

# ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

*On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :*

*Les Éditions Thémis*

*Faculté de droit, Université de Montréal*

*C.P. 6128, Succ. Centre-Ville*

*Montréal, Québec*

*H3C 3J7*

*Téléphone : (514)343-6627*

*Télécopieur : (514)343-6779*

*Courriel : [themis@droit.umontreal.ca](mailto:themis@droit.umontreal.ca)*

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite  
disponible à : [www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca)

# Le rôle de la Cour suprême en droit civil

Adrian POPOVICI\*

## Résumé

*Le petit nombre d'arrêts, en principe de principe, prononcés annuellement en droit civil par la Cour suprême du Canada atteste néanmoins que cette dernière n'a pas renoncé à sa mission traditionnelle de guide des tribunaux québécois.*

*Au-delà des reproches habituels que depuis longtemps les civilistes québécois lui adressent, l'auteur voit poindre un danger plus sournois que celui bien connu de la contamination du droit civil par le common law.*

*Une nouvelle menace, plus subtile, découle de la constitutionnalisation des droits individuels et de leur incorporation dans les Chartes canadienne et québécoise. Les droits et libertés fondamentaux de la personne sont-ils ontologiquement identiques au concept civiliste des droits de la personnalité consacré par le législateur québécois?*

*La distinction entre le droit public et le droit privé, caractéristique importante du droit civil mais insignifiante en common law, devient évanescence : l'est-ce au détriment de l'originalité du système civiliste québécois?*

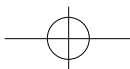
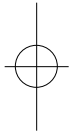
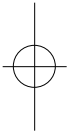
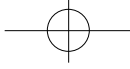
## Abstract

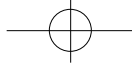
*The Supreme Court of Canada has been the object of criticism by most Quebec civil lawyers mainly because of its tendency to indiscriminately apply common law solutions in non-common law cases. The danger seems minimal today, all the more since only very few cases bear on Quebec private law matters in Ottawa.*

*A new threat, more subtle and less easily detected could be pernicious. It is due to the entrenchment of certain individual rights in the Canadian and Quebec Charters. Are those rights ontologically the same as the "rights of personality" recognized by the new Quebec Civil Code? To interpret the latter in the light of the pure common law tradition might jeopardize the originality of the Quebec civil law system, an important characteristic of which is still to distinguish (albeit less stringently) between public law and private law.*

---

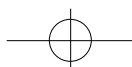
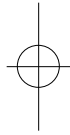
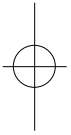
\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

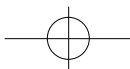
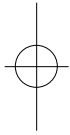
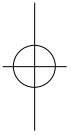
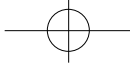




## **Plan de l'article**

<b>Introduction</b> .....	611
<b>I. La contamination par le common law : une menace surestimée?</b> .....	612
<b>II. La contamination par le droit constitutionnel : une menace sournoise?</b> .....	614
<b>Conclusion</b> .....	623







En droit civil, le rôle d'une cour suprême devrait être de voir à l'application correcte et uniforme du droit et de lui donner une certaine prévisibilité, une certitude ... au moins temporaire. Si l'on ne peut plus nier son rôle de moteur de l'évolution du droit, sa tâche, en *droit civil*, devrait plutôt être de dire ce qu'est le droit que de dire ce qu'il devrait être ... et sera ...<sup>1</sup>

Notre Cour suprême a déjà eu ce rôle, qu'elle a rempli plus ou moins bien. Mais, en fait, depuis des années, son activité en droit civil a été de rendre trois ou quatre grands arrêts de principe, et encore ...

On le comprend. En tant que tribunal suprême, elle décide en dernière instance de questions de droit civil québécois, mais aussi du droit des neuf autres provinces, sans compter le droit criminel, le droit fédéral, le droit constitutionnel et la Charte canadienne.

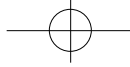
La permission d'appeler sur une question d'intérêt national est un filtre nécessaire, qui laisse cependant une grande partie de sa mission à la Cour d'appel du Québec, elle-même surchargée, débordée, submergée ...

Traditionnellement – et il y a d'excellents écrits là-dessus<sup>2</sup> – les civilistes ont fait divers reproches à la Cour suprême, visant tant

---

<sup>1</sup> La question de la force obligatoire d'un précédent de la Cour suprême spécifiquement en droit civil québécois ne sera pas abordée. Il serait inutile de soulever le problème de la justification théorique ou de la légitimité rationnelle de l'autorité d'un arrêt de la Cour suprême puisque cette autorité, de fait sinon de droit, est quasi-absolue. Voir, en général : Maurice TANCELIN, « Comment un droit peut-il être mixte? », dans Frederick Parker WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, traduction de l'ouvrage de 1907. Toronto, Butterworths, 1980, p. 12-14 et 29-31; Albert MAYRAND, « L'autorité du précédent au Québec », dans *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 260; Alison Harvison YOUNG, « Stare Decisis – Quebec Court of Appeal – Authority v. Persuasiveness: *Lefebvre c. Commission des affaires sociales* », (1993) 72 *R. du B. can.* 91. Par ailleurs, en droit civil, il serait ardu de justifier le fondement juridique de la directive de *R. c. Sellars*, [1980] 1 R.C.S. 527, prescrivant d'accorder un effet contraignant aux *obiter dicta* de la Cour suprême, une telle directive apparaissant comme une perversion même dans le cadre du système traditionnel du common law : voir Mathieu DEVINAT, « L'autorité des *obiter dicta* de la Cour suprême », (1998) 77 *R. du B. can.* 1.

