vu les juges de première instance devenir sédentaires⁵. Le juge de la common law, devenu local, joue un rôle plus important dans le déroulement de la procédure — le *case management judge* s'approche du juge de la mise en état⁶. Il y a cependant

² Voir J.E.C. Brierley, «Québec's Civil Law Codification: Viewed and Reviewed» (1968) 14 R.D. McGill 521.

³ C.7.45.13.

⁴ Voir H.P. Glenn, «La civilisation de la common law» in *Mélanges Germain Brière* (Montréal: Wilson & Lafleur, 1993) à la p. 596; réimprimé dans (1993) Rev. int. dr. comp. 559.

⁵ Notamment au Canada dans le processus de fusion des tribunaux de première instance; voir Glenn, *supra* note 4 aux p. 611, 612, et à la p. 571.

⁶ Voir J.A. Jolowicz, «The Woolf Report and the Adversary System» (1996) 15 C.J.Q. 198, notamment à la p. 210 («It is not the object of this paper to suggest that Lord Woolf's proposals should be viewed with suspicion because they will put the English adversary system at risk, though it is its purpose to suggest that they are likely to do so»).

aussi du mouvement dans les institutions de la tradition civiliste en Europe. La jurisprudence reprend du poids parmi les sources du droit, notamment sur le plan européen («L'Europe des juges»)⁷; le juge unique se répand; on cherche à valoriser le jugement de première instance, sous le fardeau écrasant des appels⁸; on redécouvre le principe dispositif, en reconnaissant la dimension «accusatoire» du procès civil⁹; la responsabilité civile du juge, par le moyen de la prise à partie, tombe lentement en désuétude¹⁰.

Au Canada, on a connu depuis presque deux siècles et demi la nécessité de choisir entre les éléments, historiques mais changeants, de ces deux traditions du droit civil et de la common law. Dans les provinces dites de common law, le choix des sources et des institutions a été simple dans ses grandes lignes. La subtilité se trouve dans les distinctions faites à l'intérieur de la common law et dans la volonté de faire évoluer la tradition¹¹. Au Québec, dès l'arrivée des Anglais au 18^e siècle, la distinction s'est opérée entre le droit public, rattaché au nouveau souverain, et le droit privé, resté depuis l'Acte du Québec de 1774 essentiellement de nature civiliste. Il reste à déterminer le contenu du droit public et du droit privé, et de situer la frontière entre les deux. Ainsi, par exemple, le système judiciaire relèverait en principe du droit public, donc du droit anglais, bien que le droit anglais, lui, ait adopté le système civiliste des tribunaux (avec ses deux niveaux d'appel) au 19^e siècle. Il en résulte qu'au Québec, et ailleurs au Canada, les structures judiciaires sont compatibles avec celles du continent européen, bien que l'antagonisme traditionnel entre la common law et la notion d'appel se reflète toujours dans les détails de la réglementation de l'appel.

La Cour suprême du Canada se trouve au sommet des tribunaux du Québec et au sommet des tribunaux de toutes les autres provinces. Au sommet, donc, d'une hiérarchie des tribunaux, elle occupe une place semblable à celle des cours suprêmes continentales. Sous l'influence de la common law, cependant, elle est différente à trois égards de ces cours de tradition civiliste européenne. D'abord, elle exerce une compétence générale, à la fois de droit public et de droit privé, une compétence qui est divisée dans la tradition continentale entre deux

⁷ Voir notamment F. Rigaux, *La loi des juges* (Paris: Odile Jacob, 1997), notamment aux p. 65 («Nul n'oserait plus soutenir aujourd'hui que le juge n'est que 'la bouche de la loi'») et 247 («le juge arrête lui-même ses propres limites»).

⁸ Voir R. Perrot, «L'appel et l'Europe», *Gaz. Pal.* 27-29 décembre 1987, aux p. 23, 24; L. Cadet, *Droit judiciaire privé*, 2e éd. (Paris: Litec, 1998) aux p. 676-82 (sur la limitation de l'effet suspensif de l'appel); et plus récemment en Allemagne, voir F. Busse, «Justizreform so, eine schöne Illusion», *NJW* 2000.785.

⁹ Cadet, *supra* note 8 à la p. 468, et s.; et voir, pour des réformes récentes exigeant des avocats des conclusions *en droit* aussi bien qu'en fait, S. Guinchard, «L'ambition d'une justice civile renouvelée» *Dalloz* 1999.I.65, notamment à la p. 68 («N'est-ce pas le moins que l'on puisse exiger d'un auxiliaire de la justice?»).

¹⁰ Voir, *infra* note 36.

¹¹ Voir H.P. Glenn, «The Common Law in Canada» (1995) 74 *R. du B. can.* 261.

cours suprêmes, l'une de droit public, l'autre de droit privé¹². Ensuite, comme les cours suprêmes des autres pays de common law, elle exerce un contrôle discrétionnaire sur les causes qui peuvent être plaidées devant elle. Elle n'entend donc qu'un nombre très réduit de causes, de l'ordre de 100 à 150 par an, par rapport aux quelque 28 000 causes décidées annuellement par la Cour de cassation française¹³. Finalement, la Cour suprême fait appel à une «forme personnalisée» du jugement, selon laquelle la décision judiciaire constitue un acte de jugement mais aussi un acte de doctrine, le juge, même dissident, s'identifiant avec les principes développés dans les motifs écrits de sa décision.

La Cour suprême du Canada est donc une cour suprême à la fois de droit civil et de common law, mais son fonctionnement est très largement conditionné par les méthodes judiciaires de la common law. D'ailleurs, en n'entendant que quelque 3 à 5 causes de droit civil québécois par an¹⁴, elle est consciente de ne pas être intégrée totalement dans le processus judiciaire québécois. Elle ne joue pas le rôle traditionnel d'une cour de tradition civiliste; elle n'exercerait qu'un «second regard» au niveau des principes du droit civil¹⁵. Par contre, étant au croisement des deux traditions juridiques du droit civil et de la common law, elle bénéficierait d'une large palette de concepts et de principes pour effectuer sa contribution au droit civil contemporain. Comment effectue-t-elle son travail? Il y a lieu d'examiner d'abord sa contribution au droit judiciaire, de tradition civiliste, puis son développement du droit civil matériel et enfin sa méthodologie de travail.

II. *La Cour suprême et le droit judiciaire de tradition civiliste*

Le juge de tradition civiliste est ouvert à toute plainte d'illégalité. C'est le cas du juge de première instance mais c'est également du juge de la Cour d'appel ou de la Cour de cassation. Puisque le droit préexiste au juge, l'illégalité existe avant l'intervention du juge et peut être constatée par le simple citoyen, qui décide ainsi d'instituer un recours. Ce droit préexistant nécessite un système

¹² La situation découle d'une notion plus rigoureuse de séparation de pouvoirs qui prévaut dans les pays de droit civil, les tribunaux de droit privé (l'ordre judiciaire) étant exclus de tout contrôle de l'administration, ce qui nécessite un système parallèle de tribunaux de droit public. Ainsi en France il y a la Cour de cassation et le Conseil d'Etat; en Allemagne il y a le Bundesgerichtshof (pour le droit privé) et le Bundesverfassungsgericht (pour le droit constitutionnel) et le Bundesverwaltungsgericht (pour le droit administratif).

¹³ En 1999, la Cour de cassation a reçu 28,247 nouvelles causes et en a résolu 29,071. Voir Y. Chartier, «Le Rapport de la Cour de cassation: à propos du Rapport pour l'année 1999» J.C.P. 2000.I.238, et sur la Cour voir <http://www.courdecassation.fr>.

