

COMPARER SANS HARMONISER

Recension critique de *Éléments de common law canadienne : Comparaison avec le droit civil québécois*, 2^e édition, sous la direction de Yan Campagnolo, Louise Bélanger-Hardy et Aline Grenon (Montréal: Yvon Blais, 2024), pp 726. ISBN 9782898470844

Stéphane Sérafin *

Quel est le but d'une étude de droit comparé? Le nouveau chapitre préliminaire de la deuxième édition de l'ouvrage *Éléments de common law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, sous la direction de Yan Campagnolo, de Louise-Bélanger Hardy et d'Aline Grenon, nous propose trois réponses possibles¹. La première, que ses auteurs associent à une méthode dite « fonctionnaliste », viserait principalement la démonstration des résultats communs réalisés par différents systèmes juridiques afin d'en faciliter l'harmonisation et l'éventuelle intégration². La deuxième réponse, rattachée plutôt à une approche dite « culturaliste », rechercherait la compréhension des modes de pensée propres à tout système ou tradition juridique, et insisterait ainsi surtout sur ce qui les sépare

* Stéphane Sérafin est professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, Section de common law.

© Stéphane Sérafin 2025

Citation: (2025) 70:4 McGill LJ 795 — Référence : (2025) 70:4 RD McGill 795

1 Yan Campagnolo, Aline Grenon et Catherine Valcke, « Droit comparé et bijuridisme canadien » dans Yan Campagnolo, Louise Bélanger-Hardy et Aline Grenon, dir, *Éléments de common law canadienne : Comparaison avec le droit civil québécois*, 2^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2024, 1 aux pp 6–9. La présentation de ces approches répond à la critique qu'avait formulée Catherine Valcke dans une recension de la première édition de l'ouvrage. Voir Catherine Valcke, « Theory, Explanation, and Comparison in Comparative Law », recension de *Elements of Quebec Civil Law: A Comparison with the Common Law of Canada/Éléments de Common Law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois* d'Aline Grenon et Louise Bélanger-Hardy, dir, (2010) 58:3 Am J Comp L 737 aux pp 742–44.

2 Campagnolo, Grenon et Valcke, *supra* note 1 aux pp 6–7.

inéluctablement³. La troisième, finalement, se bornerait à décrire les systèmes juridiques à l'étude, leurs similitudes et leurs différences, sans prétention ouvertement normative⁴.

De ces trois conceptions d'une étude de droit comparé, la conception descriptive est celle qui est retenue par les auteurs du chapitre préliminaire, et qui, peut-on présumer, a guidé pour l'essentiel des autres contributions au volume⁵. Pourtant, la structure même de l'ouvrage soulève des interrogations quant à l'absence réelle d'une visée normative. Le volume *Éléments de common law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois* est rédigé en français, bien qu'il porte sur la tradition de common law telle qu'elle est appliquée au Canada hors Québec. Il est suivi d'un second volume, rédigé en anglais, qui traite du droit civil québécois et qui est intitulé *Elements of Quebec Civil Law: A Comparison with the Common Law of Canada*⁶. Cette organisation en deux volumes laisse en elle-même sous-entendre que le projet ne vise pas l'harmonisation ni l'intégration éventuelle des deux traditions. Au contraire, cette division suggère que les auteurs cherchent à insister sur les *différences* entre les traditions de common law et de droit civil telles qu'elles sont appliquées au Canada, et donc à privilégier une perspective « culturelle » ou « interne » à l'égard de leurs objets d'étude.

Il n'y a rien de nouveau dans cette structure, qui est reprise de la première édition de l'ouvrage paru en 2008 sous la direction d'Aline Grenon et de Louise Bélanger-Hardy⁷. Même l'ordre de présentation des sujets y est conservé. Pour donner suite à un nouveau chapitre préliminaire portant, entre autres, sur la nature du projet et de son rapport au bijuridisme canadien, le premier chapitre officiel de l'ouvrage, lui aussi nouveau, offre un aperçu historique de la tradition de common law. Puis, les cinq chapitres suivants, repris sous une forme retravaillée et mise à jour,

3 *Ibid* aux pp 7–8.

