

CARTOGRAPHIE DE LA MIXITÉ : LA COMMON LAW ET LA COMPLÉTUDE DU DROIT CIVIL AU QUÉBEC

Daniel Jutras*

Dans son article, l'auteur traite de l'influence des sources de droit étranger sur l'interprétation du droit civil québécois. L'auteur émet notamment le souhait de voir tomber le préjugé négatif, injustifié et injustifiable selon lui, conféré à l'égard de la common law lorsque vient le temps d'interpréter le droit privé québécois. Pour l'auteur, les deux systèmes juridiques ont, au Québec, différents cadres d'interactions. D'abord à la frontière du droit privé et du droit public. Ensuite, chaque fois que la compétence législative fédérale s'exerce en droit privé. Enfin, au cœur même du droit privé québécois, lorsque ce dernier a emprunté au système anglais.

Introduction

L'ouverture des traditions est la meilleure garantie de la survie et du bien-être de chacune d'elles. C'est la fermeture des systèmes qui provoque l'implosion intellectuelle, la confrontation des systèmes et la dominance des rapports de force. Les juristes québécois n'ont jamais pensé le droit en termes de systèmes fermés¹.

C'est la conclusion à laquelle en venait le Professeur H. Patrick Glenn, dans un essai publié en 1992 sur la place du droit comparé dans l'interprétation du nouveau *Code civil du Québec*. Déjà, à l'époque, on s'interrogeait sur l'effet qu'aurait l'émergence du nouveau *Code civil* sur les rapports que le droit civil québécois entretient avec le monde qui l'entoure.

Il y a quinze ans, quand le *Code civil* est entré en vigueur, on pouvait anticiper deux tendances divergentes sur ce terrain. D'une part, l'effet de système lié à la codification pouvait favoriser un processus de « nationalisation et de systématisation locale », ou même un « rétrécissement accéléré des sources »². Dans cette éventualité, le nouveau *Code civil* deviendrait à la fois le point de départ et le point

* Professeur titulaire et doyen intérimaire, Faculté de droit de l'Université McGill. L'auteur souhaite remercier ses collègues R.A. Macdonald, R. Leckey, F. Bachand et L. Smith, dont les conseils ont été fort utiles. L'auteur remercie aussi Madame Christine Beltempo, assistante de recherche, ainsi que la Fondation Wainwright.

¹ H. Patrick Glenn, « Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec » dans Journées Maximilien-Caron, *Le nouveau Code civil : interprétation et application : les Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993, 175 à la p. 196.

² *Ibid.* à la p. 182.

d'arrivée du raisonnement en droit privé. Il renforcerait l'idée de fermeture du droit civil québécois, et ferait obstacle à l'intrusion (indue) du droit étranger. Mais la tendance inverse était tout aussi concevable : la mise en forme d'un code contemporain, forgé à partir de sources éclectiques, se traduirait par une confiance et une maturité nouvelles de l'ordre juridique québécois, et ouvrirait la porte à des pratiques interprétatives plus curieuses et moins sédentaires. Les premiers regards sur le recours aux sources étrangères dans l'interprétation judiciaire du *Code civil* suggèrent qu'il n'y a eu ni fermeture des frontières, ni explosion comparatiste au Québec – l'ouverture que Glenn espérait ne s'est pas réalisée.

Ceci dit, parmi les sources « étrangères » qui sont mises en relation avec le *Code civil du Québec*, la common law anglo-canadienne occupe une place à part : à ce chapitre, l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* a renforcé l'étanchéité du droit civil québécois. La référence à des sources de common law y est assez rare, et souvent suspecte³. La common law est parfois écartée sommairement par les interprètes du droit québécois même lorsqu'elle devrait être analysée avec soin⁴. Ce statut particulier (et négatif) conféré aux sources de common law est injustifiable. Il est temps d'en finir

³ Il n'est pas facile de retracer les jugements comportant un renvoi explicite à la common law. Une recherche par mots-clés, dans la jurisprudence québécoise, produit des centaines d'occurrences, mais la très grande majorité de celles-ci ne relèvent ni de la mixité ni du droit comparé. Une fois écartées les affaires de droit international privé, de droit criminel, de droit public, de faillite ou d'injonction, ainsi que les dossiers touchant les conjoints de fait (common law *spouses*), on trouve en fait assez peu de références à des sources de common law dans la jurisprudence de la Cour d'appel et des cours de première instance au Québec. Entre 1994 et 2009, une fois écartées les « fausses occurrences », on compte seulement 64 jugements en droit privé où la Cour d'appel discute véritablement des sources de common law. Plusieurs exemples apparaissent en droit des assurances, où l'apport du droit comparé est vivement débattu : voir par exemple *Boréal Assurances inc. c. Réno-Dépôt*, [1996] R.J.Q. 46 (C.A.); *Sécurité Nationale c. Éthier*, [2001] R.R.A. 614 (C.A.); *Emballages Smurfit-Stone Canada inc. c. Compagnie d'assurance New Hampshire*, [2004] R.J.Q. 1436 (C.A.).

⁴ Inversement, les renvois à la common law sont très fréquents en matière de contrat individuel de travail. Difficile de trouver une véritable justification rationnelle à cette pratique, autrement que par l'invitation au droit comparé maintes fois citées, qu'avait formulée le juge Gonthier dans *Farber c. Cie Royal Trust*, [1997] 1 R.S.C. 846 au para. 32 [*Farber*] :

Cela dit, il peut néanmoins s'avérer intéressant, d'un point de vue comparatif, d'analyser quelles solutions ont été apportées au même problème dans les autres systèmes de droit. [...] Ceci est notamment le cas en matière de congédiement déguisé où, comme nous le verrons, la jurisprudence dégage des solutions semblables qui s'inspirent de principes et répondent à des circonstances largement partagées. Il y a donc intérêt à rechercher dans les décisions relevant de l'un et l'autre système de droit l'illustration de l'application que fait la jurisprudence de cette notion du congédiement déguisé.

avec ce vieux réflexe qui n'appréhende la common law que comme une menace. Plus précisément, il est temps d'admettre que l'interaction entre le droit civil québécois et la common law ne peut pas être gérée de manière monolithique, et qu'à bien des égards, la common law n'est pas un droit étranger au Québec.

Il faut d'abord décrire plus amplement le vieux réflexe en question. Ce n'est pas bien difficile. On a tellement disserté au Québec sur la relation entre le droit civil et la common law qu'il serait juste de parler d'un véritable genre littéraire⁵. Comme le roman noir, le conte, ou la science-fiction, la doctrine qui traite de cette interaction entre les deux traditions juridiques s'appuie sur une thématique récurrente. Quatre thèmes fondamentaux émergent de ce corpus : l'intégrité, la résistance, le ressentiment et la complétude.

Le premier thème, celui de l'intégrité, est constitué par le rattachement « génétique » du droit privé québécois à la tradition civiliste, et par la nécessité de le protéger des incursions de concepts et de normes appartenant à un ordre étranger, qui auraient tôt fait de le dénaturer ou de le polluer. Cette représentation de la pureté ou de l'intégrité du droit civil varie selon les époques, mais elle comporte toujours une affirmation de l'harmonie interne de la tradition civiliste québécoise, et des dangers qui résultent de l'importation irréflectée ou même de l'influence d'éléments qui lui sont extérieurs⁶. Les mises en gardes relatives aux écueils d'un droit comparé mal maîtrisé appartiennent à cette première thématique, tout comme la représentation négative du métissage qui est la conséquence de la mixité du droit québécois. La relative bienveillance qu'on affiche à l'égard des importations françaises s'inspire aussi de la même idée.

⁵ Il existe une foule de publications significatives sur ce thème, mais l'auteur le plus important demeure Sylvio Normand. Voir Sylvio Normand, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil » (1987) 32 R.D. McGill 559; Sylvio Normand, « Le Code civil et l'identité » dans Serge Lortie, Nicholas Kasirer et Jean-Guy Belley, dir., *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Thémis, 2005, 619. Voir aussi David Howes, « From Polyjurality to Monojurality : The Transformation of Quebec Law, 1875-1929 » (1987) 32 R.D. McGill 523, et le texte très fouillé de Michel Morin, « Des juristes sédentaires? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du Code civil du Bas-Canada » (2000) 60 R. du B. 247.

⁶ Par exemple, la pensée de Jean-Louis Baudouin sur la place de la common law au Québec est passée d'une condamnation de « l'abâtardissement du droit civil », en 1966, à une version nuancée des avantages et inconvénients du droit comparé dans un article publié 10 ans plus tard. Comparer Jean-Louis Baudouin, « Le Code civil du Québec : crise de croissance ou crise de vieillesse » (1966) 44 R. du B. can. 391 et Jean-Louis Baudouin, « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada » (1975) 53 R. du B. can. 715 à la p. 726 :

Le deuxième thème, celui de la résistance, pourrait être qualifié d'effet « Astérix ». Dans cette représentation, le droit privé québécois est un fragile mais indomptable îlot de tradition civiliste dans un espace de common law, toujours sous la menace d'une harmonisation à la faveur d'un droit anglo-américain à tendance hégémonique. Comme Astérix, le droit civil québécois ne craint pas d'aller de par le monde, pour revenir toujours plus fort dans son village et résister dans la bonne humeur à un envahisseur puissant mais un peu balourd, qui demeure perplexe devant les ressorts de cette survivance inattendue.