<sup>2</sup> Voir, entre autres : Pierre AZARD, « La Cour suprême du Canada et l'application du droit civil de la province de Québec », (1965) 43 *R. du B. can.* 553; Jean-Louis



sa composition (six « *common lawyers* » et trois civilistes mais, pour les causes de droit civil provenant du Québec, les bancs sont, en principe, de cinq, dont trois juges québécois) que sa mission uniformatrice des dix droits provinciaux, cette uniformisation penchant plutôt du côté du plus fort en nombre.

Cependant, aujourd'hui, en général, on ne considère plus la Cour suprême comme un danger sérieux pour l'avenir du droit civil. A-t-on raison? En partie. On a aussi, en partie, tort.

Je crois néanmoins que le danger qui guette le droit civil provient maintenant d'ailleurs : ce n'est plus la contamination franche par le common law en droit privé, c'est la contamination, plus sournoise et pernicieuse, par le droit constitutionnel.

## **I. La contamination par la common law : une menace surestimée?**

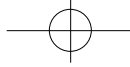
- A. Il s'agit d'une menace qui est en grande partie surmontée, grâce à la vigilance des membres civilistes de la Cour suprême, comme les juges Pigeon, Beetz et d'autres ...
- Par exemple, la Cour suprême, confirmant la Cour d'appel, a renié sa jurisprudence centenaire qui refusait l'indemnisation du *solatium doloris*, dans l'affaire *Augustus c. Gosset*<sup>3</sup>.
  - Autre exemple : dans l'affaire de l'*Hôpital St-Ferdinand*<sup>4</sup>, elle a trouvé une voie québécoise [syncrétique] à la

---

BAUDOIN, « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.* 715; Raynald BOULT, « 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; Ernest CAPARROS, « La Cour suprême et le Code civil », dans Gérald A. BEAUDOIN (dir.), *La Cour suprême du Canada*, Actes de la conférence d'octobre 1985, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 107 et, dans le même volume : Jean-Louis BAUDOIN, « La Cour suprême et le droit civil québécois : Un bilan, un constat, une prospective », p. 125. Ajouter : Charles D. GONTHIER, « L'influence d'une cour suprême nationale sur la tradition civiliste québécoise », *Enjeux et valeurs d'un Code civil moderne*, Les Journées Maximilien-Caron, 1990, Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 4; et, récemment : Pierre-Gabriel JOBIN, « La Cour suprême et la réforme du Code civil », (2000) 79 *R. du B. can.* 27.

<sup>3</sup> *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268; [1995] J.R.Q. 335 (C.A.).

<sup>4</sup> *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, 237 et suiv.



délicate question de la réparation du dommage moral [séquelle du préjudice corporel], se démarquant de la trilogie de 1978<sup>5</sup>, qui préconisait l'approche fonctionnelle<sup>6</sup>...

B. Toutefois tout n'est pas réglé et deux exemples l'illustreront :

- Dans *Banque nationale de Grèce c. Katsikonouris*<sup>7</sup>, le banc était composé de cinq juges, trois de common law et les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier. C'était une question d'assurance et de mandat. Les deux juges québécois se sont retrouvés dissidents, à juste titre : est-ce que les fausses représentations d'un mandataire lient le mandant? En droit civil, oui. C'est peut-être différent ailleurs ... mais ...
- L'affaire *Godbout*<sup>8</sup>, dont je reparlerai.

C. On comprend les difficultés que peut engendrer non seulement le bijuridisme mais le bilinguisme aussi. Les mots ne recouvrent pas toujours les mêmes concepts et certains concepts sont inconnus de l'autre système ou ne recouvrent pas la même réalité. La question de terminologie pour assurer l'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois a fait l'objet d'une attention toute particulière du ministère fédéral de la Justice, qui a commandé une série de remarquables études, dont celles de mes collègues André Morel et Jean-Maurice Brisson, Jean Leclair et d'autres ...<sup>9</sup>

L'appel au common law – le droit comparé, si vous voulez – est un couteau à double tranchant. Utilisé à bon escient, c'est une arme bénéfique qui ne peut qu'enrichir le potentiel et la production de la

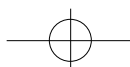
<sup>5</sup> *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287.

<sup>6</sup> Mais je me demande encore quel principe de droit civil obligerait les tribunaux du Québec à se plier à un plafond de 100 000 \$ originellement imposé par la trilogie...

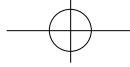
<sup>7</sup> [1990] 2 R.C.S. 1029; comparer avec : *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995.

