

LA COUR SUPRÊME DU CANADA ET SON IMPACT SUR L'ARTICULATION DU BIJURIDISME

France Allard*,
avocate générale,
Direction des services législatifs,
ministère de la Justice du Canada

Introduction

L'intérêt plutôt récent pour le bijuridisme est révélateur d'une nouvelle ouverture des droits et des pratiques locales sur les droits et les pratiques des autres. Le phénomène du bijuridisme existe dans plusieurs pays et dans plusieurs contextes de relations nationales ou internationales. Nous ne saurions dire si cet intérêt est le résultat de la mondialisation des marchés et du développement de conventions commerciales internationales de plus en plus nombreuses, mais le besoin de connaître et de comprendre le bijuridisme est certainement présent.

On peut aborder le bijuridisme de plusieurs manières : simple coexistence de fait de deux traditions juridiques, interaction entre deux traditions, intégration formelle de deux traditions dans un cadre donné (par exemple, dans une convention ou un texte législatif) ou, encore, sur un plan plus général, reconnaissance et respect de cultures et d'identités appartenant à deux traditions juridiques. Au-delà, toutefois, de l'état de fait qu'il suppose quant à la coexistence des traditions, il suscite un questionnement sur l'interaction ou les rapports entre différentes traditions juridiques. De manière générale, plus particulièrement dans le contexte canadien, il requiert une interrogation sur les rapports entre le droit civil et la common law.

Il convient toutefois de souligner que dans le contexte canadien, la question du droit autochtone impose un regard multiple sur les rapports entre traditions. Ainsi, au-delà du bijuridisme, il y aurait aussi lieu de penser au plurijuridisme canadien. Les jugements de la Cour suprême du Canada traduisent l'importance du questionnement sur les rapports entre common law, droit civil et droit autochtone¹.

Au Canada, le bijuridisme n'est donc pas chose nouvelle, même si la dénomination du phénomène demeure assez récente. Une courte présentation des repères historiques du développement du bijuridisme canadien et québécois peut faciliter la compréhension des rapports entre les deux traditions. Le bijuridisme est un état de fait qui n'est pas nouveau. Son cadre juridique est depuis longtemps établi.

Bien que l'on fasse généralement remonter à l'*Acte de Québec de 1774* l'origine du bijuridisme canadien, la dualité des traditions juridiques a cours en Nouvelle-France dès le moment où Anglais et Français coexistent sur le territoire. Avec la *Conquête de 1760*, le territoire anciennement français

* Avocate générale — Droit comparé, Direction des services législatifs, ministère de la Justice du Canada. Je tiens à remercier M^{me} Nathalie Lacroix de la Direction des services législatifs du ministère de la Justice, pour sa précieuse collaboration à la recherche et M^e Louise Lavallée, légiste à la section de la réglementation de la Direction des services législatifs, ministère de la Justice, pour les nombreuses discussions. Les opinions exprimées dans ce texte n'engagent que leur auteure et ne correspondent pas nécessairement à celles du ministère de la Justice du Canada.

¹ Voir p. ex., *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

devient anglais par le *Traité de Paris de 1763*. Aucune mention n'est alors faite des lois, coutumes et usages du pays mais, durant cette période, les tribunaux sont administrés par des capitaines de milice dont les décisions s'appuient généralement sur la *Coutume de Paris*. Le *Traité de Paris* sera suivi par la *Proclamation royale de 1763*, qui déclare la province de Québec colonie anglaise et impose la common law comme droit applicable devant les tribunaux². Pourtant, malgré l'imposition du système de common law, les habitants « français » continuent de suivre dans leurs relations entre eux la coutume d'alors. Les lois civiles françaises survivent par la pratique. Ainsi, même si officiellement les habitants de la province sont soumis aux seules lois anglaises, dans les faits, il existe une dualité des traditions.

En réponse à cet état de fait, le gouverneur Murray émet une ordonnance, le 17 septembre 1764, qui organise les cours civiles et dans lesquelles il serait jugé selon les lois d'Angleterre, tout en autorisant les juges des cours inférieures de considérer les lois et les coutumes françaises dans les causes entre natifs de la province de Québec, dans la mesure où ces causes sont mues devant le tribunal avant le 1^{er} octobre 1764. Cette ouverture aux lois françaises est, dans les faits, élargie à l'ensemble des causes entre natifs de la province et, en juillet 1766, l'ordonnance est alors modifiée. Cette ordonnance rend l'administration de la justice « bijuridique » en prévoyant que « dans toute cause ou action civile entre sujets-nés britanniques, le jury devra se composer de sujets-nés britanniques seulement; que dans toute cause ou action entre Canadiens le jury devra se composer de Canadiens seulement; et que dans toute cause ou action entre sujets-nés britanniques et canadiens, le jury devra se composer d'un nombre égal de chaque nationalité si l'une ou l'autre partie en fait la demande [...] ». ³

Avec l'*Acte de Québec de 1774*, la province de Québec est formellement devenue bijuridique. La common law et le droit civil s'appliquent sur le territoire selon des domaines d'application précis⁴. Les lois civiles sont régies par le droit civil, alors que la procédure, l'administration gouvernementale et le droit criminel sont régis par la common law. Ce cadre d'application des traditions juridiques demeure à ce jour au Québec. Quant au Canada, ce n'est qu'avec l'*Acte d'Union de 1841* que le Canada, par la réunion des Haut et Bas-Canada, est devenu bijuridique. Ce cadre a été reconduit et, pour certaines matières, redéfini dans la *Loi constitutionnelle de 1867* par les dispositions sur le partage des compétences⁵.

C'est dans ce cadre que s'articulent les rapports entre droit civil et common law. Il en résulte des relations de complémentarité variées selon les domaines de droit en cause. Par ailleurs, quel que soit le cadre dans lequel le bijuridisme s'inscrit, la connaissance des traditions, des règles de droit propres à chacune et de leur mode d'expression, l'influence qu'elles peuvent avoir les unes sur les autres, de même que leurs différents modes d'interaction sont au cœur même du bijuridisme. Dans tous les cas, le bijuridisme suppose un dialogue entre les cultures, une reconnaissance réciproque des autres, un rapport de complémentarité entre les règles propres à chacune et leur interprétation au regard de l'autre. Ce n'est que dans cette mesure que l'on peut envisager sa véritable mise en œuvre.

² Voir, sur cette période, G. Wynn, « Aux confins de l'empire 1760 –1840 » dans C. Brown et P.-A. Linteau, dir., *Histoire générale du Canada*, Montréal, Éditions du Boréal, 1990, 223.

³ M. Brunet, G. Frégault et M. Trudel, *Histoire du Canada par les textes*, Montréal, Fides, 1952 aux pp. 112-13.

⁴ Pour un exemple singulier de la coexistence des traditions au Québec, voir J.E.C. Brierley, « The Co-existence of Legal Systems in Quebec : "Free and Common Socage" in Canada's "pays de droit civil" » (1979) 20 C. de D. 277.

⁵ Art. 91 et 92, *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3. Voir plus particulièrement le paragraphe 92(13) de cette même loi, qui attribue aux provinces le pouvoir résiduaire sur la propriété et les droits civils.

C'est en fonction de ce dialogue, de cette complémentarité des règles et de leur interprétation qu'il est intéressant de s'arrêter aux décisions de la Cour suprême du Canada en tant que tribunal général d'appel pour le Canada. Ce texte a pour objectif de voir l'impact qu'a pu avoir la Cour suprême du Canada sur la reconnaissance et l'articulation du phénomène de dualité des traditions au Canada et le développement de l'autonomie ou, du moins de l'égale importance de chacune des traditions dans leurs champs d'application respectifs.

Au plan des rapports entre les deux traditions, deux périodes dans l'histoire de la Cour suprême du Canada peuvent être distinguées : une première durant laquelle le droit civil devait trouver sa voie, affirmer son autonomie face à la common law face à une menace d'assimilation (I) et une seconde durant laquelle s'est articulée l'égale reconnaissance du droit civil et de la common law (II).

I – La menace d'assimilation du droit civil par la common law

On perçoit souvent la Cour suprême du Canada comme un symbole de la coexistence des traditions de droit civil et de common law. Créée en 1875 par le Parlement du Canada en vertu du pouvoir prévu à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁶ et composée de juges en provenance du Québec et des autres provinces⁷, la Cour suprême du Canada devait devenir la cour générale d'appel pour le Canada. Il faudra toutefois attendre 1949 pour qu'elle ait ce rôle dans toutes les matières, y inclut les matières civiles⁸. Elle deviendra le tribunal de dernière instance pour toutes les causes, en provenance de toutes les provinces du Canada, qu'il s'agisse de droit civil ou de common law.

La création de la Cour suprême du Canada fait partie du mouvement de construction d'institutions nationales pour le Canada et son rôle s'inscrit dans le mouvement d'unification des droits nationaux de la fin du XIX^e siècle⁹. Lors de sa création, on voit donc dans cette cour un moyen de développer un droit national unifié¹⁰. Ce rôle s'est largement manifesté par une faveur accordée à la common law dans l'interprétation du droit civil dans les premières années durant lesquelles la cour a siégé (A). Toutefois, face à la menace d'assimilation du droit civil par la common law et aux assauts de celle-ci sur la cohérence interne du droit civil, un mouvement de défense de l'intégrité du droit civil s'est développé. Celui-ci allait favoriser l'affirmation du droit civil en tant que système autonome de la common law (B).

A – L'influence prépondérante de la common law sur le droit civil

Peu avant la création de la Cour suprême du Canada, le *Code civil du Bas Canada* était adopté en 1866, codifiant les lois du Bas-Canada alors en vigueur en matière civile afin de les rendre plus accessibles aux populations anglaise et française.¹¹ Les lois alors appliquées sur le territoire du

⁶ L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* se lit comme suit : « 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. »

⁷ Voir, sur l'évolution de la composition de la Cour suprême du Canada, F. Bélanger, *Les cours de justice et la magistrature du Québec*, Québec, Direction des communications du ministère de la Justice, 1999 à la p. 9 et s. La composition actuelle de la cour (neuf juges dont trois en provenance du Québec) n'a été établie qu'en 1949 lors de l'abolition des appels au Conseil privé.

⁸ Les appels au Conseil privé en matière criminelle ont été abolis en 1933.

⁹ Voir H.P. Glenn, « Le droit comparé et la Cour suprême du Canada » dans E. Caparros *et al.*, dir., *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 197 à la p. 205.

¹⁰ Ce rôle initial de la Cour suprême du Canada est généralement reconnu. Voir p. ex., P.H. Russell, *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution* dans Canada, *Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism*, document 1, Ottawa, Queen's Printer for Canada, 1969 à la p. 6; J.G. Snell et F. Vaughan, *The Supreme Court of Canada. History of the Institution*, Toronto, The Osgoode Society, 1985 à la p. xii.

¹¹ Sur le contexte de la codification et les travaux des codificateurs, voir J.E.C. Brierley, « Quebec's Civil Law Codification Viewed and Reviewed » (1968) 14 R.D. McGill 521.

Bas-Canada et codifiées par le *Code civil du Bas Canada* étaient de sources mixtes, reflétant la cohabitation des deux traditions : règles tirées de la *Coutume de Paris* à laquelle s'ajoutaient certaines règles modifiées par des statuts de la province et quelques règles provenant de parties des lois d'Angleterre¹². Compte tenu de la mixité des sources, la tentation d'interpréter certaines des règles codifiées selon les principes de la common law et les précédents anglais était forte, tout comme la croyance que les règles inspirées de la common law devaient avoir un certain caractère uniforme dans leur interprétation.

Un des exemples les plus utilisés pour démontrer cette croyance d'universalité des règles du Code civil et de la common law, tant dans leurs fondements que dans leur application, est certes celui de *Canadian Pacific Railway Co. c. Robinson*¹³ où le juge Taschereau, pourtant civiliste, refusait d'accorder des dommages-intérêts pour *solatium doloris* en vertu de l'article 1056 du *Code civil du Bas Canada* en raison du fait que cet article ne pouvait être interprété comme tel, car le résultat eut été différent de celui de la common law. Pour certains, cette approche du juge Taschereau se voulait universaliste et ouverte à la multiplicité des sources¹⁴. Pour d'autres, il s'agissait d'un emprunt pur à la common law, qui n'a pas été fait en respectant l'économie générale du droit civil¹⁵.