Le troisième thème, celui du ressentiment, s'appuie sur l'absence de réciprocité véritable des influences entre le droit civil et la common law au Canada⁷. Si la pénétration de la common law dans le droit privé québécois est bien documentée, on trouve en effet beaucoup moins d'exemples en common law d'emprunts venus du droit civil. Les obstacles linguistiques et institutionnels sont pointés du doigt pour expliquer la méconnaissance, sinon l'indifférence des juristes de common law à l'égard du droit civil. Dans ce cadre, le juriste anglo-canadien de common law est présenté sous un jour moins cosmopolite que son collègue civiliste québécois. Et puis, l'intérêt de ce dernier pour la common law est refroidi par le sentiment que la relation est presque toujours à sens unique.

Finalement, le quatrième thème, celui de la complétude, se résume à cette idée, maintes fois exprimée : « ...le droit civil est un système complet en lui-même. ... Ainsi, pour qu'un principe juridique trouve application en droit civil, il doit avant tout trouver sa légitimité dans le système même »⁸. Cette notion de complétude se décline en plusieurs tonalités. Dans sa forme la plus radicale, elle justifie un système autarcique, qui se suffit à lui-même, et qui trouve en son sein toutes les ressources nécessaires à la résolution des problèmes. Nul besoin véritable, alors, de l'apport du monde extérieur – la logique et la structure interne du

La référence au précédent étranger n'est pas mauvaise en soi. L'affirmer serait nier toute valeur au droit comparé. Elle n'est cependant pas sans danger lorsqu'elle se fait aux dépens des sources locales ou de sources provenant d'un système similaire d'une part, et lorsqu'elle a pour effet, d'autre part, de substituer les dicta antérieurs d'un juge ou d'un tribunal à un effort de compréhension et de rationalisation de la loi écrite par le tribunal saisi du litige.

Voir aussi la synthèse que Jean-Louis Baudouin propose dans le présent numéro.

⁷ Voir, pour un examen très lucide de ce thème, Jean-François Gaudreault-Desbiens, *Les solitudes du bijuridisme au Canada : essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal, Thémis, 2007.

⁸ La citation est tirée de *Farber*, *supra* note 4 au para. 31, mais l'idée qu'elle exprime se retrouve sous une forme ou sous une autre dans des dizaines de jugements et d'articles de doctrine depuis le début du 20^e siècle.

droit civil permettent de pallier à toutes les éventualités. Mais l'idée de complétude s'exprime aussi dans une forme plus ouverte, reflet du langage contemporain des échanges globalisés. Le droit civil québécois y apparaît comme un système semi-autonome, ouvert sur le monde, mais à l'intérieur duquel chaque élément exogène nouveau doit être redéfini et calibré en tant que composante du système civiliste.

Dans l'examen des rapports entre le droit civil et la common law, ces quatre thèmes sont toujours enchevêtrés, et leur poids relatif varie au gré des transformations du contexte sociopolitique et des enjeux identitaires. Depuis quinze ans, c'est le thème de la complétude qui a pris de l'ampleur, jusqu'à accréditer ce qu'on pourrait décrire comme une « épistémologie de la séparation »⁹. Le droit civil et la common law y apparaissent comme des systèmes étanches, existant côte à côte, sans jamais se fondre, s'entrecroiser ou s'interpeller. L'idée que la référence aux sources de common law est désormais soit inutile, soit déplacée, est en voie de devenir un lieu commun. En somme, le nouvel élan du *Code civil du Québec* pourrait finir par chasser l'idée de mixité du droit privé québécois, malgré les racines historiques de celle-ci.

Voilà pourquoi il est essentiel de bien distinguer les uns des autres chacun des points de contact du droit civil et de la common law au Québec, car, selon le cas, les idées de pureté, d'intégrité, de complétude et de séparation n'auront pas la même prise. Ici, les raccourcis sont toujours dangereux. Pour mieux comprendre la place de la common law au Québec depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, j'envisagerai donc deux lieux d'interactions distincts. La première partie de ce texte explore les frontières du droit privé québécois. Elle traite, d'abord, de l'interaction entre le droit civil et la common law au point de contact entre le droit privé et le droit public (2A). Dans ce premier cadre, la common law appartient à l'ordre juridique québécois, et ne peut être traitée comme une source étrangère. Ensuite, le droit civil et la common law se touchent dans l'espace fédéral, chaque fois que la compétence législative fédérale s'exerce en droit privé (2B). Là encore, le caractère mixte des normes devrait encourager l'interprète à étendre l'analyse à la common law. La

⁹ L'expression est de Nicholas Kasirer, et employée dans le contexte particulier du bijuridisme dans la législation fédérale. Voir Nicholas Kasirer, « L'outre-loi » dans Lynne Castonguay et Nicholas Kasirer, dir., *Étudier et enseigner le droit : hier, aujourd'hui et demain : études offertes à Jacques Vanderlinden*, Bruxelles/Cowansville(Qc), Bruylant/Yvon Blais, 2006, 329 à la p. 331. Dans un texte publié en 1932, Pierre-Basile Mignault affirmait (du moins à l'égard des relations entre le Code et la common law anglo-canadienne) « qu'une cloison étanche et infranchissable sépare les deux grands systèmes juridiques »; Pierre-Basile Mignault, « Les rapports entre le droit civil et la common law au Canada, spécialement dans la province de Québec » (1932) 11 R. du D. 201 à la p.206.

deuxième partie du texte retourne au cœur du droit privé québécois. Même là, le droit civil et la common law sont enchevêtrés, chaque fois que des institutions et concepts ont été empruntés à la common law. C'est sur ce terrain que se posent les questions les plus difficiles quant à l'influence continue que peut exercer la common law sur le droit civil québécois. Ces questions méritent un examen qui distingue l'avant (3A) et l'après (3B) *Code civil du Québec*. Chacun de ces points d'interaction est distinct des autres, et chacun se distingue aussi du recours au droit comparé en présence de notions proprement civilistes.

Dans l'espace où le droit québécois est véritablement métissé, quelle place doit-on faire à la common law au Québec? La réponse unique – qui voit tout apport de la common law au droit québécois comme un risque ou une erreur – ne rend pas justice à la mixité des sources du droit québécois, ni aux modes de circulation des idées en droit contemporain. Une réponse plurielle, plus nuancée, s'impose.

2. La mixité aux frontières du droit privé québécois

A) Aux confins du droit privé : Common law, droit civil et droit public

Dans l'ordre constitutionnel canadien, l'essentiel du droit public est constitué par la tradition de common law. Inversement, le noyau dur du droit privé (« la propriété et les droits civils ») est dévolu aux provinces et, au Québec, appartient à la tradition de droit civil. C'est dans ce premier sens qu'on peut dire que le droit québécois est mixte. L'observateur mal informé pourrait penser que cette mixité n'entraîne pas de chevauchement (le droit privé est civiliste, le droit public est de common law), mais la réalité est tout autre¹⁰.

L'interaction complexe du droit public (de common law) et du droit privé (civiliste) trouve son expression la plus transparente dans l'application des règles du droit privé à l'État et aux personnes morales de droit public, particulièrement en droit des obligations. À l'échelle fédérale, la couronne s'est soumise par voie législative à l'application du droit civil

en matière de responsabilité civile¹¹. Par ailleurs, depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, l'État québécois est normalement

¹⁰ Sur la culture distinctive du droit public au Québec, voir Gaudreault-Desbiens, *supra* note 7; Robert Leckey, « Territoriality in Canadian Administrative Law » (2004) 54 U.T.L.J. 327; Robert Leckey, « Prescribed by Law/Une règle de droit » (2007) 45 Osgoode Hall L.J. 571.

¹¹ *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C., 1985, c. C-50.

assujetti aux règles du droit civil, y compris les règles ordinaires de la responsabilité extra-contractuelle¹². Conformément à l'article 1376 du *Code civil du Québec*,

Les règles du [livre des obligations] s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables.

Pour bien saisir la portée de cette règle, il faut en retracer l'origine dans la discussion éclairante menée par le juge Beetz, dans l'affaire *Laurentides motels ltd. c. Beauport (Ville)*, sur « la difficile question de la coexistence et de l'interaction de deux systèmes juridiques distincts au Québec »¹³. Le point de départ de l'analyse du juge Beetz résidait dans l'idée que seule une règle de droit public pouvait déterminer le droit applicable à l'État, à la Couronne, ou à une personne morale de droit public comme une municipalité. En l'absence, à l'époque, d'un texte législatif (une règle écrite de droit public) déterminant l'application du droit civil aux personnes morales de droit public, le juge Beetz concluait néanmoins qu'une règle jurisprudentielle issue de la common law permettait d'appliquer les règles ordinaires de la responsabilité civile aux actes d'une autorité publique dans la sphère opérationnelle de son pouvoir. Au Québec, ces règles ordinaires de la responsabilité civile étaient, et continuent d'être rattachées à la tradition civiliste, et sont inscrites principalement au *Code civil*. En termes simples, c'est le droit public (soit le droit écrit, soit la common law jurisprudentielle) qui détermine dans quelle mesure les règles du droit privé (en particulier celles qui sont énoncées au *Code civil*) s'appliquent à l'État.