<sup>8</sup> *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844 (ci-après citée *Godbout*).

<sup>9</sup> *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Recueil d'études, Ottawa, 1997.







Cour, même décidant en droit civil. Mal utilisé, c'est une arme maléfique, qui risque de dénaturer le droit civil.

Encore qu'il ne faille pas succomber au mythe de la pureté du droit civil québécois et prendre conscience que le droit civil québécois est métissé ou, en partie, hybride. D'ailleurs, une solution inspirée de la common law n'est pas nécessairement mauvaise ... Il y a des greffes qui réussissent.

Je m'attarderai plus longtemps sur la deuxième partie de mon exposé.

## **II. La contamination par le droit constitutionnel : une menace sournoise?**

Il faut tout de suite dire que la constitutionnalisation du droit civil ou des droits civils est un phénomène qui tend à se répandre. Il y a des articles et des livres sur la question en France, par exemple<sup>10</sup>. Au Québec, l'ambivalence de la Charte québécoise, avec ses effets vertical et horizontal directs, ne facilite pas les choses.

En matière de responsabilité civile, on a de plus en plus l'occasion de raisonner en fonction de la violation de droits fondamentaux, en raison des textes qui les protègent. C'est un réflexe naturel que de se servir des concepts et des raisonnements de la Charte canadienne, alors. Mais cette dernière n'a qu'un effet horizontal *indirect* en droit civil privé : il s'agit d'interpréter la loi provinciale à la lumière des valeurs véhiculées par la Charte canadienne<sup>11</sup>.

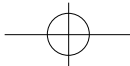
Bien. Mais le droit civil a ses propres concepts et son propre raisonnement : on entrevoit donc le danger potentiel et insidieux.

Ni le *concept*, ni le *contenu* d'un droit individuel ne sont les mêmes en droit constitutionnel et en droit civil. Et personne ne niera la prépondérance, voire l'exclusivité, du système de common law, en droit constitutionnel.

---

<sup>10</sup> Voir, en général : François LUCHAIRE, « Les fondements constitutionnels du droit civil », *Rev. trim. dr. civ.* 1982.245; Bertrand MATHIEU, « Droit constitutionnel et droit civil : de vieilles outres pour un vin nouveau », *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1994.59; Nicolas MOLFESSIS, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, *Bibl. de dr. privé*, t. 287, Paris, L.G.D.J., 1997.

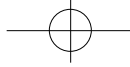
<sup>11</sup> Voir, par exemple : *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.



Si on comprend que le droit de la responsabilité civile ne peut pas ne pas tenir compte de l'existence des droits « fondamentaux » de la Charte québécoise, considérés par nos juristes comme des droits subjectifs<sup>12</sup>, ayant plus qu'un lien de parenté étroite avec les droits de la personnalité consacrés par le Code civil, on commence à comprendre le péril qui guette le droit civil québécois.

La common law ne connaît pas la notion civiliste fondamentale qu'est le droit *subjectif*<sup>13</sup> (ni la théorie de l'abus de droit<sup>14</sup>), (ni la distinction fondamentale entre droit privé et droit public, comme l'écrivait le regretté juge Beetz)<sup>15</sup>. Quand les auteurs anglo-canado-américains se penchent sur le concept de « *right* », c'est soit dans un contexte de philosophie du droit<sup>16</sup> (*Jurisprudence*), soit dans un contexte constitutionnel. **Et, dans ce contexte, les droits fondamentaux ont une saveur *jusnaturaliste*.** Ce sont des valeurs sur le fondement desquels notre société est organisée. Ce sont des droits avec contour vague, indéfini, au départ, illimités; des épigones des *Droits de l'homme*, universellement déclarés, menacés par l'État.

- 
- <sup>12</sup> Du moins en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée : en Cour d'appel, le juge Jean-Louis Baudouin (dissident) considère le droit à la vie privée comme un « droit subjectif autonome », [1996] R.J.Q. 2137, 2151, comme le juge Lamer dans sa dissidence dans *Aubry c. Éditions Vice-Versa*, [1998] 1 R.C.S. 591 (ci-après citée *Aubry*).
- <sup>13</sup> Voir Geoffrey SAMUEL, « "Le droit subjectif" and English Law », (1987) 46 *Cam. L.J.* 264, qui termine d'ailleurs son article par la phrase suivante : « In other words, for better or for worse, the concept of *le droit subjectif* has little relevance in English Law », 286; voir aussi : F.H. LAWSON, « "Das subjektive Recht" in the English Law of Torts », dans *Many Laws. Selected Essays*, vol. I, North-Holland Publishing Co., 1977, p. 176.
- <sup>14</sup> J. VOYAME, B. COTTIER et B. ROCHA, « L'abus de droit en droit comparé », dans Conseil de l'Europe, Actes du 19<sup>e</sup> Colloque de droit européen, *L'abus de droit et les concepts équivalents : principe et applications actuelles*, Strasbourg, 1990, p. 23, à la page 37; *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, Part I, c. 2, p. 106, n<sup>o</sup> 233.
- <sup>15</sup> *Laurentide Motels c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, 721; voir : David Lindsay KEIR et Frederick Henry LAWSON, *Cases in Constitutional Law*, 6<sup>e</sup> éd., Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 90. On peut aussi consulter : Harry WOOLP, « Public Law – Private Law: Why the Divide? », (1986) *Public Law* 220; Roderick A. MACDONALD, « Jurisdiction, Illegality and Fault: An Unholy Trinity », (1985) 16 *R.G.D.* 69; Peter CANE, « Public Law and Private Law: A Study of the Analysis and Use of a Legal Concept », dans John EEKELAAR et John BELL (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence, Third Series*, Oxford Clarendon Press, 1987, p. 57; etc.
- <sup>16</sup> Voir, par exemple : Michael D.A. FREEMAN, *LLOYD'S Introduction to Jurisprudence*, 6<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1994, p. 379; Jeremy WALDRON (dir.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, *passim*; Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977.



