

# LA COUR SUPRÊME DU CANADA, LE CODE CIVIL DU QUÉBEC ET LE RÔLE DES JUGES DE COMMON LAW : UNE ÉTUDE DES ARRÊTS DE 1976–2019

Andrew Stobo Sniderman\* et Mariella Montplaisir-Bazan\*\*

---

*Cette étude porte sur les rapports entre la common law et le droit civil à la Cour suprême du Canada. Afin de notamment garantir une expertise en droit civil au plus haut tribunal du pays, au moins trois des neuf juges de la Cour suprême du Canada doivent être sélectionnés parmi les avocats et les juges du Québec. Par contre, plusieurs des causes portant sur l'application ou l'interprétation du Code civil du Québec sont entendues par des bancs avec une majorité de juges ayant uniquement une formation de common law. La jurisprudence de droit civil est donc en principe façonnée par des juges qui n'ont généralement pas de formation civiliste. Quel rôle les juges de common law à la Cour suprême adoptent-ils lorsqu'ils entendent des causes portant sur le droit civil ? Nous explorons cette question en trois volets. D'abord, un survol historique du bijuridisme au Canada confirme qu'à une certaine époque, le mandat de la Cour suprême était d'uniformiser le droit canadien aux dépens de la tradition civiliste. En deuxième lieu, nous examinons toutes les décisions de la Cour suprême ayant appliqué ou interprété le Code civil du Québec entre 1976 et 2019 afin d'évaluer le niveau d'engagement des juges de common law. Finalement, basées sur les tendances observées et l'analyse historique, nous offrons quelques pistes de réflexions sur le rôle des juges de common law à la Cour suprême.*

---

*This study examines the relationship between common law and civil law in the Supreme Court of Canada. To ensure that the Supreme Court of Canada has access to expertise in matters of civil law, at least three of the nine judges of the country's highest court must be selected amongst lawyers and judges from Quebec. However, many cases dealing with the application or interpretation of the Civil Code of Quebec are heard by panels with a majority of judges with only common law training. Civil law jurisprudence is therefore shaped, in principle, by judges who generally lack any civil law training. What role do common law judges in the Supreme Court adopt when hearing civil law cases? We examine this question in three parts. First, a historical overview of bijuralism in Canada confirms that at one time the Supreme Court's mandate was to standardize Canadian law at the expense*

---

\* B.A. (Swarthmore), MPhil. (Oxford), J.D. (Toronto), LL.L. (Ottawa), LL.M. (Harvard); auxiliaire à la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud (2015). Les auteurs remercient Jabeur Fathally et les lecteurs anonymes pour leurs commentaires.

\*\* LL.L./J.D. (Ottawa), LL.M. (Queen's); auxiliaire à la Cour suprême du Canada (2016-2018).

*of the civil law tradition. Second, we review all Supreme Court decisions that applied or interpreted the Civil Code of Quebec between 1976 and 2019 to assess the level of commitment of common law judges. Finally, based on the trends observed and the historical analysis, we offer insights on the role of common law judges in the Supreme Court.*

---

## Table des matières

Introduction .....	550
1. Survol historique .....	551
A) La coexistence .....	551
B) La Cour suprême, les juges du Québec et le droit civil .....	552
C) Un objectif d'unification .....	554
D) La résistance .....	556
2. Analyse des arrêts de la Cour suprême entre 1976–2019 .....	559
A) Période sous étude .....	559
B) Terminologie : juge civiliste, juge de common law .....	559
C) Méthodologie .....	560
I) Le nombre de juges présents .....	561
II) La rédaction de motifs .....	561
III) Le positionnement des juges de common law par rapport à leurs collègues civilistes .....	562
IV) Le niveau d'implication en droit civil des juges de common law .....	562
D) Observations basées sur l'analyse de 246 décisions portant sur l'application ou l'interprétation du Code civil entre 1976 et 2019 .....	562
I) Le banc de cinq juges et la majorité civiliste .....	562
II) La participation à la rédaction de motifs comme auteurs ou co-auteurs. ....	564
III) Les alliances et les tensions .....	568
IV) La nature de la participation des juges de common law .....	570
3. Pistes de réflexions sur le rôle des juges de common law .....	573

---

## Introduction

Le Québec est la seule province au Canada ayant organisé l'essence de son droit privé sous forme d'un code civil. Les autres provinces canadiennes opèrent sous un régime de common law, soit un régime où le droit privé n'est pas codifié. Afin de garantir une expertise en droit civil (ainsi qu'une représentation des traditions juridiques et des valeurs sociales du Québec) au plus haut tribunal du pays<sup>1</sup>, au moins trois des neuf juges de la Cour suprême du Canada doivent être sélectionnés parmi les avocats, les juges de la Cour d'appel ou les juges de la Cour supérieure du Québec. Cette exigence est prévue à l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême*<sup>2</sup>.

Même si la tradition civiliste du Québec s'est vue assurer une représentation à la Cour suprême, plusieurs des causes portant sur l'application ou l'interprétation du *Code civil du Québec* se retrouvent devant des bancs avec une majorité de juges ayant uniquement une formation de common law. La jurisprudence de droit civil du plus haut tribunal se trouve donc façonnée par des juges qui n'ont généralement pas de formation civiliste. Ce fait a longtemps suscité un malaise parmi les juristes civilistes. Le juge Michel Bastarache, un des juges de la Cour suprême ayant une formation bijuridique, capture ainsi cet inconfort : « La question de savoir si les juges formés dans la tradition de common law possèdent les qualités requises pour entendre des affaires relevant du droit civil a suscité la controverse au Québec. Certaines personnes ont même proposé la création d'une cour suprême particulière pour le Québec ou d'une section de droit civil au sein de la Cour suprême actuelle. »<sup>3</sup> Ce qui alimente ces débats, note Jean-Louis Baudouin, est « la crainte que la Cour suprême, en raison de sa structure et de sa composition, ne déforme au profit de la *common law*, le système civiliste québécois »<sup>4</sup>. Cette crainte était bien fondée, considérant l'histoire de la Cour. « [I]l ne faut pas se dissimuler que bien souvent (...) le droit civil a été interprété à l'anglaise », affirme le professeur Pierre Azard (qui dirigeait alors la section de droit civil à l'Université d'Ottawa)<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Renvoi relatif à la *Loi sur la Cour suprême*, art 5 et 6, 2014 CSC 21 au para 18 [Renvoi relatif à la Loi].

<sup>2</sup> LRC 1985, c S-26 [*Loi sur la Cour suprême*].

<sup>3</sup> Michel Bastarache, *Le bijuridisme au Canada. Ministère de la Justice, déjeuner-causerie sur le bijuridisme et le pouvoir judiciaire*, Ottawa, 4 février 2000, en ligne : <[www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/harmonization/hlf-hfl/fl-b1/bflg.html](http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/harmonization/hlf-hfl/fl-b1/bflg.html)>.

<sup>4</sup> Jean-Louis Baudouin, « L'Interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada » (1975) 53:4 R du B can 715 aux pp 715-16 [Baudouin, « Code civil par la Cour suprême »].

<sup>5</sup> Pierre Azard, « La Cour suprême du Canada et l'application du droit civil de la province de Québec » (1965) 43:4 R du B can 553 à la p 555 [Azard].

L'étude qui suit porte sur les rapports entre la common law et le droit civil à la Cour suprême du Canada, qui est « à la fois un lieu privilégié d'expression de la dualité juridique au pays, de même qu'un acteur influent dans l'évolution des rapports entre le droit civil et la common law »<sup>6</sup>. Plus particulièrement, notre étude porte sur la question suivante : Quel rôle les juges de common law à la Cour suprême adoptent-ils lorsqu'ils entendent des causes portant sur le droit civil ?

Nous explorons cette question en trois volets. D'abord, un survol historique du bijuridisme au Canada confirme qu'à une certaine époque, le mandat de la Cour suprême était d'uniformiser le droit canadien aux dépens de la tradition civiliste<sup>7</sup>. Puis, nous observons qu'avec le temps, le droit civil a forgé sa place distincte au plus haut tribunal du pays. En deuxième lieu, nous examinons toutes les décisions de la Cour suprême ayant appliqué ou interprété le *Code civil du Québec* entre 1976 et 2019. Cette analyse porte principalement sur le niveau d'engagement des juges de common law lorsque ceux-ci entendaient des pourvois soulevant des questions de droit civil. Finalement, basées sur les tendances observées et l'analyse historique, nous offrons quelques pistes de réflexions sur le rôle des juges de common law à la Cour suprême.

## 1. Survol historique

### A) La coexistence

En 1763, après la guerre de Sept Ans, le Roi britannique crée la province de Québec et y introduit le droit anglais. Puis en 1774, les autorités britanniques adoptent l'*Acte de Québec* qui a pour effet de restaurer le droit privé français en matière de propriété et de droits civils, sans pour autant soustraire la province de Québec aux influences de la common law anglaise. Après de multiples reconfigurations frontalières et divisions du territoire, le droit civil a survécu en Amérique du Nord, et le Canada est devenu une juridiction dite « mixte »<sup>8</sup>—où le droit civil et la common law coexistent<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Louis LeBel et Pierre-Louis Le Saunier, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada » (2006) 47:2 C de D 179 à la p 181 [LeBel et Le Saunier].

<sup>7</sup> Voir *infra* pp 554–555.

<sup>8</sup> Claire L'Heureux-Dubé, « Bijuralism : A Supreme Court of Canada Justice's Perspective » (2002) 62:2 Louisiana L Rev 449 aux pp 449–51 [L'Heureux-Dubé, « Bijuralism »].

<sup>9</sup> Il y a aussi, bien évidemment, une tradition de droit autochtone qui a sa place dans notre univers juridique.