L'article 1376 C.c.Q. s'inscrit dans cette logique, même s'il opère un retournement de l'analyse en faisant en sorte que l'application à l'État du droit civil des obligations ait valeur de principe, plutôt que valeur d'exception. Il est acquis aujourd'hui que ce texte relève du droit public (écrit). Il n'est donc plus nécessaire de chercher en common law, comme le faisait le juge Beetz dans *Laurentides Motels*, une règle de droit public qui dicte l'application du droit privé ordinaire aux corps publics. Mais, pour autant, l'article 1376 C.c.Q. n'affranchit pas les juristes du Québec de la connaissance et de l'application de la common law. Bien sûr, il annonce que les autorités publiques sont soumises au droit civil, mais cela « sous

¹² La législation provinciale ne peut pas déterminer la portée de l'immunité de la couronne fédérale. Voir par exemple *British Columbia c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, (2008) 292 D.L.R. (4^e) 353 (B.C.C.S.).

¹³ [1989] 1 R.C.S. 705 [*Laurentides motels*].

réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables ». Cette réserve appelle deux précisions¹⁴.

D'abord, les règles particulières de droit public, qui sont évoquées par l'article 1376 C.c.Q., se trouvent non seulement dans le droit écrit (sous forme d'immunités législatives, par exemple) mais aussi dans le droit non-écrit – c'est-à-dire dans la jurisprudence de common law au Québec et au Canada. Malgré les termes de la disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, qui ferait de celui-ci le droit commun même au-delà du droit privé, le droit public fondamental au Québec demeure aussi tributaire de la common law canadienne, y compris la jurisprudence de droit public plus contemporaine qui continue de réfléchir aux contours de la responsabilité de l'administration¹⁵. La common law de référence n'est pas figée dans le temps. Elle est évolutive¹⁶. Ainsi, par exemple, quand la Cour suprême du Canada annonce dans une récente affaire issue du Nouveau-Brunswick que la répétition de taxes imposées en violation de la Constitution procède par le biais d'un recours constitutionnel autonome, analogue à l'enrichissement sans cause du droit privé mais obéissant à un régime distinct, le principe de droit public qui en résulte s'applique au Québec¹⁷.

Ensuite, les règles de droit dont il est question à l'article 1376 C.c.Q. sont celles qui appartiennent à ce qu'il est désormais convenu d'appeler « la common law publique ». Comme le soulignait la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Prud'homme c. Prud'homme* :

¹⁴ Les idées qui suivent sont développées de manière plus complète dans Daniel Jutras, « Regard sur la common law au Québec : perspective et cadrage » (2008) 10 R.C.L.F. 311.

¹⁵ Pour le dire autrement, la disposition préliminaire n'a pas fait disparaître la common law comme composante du droit commun au Québec. La disposition préliminaire précise que le *Code civil du Québec* constitue le droit commun, mais en harmonie avec la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, ainsi qu'avec les principes généraux du droit. Si les frontières du *Code civil* ne coïncident pas avec celles du droit privé – si le Code, en d'autres termes, comporte des dispositions de droit public comme l'article 1376, alors les principes généraux qui y sont évoqués ne sont pas exclusivement ceux du droit civil ou du droit privé. Chassez la common law et elle revient au galop. Pour la perspective opposée, voir Madeline Cantin Cumyn, « Les innovations du Code civil du Québec, un premier bilan » (2005) 46 C. de D. 463.

¹⁶ Les juges Beetz et L'Heureux-Dubé étaient du même avis dans *Laurentides motels*, *supra* note 13. Le juge Beetz, en particulier, affirmait que « la prétention que la common law "publique" applicable au Québec est celle qui était en vigueur en 1866 est insoutenable ».

¹⁷ *Kingstreet Investments Ltd. c. NouveauBrunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3. La norme doit néanmoins être transposée dans la mesure du possible dans un langage conceptuel qui a une résonance dans la tradition civiliste du Québec.

Seules les règles de common law qui revêtent un caractère public s'appliquent dans la province puisque l'Acte de Québec de 1774 a établi la primauté du droit civil en matière de propriété et de droits civils. L'identification des règles de common law publique peut s'avérer une tâche particulièrement difficile pour le juriste québécois puisque la common law ne fait en principe aucune distinction entre le droit privé et le droit public. Les problèmes de droit public et de droit privé s'étudient et se règlent à l'intérieur d'un même système juridique, sans rupture de méthode ni changement de vocabulaire ou de concepts. Cette identification demeure néanmoins une tâche nécessaire pour assurer la coordination des deux régimes juridiques du Québec qui s'y appliquent dans des sphères distinctes¹⁸.

En d'autres termes, même si l'État québécois est en principe soumis au droit commun des obligations tirées du *Code civil*, les règles de common law qui composent ensemble un régime distinct de responsabilité pour les corps publics continuent de s'appliquer au Québec. Il s'agit non seulement des immunités particulières à l'État et à ses agents, mais aussi de toutes les règles qui donnent une portée distincte à leur responsabilité en raison de la nature publique de leur activité. Cette distinction entre « common law publique » et « common law privée » est unique au droit québécois, sur le plan méthodologique, et permet de parler au sens propre d'une véritable « common law québécoise ». Dans la mise en œuvre de cette distinction, la « common law publique » s'entend à la fois des règles qui ne s'appliquent qu'aux autorités publiques, et des règles plus générales dont l'application est nécessairement modulée par la nature publique de l'activité en cause. On songe en particulier, en matière de responsabilité extracontractuelle, à la distinction fondamentale mais toujours difficile entre l'élaboration des politiques publiques (la sphère politique), d'une part, et la mise en œuvre des politiques (la sphère opérationnelle)¹⁹, d'autre part; au caractère controversé de la responsabilité de l'État pour défaut de réglementer ou contrôler une activité préjudiciable²⁰; à l'absence de responsabilité civile découlant *ipso facto* du caractère inconstitutionnel d'un texte législatif ou réglementaire²¹; ou encore au régime de responsabilité – nécessairement

¹⁸ *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663 au para. 46.

¹⁹ Voir *Laurentides motels*, *supra* note 13; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228. Pour une discussion récente, voir *Cilinger c. Centre hospitalier de Chicoutimi*, [2004] R.J.Q. 3083 (C.S.), conf. par [2004] R.J.Q. 2943 (C.A.); *Bernèche c. Canada (Procureur général)*, [2007] R.J.Q. 1602 (C.S.); *Dicaire c. Chambly (Ville de)*, 2008 QCCA 54.

²⁰ Voir *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17; *Pellemans c. Lacroix*, [2006] R.J.Q. 2139 (C.S.); *Rosso c. Autorité des marchés financiers*, [2007] R.J.Q. 61 (C.S.). Comparer *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537.

²¹ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Communauté urbaine de)*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789.

propre aux autorités publiques – lié à l'exercice malicieux ou irrationnel d'un pouvoir discrétionnaire²².

Dans ce cadre précis, il est tout simplement inexact de parler de l'importation en droit québécois de notions étrangères ou exogènes. En termes clairs, ces règles de droit public, même celles qui sont issues de la common law, appartiennent à l'ordre juridique québécois. Pour la même raison, il est tout aussi inexact de prétendre qu'il est dangereux d'insérer ces notions dans le droit québécois, compte tenu de l'intégrité et de la complétude du droit civil. S'il est en effet nécessaire de transposer la common law publique dans un langage conceptuel conforme à la tradition civiliste – c'est le résultat concret de la mixité – rien ne permet de travestir les règles qui la composent, ou de les écarter sous prétexte qu'elles feraient violence à la logique civiliste. La transposition exige des efforts conceptuels et une fine connaissance de la règle de common law et de ses effets, mais on ne peut en faire l'économie.

L'examen de la jurisprudence depuis quinze ans suggère que les juges québécois ne sont pas tous à l'aise dans cet exercice. Certes, il est plus simple de s'en tenir à la première moitié de l'article 1376 C.c.Q., et de faire comme si le droit civil tenait lieu de droit commun exhaustif dans ce cadre. Mais cette position, conforme à la nouvelle complétude du droit civil québécois, est néanmoins mal fondée. Par ailleurs, la grille d'analyse elle-même n'est pas d'un maniement facile. On peut avoir de la peine à séparer la common law publique des règles générales qui s'appliquent aux relations entre citoyens, en common law, et ne pas voir une règle particulière dont l'application serait pourtant requise. On peut, aussi mal saisir ou mal transposer une règle de common law publique, ou être tenté, à tort, de l'écarter tout simplement parce qu'elle n'est pas conforme aux concepts et principes du droit civil.

Au-delà de ces pièges qui menacent l'interprète, il reste une idée centrale : à la frontière du droit privé et du droit public, l'intégrité et la complétude du droit civil québécois n'ont pas de prise. Ni le vieux réflexe de protection de la tradition civiliste, ni le nouveau réflexe d'affirmation d'un système de droit civil autonome ne sont à leur place dans cet espace.