Les droits d'un individu dans un contexte de droit civil et privé sont des pouvoirs ou des intérêts aux contours beaucoup plus précis, dont l'atteinte par les tiers est protégée et donne ouverture à une action en justice, ou à une voie de droit.

C'est comme s'il y avait deux ordres juridiques différents : public et privé. *Comme si*, j'ai bien dit.

Je crois que le juge Lamer, dissident dans l'affaire *Aubry*<sup>17</sup>, en a eu l'intuition lorsqu'il suggère que le contenu de la vie privée en droit privé n'est pas nécessairement le même qu'en droit public. Ce qui est considéré comme une atteinte légitime ou raisonnable par l'État n'est pas nécessairement licite si le même acte est posé par un individu. L'inverse non plus. Ce sont deux démarches différentes, très différentes même.

L'écoute électronique autorisée, même si elle porte atteinte au DROIT au respect de la vie privée, sera justifiée en vertu de l'article 1 de la Charte canadienne. Il peut y avoir une atteinte « licite » à un *droit*, en droit constitutionnel. (On peut aussi raisonner sur la vaccination obligatoire ...)

En droit privé, s'il y a atteinte à un *droit*, elle est nécessairement illicite, si portée par un particulier. Une atteinte à la réputation, si elle est licite, n'est pas une atteinte au *droit* au respect de la réputation. Il ne faut pas confondre un droit et son objet, c'est-à-dire l'intérêt principal qu'il protège et qui lui donne son nom.

On raisonne en droit civil sur des droits qui ont pris leur forme, leur contour, une fois que la question constitutionnelle a été résolue. Le droit ou la norme violée a déjà passé le test constitutionnel. Le droit est déjà circonscrit, les limites en sont tracées.

En d'autres termes, en droit civil, il faut raisonner ainsi : si l'atteinte à l'objet protégé par le droit, l'intérêt principal visé et protégé, est portée par un particulier et que cette atteinte est licite, ce n'est pas une atteinte au *droit* de la victime. Si l'atteinte est portée par l'État, c'est une atteinte à un *droit*, que l'État pourrait avoir à justifier en vertu de l'article 1 de la Charte canadienne.

---

<sup>17</sup> Précité, note 12, 599 et suiv.



Pour illustrer ces difficultés et dangers, prenons l'affaire *Godbout*<sup>18</sup>, bon exemple, d'ailleurs, de la constitutionnalisation d'une question de droit civil.

Il s'agissait de juger de la validité d'une clause d'un contrat d'emploi en vertu de laquelle l'employé d'une municipalité s'était obligé à y demeurer. Sur les trois opinions, pas une n'a été rédigée par un juge civiliste, notons-le en passant.

Trois juges estiment que cette clause est contraire à l'article 5 de la Charte du Québec (respect de la vie privée)<sup>19</sup>.

Trois autres pensent qu'elle est contraire à l'article 5, tel qu'interprété à la lumière de l'article 9.1 de la Charte québécoise<sup>20</sup>. Cette solution est endossée par les trois autres juges, qui ajoutent cet argument, dit de droit *privé* (La Forest), à celui de la nullité basée sur l'article 7 (droit à la liberté interprété à la lumière de l'article 1 de la Charte canadienne), l'acte de la municipalité étant un acte de type gouvernemental<sup>21</sup>.

Outre l'énormité sur la renonciation à un droit considérée comme non valide parce qu'elle serait dans un contrat d'adhésion<sup>22</sup>, concept civiliste assez précis, deux écueils se présentent : une question de concepts et une question de méthodes de raisonnement.

Dans l'affaire *Godbout*<sup>23</sup>, la motivation du juge La Forest est la suivante, en résumé :

- C'est une atteinte au droit à la liberté de l'article 7 de la Charte canadienne, non justifiable en l'occurrence, même

<sup>18</sup> *Godbout*, précitée, note 8.

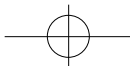
<sup>19</sup> *Id.*, les juges Gonthier, Cory et Iacobucci.

<sup>20</sup> *Godbout*, précitée, note 8 : les juges Lamer, Sopinka et Major.