4 *Ibid* à la p 9.

5 *Ibid*.

6 Yan Campagnolo, Aline Grenon et Louise Bélanger-Hardy, dir, *Elements of Quebec Civil Law: A Comparison with the Common Law of Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2024.

7 Aline Grenon et Louise Bélanger-Hardy, dir, *Éléments de common Law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Montréal, Yvon Blais, 2009; Aline Grenon et Louise Bélanger-Hardy, dir, *Elements of Quebec Civil Law: A Comparison with the Common Law of Canada*, Toronto, Thomson Carswell, 2008.

traitent respectivement du droit des biens, du droit des fiducies, du droit des contrats, du droit des délits et du droit international privé. Tout comme la première édition, et malgré le sous-titre du volume, ces chapitres ne consacrent qu'une place très limitée au droit civil québécois. C'est à la différence d'un ouvrage semblable dirigé par Louise Bélanger-Hardy et Aline Grenon et publié en 1997 sous le titre *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, dont plusieurs chapitres abordaient assez longuement les règles du droit civil⁸. Conformément à la structure de la première édition, cette analyse est plutôt menée de manière autonome (et plus détaillée) dans le volume compagnon, *Elements of Quebec Civil Law*⁹.

Outre la structure du volume, les chapitres pris individuellement suggèrent eux aussi une approche culturaliste envers leurs objets d'étude. C'est le cas notamment du nouveau chapitre premier, signé par Michel Morin, qui, après avoir retracé l'évolution historique de la common law en Angleterre, puis sa réception au Canada, se penche sur ce qu'il désigne comme l'« esprit » de cette tradition juridique¹⁰. Il aborde ensuite certains enjeux d'actualité, dont les droits autochtones, avant de terminer par un examen du développement d'un vocabulaire propre à la common law en français¹¹. Il s'agit d'un chapitre sensiblement plus long que celui qui lui correspondait dans la première édition, alors signé par Donald Poirier, qui n'abordait que l'évolution de la common law en Angleterre, puis sa réception subséquente au Canada. En réalité, sa portée élargie ne fait qu'approfondir les tendances culturalistes et particularistes déjà perceptibles dans le chapitre antérieur, telles qu'annoncées par son

8 Aline Grenon et Louise Bélanger-Hardy, dir, *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Scarborough, ON, Thomson Carswell, 1997. D'ailleurs, tout comme la première édition et, contrairement au volume prédécesseur, la deuxième édition ne contient pas de chapitres portant sur le droit des successions et le droit de la famille. La lectrice ou le lecteur à la recherche de sources comparatives sur ces deux derniers sujets devra donc continuer de consulter l'ouvrage de 1997.

9 En plus de reprendre en anglais le chapitre préliminaire du volume *Éléments de common law canadienne*, ce volume comprend un chapitre introductif (en anglais) sur le droit civil québécois. On y trouve également des chapitres (tous en anglais) portant sur le droit des biens, le droit des fiducies, le droit des contrats (et non des obligations contractuelles), la responsabilité civile, et le droit international privé.

10 Michel Morin, « Introduction à la common law canadienne » dans Campagnolo, Bélanger-Hardy et Grenon, dir, *supra* note 1 aux pp 96–97.

11 *Ibid.*

titre : « La common law : une culture, une histoire et un droit procédural »¹².