B) Aux confins du droit provincial : Common law, droit civil et droit fédéral

Les effets réducteurs de la nouvelle « fierté autonomiste » du droit civil québécois trouvent un autre terrain d'illustration dans la lecture qu'on fait désormais du droit privé d'origine fédérale.

²² *Entreprises Sibeca inc. c. Frelighsburg (Municipalité de)*, 2004 CSC 61, [2004] 3 R.C.S. 304.

En marge du principe constitutionnel voulant que « la propriété et les droits civils » relèvent de l'autorité des provinces, le régime fédéral canadien assigne certaines matières de droit privé au législateur fédéral : le droit bancaire, l'intérêt, les lettres de change, la faillite et l'insolvabilité, les brevets et droits d'auteurs, le divorce et le mariage, par exemple. On sait qu'historiquement, la législation fédérale en ces matières avait la fâcheuse habitude d'adopter une facture de common law, du moins dans sa version anglaise. Il n'était pas toujours facile de déterminer le contenu et la portée de cette législation, faute d'une correspondance véritable avec le vocabulaire du droit commun civiliste au Québec. L'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* a favorisé une réflexion sur ce problème, qui a débouché sur une initiative d'harmonisation de la législation fédérale et du droit civil. Ce processus d'harmonisation s'appuie sur une prémisse fondamentale : la législation fédérale doit refléter la dualité des langues (le français et l'anglais) et la dualité des traditions (la common law et le droit civil) qui existent dans l'espace juridique canadien²³. Compte tenu du cadre législatif tel qu'il existait alors, on s'est attaché essentiellement à faire entrer » le droit civil dans la législation fédérale. Cette prémisse a servi de catalyseur pour une révision à grande échelle de la législation fédérale de droit privé, où l'équilibre entre droit civil et common law a été rétabli, dans les premières années du moins, par la création de doublets législatifs attestant de la dualité des traditions au Canada. Les textes législatifs fédéraux comportent donc désormais, dans biens des cas, des dispositions qui placent côte à côte des termes de common law et de droit civil, en français comme en anglais.

L'occasion était bonne de favoriser, en même temps, une interaction fructueuse entre les deux traditions dans la sphère fédérale. La juxtaposition des deux traditions dans chaque version linguistique offrait l'occasion d'un dialogue comparatif, ou même d'une compréhension des normes fédérales qui s'accorde avec l'esprit de l'une et l'autre version²⁴. De cette lecture, on aurait pu tirer, peut-être, un droit privé fédéral distinctif, appuyé sur l'une et l'autre tradition, mais néanmoins autonome par rapport aux régimes de droit privé provinciaux. Néanmoins, cette perspective n'a pas été privilégiée dans le processus d'harmonisation du droit fédéral et du droit civil québécois.

²³ Canada, Ministère de la justice du Canada, *Politique sur le bijuridisme législatif*, 1995, reproduite dans Ministère de la justice du Canada, « Bijuridisme Canadien : méthodologie et terminologie de l'harmonisation » par Louise Maguire Wellington dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien. Deuxième publication*, fascicule 4, Ottawa, Ministère de la justice du Canada, 2001.

²⁴ On trouve une illustration très riche du potentiel de dialogue comparatif (mais pas toujours heureux) en droit privé fédéral dans l'affaire *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336.

À première vue, les orientations législatives liées au processus d'harmonisation produisent un régime simple, qui accorde un rôle étendu au droit civil québécois dans la mise en œuvre de la législation fédérale de droit privé. Dans cette lecture épurée, le droit provincial – forcément variable selon les provinces – sert de régime supplétif, voire de droit commun sur lequel s'appuie la législation fédérale. Ainsi, dans son application au Québec, la législation fédérale de droit privé devrait emprunter, chaque fois que c'est nécessaire, au lexique et à l'appareil conceptuel du droit civil québécois. L'harmonisation, dès lors, produit un droit fédéral potentiellement hétéroclite, qui change d'une province à l'autre au gré du droit supplétif provincial qui en détermine les contours. Cette conception d'un droit fédéral « en silos » est, dans une bonne mesure, cristallisée dans les règles d'interprétation qui sont le fruit du processus d'harmonisation :

8.1 Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte.

8.2 Sauf règle de droit s'y opposant, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'un et l'autre de ces systèmes²⁵.

Dans cette représentation de la « complémentarité »²⁶ de la législation fédérale et du droit civil provincial, l'une s'imbriquant dans l'autre, l'une s'articulant sur l'autre, la common law disparaît de l'espace juridique québécois. Elle demeure bien visible dans le texte de la loi – les termes de common law et de droit civil étant fréquemment juxtaposés dans les

²⁵ *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21. Voir aussi le préambule de la *Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4.

²⁶ Dans les travaux qui ont conduit à l'élaboration des orientations législatives du bijuridisme au fédéral, on a opposé la complémentarité, qui attelle le droit fédéral à un droit supplétif provincial, et la dissociation, qui présupposait au contraire l'existence d'un droit privé fédéral plus ou moins autonome. Voir Jean-Maurice Brisson et André Morel, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité et dissociation » (1996) 75 R. du B. can 297. Le choix des termes, l'un positif et l'autre négatif, n'est pas innocent. La dissociation apparaît forcément comme une position à écarter. Pour un regard critique sur l'impact de ce langage, voir Ruth Sullivan, « The Challenges of Interpreting Multilingual, Multijural Legislation » (2004) 29 Brook. J. Int'l L. 985 [Ruth Sullivan].

doublés législatifs – mais paradoxalement la règle d'interprétation justifie l'interprète de faire comme si la common law n'était pas là. Plus d'interférence provoquée par un vocabulaire ou des concepts étrangers. Dans l'interprétation de la loi fédérale, il ne reste alors, comme droit supplétif, que le nouveau droit civil, qui offre en prime un système « complet par lui-même ». On est rassuré – le civiliste est désormais en terrain connu même au fédéral.

Il y a certes une correspondance temporelle, sinon une filiation – mais dans quel sens? – entre cette version de l'interaction du droit civil et du droit fédéral, d'une part, et l'émergence d'une version plus costaute des idées d'intégrité et de complétude du droit civil québécois, d'autre part. À n'en point douter, le nouveau droit civil québécois sait désormais se défendre contre la confusion des genres (et des traditions juridiques), et affirme calmement son autonomie sur tous les terrains.

Si cette lecture est exacte, le cadre législatif et interprétatif du bijuridisme fédéral justifie à prime abord une « épistémologie de la séparation », et il est devenu beaucoup plus difficile aujourd'hui d'envisager un droit privé fédéral mixte dans son application au Québec. Plus difficile, certes, mais pas impossible.

D'abord, pour des motifs constitutionnels qu'il n'est pas nécessaire de développer ici, ni les dispositions de la *Loi d'interprétation* fédérale, ni la Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, ne permettent de faire de celui-ci le droit commun en matière fédérale au Québec²⁷. Par conséquent, comme le rappelle France Allard ailleurs dans ces pages, le *Code civil du Québec* n'a pas d'effet d'ordonnancement ni de valeur structurante en droit fédéral. Il ne peut servir de fondement ou de point de départ à la législation fédérale particulière²⁸. Les sources, les principes et l'armature non-écrite de cette législation sont nécessairement mixtes.

Ensuite, comme le souligne la rédaction de l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*, le renvoi au droit civil comme cadre supplétif dans la mise en œuvre de la législation fédérale au Québec n'a lieu que lorsque cette référence est nécessaire. Qu'est-ce à dire? Dans quel cas le renvoi est-il nécessaire? N'arrive-t-on à cette étape qu'après un effort d'interprétation préalable, qui s'appuierait sur une volonté de produire une norme uniforme

²⁷ Voir l'analyse très complète de Roderick A. Macdonald, « Encoding Canadian Civil Law », dans *Mélanges offerts à Paul-André Crépeau*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1997, 579.

²⁸ Sur cette idée fondamentale, voir, dans le présent numéro, France Allard, « La disposition préliminaire du Code civil du Québec, l'idée de droit commun et le rôle du Code en droit fédéral ».

à l'échelle canadienne²⁹? Faut-il d'abord tenter de voir si les textes bilingues et bijuridiques produisent un sens commun³⁰? À tout le moins, si la loi fédérale comporte en elle-même de manière explicite ou implicite le cadre conceptuel suffisant à son application, si elle est, en d'autres termes, complète et autonome, le rôle supplétif du droit civil est réduit d'autant³¹. Là encore, on peut penser qu'un tel cadre conceptuel fédéral, propre à une législation donnée, est probablement mixte, d'autant plus que « le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada »³².

Enfin, même dans les cas où la *Loi d'interprétation* requiert que les règles, principes et notions du droit civil québécois soient le cadre de référence pour l'application de la loi fédérale, la juxtaposition des termes de droit civil et de common law dans la même disposition est une invitation au lecteur curieux, qui trouvera dans ce droit civil l'écho de la common law³³. Malgré l'injonction du législateur fédéral de séparer les deux traditions, dans ce cas, l'espace physique restreint qui subsiste entre elles dans les doublets législatifs favorise une forme atténuée de mixité. Même formellement séparées de la common law, les règles et notions du droit civil québécois changent sans doute de couleur dans l'espace fédéral.