<sup>21</sup> *Godbout*, précitée, note 8 : les juges LaForest, L'Heureux-Dubé et McLachlin.

<sup>22</sup> Ce qui me semble une hérésie de la part du juge La Forest c'est de considérer qu'un consentement à un contrat d'adhésion n'est pas un consentement *libre* (*Godbout*, précitée, note 8, 897). Ce n'est pas l'approche du droit civil, qui ne fait que donner la possibilité au juge d'annuler ou de réduire les clauses abusives d'un contrat d'adhésion. Et si un montant d'argent avait été spécifiquement négocié pour couvrir l'obligation de domicile, aurait-on raisonné autrement? Voir : Jean PINEAU, « La discrétion judiciaire a-t-elle fait des ravages? », dans *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, 141, à la page 177, note 98.

<sup>23</sup> Précitée, note 8.



si, dans d'autres cas (ex. pompier ou policier), elle pourrait l'être au nom de l'intérêt [public] supérieur.

- Mais en vertu du droit du Québec – qui contient lui aussi dans sa Charte, à l'article 1, le droit à la liberté –, ce serait plutôt une atteinte au droit à la vie privée, au respect de la vie privée de l'article 5.
- Il faut se servir de l'article 9.1 pour savoir si l'atteinte à ce droit est justifiable, comme on se sert des tests de l'article 1 de la Charte canadienne.
- Pourquoi ce qui serait une atteinte à la liberté, au droit à la liberté en vertu de la Charte canadienne deviendrait-il une atteinte au droit au respect de la vie privée en vertu de la Charte québécoise? Parce que cette dernière est plus précise<sup>24</sup>? Mais la Charte québécoise protège aussi le droit à la liberté.

Le droit civil se sert de ses concepts propres, dont celui des *droits de la personnalité*, notion doctrinale consacrée par le Code civil en 1991<sup>25</sup>. Le droit au respect de la vie privée est un de ces droits *et aussi* un droit fondamental dans la Charte québécoise.

En droit canadien, « *privacy* » comprend non seulement les intrusions et divulgations violant l'intimité de chacun, mais englobe « une sphère irréductible d'autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'État »<sup>26</sup>. C'est la conception *américaine* de *Griswold* c. *Connecticut* (1965), dans un système où l'on ne connaît pas les droits de la personnalité<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> C'est ce que laisse entendre le juge La Forest : *Godbout*, précitée, note 8, 911 et suiv.

<sup>25</sup> Art. 3 C.c.Q. Les droits de la personnalité sont reconnus directement par le législateur au Québec. En France, il ne s'agit que d'une catégorie doctrinale.

<sup>26</sup> *Godbout*, précitée, note 8, 893, juge LaForest.

<sup>27</sup> *Griswold* v. *Connecticut*, 381 U.S. 479; voir : PROSSER & KEETON, *The Law of Torts*, 5<sup>e</sup> éd., p. 866 et 867 (1984) et L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2<sup>e</sup> éd., p. 775 et le chapitre 15 « Rights of Privacy and Personhood », p. 1302 (1988). On peut aussi consulter l'ouvrage de François RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, Bruylant L.G.D.J., 1990.



Je ne suis pas sûr qu'en *droit civil* le choix du domicile, de se marier ou d'avorter, par exemple, soit une question de droit au respect de la vie privée<sup>28</sup>. Et si, et quand, le législateur québécois légifère sur la protection de la vie privée, il est peu probable qu'il ait ces questions à l'esprit<sup>29</sup>.

En droit québécois, il s'agirait plutôt d'une question de *liberté* personnelle – qu'on peut bien appeler liberté de la vie privée, mais alors toute activité humaine ou presque peut se glisser dans cette enveloppe. (D'ailleurs tout contrat ou toute loi est une atteinte à la liberté de l'individu, consentie ou imposée).

Différence donc dans les concepts, dans leur contenu<sup>30</sup>, mais différence aussi dans le raisonnement.

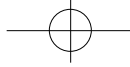
– Différence dans le raisonnement. Première phase : (1) Y a-t-il une atteinte du droit au respect de la vie privée *ou* à la liberté fondamentale de Mme Godbout, peu importe. Deuxième phase : (2) Est-elle justifiée par l'article 9.1, qui correspondrait à l'article 1 de

---

<sup>28</sup> Au titre du droit comparé, en France, c'est en invoquant l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* qui affirme le droit de toute personne *au respect de son domicile* (ce même article 8 assurant *aussi* le droit au respect de la vie privée) et non pas l'article 9 C.c.fr. (visant directement le respect de la vie privée) que la Cour de cassation, considérant le libre choix du domicile, personnel et familial, comme l'un des attributs de ce droit a rendu un arrêt fort similaire à l'arrêt *Godbout* (Soc. 12 janv. 1999, D. 1999.645, note Jean-Pierre Marguénaud et Jean Mouly).