Dans d'autres cas, une distinction était établie quant au mode de raisonnement et à l'emprunt de sources « étrangères » selon que la disposition du Code tirait son inspiration d'une règle de common law ou d'une règle de droit civil. Dans le premier cas, il était courant de croire que, du même coup, on pouvait importer, dans l'interprétation de la règle énoncée dans le Code, le régime d'application d'une règle de common law dans son intégralité. Ainsi, par exemple, en matière testamentaire, il est clair que le principe de la liberté testamentaire est emprunté au droit anglais¹⁶. Il était donc courant de croire que toute question portant sur l'interprétation d'un testament et de la validité de ses clauses devait être abordée selon le droit anglais et ses techniques d'interprétation¹⁷. Il en fut ainsi dans l'affaire *Renaud c. Lamothe*¹⁸ où les propos du juge Girouard sont révélateurs de cette tendance :

Lorsque le Code de la province de Québec est semblable au Code français, je comprends que la jurisprudence française doit être notre guide, au moins une haute autorité, qui a rarement été ignorée par cette cour, si jamais elle le fût, quelque différente qu'elle soit du droit anglais. [...] Mais si notre Code est différent, s'il décrète un principe du droit anglais, n'est-il pas raisonnable de recourir à la jurisprudence anglaise pour l'interpréter? Or, — et ceci n'est pas contesté, — la liberté pleine et entière de tester nous vient de l'Angleterre. La France ne l'a jamais connue. Peut-on alors mieux faire que de suivre les principes consacrés par le Conseil privé dans une cause analogue, celle de *King v. Tunstall*, décidée en 1874, et rapportée aux *Law Reports*¹⁹.

¹² Voir le texte de l'Acte concernant la Codification des Lois du Bas-Canada, qui se rapporte aux matières civiles et à la procédure, L.C. 1857, c. 43.

¹³ (1887), 14 S.C.R. 105.

¹⁴ D. Howes, « From Polyjurality to Monojurality : The Transformation of Quebec Law, 1875-1929 » (1987) 32 R.D. McGill 523 aux pp. 527-28.

¹⁵ J.-L. Baudouin, « L'interprétation du code civil québécois par la Cour suprême du Canada » (1975) 53 R. du B. can. 715 à la p. 732 et s.

¹⁶ Sur les fondements de l'intégration de la liberté testamentaire au Québec, voir A. Morel, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, L.G.D.J., 1960.

¹⁷ Pour un exposé de l'évolution de la liberté testamentaire et de sa portée au Québec, il faut lire J.-M. Brisson, « Entre le devoir et le sentiment : la liberté testamentaire en droit québécois (1774-1990) » dans *Recueils de la Société Jean Bodin*, vol. LXII, *Actes à cause de mort — Acts of Last Will*, Bruxelles, De Boeck, 1994, 277.

¹⁸ (1902), 32 S.C.R. 357.

¹⁹ *Ibid.* à la p. 366.

Il est intéressant de noter que la décision *King c. Tunstall*²⁰, citée par le juge Girouard, est une décision du Conseil privé portant sur une question en provenance du Québec, rendue l'année précédant la création de la Cour suprême. *King v. Tunstall* est précédent anglais, portant sur le droit civil de la province de Québec, appliquant toutefois le droit anglais à toute question relevant de l'exercice et des effets de la liberté testamentaire.

Autre fait intéressant à noter dans *Renaud*, l'origine anglaise de la règle n'a pas été le seul motif de rejet de la demande de « l'héritier ». Comme le motif soulevé par le demandeur en était un d'ordre public, le juge Girouard a aussi fondé la décision de la Cour sur la nécessité d'appliquer uniformément la règle applicable à la capacité de donner et de recevoir par testament :

[I]l est de l'intérêt de la province de Québec et de toute la Puissance, que, sur un sujet comme celui que nous considérons, il y ait uniformité de jurisprudence. Singulier spectacle que serait celui où un legs, comme celui fait aux héritiers Renaud, serait valide dans toutes les provinces, à l'exception de Québec et ce pour des raisons d'ordre ou d'intérêt public²¹.

Il apparaît, de façon générale, que le rapport entre droit civil et common law ne s'est pas toujours articulé de manière à voir, entre les deux traditions, une relation de réciprocité et d'égalité. Les critiques des premiers jugements de la Cour suprême du Canada ont généralement souligné la place prépondérante de la common law durant cette période, même dans l'interprétation du droit civil québécois. Plusieurs ont déjà fait une analyse de l'évolution de la Cour suprême du Canada en ce qui a trait à l'interprétation et à la place qu'elle a accordée au droit civil dans ses jugements. Nous ne comptons pas refaire ce parcours²². Il convient toutefois de noter quelques éléments importants de cette époque qui peuvent, dans une certaine mesure, nous éclairer sur le développement des relations entre droit civil et common law et la reconnaissance assez tardive de la place égale du droit civil dans ses rapports avec le droit fédéral et la common law.

Dans le contexte canadien de la fin du XIX^e siècle, l'unification du droit national ne pouvait se fonder sur le droit civil, ni même en tenir compte formellement. Cette exclusion du droit civil dans le mouvement d'unification du droit se manifeste à même les jugements qui, plutôt que de laisser entrevoir un échange de solutions entre les deux systèmes et une certaine réciprocité des influences, proposent une analyse comparative du droit unidirectionnelle : de la common law vers le droit civil²³. On est alors bien loin de la reconnaissance de l'égale valeur des traditions et du courant de reconnaissance du droit civil comme un droit différent et autonome de la common law en contexte canadien.

Ainsi, est-il courant de croire que la common law canadienne s'est peu inspirée du droit civil. On trouve malgré tout dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada de l'époque précédant le rapatriement de la juridiction d'appel au Canada, des cas où la règle de droit civil a eu une influence sur la règle de common law. Mais, comme le constatait H. Patrick Glenn²⁴, cette influence s'opère

²⁰ (1874), 6 L.R. 55 (P.C.).

²¹ *Supra* note 18 à la p. 365.

²² Voir p. ex., Baudouin, *supra* note 15; R. Boulton, « Aspects des rapports entre le droit civil et la common law dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada » (1975) 53 R. du B. can. 738; Glenn, *supra* note 9, de même que les textes cités par ces auteurs sur ce sujet. Voir aussi P.-G. Jobin, « La Cour suprême et la réforme du Code civil » (2000) 79 R. du B. can. 27.

²³ Voir la jurisprudence mentionnée par Baudouin, *supra* note 15 à la p. 719 et s. et la conclusion à laquelle il arrive à la page 722, reprise par Glenn, *supra* note 9 à la p. 207. Voir aussi, Howes, *supra* note 14 à la p. 526. Voir par ailleurs, T. Rinfret, « Reciprocal Influences of the French and English Laws » (1926) 4 R. du B. can. 69, qui voyait une véritable réciprocité des influences des deux traditions, plus souvent dans l'adoption de lois réformées, et une communauté d'esprit entre les deux traditions.

²⁴ Glenn, *supra* note 9 à la p. 207.

généralement par arrêts interposés, c'est-à-dire, par la citation de décisions anglaises citant des sources civilistes françaises.

L'affaire *Canadian Merchant Marine Ltd. c. Canadian Trading Co.*²⁵ est l'exemple le plus souvent retenu par les auteurs afin de rendre compte de ce processus de rapprochement de la common law au droit civil, car les juges Duff, Anglin et Brodeur y citent la décision anglaise *Taylor c. Caldwell*²⁶, dont les motifs seraient en partie inspirés des écrits de Pothier en ce qui a trait aux conditions implicites d'un contrat. À la lecture de l'arrêt *Taylor*, on se rend compte que Pothier n'est pas cité comme source, mais tout simplement à titre d'exemple de solutions étrangères dont les principes sur lesquels se fonde une solution sont similaires à ceux du droit anglais²⁷. Il ne s'agit donc par d'une influence du droit civil, mais d'un simple renvoi comparatif semblable à ceux que l'on trouve dans la jurisprudence moderne. Tout en reconnaissant le principe de l'arrêt *Taylor*, les trois juges en ont tous rejeté l'application dans l'affaire *Canadian Merchant Marine*, compte tenu de la nature du contrat. On peut donc difficilement voir dans cette décision une influence du droit civil sur la common law.

On pourrait aussi penser que l'influence du droit civil sur la common law aurait pu s'opérer par la citation de décisions du Conseil privé portant sur le droit civil québécois, ensuite appliquées comme précédent à une situation prenant naissance dans une juridiction de common law. Aucun exemple n'a été répertorié en ce sens²⁸.

La common law n'est pourtant pas en soi réfractaire aux emprunts au droit civil²⁹ mais, dans le contexte canadien d'alors, l'analyse des rapports entre le droit civil et la common law s'est surtout faite, durant la première moitié d'existence de la Cour suprême, à sens unique³⁰. Jean-Louis Baudouin soulignait d'ailleurs, dans un texte datant de 1975, qu'il lui avait 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. »³¹

Cette absence de réciprocité apparente entre le droit civil québécois et la common law canadienne dans les jugements de la Cour suprême a suscité certaines réactions tant au sein de la Cour que chez les auteurs québécois.

B – Le mouvement d'affirmation du droit civil face à la common law

Le questionnement sur les rapports entre les deux traditions a surtout préoccupé la doctrine civiliste qui, durant une longue période, a défendu l'idée d'intégrité du droit civil, critiquant l'influence

²⁵ (1922), 64 S.C.R. 106.

²⁶ (1863) 122 E.R. 309.

²⁷ *Ibid.* à la p. 313.

²⁸ Nous n'avons toutefois pas fait une recherche systématique répertoriant les arrêts du Conseil privé portant sur le droit québécois pour ensuite vérifier si l'un d'eux a été retenu comme précédent dans une décision de la Cour suprême du Canada dans une affaire de common law.

²⁹ Voir H.P. Glenn, « Persuasive Authority » (1987) 32 R.D. McGill 261, sur la réception du droit français dans le droit anglais du XIX^e siècle.

³⁰ Nous notons avec intérêt les textes auxquels renvoie David Howes, de même que ses propos sur le dialogue et la réciprocité entre les traditions durant la période précédant la création de la Cour suprême du Canada dans : « From Polyjurality to Monojurality : The Transformation of Quebec Law, 1875-1929 » *supra* note 14 à la p. 557. Il ressort toutefois de la doctrine en général que l'idée d'unification du droit était au cœur de l'entreprise de la Cour suprême du Canada. À cet égard, le dialogue entre traditions peut être mieux décrit comme un monologue, du moins jusqu'aux années 1950.

³¹ Baudouin, *supra* note 15 à la p. 719.

de la common law dans l'interprétation du droit civil québécois par les tribunaux³². Il n'est d'ailleurs pas surprenant que cette question n'ait pas préoccupé les juristes de common law. En effet, dans un mouvement d'unification du droit national au sein d'un pays lié à l'empire britannique, la reconnaissance et le rôle de la common law n'étaient aucunement menacés.

Pourtant, l'emprunt de solutions ou de modes d'analyse propres à un autre droit, qu'il soit de common law canadienne ou autre, ne peut qu'enrichir le droit récepteur. C'est ce que soulignait Jean-Louis Baudouin en parlant de l'interprétation du droit civil par la Cour suprême du Canada³³ et c'est d'ailleurs l'une des forces de l'analyse comparative du droit. Mais, au tournant du XX^e siècle, le problème d'emprunt de règles d'interprétation à la common law se posait alors de façon aiguë à l'égard du Code civil.

Dans la tradition civiliste, un code n'est pas un texte statutaire. Il ne ressemble non plus en rien à une codification administrative ou à une codification en matière pénale. Même si dans tous ces cas il s'agit d'un « [c]orps plus ou moins organique de normes explicites ou implicites qui servent à régler la conduite humaine »³⁴, un code civil a ceci de particulier : il agit comme fonds général applicable à toute les situations, à défaut de règles d'exception³⁵. Il constitue le droit commun du droit civil québécois. Il a donc le même rôle que la common law, au sens des règles développées par les tribunaux. Il n'est en rien une loi particulière qui est une loi d'exception³⁶. Ce statut qui caractérise les codes civils appartenait, sans nul doute, au *Code civil du Bas Canada*³⁷ et aurait dû voir une influence directe sur son interprétation³⁸.

Le statut même du Code comme texte fondateur du droit civil québécois était toutefois mal reconnu par la Cour suprême³⁹. L'une des conséquences de cette méconnaissance du rôle d'un code civil a été que le *Code civil du Bas Canada* a souvent été interprété en regard de la règle de common law.

Une des difficultés qui se posaient était que le Code était interprété comme une loi ordinaire, un simple *statute*, par les juges de common law, qu'ils soient à la Cour suprême ou au Conseil privé. Les propos de Lord Summer sur l'interprétation des articles 1053 et 1054 du *Code civil du Bas*

³² Voir p. ex., P.-B. Mignault, « Les rapports entre le droit civil et la "common law" au Canada, spécialement dans la province de Québec » (1932) 11 R. du D. 201. Pour un exposé sur ce mouvement d'opposition à la pollution du droit civil par la common law et au besoin de préserver l'intégrité du droit civil, voir S. Normand, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : La sauvegarde de l'intégrité du droit civil » (1987) 32 R.D. McGill 559. Plus tard, d'autres auteurs allaient poursuivre la défense du droit civil face aux assauts de la common law : P. Aazard, « La Cour suprême du Canada et l'application du droit civil de la province de Québec » (1965) 43 R. du B. can. 553; J.-L. Baudouin, « Le *Code civil du Québec* : crise de croissance ou crise de vieillesse » (1966) 44 R. du B. can. 391; P.-A. Crépeau, « Les lendemains de la réforme du Code civil » (1981) 59 R. du B. can. 625.