En 1866, le Québec se dote d'une première version de son propre code civil afin de permettre aux juristes d'avoir une connaissance précise du droit privé en unifiant « une masse désordonnée de vieilles lois françaises, de lois impériales britanniques et de lois locales ... »<sup>10</sup>. Mais bien plus qu'un simple recueil de lois, le *Code civil du Bas-Canada* confirme l'appartenance du Québec à la tradition civiliste<sup>11</sup> et établit les bases du bijuridisme canadien. En effet, le Québec est la seule province à faire son entrée dans la Confédération canadienne avec un droit privé codifié et un système de lois civilistes.

## B) La Cour suprême, les juges du Québec et le droit civil

Le partage des compétences entre les gouvernements provinciaux et le gouvernement fédéral est prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette loi établit que le pouvoir « de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada » revient au parlement fédéral<sup>12</sup>. C'est ainsi que naît la Cour suprême en 1875, avec un banc de six juges, dont deux du Québec. Lors des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi créant la Cour suprême—le *Supreme and Exchequer Court Act*, le ministre de la Justice a noté l'avantage de la présence assurée de deux juges en provenance du Québec : « [S]i cette cour, par exemple, est requise de donner un jugement final sur un jugement rendu par une cour du Bas-Canada [Québec], il y aura, parmi les juges sur ce banc, des personnes parfaitement entendues dans la connaissance des lois de cette section de la Confédération, et ces personnes pourront donner le bénéfice

<sup>10</sup> Michael Wilhelmson, « La croisée du droit civil et de la common law au Canada » (1994) 177 *Inter Pares* 10; Pierre-Gabriel Jobin, « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : le rapprochement et l'éloignement de deux continents » dans H Patrick Glenn, dir, *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1993, 91 [Glenn]. Voir aussi : Brian Young, *The Politics of Codification, The Lower Canadian Civil Code of 1866*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1994; Brian Young, « Overlapping identities: the Quebec civil Code of 1866: its reception and interpretation » dans Régine Beauthier et Isabella Rorive, *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 259 [Beauthier et Rorive] [Young, « Overlapping identities »]; John EC Brierley, « Quebec's Civil Law Codification: Viewed and Reviewed » (1968) 14:4 *RD McGill* 521.

<sup>11</sup> Michel Morin, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 » dans Glenn, *supra* note 10, 1 à la p 40; Sylvio Normand, « La codification de 1866 : contexte et impact » dans Glenn, *supra* note 10, 43 aux pp 44, 61.

<sup>12</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict, c 3 (R-U), art 101 : « Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada. »

de leurs lumières aux autres juges siégeant avec elles. »<sup>13</sup> Autrement dit, les deux juges du Québec avaient notamment pour rôle d'assurer une compréhension de la tradition civiliste à la Cour suprême.

Graduellement, le nombre de juges à la Cour suprême a augmenté. Ainsi, en 1927, le plus haut tribunal du pays comptait sept juges, diminuant par le fait même la proportion de juges québécois du tiers au deux septièmes. Puis, en 1949, la composition de la Cour a à nouveau changé, ramenant la proportion de juges québécois au tiers : trois juges du Québec pour un total de neuf juges. C'est l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême* qui prévoit cette proportion : « Au moins trois des juges sont choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci. »<sup>14</sup> En 2014, lorsque la Cour suprême a interprété cet article, la majorité a conclu que :

L'objectif de l'art. 6 est de garantir que non seulement des juristes civilistes expérimentés siègent à la Cour, mais également que les traditions juridiques et les valeurs sociales distinctes du Québec y soient représentées, pour renforcer la confiance des Québécois envers la Cour en tant qu'arbitre ultime de leurs droits. Autrement dit, l'art. 6 protège à la fois le *fonctionnement* et la *légitimité* de la Cour suprême dans sa fonction de cour générale d'appel pour le Canada.<sup>15</sup>

Il semble ressortir de cette interprétation que sans les juges du Québec, la légitimité des décisions de la Cour suprême portant sur des questions de droit civil québécois pourrait être remise en question.

Dès ses débuts en 1875, la Cour suprême a dû trancher des questions de droit civil et des questions de common law, parfois les deux dans la même cause<sup>16</sup>. Certains juristes québécois craignaient que la majorité des

<sup>13</sup> *Débats de la Chambre des communes du Canada*, vol 1, session de 1875, 16 mars 1875 à la p 799, en ligne : <[www.canadiana.ca/view/oocihm.9\\_01970\\_1/849?r=0&s=3](http://www.canadiana.ca/view/oocihm.9_01970_1/849?r=0&s=3)>.

<sup>14</sup> *Loi sur la Cour suprême*, *supra* note 2.

<sup>15</sup> *Renvoi relatif à la Loi*, *supra* note 1 au para 49 [italiques dans l'original]. La Cour continue : « Le professeur Russell a décrit succinctement cet objectif plus général en des termes que l'histoire justifie : [traduction] ... l'antipathie pour l'idée que des juges d'une tradition juridique étrangère interprètent le Code civil du Bas-Canada ne reposait pas simplement sur une préoccupation à l'égard de la pureté ou de la justesse du droit. Elle découlait plus souvent de la prémisse plus fondamentale que le système de droit civil du Québec constituait un ingrédient essentiel de sa culture distinctive et devait par conséquent, de *droit*, être protégé par des juges empreints des pratiques judiciaires et des valeurs sociales inhérentes à cette culture. [En italique dans l'original.] »

<sup>16</sup> Plusieurs ouvrages ont examiné le rôle de la Cour suprême en droit civil dans le siècle après sa création, notamment David Howes, « From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law, 1875-1929 » (1987) 32:3 RD McGill 523; John EC Brierley et Roderick A Macdonald, dir, *Quebec Civil Law—An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993; Michel Morin, « Des juristes sédentaires ? L'influence

juges à la Cour suprême ne seraient pas en mesure d'apprécier les nuances du droit civil. Cette crainte a été exprimée ainsi par Gérard Le Dain (avant de devenir juge à la Cour suprême) : « It is unrealistic to expect judges trained in the common law and not having regular occasions to familiarize themselves with the civil law sources (particularly when not too familiar with the language in which they are written) to be confident in their analysis of these issues in terms of civil law categories, principles and idiom. »<sup>17</sup> En effet, ce qui distingue la common law du droit civil n'est pas uniquement son contenu, mais également ses principes, sa forme et sa méthode. La common law, soulignent le juge Louis LeBel et Pierre-Louis Le Saunier, se démarque « par son raisonnement inductif fondé sur la jurisprudence »<sup>18</sup>. Quant au droit civil, il repose « davantage sur la primauté des lois écrites et codificatrices en tant que principale source de droit. Sa méthode de raisonnement déductif s'articulerait en fonction de principes généraux qui sous-tendent les dispositions législatives ... Le précédent n'aurait pas la même portée qu'en common law »<sup>19</sup>.

### C) Un objectif d'unification

Ces distinctions importantes n'ont toutefois pas toujours été reflétées dans les décisions de la Cour suprême. Au contraire, comme l'explique Jean-Louis Baudouin dans son étude critique sur l'ensemble du travail de la Cour suprême entre 1896 et 1965<sup>20</sup>, lorsque la Cour interprétait le *Code civil du Bas-Canada*, elle était guidée par un objectif d'unification et n'hésitait pas à faire l'emprunt de précédents étrangers et d'interprétations étrangères pour justifier ses décisions. En effet, dès sa création, et ce, jusqu'à la fin des années 1940, la Cour suprême tentait ouvertement d'unifier le droit privé au Canada. La Cour voulait s'assurer que les mêmes situations, qu'elles aient lieu à Vancouver, à Toronto ou à Montréal, produisent les mêmes effets juridiques. L'affaire *Pacific Railway Co v Robinson*, un arrêt

---

du droit français et du droit anglais sur l'interprétation du *Code civil du Bas Canada* » (2000) 60 R du B 247; Pierre-Gabriel Jobin, « La circulation de modèles juridiques français au Québec. Quand? Comment? Pourquoi » dans Générosa BrasMiranda et Benoit Moore, dir, *Mélanges Adrian Popovici. Les couleurs du droit*, Montréal, Thémis, 2010, 599 [Jobin]; Rosalie Jukier, « Canada's Legal Traditions: Sources of Unification, Diversification, or Inspiration? » (2018) 11:1 J of Civ L Stud 75 [Jukier]; Jean-François Niort, « 'Notre droit civil...': Quelques remarques sur l'interprétation du Code Civil français et du Code civil du Bas-Canada au Québec » dans Beauthier et Rorive, *supra* note 10, 173; Young, « Overlapping identities », *supra* note 10.

<sup>17</sup> Gerald E LeDain, « Concerning the Proposed Constitutional and Civil Law Specialization at the Supreme Court Level » (1967) 2:1 RJT 107 à la p 108 [LeDain].

<sup>18</sup> LeBel et Le Saunier, *supra* note 6 à la p 181.

<sup>19</sup> *Ibid* à la p 181.

<sup>20</sup> Baudouin, « Code civil par la Cour suprême », *supra* note 4.

de 1887 portant sur la responsabilité civile, illustre l'approche de la Cour<sup>21</sup>. La situation en cause nécessitait une interprétation de l'article 1056 du *Code civil du Bas-Canada* afin que la Cour puisse décider si les personnes à charge d'une victime décédée pouvaient réclamer une indemnisation pour un préjudice moral (*solatium doloris*). À l'époque, la common law ne reconnaissait pas le *solatium doloris* dans des cas semblables. Dans ses motifs, la Cour décrit ainsi son objectif d'unification :

I think it would be much to be regretted if we were compelled to hold that damages should be assessed by different rules in the different provinces through which the same railroad may run... It cannot be intended by this legislation, that if a man was killed in Upper Canada, no *solatium* should be granted to his wife or legal representatives by way of damages, but that if he was killed in Lower Canada, such *solatium* should be given.<sup>22</sup>

La Cour a donc interprété l'article 1056 de manière à exclure cette compensation. Ce faisant, la Cour a intentionnellement écarté des principes civilistes<sup>23</sup>.