<sup>29</sup> Voir les articles 35 et 36 C.c.Q. Dans la conception large, extensive, fourre-tout de la vie privée qu'a adoptée notre jurisprudence, y englobant « l'autonomie dans l'aménagement de sa vie personnelle » (juge Gendreau, *The Gazette c. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30 (C.A.) 36) : *ou bien* TOUTES les décisions concernant la vie personnelle (et familiale) de l'individu feraient partie de sa vie privée *ou bien* SEULEMENT les « décisions d'importance *fondamentale* » ou « les choix de nature fondamentalement privée ou intrinsèquement personnelle » (juge LaForest, affaire *Godbout*, précitée, note 8, 913). Dans le premier cas, on peut se demander ce qui *ne serait pas* du ressort de la vie privée, dans les agissements quotidiens d'une personne. Dans le second cas, on peut se demander où placer la frontière entre ce qui est simplement de nature privée (et alors non protégé, semble-t-il par le droit au respect de la vie privée). Comment se vêtir, quoi manger, fumer ou non, quoi lire, qui fréquenter : s'agit-il vraiment d'une question de respect du *droit* à la vie privée? Ne peut-on pas plutôt parler du respect de la *liberté* de la vie privée? En d'autres termes, il s'agit plutôt d'une question de *liberté* que d'une question de *vie privée*.

<sup>30</sup> C'est comme les pharmacies : en Amérique du Nord elles vendent de tout et en France, par exemple, on n'y vend que des médicaments.



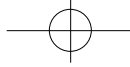
la Charte canadienne? On comprend ce raisonnement, si l'on a à juger de la légitimité d'une loi ou d'une action gouvernementale<sup>31</sup>, en d'autres termes, en *droit public*.

<sup>31</sup> Originellement, l'article 9.1, adopté en 1982, tel que présenté par le ministre de la Justice alors en fonction, avait « pour objet d'apporter un tempérament au caractère absolu des libertés et droits édictés aux articles 1 à 9 tant sous l'angle des limites imposées au titulaire de ces droits et libertés à l'égard des autres citoyens, ce qui est le cas pour le premier alinéa, que sous celui des limites que peut y apporter le législateur à l'égard de l'ensemble de la collectivité, principe qu'on retrouve au deuxième alinéa » (cité par le juge en chef Lamer dans l'affaire *Aubry*, précitée, note 12, 604; voir, en général : François CHEVRETTE, « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit », (1987) 21 R.J.T. 461).

Un droit fondamental ne peut être *absolu*, sans aucune restriction ou limite : voir Sirdar D.K. SEN, *A Comparative Study of the Indian Constitution*, vol. II, Calcutta, David McKay Company, 1966, p. 189. Même si un *texte* constitutionnel semble donner une portée illimitée à un droit fondamental, les tribunaux ont rendu compatible l'exercice du droit fondamental avec l'intérêt général (voir l'interprétation du Premier Amendement par la Cour suprême des États-Unis). Une autre façon de limiter la portée d'un tel droit est de pourvoir dans le texte constitutionnel que ce droit pourra être aménagé par la loi, c'est-à-dire par le corps législatif (en raison de son libellé, un bon exemple serait l'article 6 de la Charte québécoise). Enfin, la Constitution elle-même (comme la Charte canadienne aux articles 1 et 7) peut énoncer les restrictions qui pourraient être apportées au droit en question. Cependant, il est clair que les droits fondamentaux, dans le contexte, sont envisagés dans leur rapport avec la puissance publique (comme l'écrit le juge Cory dans l'affaire *Hill*, précitée, note 11, 1170, « les droits garantis par la Charte, n'existent pas en l'absence d'une action de l'État »). Il faut toujours avoir à l'esprit que la Charte québécoise, quant à elle, vise aussi les *rapports de droit privé*, entre individus, directement. (Et d'ailleurs se pose dans ce contexte la double question suivante au regard du texte de l'article 9.1 : peut-on *abuser* d'un droit ou d'une liberté fondamentale – peut-on, par exemple abuser du droit au respect de la vie privée ou à la sauvegarde de sa dignité –? et peut-on, dans l'acception civiliste de la théorie de l'abus de droit, *abuser* d'une *liberté*? Questions non abordées ici.)

Appliquer le test de l'article 1, tel que modulé par l'affaire *Oakes*, ([1986] 1 R.C.S. 103) et ses épigones, par analogie, à une activité *gouvernementale* se conçoit. Qu'en est-il s'il s'agit d'un litige de droit privé entre deux individus? Si l'on peut considérer comme « justifiable » ou « justifiée » une restriction ou une limite à un droit fondamental pourvu que l'État en fasse la démonstration suivant les critères maintenant classiques, utiliser le même test dans le cas d'un conflit potentiel entre deux titulaires de droits fondamentaux dans un contexte de droit privé me semble inadéquat.