Cet accent sur les particularités de la common law fait du chapitre du professeur Morin un point de départ fort utile autant au juriste de formation civiliste qu'à l'aspirant juriste de common law, qui aura choisi de poursuivre sa formation en français. Toutefois cette même approche tend parfois à donner l'impression d'exagérer les différences réelles entre les traditions de common law et de droit civil, surtout à la lumière de développements récents au Canada et ailleurs. Pour ne citer qu'un seul exemple tiré de ce chapitre, il est certainement vrai que la common law aurait historiquement privilégié « le raisonnement inductif au cas par cas » et « l'expérience concrète » plutôt que le « raisonnement abstrait »¹³. En effet, selon l'approche traditionnelle du développement doctrinal en common law, les règles d'apparence abstraite énoncées dans une décision d'une instance judiciaire sont toujours, en réalité, qualifiées par les faits particuliers de la cause¹⁴. Cependant, cette approche n'est peut-être plus suivie avec le même degré de fidélité par les tribunaux dans tous les ressorts de common law, y compris au Canada. Cette évolution pourrait être attribuable à l'utilisation croissante de « tests » abstraits formulés par les cours d'appel, et ce, aux dépens de l'analyse casuistique, ancrée dans l'analogie et la distinction entre cas précis¹⁵. Or, cette approche était auparavant centrale dans la méthodologie juridique traditionnelle.

12 Donald Poirier, « La common law : une culture, une histoire et un droit procédural » dans Grenon et Bélanger-Hardy, *Éléments de common law canadienne*, *supra* note 7 à la p 25.

13 Morin, *supra* note 10 à la p 97.

14 Voir *Quinn v Leatham*, [1901] AC 495 à la p 506 (HL). Voir aussi *Dorset Yacht Co Ltd v Home Office*, [1970] AC 1004 à la p 1027 (HL); *Broome v Cassell & Co Ltd*, [1972] AC 1027 à la p 1085 (HL Eng); AWB Simpson, « The Common Law and Legal Theory » dans AWB Simpson, dir, *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series, Oxford (R-U), Clarendon Press, 1973, 77 à la p 94. Comparer *R c Henry*, 2005 CSC 76 au para 57.

15 Voir par ex le « test » pour la reconnaissance de nouveaux délits civils, prétendument développé par la dissidence dans *Nevsun Resources Ltd c Araya*, 2020 CSC 5 au para 235 (traduit dans le jugement par le mot « critère »). Pour une critique, voir Kerry Sun et Stéphane Sérafin, « The Nominalism of the New Nominate Torts » (2024) 4 SCLR (3d) 119. Sur l'incompatibilité entre la méthode traditionnelle de la common law et une adhésion stricte aux « tests » abstraits, voir James Goudkamp et Donal Nolan,

Une exagération semblable des différences entre les traditions de common law et de droit civil semble également informer une image qui revient dans l'ensemble du volume, et qui aurait même inspiré sa page couverture. Il s'agit de l'image de la common law comme « jardin anglais » construit à partir d'un schéma conceptuel hasardeux, à la différence du « jardin français » bien ordonné que serait la tradition de droit civil, ou du moins sa branche française. Là encore, cette image repose sur une part de vérité. La common law est demeurée ancrée dans des formes d'action procédurales qui ont structuré (et continuent dans une certaine mesure de structurer) son développement autant en Angleterre qu'ailleurs jusqu'au XIX^e siècle¹⁶. Le droit civil moderne, lui, est principalement le fruit d'un travail scientifique entrepris en contexte universitaire à partir de la fin du Moyen-Âge¹⁷. Toutefois, le développement de la common law depuis l'abolition de ces mêmes formes d'action procédurales au XIX^e siècle s'est également effectué dans un souci de cohérence, suivant une approche souvent conceptuelle. La common law a par ailleurs largement emprunté au droit civil : c'est notamment le cas du droit des contrats qui a subi une forte influence de l'œuvre du juriste français Robert-Joseph Pothier¹⁸. On peut également citer les travaux plus récents de Peter Birks, qui prônent une conception cohérente de la common law suivant une approche conceptuelle influencée par le droit romain¹⁹. Ses

« Robinson v Chief Constable of West Yorkshire Police: Taking Duty Back to Basics » (2023) 16:1 J Tort L 125 à la p 139.