Sur le plancher des vaches, en d'autres termes, il est assez peu probable que la mise en œuvre de l'harmonisation du droit fédéral et du droit civil québécois conduise à la séparation nette qui était annoncée par le préambule de la *Loi d'harmonisation*, encore moins à la disparition de la common law de l'espace juridique québécois. Les désaccords sur le sens à donner aux techniques et règles d'interprétations du bijuridisme continueront à produire des résultats variables. En réalité, cette pluralité de résultat fait elle-même partie de la pratique d'harmonisation, comme le souligne le professeur Robert Leckey, qui rappelle que l'harmonisation est un processus « continu, voire inachevable », auquel contribue nécessairement une pluralité d'acteurs³⁴. Par ailleurs, la perspective du

²⁹ C'est la méthode que préconise Ruth Sullivan, *supra* note 26. Pour une illustration, voir les motifs de la Cour suprême dans *Canada 3000 inc., Re; Inter-Canadien (1991) inc. (Syndic de)*, 2006 CSC 24, [2006] 1 R.C.S. 865 [*Canada 3000 inc.*].

³⁰ Sur l'interaction entre normes d'interprétation des textes bilingues et normes d'interprétation des textes bijuridiques, voir *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269.

³¹ Voir *Canada 3000 inc.*, *supra* note 29, en particulier les para. 78-82.

³² En fonction d'une interprétation peut-être inattendue de l'art. 8.1 de la *Loi d'interprétation*, *supra* note 25. Sur cette idée, voir Aline Grenon, « Codes et codification : dialogue avec la common law? » (2005) 46 C. de D. 53 aux pp. 71-73.

³³ Voir Kasirer, *supra* note 9.

³⁴ Robert Leckey, « Consonance et dissonance dans l'harmonisation juridique », manuscrit non publié en possession de l'auteur.

législateur fédéral lui-même est susceptible de changer avec le temps, et ses pratiques de rédaction législative pourraient bien rendre de moins en moins « nécessaire » le recours au droit civil québécois. Il ne faudrait pas s'en formaliser, surtout si l'on retient que dans les champs du droit privé dont la responsabilité est attribuée au législateur fédéral, les normes qu'il impose font partie de l'ordre juridique québécois, quelle que soit leur source – common law, droit civil, ou assemblage éclectique des traditions plurielles qui cohabitent au Canada. Il n'y a aucune raison de les traiter comme des régimes exceptionnels, ou d'en faire une interprétation restrictive destinée à préserver l'intégrité du droit civil québécois³⁵.

En somme, à la frontière du droit privé fédéral et du droit privé provincial, comme à la frontière du droit public et du droit privé, impossible de faire abstraction de la common law. Même si une certaine conception du bijuridisme fédéral favorise la séparation nette des deux traditions juridiques, elles continuent de s'agripper l'une à l'autre.

3. La mixité au cœur du droit privé québécois

Au troisième point de contact entre droit civil et common law au Québec, la question se pose plus directement : quel sens donner au fait que certaines institutions et concepts désormais intégrés au droit québécois tirent leur origine de la tradition de common law? C'est un vieux problème, compte tenu de la mixité des sources du *Code civil du Bas-Canada*, mais il est toujours d'actualité, car le *Code civil du Québec* est lui aussi fait pour partie d'emprunts, d'appropriations et de transpositions. Par exemple, la fiducie du droit civil québécois s'inspire largement du *trust* de common law, même si l'idée de patrimoine d'affectation en fait indubitablement une institution originale. Même chose pour un ensemble d'orientations fondamentales du droit québécois des sûretés, qui sont à la fois tirées de la common law, mais configurées de manière distinctive dans le *Code civil du Québec*. Les dommages punitifs existaient en droit québécois avant la révision de 1994, mais ils ont pris racine en common law d'abord. Les exemples abondent. La common law conserve-t-elle quelque pertinence dans l'élaboration du régime de ces notions hétérogènes?

Sur le plan théorique, on peut envisager trois réponses différentes à cette question. Premièrement, l'interprète qui se trouve devant une notion ou une règle empruntée à la common law pourrait traiter les sources de common law comme si elles appartenaient formellement à l'ordre juridique québécois. Selon une deuxième réponse, et dans une perspective

³⁵ Mais voir la portée restrictive donnée au droit fédéral en matière d'obligations alimentaires dans *A.(V.) c. F.(S.)*, [2001] R.J.Q. 36 (C.A.).

opposée, l'interprète qui se trouve devant un emprunt pourrait conclure que l'importation d'une notion dans l'ordre juridique québécois coupe entièrement les liens entre cette notion et ses origines. Le greffon serait alors transposé dans le vocabulaire civiliste, et évoluerait par ses propres moyens à l'intérieur du droit civil, s'intégrant à ce cadre comme une innovation autonome, originale, et sans référence à la common law. Une troisième réponse se situe entre les deux premières. Dans cette troisième perspective, l'interprète donnerait un effet persuasif accru au droit comparé tout en acceptant l'autonomie du greffon par rapport à son système d'origine. La notion ou la règle issues de la common law acquerraient leur propre identité en s'intégrant au système civiliste québécois, mais les sources de common law continueraient d'en informer l'évolution et la transformation.

Depuis la codification de 1867, le droit civil québécois oscille entre ces différentes positions. Selon le contexte, les emprunts à la common law sont tantôt rattachés à leur source originale, tantôt coupés de celle-ci. Ainsi, à l'époque du *Code civil du Bas-Canada*, les règles issues de la common law ont parfois fait l'objet d'une lecture qui les a marginalisées par rapport au droit commun civiliste, créant ici et là des poches « semi-autonomes » de common law au sein du droit civil québécois. On a fait une critique virulente de ces pratiques interprétatives dans le corpus doctrinal sur l'intégrité du droit civil, tant et si bien que le balancier s'est déplacé dans l'autre direction. Désormais, sous l'empire du *Code civil du Québec*, les emprunts risquent fort de ne plus être reconnaissables en tant que tels.

A) Avant le Code civil du Québec

L'exemple le plus classique du traitement réservé aux emprunts à la common law réside sans doute dans l'histoire jurisprudentielle de l'article 1056 du *Code civil du Bas-Canada*. Il n'est pas nécessaire d'en refaire ici tout le récit³⁶. Il suffit de rappeler que ce texte était probablement issu d'une loi du Parlement du Canada-Uni, laquelle s'inspirait d'une loi anglaise antérieure à la codification. Le *Lord Campbell's Act* octroyait un droit à l'indemnisation aux proches d'une victime décédée sans avoir reçu réparation de l'auteur fautif. En common law, n'eut été de ce texte législatif, ni les héritiers ni les « dépendants » de la victime n'auraient bénéficié d'un recours en responsabilité contre l'auteur du préjudice. Au contraire, les principes de droit civil d'origine française admettaient sans peine l'un et l'autre recours. L'insertion de l'article 1056 dans le *Code civil du Bas-Canada* était donc source de tensions conceptuelles qui furent résolues en donnant une portée restrictive à cet article. Ainsi circonscrit, le

³⁶ Voir Jean Sébastien Poirier, « Autopsie d'une disposition disparue; l'article 1056 du Code civil du Bas-Canada et le solatium doloris » (1995) 29 R.J.T. 657.

recours des dépendants en cas de décès n'en demeura pas moins longtemps rattaché au droit anglais dans l'esprit des juges de la Cour suprême. Ces derniers s'inspirèrent de la jurisprudence sous le *Lord Campbell's Act* pendant des décennies, malgré les critiques exprimées par la doctrine, et malgré la position plus nuancée du Conseil privé³⁷. En Cour suprême, le renvoi aux sources du droit anglais a longtemps justifié le refus d'indemniser le préjudice moral des survivants sous la forme du *solatium doloris*, en même temps que les tribunaux inférieurs s'employaient à le réparer sous une autre désignation³⁸. Prenant finalement le relais du Conseil privé, la Cour suprême annonçait en 1975 que l'article 1056 C.c.B.C. devait être interprété « en regard de l'ensemble dont il fait partie », c'est-à-dire comme un « texte nouveau faisant partie de la codification d'un droit dont certains principes fondamentaux diffèrent radicalement de ceux de la Common law »³⁹. Le principe de réparation du *solatium doloris* a été confirmé encore plus tard⁴⁰.

Au cœur de la saga entourant cet article, il y avait deux difficultés. La première relevait du droit substantiel car la greffe elle-même posait problème, abstraction faite du renvoi au droit anglais auquel elle a donné lieu. En effet, les difficultés d'interprétation de l'article 1056 C.c.B.-C. résultaient d'abord de l'incongruité de son régime, une fois emboîté dans un cadre de droit civil. Alors que le *Lord Campbell's Act* créait un recours pour les dépendants là où la common law s'y opposait autrement, son insertion dans le Code civil avait l'effet contraire, et limitait formellement la portée du recours des victimes par ricochet en cas de décès. Comme ce résultat « injuste » était enveloppé dans un texte d'origine étrangère au droit civil, c'est par ce biais qu'on a limité les dégâts⁴¹. D'abord traité comme un îlot de common law, puis transformé par son interaction avec la logique de droit civil, l'article 1056 C.c.B.-C. est finalement demeuré un régime d'exception, représenté comme le fruit malheureux de la mixité des

³⁷ Voir la jurisprudence discutée par Poirier, *ibid.*, et par Morin, *supra* note 5 aux pp. 322-26.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Pantel c. Air Canada*, [1975] 1 R.C.S. 472 à la p. 478.