Le problème ne se limitait pas au fait que la Cour poursuivait un objectif d'unification du droit canadien—en fait, pour parvenir à créer un droit canadien homogène, la Cour remodelait systématiquement le droit civil et non pas la common law. En effet, le professeur Baudouin observe en 1975 (avant d'être nommé juge à la Cour d'appel du Québec) : « Il nous a été impossible de relever un seul exemple significatif démontrant que, dans ses tentatives d'unification du droit, la Cour suprême ait fait sienne une solution du droit québécois et l'ait appliquée aux droits des autres provinces. Par contre, il existe de nombreux exemples de la situation inverse. »<sup>24</sup> La Cour poursuivait réellement un objectif d'unification *unidirectionnelle*.

Dans son étude, le professeur Baudouin soulignait également la tendance de la Cour suprême à justifier son interprétation du Code civil en citant des précédents de common law plutôt que de faire référence à des sources civilistes. Pour un juge formé dans la tradition de common law, il était parfaitement naturel de se référer aux sources avec lesquelles il était familier, surtout lorsqu'il n'était pas bilingue : « [D]evant l'impossibilité de lire et de comprendre la jurisprudence et la doctrine de langue

<sup>21</sup> *Canadian Pacific Ry Co v Robinson*, (1887) 14 SCR 105.

<sup>22</sup> *Ibid* à la p 111.

<sup>23</sup> Pour plus sur le *solatium doloris*, le Code civil et les juges québécois, voir Michel Morin, « Une analyse historique et comparative de l'indemnisation du *solatium doloris* au Québec » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Mélanges Claude Masse, En quête de justice et d'équité*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, 347.

<sup>24</sup> Baudouin, « Code civil par la Cour suprême », *supra* note 4 à la p 719.



française, ces juges se sont tout naturellement tournés vers les autorités de langue anglaise. »<sup>25</sup> Ce faisant, la Cour empruntait des interprétations étrangères au droit civil et les intégrait au droit civil sans se demander si ces règles et interprétations étrangères étaient compatibles avec celui-ci « sur le plan culturel et social » québécois<sup>26</sup>. Les emprunts à la common law étaient nombreux. Si un jugement en Angleterre avait considéré un problème semblable, sa solution pouvait s'appliquer à la problématique québécoise. De même, s'il y avait une ambiguïté dans le libellé d'un article du Code civil, la Cour cherchait l'interprétation qui était conforme avec une formulation semblable dans la common law. Plutôt que de traiter le Code civil comme un tout complet, la Cour puisait constamment dans les précédents et règles d'interprétations de common law.

## D) La résistance

Force est de conclure, comme le professeur Baudouin, que les sept premières décennies de la Cour suprême ont été une « période noire » pour le droit civil québécois<sup>27</sup>. Cette ère d'assimilation et d'impérialisme à la Cour suprême a notamment suscité trois réactions chez les juristes québécois. La première fut de carrément ignorer le raisonnement de la Cour suprême. Comme l'observe la juge L'Heureux-Dubé : « [I]nterestingly, the early posture of Quebec courts generally, and the Quebec Court of Appeal in particular, was to ignore the decisions of the Supreme Court of Canada in matters governed by the civil law. »<sup>28</sup> En théorie, la tradition civiliste, au Québec comme en France, ne reconnaît pas les précédents comme source autoritaire de droit. Même si la Cour suprême, à la tête du système judiciaire du Canada, a prononcé en 1909 l'application de la doctrine de *stare decisis*, la résistance dans les cours du Québec s'est maintenue (du moins jusqu'en 1940)<sup>29</sup>. C'est ainsi que plusieurs cours au Québec n'ont pas suivi l'exemple de la Cour suprême dans l'affaire *Pacific Railway Co v Robinson*. « [L]es tribunaux inférieurs québécois favorisaient largement la reconnaissance du *solatium doloris* et l'interprétation large du Code civil, contournant l'application de la règle établie dans *Robinson* »<sup>30</sup>, note France Allard.

La deuxième réaction fut de se prononcer publiquement contre l'approche unificatrice de la Cour suprême. La juge L'Heureux-Dubé note

<sup>25</sup> *Ibid* à la p 725

<sup>26</sup> *Ibid* à la p 731.

<sup>27</sup> *Ibid* à la p 736; voir aussi L'Heureux-Dubé, « Bijuralism », *supra* note 8 à la p 464.

<sup>28</sup> L'Heureux-Dubé, « Bijuralism », *supra* note 8 à la p 461.

<sup>29</sup> *Ibid*; Albert Mayrand, « L'autorité du précédent au Québec » (1994) 28 RJT 773.

<sup>30</sup> France Allard, *La Cour suprême du Canada et son impact sur l'articulation du bijuridisme*, Ministère de la Justice du Canada, en ligne : <[www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/harmonization/hlf-hfl/f3-b3/bf3a.pdf](http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/harmonization/hlf-hfl/f3-b3/bf3a.pdf)>.

que dès 1920, « fear of common law's power to assimilate civilian culture greatly contributed to the movement for the defense of the integrity of civil law »<sup>31</sup>. Ce mouvement intellectuel s'est manifesté autant dans la doctrine émanant de juristes québécois que sous la plume des juges civilistes à la Cour suprême. L'objectif de la Cour suprême d'unifier le droit canadien menaçait la survie du Code civil comme source de droit singulier. C'est pourquoi d'éminents juristes québécois ont fait « de la sauvegarde du droit civil dans son intégrité le thème dominant de leur contribution »<sup>32</sup>. Certains juges québécois ont également manifesté leur profond malaise avec l'approche « d'unification » de la Cour suprême. Le juge Pierre-Basile Mignault a notamment milité pour une transformation de l'interaction entre le droit civil et la common law. Durant ses années à la Cour suprême, de 1918 à 1929, le juge Mignault a mis l'emphase sur la spécificité et l'autonomie du droit civil. En 1920, dans l'arrêt *Desrosiers v The King*, il exprime son désaccord avec la tendance inappropriée de se référer à la common law pour expliquer le droit civil :

Il me semble respectueusement qu'il est temps de réagir contre l'habitude de recourir, dans les causes de la province de Québec, aux précédents du droit commun anglais, pour le motif que le code civil contiendrait une règle qui serait d'accord avec un principe du droit anglais. Sur bien des points... le code civil et le *common law* contiennent des règles semblables. Cependant le droit civil constitue un système complet par lui-même et doit s'interpréter d'après ses propres règles. Si pour cause d'identité de principes juridiques on peut recourir au droit anglais pour interpréter le droit civil français, on pourrait avec autant de raison citer les monuments de la jurisprudence française pour mettre en lumière les règles du droit anglais. Chaque système, je le répète, est complet par lui-même, et sauf le cas où un système prend dans l'autre un principe qui lui était auparavant étranger, on n'a pas besoin d'en sortir pour chercher la règle qu'il convient d'appliquer aux espèces bien diverses qui se présentent dans la pratique journalière.<sup>33</sup>

L'essence de ce discours se retrouve dans plusieurs de ses motifs. Après sa retraite, le juge Mignault poursuit sa mission dans de nombreuses publications juridiques québécoises<sup>34</sup>. En 1936, il écrit au sujet de la relation entre la tradition civiliste et la common law : « Chaque système juridique a sa méthode qui seule lui convient. On ne doit pas lui appliquer

<sup>31</sup> L'Heureux-Dubé, « Bijuralism », *supra* note 8 à la p 462.

<sup>32</sup> Sylvio Normand, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : La sauvegarde de l'intégrité du droit civil » (1987) 32:3 RD McGill 559 à la p 563.

<sup>33</sup> *Desrosiers v The King*, (1920) 60 SCR 105 à la p 126.

<sup>34</sup> Pierre-Basile Mignault, « Conservons notre droit civil » (1936-7) 15 R du D 28.

les méthodes d'un autre système, pas plus qu'on ne doit lui imposer des principes étrangers à l'économie de son droit. »<sup>35</sup>

Plusieurs juges ont emboîté le pas au juge Mignault, notamment le juge Pigeon, qui a siégé à la Cour suprême entre 1967 et 1980. C'est le juge Pigeon qui a finalement rétabli l'interprétation civiliste de l'article 1056 qui avait été écartée depuis l'arrêt *Robinson*. Dans ses motifs, le juge Pigeon note l'importance d'interpréter « l'art. 1056 C.c. non pas comme la reproduction d'une loi d'inspiration anglaise, mais comme un texte nouveau faisant partie de la codification d'un droit dont certains principes fondamentaux diffèrent radicalement de ceux de la Common Law »<sup>36</sup>. Tout comme le juge Mignault, le juge Pigeon insistait sur le respect de l'intégrité du droit civil québécois, et ce, même lorsque l'application de ses principes menait à des résultats *radicalement* différents de ceux obtenus avec l'application de la common law.