³³ Baudouin, *supra* note 15 aux pp. 716-17.

³⁴ A.-J. Arnaud et al., dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, « Code », par D. Carzo, à la p. 67. Pour une autre définition, voir Comité de rédaction, *Dictionnaire de droit privé*, 3^e édition [à paraître], s.v. « code » : « Ensemble de dispositions législatives fondamentales, destinées à présenter, d'une manière systématique et cohérente, les diverses matières qui font l'objet d'une branche importante du droit. » [ci-après *Dictionnaire de droit privé*].

³⁵ Voir la définition de G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 2000, s.v. « Code civil » et celle du *Dictionnaire de droit privé*, *ibid.* s.v. « Code civil » : « Code ayant vocation à régir l'ensemble des matières de droit civil. »

³⁶ Pour une description générale de la spécificité des codes et de leur mode d'interprétation, voir J.-L. Bergel, « Spécificités des codes et autonomie de leur interprétation » dans Journées Maximilien-Caron 1992, *Le Nouveau Code civil : interprétation et application*, Montréal, Thémis, 1993, 3; A.-F. Bisson, « Effet de codification et interprétation » (1986) 17 R.G.D. 359; P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999 aux pp. 37-38.

³⁷ Voir Bisson, *ibid.* à la p. 361; J.E.C. Brierley, « Quebec's "Common Laws" (droits communs) : How Many Are There? » dans Caparros et al., *supra* note 9, 109 à la p. 122 et s. et, surtout, J.-M. Brisson, « Le Code civil, droit commun? » dans *Le Nouveau Code civil : interprétation et application*, *supra* note 36, 293 à la p. 296 et s.

³⁸ Voir, sur la différence entre l'interprétation en système de droit civil et en système de common law, A.-F. Bisson, « Nouveau Code civil et jalons pour l'interprétation : traditions et transitions » (1992) 23 R.D.U.S. 1 à la p. 8 et s. Voir toutefois, Côté, *supra* note 36 aux pp. 35-36.

³⁹ Voir, sur les réactions de la doctrine face à l'« interprétation » par les tribunaux du *Code civil du Bas Canada*, Normand, *supra* note 32; S. Parent, *La doctrine et l'interprétation du Code civil*, Montréal, Thémis, 1997 à la p. 114 et s.

Canada dans *Quebec Railway, Light, Heat and Power Co. c. Vandry*⁴⁰ en sont un exemple parfait. Préférant les autorités de droit anglais à celles du droit civil français, malgré la similarité des dispositions du *Code civil du Bas Canada* avec celles du *Code Napoléon*, il affirmait le caractère « statuaire » du Code :

Natural as this may be, the statutory character of the Civil Code must always be borne in mind. "The connection between Canadian Law and French Law dates from a time earlier than the compilation of the Code Napoléon, and neither its text nor the legal decisions thereon can bind Canadian Courts or even affect directly the duty of Canadian tribunals in interpreting their own law": *McClaren v. Attorney-General for Quebec*. Thus, [...] "recent French decisions, though entitled to the highest respect [...] are not binding authority in Quebec" (*McArthur v. Dominion Cartridge Co.*) still less can they prevail to alter or control what is and always must be remembered to be the language of a Legislature established within the British Empire [nos soulignés]⁴¹.

La Cour suprême faisait siens ces propos dans *Town of Montreal West c. Hough*⁴², avec le résultat que l'interprétation des termes « père, mère et enfants » de l'article 1056 du *Code civil du Bas Canada*⁴³ s'est faite non pas selon l'économie générale du Code mais au regard de la common law. En voyant la disposition comme une codification d'une loi canadienne inspirée du *Lord Campbell's Act* anglais, la Cour a considéré que leur sens devait être évalué selon le sens des termes « père, mère et enfants » établi par la jurisprudence de common law, en raison de l'origine anglaise de la règle⁴⁴. De plus, compte tenu du fait que le Code ne prévoyait pas de définition particulière de ces termes applicables à l'ensemble du Code, on devait alors se conformer à la définition de droit commun établie par la common law.

Il est vrai que même interprétés au regard du seul droit civil, ces termes n'auraient pas inclus les enfants illégitimes dans la catégorie des descendants ou des enfants. Toutefois, malgré la similarité de la portée des termes « père, mère et enfants » en droit civil et en common law en ce qui a trait à l'exclusion des enfants illégitimes, le recours au droit anglais et l'interprétation des dispositions du Code comme des dispositions d'exception à la common law ont des effets insidieux.

En considérant le Code civil comme une simple loi particulière, une interprétation restrictive de ses dispositions est favorisée et, surtout, le Code civil n'est pas perçu comme l'expression du droit commun du droit civil québécois. De plus, en voyant le Code comme l'expression d'une même intention législative utilisant un même langage, qu'il s'agisse de droit civil ou de common law, le style du droit civil, son expression, son organisation sont alors assimilés à ceux de la common law. De tels propos opèrent en quelque sorte une négation de la dualité juridique établie par l'*Acte de Québec de 1774* et par la *Loi constitutionnelle de 1867*, en considérant que le législateur, lié à l'empire britannique, ne peut avoir qu'une seule voix, celle de la common law.

⁴⁰ [1920] A.C. 662.

⁴¹ *Ibid.* aux pp. 671-72.

⁴² [1931] R.C.S. 113 à la p. 121. Ce n'était toutefois pas la première fois que la Cour suprême affirmait le caractère « statuaire » du Code civil : p. ex., *Lamontagne c. Quebec Railway Light, Heat and Power Co.* (1915), 50 R.C.S. 423 à la p. 427.

⁴³ Il convient de noter que les termes « père, mère et enfants » utilisés dans le texte français de l'article 1056 C.C.B.C. ont été remplacés en 1930 (L.Q. 1930, c. 98, art. 1) par les termes « ascendants et descendants », correspondant aux termes « ascendant and descendant relations » déjà utilisés dans le texte anglais. Il est intéressant de noter que ce même article a été modifié en 1970 (L.Q. 1970, c. 62, art. 11), pour y ajouter un alinéa afin d'y inclure les enfants naturels.

⁴⁴ Pour plusieurs, l'origine de l'article 1056 n'est pas si claire. De plus, l'importation du droit anglais dans l'interprétation de cet article a eu pour effet de favoriser une approche qui était fondamentalement en contradiction avec l'ouverture du droit civil à reconnaître le préjudice moral en cas de décès. Voir Baudouin, *supra* note 15 à la p. 732 et s. Voir aussi, pour une présentation détaillée et critique de la jurisprudence et de la doctrine en ce qui concerne cet article, J.-S. 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.

Une autre difficulté d'interpréter le droit civil en regard de la règle de common law réside dans le recours indu aux précédents ou aux autorités de droit anglais, qui diffèrent des autorités du droit civil⁴⁵. Ce recours au précédent peut découler de l'interprétation du Code comme une loi d'exception ou, encore, du fait que l'on considérait que la règle contenue dans une disposition du Code constituait un emprunt au droit anglais. Dans ce dernier cas, il était courant de croire qu'en cas d'ambiguïté, la disposition devait s'interpréter à l'aide des autorités anglaises⁴⁶. C'est ce qui a été fait dans *Town of Montreal West c. Hough*⁴⁷, de même que dans *Renaud c. Lamothe*⁴⁸. Dans d'autres cas, la similitude entre les règles du droit civil et celles de la common law quant aux solutions adoptées favorisait l'importation de précédents dans les motifs du jugement, sans pour autant que ne soit considérée la confusion entre les sources et les méthodes de la common law et celles du droit civil⁴⁹.

Une réflexion sur ces différentes manifestations de la relation entre le droit civil et la common law appuie l'idée selon laquelle l'enrichissement d'une tradition ne peut se faire par voie d'assimilation, au détriment des sources locales⁵⁰. La reconnaissance du rôle d'une tradition donnée dans la formation de l'identité culturelle est essentielle à l'établissement d'un rapport. Le respect d'une tradition se place à cet égard au même titre que la langue⁵¹ et c'est en grande partie en raison de la défense de cette identité que le mouvement d'affirmation de l'autonomie du droit civil s'est développé.

L'enrichissement d'une tradition par le contact avec les autres suppose en effet la reconnaissance de cette tradition comme étant sinon l'égale de l'autre, du moins comme constituant une tradition fondée sur un système complet par lui-même. Cet enrichissement exige aussi que l'intégration des emprunts au droit étranger se fasse dans le respect de l'organisation et des principes généraux du droit récepteur. C'est un peu pour cette raison que les réactions face aux jugements de la Cour suprême du Canada interprétant le droit civil avec les règles de common law ont été si nombreuses. La crainte de la force assimilatrice de la culture civiliste par celle de common law a ainsi largement contribué au mouvement de défense de l'intégrité du droit civil⁵² dont l'un des piliers a été Mignault, lui-même juge à la Cour suprême⁵³.

À maintes reprises, Mignault a répété dans ses jugements l'autonomie du droit civil en tant que système et le fait que chacun des systèmes doit être abordé selon ses propres règles⁵⁴. L'une des

⁴⁵ Voir, sur l'autorité du précédent et le problème de qualification des autorités au regard des deux traditions, A. Mayrand, « L'autorité du précédent au Québec » dans J.-L. Baudouin *et al.*, dir., *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Thémis, 1995, 259 à la p. 261; Parent, *supra* note 39 aux pp. 163-64.

⁴⁶ L'interprétation du Code civil selon les sources propres au droit d'origine de la disposition du Code a été proposée par F.P. Walton. Il la proposait comme sa douzième règle d'interprétation dans *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1907 à la p. 130. Elle était énoncée en ces termes : « When a provision is derived from the French law it is to be interpreted by reference to French authorities, and when it is derived from the English law by reference to English authorities. »

⁴⁷ [1931] S.C.R. 113.

⁴⁸ *Supra* note 18.

⁴⁹ P. ex., les autorités citées par le juge Strong dans *Drysdale c. Dugas* (1895), 26 S.C.R. 20 à la p. 21 et s.; celles citées par le juge Anglin dans *Colonial Real Estate Co. c. Communauté des Sœurs de la Charité de l'Hôpital Général de Montréal* (1918), 57 S.C.R. 585 à la p. 590 et s. [ci-après *Colonial Real Estate*].

⁵⁰ Voir Baudouin, *supra* note 15 à la p. 726.

⁵¹ Voir, sur le caractère essentiel de la langue dans le développement de l'être humain et son rapport à la collectivité, *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 à la p. 744.

⁵² Voir, pour une description « [d]es motivations et [d]es appréhensions principales qui ont fait de la sauvegarde de l'intégrité du droit civil un thème dominant de la doctrine de l'époque [1922-1939] » (pour reprendre la présentation faite par l'auteur de son étude), S. Normand, *supra* note 32.

⁵³ Voir Howes, *supra* note 14, pour une description de l'idéologie de Mignault sur les rapports entre traditions alors qu'il était juge à la Cour suprême du Canada.

⁵⁴ P. ex., *Colonial Real Estate*, *supra* note 49 à la p. 603; *Mile End Milling Co. c. Peterborough Cereal Co.*, [1924] R.C.S. 120 à la p. 129.

décisions marquantes sur ce point est *Desrosiers c. The King*⁵⁵, dans laquelle Mignault affirmait cette idée et soulignait le fait qu'il n'existe aucune raison d'importer le droit étranger, et plus particulièrement les précédents de droit anglais en raison du seul fait que les règles du droit civil étaient en accord avec celles de common law :

Il me semble respectueusement qu'il est temps de réagir contre l'habitude de recourir, dans les causes de la province de Québec, aux précédents du droit commun anglais, pour le motif que le code civil contiendrait une règle qui serait en accord avec un principe du droit anglais. Sur bien des points, et surtout en matière de mandat, le code civil et la *common law* contiennent des règles semblables. Cependant le droit civil constitue un système complet par lui-même et doit s'interpréter d'après ses propres règles. Si pour cause d'identité de principes juridiques on peut recourir au droit anglais pour interpréter le droit civil français, on pourrait avec autant de raisons citer les monuments de la jurisprudence française pour mettre en lumière les règles du droit anglais. Chaque système, je le répète, est complet par lui-même, et sauf le cas où un système prend dans l'autre un principe qui lui était auparavant étranger, on n'a pas besoin d'en sortir pour chercher la règle qu'il convient d'appliquer aux espèces bien diverses qui se présentent dans la pratique journalière⁵⁶.

Mignault avait tenu des propos similaires dans *Colonial Real Estate Co. c. Communauté des Sœurs de la Charité de l'Hôpital Général de Montréal*⁵⁷ et allait, dans *Mile End Milling Co. c. Peterborough Cereal Co.*⁵⁸, affirmer le besoin de conserver l'intégrité du droit civil en soulignant son regret face à la pratique des avocats de soumettre des autorités tirées de la common law.