- 16 Pour un traitement classique des formes d'action en common law, voir FW Maitland, *Equity; also, the Forms of Action at Common Law: Two Courses of Lectures*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 1910 aux pp 293–375. En Angleterre, le coup décisif vers l'abolition des formes d'action a été porté par le *Common Law Procedure Act 1852* (R-U), 15 & 16 Vict, c 76, art 3.
- 17 Voir James Gordley, *Foundations of Private Law : Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford (R-U), Oxford University Press, 2006 aux pp 159–63, 287–88.
- 18 Surtout à travers la traduction de William David Evans. Voir Robert-Joseph Pothier, *A Treatise on the Law of Obligations, Or Contracts*, traduit par William David Evans, Londres (R-U), A Strahan, 1806, vol 1. Sur l'influence de cette traduction et de l'œuvre de Pothier sur le droit anglais, voir AWB Simpson, « Innovation in Nineteenth Century Contract Law » (1975) 91 Law Q Rev 247 à la p 266; David Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford (R-U), Oxford University Press, 2001 à la p 220. Comparer Stephen Waddams, *Principle and Policy in the Law of Contract*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2011 aux pp 22–25.
- 19 Voir surtout Peter Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford (R-U), Clarendon Press, 1985; Peter Birks, *Unjust Enrichment*, 2^e éd, Oxford (R-U), Oxford

travaux ont exercé une influence marquée, au cours des dernières décennies, sur le développement du droit privé en Angleterre comme ailleurs dans le Commonwealth, surtout en ce qui concerne le développement du droit de l'enrichissement sans cause²⁰.

Cette image de la common law désordonnée, à la différence du droit civil schématisé, sert de point de départ pour le deuxième chapitre d'Anne-Françoise Debruche, portant sur le droit des biens²¹. Il s'agit pourtant d'une image que le chapitre, largement repris de la première édition, contribue nettement à contredire²². Comme l'affirme la professeure Debruche, il est impossible d'offrir une « présentation préalable et exhaustive des biens et droits réels en common law, car le droit des biens a été élaboré dans une perspective contentieuse où ce sont les actions disponibles qui ont défini les droits correspondants et non l'inverse »²³. Il y a ici effectivement une spécificité importante du droit des biens en common law, qui s'est développé à travers des jugements rendus sur des recours essentiellement délictuels, conformément aux anciennes formes d'action²⁴. Mais cela ne l'empêche pas pour autant d'obéir à une logique qui lui est propre, comme le reconnaît à juste titre la professeure Debruche. L'idée de relativité du titre — c'est-à-dire l'idée selon laquelle plus d'une personne peut détenir des droits sur la même chose en même temps sur la base de titres distincts — serait, selon elle, un principe universel en common law non seulement pour les biens réels, mais également

University Press, 2005. Voir également Peter Birks, *English Private Law*, Oxford (R-U), Oxford University Press, 2000. Sur l'approche adoptée dans ce dernier ouvrage, voir Nicholas Kasirer, « *English Private Law*, Outside-In », recension de *English Private Law* de Peter Birks (2003) 3:2 OUCLJ 249.

- 20 L'absence d'un chapitre portant sur l'enrichissement sans cause est peut-être une lacune structurelle de la deuxième édition du volume *Éléments de common law canadienne*, vu l'importance croissante qu'occupe cette notion dans le droit privé de l'ensemble du Commonwealth, y compris en droit canadien à la lumière de décisions comme *Moore c Sweet*, 2018 CSC 52.
- 21 Anne-Françoise Debruche, « Droit des biens » dans Campagnolo, Bélanger-Hardy et Grenon, dir, *supra* note 1 aux pp 123–24.
- 22 Les mises à jour visent surtout la deuxième partie du texte concernant la préclusion propriétaire, en abordant des arrêts récents, y compris celui rendu par la Cour suprême dans l'affaire *Comper-Smith c Morgan*, 2017 CSC 61.
- 23 Debruche, *supra* note 21 à la p 124.
- 24 Voir Gordley, *supra* note 17 aux pp 49–65.

pour les biens personnels²⁵. Il s'agit d'une conception du rapport entre personnes et choses qui est bien différente de celle du droit civil, lui axé sur le caractère absolu et exclusif du droit de propriété²⁶. Cette conception n'en demeure pas moins cohérente, ce que paraît également reconnaître la professeure Debruche.