La troisième réaction observée chez les juristes québécois visait à limiter le rôle des juges de common law de la Cour suprême lorsque cette dernière devait se pencher sur des questions de droit civil. Dans les années 1950 et 1960, plusieurs juristes québécois, dont Pierre Azard (alors doyen de la faculté de droit à l'Université d'Ottawa), ont proposé que les juges de common law à la Cour suprême arrêtent de siéger sur les causes touchant au droit civil puisque ceux-ci n'étaient tout simplement pas outillés pour interpréter et comprendre les principes civilistes<sup>37</sup>. Bien que populaire, cette idée ne faisait pas l'unanimité. Certains juristes, comme Gérard Le Dain (alors doyen de la faculté de droit d'Osgoode Hall, après avoir été avocat et professeur de droit au Québec de 1951 à 1967), n'appuyaient pas cette approche notamment parce que les pourvois à la Cour suprême ne pouvaient facilement être catalogués comme purement civilistes : « A civil law issue will often arise in connection with a question of federal statute law or a question of administrative law involving application of principles derived from the Common law of England ».<sup>38</sup> L'exclusion des juges de common law ne s'est finalement jamais réalisée. Ceux-ci ont continué à siéger sur des causes soulevant des questions de droit civil.

---

<sup>35</sup> Pierre-Basile Mignault, « Le Code civil de la Province de Québec et son interprétation » (1935-36) 1 UTLJ 104 à la p 131.

<sup>36</sup> *Pantel c Air Canada*, [1975] 1 RCS 472.

<sup>37</sup> Azard, *supra* note 5.

<sup>38</sup> LeDain, *supra* note 17 aux pp 109-10.

## 2. Analyse des arrêts de la Cour suprême entre 1976–2019

### A) Période sous étude

Cette étude porte sur l'approche des juges de la Cour suprême lorsqu'ils et elles font face à des questions de droit civil. Nous avons analysé les décisions rendues entre 1976 et 2019 puisque cette période correspond aux années ayant suivi la fin de l'ère d'assimilation. En 1975, Baudouin observe :

[D]epuis quelques années, la situation a profondément changé. Un bref coup d'œil sur les décisions majeures en matière de droit civil ces cinq dernières années montrent, sans contestation possible, et indépendamment de l'opinion que l'on peut avoir sur le fond des décisions, que le droit civil à la Cour suprême se porte bien, mieux même qu'il ne s'est porté depuis fort longtemps et que la méthodologie civiliste a trouvé apparemment la place qui aurait dû être la sienne antérieurement (...) il est de plus en plus rare de voir les juges de *common law* s'aventurer à donner une opinion divergente de celle de leurs confrères québécois dans les questions portant uniquement sur le Code ou le droit civil québécois.<sup>39</sup>

Rappelons d'ailleurs que c'est en 1975 que le juge Pigeon a renversé l'arrêt *Robinson*, décision qui était jusqu'alors un symbole de l'approche d'unification unidirectionnelle de la Cour suprême. Notre étude utilise donc comme point de départ l'année suivante, 1976.

### B) Terminologie : juge civiliste, juge de common law

Pour les fins de notre étude, les « juges civilistes » sont les juges du Québec nommés pour satisfaire à l'exigence de l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême*. Pour la période sous étude, tous les juges nommés à la Cour suprême en provenance du Québec avaient un diplôme de droit civil d'une faculté de droit au Québec ou de l'Université d'Ottawa. De plus, tous ces juges ont approfondi leur connaissance de la tradition civiliste au cours de leurs carrières avant d'être nommés à la Cour suprême du Canada.

Pour ce qui est des « juges de common law », ce sont ceux qui ont une expérience axée sur la tradition de common law. Ils ont reçu des diplômes de common law et n'ont généralement pas eu un contact significatif avec le droit civil avant d'arriver à la Cour suprême. La tradition canadienne veut que trois juges soient nommés en provenance de l'Ontario, un juge en provenance de l'Est canadien (soit de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, de l'Île-du-Prince-Édouard ou de Terre-Neuve-et-Labrador), un juge en provenance de l'Ouest du Canada (normalement la Colombie-

<sup>39</sup> Baudouin, « Code civil par la Cour suprême », *supra* note 4 à la p 736.

Britannique) et un juge venant des Prairies (Saskatchewan, Manitoba et Alberta).

Il arrive qu'il y ait des exceptions—notamment, les juges Gerald Le Dain, Louise Arbour, Michel Bastarache et Sheilah Martin. Ces juges ont étudié la common law *et* le droit civil québécois, mais la majorité de leur carrière s'est bâtie hors du Québec<sup>40</sup>. Suivant la distinction que nous avons établie entre les juges du Québec civilistes et tous les autres juges représentant les provinces canadiennes de common law, ces quatre juges d'exception se retrouvent dans la catégorie « juges de common law ». Toutefois, lorsque leur contribution et leur expérience bijuridiques sont pertinentes pour notre analyse, nous le soulignons.

### C) Méthodologie

La Cour suprême a rendu un total de 4 062 décisions entre 1976 et 2019<sup>41</sup>. Notre étude ne porte que sur 246 de ces décisions puisque nous nous sommes concentrés sur les causes où des questions d'interprétation ou d'application du *Code civil du Québec* ou de son ancêtre, le *Code civil du Bas-Canada*, étaient soulevées<sup>42</sup>. Nous reconnaissons évidemment que le Code civil ne contient pas tout le droit civil<sup>43</sup>. Toutefois, considérant l'importance du Code pour la tradition civiliste, nous croyons que notre analyse de ces décisions permet de tirer des conclusions préliminaires sur les tendances à la Cour suprême. Presque la totalité des 246 décisions

---

<sup>40</sup> Le Dain est devenu membre du Barreau du Québec en 1949, alors qu'il est devenu membre de celui de l'Ontario seulement en 1967, après avoir été avocat et professeur de droit au Québec pour plus de 15 ans.

<sup>41</sup> Selon une recherche sur CanLII pour toutes les décisions de la Cour suprême entre le 1<sup>er</sup> janvier 1976 et le 31 décembre 2019.

<sup>42</sup> D'abord, parmi le total de 4 062 décisions rendues entre 1976 et 2019, nous avons identifié les 377 qui contenaient les mots « Code civil », selon une recherche sur CanLII. Ensuite, en lisant ces décisions, nous avons identifié celles qui soulevaient des questions d'interprétation ou d'application du *Code civil du Québec* ou du *Code civil du Bas-Canada*. En adoptant ce critère, nous avons exclu les causes qui mentionnaient le Code civil brièvement en *obiter*, sans l'interpréter ou l'appliquer. Par exemple, nous avons exclu *DBS c SRG; LJW c TAR; Henry c Henry; Hiemstra c Hiemstra*, 2006 CSC 37 au para 112 (un pourvoi provenant de la Cour d'appel de l'Alberta) puisque la Cour ne fait que mentionner le Code civil : « Certaines provinces, dont le Québec, confèrent même au tribunal le pouvoir discrétionnaire de modifier, dans certaines limites précises, un arrangement relatif aux aliments de l'enfant en fonction des besoins du bénéficiaire : voir l'art. 587.1 du *Code civil du Québec*. » Nous avons exclu un total de 131 décisions. (Un document Excel qui accompagne cet article nomme les 246 décisions jugées pertinentes.)

<sup>43</sup> Voir les motifs du juge Beetz dans *Cie Immobilière Viger c L Giguère Inc*, [1977] 2 RCS 67. Voir également l'arrêt *Snyder c Montreal Gazette Ltd*, [1988] 1 RCS 494, qui invoque le droit civil, mais pas le Code civil. Par ailleurs, les décisions portant uniquement sur le *Code de procédure civile* ne sont pas incluses dans notre analyse.

examinées émanent de la Cour d'appel du Québec. Pour chacune des 246 décisions, nous avons porté une attention particulière aux questions suivantes :

- (i) Combien de juges siégeaient sur chaque cause ?
- (ii) Un juge de common law était-il auteur ou co-auteur d'une opinion—soit pour la majorité, en dissidence ou en concurrence ?
- (iii) Comment les juges de common law se sont positionnés—notamment, par rapport à leurs collègues civilistes ?
- (iv) Lorsqu'un juge de common law rédigeait des motifs, quel était son niveau d'implication en droit civil ?

## **I) Le nombre de juges présents**

Cette première question importe parce qu'elle révèle la proportion de civilistes présents sur le banc et permet de répondre à deux questions sous-jacentes : (i) le nombre de juges siégeant sur des causes de droit civil a-t-il changé avec le temps ? (ii) la proportion de juges civilistes a-t-elle changé au fil des années ?

## **II) La rédaction de motifs**

Nous avons porté une attention particulière à l'identité des juges de common law qui ont rédigé des motifs portant sur l'application ou l'interprétation du Code civil (que ce soit comme auteurs ou co-auteurs) et à la fréquence de leur participation à la rédaction de ces motifs. Pour les fins de cette analyse, nous présumons qu'un juge qui est auteur joue un rôle plus influent dans la rédaction de motifs qu'un juge qui appuie certains motifs seulement avec son vote. Cette distinction semble raisonnable. Pourtant, il faut admettre que la réalité est souvent plus compliquée. Les auteurs et ceux qui les supportent sont généralement identifiés publiquement, mais il est impossible de savoir ce qui se dit entre juges avant la publication d'une décision. Un juge qui n'est pas auteur d'un jugement peut toujours suggérer une analyse à un collègue ou proposer certaines modifications. De plus, lorsque des motifs sont rédigés par plusieurs juges, il n'est pas possible d'isoler la contribution de chacun. Puisque ces interactions ne sont tout simplement pas visibles de l'extérieur, nous devons nous contenter de tirer les inférences les plus probables avec l'information limitée que nous avons.

### **III) Le positionnement des juges de common law par rapport à leurs collègues civilistes**

Nous avons examiné le nombre de cas où les juges de common law adoptent une position contraire ou différente de celle adoptée par une unanimité de juges civilistes. Nous avons également examiné le nombre de cas où les juges de common law utilisent leur majorité pour prévaloir sur une position adoptée par une majorité ou unanimité de juges du Québec.