Certains ont reproché à Mignault une attitude de repli sur soi en ce qui a trait au rapport que doit entretenir le droit civil avec la common law. L'image de la « cloison étanche et infranchissable sépar[ant] les deux grands systèmes juridiques »⁵⁹, tirée de l'un de ses textes, a souvent été citée comme une manifestation de ce repli et une fermeture à l'analyse comparative du droit et au dialogue entre les traditions⁶⁰. Il faut toutefois replacer cette image dans son contexte pour en comprendre mieux la portée. L'image de la cloison concernait les cas où le texte du Code civil prévoyait le principe applicable à une situation donnée. Ainsi, disait-il, « [u]ne solution de la *common law* qui ne peut se concilier avec le texte du Code est condamnée d'avance. De ce côté, la porte est close contre toute pénétration. »⁶¹ L'image de la cloison ne décrit donc pas une fermeture à l'analyse comparative mais plutôt une protection contre l'assimilation d'une tradition par l'autre ou l'immixtion ou l'absorption de l'une au profit ou au détriment de l'autre. Mignault n'excluait d'ailleurs pas les bienfaits de l'analyse comparative et la pertinence du recours au droit étranger lorsqu'une solution nouvelle devait être développée, plus particulièrement dans le cadre du processus de réforme des lois. Son idée maîtresse demeurerait toutefois celle d'affirmer l'autonomie intrinsèque du droit civil, sa complétude par rapport à la common law.

Au cours de son séjour à la Cour suprême et par ses publications subséquentes, Mignault a réussi à favoriser l'idée selon laquelle il existe une pensée purement civiliste. Collaborateur à la

⁵⁵ (1920), 60 R.C.S. 105. Il est intéressant de noter deux des mots clés sous lesquels la cause est répertoriée : *civil law cases* et *English decisions*. Ceux-ci sont révélateurs de l'importance de la question de l'usage des précédents anglais dans l'interprétation du droit civil québécois.

⁵⁶ *Ibid.* à la p. 126. Il est intéressant de noter que Mignault n'était pas seul à fonder sa décision sur le droit civil en précisant qu'on ne devait pas importer le précédent de common law. Les juges Anglin et Brodeur étaient du même avis.

⁵⁷ *Colonial Real Estate*, *supra* note 49 à la p. 603.

⁵⁸ *Supra* note 54 à la p. 129.

⁵⁹ Mignault, *supra* note 32 à la p. 206; P.-B. Mignault, « Le Code civil de la province de Québec et son interprétation » (1936) 14 R. du D. 583.

⁶⁰ Voir p. ex., Howes, *supra* note 14 à la p. 546 et s.

⁶¹ Mignault, *supra* note 32 à la p. 206.

Revue du droit, il n'était pas seul parmi les juristes québécois à défendre l'idée de la protection de l'intégrité du droit civil, mais son apport au développement du droit civil en tant que droit autonome est incontestable. Dans un tour d'horizon des années Mignault, J.-G. Castel affirmait que « [s]ous sa direction, la Cour suprême allait dorénavant appliquer plus strictement les principes et les méthodes du droit civil dans son interprétation du Code civil de la province de Québec. »⁶² Mais la marque qu'a laissée Mignault dans l'interprétation des rapports entre droit civil et common law dans un contexte de droit national n'a pu toutefois prendre pleinement son ampleur avant l'abolition des appels au Conseil privé en 1949.

Jusqu'à l'abolition des appels au Conseil privé en matière civile, le rapport de force dans la relation entre la common law et le droit civil allait nécessairement demeurer inégal. Malgré le fait que le droit civil n'était pas complètement étranger au Conseil privé en raison des causes en provenance de l'Écosse et de la présence de lords écossais sur certains panels, de façon générale, la règle du précédent était favorisée, y compris en ce qui avait trait aux causes en provenance du Québec⁶³. D'ailleurs, tant que la Cour suprême n'est pas devenue le dernier tribunal d'appel pour le Canada, elle s'est sentie liée par les précédents du Conseil privé⁶⁴.

Même Mignault, malgré ses nombreuses affirmations concernant la complétude du système civiliste et sa pleine autonomie au regard de ses modes de raisonnement et de ses sources, se sentait lié par les précédents du Conseil privé. Étonnamment, dans *Canadian Vickers Ltd. c. Smith*⁶⁵, Mignault a offert des motifs fondés sur le précédent établi dans *Quebec Railway, Light, Heat and Power Co. c. Vandry*⁶⁶ et *Watt & Scott Case*⁶⁷ et l'a suivi. Il vaut la peine de reprendre les propos de Mignault :

In the *Watt & Scott Case*, their Lordships explained the meaning of their decision in the *Vandry Case*, and these two decisions should be read together. It is therefore authoritatively determined that article 1054 establishes, for damages caused by a thing which a person has under his care, a liability which is defeasible only by proof of inability to prevent the damage⁶⁸.

Ce qui est surprenant toutefois dans les motifs du juge Mignault est que, dans la décision *Quebec Railway, Light, Heat and Power Co. c. Vandry*⁶⁹, le Code civil a été considéré comme une simple loi. Le Conseil privé avait adopté un mode de raisonnement étranger à la tradition civiliste en ce qui a trait à l'interprétation d'un code civil en le considérant comme un droit d'exception par rapport à la règle de common law.

Mais comme le disait Albert Mayrand en parlant de la force du précédent du Conseil privé durant la période coloniale de la Cour suprême, les décisions du Conseil privé s'imposaient non en raison de leur autorité persuasive, mais par leur force contraignante en leur qualité de précédent⁷⁰.

⁶² J.-G. Castel, « Le juge Mignault défenseur de l'intégrité du droit civil québécois » (1975) 53 R. du B. can. 544 à la p. 544.

⁶³ P. ex., voir l'usage du précédent dans *Porteous c. Reynar* (1887), 9 A.C. 356. D'ailleurs, même le juge Mignault se sentait lié par les décisions du Conseil privé. Voir p. ex., *Canadian Vickers Ltd. c. Smith*, [1923] S.C.R. 203.

⁶⁴ Voir, sur cette question, Mayrand, *supra* note 45 à la p. 264 et s.

⁶⁵ *Supra* note 63 à la p. 211 et s.

⁶⁶ *Supra* note 40.

⁶⁷ [1922] 2 A.C. 555.

⁶⁸ *Canadian Vickers*, *supra* note 63 aux pp. 211-12.

⁶⁹ *Supra* note 40.

⁷⁰ Mayrand, *supra* note 45 à la p. 264.

Par ailleurs, bien qu'il existe quelques exemples où la règle de droit civil a été appliquée en tant que telle par le Conseil privé, il allait de soi, dans un contexte colonial, que les tribunaux interprètent le droit au regard de la législation impériale et en assurent la conformité avec celle-ci⁷¹. Cette situation avait pour effet de limiter le développement, au sein même de la Cour suprême du Canada, d'une ouverture face à la reconnaissance des caractères distinctifs des deux traditions, dont leurs méthodes d'interprétation respectives et le rôle particulier du Code civil dans le corpus législatif québécois.

À la suite de l'abolition des appels au Conseil privé, la Cour suprême du Canada devient finalement une véritable cour de dernier appel pour le Canada⁷² et peut adopter ses propres orientations. Elle l'a d'ailleurs fait en matière de libertés civiles⁷³. L'idée d'une interprétation du droit compatible au droit de la métropole n'étant plus formellement présente, il devient aussi plus facile d'adopter une ouverture plus grande face à la spécificité du droit civil québécois. La largesse des règles de la responsabilité civile « délictuelle » en droit civil québécois par l'application de l'article 1053 du *Code civil du Bas Canada* a été utilisée, dans ce même courant de reconnaissance des libertés civiles par la Cour suprême, afin de fonder une action en dommages-intérêts pour des atteintes à des droits fondamentaux⁷⁴.

Les questionnements et les critiques sur les rapports entre le droit civil et la common law tels qu'ils apparaissent des décisions de la Cour suprême ont favorisé le développement, par les auteurs et les juges, d'une conscience du droit civil comme un droit différent de la common law et permis, dans une certaine mesure, de favoriser la construction des fondations d'un droit civil autonome et moderne. La nouvelle liberté judiciaire de la Cour suprême du Canada favorisera aussi une plus grande reconnaissance de cette autonomie et une meilleure articulation des rapports entre les deux traditions telles qu'elles interagissent au Canada.

II – L'égale reconnaissance du droit civil et de la common law

Si pour certains l'acquisition d'une autonomie du droit civil devant la Cour suprême s'est faite au début du siècle alors que Mignault y siégeait, pour d'autres, il a fallu attendre les années 1950 pour que celle-ci se concrétise⁷⁵. En effet, la nouvelle liberté de la Cour suprême du Canada et les affirmations nombreuses concernant l'intégrité du droit civil dans certains jugements et dans les commentaires de la doctrine ne pouvaient à elles seules suffire à l'acquisition d'une autonomie du droit civil face à la common law.

La véritable reconnaissance de l'autonomie du droit civil face à la common law ne deviendra possible qu'avec la prise de conscience de l'autonomie conceptuelle du droit civil face à la common law, qui se traduira devant la Cour suprême du Canada par le rejet de la common law et de ses précédents comme source du droit civil québécois (A). Dès lors, devant une autonomie reconnue et, du même coup, une identité propre au droit civil, l'égale reconnaissance des traditions devient possible. Devant la Cour suprême, cette égale reconnaissance des traditions se traduit dans la

⁷¹ Voir *Robins c. National Trust Company Ltd.*, [1927] A.C. 515, sur l'autorité du précédent des décisions du Conseil privé et du House of Lords à l'égard du droit des colonies appliquant le droit anglais. Voir aussi *Trimble c. Hill* (1879) 5 A.C. 342 à la p. 344.

⁷² S.C. 1949, c. 37, art. 3. Voir, sur l'abolition des appels au Conseil privé et pour une description des circonstances ayant mené à l'affranchissement de la Cour suprême du Canada, B. Laskin, « The Supreme Court of Canada: A Final Court of and for Canadians » (1951) 29 R. du B. can. 1038; Snell et Vaughan, *supra* note 10 à la p. 171 et s.

⁷³ Voir G.A. Beaudoin, « La Cour suprême et la protection des droits fondamentaux » (1975) 53 R. du B. can. 675; D. Gibson, « And One Step Backwards: The Supreme Court and Constitutional Law in the Sixties » (1975) 53 R. du B. can. 621; W.S. Tarnapolsky, « The Supreme Court of Canada and the Canadian Bill of Rights » (1975) 53 R. du B. can. 649.

⁷⁴ Voir p. ex., *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Lamb c. Benoît*, [1959] R.C.S. 321.

⁷⁵ Voir Glenn, *supra* note 9 à la p. 210 et les textes cités par l'auteur.

confirmation des rapports de complémentarité entre le droit civil et le droit fédéral, fondée sur l'absence d'une common law fédérale générale (B).

A – La prise de conscience de l'autonomie conceptuelle du droit civil face à la common law

Le problème de la confusion dans les sources formelles du droit civil québécois ne sévissait pas seulement au sein de la Cour suprême mais aussi dans la pratique du droit où les juges des tribunaux inférieurs et les praticiens utilisaient régulièrement le précédent de common law. De plus, les règles contenues dans les lois particulières québécoises s'articulaient mal autour du corps central du droit civil québécois : le Code civil. Les règles contenues dans les lois particulières étaient rédigées sans toujours tenir compte des règles du Code civil, voire même en les contredisant, rendaient confus le rapport entre les différentes règles du droit civil québécois, tant en ce qui a trait au vocabulaire qu'à l'interprétation.

C'est ainsi qu'à quelques dix années près de l'indépendance des tribunaux canadiens face au Conseil privé, on faisait procéder, au Québec, à la révision du Code civil. Dès 1955, l'Office de révision du Code civil était créé. Contrairement au mandat des codificateurs du Code de 1866, qui était de réduire en un code le droit alors en vigueur en vue de favoriser une plus grande certitude du droit, le mandat de l'Office était général. Aucune directive concernant l'esprit de la réforme, l'orientation des travaux ou leur ampleur n'était donnée dans le mandat des réviseurs⁷⁶. Par contre, la révision entamée en 1955 et achevée en 1978 a été une véritable révision du droit. Le Code de 1866 était devenu un « symbole non plus de permanence, mais d'immobilisme, la manifestation d'une conception statique, voire stagnante, d'un certain ordre social. »⁷⁷ L'esprit adopté par les réviseurs pour la réforme en fut un de modernisation du droit en vue de l'adapter aux nouvelles réalités économiques et sociales d'une société en pleine évolution.

S'ajoutant au besoin de mettre fin à cet immobilisme, il y avait aussi, dans les travaux de l'Office, l'idée de « maintenir vivant le système civiliste »⁷⁸. Bien que reconnaissant qu'il n'appartenait pas aux tribunaux « d'assurer l'évolution systématique et coordonnée des règles de droit »⁷⁹, le souci de redresser les torts causés par les décisions judiciaires qui s'étaient imposées en autorité occupait quand même l'esprit des réviseurs. Face aux assauts du législateur et des tribunaux sur la cohérence interne du droit civil, il fallait redresser le tir afin d'assurer « l'unité organique du droit civil »⁸⁰.