¹⁴ C. Masse, «Chronique de droit civil québécois: Session 1990-91» (1992) 3 S.C.L.R. (2d) 211, à la p. 212; P.-G. Jobin, «La Cour suprême et la réforme du Code civil» (2000) 79 R. du B. can. 27, à la p. 46 (dans les six dernières années, moins de trois arrêts sur le droit civil en moyenne chaque année).

¹⁵ C.D. Gonthier, «L'influence d'une cour suprême nationale sur la tradition civiliste québécoise» in *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne [.] Les journées Maximilien-Caron 1990* (Montréal: Université de Montréal/Les Éditions Thémis, 1991) 3 à la p. 5 (le travail de la Cour sera «davantage supplétif»).

ouvert des tribunaux, et cette combinaison contribue à la charge de travail importante du juge civiliste, quel que soit son rang dans la hiérarchie des tribunaux. Les Cours d'appel et la Cour de cassation doivent être ouvertes parce que le juge de première instance peut commettre une erreur, une illégalité, qui ne peut pas être acceptée, qui *doit* être cassée¹⁶.

Le droit de la Nouvelle France connaissait donc le principe de l'appel de plein droit¹⁷. Le présomption qui existait ainsi en faveur de l'appel a cependant disparu sous l'influence de la législation inspirée par le droit public anglais, selon laquelle l'appel n'existerait que dans le cas où la loi l'autorise explicitement. Les juges du Québec ont toutefois cherché une voie médiane entre les deux traditions, en développant l'idée de l'appel dit «de droit commun», qui existerait même en l'absence d'autorisation législative, dans les cas où la cour de première instance aurait excédé sa compétence en rendant sa décision¹⁸. Cette idée d'un appel de droit commun a connu des hauts et des bas dans la jurisprudence québécoise du 19^e et du 20^e siècle, avant d'arriver devant la Cour suprême en 1982 dans l'affaire *Goodman v. Rompkey*¹⁹. Dans les circonstances de cette cause, la Cour a rejeté la possibilité d'un appel, pour le motif principal qu'un excès de compétence n'aurait pas été commis par le juge de première instance. Le libelle de la décision laisse cependant ouverte la possibilité que l'appel de droit commun puisse être exercé avec succès dans d'autres circonstances. La tradition civiliste en matière d'appel contribuerait ainsi au maintien de la possibilité d'invoquer la compétence de la Cour d'appel même face à une présomption de validité de la décision de première instance. On a vu récemment des développements dans ce sens dans les provinces de common law, ce qui appuierait l'ouverture indiquée par la Cour suprême dans l'affaire *Goodman*²⁰.

La tradition civiliste en matière d'appel a aussi été invoquée quant à l'accès à la Cour suprême même. Depuis vingt-cinq ans, il n'y a plus d'appel de plein droit à la Cour suprême et tout appel doit être autorisé par la Cour. Dans ce sens, la Cour suprême fonctionne comme les autres Cours suprêmes des pays de common law, notamment la Chambre des Lords et la Cour suprême des États-

¹⁶ A. Tunc, «La Cour judiciaire suprême: Enquête comparative: Synthèse», (1978) Rev. int. dr. comp. 5, à la p. 23.

¹⁷ Voir *Mayor & Aldermen of the City of Montreal v. Brown* (1876) L.R. II Appeal Cases 168; E. Deleury & C. Tourigny, «L'organisation judiciaire, le statut des juges et le modèle des jugements dans la Province du Québec» in H. Glenn (dir.), *Droit québécois et droit français [:] communauté, autonomie, concordance* (Cowansville, QC: Yvon Blais, 1993) 191 à la p. 193.

¹⁸ Voir M. Jamal & H.P. Glenn, «Selective Legality: The Common Law Jurisdictional Appeal» (1994) 73 R. du B. can. 142; A. Rivard, *Manuel de la Cour d'appel* (Montréal: Variétés, 1941) à la p. 38.

¹⁹ [1982] 1 R.C.S. 589, 137 D.L.R. (3d) 46.

²⁰ Voir *Kourtesis v. M.R.N.* [1993] 2 R.C.S. 53, 102 D.L.R. (4th) 456; *R. v. Sterling* [1993] 8 W.W.R. 623 (appel à la Cour d'appel de Saskatchewan permis *ex debito justitiae*, en l'absence d'un appel «statutaire», pour casser un excès de compétence d'une cour supérieure de première instance).

Unis. La Cour étant vue elle-même comme une source de droit, il n'y aurait pas lieu de lui imposer l'exercice de sa compétence à l'égard de chaque plainte d'illégalité. Il faut plutôt laisser un champ discrétionnaire à l'exercice de ce pouvoir créateur de droit. Cependant, dans le cas où, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, une Cour d'appel a déjà refusé d'entendre un appel, peut-on demander à la Cour suprême la permission de faire appel auprès d'elle? Autrement dit, une Cour d'appel peut-elle bloquer définitivement toute possibilité d'appel contre un jugement de première instance? La question s'est posée pour la première fois à la Cour suprême dans l'affaire *Ernewein c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, dans laquelle on cherchait à faire appel d'une décision de la Cour fédérale d'appel qui avait refusé d'entendre un appel d'un tribunal administratif fédéral²¹. La Cour suprême, dans une décision majoritaire, a décidé qu'elle n'avait pas la compétence pour entendre un tel appel, s'appuyant notamment sur une notion de courtoisie entre elle-même et les Cours d'appel, et sur la jurisprudence de la Chambre des Lords²². Les trois juges du Québec ont fait acte unanime de dissidence, pour le motif principal qu'«il importe que cette Cour dans l'exécution de son devoir général de surveillance en dernier ressort de l'application du droit à travers le Canada, évite de mettre aucune question de droit importante hors de portée de toute révision»²³. C'était une déclaration claire et limpide de la philosophie judiciaire de la tradition civiliste en matière d'appel. L'affaire *Ernewein* ne représentant point une situation exceptionnelle, la question est revenue à la Cour suprême sept ans plus tard, dans l'affaire constitutionnelle *Macdonald c. Cité de Montréal*²⁴. Cette fois, la Cour a unanimement reconnu qu'elle ne pouvait pas permettre que des questions d'importance constitutionnelle soient exclues de son appréciation par l'effet des décisions des Cours d'appel. Subséquemment, le principe a été déclaré applicable aux questions de droit civil²⁵. Ainsi, la Cour suprême, comme la Cour de cassation, reste ouverte, dans une certaine mesure, aux allégations d'illégalité, et cela en vertu du même principe de la disponibilité de la justice.

L'influence de la tradition civiliste est évidente aussi dans la conception de la fonction judiciaire articulée par la Cour suprême. Dans l'affaire *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*²⁶, la Cour a dû décider s'il y avait litispendance entre une action en responsabilité civile intentée devant la Cour supérieure du Québec et une action en dommages pour pratique commerciale déloyale devant la Cour fédérale. La Cour est venue à la conclusion qu'il y avait litispendance, car les deux actions trouvaient leur source dans le même principe

²¹ [1980] 1 R.C.S. 639, 103 D.L.R. (3d) 1.

²² Notamment *Lane v. Esdaile* [1891] A.C. 210; et une «Procédure Direction» du 6 mars 1979, [1979] 2 All E.R. 224.

²³ A la p. 668.

²⁴ (1986) 1 R.C.S. 460, 27 D.R.R. (4th) 321.

²⁵ Voir *Roberge c. Bolduc* [1991] 1 R.C.S. 374, 78 D.L.R. (4th) 666.