### **IV) Le niveau d'implication en droit civil des juges de common law**

Nous avons tenté de déterminer si, depuis les « périodes noires » pour le droit civil québécois décrites par le professeur Baudouin, l'approche des juges de common law a véritablement changé lorsque ceux-ci rédigent des motifs portant sur l'interprétation ou l'application du Code civil<sup>44</sup>.

## **D) Observations basées sur l'analyse de 246 décisions portant sur l'application ou l'interprétation du Code civil entre 1976 et 2019**

### **I) Le banc de cinq juges et la majorité civiliste**

En 1949, le nombre de juges à la Cour suprême a augmenté de sept à neuf, et le nombre de juges en provenance du Québec a augmenté de deux à trois. Dès lors, il était généralement admis que les causes impliquant le droit civil soient entendues par un banc de cinq juges, dont trois provenant du Québec. Dans ces situations, évidemment, les civilistes formaient la majorité du banc. Dans un article publié en 1967, Gerald Le Dain (alors doyen à la faculté de droit d'Osgoode Hall) mentionne qu'il était plutôt « rare » qu'une cause de droit civil soit entendue par un banc majoritairement composé de juges de common law<sup>45</sup>.

Après cette période, nous observons un changement. Entre 1976 et 1984, lorsque Bora Laskin était juge en chef, 36 des 76 causes portant sur l'application ou l'interprétation du Code civil ont été décidées par un banc de cinq juges avec une majorité du Québec. Entre 1984 et 1990, lorsque Brian Dickson était juge en chef, neuf causes sur un total de 24 causes impliquant le droit civil ont été décidées par un banc de cinq juges avec une majorité du Québec. Puis, entre 1990 et 2000, alors qu'Antonio Lamer

---

<sup>44</sup> Baudouin, « Code civil par la Cour suprême », *supra* note 4 à la p 736.

<sup>45</sup> LeDain, *supra* note 17 à la p 117 : « A good deal of criticism has been directed in recent years to the occasions (admittedly rare since 1949) on which a majority of the Court in civil law cases has been composed of judges of common-law background. »

était juge en chef, 39 causes ont soulevé des questions liées au droit civil et 14 de ces causes ont été décidées par un banc avec une majorité de juges provenant du Québec. Jusqu'en 2000 donc, environ 40% des causes impliquant le droit civil étaient décidées par des bancs majoritairement composés de civilistes. Par contre, lorsque Beverley McLachlin est devenue juge en chef, les civilistes du Québec ne formaient que rarement la majorité. En effet, entre 2000 et 2019, sur un total de 107 causes, seulement trois ont été entendues par un banc de cinq juges avec une majorité de civilistes du Québec.

**TABLEAU 1 : Les bancs de cinq juges**

Juge en chef	Nombre de causes portant sur le Code civil	Nombre de causes avec trois juges du Québec sur un banc de cinq juges	Pourcentage
Bora Laskin (1976–1984)	76	36	47%
Brian Dickson (1984–1990)	24	9	38%
Antonio Lamer (1990–2000)	39	14	36%
Beverley McLachlin (2000–2017)	92	3	3%
Richard Wagner (2017–2019)	15	0	0%

Ce changement, pendant la période où la juge McLachlin était juge en chef, s'explique notamment par le fait qu'il avait beaucoup moins souvent des bancs de cinq juges, et donc les juges du Québec ne pouvaient former une majorité sur le banc. En fait, sous la juge en chef McLachlin, il n'y eut que huit bancs de cinq juges (dont trois avec une majorité de juges provenant du Québec) sur un total de 92 causes portant sur des questions liées au Code civil.

Pour un certain nombre d'années lorsque McLachlin était juge en chef, les juges Louise Arbour (cinq ans) et Michel Bastarache (neuf ans)<sup>46</sup> siégeaient à la Cour suprême. Si nous ajoutons ces deux juges au nombre des juges civilistes, il est possible de considérer que les civilistes formaient une majorité de juges beaucoup plus souvent—pour être précis, dans 31 causes (et donc 34% du temps). À la lumière de ce fait, l'ère de la juge en chef McLachlin semble moins différente de celle de ses prédécesseurs.

<sup>46</sup> Les deux ont un diplôme de droit civil. Contrairement au juge Michel Bastarache, la juge Louise Arbour était membre du Barreau du Québec.



Nous notons qu'entre 2007 et 2017, les juges Arbour et Bastarache ayant pris leur retraite, les civilistes n'ont pas formé la majorité d'un banc à la Cour suprême *une seule fois*. Dans la dernière décennie sous la juge en chef McLachlin ainsi que pour les premières années du juge en chef Richard Wagner, les civilistes n'ont jamais formé une majorité pour entendre une cause impliquant le Code civil, et ce, même en comptant la juge Sheilah Martin (diplômée de McGill) comme civiliste.

## II) La participation à la rédaction de motifs comme auteurs ou co-auteurs

Le tableau suivant présente le nombre de fois où chaque juge a siégé sur une cause portant sur le Code civil entre 1976 et 2019 ainsi que le nombre de fois où chaque juge a été auteur ou co-auteur (des motifs de la majorité, de ceux de la dissidence ou des motifs concurrents) pour ces causes<sup>47</sup>.

**TABLEAU 2 : Formation des juges et leur implication avec des causes de droit civil**

Juge	Juridiction (RDC = Reste du Canada)	Formation	Années de service	Nombre de fois sur le banc pour des causes portant sur le Code civil <sup>48</sup>	Nombre de fois comme auteur d'une décision (seul ou co-auteur) <sup>49</sup>
Abella	RDC	Common Law	2004–2021	59	7
Arbour	RDC	Bijuridique	1999–2004	22	1
Bastarache	RDC	Bijuridique	1997–2008	51	8
Beetz	QC	Droit Civil	1974–1988	80	28
Binnie	RDC	Common Law	1998–2011	57	8
Brown	RDC	Common Law	2015–	25	5
Charron	RDC	Common Law	2004–2011	29	0
Chouinard	QC	Droit Civil	1979–1986	32	18

<sup>47</sup> Pour les fins de ce tableau, nous avons omis les trois jugements unanimes de « [l]a Cour » puisqu'aucun auteur n'est précisé. Nous avons également exclu trois jugements oraux puisque ceux-ci n'avaient pas de motifs détaillés.

<sup>48</sup> Entre 1976 et 2019.

<sup>49</sup> Entre 1976 et 2019.

Juge	Jurisdiction (RDC = Reste du Canada)	Formation	Années de service	Nombre de fois sur le banc pour des causes portant sur le Code civil <sup>48</sup>	Nombre de fois comme auteur d'une décision (seul ou co-auteur) <sup>49</sup>
Cory	RDC	Common Law	1989–1999	34	1
Côté	QC	Droit Civil	2014–	25	20
Cromwell	RDC	Common Law	2008–2016	28	4
de Grandpré	QC	Droit Civil	1974–1977	21	8
Deschamps	QC	Droit Civil	2002–2012	45	25
Dickson	RDC	Common Law	1973–1990	57	3
Estey	RDC	Common Law	1978–1988	42	2
Fish	QC	Bijuridique	2003–2013	42	3
Gascon	QC	Droit Civil	2014–2019	27	15
Gonthier	QC	Droit Civil	1989–2003	63	33
Iacobucci	RDC	Common Law	1991–2004	35	2
Judson	RDC	Common Law	1958–1977	13	0
Karakatsanis	RDC	Common Law	2011–	38	0
L'Heureux-Dubé	QC	Droit Civil	1987– 2002	61	26
La Forest	RDC	Common Law	1985–1997	41	3
Lamer	QC	Droit Civil	1980–2000	62	8
Laskin	RDC	Common Law	1970–1984	21	3
Le Dain	RDC	Bijuridique	1984–1988	7	1
LeBel	QC	Droit Civil	2000–2014	74	43
Major	RDC	Common Law	1992–2005	28	1
Martin	RDC	Bijuridique	2017–	15	0

Juge	Jurisdiction (RDC = Reste du Canada)	Formation	Années de service	Nombre de fois sur le banc pour des causes portant sur le Code civil <sup>48</sup>	Nombre de fois comme auteur d'une décision (seul ou co-auteur) <sup>49</sup>
Martland	RDC	Common Law	1958–1982	26	1
McIntyre	RDC	Common Law	1979–1989	30	0
McLachlin	RDC	Common Law	1989–2017	107	9
Moldaver	RDC	Common Law	2011–2022	31	0
Pigeon	QC	Droit Civil	1967–1980	49	19
Pratte	QC	Droit Civil	1977–1979	20	11
Ritchie	RDC	Common Law	1959–1984	28	0
Rothstein	RDC	Common Law	2006–2015	32	5
Rowe	RDC	Common Law	2016–	17	6
Sopinka	RDC	Common Law	1988–1997	23	2
Spence	RDC	Common Law	1963–1978	17	0
Stevenson	RDC	Common Law	1990–1992	0	0
Wagner	QC	Droit Civil	2012–	37	23
Wilson	RDC	Common Law	1982–1991	23	1

Entre 1976 et 2019, les juges de common law ont participé à la rédaction de motifs, soit seuls ou comme co-auteurs<sup>50</sup>, dans 59 des 246 causes impliquant le Code civil. Par exemple, dans l'affaire *Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited c Hydro-Québec*<sup>51</sup>, le juge Gascon (civiliste) a écrit pour la majorité, et le juge Rowe (common law) a écrit la

<sup>50</sup> Ici, les juges Bastarache et Arbour sont considérés comme juges de common law.