On trouve donc dans les travaux de révision de l'O.R.C.C. un même souci de sauvegarde de l'intégrité du droit civil que celui qui animait Mignault, bien que plus ouverts sur les solutions étrangères. Ces travaux et le rapport qui a suivi ont eu un impact important sur la prise de conscience collective de l'autonomie conceptuelle du droit civil face à la common law et ont favorisé l'arrivée à maturité du droit québécois dans ses rapports avec d'autres droits, autant avec la common law qu'avec le droit civil français⁸¹. Ce contexte général de réflexion collective sur le droit

⁷⁶ P.-A. Crépeau, « Préface » dans Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, xxv à la p. xxv.

⁷⁷ *Ibid.* à la p. xxvii.

⁷⁸ *Ibid.* à la p. xxx.

⁷⁹ *Ibid.* à la p. xxviii.

⁸⁰ *Ibid.* à la p. xxx.

⁸¹ Voir, sur les différentes périodes d'influence de la common law et de la doctrine française sur le droit civil québécois, P.-G. Jobin, « Le droit comparé dans la réforme du *Code civil du Québec* et sa première interprétation » (1997) 38 C. de D. 475.

civil au Québec a certainement favorisé l'évolution des perceptions sur la place et les particularités du droit civil devant la Cour suprême du Canada.

Dans ce contexte de prise de conscience collective et suivant le sillon tracé par Mignault, la Cour suprême du Canada s'est ouverte aux sources du droit civil et les a reconnues, en mettant de côté l'idée d'unifier le droit canadien par la common law. H. Patrick Glenn décrivait ce changement en ces termes :

Depuis au moins le milieu du siècle, il est devenu clair que la Cour suprême a renoncé définitivement à l'idée de l'unification nationale du droit et à l'idée que la comparaison des droits doit servir à la construction de nouvelles règles, exclusives et impératives. Ce changement s'est effectué d'abord par une revalorisation des sources du droit civil, notamment de la doctrine québécoise et française, et par une reconstruction de l'impossibilité d'écarter systématiquement tout un *corpus* de règles dont la qualité et la cohérence ne souffrent en rien d'une comparaison avec la common law.⁸²

L'on constate en effet, à la lecture de la doctrine et à la consultation des travaux de l'Office de révision du Code civil, que la doctrine française et la doctrine québécoise prennent de plus en plus de place dans l'interprétation du droit civil québécois⁸³. Le mouvement vers une utilisation plus répandue des sources du droit civil pour interpréter le droit civil se répercute dans les jugements. Si la common law jouait souvent à titre de droit supplétif⁸⁴, que ce soit en matière d'interprétation des lois fédérales ou québécoises et même du *Code civil du Bas Canada*, et que celui-ci était parfois considéré comme un simple « statut »⁸⁵, la situation a clairement changé. Les sources du droit civil y sont de plus en plus souvent retenues comme fondement d'une décision dans l'interprétation du droit civil québécois⁸⁶, même si l'on trouve encore à cette époque des jugements de la Cour suprême dans lesquels le précédent de common law est utilisé⁸⁷.

Le mouvement de dissociation du droit civil de la common law quant aux sources et aux méthodes d'interprétation a été lent. Le cheminement par lequel la complétude du système de droit civil québécois et la cohérence interne du Code civil ont été affirmées peut être mis en lumière par l'évolution qu'a subie la reconnaissance du *solatium doloris* en droit civil devant la Cour suprême.

En 1887, dans *Canadian Pacific Railway Co. c. Robinson*⁸⁸, la Cour suprême du Canada refusait d'accorder des dommages-intérêts pour *solatium doloris*. Développant la thèse selon laquelle l'article 1056 du *Code civil du Bas Canada* constituait une codification d'une loi canadienne calquée sur la *Lord Campbell's Act*⁸⁹, la Cour suprême refusait la compensation pour les douleurs dues au décès d'un proche. Comme la disposition du Code semblait être calquée sur une loi canadienne antérieure à 1866, s'appliquant tant au Bas-Canada qu'au Haut-Canada, la règle, selon la Cour, devait être uniforme dans son application. D'origine anglaise, elle devait s'interpréter selon

⁸² Glenn, *supra* note 9 à la p. 211.

⁸³ Sur l'influence de la doctrine française au Québec, voir P.-G. Jobin, « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : le rapprochement et l'éloignement de deux continents » dans H.P. Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, Cowansville, Yvon Blais, 1993, 91.

⁸⁴ Baudouin, *supra* note 15 à la p. 723.

⁸⁵ P. ex., *Lamontagne c. Quebec Railway, Light, Heat and Power Co.* (1915), 50 R.C.S. 423 à la p. 427; *Robert c. Montreal Trust Co.* (1917), 56 R.C.S. 342 à la p. 363; *Town of Montreal West c. Hough*, [1931] R.C.S. 113 aux pp. 120-21.

⁸⁶ P. ex., *Eaton c. Moore*, [1951] S.C.R. 470.

⁸⁷ P. ex., *Parent c. Lapointe*, [1952] R.C.S. 376; *Chaput c. Romain*, *supra* note 74; *Griéco c. Externat Classique Ste-Croix*, [1962] R.C.S. 519.

⁸⁸ *Supra* note 13.

⁸⁹ *Ibid.* à la p. 116.

le droit anglais. Comme le droit anglais n'admettait pas la compensation du *solatium doloris*, l'article 1056 ne pouvait non plus ouvrir cette voie.

Portée en appel devant le Conseil privé⁹⁰, celui-ci n'allait mentionner la question du *solatium doloris* qu'en *obiter*. Le Code devait être interprété selon ses termes, sans avoir recours à des lois préexistantes. Le Conseil privé soulignait que l'article 1056 du *Code civil du Bas Canada* différait substantiellement de loi canadienne de 1859, qui calquait les termes du *Lord Campbell's Act*⁹¹. Selon le Conseil privé, l'application de loi canadienne n'était pas uniforme. Sa portée était différente pour les deux provinces auxquelles elle s'appliquait, le Haut et le Bas-Canada. Elle avait pour effet de restreindre la règle du droit civil en limitant la qualité des personnes qui pouvaient poursuivre. Par ailleurs, elle avait pour effet de créer un nouveau droit d'action, jusqu'alors inexistant en common law, de manière à atténuer la rigidité d'une règle judiciaire de common law. Quelques années plus tard, le Conseil privé réitérait, dans *Miller v. Grand Trunk Railway Co.*⁹², les propos qu'il avait tenus dans *Robinson*.

L'*obiter* est intéressant à plusieurs égards. Dans un premier temps, il affirme la spécificité du *Code civil du Bas Canada* puis, dans un second, il reconnaît l'application différente d'une même loi compte tenu du fait que celle-ci se greffe au corpus de règles du droit civil ou de la common law.

De manière assez surprenante, les décisions subséquentes de la Cour suprême du Canada n'ont pas tenu compte des commentaires du Conseil privé sur l'interprétation de l'article 1056. La Cour suprême a continué d'appliquer la règle qu'elle avait établie dans *Robinson*⁹³. Pourtant, les 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*⁹⁴. Compte tenu de l'orientation adoptée par la Cour suprême, la jurisprudence était toutefois partagée. Il a fallu attendre l'affaire *Pantel c. Air Canada*⁹⁵, pour que soit rétablie, devant la Cour suprême, l'interprétation de l'article 1056 au regard du droit civil.

Dans *Pantel*, le juge Pigeon, au-delà de retracer les origines de l'article 1056, cite les commentaires des Lords dans *Robinson*⁹⁶ et dans *Miller*⁹⁷. Il poursuit, en se fondant sur les décisions du Conseil privé, en dissociant l'article 1056 du *Lord Campbell's Act* :

Il faut donc interpréter l'art. 1056 C.C. non pas comme la reproduction d'une loi d'inspiration anglaise, mais comme un texte nouveau faisant partie de la codification d'un droit dont certains principes fondamentaux diffèrent radicalement de ceux de la *common law* en regard desquels la *Lord Campbell's Act* a été rédigée. [...] Ce qui existe depuis 1867 est un code dont les dispositions sur ce sujet doivent être interprétées en regard de l'ensemble dont il fait partie. Parmi les principes fondamentaux de cet ensemble qui diffèrent fondamentalement de ceux de la *common law*, il faut signaler l'absence de l'axiome *actio personalis cum persona moritur*.⁹⁸

⁹⁰ *Canadian Pacific Railway c. Robinson*, [1892] A.C. 481 (P.C.).

⁹¹ *Ibid.* à la p. 487.

⁹² [1906] A.C. 187 (P.C.) à la p. 195.

⁹³ Voir les arrêts cités par J.-S. Poirier, *supra* note 44 aux pp. 670-72.

⁹⁴ Voir A. Mayrand, « Les chefs d'indemnité en cas d'accident mortel » (1967-1968) 9 C. de D. 639 aux pp. 663-64; J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Cowansville (QC), Yvon Blais, 1998, n° 394 à la p. 259.

⁹⁵ [1975] 1 R.C.S. 472 [ci-après *Pantel*].

⁹⁶ *Supra* note 90.

⁹⁷ *Supra* note 92.

⁹⁸ *Pantel*, *supra* note 95 à la p. 478.

La décision dans *Pantel* a marqué une nouvelle ère dans l'interprétation du *Code civil du Bas Canada* en ce qui a trait au besoin d'interpréter ses dispositions selon la logique interne du Code et au regard des autres dispositions du Code. Comme le soulignait un auteur en ce qui a trait à l'importation d'une règle de droit anglais, « même si c'est le droit anglais qui est retenu, cela ne veut pas automatiquement dire que son principe de réparation passe dans notre droit en même temps que la disposition elle-même. »⁹⁹ En effet, si la règle est d'origine étrangère, son importation n'emporte pas intégration de l'ensemble du régime juridique attaché à cette règle. Celle-ci doit se greffer à un corpus de règles déjà existantes dans le droit récepteur. Dans le cas de l'article 1056 du *Code civil du Bas Canada*, il s'agissait du régime de responsabilité civile prévu dans le Code. Pour la loi canadienne calquée sur la *Lord Campbell's Act*, il s'agissait du droit de la responsabilité en vigueur avant la codification, qui était un droit d'origine française.

Pourtant, la question de l'interprétation de l'article 1056 a dû être de nouveau posée devant la Cour suprême dans *Augustus c. Gosset*¹⁰⁰, afin d'établir, une fois pour toutes, la reconnaissance du *solatium doloris* et, surtout, la mesure de la compensation sous ce chef de dommages. Madame le juge L'Heureux-Dubé y précise les distinctions entre le droit civil et la common law en ce qui a trait au préjudice moral et souligne la « spécificité de la tradition juridique du Québec »¹⁰¹.

L'impact de la décision dans *Gosset* est limité dans la mesure où le *Code civil du Québec* n'a pas repris l'article 1056 du *Code civil du Bas Canada*, préférant s'en remettre à l'énoncé de principe général en matière de responsabilité civile. Toutefois, avec l'arrêt *Gosset*, le rejet du précédent anglais, tout comme l'idée d'une cohérence interne au droit civil, sont clairement établis. La logique du droit civil comme celle de la common law en matière de responsabilité civile sont clairement scindées. Il existe entre les deux traditions des principes différents qui, appliqués aux mêmes questions, résultent en des solutions différentes, chacune des traditions ayant sa spécificité.

Cette évolution de la reconnaissance du *solatium doloris* en droit québécois est un reflet de la consécration tardive de la spécificité du droit civil devant la Cour suprême. En effet, même dans les années 1980, certains préconisaient toujours la création d'une chambre civiliste pour la Cour suprême¹⁰². En effet, ce n'est que vers la fin des années 1970¹⁰³ qu'un véritable questionnement a eu lieu en ce qui a trait aux emprunts des catégories et des précédents de common law et, même à ce moment, la dissociation des traditions était l'objet d'hésitations concernant les emprunts des catégories de common law dans l'interprétation du droit civil.

Ces hésitations se sont manifestées en matière de *trespass* (empiètement ou intrusion), même si en cette matière, la Cour suprême n'est pas tombée dans le jeu de l'assimilation des traditions malgré la fréquence du recours à certaines notions de common law devant les tribunaux inférieurs¹⁰⁴. Selon Albert Mayrand, « la confusion entre la règle de common law et celle du droit civil [était, au début des années soixante] un fait relativement récent dans la jurisprudence des tribunaux québécois. »¹⁰⁵ Quant à la Cour suprême, malgré des références nombreuses dans quelques arrêts

⁹⁹ Poirier, *supra* note 44 à la p. 666.

¹⁰⁰ [1996] 3 R.C.S. 268.

¹⁰¹ *Ibid.* à la p. 288.