²⁶ [1990] 2 R.C.S. 440; voir aussi *Roberge c. Bolduc*, *supra* note 25.

juridique de la responsabilité, fondée sur un comportement fautif. De manière plus générale, cependant, la Cour a déclaré que si des actions sont intentées sur la base de règles juridiques différentes, on ne devrait pas les considérer, dans la majorité des cas, comme fondées sur la même cause d'action. La définition de la cause d'action est donc restreinte, et les notions de litispendance et de chose jugée, elles aussi, seraient nécessairement réduites en importance. La portée du jugement est limitée à ce qui a été allégué et décidé, et cela en conformité avec la doctrine française dans ce domaine, sur laquelle la Cour s'est explicitement appuyée. Le jugement ne saurait donc être élargi, comme dans la common law avec sa notion de *merger and bar*, pour inclure tout ce qui aurait dû être allégué et décidé.

Ces conceptions de l'ampleur d'une cause d'action et d'un jugement, dans le droit civil et dans la common law, sont très liées aux fonctions des juges et des avocats dans les deux traditions. La common law a toujours mis le fardeau sur les avocats de présenter, dans une seule action, tous les éléments qui pourraient justifier les conclusions recherchées. Si les avocats ont failli à cette tâche, et n'ont pas rempli leur fonction dans le système d'adversaires, le juge n'en est pas responsable, et son jugement sera pris comme mettant fin à tous les éléments de la controverse. Il y aura *merger* de toute réclamation possible dans le jugement et *bar* à toute action ultérieure. Le droit civil, qui accorde un rôle plus actif au juge dans le déroulement du procès, est moins enclin à refuser toute action ultérieure si la première décision n'a pas explicitement vidé la controverse. La cause d'action et le jugement auraient une portée moins large. Dans son jugement dans l'affaire *Rocois*, la Cour suprême a rappelé les origines de la procédure civile québécoise et a prévu, dans une certaine mesure, des développements contemporains dans la procédure civile, qui accordent un rôle et une responsabilité plus importants au juge dans le déroulement de la procédure et dans l'administration de la justice²⁷.

Il y a une tension évidente entre la portée restreinte du jugement dans la tradition civiliste et le recours collectif introduit au Québec par voie législative en 1979²⁸. Cette tension n'a pas encore été abordée par la Cour suprême qui, dans les quelques jugements qu'elle a rendus en matière de recours collectifs²⁹, a joué un rôle restreint dans le développement de la jurisprudence sur cet instrument processuel. Elle n'a notamment pas eu à intervenir pour sanctionner

²⁷ Voir, pour des propositions dans ce sens au Québec, Comité de révision de la procédure civile, *La révision de la procédure civile [:] Document de consultation* (Québec: Gouvernement du Québec, 2000).

²⁸ Voir le Livre IX, Code de procédure civile; et plus généralement sur le recours collectif et la tradition civiliste, H.P. Glenn, «Le recours collectif, le droit civil et la justice sociale» (1998-99) 29 R.D.U.S. 39. Le recours collectif n'existe dans aucune juridiction de droit civil du monde en dehors du Québec.

²⁹ *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec* [1981] 1 R.C.S. 424; *Nault c. Canadian Consumer Co. Ltd.* [1981] 1 R.C.S. 553; *C.S.N. c. Le Curateur public* [1996] 3 R.C.S. 211.

des autorisations excessives aux recours collectifs, comme a dû récemment le faire la Cour suprême des États-Unis³⁰.

Toutefois, sur certaines questions de droit judiciaire en droit québécois, la Cour suprême du Canada a cru bon de s'aligner sur la common law. Ce fut notamment le cas en ce qui a trait à la règle contre le oui-dire, issue du droit de la preuve, de même que pour la question de l'immunité des juges. Il faut cependant nuancer dans les deux cas.

La règle contre le oui-dire a été acceptée par la Cour suprême en droit québécois en 1973 dans l'affaire *Royal Victoria Hospital c. Morrow*³¹. La justification offerte par la Cour suprême de son adoption de la règle de la common law était textuelle, l'article 294 du Code de procédure civile disposant que «[...] les témoins sont interrogés à l'audience [...]» Pour la Cour, cet article interdisait que les déclarations des témoins *des faits* soient introduites devant le tribunal par l'intervention d'une autre personne. L'article permet, cependant, une tout autre interprétation. Dans la procédure d'enquête, qui était la procédure de droit commun en Nouvelle France et pendant une bonne partie du 19^e siècle, les témoins *devant la cour* pouvaient être interrogés non pas à l'audience, finale, de la cause, mais dans une série de mesures d'instruction effectuées au bureau même du juge, comme c'est toujours le cas dans beaucoup de pays de droit civil. L'article, dans son contexte historique, représentait donc une règle de procédure proprement dite et non pas une règle, implicite, de preuve³². Derrière l'argument textuel, très faible, il y avait donc une volonté évidente de la part de la Cour suprême de compléter la transition du droit judiciaire québécois vers un système d'adversaires, par l'introduction des éléments dominants de la common law de la preuve.

Trois ans après l'affaire *Morrow*, cependant, le jury civil, raison d'être de la règle contre le oui-dire dans la common law, a été aboli en droit québécois³³. L'histoire est donc tortueuse et même troublante, mais les conséquences ne peuvent pas être vues comme dramatiques, car la règle contre le oui-dire n'est

³⁰ Voir *Amchem Products Inc. v. Windsor*, 521 U.S.591, 117 S. Ct. 2231 (1997); et pour la nouvelle rigueur du processus d'autorisation aux États-Unis, voir L. Mullenix, «Complex litigation certification burdens» *National Law Journal*, July 3, 2000, p. A14.

³¹ [1974] R.C.S. 501, 42 D.L.R. (3d) 233.

³² Voir ainsi l'annotation sous l'article 344 du Code de procédure civile de 1897, le prédécesseur immédiat de l'article 294 du Code actuel, dans H. Gérin-Lajoie, *Code de procédure civile de Québec annoté* (Montréal: Wilson & Lafleur, 1920), à la p. 692. L'annotation reprend le Rapport des Commissaires de la codification de 1897 dans les termes suivantes: «La principale réforme apportée à l'instruction a été l'abolition de l'enquête. La publicité de l'examen des témoins et des procès est, à nos yeux, un principe de la plus haute importance. Le rôle d'enquête est directement responsable de la longueur des dispositions, de l'énormité du coût de la preuve, et souvent de la durée des procès. C'est l'ennemi de la magistrature et du barreau. Ce qu'il faut avant tout, c'est l'examen incisif des témoins en pleine audience, et l'intelligence de la contestation et des faits, par l'immixtion personnelle du juge, dans la cause».

³³ L.Q. 1976, c. 9, art. 56.

plus ce qu'elle était, dans les juridictions de common law, et cela largement à cause du déclin du jury dans ces pays³⁴. Ainsi, lors de la promulgation du Code civil du Québec, la règle a pu être assouplie comme elle l'a été dans les pays de common law, et le oui-dire peut être admis, notamment avec le consentement des parties ou l'autorisation du tribunal³⁵.