Le juge Lamer, dans *Aubry*, semble l'avoir aperçu. Cependant lorsqu'il écrit « ce ne sont que les atteintes injustifiables à la liberté d'expression qui constituent une faute » (*Aubry*, précité, note 12, 601), il faut logiquement en tirer deux enseignements : 1° il existerait des atteintes « justifiables » à la liberté d'expression (provenant d'une personne privée) et 2° ces atteintes « justifiables »



Mais, prenons l'hypothèse<sup>32</sup> que la clause en question est imposée par une entreprise *privée*.

ne constitueraient pas une faute. Or, il faudrait lire ou parler d'atteinte *licite* ou *illicite* à la liberté d'expression. En effet, qu'est-ce qu'une atteinte injustifiable, en droit privé, à la liberté d'expression sinon une atteinte illicite, – « fautive », si l'on veut. Il n'y a pas d'atteintes « injustifiables » qui soient licites, ni d'atteintes « justifiables » qui soient illicites.

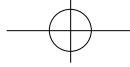
Le mot « justifiable » fait nécessairement penser aux *faits justificatifs*, qui, malgré une *apparence* de faute, ont pour effet précisément d'*effacer* la présence de la faute dans une situation donnée.

D'un autre côté, si le juge Lamer estime que ce n'est pas la simple atteinte à un droit qui constitue une faute (*id.*, p. 600), les juges Gonthier, L'Heureux-Dubé et Bastarache estiment que la violation d'un droit constitue une faute (*Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, 405; *Aubry*, précité, note 12, 615 respectivement). Il me semble plutôt certain que la violation d'un droit est une faute ... ou du moins et au moins un comportement illicite ou son résultat. Mais peut-on parler de violation « illicite » d'un droit? Ce serait une tautologie! Il n'y a pas de violation « licite » d'un droit non plus.

Lorsqu'il y a atteinte à un droit que l'on a le devoir de respecter et dont le non-respect est sanctionné (sinon on ne peut parler de *droit*, en droit civil) par l'ordre juridique, c'est une violation de ce droit, autant que la violation d'un droit est nécessairement une atteinte à ce droit. En d'autres termes, si l'agent [un individu (et non l'État)] porte atteinte à un droit ou qu'il le viole, c'est du pareil au même. Violer ou porter atteinte à un droit c'est enfreindre une norme qui protège ce droit, ne pas se conformer à la norme qui oblige à respecter ce droit, une transgression du devoir de respect de l'objet du droit. Si l'on admettait qu'un individu pût porter une atteinte « licite » à un droit individuel d'un autre individu, cela signifierait qu'il y aurait atteinte à ce droit sans atteinte à une norme qui protège ce droit ou sans manquement au devoir de respecter l'objet du droit en question : ce serait plutôt bizarre ... [seules les *immunités* peuvent venir modifier le schéma proposé]. [Peut-être y a-t-il une différence d'ordre *sémantique* entre l'atteinte et la violation, qui correspondrait à une différence d'intensité ou de degré dans la transgression et se retrouverait en anglais dans les mots « *interference* » et « *infringement* ». Dans la Charte canadienne, à l'article 24, la « violation » correspond à « *infringement* », mais à l'article 7 « *to be deprived of a right* » correspond à l'« atteinte ». Dans la Charte québécoise (art. 49) à l'« atteinte » correspond « *interference* » (*cf.* art. 10 C.c.Q.). Mais y a-t-il une différence *juridique*? Si vous avez porté atteinte à mon droit, vous l'avez violé et vice versa. L'effet et les sanctions sont les mêmes (sauf pour l'atteinte « intentionnelle »; la « violation » n'est pas nécessairement intentionnelle, même si elle semble plus caractérisée)].

Par ailleurs, si l'on peut douter, malgré les affirmations de la Cour suprême, que l'article 9.1 soit un clone de l'article 1 de la Charte canadienne en matière de rapports entre l'individu et l'État, il est certainement dans la même mouvance idéologique. En revanche, en matière de rapports de droit privé, comme l'avait écrit le juge Beetz dans l'affaire *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 770, le précepte de l'article 9.1 est « une indication de la manière





Raisonnons en *droit civil*. La première question à se poser est la suivante : Y a-t-il eu une atteinte portée à l'objet du droit fondamental, à l'intérêt principal que ce droit protège, la vie privée, par exemple, ou la liberté? Deuxième question : cette atteinte était-elle illicite?

Si l'on a *prouvé* qu'un individu a porté *illicitement* une atteinte à un droit fondamental, le défendeur ne pourrait pas se justifier, opposer que, malgré tout, l'atteinte est raisonnable ou proportionnée<sup>33</sup>. L'atteinte illicite viole nécessairement ce droit; c'est même la violation du droit.

Si l'atteinte est illicite, elle est contraire au Droit, avec un grand D (« *Law* ») et le défendeur ne peut se disculper en excipant un intérêt supérieur. Par exemple, si, dans l'affaire *Aubry*<sup>34</sup>, l'éditeur avait réussi à démontrer l'intérêt public<sup>35</sup> de la publication de la photo sans le consentement de l'intéressée, il aurait démontré qu'il n'y a pas eu atteinte au *droit* au respect de la vie privée<sup>36</sup>. Ce que l'ordre juridique peut faire c'est de décréter, dans certains cas, des immunités en cas d'atteinte illicite, mais alors non sanctionnée.