¹⁰² Voir Crépeau, *supra* note 32 aux pp. 633-34.

¹⁰³ Notons que l'affaire *Pantel*, *supra* note 95, date de 1975.

¹⁰⁴ Voir les décisions citées dans A. Mayrand, « À quand le trépas du "trespasser"? » (1961) 21 R. du B. 1.

¹⁰⁵ *Ibid.* à la p. 17.

à des décisions de common law en matière de *trespass*¹⁰⁶, elle n'aurait jamais appliqué de façon directe la théorie du *trespass* en droit civil québécois. Sans pour autant imposer la doctrine du *trespass* au droit civil, les références et les propos de la Cour ne permettaient toutefois pas d'y voir une dissociation entre la théorie du *trespass* de la common law et les circonstances propres à l'établissement de la responsabilité civile en droit civil. Lorsque les circonstances pouvaient donner lieu à des distinctions propres à la common law, à savoir si la victime était un *invitee*, *licensee* ou *trespasser* sur la propriété du défendeur, la Cour n'a pas exclu l'application des distinctions en droit civil.

Les premiers commentaires de la Cour suprême du Canada portant sur l'application de ces distinctions en droit civil ont été faits par le juge Beetz dans l'affaire *Hamel c. Chartré*¹⁰⁷. Les propos qu'il tenait dans ses motifs n'indiquaient toutefois pas une exclusion claire de la théorie du *trespass* en droit civil. Étant d'accord avec la conclusion à laquelle était arrivé le tribunal de première instance — la présence de la victime sur le terrain du défendeur était justifiée —, il considérait qu'il n'était alors pas nécessaire de se prononcer sur la question de l'application du *trespass*. Il avançait toutefois un doute quant à l'application des distinctions entre *invitee*, *licensee* et *trespasser* en droit civil¹⁰⁸.

Ce n'est qu'en 1982, dans *Rubis c. Gray Rocks Inn Ltée*¹⁰⁹, que l'exclusion du *trespass* en droit civil québécois a été clairement confirmée par la Cour suprême. Le juge Beetz y précisait qu'il était dorénavant convaincu que les catégories du *trespass* ne s'appliquaient pas en droit civil québécois :

[J]e n'éprouve plus de doute et je suis d'avis que c'est une erreur d'invoquer en droit civil ces catégories de la *common law* [*invitee*, *licensee*, *trespasser*]. Elles dérogent à la généralité de l'art. 1053, ne tiennent pas compte de la présomption de l'art. 1054 et des particularités de l'art. 1055 et on ne peut pas être assuré qu'elles conduisent nécessairement au même résultat que les principes du droit civil¹¹⁰.

Le *trespass* avait finalement trépassé. Mais, au-delà du rejet du *trespass*, le juge Beetz réaffirme, en les citant¹¹¹, les propos que tenait Mignault dans *Desrosiers c. King*¹¹² quant au rejet du précédent de common law dans l'interprétation d'une disposition du Code civil et à la complétude du système civiliste.

Aussi, en matière testamentaire, là où le droit anglais a eu une influence certaine par la contribution de la liberté testamentaire, la Cour suprême a longtemps interprété les dispositions du Code selon le droit anglais¹¹³. La conception et la portée de la liberté testamentaire étant essentiellement anglaises, les praticiens et les tribunaux avaient généralement recours au droit anglais dans les matières relevant de l'exercice de la liberté de tester, que ce soit en matière de capacité ou de consentement. Pourtant, pour les mêmes raisons que celles que nous avons soulignées en matière de compensation pour *solatium doloris*, ce n'est pas parce qu'une règle est importée du droit de common law que, du même coup, tout le régime juridique qui s'y rattache

¹⁰⁶ Les arrêts cités par Mayrand, *ibid.* à la p. 20, sont les suivants : *Cité de Verdun c. Yeoman*, [1925] R.C.S. 177; *Canadian National Railways c. Lepage*, [1927] R.C.S. 575; *Ouellet c. Cloutier*, [1947] R.C.S. 521; *Canadian National Railway c. Lancia*, [1949] R.C.S. 177.

¹⁰⁷ [1976] 2 R.C.S. 680.

¹⁰⁸ *Ibid.* à la p. 688.

¹⁰⁹ [1982] 1 R.C.S. 452.

¹¹⁰ *Ibid.* à la p. 468.

¹¹¹ *Ibid.* à la p. 469.

¹¹² *Supra* note 55.

¹¹³ Voir la discussion sur l'affaire *Renaud c. Lamothe*, *infra* note 18.

s'impose dans le droit civil, surtout lorsque le système récepteur a ses propres règles générales qui peuvent régir les questions accessoires qui relèvent d'autres institutions du droit. Sur une question portant sur la captation en matière testamentaire, le juge Beetz, dans *Corporation municipale des Cantons Unis de Stoneham et de Tewkesbury c. Ouellet*¹¹⁴, abordait directement la question du lien entre le droit civil et la common law en cette matière, rejetant le recours aux précédents anglais :

On nous a cité de part et d'autre bon nombre d'arrêts anglais ou d'arrêts relatifs à des causes provenant des autres provinces, au motif que la liberté illimitée de tester vient du droit anglais et qu'il y a des analogies entre la notion d'influence indue du droit anglais et la captation du droit civil. Il ne s'agit pas en l'instance de liberté illimitée de tester non plus que d'un testament suivant la forme dérivée de la loi d'Angleterre. [...] je suis non seulement réticent à utiliser les arrêts des autres provinces dans une affaire de droit civil, mais je ne me sens aucunement lié par un arrêt de cette Cour [...] rejetant un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. [...] Il me paraît que cet arrêt vient bien près d'importer en droit privé la règle de l'affaire *Hodge* sur le doute raisonnable en droit criminel. C'est une théorie qui n'a rien à voir avec les dispositions du droit civil sur la preuve¹¹⁵.

La différence entre l'institution empruntée au droit anglais et l'interprétation de son régime d'application était soulignée, tout comme l'idée d'une unité organique du Code dans son interprétation. Le recours au droit d'origine n'a donc plus qu'une portée limitée. Dans le cas de la liberté illimitée de tester, les propos du juge Beetz montrent bien que, en ce qui a trait à la nature de la liberté testamentaire, à ses fondements, le recours au droit anglais eut pu être pertinent. Le litige ne portait toutefois pas sur le contenu de cette liberté, mais bien sur la nature du consentement à l'acte juridique que constitue le testament, la captation ayant un effet sur la volonté de tester.

La règle antérieurement proposée par Walton qui préconisait une interprétation du Code selon les règles du droit à l'origine de la disposition du Code¹¹⁶ n'avait plus tout à fait sa place. Les arrêts *Pantel* et *Ouellet* constituent des exemples marquants du rejet de l'incorporation intégrale du droit d'origine et de l'usage du précédent anglais.

Le droit anglais n'est toutefois pas exclu de l'analyse du droit civil. Il doit s'imbriquer dans le *corpus* des règles de droit civil et son inclusion dans l'interprétation de la règle demeure limitée. L'affaire *Royal Trust Co. c. Tucker*¹¹⁷, qui soulevait la question de la nature de la fiducie et des droits qui s'y rattachent, est une illustration parfaite de cette forme de rapport entre les institutions d'origine anglaise et leur interprétation en droit civil. Cette décision qui articulait l'origine de la fiducie québécoise et qualifiait l'intérêt de « droit de propriété *sui generis* »¹¹⁸ a fait couler beaucoup d'encre. Nous ne reprendrons ni ne décrirons les critiques et les suites de l'arrêt. Ce qui nous paraît toutefois intéressant, du point de vue de l'articulation du droit civil au regard d'une institution d'origine anglaise, c'est la peine que la Cour a pris à différencier la fiducie du droit civil de celle de la common law. La fiducie est en effet la quintessence des institutions propres à la common law. Elle est le symbole de la distinction entre le « legal title » (titre en common law) et le « beneficial ownership » (propriété bénéficiaire), qui se réconcilient difficilement avec les notions de droit et de propriété du droit civil. Malgré les difficultés d'arrimage de la notion de fiducie avec les catégories

¹¹⁴ [1979] 2 R.C.S. 172.

¹¹⁵ *Ibid.* à la p. 204. Voir aussi, *Drouin-Dalpe c. Langlois*, [1979] 1 R.C.S. 621 à la p. 624.

¹¹⁶ Walton, *supra* note 46 à la p. 130.

¹¹⁷ [1982] 1 R.C.S. 250.

¹¹⁸ Le *Code civil du Québec* régit la fiducie aux articles 1260 et suivants et la rattache à la théorie des patrimoines d'affectation, qui n'était pas prévue dans le *Code civil du Bas Canada*.

classiques du droit des biens en droit civil, la Cour a voulu s'assurer de distancier, au plan conceptuel, la fiducie québécoise de celle de common law :

Il est donc légitime de référer au droit anglais [...] Mais l'argument n'est pas décisif car ce n'est pas tout le droit anglais des trusts qui a été introduit en droit civil. [...] l'adoption des art. 981a et suivants n'a pas eu pour effet d'introduire au Québec la distinction anglaise entre le « *legal title* » et le « *beneficial ownership* », sorte de dédoublement de la propriété, notion étrangère au droit québécois qui veut que la propriété reste unique et porte toute entière sur une seule tête [...] Le droit anglais n'est donc pertinent que dans la mesure de sa compatibilité avec les art. 981a et suivants du *Code civil*¹¹⁹.

Si la défense et l'articulation du droit civil devant la Cour suprême ont, sur une longue période, été en veille, ces arrêts reflètent le chemin parcouru par la Cour entre la période Mignault et le début des années 1980. L'interprétation du Code civil selon les règles du droit civil et le recours aux sources du droit civil ont été de plus en plus courants à compter des années 1970¹²⁰, pour devenir une manière de faire établie.

Fait déjà souligné précédemment, l'aboutissement des travaux de l'Office de révision du Code civil en 1978 n'est sûrement pas étranger à cette prise de conscience de l'autonomie conceptuelle du droit civil devant la Cour suprême. Le tournant marqué par les jugements rendus dans les affaires de droit civil par le juge Beetz correspond à une période importante dans la réflexion collective sur les institutions et les sources du droit civil québécois. Le droit civil québécois n'était plus en situation de crise identitaire.

Dès le milieu des années 1980, les jugements de la Cour suprême portant sur le droit civil sont toutefois devenus moins nombreux en raison du contentieux créé par la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne*¹²¹. Les décisions rendues sont alors devenues plus visibles, mais elles ont aussi été plus civilistes¹²², tout en s'ouvrant sur les sources étrangères afin d'obtenir un éclairage sur le contexte socio-économique ambiant et l'évolution des règles.

Les propos de Madame le juge L'Heureux-Dubé dans *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*¹²³ sont révélateurs de l'approche adoptée par la Cour dans l'interprétation du droit civil :

¹¹⁹ *Supra* note 117 à la p. 261.

¹²⁰ Il suffit de lire la décision rendue par la Cour suprême dans *Banque nationale c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, pour se rendre compte de ce mouvement. Pour une description de cette période où la doctrine française a eu le haut du pavé dans l'interprétation du droit civil québécois, voir P.-G. Jobin, « Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges : les débuts d'une affaire de famille » (1980) 21 C. de D. 257.

¹²¹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

¹²² Voir p. ex., *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529 sur la validité d'une clause compromissaire; *Lapierre c. Procureur général du Québec*, [1985] 1 R.C.S. 531 en matière de responsabilité délictuelle où la théorie du risque a été rejetée; *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244 sur le droit de garde et l'exercice de l'autorité parentale; *Daigle c. Tremblay*, [1989] 1 R.C.S. 531 sur la personnalité juridique du fœtus; *Venne c. Québec (CPTA)*, [1989] 1 R.C.S. 880 sur l'obligation conditionnelle; *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429 en matière de mandat; *Banque nationale du Canada c. Houle*, [1990] 3 R.C.S. 429 sur l'abus de droits contractuels; *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541 en matière de responsabilité délictuelle où la théorie de la perte de chance a été rejetée en matière de responsabilité médicale; *Garcia Transport Ltée c. Compagnie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499 sur l'extinction des obligations; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, à nouveau sur le droit de garde et l'exercice de l'autorité parentale.

¹²³ [1990] 2 R.C.S. 995.

Les auteurs et la jurisprudence ont, par le passé, eu une certaine tendance à puiser dans le droit étranger des assurances des réponses aux questions auxquelles le droit civil du Québec ne semblait pas apporter de solution. Cette vision élargie des sources de droit découle en fait partiellement de la nature du droit des assurances que les codificateurs soulignent dans leur septième rapport comme étant un ensemble de règles fondamentales communes à plusieurs pays [...]. Cette similarité apparente des règles fondamentales ne doit cependant pas nous faire oublier que les tribunaux se doivent d'assurer au droit des assurances un développement qui reste compatible avec l'ensemble du droit civil québécois, dans lequel il s'insère. Ainsi, si les arrêts de juridictions étrangères [...] peuvent avoir un certain intérêt lorsque le droit y est fondé sur des principes similaires, il n'en reste pas moins que le droit civil québécois a ses racines dans des préceptes qui lui sont propres et, s'il peut être nécessaire de recourir au droit étranger dans certains cas, on ne saurait y puiser que ce qui s'harmonise avec son économie générale¹²⁴.