Le juge de la Nouvelle France pouvait faire l'objet de la prise à partie³⁶. Dans la turbulence juridique du 19^e siècle, il y avait de nombreux litiges au sujet des juges, et la jurisprudence a vite évolué dans le sens du droit public anglais pour conférer aux juges une immunité dans l'exercice de leurs fonctions³⁷. Ce fut le cas au moins pour les juges des cours supérieures, les juges des cours dites inférieures restant soumis au contrôle des juges des cours supérieures et à la responsabilité civile dans l'exercice de leurs fonctions³⁸. Dans la deuxième moitié du 20^e siècle, une telle distinction entre les membres du corps judiciaire est devenue insupportable et l'immunité du droit anglais a été étendue à la totalité des juges et même à certains membres des tribunaux administratifs. La Cour suprême, dans son jugement dans l'affaire *Morier c. Rivard*, a constaté cette évolution et a accepté à la majorité l'existence d'une immunité qui protégeait les membres de la Commission de Police de la ville de Québec, et qui serait la même immunité dite «absolue» qui protège les juges des cours supérieures³⁹. L'immunité, bien sûr, reste une immunité de fonction et non pas une immunité personnelle, de sorte que les poursuites contre les juges ne peuvent pas être éliminées a priori et qu'une décision judiciaire sera toujours nécessaire pour justifier l'existence de l'immunité. Le résultat se rapprocherait donc du droit français contemporain, qui tient l'État français responsable pour toute faute de service, la responsabilité personnelle du juge ne pouvant être engagée que sur l'action récursoire de l'État⁴⁰.

Sur une dernière question, cependant, toute la force de la tradition civiliste se fait sentir dans la jurisprudence récente de la Cour et dans le monde de la common law. Pendant longtemps, la Cour suprême avait pris la position selon laquelle le Code civil du Bas-Canada, comme acte législatif, devrait recevoir la même interprétation stricte et littérale que tout *statute* dans la tradition de common law. C'était à l'époque où la Cour voyait sa mission surtout comme une mission unificatrice au Canada, et il s'ensuivait que les méthodes juridiques, et notamment les méthodes d'interprétation, devraient être uniformes pour mieux

³⁴ Voir notamment, pour la relaxation de la règle par la Cour suprême elle-même, dans le domaine du droit pénal, *R. c. Smith* [1992] R.C.S. 915.

³⁵ Voir les articles 2869, 2870, C.c.Q.

³⁶ Voir H.P. Glenn, «La responsabilité des juges» (1983) 28 R. D. McGill 228, aux p. 233, 234.

³⁷ Glenn, *supra* note 29 aux p. 237, 238.

³⁸ Glenn, *supra* note 29 aux p. 239-42.

³⁹ [1985] 2 R.C.S. 716, (1985) 23 D.L.R. (4th) 1.

⁴⁰ Voir Cadiet, *supra* note 8 aux p. 138, 139; R. Perrot, *Institutions judiciaires*, 2e éd. (Paris: Ed. Montchrestien, 1986) aux p. 91-99.

garantir un droit uniforme⁴¹. Cependant, dans les dernières décennies, il a été reconnu par la Cour qu' «une interprétation littérale et rigoriste des textes [...] n'a certes pas sa place en matière de droit civil»⁴². Le Code civil ne doit donc pas être vu comme un droit d'exception et il «doit recevoir un interprétation large qui favorise l'esprit sur la lettre et qui permette aux dispositions d'atteindre leur objet»⁴³. La même méthodologie d'interprétation trouve maintenant son écho dans la tradition de common law, qui ne démontre plus sa jalousie d'autrefois envers la législation comme source de droit⁴⁴, de sorte que les deux traditions s'entendent maintenant sur la nécessité de donner un effet total et efficace à l'intention législative.

Ainsi, si la Cour suprême est très marquée comme institution par la tradition de la common law, elle n'a pas hésité à s'appuyer sur la tradition civiliste pour des questions précises en droit judiciaire. D'ailleurs, quand son choix s'est arrêté sur la common law, il est fort possible que ce choix se soit fait dans des domaines où la marge entre les deux traditions se rétrécit. Il reste à voir comment cet attachement à la tradition civiliste se maintient dans le domaine du droit matériel.

III. *La Cour suprême et le droit civil matériel*

La common law est un droit restreint, par rapport au droit civil. Les droits de la personnalité n'y sont pas pleinement reconnus, le domaine de la responsabilité civile est moins large que dans le droit civil et le contrat de la common law est une institution plus restreinte, du moins selon sa définition traditionnelle. Il est d'ailleurs fort possible que l'étendue des deux traditions, en droit matériel, soit liée aux institutions judiciaires responsables de leur mise en oeuvre. Le droit civil s'est doté depuis fort longtemps d'une magistrature importante, capable de donner effet aux ambitions larges du droit civil matériel. La common law, produit de ses juges, n'a jamais pu surpasser leur compétence et leur productivité. Puisqu'il y avait peu de juges, il y avait peu de droit, ou au moins un droit qui limitait volontiers son étendue dans certains domaines. Dans la mesure où la magistrature québécoise s'est calquée sur celle de la common law, il y aurait donc une tendance vers le rétrécissement du droit civil. Une magistrature restreinte ne pourrait pas supporter un grand droit, un droit qui demanderait pour sa mise en oeuvre plus de ressources que celles disponibles à la magistrature.

⁴¹ Voir E. Caprarros, «La Cour suprême et le Code civil» in G.-A. Beaudoin, *La Cour suprême du Canada* [:] *Actes de la Conférence d'octobre 1985* (Cowansville: Editions Yvon Blais, 1986) 107, notamment aux p. 109-11 («L'interprétation dénaturée du Code civil»), avec références.

⁴² *General Motors Products of Canada c. Kravitz* [1979] 1 R.C.S. 791, à la p. 813.

⁴³ *Doré c. Verdun (Ville de)* [1997] 2 R.C.S. 862, à la p. 874.

⁴⁴ Voir, pour la jurisprudence de la Cour suprême, P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3e éd. (Montréal: Editions Thémis, 1999) aux p. 544 et s.; et en Angleterre, *Pepper c. Hart* [1992] 3 W.L.R. 1032.

La magistrature du Québec, cependant, comme celle du Canada tout entier, ne suit pas le modèle de la magistrature de la common law anglaise. La magistrature au Québec et au Canada s'est professionnalisée et on a laissé tomber le *magistrate* laïque, si important au fonctionnement de la justice en Angleterre. Il y a donc, au Québec, presque autant de juges par habitant qu'en France, et beaucoup plus qu'en Angleterre. Ainsi la France compterait onze juges par tranche de 100 000 habitants; le Canada suivant, pas loin derrière, avec huit⁴⁵. Les deux arriveraient toutefois loin derrière l'Allemagne, avec ses 26 juges par 100 000 habitants⁴⁶, mais bien avant l'Angleterre contemporaine, avec ses 1,9 juges professionnels par 100 000 habitants⁴⁷. Le droit du Québec (et celui du Canada) pourrait donc, selon ce critère, être aussi large dans son étendue que celui de la France, ou presque. Quelle est l'opinion de la Cour suprême sur cette question?

Une réponse récente a été donnée par la Cour dans le domaine des droits de la personnalité. Dans l'affaire *Aubry c. Les Éditions Vice-Versa Inc.*, la Cour a été saisie d'une question relevant du droit au respect de la vie privée, et plus précisément de la licéité de la publication dans une revue à vocation artistique d'une photographie d'une adolescente, prise dans un lieu public sans sa permission⁴⁸. Les cours du Québec avaient auparavant autorisé l'octroi des dommages-intérêts dans de telles circonstances, et l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec est venu sanctionner cette jurisprudence en proclamant l'existence du droit au respect de la vie privée⁴⁹. C'était cependant la première fois que la Cour suprême avait l'occasion de se prononcer, et deux arguments avancés avaient comme effet de restreindre sérieusement la portée du droit au respect de la vie privée. D'abord, on a soutenu que la publication représentait l'exercice de la liberté d'expression, elle aussi garantie par la *Charte* québécoise⁵⁰; ensuite on a insisté sur la nécessité, pour tout octroi des dommages-intérêts, de la preuve d'un préjudice découlant de l'acte du défendeur. La Cour, cependant, n'a pas retenu le principe de la liberté d'expression, dans les circonstances de la cause, et a accepté que la preuve qui avait été avancée était suffisante pour permettre la conclusion qu'un préjudice avait été subi. Même si la décision de la Cour ne permet pas de conclure que la violation du droit au respect de la vie privée constitue en elle-même un

⁴⁵ L. Cadet, «Formation juridique et contentieux civil dans une société en évolution» in International Association of Procedural Law, *Procedural Law on the Threshold of a New Millennium [:] General Reports* (Vienne: Université de Vienne, 1999) 217, à la p. 221.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Le calcul est celui de l'auteur, basé sur des données du Lord Chancellor disponible à www.open.gov.uk/lcd/judicial/judgesfr.htm, visité le 21 août 2000 (1142 juges professionnels plein temps, secondé par 30,260 *lay magistrates*, pour une population de 60 millions).