Une cohérence semblable se dégage du troisième chapitre, portant sur le droit des fiducies et rédigé par Yan Campagnolo et Aline Grenon²⁷. Il s'agit d'un chapitre entièrement réécrit depuis la première édition, dont la contribution principale consiste à présenter le droit des fiducies en common law comme un objet d'étude distinct. L'exemple le plus clair de cette orientation est peut-être fourni par le traitement unitaire que les auteurs accordent aux fiducies expresses et aux diverses formes de fiducies imputées — qu'ils regroupent sous l'appellation de « fiducies judiciaires », c'est-à-dire les fiducies résolutoires et constructives²⁸. Plusieurs auteurs écrivant en anglais affirment au contraire que les fiducies expresses et imputées ne reposent sur aucune assise conceptuelle commune, de sorte qu'il s'agirait d'une erreur fondamentale de présumer qu'une étude de la première catégorie puisse éclairer la deuxième et vice-versa. Les auteurs américains tendent même à voir dans la fiducie constructive un simple remède et non une forme de fiducie au sens strict. Ces auteurs peuvent donc se permettre d'écarter la fiducie constructive comme étant sans pertinence pour leur analyse des fiducies expresses²⁹. Une telle conclusion devrait également paraître fort tentante selon l'image du jardin

25 Debruche, *supra* note 21 aux pp 148–49, 154. Pour un argument semblable, voir Luke Rostill, *Possession, Relative Title and Ownership in English Law*, Oxford (R-U), Oxford University Press, 2021 à la p 6. Sur l'argument défendu par Rostill, voir aussi Stéphane Sérafin, recension de *Possession, Relative Title, and Ownership* de Luke Rostill (2023) 33:2 RTD Civ 486; Stéphane Sérafin, recension de *Possession, Relative Title, and Ownership* de Luke Rostill (2022) 66:1 Can Bus LJ 148.

26 Voir Sylvio Normand, *Introduction au droit des biens*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020 aux pp 98–99; Yaëll Emerich, *Droit commun des biens : perspective transsytémique*, Montréal, Yvon Blais, 2017 aux pp 161–62.

27 Yan Campagnolo et Aline Grenon, « Droit des fiducies » dans Campagnolo, Bélanger-Hardy et Grenon, dir, *supra* note 1 à la p 201.

28 *Ibid* à la p 210.

29 Voir par ex John H Langbein, « The Contractarian Basis of the Law of Trusts » (1995) 105 Yale LJ 625 à la p 631.

anglais désordonné. Il s'agit pourtant d'une conclusion que les auteurs du troisième chapitre refusent tacitement.

Le chapitre portant sur le droit des fiducies présente ainsi un survol assez complet de ce domaine de la common law, y compris à la fois des fiducies expresses et des fiducies imputées. S'il existe une critique à son endroit, elle concerne sa prémisse, qui, comme celle de la plupart des écrits francophones traitant de ce sujet, semble surestimer les distinctions entre la fiducie telle qu'elle est reconnue dans la tradition de common law et la notion de fiducie désormais consacrée par le *Code civil du Québec*³⁰. Pour les auteurs de ce chapitre, la fiducie en common law est comprise explicitement comme un démembrement du droit de propriété entre un propriétaire en common law au sens strict, d'une part, et un propriétaire en equity, d'autre part³¹. Or, un tel démembrement serait impossible en droit civil, non seulement parce que la tradition civiliste ne connaît aucun équivalent à la distinction historique entre common law et equity, mais aussi en raison de son adhésion stricte au principe du *numerus clausus*, selon lequel les démembrements du droit de propriété sont exceptionnels et limités³². Cette incompatibilité nous invite à considérer des conceptualisations alternatives, dont celle défendue par plusieurs spécialistes du domaine, selon laquelle la fiducie correspondrait à une sorte d'obligation détenue sur des droits détenus par une autre personne³³. Celle-ci est généralement reconnue comme plus compatible avec le droit civil que la lecture de la fiducie en tant que démembrement du droit de propriété³⁴.