⁴⁰ *Augustus c. Gossett*, [1996] 3 R.C.S. 268.

⁴¹ L'injustice, ici, est affaire de perspective. L'article 1056 C.c.B.C. apportait une réponse plausible à quelques questions fondamentales de la responsabilité civile, en droit civil comme en common law : jusqu'où faut-il élargir le cercle des tiers qui se qualifient comme dépendants? Les dépendants devraient-ils disposer d'un recours pleinement autonome par rapport à celui de la victime? Est-il sage de réparer le préjudice moral des survivants et de monnayer leur chagrin? L'emprunt au droit anglais inscrit dans l'ancien Code aurait pu forcer la réflexion critique sur ces questions. Mais l'accent mis sur la source étrangère de cette disposition a finalement isolé l'article 1056 C.c.B.C. du reste du droit civil québécois, et le problème incontournable de la réparation du préjudice au-delà de la victime immédiate n'a jamais été traité avec l'intelligence du droit comparé.

sources de l'ancien Code – un accident de parcours dans le passage du droit antérieur au droit codifié. La greffe n'a jamais pris, si bien qu'à la fin, on a pu en faire l'excision dans le *Code civil du Québec*.

Qu'en est-il alors de la deuxième difficulté, soit le renvoi ouvert aux sources et précédents du droit anglais pour interpréter un article du Code? Peut-elle être envisagée séparément du problème de fond? Sur ce plan, la jurisprudence sous l'article 1056 C.c.B.-C. est devenue au fil des ans le « bonhomme sept-heures » de la mixité : quelle idée saugrenue, quelle servilité, répète-t-on, que de s'appuyer sur la jurisprudence anglaise pour donner son sens à un texte du *Code civil du Bas-Canada*! Mais le raisonnement est trop court, car il faudrait encore dire s'il existe des cas où un tel renvoi est légitime et, si oui, à quelles conditions.

Il existe en effet d'autres recoins du *Code civil du Bas-Canada* où la mixité a été vécue avec plus de bonheur. En droit de la preuve, par exemple, c'est tout un pan de la tradition de common law qui s'est trouvé imbriqué avec des notions propres au droit civil dans le *Code civil du Bas-Canada*⁴². Par exemple, la notion de oui-dire était inconnue en droit français, et son origine en common law n'était pas un mystère, même si la jurisprudence et la doctrine au Québec ont longtemps débattu le fondement de la prohibition du oui-dire et de ses exceptions⁴³. D'une manière qui fait contraste avec l'histoire de l'article 1056 C.c.B.-C., la jurisprudence anglo-canadienne sur ces notions a conservé sa pertinence une fois le oui-dire intégré au droit civil québécois, au moins jusqu'à l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*⁴⁴. Bien sûr, certaines conditions favorisaient ce renvoi : le *Code civil du Bas-Canada* imposait explicitement le droit anglais comme régime supplétif pour la preuve en matière commerciale⁴⁵; la règle du oui-dire s'accordait par ailleurs avec les règles d'administration de la preuve testimoniale, elles-mêmes issues du droit anglais; et aucune règle codifiée ou principe général du droit civil n'entraînait en conflit avec cet emprunt. Ici, la greffe – d'un régime, plutôt que d'une règle isolée comme l'article 1056 C.c.B.-C. – a profité de ces conditions favorables. La notion de oui-dire et ses exceptions ont évolué dans un sens proprement québécois, sans pourtant être coupées des sources de common law qui développaient le même concept. C'est peut-être une conséquence de la

⁴² Sur les sources du droit de la preuve au Québec, voir Yves-Marie Morissette, « L'influence du droit français sur le droit de la preuve au Québec » dans H. Patrick Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1993, 423.

⁴³ *Royal Victoria Hospital et al. c. Morrow*, [1974] R.C.S. 501.

⁴⁴ Voir par exemple *Gerling Globale compagnie d'assurances générales c. Service d'hypothèques Canada-vie ltée*, [1997] R.J.Q. 2695 (C.A.).

⁴⁵ Voir l'article 1206 du *Code civil du Bas-Canada*.

position particulière qu'occupent la procédure et la preuve au sein du droit privé québécois, et de la mixité qui les traverse de part en part. Reste que sous le *Code civil du Bas-Canada*, la pratique de renvoyer à des sources de common law ne pouvait pas être condamnée en bloc, et dépendait largement du contexte.

B) Après le *Code civil du Québec*

Qu'en est-il sous l'empire du *Code civil du Québec*? Partant à rebours du terrain qu'on vient d'explorer, on constate rapidement qu'après 1994, tant la procédure que la preuve ont perdu un peu de leur caractère hybride. Même si la procédure civile québécoise demeure ouverte aux idées qui émergent en common law⁴⁶, le pouvoir créateur des juges est désormais circonscrit, dans la forme du moins, par la facture codifiée du droit processuel au Québec⁴⁷. En matière de preuve civile, la Cour d'appel du Québec a eu tôt fait, après l'entrée en vigueur du nouveau Code, de souligner que « le régime général de la preuve en matière civile fait [...] l'objet d'une codification précise et complète dans le *Code civil* et le *Code de procédure civile*, dispensant ainsi les participants à un procès civil d'avoir recours aux règles de preuve propres au droit pénal et à la common law »⁴⁸. Les renvois explicites à la common law se sont faits plus rares⁴⁹. L'évolution des exceptions à la règle du oui-dire, par exemple, est désormais tributaire de l'idée de fiabilité énoncée en termes abstraits (et donc civilistes, dira-t-on) à l'article 2870 C.c.Q. plutôt que de la jurisprudence contemporaine de common law. L'effet de codification, qui cristallise la pensée autour du texte, est palpable. Cela dit, en marge du Code et de ses normes textuelles, la jurisprudence de common law est mieux reçue, comme l'évolution des immunités de divulgation en droit de la preuve tend à le démontrer⁵⁰.

⁴⁶ Voir la reconnaissance des ordonnances Anton Piller en droit québécois dans *Raymond Chabot S.S.T. inc. c. Groupe A.S.T. (1993) inc.*, [2002] R.J.Q. 2715 (C.A.). Voir aussi, sur la possibilité d'obtenir une injonction « Mareva », l'affaire *Cinar Corporation c. Weinberg* (8 août 2005), Montréal 500-05-062790-017 005, J.E. 2005-1592 (C.S.).

⁴⁷ *Lac d'Amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743. Voir aussi Daniel Jutras, « Culture et droit processuel : le cas du Québec » (2009) 54 R.D. McGill 273.

⁴⁸ *Promutuel Drummond, société mutuelle d'assurance générale c. Gestions Centre du Québec inc.*, [2002] R.R.A. 695 (C.A.).

⁴⁹ Mais on en trouve encore, voir *Montréal (Ville de) c. Société d'énergie Foster Wheeler ltée*, 2007 QCCA 441; *Bédard-Martin c. Axa Assurances inc.*, 2008 QCCS 2971; *De Arbun c. Forget*, 2007 QCCQ 171.

⁵⁰ *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 CSC18, [2004] 1 R.C.S. 456.

Quant au droit substantiel, la tendance est à peu près la même. Par exemple, en matière de fiducie, John E.C. Brierley constatait déjà il y a quinze ans que le ministre de la Justice, dans ses *Commentaires*, passe sous silence le lien de filiation entre la nouvelle institution du Code civil du Québec et sa source en common law⁵¹. Tout en affirmant la spécificité conceptuelle de la fiducie québécoise, désormais traduite en langage civiliste, Brierley invitait néanmoins les juristes d'ici à continuer de s'intéresser à l'expérience de la common law, « *a rich storehouse that we would be unwise to neglect* »⁵². Pour Brierley, ignorer les développements parallèles du *trust* en common law comportait un risque : « *To neglect it will render our task more difficult; to avoid it will promote a literal and therefore potentially inadequate reading of the new Code* »⁵³. Malgré cette invitation à l'ouverture des sources, la jurisprudence québécoise comporte aujourd'hui très peu de renvois à la common law en matière de fiducie, ni comme source formelle ou matérielle, ni comme miroir de droit comparé. Dans certains cas, les précédents de common law sont écartés lorsqu'ils sont incompatibles avec le régime de la fiducie au Québec, ce qui tombe sous le sens⁵⁴. Mais dans d'autres cas, l'apport de la common law ou de ses orientations est jugé inutile pour trancher une difficulté réelle laissée en friche par le nouveau Code⁵⁵. En somme, la transformation opérée sur la fiducie par son rattachement au droit civil (et à l'idée de

⁵¹ On ne trouve qu'une mention de la common law dans les *Commentaires* sous le chapitre du C.c.Q. portant sur la fiducie, soit sous l'article 1262 C.c.Q. : « L'établissement d'une fiducie par contrat à titre onéreux est nouvelle dans le Code civil. Visant à fournir aux résidents du Québec des techniques efficaces, utilisées en common law, notamment dans les domaines du commerce et des affaires ou en matière d'investissement, cette ouverture n'est d'ailleurs que la consécration, par le Code civil, de ce que certaines lois particulières permettent déjà. »; Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la justice : le nouveau Code civil*, t. 1-3, Québec, Publications du Québec, 1993.