Mais à ce moment là, ou bien il y a eu une atteinte à un droit fondamental et illicéité, ou bien il n'y en a pas eu et licéité : ce qui

---

d'interpréter l'étendue de ces libertés et droits fondamentaux » (voir l'affaire *Aubry*, précitée, note 12, 616). Ainsi s'il y a un conflit potentiel entre deux droits (ou libertés) fondamentaux, la *pondération* devra se faire à la lumière de l'enseignement de l'article 9.1, instrument d'interprétation.

Mais *une fois le conflit résolu* (par exemple entre le droit au respect de la vie privée et la liberté d'expression), un seul des deux droits (ou libertés) en conflit a été atteint ou a été exercé. Il n'y en a plus deux en présence, mais un seul, lequel sort victorieux de la confrontation-pondération. S'il est jugé qu'il y a eu atteinte au droit à la vie privée, c'est qu'il n'y a pas eu exercice de la liberté d'expression telle que conçue et protégée par notre ordre juridique. S'il est jugé qu'il y a eu exercice de la liberté d'expression telle que conçue et protégée par notre ordre juridique, c'est qu'il n'y a pas eu atteinte au *droit* à la vie privée.

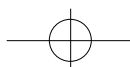
<sup>32</sup> Voir : *Brasserie Labatt Ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 1995 (C.A.).

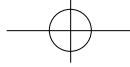
<sup>33</sup> Tout au plus, pourrait-il invoquer une *immunité*, prévue par la loi, comme dans les cas d'accidents d'auto ou de travail, conformément à l'article 9.1 de la Charte québécoise.

<sup>34</sup> Précitée, note 12.

<sup>35</sup> Par exemple, si, dans l'affaire *Aubry*, précitée, note 12, l'éditeur avait réussi à démontrer l'intérêt public ou, plus précisément, l'information légitime du public (conformément à l'article 36, 5° C.c.Q.).

<sup>36</sup> Ce serait une atteinte *licite* à la vie privée. Voir, en général : Adrian POPOVICI, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté? », (1998-99) *Conférences Meredith* 47.





veut dire alors que le *droit* à la liberté ou à la vie privée n'a pas été lésé, atteint. Il n'est pas question de la violation d'un *droit* qui serait justifiée ou justifiable, en droit civil pur<sup>37</sup> (ni d'atteinte *licite* à un *droit*).

En d'autres termes et en résumé, en droit civil, l'atteinte à un *droit* de la personnalité est l'aboutissement du raisonnement; en droit public, l'atteinte à un *droit* fondamental est la première étape du raisonnement.

D'une façon générale, que l'on interprète la Charte québécoise avec ses droits fondamentaux à la lumière et avec les lumières de la Cour suprême, c'est normal. Mais qu'il en résulte, insidieusement, une déformation du droit civil, c'est dangereux ... Je comprends que les frontières non familières au common law entre droit public et droit privé s'amenuisent, s'estompent, mais c'est au détriment de l'originalité du droit civil. Est-ce un bien? Est-ce un mal? Je ne fais que constater ...

\*

\* \*

Si la Cour suprême n'a pas joué pleinement son rôle en droit civil, disons que ce n'est pas de sa faute. On peut parfois la blâmer, jamais la vilipender. Elle est prisonnière d'un carcan institutionnel et quelle que soit la qualité de ses juges civilistes et leur vigilance, ils n'ont pas la tâche facile<sup>38</sup>. Mais si je ne joue au tennis qu'une ou deux fois par an, même si j'ai pris des leçons quand j'étais jeune, je risque d'être rouillé, mauvais, en dépit du fait que je joue tous les jours au ping-pong.

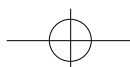
Beaucoup de suggestions ont été faites pour remédier à la situation, considérant aussi l'engorgement de la Cour d'appel. En voici quelques-unes<sup>39</sup> :

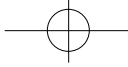
#### 1. la résurrection de la Cour de révision;

<sup>37</sup> On comprend d'ailleurs que le civiliste Jean-Louis Baudouin dans *Godbout*, précité, note 8, ait fait appel uniquement à l'ordre public pour annuler la clause. Remarquez aussi que ce n'est pas le *résultat* de la décision de la Cour suprême dans cette affaire que je critique...

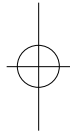
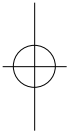
<sup>38</sup> Je remarque même, par exemple, que la Cour suprême cite plus souvent la Cour de cassation française que ne le fait la Cour d'appel ou les tribunaux inférieurs.

<sup>39</sup> Voir note 2.





2. la création d'une Chambre civile à la Cour suprême;
  3. la création d'une véritable Cour constitutionnelle, comme en Allemagne;
  4. l'utilisation plus fréquente en Cour d'appel de bancs de cinq ou sept juges, remède palliatif bénin;
  5. la solution la plus radicale : la séparation du Québec!
- L'avenir nous le dira<sup>40</sup>.



---

<sup>40</sup> Vient d'être publié : H. Patrick GLENN, « La Cour suprême du Canada et la tradition de droit civil », (2001) 80 *R. du B. can.* 151.