À la différence des premier, deuxième et troisième chapitres, le quatrième chapitre, signé par John Manwaring et traitant du droit des contrats, paraît à première vue partir dans une direction plutôt

30 Voir art 1260 CcQ.

31 Campagnolo et Grenon, *supra* note 27 à la p 202. Les auteurs du chapitre reconnaissent cependant des conceptualisations alternatives (voir *ibid* à la p 202, n 4).

32 Voir Paul Matthews, « The Compatibility of the Trust with the Civil Law Notion of Property » dans Lionel Smith, dir, *The Worlds of the Trust*, New York, Cambridge University Press, 2013, 313 à la p 321; Remus Valsan, « Rights against Rights and Real Obligations » dans Smith, *supra* note 31 à la p 481.

33 Voir par ex Ben McFarlane et Robert Stevens, « The Nature of Equitable Property » (2010) 4 J Equity 1 à la p 1; Lionel D Smith, « Trust and Patrimony » (2008) 38 RGD 379 à la p 381.

34 Voir McFarlane et Stevens, *supra* note 33 à la p 2; Valsan, *supra* note 32 à la p 481.

harmonisatrice envers son objet d'étude³⁵. En effet, le professeur Manwaring amorce son argumentaire en affirmant que « les systèmes juridiques sont de plus en plus hybrides »³⁶. Cette affirmation semble appuyée par les ajouts, depuis la première édition du volume, d'une discussion assez volumineuse traitant de la place croissante de la bonne foi en common law canadienne des contrats³⁷. Néanmoins, le chapitre revient presque immédiatement lui aussi sur la spécificité culturelle, en rappelant de nouveau l'image du jardin anglais désordonné pourtant contredite en partie par les deux chapitres antérieurs. Il affirme ainsi que :

N'étant pas un droit doctrinal, la common law ne valorise pas outre mesure la cohérence et la systématisation des principes juridiques. Elle cherche plutôt des solutions pratiques et pragmatiques aux problèmes concrets qui se présentent devant les tribunaux³⁸.

Encore une fois, il y a un élément de vérité dans cette affirmation. L'approche identifiée par le professeur Manwaring, soit une approche mettant en vedette le rôle du droit comme outil au service de différents objectifs sociaux et politiques qui lui sont externes, est probablement dominante au Canada. Elle est clairement dominante en matière de droit privé aux États-Unis³⁹. Cette perspective guide l'analyse du professeur Manwaring, comme lorsqu'il affirme que l'« exception de principe » à l'effet relatif des contrats, telle qu'elle a été façonnée par la Cour suprême dans l'affaire *London Drugs c. Kuehne & Nagel*, « établit un équilibre entre la liberté des parties contractantes et les intérêts légitimes du tiers »⁴⁰. Mais il serait une exagération de conclure que ces perspectives instrumentalistes sont uniques à la common law. L'admissibilité de la stipulation pour autrui comme exception à l'effet relatif des contrats en droit québécois en est une réfutation claire, puisque cette exception se justifie presque

35 John Manwaring, « Droit des contrats » dans Campagnolo, Bélanger-Hardy et Grenon, dir, *supra* note 1 à la p 283.

36 *Ibid.*

37 *Ibid* aux pp 290–91, 355–60.

38 *Ibid* à la p 287.

39 Sur l'impact de ce genre d'approche sur le droit privé américain (à la différence du droit anglais), voir Chaim Saiman, « The Law Wants to be Formal » (2021) 96:3 Notre Dame L Rev 1067 aux pp 1073–87.