⁵² John E.C. Brierley, « The New Quebec Law of Trusts : The Adaptation of Common Law Thought to Civil Law Concepts » dans H. Patrick Glenn, *Droit québécois et droit français*, *supra* note 42, 383 à la p. 396.

⁵³ *Ibid.* aux pp. 396-97.

⁵⁴ Voir par ex. *Plachinski (Syndic de)*, [2002] R.D.I. 692 (C.A.) aux para. 38-39 : « Bien qu'il y ait une parenté entre la fiducie du nouveau droit et le trust de la common law, ces deux institutions obéissent à des règles qui les distinguent l'une de l'autre. Certains mécanismes du trust ne sont pas retenus par le droit québécois ».

⁵⁵ C'est le cas, par exemple, de l'accueil réservé ici aux clauses de modification par le bénéficiaire insérées dans l'acte constitutif, et du manque de souplesse qui résulte du régime prévu par le Code pour la modification et l'extinction de la fiducie. Voir *Alkallay c. Bratt* (19 décembre 2002), Montréal 500-05-056412-008, J.E. 2003-388 (C.S.), discuté de manière critique dans Joshua A. Krane, « Beneficiary-Initiated Modification of Trusts: A Comparative Examination » (2008) 38 R.G.D. 5. Voir aussi Troy McEachren, « Case Comment : Modification of a Trust without Court Approval – In the Matter of an Arrangement Proposed by TFI Holdings Inc. et al. » (2007-08) 67 R. du B. 203, qui se montre plus optimiste.

patrimoine d'affectation) lui a conféré une autonomie presque totale, et rares sont les affaires où le droit comparé contribue à son développement. À terme, la mixité de cette institution n'aura plus qu'une valeur historique⁵⁶.

Le rejet des sources contemporaines de common law en regard des emprunts faits par le nouveau Code n'est cependant pas uniforme. En matière de sûretés, par exemple, il est certain que le droit commercial nord-américain et ses innovations jurisprudentielles et statutaires continuent d'influencer le développement du régime québécois à plusieurs égards. Ainsi, en Cour suprême du Canada, tant l'opinion majoritaire que la dissidence dans l'affaire *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin* s'attardent sur le traitement accordé dans les autres provinces aux hypothèques mobilières sur les créances non représentées par un titre négociable⁵⁷. Sur le plan législatif, la solution de principe apportée récemment à ce problème a pris la forme d'un amendement au *Code civil*, qui est explicitement fondé sur le « contexte d'harmonisation de la législation des provinces et territoires canadiens en la matière »⁵⁸. Néanmoins, il s'agit ici surtout d'inspirer le législateur (sans parler des rédacteurs de contrats commerciaux), ce qui n'a jamais vraiment soulevé de controverses au Québec⁵⁹. Pour parler vraiment de mixité en droit des

⁵⁶ Sur « l'intégration conceptuelle et systémique » de la fiducie dans le *Code civil du Québec*, voir Madelaine Cantin Cumyn, « L'origine de la fiducie québécoise » dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, *supra* note 27,199.

⁵⁷ 2002 CSC 31, [2003] 1 R.C.S. 666, aux para. 22-25, 113-14. Voir aussi *Lefebvre (Syndic de); Tremblay (Syndic de)*, 2004 CSC 63, [2004] 3 R.C.S. 326, où la Cour suprême examine avec soin les différences entre le régime du *Code civil* et le *Personal Property Security Act*, S.B.C. 1989, c. 36, afin de déterminer l'opposabilité du droit de propriété du locateur dans un bail à long terme au syndic à la faillite du locataire.

⁵⁸ Voir l'article 1 de *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titre intermédiés*, L.Q. 2008, c. 20, le texte amendé de l'article 2702 C.c.Q. – qui insiste sur la remise matérielle du titre pour constituer une hypothèque avec dépossession – et les nouveaux articles 2714.1 et s. C.c.Q., qui établissent un régime complémentaire d'hypothèque mobilière avec dépossession pour certaines valeurs ou titres, s'opérant par la « maîtrise » qu'en obtient le créancier. Comme le révèlent les choix qu'on a mis de l'avant dans ce cadre (maintien du principe du Code qui appuie la publicité sur l'enregistrement ou la possession, mais création d'une fiction juridique de possession par le biais de la notion de maîtrise), la mixité bien comprise favorise l'insertion dans le droit québécois d'innovations hétérogènes, mais construites dans une forme civiliste. Reste à voir comment évoluera la notion de « maîtrise », et quelle portée on accordera aux sources de common law qui élaborent la notion de « control » dans un cadre statutaire parallèle.

⁵⁹ Déjà, en 1932, Mignault, *supra* note 9 à la p. 210, voyait cet apport d'un œil favorable : « Je ne prétends nullement qu'il soit interdit de perfectionner notre loi en nous inspirant des solutions de la législation étrangère. [...] Assurément, en matière de législation, il est permis de prendre son bien là où il se trouve. »

sûreté, il faudrait aller plus loin et accepter la possibilité d'innovations jurisprudentielles issues du frottement du droit civil sur la common law. Mais cette hypothèse se heurte à la représentation qu'on se fait de l'autonomie et de la singularité du nouveau droit québécois. En particulier, le rejet de la présomption d'hypothèque dans la révision du Code civil justifie souvent une distance polie vis-à-vis des sources contemporaines de common law.

La question des devoirs des administrateurs de personnes morales offrirait elle aussi un terroir potentiel au droit mixte vivant. Telle qu'elle existe aujourd'hui en droit québécois, l'obligation de loyauté de ces administrateurs est inspirée à la fois du concept de devoirs fiduciaires, en common law, et, dans une version moins convaincante dont elle s'est affranchie, des règles du mandat en droit civil⁶⁰. L'une et l'autre source se sont combinées pour produire un régime distinct et cohérent sur l'administration du bien d'autrui. Ce régime est désormais codifié, et appuyé sur un concept de « pouvoir » qui comporte à la fois finalité et limites⁶¹. Là encore, même si le droit civil québécois a trouvé en lui-même les pièces de ce nouvel assemblage conceptuel, difficile de nier qu'elles ont été mises en lumière au contact de l'autre tradition. Une partie de la jurisprudence récente de la Cour d'appel du Québec montre d'ailleurs que les sources de common law conservent toujours, malgré la codification, toute leur pertinence dans l'élaboration du régime de l'obligation de loyauté, ne serait-ce que comme révélateur des enjeux, des préceptes, des archétypes, et des solutions possibles⁶². Mais il y a aussi un fort courant autonomiste⁶³.

Quel sens donner à la « complétude » du droit civil québécois, dans ce contexte? Les emprunts sont nombreux dans le *Code civil du Québec*, et il n'est pas question de mettre en doute les origines mixtes de ces règles et concepts. L'enjeu réel se situe ailleurs, dans l'apport continu de sources étrangères dans l'élaboration du régime jurisprudentiel de ces notions métissées⁶⁴. Certes, les emprunts doivent être configurés dans une langue

⁶⁰ Sur cette question, voir l'excellente synthèse de Paul Martel, « Les devoirs de loyauté des administrateurs de sociétés par actions fédérales – impact du Code civil du Québec » (2007) 42 R.J.T. 149.

⁶¹ Voir en particulier Madelaine Cantin Cumyn, « Le pouvoir juridique » (2007) 52 R.D. McGill 215; Madelaine Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2000.

⁶² Voir par ex. *Gravino c. Enerchem Transport inc.*, [2008] R.J.Q. 2178 (C.A.).

⁶³ Voir *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, [1998] R.J.Q. 47 (C.A.); *Roy c. Placements Armand Laflamme inc.*, [1998] R.J.Q. 765 (C.A.).

⁶⁴ Comme le dit H. Patrick Glenn, *supra* note 1 à la p. 180, n. 11, « c'est la mixité pour l'avenir » qui représente pour plusieurs une « anomalie scientifique », plutôt que la diversité des sources originales.

qui soit intelligible au sein de la tradition civiliste et se nourrir du cadre juridique au sein duquel ils sont intégrés. « Qui emprunte fait sien » pourrait-on dire. Cela dit, comme le souligne Paul Martel, il n'est pas opportun de réinventer la roue pour préserver l'autonomie du droit civil, et l'expérience continue de la common law doit être prise en compte pour donner toute leur vitalité aux notions mixtes désormais entrées dans le droit privé du Québec⁶⁵.

4. Conclusion : droit mixte et droit comparé

Que dire, au terme de cette excursion aux frontières du droit privé québécois, puis au cœur de celui-ci? Les conclusions tiennent en trois constats somme toute assez simples.