Cet extrait montre bien la complexité qui résulte de la mise en œuvre du droit lorsqu'un langage législatif similaire est utilisé dans la réglementation de situations régies par des traditions juridiques différentes. Un même langage peut donc avoir un sens multiple selon la tradition dans laquelle il s'inscrit, en raison des autres règles qui composent l'ensemble du régime d'application. C'est là toute la complexité de la mixité des sources du droit civil québécois et de son application dans un contexte bijuridique. En effet, la transposition des règles doit être considérée en fonction du cadre récepteur et celui-ci diffère d'une tradition à l'autre. Ainsi, dans la mesure où l'on reconnaît la spécificité d'une tradition, le recours à l'analyse comparative pour comprendre le sens de la règle, en fonction de son origine, sa transposition et sa mise en œuvre, prend alors tout son sens.

Avec l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994, le besoin d'interpréter les nouvelles dispositions au regard de sources variées a favorisé un recours de plus en plus fréquent à l'analyse comparative du droit¹²⁵, sans pour autant que la spécificité du droit civil ne soit négligée¹²⁶. Contrairement à la période où Mignault siégeait à la Cour, la protection de l'intégrité du droit civil n'est plus un cheval de bataille. En effet, la mixité du droit québécois, tout comme son caractère essentiellement civiliste quant à ses catégories et son interprétation, caractérisent le droit québécois par rapport à la common law et, aussi par rapport au droit civil européen. Son arrivée à maturité ne pouvait que se transposer dans une reconnaissance de son intégrité et de ses particularités. Face à l'interprétation du Code civil du moins, l'autonomie conceptuelle du droit civil québécois semble dorénavant aller de soi.

Par ailleurs, on pourrait s'interroger sur l'influence qu'a pu avoir le droit civil québécois dans les jugements plus récents de la Cour suprême une fois son autonomie conceptuelle reconnue. Bien que certains prétendent que l'influence des traditions n'est plus à sens unique — common law vers le droit civil¹²⁷, il est toutefois exagéré de prétendre que la common law s'est fréquemment inspirée du droit civil. On trouve bien quelques exemples où la Cour suprême a mentionné des décisions de droit civil. Il en est ainsi dans *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*¹²⁸, dans laquelle la Cour cite *Ross c. Dunstall*¹²⁹ en matière de responsabilité du fabricant. Fait intéressant, dans *Ross c. Dunstall*, la Cour suprême avait interprété l'article 1053 du *Code civil du Bas Canada* en s'assurant

¹²⁴ *Ibid.* à la p. 1004.

¹²⁵ Voir sur le regain de popularité de l'analyse comparative du droit, P.-G. Jobin, *supra* note 81 à la p. 489 et s.

¹²⁶ P. ex., *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Aubry c. Éditions Vice-Versa*, [1998] 1 R.C.S. 591.

¹²⁷ Voir C.D. Gonthier, « L'influence d'une cour suprême nationale sur la tradition civiliste québécoise » dans Journées Maximilien-Caron 1990, *Enjeux et valeurs d'un code civil moderne*, Montréal, Thémis 1991, 3 à la p. 8.

¹²⁸ [1974] R.C.S. 1189.

¹²⁹ (1921), 62 R.C.S. 393.

que l'interprétation alors donnée n'était pas incompatible avec une règle établie par un précédent anglais. Dans *Sorochan c. Sorochan*¹³⁰, la décision *Cie immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*¹³¹ est citée, mais seulement à titre comparatif, la théorie de l'enrichissement sans cause ayant des fondements dans la common law. Dans un autre cas, *Arndt c. Smith*¹³², Madame le juge McLachlin cite *Laferrière c. Lawson*¹³³ au soutien de ses motifs portant sur le critère de prépondérance des probabilités dans l'évaluation de la causalité. Ces exemples sont malgré tout révélateurs d'une plus grande ouverture à l'analyse comparative de la common law canadienne avec le droit civil québécois même s'ils utilisent le droit civil à des niveaux d'influence différents.

En matière familiale, plus particulièrement en matière de garde d'enfants, la Cour a cru bon tenir compte des décisions rendues en common law dans ses décisions de droit civil, et de celles rendues en droit civil dans ses décisions de common law, tout en reconnaissant les différences conceptuelles des notions dans les deux traditions. Le dialogue établi dans ce domaine entre les deux traditions pourrait s'expliquer, en ce qui a trait aux matières impliquant un enfant, par le tronc commun entre celles-ci en ce qui a trait au fondement essentiel de toute décision concernant des enfants : la notion d'intérêt de l'enfant. À partir de ce principe partagé, les solutions communes sont favorisées, même si l'articulation des motifs rattachés aux institutions propres à chacune des traditions diffère. La comparaison faite par Madame le juge L'Heureux-Dubé dans *Gordon c. Goertz*¹³⁴, reprenant les distinctions établies sur la notion de garde de *C. (G.) c. V.-F. (T)*¹³⁵ est un bon exemple de ce courant, tout comme l'analyse faite dans *W. (V.) c. S. (D.)*¹³⁶.

Aussi, lorsque des questions soumises à la Cour soulèvent des valeurs universelles, l'intérêt de mentionner les règles et solutions de l'une ou l'autre des traditions est plus marqué et se traduit dans les décisions. Il en est ainsi en matière de droits et libertés de la personne¹³⁷, incluant les questions liées à la protection du fœtus et aux droits de la mère. L'utilisation de *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*¹³⁸ ou de *Tremblay c. Daigle*¹³⁹ dans les décisions *Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson*¹⁴⁰ et *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. D.F.G.*¹⁴¹ traduit ce rapprochement des traditions. Chacun de ces arrêts, quel que soit l'objet du litige, dépendait d'une même qualification fondamentale : la personnalité juridique du fœtus avant sa naissance.

Ce dialogue des traditions dans les jugements de la Cour suprême est conforme à l'idée selon laquelle la Cour suprême est plus qu'un tribunal d'appel pour chacune des provinces. Sa place lui impose d'éviter des solutions uniques dont l'impact serait limité aux droits des parties devant elle. Dans ses décisions, surtout les plus récentes, la Cour semble habitée par un souci de prendre en

¹³⁰ [1986] 2 R.C.S. 38.

¹³¹ [1977] 2 R.C.S. 67.

¹³² [1997] 2 R.C.S. 539 à la p. 565.

¹³³ *Supra* note 122.

¹³⁴ [1996] 2 R.C.S. 27 à la p. 69 et s.

¹³⁵ *Supra* note 122 à la p. 285.

¹³⁶ [1996] 2 R.C.S. 108 à la p. 146 et s.

¹³⁷ Voir p. ex., *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] C.S.C. n° 48 dans laquelle *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Ville de Montréal*, [2000] 1 R.C.S. 665 est citée en ce qui a trait à la notion de handicap dans un contexte de protection du droit à l'égalité.

¹³⁸ [1933] R.C.S. 456.

¹³⁹ *Supra* note 122.

¹⁴⁰ [1999] 2 R.C.S. 753.

¹⁴¹ [1997] 3 R.C.S. 925.

considération l'effet de ses décisions dans l'ensemble des juridictions, qu'elles relèvent du droit civil ou de la common law, tout en respectant les particularités de chacune.

On voit donc, dans les nouvelles orientations de la Cour, une influence réciproque plus marquée entre traditions par le biais d'une analyse comparative qui prend de plus en plus de place dans les jugements. On note aussi une tendance plus marquée vers l'universalisme en ce qui a trait aux fondements des solutions et aux solutions elles-mêmes, avec une articulation différente des principes variant d'une tradition à l'autre. Sorte d'unification par la persuasion, on est bien loin de l'unification du droit telle qu'elle s'exerçait au début du XX^e siècle, alors que l'unification signifiait généralement l'assimilation du droit civil par la common law. Ce courant procède en quelque sorte d'une internationalisation du droit, qui s'ouvre à un langage plus universel du droit. Il traduit une certitude selon laquelle il y aurait, dans les deux systèmes, des valeurs transcendantes qui dépassent le simple énoncé de règles spécifiques.

Cette tendance comparatiste de la Cour ne pouvait s'effectuer que par une reconnaissance préalable de l'autonomie conceptuelle du droit civil face à la common law. La comparaison ne peut en effet alimenter la réflexion sur les fondements et les solutions de chacune des traditions que dans la mesure où elles sont vues comme des égales, aucune n'étant ni moins bonne, ni meilleure que l'autre dans son ensemble.

Cette confirmation de l'autonomie conceptuelle du droit civil et de sa pleine égalité avec la common law par la Cour suprême s'est toutefois opérée dans un contexte où il s'agissait de l'interprétation de règles provinciales. La question de la place respective des traditions se pose toutefois autrement lorsqu'il s'agit de comprendre comment la dualité juridique s'est établie dans le cadre fédéral et comment le droit civil a pu avoir un rôle dans l'interprétation du droit fédéral.

B – La confirmation des rapports de complémentarité entre le droit civil et le droit fédéral

Si le droit civil québécois a su acquérir une autonomie conceptuelle face à la common law, ce facteur à lui seul ne peut suffire à fonder l'existence d'une dualité juridique dans le cadre fédéral. Bien que cette autonomie soit un préalable nécessaire à l'établissement de cette dualité, il faut en plus que les règles du droit civil puissent s'appliquer dans ce cadre; elles doivent être pertinentes dans l'application du droit fédéral.

Malgré l'existence de fait du bijuridisme canadien, la réponse à la question de savoir s'il existe un rapport de complémentarité entre le droit civil, en tant que droit provincial, et le droit fédéral, ne va pas de soi. Si la doctrine a articulé le rapport de complémentarité entre les droits provinciaux et le droit fédéral¹⁴², ce n'est qu'après que la Cour suprême eut formellement nié l'existence d'une common law fédérale que cette articulation a pu prendre toute son ampleur.

L'idée de l'existence d'une common law fédérale dans toutes les matières relevant de la compétence du gouvernement fédéral a longtemps été soutenue par les tribunaux¹⁴³. Au plan constitutionnel, elle s'articule autour de l'interprétation de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Sa pertinence et les jugements qui ont contribué à la confirmation de l'existence d'une common law fédérale sont liés à la détermination de la juridiction à la Cour fédérale constituée pour

¹⁴² Il faut lire J.-M. Brisson, « L'impact du *Code civil du Québec* sur le droit fédéral » (1992) 52 R. du B. 345; J.-M. Brisson et A. Morel, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation » (1996) 75 R. du B. can. 197, version révisée du texte « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien. Recueil d'études*, Ottawa, ministère de la Justice, 1997, 213.

¹⁴³ Voir P.W. Hogg, *Constitutional Law in Canada*, 4^e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 1997 à la p. 181.

la « meilleure administration des lois du Canada »¹⁴⁴. On a longtemps considéré que la juridiction de la Cour fédérale correspondait aux champs relevant de la compétence du gouvernement fédéral en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qu'il existe ou non un texte législatif fédéral.

C'est par l'interprétation de la portée de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* que la Cour suprême a ouvert la voie à la reconnaissance du bijuridisme dans le cadre des lois fédérales, en interprétant étroitement l'expression « lois du Canada », qui fonde la juridiction de la Cour fédérale.

Ainsi, la Cour suprême a développé une nouvelle articulation des rapports entre le droit fédéral et les droits provinciaux en ce qui a trait à l'interprétation du droit fédéral. L'idée d'une common law fédérale supplétive au droit légiféré, applicable sur tout le territoire, pour toutes les matières relevant de la compétence du gouvernement du Canada a été rejetée. Pour qu'il s'agisse de « lois du Canada », il faut qu'il y ait, dirons-nous en principe, un texte législatif fédéral. C'est ce qui se dégage de *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadian Pacific Ltd.*¹⁴⁵, *McNamara Construction c. R.*¹⁴⁶ et *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*¹⁴⁷

Dans *Quebec North Shore*, la Cour suprême a renversé les conclusions retenues en première instance et en appel par la Cour fédérale à l'effet que la juridiction de la Cour fédérale couvrait l'ensemble des matières relevant de la compétence législative fédérale. Elle a aussi rejeté l'argument selon lequel une législation provinciale s'appliquant à une situation à l'égard de laquelle le gouvernement fédéral pourrait légiférer ferait partie du droit fédéral et ce, par incorporation implicite¹⁴⁸. La Cour reformulait ses conclusions dans *McNamara*, insistant sur le fait que pour qu'il s'agisse de « lois du Canada », il ne suffit pas que le gouvernement fédéral ait la compétence de légiférer sur un sujet, encore faut-il qu'il l'ait fait¹⁴⁹. Puis, dans *Fuller*, la Cour précisait que bien qu'une loi fédérale régleme une partie d'une situation juridique relevant de la compétence du Parlement fédéral, les questions pouvant relever de pouvoirs accessoires dont le champ est régleme par le droit provincial ne constituent pas du droit fédéral, à moins que ces pouvoirs soient nécessaires à l'exercice efficace de l'autorité du Parlement¹⁵⁰.