40 Manwaring, *supra* note 35 à la p 328.

universellement par référence à des considérations d'utilité⁴¹. À l'inverse, il serait tout à fait faux d'affirmer que ces approches instrumentalistes sont les seules à être reconnues auprès des auteurs de common law ou même devant les tribunaux. En Angleterre, surtout, l'élaboration cohérente des concepts juridiques de base demeure au cœur du développement de la common law⁴². Cette approche a également figuré dans un nombre de décisions récentes de tribunaux canadiens, y compris dans des décisions de la Cour suprême touchant au droit des contrats⁴³.

Le thème du jardin anglais désordonné revient également au cinquième chapitre de l'ouvrage qui porte sur la responsabilité civile délictuelle (ce qu'on désigne en anglais par *tort law*) et qui est signé par Louise Bélanger-Hardy. Ce chapitre est divisé en deux grandes parties. La première, remaniée à partir de la première édition, présente un survol général de ce domaine que la professeure Bélanger-Hardy qualifie de « typique »⁴⁴. Cette partie aborde des sujets aussi variés que le rôle des anciennes formes d'action dans le développement du droit des délits moderne, la notion de faute telle qu'elle est comprise en common law, puis finalement les grandes lignes de la responsabilité fondée sur certains délits intentionnels, en plus du délit de nuisance et du délit de négligence⁴⁵. La deuxième partie du chapitre, plus exhaustive que la partie équivalente de la première édition, se penche ensuite sur des sujets d'actualité susceptibles d'intéresser même un lectorat plus averti, soit le sujet de la

41 Voir Jean Pineau et al, *Théorie des obligations*, 5^e éd par Catherine Valcke, vol 2, Les effets des obligations, Montréal, Éditions Thémis, 2023 au para 1179; Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 3^e éd, Montréal, Thémis, 2018 aux para 2334–35; Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les Obligations*, 7^e éd par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2013 au para 463. Comparer Jason W Neyers, « Privity » dans Jason W Neyers, dir, *Fridman's The Law of Contract in Canada*, 7^e éd, Toronto, Thomson Reuters, 2024, 317 aux pp 405–10; JW Neyers, « Explaining the Principled Exception to Privity of Contract » (2007) 52:4 RD McGill 757 aux pp 767–76.

42 Voir Saiman, *supra* note 39 aux pp 1073–87.

43 Voir par ex *Trial Lawyers Association of British Columbia c Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurances*, 2021 CSC 47 aux para 32–35, juges Moldaver et Brown; *Uber Technologies Inc c Heller*, 2020 CSC 16 aux para 147–48, juge Brown, motifs concordants.

44 Louise Bélanger-Hardy, « Droit des délits » dans Campagnolo, Bélanger-Hardy et Grenon, dir, *supra* note 1 à la p 393.

45 *Ibid* aux pp 393–473.

reconnaissance de nouveaux délits intentionnels et celui de la reconnaissance de nouvelles formes d'obligation de diligence⁴⁶. Il s'agit de deux sujets hautement controversés⁴⁷. Or, comme le remarque bien la professeure Bélanger-Hardy, « [d]ans le cas des délits intentionnels, il semble se développer présentement une tendance à faire passer les avancées du droit par la reconnaissance de nouveaux délits, alors qu'en négligence, il s'agit plutôt d'ajuster le cadre d'analyse général [...] ».⁴⁸ Il y aurait sans doute là matière à donner réellement raison à l'image du jardin anglais désordonné.

Finalement, le dernier chapitre du volume, rédigé par Janet Walker et portant sur le droit international privé, diffère des chapitres antérieurs en ce qu'il traite d'un sujet surtout procédural, plutôt que de droit substantiel⁴⁹. Il s'agit d'un chapitre qu'on peut soupçonner d'avoir été inclus principalement en raison des exigences pratiques qui risquent de mener un avocat formé en droit civil à consulter le volume⁵⁰. Néanmoins, il faut souligner l'importance de ce chapitre, qui est peut-être le seul en existence à aborder le droit international privé tel qu'il est pratiqué dans les provinces et les territoires de common law en français⁵¹. Comme le révèle le chapitre, bien que les similarités entre ce domaine de droit et les règles

46 *Ibid* aux pp 473–97.