⁴⁸ [1998] 1 R.C.S. 591.

⁴⁹ L.R.Q., ch. C-12; et plus généralement voir H.P. Glenn, «Le droit au respect de la vie privée» (1979) 39 R. du B. 879.

⁵⁰ *Supra* note 49, art. 5.

préjudice, le résultat est compatible avec la jurisprudence des pays continentaux et notamment avec le droit français qui, depuis le milieu du 19^e siècle, sanctionne la publication non autorisée de l'image d'autrui⁵¹.

Une conception large de l'étendue du droit civil ressort aussi de la décision de la Cour dans l'affaire *Augustus c. Gosset*, dans laquelle il s'agissait de savoir si le *solatium doloris* est un type de préjudice moral reconnu en droit québécois⁵². Le fils de la demanderesse avait été tué par la police, de manière fautive. La question de l'indemnisation pour *solatium doloris* a été soulevée devant la Cour suprême parce que la compensation de ce préjudice avait été refusée par la Cour suprême elle-même à la fin du 19^e siècle⁵³. La Cour était à cette époque inspirée par «le souci d'appliquer uniformément au Canada la règle du non-recouvrement pour *solatium doloris* de même que par la réticence traditionnelle de la common law à indemniser une perte non économique»⁵⁴. Cependant, dans l'affaire *Augustus*, la Cour a accepté la qualification de sa position antérieure comme une «erreur historique»⁵⁵ et a réaligné le droit civil du Québec avec le droit civil français en acceptant le principe selon lequel la compensation pour *solatium doloris* «s'inscrit naturellement dans la pleine reconnaissance des dommages moraux en droit civil»⁵⁶.

En acceptant que tout dommage, matériel ou moral, peut être l'objet de compensation, le droit civil français rejette implicitement toute autre distinction entre les types de dommage, et notamment la distinction traditionnellement reconnue dans la common law entre le dommage physique ou matériel et le dommage (purement) économique. Ce dernier étant inévitablement un dommage causé par ricochet à la suite d'un dommage physique ou matériel causé à un tiers (le défendeur coupe les lignes d'électricité d'une compagnie A, causant un dommage économique à la compagnie B, contrainte à fermer son usine), la common law limitait ainsi de manière importante le domaine de la responsabilité civile. Dès 1929, cette question a été posée en droit québécois à la Cour suprême qui, dans une décision majoritaire, a accepté que le dommage (purement économique) causé par ricochet soit compensable selon les règles générales de la responsabilité civile⁵⁷. Plus récemment la Cour est devenue unanime à ce

⁵¹ Voir P. Kayser, *La protection de la vie privée*, 2e éd. (Paris: Economica, 1990); J. Ravanais, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image* (Paris: L.G.D.J., 1978); la jurisprudence allemande s'est développée depuis une décision de 1954 de la Cour suprême fédérale (Bundesgerichtshof), rapportée à BGHZ 13, 334.

⁵² [1996] 3 R.C.S. 268.

⁵³ Voir *Canadian Pacific Railway Co. c. Robinson* (1887) 14 R.C.S. 105.

⁵⁴ *Supra* note 46 à la p. 287.

⁵⁵ *Supra* note 52 à la p. 288.

⁵⁶ *Supra* note 52 à la p. 286. Il est à noter cependant, que la common law ne s'oppose pas à de tels dommages-intérêts avec la même vigueur qu'autrefois. Pour la législation de la majorité des provinces de common law qui permet l'octroi de cette forme de compensation, voir le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Succession Ordon*, *infra* note .

⁵⁷ *Regent Taxi & Transport Company c. La Congrégation des petits frères de Marie* [1929] S.C.R. 650.

sujet, et a affirmé que «[l]es juridictions de droit civil de la France et du Québec ne font pas de distinction entre le préjudice physique et le préjudice économique ... Ainsi, la perte purement économique peut donner lieu à l'indemnisation»⁵⁸.

Sur toutes ces questions des droits de la personnalité, du *solatium doloris* et du dommage par ricochet, la Cour suprême a ainsi pris position en conformité avec la tradition civiliste européenne. Elle s'est montrée en faveur d'un droit civil matériel large et accueillant, capable de réponses nuancées dans tous les domaines envisageables de la responsabilité civile et ne rejetant aucune demande de manière *a priori*. Ce faisant, la Cour présume l'existence d'une magistrature professionnelle capable de répondre aux demandes ainsi envisagées. La Cour met donc l'accent sur les principes généraux du sujet, qui doivent recevoir, à travers la jurisprudence, une interprétation large et flexible pour permettre leur application dans une grande variété de circonstances.

Ce biais en faveur des grands principes du droit civil a déjà été démontré par la Cour dans son développement du principe de la bonne foi en matière contractuelle, principe qui allait «révolutionner le droit privé» québécois⁵⁹ et, encore une fois, le démarquer de manière importante de la common law contemporaine⁶⁰. Dans l'affaire *National Bank of Canada c. Houle*, la Cour avait à décider si la banque défenderesse encourait une responsabilité pour avoir liquidé l'actif d'une compagnie trois heures seulement après avoir demandé le paiement d'un prêt, la liquidation donnant lieu à une baisse importante de la valeur des actions de la compagnie⁶¹. En concluant en faveur de la responsabilité de la banque, la Cour a précisé 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, tant dans le domaine contractuel ... qu'extra contractuel». Le principe de la bonne foi a maintenant été codifié à l'article 6 du Code civil du Québec, le Québec rejoignant ainsi les pays du droit civil continental qui ont codifié les «clauses générales» ayant un rôle si important dans l'administration de la justice⁶².

L'autonomie du droit civil québécois par rapport à la common law au Canada a été affirmée aussi par la Cour suprême dans le domaine du droit des

⁵⁸ *Norsk Pacific Steamship Co. c. C.N.R.* [1992] 1 R.C.S. 1021, à la p. 1143, (1992) 91 D.L.R. (4th) 289, à la p. 363; voir aussi *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent* [1978] 1 R.C.S. 605.

⁵⁹ Jobin, *supra* note 14 à la p. 33.

⁶⁰ Ainsi la House of Lords a déclaré que le principe de la bonne foi serait «unworkable in practice» puisqu'il serait «inherently repugnant to the adversarial position of the parties». Voir *Walford v. Miles* [1992] 2 A.C. 128, à la p. 138.

⁶¹ [1990] 3 R.C.S. 122; voir aussi, précédant l'affaire *Houle, Banque Nationale du Canada c. Soucisse* [1981] 2 R.C.S. 339; *Banque de Montréal c. Ng* [1989] 2 R.C.S. 429; et pour le principe de la bonne foi appliqué à la formation du contrat, où il donne lieu à un devoir d'informer, voir *Banque de Montréal c. Bail Liée* [1992] 2 R.C.S. 554.