L'existence d'une common law fédérale n'a toutefois pas été complètement exclue, la juridiction de la Cour fédérale pouvant trouver son fondement dans une loi, un règlement ou la common law¹⁵¹. Il existe d'ailleurs une common law fédérale dans certaines matières. Il en est ainsi, entre autres, en droit maritime¹⁵² et en ce qui a trait au titre aborigène¹⁵³. Nous n'aborderons toutefois pas ces cas d'exception. Par ailleurs, il existe aussi une common law fédérale s'appliquant à la Couronne du

¹⁴⁴ Art. 101, *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 5.

¹⁴⁵ [1977] 2 R.C.S. 1054 [ci-après *Quebec North Shore*].

¹⁴⁶ [1977] 2 R.C.S. 654 [ci-après *McNamara*].

¹⁴⁷ [1980] 1 R.C.S. 695 [ci-après *Fuller*].

¹⁴⁸ *Quebec North Shore*, supra note 145 à la p. 1065.

¹⁴⁹ *McNamara*, supra note 146 à la p. 658.

¹⁵⁰ *Ibid.* à la p. 711.

¹⁵¹ *Quebec North Shore*, supra note 145 à la p. 1066 et *McNamara*, *ibid.* aux pp. 659 et 713.

¹⁵² Voir p. ex., *ITO—International Terminal Operator c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752. Pour une critique de cet état de fait en ce qui a trait au droit maritime, voir G. Lefebvre, « L'uniformisation du droit maritime canadien aux dépens du droit civil québécois : lorsque l'infidélité se propage de la Cour suprême à la Cour d'appel du Québec » (1997) 31 R.J.T. 577.

¹⁵³ Voir p. ex., *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322.

chef du Canada¹⁵⁴. Sa portée reste toutefois limitée. C'est ce qui ressort de ces mêmes arrêts et c'est ce que reconnaît la doctrine¹⁵⁵.

Les décisions rendues dans *Quebec North Shore, McNamara* et *Fuller* ont souvent été critiquées en raison des distinctions byzantines qu'elles créent en ce qui a trait à la juridiction de la Cour fédérale, car elles semblent engendrer des résultats peu pratiques au plan procédural, surtout en ce qui a trait aux poursuites en responsabilité impliquant la Couronne du chef du Canada¹⁵⁶. Par ailleurs, si elles suscitent des critiques au plan procédural, leur effet sur la reconnaissance d'un véritable rapport de complémentarité entre les droits provinciaux et le droit fédéral est certain. Cet aspect n'est généralement pas souligné dans les commentaires, la perspective adoptée étant liée aux problèmes procéduraux engendrés par la dissociation des règles de droit fédéral des institutions relevant des droits provinciaux. Il est pourtant essentiel à la compréhension et à la confirmation du bijuridisme canadien appliqué dans un cadre fédéral.

L'impact de ces décisions, en marge de leur application directe aux questions procédurales qu'elles réglaient, est de permettre de tirer deux conclusions essentielles nécessaires à l'établissement d'un rapport de complémentarité entre les droits provinciaux et le droit fédéral. La première est que le droit fédéral n'étant pas autonome, il doit, pour s'appliquer en cas de silence de la loi fédérale, trouver ses assises dans le droit provincial et non dans une common law purement fédérale. La seconde est que, en l'absence d'une common law fédérale, le droit provincial agit comme droit commun du droit fédéral.

La première conclusion n'emporte pas à elle seule confirmation d'un rapport de complémentarité véritable entre les droits provinciaux et le droit fédéral. En effet, si l'on se replace avant l'arrêt *Quebec North Shore*, on peut dire que, de façon générale, l'idée d'une common law fédérale avait cours et que l'interprétation de l'expression « loi du Canada » était large. Constituait une loi du Canada, toute règle appliquée dans un domaine relevant du champ de compétence du Parlement du Canada en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans ce champ de compétence, toutefois, il n'existait pas nécessairement de loi ou règlement du Parlement, ni de précédent de common law applicable dans ce domaine. Ainsi, pour compléter la réglementation d'une situation tombant dans ce champ de compétence, avait-on recours aux droits provinciaux. Le droit fédéral n'était pas tout à fait autonome car les règles provinciales entraient dans un rapport de complémentarité avec les règles propres au droit fédéral.

Pourtant, ce rapport n'établissait pas une véritable complémentarité. Bien sûr, le droit fédéral avait recours aux institutions des droits provinciaux pour combler ses lacunes mais, lorsque celles-ci étaient intégrées, par implication, au droit fédéral, il n'y avait plus complémentarité mais bien assimilation. En effet, par l'incorporation, selon les situations, de l'un ou l'autre des droits provinciaux, on faisait de ceux-ci du droit fédéral. La difficulté qui se pose alors en est une reconnaissance, malgré une complémentarité limitée par le biais d'un renvoi implicite au droit provincial, qui a pour effet d'opérer une incorporation par renvoi. Par l'incorporation, le droit provincial perd ses caractères propres et le droit fédéral est lui considéré comme un tout soumis à ses propres règles d'interprétation.

¹⁵⁴ *McNamara*, supra note 146 aux pp. 662-63.

¹⁵⁵ Voir p. ex., G. Faggiolo, « La Loi C-38, la nouvelle compétence de la Cour fédérale et ses relations avec la Cour supérieure » dans *Développements récents en droit administratif (1990)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville (QC), Yvon Blais, 1990, 85; L.J. Townsend et H. Olson, « Les recours judiciaires exercés par et contre l'État » dans *La Couronne en droit canadien*, Cowansville (QC), ministère de la Justice, Yvon Blais, 1992, 189.

¹⁵⁶ Voir les critiques de P.W. Hogg, supra note 143 aux pp. 182-83, de même que les références mentionnées par l'auteur.

C'est là que le bât blesse, plus particulièrement pour le droit civil. En effet, s'il avait fallu maintenir cette idée d'un droit fédéral complet par ses incorporations du droit provincial, les institutions du droit civil servant à combler les lacunes, comme par exemple en matière de contrat, auraient été interprétées à partir des précédents du droit fédéral. On aurait en effet appliqué une common law propre au droit fédéral, différente des common law des provinces et se développant dans son propre cadre. Ces précédents applicables à toutes les situations juridiques relevant du champ de compétence du fédéral se seraient appliqués également aux situations créées dans un cadre de droit civil et à celles créées dans un cadre de common law.

Dans un tel cas, les caractères propres des institutions du droit civil n'auraient pu être reconnus. Développée à partir des précédents, l'interprétation des institutions se serait faite en marge des particularités liées aux traditions, opérant une uniformisation des règles du droit civil avec celles de la common law. Contrairement à l'affirmation de la spécificité du droit civil dans l'interprétation du Code et des règles du droit civil dans un contexte purement provincial, cette spécificité n'aurait pu s'affirmer et se serait perdue dans le cadre fédéral. Les mêmes institutions, n'étant plus considérées dans un cadre conceptuel autonome mais faisant partie intégrante du droit fédéral, auraient eu un sens différent d'un contexte à l'autre, assimilées dans le cadre fédéral quant à leur sens et leur mode de mise en œuvre, à des institutions de common law.

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

Mais l'absence d'autonomie du droit fédéral ne suffit pas à elle seule à permettre l'articulation du rapport de complémentarité. L'idée de l'application des droits provinciaux comme droit commun de la législation fédérale vient la compléter.

Le rôle des droits provinciaux comme droits communs du droit fédéral n'est possible qu'en l'absence d'une common law fédérale qui existerait pour tous les champs de compétence du Parlement. En effet, affirmer l'existence d'une common law fédérale ferait en sorte qu'en cas de silence de la loi, ce serait une common law propre aux champs de compétence fédéraux qui s'appliquerait et non les droits provinciaux agissant comme toiles de fond au droit fédéral. Avec un tel corpus de règles, les différents droits provinciaux, relevant du droit civil ou de la common law, ne joueraient aucunement dans l'orientation de la règle. Le cas du droit maritime démontre bien comment le droit provincial est exclu dans son articulation et comment la common law fédérale propre au droit maritime joue comme droit commun dans ce domaine particulier.

Ainsi, à la suite de *Quebec North Shore, McNamara* et *Fuller*, si ce qui relève de la propriété et des droits civils en vertu du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne passe pas dans le champ du droit fédéral du seul fait que certaines des institutions relevant du droit provincial sont nécessaires à la mise en œuvre d'une règle fédérale, la question de savoir quel droit s'applique en cas de silence de la loi fédérale est fondamentale dans l'articulation du bijuridisme dans le cadre fédéral.

L'identification des règles qui s'appliquent à titre supplétif est assez complexe et nécessiterait une analyse plus approfondie qui dépasse les objectifs poursuivis par ce texte. Il convient toutefois

de mentionner que le jeu de la complémentarité, par le jeu des toiles de fond, ne se détermine pas en bloc. En effet, lorsqu'il s'agit du droit commun des provinces de common law, ce droit commun est en principe établi par la common law provinciale (les principes établis par les décisions judiciaires). Par contre, la complémentarité entre le droit fédéral et le droit provincial peut aussi s'établir avec la common law et les lois particulières, lorsque les règles et les régimes juridiques construits par ces lois sont nécessaires à la mise en œuvre du droit fédéral.

Il en est de même au Québec. Si au Québec le droit civil trouve principalement sa source dans le Code civil, « [l]e Code civil ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité [...] ». ¹⁵⁷ En principe, c'est le Code et les principes généraux du droit qui sont considérés comme le droit commun ¹⁵⁸ et agiront à titre supplétif du droit fédéral ¹⁵⁹. Le droit fédéral, toutefois, peut aussi établir une complémentarité avec le corps du droit privé québécois, incluant les régimes établis par les lois particulières, comme il le fait pour les provinces de common law.

Le droit fédéral s'interprète ainsi, en l'absence de dispositions législatives fédérales opérant une dissociation expresse avec les droits provinciaux, comme un droit qui s'énonce comme une exception à la règle de droit établie par les droits communs des provinces. Il peut aussi s'énoncer dans un rapport de complémentarité plus élargi, avec l'ensemble du corpus législatif des provinces incluant les lois particulières, comme il le fait par exemple au paragraphe 72(1) de la *Loi sur la Faillite et l'insolvabilité* ¹⁶⁰. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs confirmé cette complémentarité entre le droit fédéral et les droits provinciaux ¹⁶¹.

Le jeu de la complémentarité est donc variable. Il peut exister plusieurs couches de toiles de fond. Par ailleurs, quelle que soit la forme que prend la complémentarité entre les droits provinciaux et le droit fédéral, cette complémentarité confirme le dialogue entre le droit fédéral et les droits provinciaux.

Par la complémentarité des droits fédéral et provinciaux, et l'égalité des traditions, l'articulation du bijuridisme dans le contexte fédéral est devenue plus qu'un simple constat de la coexistence des traditions. Les juges doivent, dans l'application d'une règle fédérale non exclusive des droits provinciaux, reconnaître, en ce qui a trait au droit québécois, les institutions propres au droit civil québécois en vue d'appliquer cette règle fédérale, superposée, dans plusieurs matières, au droit québécois agissant comme toile de fond. Ce besoin d'avoir recours au droit québécois même dans l'application du droit fédéral ne pouvait qu'agir dans la reconnaissance de la pleine égalité du droit civil québécois avec la common law des autres provinces.

Conclusion

Au début menacé dans son intégrité, le droit civil a pleinement acquis, devant la Cour suprême du Canada, son autonomie conceptuelle, lui permettant d'être considéré en pleine égalité avec la common law. Ce mouvement, avec le rejet de principe d'une common law fédérale pour toutes les

¹⁵⁷ *Cie immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, supra note 131 à la p. 76, réitéré dans *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065 à la p. 1080.

¹⁵⁸ Brierley, supra note 37; Brisson, supra note 37.

¹⁵⁹ Brisson, supra note 142; Brisson et Morel, supra note 142.

¹⁶⁰ L.R.C. 1985, c. B-3.

¹⁶¹ P. ex., en matière de faillite et d'insolvabilité, *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753 et *sous-ministre du Revenu (Québec) c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35.

matières relevant de la compétence du gouvernement fédéral, a permis une meilleure articulation du bijuridisme canadien dans le cadre actuel.

En raison d'une évolution constante du regard sur les rapports entre le droit civil et la common law puis, entre le droit fédéral et les droits provinciaux, la Cour suprême du Canada a favorisé l'éclosion d'une vision de la dualité juridique canadienne. Plus qu'un état de fait, cette dualité juridique est dorénavant considérée comme un caractère essentiel de la mise en œuvre du droit fédéral, nécessitant un dialogue constant entre les traditions.