<sup>51</sup> *Churchill Falls (Labrador) Corp c Hydro-Québec*, 2018 CSC 46 [*Churchill Falls*].

dissidence. Dans 16 causes, des juges de common law étaient co-auteurs avec des juges provenant du Québec. Par exemple, dans l'affaire *Montréal (Ville) c Dorval*, la juge Côté (civiliste) et le juge Brown (common law) étaient co-auteurs d'une dissidence<sup>52</sup>. Parfois, un juge de common law était co-auteur avec une civiliste dans le même jugement où un juge de common law était l'auteur de motifs distincts—comme dans l'affaire *Montréal (Ville) c 2952-1366 Québec Inc*, où la juge en chef McLachlin (common law) a co-écrit un jugement avec la juge Deschamps (civiliste), tandis que la dissidence était écrite par le juge Binnie (common law)<sup>53</sup>. Nous notons que dans 28 des 59 causes où les juges de common law ont participé à la rédaction de motifs, de manière visible, ils n'ont manifesté aucun désaccord portant sur le Code civil. Donc, dans 52% des 59 causes, des juges de common law ont rédigé des motifs où ils ont émis une opinion différente de celle de leurs collègues provenant du Québec sur une interprétation ou une application du Code civil.

Nous avons identifié neuf juges de common law qui, entre 1976 et 2019, n'ont pas rédigé de motifs portant sur le Code civil : les juges Charron (7 ans), Karakatsanis\* (8 ans), Moldaver\* (8 ans), Martin\* (2 ans), Stevenson<sup>54</sup> (2 ans), Spence\* (15 ans), Ritchie\* (25 ans), McIntyre (10 ans) et Judson\* (19 ans). Certains juges n'ont participé comme auteurs qu'une seule fois : les juges Wilson (9 ans), Martland\* (24 ans), Major (13 ans) et Cory (10 ans). Pour certains de ces juges, il importe de souligner que la période de notre étude n'inclut pas toutes leurs années de service à la Cour. Ces juges sont identifiés par un astérisque.

Une évaluation du niveau de participation des juges de common law dénote une certaine déférence de ceux-ci envers leurs collègues du Québec. En effet, durant la période sous étude, les juges du Québec ont écrit la vaste majorité des jugements tandis que les juges de common law sont restés disproportionnellement silencieux. Pendant les 44 années analysées, bien que les juges de common law représentent environ 59% des juges siégeant sur des causes portant sur le Code civil, ils n'ont écrit que dans 25% de ces causes<sup>55</sup>. En comparaison, alors que les civilistes du

<sup>52</sup> *Montréal (Ville) c Dorval*, 2017 CSC 48 [Dorval].

<sup>53</sup> *Montréal (Ville) c 2952-1366 Québec Inc*, 2005 CSC 62.

<sup>54</sup> Notons toutefois que le juge Stevenson n'a jamais siégé sur une cause portant sur le droit civil.

<sup>55</sup> Un total de 1 513 juges ont siégé sur toutes les causes (ici, le même juge peut être compté plusieurs fois, en proportion avec le nombre de causes où il est présent). De ce total, les juges de common law constituent 913 des juges et ceux du Québec sont de 628. (Nous n'avons pas pu identifier le nombre de juges présents pour *Vadeboncoeur c Landry*, [1977] 2 RCS 179.)

Québec ne représentaient que 41% des juges sur le banc, ils ont rédigé les motifs de près de 96% des causes portant sur le Code civil<sup>56</sup>.

Nous avons constaté une augmentation de la collaboration entre juges de common law et ceux de droit civil pour la rédaction de motifs dans des causes de droit civil. Entre 1976 et 1997, aucune des 135 causes portant sur le Code civil n'a produit de motifs conjoints où l'on aurait pu observer l'effort commun de juges de droit civil et de common law. Depuis, cette collaboration arrive bien plus souvent, en moyenne presque une fois par année. Entre 1998 et 2019, des juges civilistes et des juges de common law ont collaboré pour la rédaction de motifs dans 15 décisions<sup>57</sup>. Cette plus grande collaboration entre juges de common law et juges de tradition civiliste semble indiquer un appétit pour une participation active des juges de common law. D'ailleurs, nous observons que certains juges de common law—comme les juges Brown et Rowe—après avoir collaboré avec leurs collègues civilistes, écrivent leurs propres motifs dans des causes impliquant le Code civil. En 2017, le juge Brown a écrit avec sa collègue la juge Côté dans *Montréal (Ville) c Dorval*, [2017] 2 RCS 250. Puis en 2019, il a produit ses propres motifs dans *Barer c Knight Brothers LLC*, [2019] 1 RCS 573. Quant au juge Rowe, en 2017, il a appuyé avec la juge en chef la dissidence de la juge Côté dans *Uniprix inc c Gestion Gosselin et Bérubé inc*, [2017] 2 RCS 59. Puis, en 2018, se basant sur les mêmes principes de droit civil, il a écrit sa propre dissidence dans *Churchill Falls (Labrador) Corp c Hydro-Québec*, [2018] 3 RCS 101.

### III) Les alliances et les tensions

L'observation des alliances et des tensions entre les juges provenant du Québec et leurs collègues de common law permet de mieux saisir l'étendue de la participation des juges de common law en droit civil. Ici, nous soulignons des situations où les juges de common law se sont opposés à une position adoptée par deux ou trois juges du Québec.

---

<sup>56</sup> Pour ce calcul, les « jugements de la Cour » sont exclus.

<sup>57</sup> *Aubry c Éditions Vice-Versa inc*, [1998] 1 RCS 591 [Aubry]; *Magasins à rayons Peoples inc (Syndic de) c Wise*, 2004 CSC 68; *Chaoulli c Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35; *Montréal (Ville) c 2952-1366 Québec Inc*, 2005 CSC 62; *Dell Computer Corp c Union des consommateurs*, 2007 CSC 34 [Dell]; *Richard c Time Inc*, 2012 CSC 8; *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2014 CSC 45; *Banque de Montréal c Marcotte*, 2014 CSC 55; *Marcotte c Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 CSC 57; *Banque Amex du Canada c Adams*, 2014 CSC 56; *Dorval*, supra note 52; *Modern Concept d'entretien inc c Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec*, 2019 CSC 28; *Threlfall c Carleton University*, 2019 CSC 50; *Montréal (Ville) c Octane Stratégie inc*, 2019 CSC 57; *Transport Desgagnés inc c Wärtsilä Canada Inc*, 2019 CSC 58. Le juge Bastarache a participé aux motifs de deux de ces causes (*Dell* et *Aubry*).

Dans 14 arrêts, les juges de common law ont déterminé la position majoritaire de la Cour même si cette position était contraire au résultat ou au raisonnement appuyé par une majorité ou une unanimité de civilistes<sup>58</sup>. Par exemple, dans l'arrêt *Dell Computer Corp c Union des consommateurs*, les motifs de la majorité étaient écrits par la juge Deschamps avec l'appui de cinq juges de common law. Quant aux motifs conjoints-dissidents, ils étaient écrits par les juges Bastarache et LeBel, avec l'appui de juge Fish. Les motifs conjoints-dissidents avaient donc l'appui de deux des trois juges provenant du Québec, en plus d'un juge de formation bijuridique, le juge Bastarache. Aucun juge de common law n'a participé officiellement à la rédaction des motifs de la majorité, mais le poids des juges de common law a déterminé le résultat dans cet arrêt, écartant ainsi la position adoptée par la majorité civiliste.

Ces 14 cas sont importants puisqu'ils démontrent que le rôle des juges de common law est déterminant; en exprimant leur désaccord avec plusieurs juges provenant du Québec, ils façonnent le droit civil. Bien que cela n'arrive pas souvent, le fait que les juges de common law expriment leur désaccord avec une majorité de civilistes indique qu'ils considèrent légitime leur pouvoir de renverser la position appuyée par une majorité de juges civilistes. L'ensemble des arrêts entre 1976 et 2019 révèle que les juges de common law montrent une déférence envers leurs collègues civilistes, mais cela ne s'avère pas une abdication complète. Dans certains cas, ils n'hésitent pas à déterminer la position majoritaire, et ce, même sans l'appui de la majorité des juges du Québec. Notons toutefois que les motifs de la majorité avaient l'appui d'un juge du Québec dans dix de ces 14 causes. Dans huit de ces dix décisions, ce juge du Québec était l'auteur des motifs de la majorité. Ainsi, les juges de common law ont déterminé la position de la majorité mais sous la plume d'un juge provenant du Québec.

Nous avons aussi identifié les causes où des juges provenant du Québec étaient unanimes sur une position, et des juges de common law ont quand même écrit des motifs distincts (soit en dissidence ou pour une

---

<sup>58</sup> *Peracomo Inc c Société TELUS Communications*, 2014 CSC 29 [*Peracomo*]; *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c Canada*, 2009 CSC 29; *Dell*, *supra* note 57; *Isidore Garon ltée c Tremblay*; *Fillion et Frères (1976) inc c Syndicat national des employés de garage du Québec inc*, 2006 CSC 2; *Glykis c Hydro-Québec*, 2004 CSC 60; *Syndicat Northcrest c Amselem*, 2004 CSC 47; *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c Blouin*, 2003 CSC 31; *Théberge c Galerie d'Art du Petit Champlain inc*, 2002 CSC 34 [*Théberge*]; *Proulx c Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66 [*Proulx*]; *Leiriao c Val-Bélair (Ville)*, [1991] 3 RCS 349; *Banque nationale de Grèce (Canada) c Katsikonouris*, [1990] 2 RCS 1029 [*Banque nationale de Grèce*]; *Chartier c Proc Gén (Qué)*, [1979] 2 RCS 474; *Lachine c Industrial Glass Co Ltd*, [1978] 1 RCS 988 [*Lachine*]; *Anjou (Ville d') c CAC Realty Ltd et autres*, [1978] 1 RCS 819.

majorité)<sup>59</sup>. Entre 1976 et 2019, lorsque les juges du Québec ont adopté une position unanime dans des causes portant sur le Code civil, des juges de common law ont écrit des motifs avec un raisonnement distinct à dix reprises<sup>60</sup>. Le simple fait que des juges de common law aient été disposés à manifester un tel désaccord face à l'opposition de leurs collègues provenant du Québec semble indiquer que la déférence n'est pas sans borne. En effet, ces exemples signalent que certains juges de common law se sentent suffisamment outillés pour appliquer ou interpréter le Code civil sans l'appui d'un seul collègue du Québec.