⁶² Voir R. Zimmermann & S. Whittaker (dir.), *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).

biens et des successions, dans l'affaire *Royal Trust Company c. Tucker*⁶³. Dans cette affaire, la demanderesse avait demandé l'annulation d'une donation fiduciaire qu'elle avait faite en 1953, pour le motif principal que la donation en faveur de ses enfants à naître était nulle. La Cour suprême a conclu en faveur de la validité de la donation, puisque les biens transférés en fiducie avaient quitté le patrimoine de la demanderesse pour devenir la propriété du fiduciaire, dont l'acceptation suffisait pour rendre la constitution de la fiducie irrévocable. La Cour a reconnu que les origines du trust québécois se trouvaient dans la common law, mais a aussi rejeté la distinction fondamentale de la common law entre *legal title* et *beneficial ownership*⁶⁴. Les bénéficiaires de la fiducie ne pouvaient donc pas être des *beneficial owners*, ce qui est la position de la common law, et n'étaient que des créanciers de la fiducie⁶⁵. Mais le fiduciaire ne pouvait pas être propriétaire dans le sens traditionnel du droit civil, car son droit de propriété était temporaire et ne comportait pas de *fructus*. Le droit de propriété était donc *sui generis*, n'étant ni celui du droit civil, ni celui de la common law.

La conclusion de l'affaire *Tucker*, dans laquelle la Cour suprême se dissocie à la fois du droit civil et de la common law, dans leur sens historique, nous mène à quelques réflexions sur la méthodologie de la Cour suprême.

IV. La méthodologie de la Cour suprême

Il y a un siècle les décisions de la Cour suprême, sous l'influence de la pensée juridique du 19^e siècle, étaient motivées par une politique d'uniformisation du droit national⁶⁶. La question de savoir si c'était le droit civil ou la common law qui était le plus dominant dans ce processus n'est pas résolue⁶⁷, mais il reste que l'objectif d'uniformisation était prioritaire. Pendant le 20^e siècle, d'abord

⁶³ [1982] 1 R.C.S. 250. Sur cette affaire voir le colloque de l'Association québécoise de droit comparé, avec des contributions de J.E.C. Brierley, M. Cantin Cumyn, Y. Pratte et A.J. McClean (1984) 15 R.D.U.S. 1 et s.; et pour la fiducie dans le nouveau Code civil du Québec, fondée sur la notion d'un patrimoine d'affectation, voir les arts. 1260 et s., et J.E.C. Brierley, «De certains patrimoines d'affectation» dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. I, *Personnes, successions, biens* (Sainte-Foy: Les Presses de l'Université Laval, 1993) aux p. 735 et s.

⁶⁴ *Supra* note 63 à la p. 261.

⁶⁵ *Supra* note 63 à la p. 272.

⁶⁶ H.P. Glenn, «Le droit comparé et la Cour suprême du Canada» in *Mélanges Louis-Philippe Pigeon* (Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1989) 199.

⁶⁷ Voir R. Boulton, «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; 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; J.-L. Baudouin, «L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada» (1975) 53 R. du B. can. 715. Cf. F. Vaughan, «Civil Code Influence on the Supreme Court of Canada, 1875-1980: Particularly in Contract and Negligence» (1986) 20 L.S.U.C.Gaz. 48; D. Wheat, «Dispositions of Civil Law Appeals by the Supreme Court of Canada» (1980) 1 S.C.L.R. 425; et pour les relations entre les deux traditions dans une perspective de long terme, Glenn, *supra* note 4.

implicitement et ensuite explicitement, la Cour a admis l'autonomie (bien qu'il faille revenir sur cette notion) du droit civil québécois, et cette autonomie est confirmée par la jurisprudence que nous avons examinée dans cet article⁶⁸. Ce faisant, la Cour admettait en même temps (ce qui est moins fréquemment reconnu) l'autonomie de la common law au Canada par rapport au droit civil. La Cour s'est démarquée ainsi de la plupart des autres Cours suprêmes, du moins de celles du monde occidental⁶⁹, en adoptant une politique délibérée et explicite en faveur de la diversité des traditions des sources du droit national, et en affirmant son propre rôle dans le maintien de cette diversité. Que peut-on dire au sujet des méthodes de la Cour dans le maintien de cette diversité juridique?

Une indication importante de la méthodologie de la Cour vient de son affirmation dans l'affaire *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.* selon laquelle: «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 fécondité»⁷⁰. Ce principe est maintenant consacré par la Disposition préliminaire du Code civil du Québec, qui énonce que «Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens»⁷¹.

⁶⁸ C.D. Gonthier, «Some Comments on the Common Law and the Civil Law in Canada: Influences, Parallel Developments and Borrowings» (1993) 21 Can. Bus. L. J. 323, à la p. 326, avec références à la jurisprudence.

⁶⁹ Par contre, les Cours suprêmes de la plupart des pays unitaires, comme la France ou l'Allemagne, n'ont qu'un seul *corpus* de règles à administrer (du moins selon la doctrine reçue). Dans les fédérations le droit national n'est fondé souvent que sur une tradition occidentale (l'Australie) ou encore la Cour suprême ne joue pas de rôle en droit privé (les États-Unis). Au Royaume-Uni la compétence de la Chambre des Lords s'étend au droit civil écossais, mais historiquement les relations entre les Lords et le droit écossais ont été très difficiles. Voir A. Gibb, *Law from Over the Border [:] A short account of a strange jurisdiction* (Edinburgh: W. Green, 1950), notamment aux p. 14 (Chambre des Lords «flagrantly ignorant» du droit écossais au 18e siècle), 49 (seul le chemin de fer a amélioré la situation au 19e siècle), 56-59 (politique d'uniformisation selon le droit anglais), 118 («steady growth of enlightenment» plus récemment); D. Walker, *The Scottish Legal System*, 4e ed. (Edinburgh: W. Green, 1976), notamment à la p. 220 («some remarkable confessions of ignorance in the House and some scandalous impositions of foreign law on Scotland», Chambre des Lords responsable «for some of the worst misunderstandings and confused law in the Scottish books»); T.B. Smith, *Scotland [:] The Development of its Laws and Constitution* (London: Stevens & Sons, 1962), aux p. 87 («misunderstandings of various kinds»), 88 (présentement, les Lords «would not deliberately override an established principle of Scots law when brought to their attention»).

⁷⁰ [1977] 2 R.C.S. 67, à la p. 76.

⁷¹ Voir, sur la Disposition préliminaire, A.-F. Bisson, «La Disposition préliminaire du Code civil du Québec» (1999) 44 R.D. McGill 539, notamment aux p. 556, 557, sur le lien entre la Disposition et le droit comparé.

La Cour suprême et le législateur québécois rejoignent ainsi la doctrine civiliste qui affirme que «le Droit est avant la loi» et que «le Droit n'est pas tout entier dans la loi»⁷². Cette conception large du droit civil, nécessairement celle de la tradition elle-même avant les grandes codifications, a été partiellement éclipsée par l'effet du positivisme du 19^e siècle, mais n'a évidemment rien perdu de son actualité et de son importance. Le droit civil dépasse, donc, tout législateur national. Qu'en sont les conséquences?