47 La reconnaissance ou la non-reconnaissance de nouveaux délits intentionnels, en particulier, attire fréquemment l'attention des médias spécialisés. Voir par ex Aidan Macnab, « Court recognizes tort to counter online defamation and harassment » *Law Times* (8 février 2021), en ligne : <lawtimesnews.com> [perma.cc/Y7MN-VQGP]; Annabel Oromoni, « Superior Court judge establishes family violence tort in \$150,000 spousal abuse award » *Law Times* (21 mars 2022), en ligne : <lawtimesnews.com> [perma.cc/2KEX-RS5P]; Angelica Dino, « Alberta Court of King's Bench declares no tort of family violence in Alberta » *Canadian Lawyer* (24 octobre 2023), en ligne : <canadianlawyermag.com> [perma.cc/XA82-PBC2].

48 Bélanger-Hardy, *supra* note 44 aux pp 497–98.

49 Ce que reconnaît explicitement son auteur. Voir Janet Walker, « Droit international privé » dans Campagnolo, Bélanger-Hardy et Grenon, dir, *supra* note 1 à la p 504.

50 Les auteurs du chapitre préliminaire justifient plutôt son inclusion sur la base que « le droit comparé et le droit international privé sont des domaines connexes : dans un cas comme un autre, il est question de règles de droit issues de plus d'un système juridique national ». Voir Campagnolo, Grenon et Valcke, *supra* note 1 à la p 4.

51 Tout comme le chapitre miroir du volume *Elements of Quebec Civil Law*, rédigé par Gérald Goldstein, est probablement le seul à aborder en détail le droit international privé québécois en anglais.

maintenant consacrées au Livre X du *Code civil du Québec* sont frappantes, elles cachent souvent des préoccupations fort différentes. C'est le cas du rôle joué par la discrétion dans l'ensemble des règles de common law — à la différence de l'encadrement plus formel que reçoit le droit international privé dans le *Code civil du Québec*. Comme au cinquième chapitre, nous sommes peut-être ici devant une différence qui pourrait bien justifier un recours aux images du jardin anglais et du jardin français : « la common law avec son pragmatisme, et le droit civil avec sa grande cohérence »⁵².

Bien que son objectif principal soit descriptif, la seconde édition du volume *Éléments de common law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois* s'inscrit facilement dans une conception culturaliste du droit comparé. Tout comme la première édition, la structure et les chapitres individuels de ce nouvel ouvrage insistent sur les différences fondamentales qui persistent entre la tradition de common law telle qu'elle est appliquée au Canada hors Québec et la tradition civiliste d'inspiration française qui informe le droit privé québécois. Le volume a parfois tendance à présenter ces particularités de manière exagérée, de sorte à donner un portrait un peu stéréotypé de la common law. Souvent, ses chapitres individuels contribuent eux-mêmes à contredire ce même portrait. Mais les différences identifiées dans le volume, même si parfois exagérées, sont bien réelles. En effet, l'ensemble du volume démontre à quel point la tradition de common law mise en œuvre au Canada hors Québec est une tradition réellement à part, méritant le respect d'une étude approfondie à partir d'une perspective qui elle est « interne », plutôt que d'être soumise aux pressions d'harmonisation avec le droit civil suggérées par au moins une décision encore récente de la Cour suprême⁵³. Les juristes ayant principalement été formés dans la tradition juridique du droit civil y trouveront certainement un intérêt pour cette raison. Il en est de même pour les aspirants juristes de common law poursuivant leurs études en français, surtout en raison de la langue de sa rédaction. La division du volume en chapitres individuels qui peuvent être consultés de manière indépendante risque d'ailleurs de le rendre particulièrement utile pour les fins d'un groupe comme de l'autre.

52 Walker, *supra* note 49 à la p 511.

53 Voir *CM Callow Inc c Zollinger*, 2020 CSC 45 aux para 56–74, 86.