#### IV) La nature de la participation des juges de common law

En plus d'examiner l'aspect quantitatif de la participation des juges de common law dans les causes portant sur le Code civil, nous avons étudié la nature de cette participation lorsque les juges de common law ont manifesté leur désaccord avec leurs collègues civilistes. Nous avons examiné de plus près les dix causes<sup>61</sup> où les juges du Québec étaient unanimes sur une position, et les juges de common law ont exprimé leurs désaccords, portant notamment sur le Code civil, dans des motifs distincts.

---

<sup>59</sup> *Churchill Falls*, supra note 51; *Peracomo*, supra note 58; *Bou Malhab c Diffusion Métromédia CMR inc*, 2011 CSC 9 [*Bou Malhab*]; *Bisaillon c Université Concordia*, 2006 CSC 19; *Gilles E Néron Communication Marketing inc c Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 53 [*Gilles E Néron*]; *Théberge*, supra note 58; *Proulx*, supra note 58; *Banque nationale de Grèce*, supra note 58; *Rubis c Gray Rocks Inn Ltd*, [1982] 1 RCS 452 [*Rubis*]; *Sous-ministre du Rev (Qué) c Rainville*, [1980] 1 RCS 35 [*Rainville*]; *Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada c Vincent*, [1979] 1 RCS 364 [*Vincent*]; *Industrielle, Compagnie d'Assurance Vie c Bolduc*, [1979] 1 RCS 481 [*Bolduc*]; *Lachine*, supra note 58.

<sup>60</sup> Ici, nous considérons toutes les causes où au moins deux juges du Québec ont siégé. Nous avons également exclu trois décisions où la source de désaccord n'implique pas le droit civil. Par exemple, dans *Proulx*, supra note 58, sept juges ont siégé, donc deux étaient du Québec, juges L'Heureux-Dubé et Gonthier. Les juges Iacobucci et Binnie ont rédigé les motifs de la majorité, et la juge L'Heureux-Dubé a écrit une dissidence avec l'appui du juge Gonthier. Par contre, les juges Iacobucci et Binnie affirment que « [n]otre désaccord avec notre collègue porte sur les faits de la présente affaire » et non « sur le plan des principes applicables ».

<sup>61</sup> *Théberge*, supra note 58 (avec le juge Binnie écrivant la majorité); *Banque nationale de Grèce*, supra note 58 (avec le juge La Forest écrivant la majorité); *Lachine*, supra note 58 (avec Judson écrivant la majorité); *Churchill Falls*, supra note 51 (avec le juge Rowe en dissidence); *Bou Malhab*, supra note 59 (avec Abella en dissidence); *Gilles E Néron*, supra note 59 (avec le juge Binnie en dissidence); *Rubis*, supra note 59 (avec le juge Estey en dissidence); *Rainville*, supra note 59 (avec le juge Estey en dissidence); *Vincent*, supra note 59 (avec le juge Martland en dissidence); *Bolduc*, supra note 59 (avec le juge Dickson en dissidence).

Dans sept de ces dix causes, les juges de common law ont manifesté leur désaccord sur un point du Code civil en écrivant des dissidences<sup>62</sup>. Ce n'est que dans trois cas—au cours des 44 dernières années—que des juges de common law se sont ralliés pour renverser une position adoptée par tous les juges du Québec<sup>63</sup>. Dans ces trois causes, la position adoptée unanimement par les civilistes est reléguée à une dissidence.

Au-delà de l'importance du simple fait que des juges de common law étaient disposés à manifester leur désaccord face à l'opposition de leurs collègues du Québec, il importe de voir *comment* ces juges de common law ont manifesté ce désaccord. Il devient évident, en examinant leurs motifs, que l'approche moderne des juges de common law est entièrement différente de l'approche de la « période noire » critiquée par le juge Baudouin.

Trois arrêts illustrent clairement cette différence : *Rubis c Gray Rocks Inn Ltd* (1983), *Gilles E Néron Communication Marketing inc c Chambre des notaires du Québec* (2004) et *Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited c Hydro-Québec* (2018)<sup>64</sup>.

En 1983, la cause *Rubis c Gray Rocks Inn Ltd* a été décidée par un banc de cinq juges, dont trois étaient du Québec. Les civilistes ont rédigé les motifs de la majorité, tandis que les deux juges de common law ont écrit la dissidence, sous la plume du juge Estey. La Cour devait interpréter la portée des articles 1053, 1054 et 1055 du *Code civil du Bas-Canada* pour trancher une question de responsabilité civile. Certains concepts de common law—notamment les notions de « piège » et « invitees » ainsi que de « licensees »—étaient soulevés, mais la majorité les a écartés et a insisté sur une approche ancrée dans le droit civil. Cela n'est pas surprenant. Ce

---

<sup>62</sup> *Churchill Falls*, *supra* note 51 (avec le juge Rowe en dissidence); *Bou Malhab*, *supra* note 59 (avec la juge Abella en dissidence); *Gilles E Néron*, *supra* note 59 (avec le juge Binnie en dissidence); *Rubis*, *supra* note 59 (avec le juge Estey en dissidence); *Rainville*, *supra* note 59 (avec le juge Estey en dissidence); *Vincent*, *supra* note 59 (avec le juge Martland en dissidence); *Bolduc*, *supra* note 59 (avec le juge Dickson en dissidence).

<sup>63</sup> *Théberge*, *supra* note 58 (avec le juge Binnie écrivant la majorité et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel en dissidence); *Banque nationale de Grèce*, *supra* note 58 (avec le juge La Forest écrivant la majorité et les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier en dissidence); *Lachine*, *supra* note 58 (avec le juge Judson écrivant la majorité et les juges de Grandpré et Pigeon en dissidence). Il importe de souligner que dans ces causes, les juges de common law ne font pas leur propre analyse du Code civil. Dans *Théberge* (2002) et *Banque nationale de Grèce* (1990), l'analyse des juges de common law n'invoque pas le Code civil. Dans *Lachine* (1977), les juges de common law appuient tout simplement l'analyse de la Cour d'appel du Québec.

<sup>64</sup> *Rubis*, *supra* note 59; *Gilles E Néron*, *supra* note 59; *Churchill Falls*, *supra* note 51.



qui étonne, c'est que les juges de common law ont également renoncé à invoquer ces concepts de common law :

(...) ce qui nous intéresse en l'espèce n'est pas la common law mais le Code civil (...) Nous n'avons pas à recourir aux concepts ni au vocabulaire de quelque autre système de droit pour interpréter les articles [du Code civil] et pour les appliquer aux faits de l'espèce. [...] Quelle que soit la nature de la « responsabilité du propriétaire » en common law, cela ne nous est d'aucun secours en l'espèce parce que cette Cour est saisie de la demande en vertu des articles précités du Code.<sup>65</sup>

Dans ses motifs, le juge Estey a refusé de soutenir ses conclusions en faisant référence à des arrêts de la Cour suprême fondés sur la common law. Il a plutôt appuyé son raisonnement avec les dispositions générales du Code civil sur la faute ainsi qu'avec les écrits des juges Mignault et Baudouin, géants du droit civil québécois. Ce faisant, le juge Estey arrive à une conclusion différente de ses collègues du Québec, mais en utilisant une méthode semblable.

En 2004, dans l'affaire *Gilles E Néron Communication Marketing inc c Chambre des notaires du Québec*, le juge LeBel a écrit les motifs pour la majorité<sup>66</sup>. En dissidence, le juge Binnie, un juge de l'Ontario, était seul. La cause soulevait des questions de diffamation et de responsabilité civile. Dans ses motifs, le juge LeBel a décrit les différences entre le droit civil et la common law lorsqu'il est question de diffamation et il a rappelé que les tribunaux doivent éviter d'introduire des règles de common law dans des matières qui sont régies par le droit civil :

Le point de départ est non pas la common law, mais le *Code civil du Québec* qui représente la loi fondamentale générale du Québec, comme le prévoit sa disposition préliminaire. Les tribunaux doivent éviter d'introduire ou d'appliquer inutilement des règles de common law dans une matière qui, sous réserve des principes du droit des chartes, reste régi (sic) par la procédure, les méthodes et les principes du droit civil.<sup>67</sup>

Quant au juge Binnie, il n'a pas manifesté un désaccord avec la méthode civiliste, au contraire : « À l'instar du juge LeBel, je reconnais qu'il convient de fonder l'analyse sur l'arrêt de la Cour d'appel du Québec *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles Inc.* » Pour appuyer ses conclusions, ultimement différentes de celles du juge LeBel, le juge Binnie ne s'est pas référé à la common law, il a plutôt cité des dispositions du Code civil ainsi que des décisions émanant du Québec.

---

<sup>65</sup> *Rubis*, *supra* note 59 aux pp 479, 481, 483.

<sup>66</sup> Seul deux juges du Québec ont siégé sur cette cause.

<sup>67</sup> *Gilles E Néron*, *supra* note 59 au para 56.