Comme première conséquence, selon le langage de la Cour suprême, il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité du droit civil. Or, la jurisprudence ne serait pas une source de droit positif dans la tradition civiliste, la doctrine non plus. Il s'ensuit que, dans le droit civil, au-delà des législateurs nationaux, qui ne sont pas ou ne sont plus considérés comme omnipotents, les solutions aux problèmes juridiques ressortissent d'un processus nécessairement dialogique. Selon le langage, encore, de la doctrine française contemporaine, «l'interprète ne dialogue plus avec le législateur, mais avec des autorités: opinions d'autres docteurs; opinions des juges, spécialement l'opinion des grands juges»⁷³. Ce processus dialogique n'étant pas limité par des règles nationales de droit positif, le choix des participants au dialogue appartient à ces mêmes participants, et rien n'oblige le participant à limiter le choix de ses interlocuteurs à ceux de son propre pays ou de sa juridiction. D'ailleurs, puisque le droit civil dépasse les frontières politiques, il y a nécessairement des interlocuteurs valables outre-frontières. La Cour suprême a donc confirmé⁷⁴ et même élargi⁷⁵ sa conversation avec les auteurs et les juges de la tradition

⁷² Ph. Rémy, «Éloge de l'exégèse» (1982) Rev. rech. jur. 254, à la p. 261; voir aussi, pour l'importance des «principes généraux» du droit dans le droit de l'Union européen, C. N. Kakouris, «L'utilisation de la Méthode comparative par la Cour de Justice des Communautés européennes» in U. Drobnig & S. van Erp, *The Use of Comparative Law by Courts* (The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999) 97, à la p. 100.

⁷³ Rémy, *supra* note 72 à la p. 260.

⁷⁴ Pour le phénomène il y a un siècle, voir *The Glengoil Steamship Co. c. Pilkington* (1897) 28 R.C.S. 146 (références à la jurisprudence française, louisianaise, écossaise, italienne) et un quart de siècle plus tard, *The Mile End Milling Co. c. Peterborough Cereal Company* [1924] R.C.S. 120 (jurisprudence et doctrine françaises).

⁷⁵ Voir, seulement à titre d'exemples, *Lawson c. Laferrière* [1991] 1 R.C.S. 541, notamment aux p. 543-45, pour la jurisprudence et la doctrine françaises et belges citées au sujet de la perte d'une chance; *Lapierre c. Le procureur général de la province de Québec* [1985] 1 R.C.S. 241, aux p. 242, 243 pour la jurisprudence et la doctrine françaises au sujet de la responsabilité civile pour une vaccination, et aussi aux p. 266, 267, pour une citation de la loi française pour indiquer ce que le droit civil n'est pas; *General Motors Products of Canada Limited c. Kravitz* [1979] 1 R.C.S. 790 (jurisprudence et doctrine françaises au sujet de la responsabilité du fabricant); *Trudel c. Clairol Inc. of Canada* [1975] 2 R.C.S. 237 (jurisprudence de la Cour de cassation, au sujet d'une obligation de ne pas revendre la marchandise); *Cie Immobilière Viger Ltée c. Giguère Inc.* [1977] 2 R.C.S. 67 (droit romain, doctrine française au sujet de l'enrichissement sans cause). Il ne s'ensuit pas que les sources étrangère seront suivies; pour le cas où les autorités étrangères ne sont pas suivies, voir *Lawson c. Laferrière, supra*; *Wabasso Ltd. c. The National Drying Machinery Co.* [1981] R.C.S. 578 (droit français sur le problème dit du «cumul» des obligations non suivi).

civiliste, depuis son abandon de la politique d'uniformisation. Le recours à ces sources, d'inspiration juridique, serait même une dimension fondamentale de la «fécondité» des traditions juridiques au Canada. Ne pas bénéficier de leurs conseils, se cantonner derrière le géographiquement proche, serait nier le caractère large et transnational de chaque tradition, l'amputer des éléments constitutifs de son existence. Si le droit est avant la loi, le droit est aussi plus large que la loi.

Cet enseignement au sujet de la nature du droit civil trouve d'ailleurs son reflet, au niveau de la Cour suprême, dans la caractéristique de la common law, telle qu'elle est pratiquée par la Cour. Selon cette définition de la common law, qui était — comme celle du droit civil — partiellement éclipsée par le positivisme du 19^e siècle, la common law ne serait pas un tissu de règles positives établies de manière hiérarchique par les juges de chaque juridiction, mais plutôt le fruit d'un effort soutenu pour découvrir la meilleure articulation du droit. Ainsi le juge ne fait pas le droit, mais il déclare sa perception de ce que le droit devrait être, à ce moment, pour ce juge, pour cette affaire. Blackstone est donc un auteur cité par la Cour⁷⁶, et les sources de la common law sont aussi larges que celles du droit civil, traversant maintes frontières⁷⁷.

Il s'ensuit que ni le droit civil ni la common law ne peuvent être conceptualisés de manière statique et qu'il y a une influence réciproque. Car si les deux sont ouverts aux sources qui se révèlent utiles, il y a inévitablement des idées juridiques ambulatoires, ayant la capacité de traverser la frontière perméable des traditions⁷⁸. Ainsi chaque tradition aurait son identité propre, son autonomie, mais les deux seraient néanmoins interdépendantes. Leur autonomie serait une autonomie mitigée et non pas absolue. Et si le rapport entre les deux a été conçu en termes d'uniformisation et de dominance il y a un siècle, aujourd'hui la relation serait plutôt sous forme de partenariat, où la comparaison aurait remplacé la dominance⁷⁹. Chaque partenaire ouvre, d'ailleurs, la porte à des sources encore plus riches ou lointaines⁸⁰, et il est maintenant évident que le droit civil exerce une influence importante sur l'évolution de la common law au Canada⁸¹.

L'interdépendance des deux traditions est illustrée par certaines situations où il s'agissait, selon la façon de conceptualiser la situation, de faire un choix

⁷⁶ *Salituro c. R.* [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 665.

⁷⁷ Voir H.P. Glenn, «The Common Law in Canada», *supra* note 11, notamment aux p. 284, 285.

⁷⁸ Ce qui serait démontré surtout, en dehors du Canada, par les emprunts importants faits par le droit anglais au droit français au 19^e siècle; voir Glenn, *supra* note 4 aux p. 566, 567.

⁷⁹ Voir, par exemple, *La Métropolitaine Cie c. Frénette* [1992] 1 R.C.S. 647, à la p. 687: «Analyse comparative de la common law au Canada».

⁸⁰ Voir *Lapierre*, *supra* note 75 aux p. 266, 267, pour des références aux droits japonais, allemand et danois.

⁸¹ Voir Glenn, *supra* note 11; *adde*, avec des références à la jurisprudence de la Cour suprême, Jobin, *supra* note 14 à la p. 41; Gonthier, *supra* note 15, notamment à la p. 8; Gonthier, *supra* note 68.

nécessaire entre l'une ou l'autre des traditions. Une telle situation serait dramatique dans la mesure où il s'agirait de faire un choix définitif entre deux droits radicalement opposés et figés dans cette opposition réciproque. Dans la plupart des cas qui se sont présentés à la Cour suprême cependant, le choix s'est révélé beaucoup moins dramatique, ce qui illustre la fluidité, à long terme, de chaque tradition, et leur influence réciproque. On a déjà signalé deux exemples de ces situations de frontière. Ainsi, la Cour suprême a intégré dans le droit de la preuve du Québec la règle contre le ouï-dire, mais on a aussi vu que cette règle était en train de perdre beaucoup de sa force dans la common law, sa tradition d'origine⁸². De même, la Cour suprême a opté pour la solution de la common law en matière de responsabilité des juges, mais la prise à partie en droit civil est en train d'être reconfigurée pour apporter plus de protection au juge potentiellement responsable⁸³. Un dernier exemple serait le débat mené devant la Cour suprême en matière de sources du droit maritime au Canada et au Québec. Dans l'affaire *International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, la Cour a accepté que le droit maritime applicable partout au Canada était le droit anglais, et cela en vertu de la législation fédérale dans le domaine⁸⁴. Cette décision, cependant, ne mettait pas fin à la discussion, car le droit applicable en Angleterre en matière maritime était le droit civil, tel que développé par la Cour d'Amirauté et les juristes du *Doctors' Commons*⁸⁵. La Cour suprême a toutefois décidé que la meilleure manière d'assurer un droit maritime uniforme était d'accepter la common law, et non pas le droit civil, comme droit maritime anglais. La décision a été vivement critiquée au Québec⁸⁶. Depuis, il est devenu évident que les règles historiques de la common law — dans la mesure où elles n'ont jamais été réformées par la législation moderne — étaient très mal adaptées au commerce moderne et international, de sorte que le fond de la common law anglaise est maintenant en train d'être remanié par la Cour pour être rendu conforme aux circonstances contemporaines et ... au droit civil⁸⁷. Dans ce processus, d'ailleurs, la Cour a réaffirmé la perméabilité des

⁸² Voir *supra* texte accompagnant les notes 31-35.