Premièrement, par rapport à ce que ce qui avait cours à l'époque où Pierre-Basile Mignault défendait l'intégrité du droit civil⁶⁶, le cadre contemporain de circulation des règles et concepts juridiques est plus complexe, plus rapide, et généralement moins chargé sur les plans symboliques et politiques⁶⁷. Les emprunts sont réalisés en réseau par des acteurs législatifs, doctrinaux, contractuels et judiciaires. Comme le soulignent Julie Allard et Antoine Garapon, « la communication entre juges s'est intensifiée ces dernières années, et les frontières politiques ne bornent plus aussi facilement la circulation du droit »⁶⁸. Il est devenu banal de souligner les avantages du droit comparé, au Québec comme ailleurs, et on se réjouit de l'influence du nouveau Code québécois sur les réformes du droit civil à l'étranger. Dans ce contexte cosmopolite, on peut se demander ce qui reste de l'idée qu'il y a au cœur du droit privé

⁶⁵ *Supra* note 60 aux pp. 222-23 : « Il serait contre-productif de priver nos tribunaux d'une source aussi riche et précieuse et de les forcer à réinventer une roue que leurs confrères de common law ont mis plus d'un siècle à concevoir et raffiner. Les devoirs « fiduciaires » de common law et les devoirs de loyauté du Code civil ont non seulement le même fondement de principe, les seconds sont fraîchement et franchement inspirés des premiers, en ce qui concerne les administrateurs de personnes morales, de même d'ailleurs que les administrateurs de bien d'autrui.[...] Il ne s'agit pas ici de rendre applicables aux administrateurs des devoirs étrangers au Code civil, mais bien de leur appliquer des devoirs que le Code civil leur impose expressément. Dans de telles circonstances, la jurisprudence de common law devrait pouvoir être consultée, non pas pour contredire le Code civil, mais pour le compléter s'il est silencieux et si la jurisprudence québécoise ne comble pas le silence. »

⁶⁶ Pierre-Basile Mignault, « Conservons notre droit civil » (1936) 15 R. du D. 28.

⁶⁷ Sur les multiples métaphores exprimant ce mouvement, voir Roderick A. Macdonald, « Three Metaphors of Norm Migration in International Context », (2009) 34 *Brook. J. Int'l. L.* 603.

⁶⁸ Julie Allard et Antoine Garapon, *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005 à la p. 11.

québécois un noyau dur issu de la tradition civiliste. Il est vrai que, dans cet espace, l'histoire du droit québécois est jalonnée « d'infiltrations » de concepts de common law « d'autant plus injustifiables qu'elles étaient le plus souvent inutiles »⁶⁹. Peut-être à cause de cette histoire, et malgré le discours ambiant qui favorise l'ouverture, le recours au droit comparé par les juges est désormais rare à l'égard de ce noyau dur civiliste ⁷⁰.

Deuxièmement, au-delà de la tension entre le droit cosmopolite et la cohérence nécessaire des sources, il faut porter une attention particulière à la nature mixte du système juridique au Québec. Ici, l'interaction du droit civil et de la common law ne relève pas à proprement parler d'un quelconque « apport » comparatiste de bon aloi au droit québécois. À côté du noyau dur civiliste, s'il existe, il y a aussi – c'est notre héritage – des terrains de mixité où la common law n'est pas un droit étranger qu'on choisit ou non de consulter. Le droit privé québécois est constitué pour partie par la common law, à des degrés divers selon la forme de mixité qui est en jeu. En droit public, la common law appartient à l'ordre juridique québécois, y compris là où elle s'imbrique au droit civil. Pour les mêmes raisons, la jurisprudence contemporaine de common law appelle un traitement nuancé en droit privé fédéral, ainsi qu'à l'égard des innovations du Code civil qui ont une nature hybride. Dans ces cadres, les sources de common law doivent être débarrassées du préjugé défavorable qui leur colle à la peau.

Néanmoins, et c'est le troisième et dernier constat, en examinant le traitement que la jurisprudence a fait de la common law sur ces espaces de mixité (droit public, droit fédéral, concepts d'origine mixte) depuis 1994, on trouve un thème récurrent de la culture juridique québécoise, qui pointe dans la direction opposée : dans la période postérieure à la codification de 1994, une version renforcée de l'idée de complétude du droit civil québécois a fait surface. Délaissant la posture défensive, ce nouveau

⁶⁹ Paul-André Crépeau, « Une certaine conception de la recodification » dans *Du Code civil du Québec*, *supra* note 5, 23 à la p. 28. Paul-André Crépeau ajoute qu'il n'en est « résulté, en maints domaines [...] que tiraillement des sources, confusion des esprits, et incohérence du droit positif ».

⁷⁰ Une partie de cette indifférence est-elle imputable aux avocats, qui ne citeraient plus de sources étrangères devant les juges d'instance? Pour un exemple de ces situations sans véritable mixité où la référence à la common law est volontaire, voir *Axa Assurances inc. c. Groupe de sécurité Garda inc.*, [2009] R.J.Q. 203 (C.S.), qui examine la portée de la responsabilité du fait d'autrui en droit anglo-canadien. H. Patrick Glenn propose cependant une conception élargie du droit comparé, non plus comme apport à des systèmes juridiques nationalisés, mais comme un « moyen d'exercer le droit » qui remet en question l'idée même de « système juridique »; voir H. Patrick Glenn, « Droit comparé et droit québécois » (1990) 24 R.J.T. 341 à la p. 351.

discours exprime une confiance qui justifie l'autonomie et la séparation⁷¹. Il se manifeste sur tous les terrains, de la procédure civile au droit des fiducies, de la législation fédérale au droit codifié. Dans cette version de la complétude, le renvoi à la common law est plus ou moins inutile à la compréhension et à l'intelligence du nouveau droit civil, qui se suffit à lui-même. Il ne s'agit plus simplement d'éviter l'infiltration de concepts incompatibles avec la logique civiliste, mais aussi de décourager l'irrigation continue du droit québécois par une pratique qui conférerait une valeur persuasive aux sources étrangères. Sur les terrains de mixité parcourus ici, comme d'ailleurs sur le terrain libre du droit comparé, cette attitude risque de produire une fermeture qui appauvrira le droit civil québécois et le privera de sa singularité.

⁷¹ Pour reprendre les termes de Sylvio Normand dans « Le Code civil et l'identité », *supra* note 5 à la p. 653, « [l]e Code, longtemps symbole de survivance nationale des québécois francophones, serait finalement devenu un symbole d'affirmation nationale ».

ABSTRACT

In the early 1990s, the legal community was wondering how the new Civil Code would affect the interaction of Quebec's civil law system with the world around it. Fifteen years ago, when the Civil Code came into force, two diverging trends were foreseeable. First, codification's systemic effect might have encouraged a process of "nationalization and local systematization", or even "an accelerated shrinking of sources". In that event, the new Civil Code would become both the alpha and the omega of private law reasoning. It would reinforce the idea of the closed nature of Quebec civil law and would prevent outside law from intruding (unduly). But the opposite trend was just as conceivable: the framing of a contemporary code, built from eclectic sources, would be expressed by a newly confident and mature legal system in Quebec, and would open the door to interpretive practices that were more curious and less static. At first view, the practice of looking to outside sources for the legal interpretation of the Civil Code suggests that there was neither a closure of the borders nor a comparatist explosion in Quebec – the opening H. Patrick Glenn had hoped for never came to pass.

Having said this, among the "outside" sources that interrelate with the *Civil Code of Québec*, Anglo-Canadian common law has a separate place: in that regard, the coming into force of the *Civil Code of Québec* made Quebec's civil law more impervious. References to common law sources are quite rare, and often viewed with suspicion. Common law is sometimes summarily eschewed by those who interpret Quebec law, even when careful analysis is called for. That particular (negative) status conferred on common law sources is unwarranted. It is time to put an end to the old reflex of viewing common law only as a threat. More specifically, it is time to admit that the interaction between Quebec's civil law and common law cannot be treated inflexibly and that in many respects common law is not foreign to Quebec.

It is essential to properly distinguish between the individual points of contact between civil law and common law in Quebec for, in differing circumstances, the concepts of purity, integrity, completeness and separation will not have the same import. Here, shortcuts are always risky. To better understand common law's place in Quebec since the *Civil Code of Québec* came into force, I will therefore contemplate two separate points of interaction. The first part of this article explores the boundaries of Quebec private law. It deals, first of all, with the interaction between civil law and common law where private law and public law come into contact (1A). In this initial framework, common law is part of Quebec's legal

system, and cannot be treated as an outside source. Next, civil law and common law meet in the federal arena, whenever federal legislation has jurisdiction in private law (1B). Here again, the hybrid nature of the standards should encourage the person interpreting them to extend the analysis to common law. The second part of the article returns to the core of private Quebec law. Even there, civil law and common law are intertwined, wherever institutions and concepts have been borrowed from common law. That is the territory where the hardest questions arise concerning the bearing common law might continue to have on Quebec civil law. These questions merit an examination that distinguishes before (2A) and after (2B) the *Civil Code of Québec*. Each of these points of interaction is distinct from the others, and each one is also distinct from recourse to comparative law in the presence of concepts that are properly within the civil law tradition.

In the areas where Quebec law is truly hybridized, what place should common law be assigned in Quebec? The simplistic answer – which sees the entire contribution of common law to Quebec law as dangerous or erroneous – does not do justice to the blended nature of the sources of Quebec law, or to how ideas are disseminated in contemporary law. A more pluralistic and nuanced answer is required.