Finalement, en 2018, dans l'affaire *Churchill Falls*, les motifs de la majorité étaient rédigés par le juge Gascon tandis que le juge Rowe était seul en dissidence. Encore une fois, autant la majorité que la dissidence se gardent d'introduire ou d'appliquer inutilement des règles de common law. Bien qu'ils arrivent à des conclusions différentes, les deux camps se réfèrent aux dispositions du *Code civil du Québec* pour interpréter le contrat sans citer des sources de common law pour appuyer leurs raisonnements. Le juge Rowe, un juge de common law bilingue, a qualifié autrement le contrat en se basant notamment sur des principes de droit civil tel que formulés dans la décision *Uniprix inc c Gestion Gosselin et Bérubé inc*<sup>68</sup> un an plus tôt.

Ces trois jugements—*Rubis*, *Gilles E Néron* et *Churchill Falls*— illustrent un changement important depuis les « périodes noires » de la Cour suprême<sup>69</sup>. Les juges de common law semblent désormais avoir abandonné tout désir d'unification du droit civil avec la common law<sup>70</sup>.

### 3. Pistes de réflexions sur le rôle des juges de common law

Le niveau de participation croissant des juges de common law paraît indiquer un changement dans la perception que les juges de common law ont de leur rôle lorsque ceux-ci siègent sur des causes de droit civil.

La tendance actuelle s'éloigne du juge passif, qui n'écrit pas, qui ne participe pas. Ce niveau d'implication n'est clairement pas souhaitable. Nous ne croyons pas que les juges de common law devraient demeurer des spectateurs muets et suivre la direction établie par leurs collègues du Québec, puisque cela aurait pour effet pratique de transformer un banc de neuf en banc de seulement trois juges. Si une cause de droit civil entendue à la Cour suprême reposait entièrement sur le jugement de trois juges

<sup>68</sup> *Uniprix inc c Gestion Gosselin et Bérubé inc*, 2017 CSC 43.

<sup>69</sup> Baudouin, « Code civil par la Cour suprême », *supra* note 4 à la p 736.

<sup>70</sup> Plusieurs œuvres ont exploré le renversement de la tendance vers l'unification unidirectionnelle. Voir Jean-Louis Baudouin, « La Cour suprême et le droit civil québécois : Un bilan, un constat, une prospective » dans Gérald A Beaudoin, dir, *La Cour suprême du Canada. Actes de la Conférence d'octobre 1985*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1986, 125; Jean-Louis Baudouin, « Quel avenir pour le *Code civil du Québec* » (2009) 88:2 R du B can 497; Jean-Louis Baudouin, « L'art de juger en droit civil : réflexion sur le cas du Québec » (2016) 17 C de D 327; Benoît Moore, « Rapport de synthèse » dans Jimena Andino Dorato, Jean-Frédéric Ménard et Lionel Smith, dir, *Le droit civil et ses codes: parcours à travers les Amériques*, Montréal, Thémis, 2011, 187; Sylvio Normand, « An Introduction to Quebec Civil Law » dans Aline Grenon et Louise Bélanger-Hardy, dir, *Elements of Quebec Civil Law: A Comparison with the Common Law of Canada*, Carswell, 2008, 25; H Patrick Glenn, « La Cour suprême du Canada et la tradition du droit civil » (2001) 80 R du B can 151; Jobin, *supra* note 16.

provenant du Québec, l'autorité et la légitimité de la Cour pourraient être questionnées. En effet, en quoi un jugement de la Cour suprême aurait-il plus d'autorité qu'une décision unanime de la Cour d'appel du Québec avec un banc de trois ou cinq juges ?

Nous croyons qu'au minimum, un juge de common law à la Cour suprême devrait être en mesure d'évaluer de façon indépendante les motifs de collègues civilistes qui rédigent des motifs distincts. De plus, il est souhaitable que tous les juges de la Cour suprême s'impliquent pleinement, et ce, même lorsque des questions en litiges sortent de leurs champs d'expertise.

Cela dit, se pencher sur des questions de droit civil sans être proprement outillés pourrait avoir des conséquences sérieuses sur le développement du droit civil québécois. La tradition civiliste ne s'apprend pas facilement, surtout sans une certaine aisance en français. Des juges qui n'accorderaient pas la considération nécessaire au Code civil, à ses sources et à sa méthode risqueraient de manquer des nuances importantes<sup>71</sup>. D'ailleurs, les sept premières décennies de l'histoire de la Cour illustrent bien le tort que peut faire un juge voyant tout par le prisme de la common law, explicitement ou implicitement.

Heureusement, le rôle actif adopté par certains juges de common law semble respecter et reconnaître les différences de la tradition civiliste. En effet, les juges de common law qui participent à la rédaction de motifs signalent qu'ils sont prêts à entamer un dialogue avec la tradition civiliste en suivant la méthode qui lui est propre.

Par exemple, avant de devenir juge à la Cour suprême en 2011, la juge Karakatsanis déclarait :

I did not do my university studies in the civil law. However, it is important to me to understand the Civil code as well as the approach and principles of civil law. If I become a justice of the Supreme Court of Canada, I am going to work with diligence to learn the Civil code by reading as much as possible and discussing matters with my colleagues on the bench.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> Notons que le législateur québécois a toujours la possibilité de modifier les dispositions mal interprétées. Voir Azard, *supra* note 5 à la p 557 : « [I]l appartient, en effet, au législateur québécois d'agir... et de prendre aussitôt une loi pour éclairer le texte obscur ou compléter le texte trop bref qui aurait été interprété [par la Cour suprême] ... d'une façon qui sacrifierait un intérêt jugé non négligeable du système juridique du Québec. »

<sup>72</sup> Matthew Shoemaker, « Bilingualism and Bijuralism at the Supreme Court of Canada » (2012) Can Parl Rev 30 à la p 34.

Puis, entre 2011 et 2019, elle a siégé sur 38 causes de droit civil sans participer publiquement à la rédaction de motifs. Par contre, en 2020 (hors de la période sous étude), la juge Karakatsanis a co-rédigé des motifs pour la majorité dans l'affaire *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, où il était nécessaire de considérer les articles 3134 et 3148 du *Code civil du Québec*<sup>73</sup>. Il est possible que la juge Karakatsanis n'ait pas rédigé la section des motifs conjoints portant sur les articles 3134 et 3148 du Code civil. Sa participation pourrait également indiquer qu'après une période de familiarisation avec la tradition civiliste, la juge Karakatsanis deviendra une juge qui participera activement à la rédaction de motifs portant sur le droit civil.

Le fait que les deux grandes traditions juridiques sont représentées à la Cour suprême est une force. Cette force provient non seulement de l'expertise des juges dans leurs domaines de droit respectifs, mais aussi du regard critique et comparatif que des collègues peuvent s'offrir. Le juge Le Dain décrivait cette force ainsi :

The presence, in a case involving a civil law issue, of one or two common-law judges who are able to regard the applicable civil law principles (as they receive them from the arguments of counsel and the exposition of their brother judges) from the perspective of their own legal culture, as well as their experience and judgment of practical affairs, affords the civil law regular opportunity for critical self-evaluation and for profiting from the best that judicial reasoning can offer in the other legal system.<sup>74</sup>

Il découle de cette conclusion que les juges civilistes ont eux aussi beaucoup à offrir en participant activement aux décisions de droit privé où des principes de common law sont examinés.

La jurisprudence canadienne ne peut que s'enrichir d'un dialogue soutenu et respectueux entre le droit civil et la common law<sup>75</sup>. Le juge

<sup>73</sup> *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4.

<sup>74</sup> LeDain, *supra* note 17 à la p 116.

<sup>75</sup> Rosalie Jukier identifie « an emergent trend, one of inspiration, in which courts use comparative law as a tool for information and education, as a positive influence in the development of each distinct legal tradition. » Jukier, *supra* note 16 à la p 77. H. Patrick Glenn ajoute : « 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... » H Patrick Glenn, « Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec » dans Faculté de droit de l'Université de Montréal, *Le nouveau Code civil : interprétation et application. Les Journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993, 175 à la p 196. Daniel Jutras écrit : « La réponse ... qui voit tout apport de la common

Baudouin, qui a si bien documenté les dangers d'une Cour suprême qui poursuivait un objectif d'unification unilatérale, a conclu son étude en invitant « davantage d'interprétation comparative intelligente des deux systèmes et des deux processus de raisonnement »<sup>76</sup>. Le plus haut tribunal au pays, composé de juges avec le désir et la capacité de maintenir un dialogue entre le droit civil et la common law<sup>77</sup>, doit être un lieu où la crainte de l'assimilation du droit civil est remplacée par la confiance qu'une participation active des juges de common law est bénéfique pour le droit civil et nécessaire pour la protection du fonctionnement et de la légitimité de la Cour suprême.

---

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. » Daniel Jutras, « Cartographie de la mixité : la Common Law et la complétude du droit civil au Québec » (2009) 88:2 R du B can 247 à la p 252.

<sup>76</sup> Baudouin, « Code civil par la Cour suprême », *supra* note 4 à la p 736.

<sup>77</sup> Une récente entrevue de la juge O'Bonsawin illustre bien ce désir de maintenir un dialogue entre le droit civil et la common law. La nouvelle juge, qui occupe depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2022 un siège à la Cour suprême, a mentionné que le juge Kasirer « who I've adopted as my mentor in civil law, gave me my first copy of *Le Droit Civil* ». Katie Underwood, « [Michelle O'Bonsawin: I'm not a token Indigenous judge](#) », *Macleans Magazine* (1 décembre 2022), en ligne : <[www.macleans.ca/society/indigenous-judge-michelle-obonsawin/](http://www.macleans.ca/society/indigenous-judge-michelle-obonsawin/)>.