⁸³ *Supra* note 40.

⁸⁴ [1986] 1 R.C.S. 752, (1986) 28 D.L.R. (4th) 64.

⁸⁵ Voir H.P. Glenn, «Maritime Law — Federal Court Jurisdiction — Canadian Maritime Law — Relationship to Civil and Common Law: *ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.* (1987) 66 R. du B. can. 360, avec les références.

⁸⁶ A. Braën, «L'arrêt *ITO-International Terminal Operators c. Miida Electronics Inc.*, ou comment écarter l'application du droit civil dans un litige maritime au Québec» (1986-87) 32 R.D.McGill 386.

⁸⁷ Sur les règles historiques de la common law, voir W. Spicer & W. Laurence, «Not Fade Away; The Re-emergence of Common Law Defences in Canadian Maritime Law» (1992) 71 R. du B. can. 700; et pour la jurisprudence renouvatrice de la Cour suprême, voir *Husky Oil Operations Ltd. c. Saint John Shipbuilding Limited* [1997] 3 R.C.S. 1210 (élimination par la Cour de la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive); *Succession Ordon c. Grail* [1998] 3 R.C.S. 438 (admettant, en droit maritime, la possibilité de récupérer des dommages-intérêts pour la perte de conseils, de soins et de compagnie résultant du préjudice corporel subi par un tiers).

deux traditions en affirmant qu' «il peut être avantageux [...] 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[...]»⁸⁸.

En élargissant ainsi, dans les deux traditions, les sources de droit sur lesquelles elle peut s'appuyer, la Cour ne procède pas d'une manière purement déductive, car il n'y a pas toujours de source ou de principe suffisamment clair et complet pour permettre la déduction simple. D'où le caractère dialogique et transnational du droit civil. Le processus n'est pas non plus inductif, car la simple multiplication d'instances, ou d'exemples potentiels, ne saurait donner lieu à une *justification*, ne saurait fournir une raison pour la résolution de l'affaire particulière devant la Cour. D'ailleurs, parmi ces sources extra-frontalières, la Cour ne cite pas que des décisions judiciaires. Elle a recours aussi aux auteurs, qui émettent des opinions et développent des principes, de même qu'aux lois et aux codes⁸⁹. S'il faut qualifier la méthode, elle peut être décrite comme étant surtout une méthode analogique. Par cette méthode, on cherche des liens, des éléments communs, entre le problème à résoudre et le modèle proposé, quelle que soit sa source institutionnelle. En adoptant cette méthode, la Cour s'aligne sur une longue tradition judiciaire, qui ne serait pas seulement celle du droit civil, selon laquelle le juge cherche en dehors de lui-même pour résoudre son problème. Si le droit civil représente une tradition rationaliste, la rationalité ne provient pas entièrement du juge. La légitimité de sa décision dépend de la légitimité de ses sources; en les élargissant, on élargit le champ des décisions légitimes⁹⁰.

En s'inspirant ainsi avec de traditions et de sources multiples, la Cour travaille aussi avec le contradictoire. Le droit civil et la common law seraient ainsi contradictoires (ou au moins différents) en matière de biens, fondement du droit des trusts. La contradiction n'implique pas, cependant, l'incompatibilité radicale, l'incommensurabilité. La contradiction sert plutôt à indiquer un champ de décision, à indiquer des pôles contradictoires qui délimitent un espace, très large, de réconciliation. La réconciliation ne devrait pas être accomplie, d'ailleurs, de manière large et abstraite, créant ainsi un troisième pôle de contradiction, mais de manière décisionnelle, dans la manière du juge, respectueux des sources majeures qui sont déjà articulées dans le domaine. Le trust au Québec, du moins tel qu'illustré dans l'affaire *Tucker*⁹¹, serait ainsi *sui generis*, situé quelque part entre les pôles

⁸⁸ *Succession Ordon*, *supra* note 87 à la p. 490. Voir aussi la p. 490 («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»).

⁸⁹ Voir, pour la citation du Code civil français, par exemple, *La Compagnie d'aqueduc du Lac St-Jean c. Fortin* [1925] R.C.S. 192, aux p. 198, 199; *Gendron c. Duranleau* [1942] R.C.S. 321, aux p. 326, 327; et par la citation du Code civil du Québec dans les affaires de common law, *Jobin*, *supra* note 14 aux p. 41, 42.

⁹⁰ Pour des conclusions judiciaires dans ce sens, aux États-Unis, voir S.S. Abrahamson & M. J. Fischer "All the World's a Courtroom: Judging in the New Millenium" (1997) 26 *Hofstra L. Rev.* 273, notamment à la p. 7. Je remercie Sarah Harding, de la Faculté de droit Chicago-Kent, pour cette référence.

⁹¹ *Supra* note 63.

contradictoires du droit civil et de la common law. On respecte ainsi les deux éléments constitutifs de la contradiction, en n'insistant pas sur la dominance de l'un sur l'autre. En respectant les deux, de manière polyvalente, on voit mieux qu'ils ne représentent pas la totalité des perspectives possibles⁹². Il y aura toujours des vérités qui n'ont pas (encore) été dites ou découvertes; les articulations formelles du droit n'épuisent pas, et de loin, la gamme de solutions visibles au juge. Encore une fois, c'est là la raison du caractère dialogique du droit civil.

V. Conclusion

En admettant l'autonomie (relative) de la tradition du droit civil, à la fois en droit judiciaire et en droit civil matériel, la Cour suprême du Canada a accepté la tradition dans toutes ses dimensions transnationales. Les sources de la tradition ne peuvent donc pas être géographiquement limitées, pas plus que ne peut l'être son influence. Le droit civil aura ainsi son influence sur la common law, au Canada, et il sera influencé par la common law. Cette influence réciproque constitue d'ailleurs une source de renouvellement pour chaque tradition et ne représente nullement une menace ou un danger de domination. La diversité juridique soutenue serait ainsi une caractéristique du Québec et du Canada. Elle représente un modèle intéressant, d'ailleurs, pour les relations juridiques entre les pays de l'ALENA.

⁹² Pour l'émergence, récente, de la logique polyvalente au niveau de la Cour européenne de droits de l'homme, voir M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun* (Paris: Seuil, 1994) notamment aux p. 119, 120, 161; F. Ost, «La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: amorce d'un nouveau 'jus commune'?» in B. de Witte & C. Forder (dir.), *The common law of Europe and the future of legal education* (Deventer: Kluwer, 1992) à la p. 683, notamment aux p. 701 («la marge d'appréciation nationale») et 717 («une logique polyphonique»).