

Le bijuridisme au Canada et son impact sur le droit constitutionnel et sur les relations intergouvernementales

Benoît Pelletier

Volume 40, Number 1, 2010

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027002ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027002ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Pelletier, B. (2010). Le bijuridisme au Canada et son impact sur le droit constitutionnel et sur les relations intergouvernementales. *Revue générale de droit*, 40(1), 251–281. <https://doi.org/10.7202/1027002ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2010

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Le bijuridisme au Canada

Le bijuridisme au Canada et son impact sur le droit constitutionnel et sur les relations intergouvernementales

BENOÎT PELLETIER

Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa
et ex-ministre du gouvernement du Québec

SOMMAIRE

Présentation	251
Introduction	252
I) Aux confins du droit public et du droit privé.....	253
II) Le droit privé fédéral et l'harmonisation des règles entre le droit civil et la common law.....	255
III) Le bijuridisme, une valeur canadienne.....	265
IV) Le fédéralisme de droit civil et de common law	269
V) L'article 94 de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	274
VI) L'élaboration des normes et politiques VI) fédérales, et le rôle des tribunaux	276
Conclusion	279

Présentation

1. Le texte qui suit est tiré de l'allocution que j'ai prononcée le 5 décembre 2008, à Ottawa, alors que j'étais encore ministre du gouvernement du Québec, à l'occasion du

colloque intitulé « Les transactions transfrontalières entre le Québec et l'Ontario : le droit comparé et son impact sur la pratique juridique ». Ce colloque était organisé par la Chaire du notariat de la Faculté de droit (Section de droit civil) de l'Université d'Ottawa. Les participants à ce colloque étaient invités à démystifier certains aspects de la pratique juridique ayant des impacts des deux côtés de la frontière Québec-Ontario et à débattre d'enjeux que les praticiens du droit peuvent rencontrer lorsque des éléments juridiques du droit civil québécois et de la common law s'entrecroisent.

2. J'ai prononcé cette allocution une seconde fois, avec quelques variations cependant, le 10 septembre 2009, à Ottawa, à l'occasion d'une conférence tenue par la Direction des services législatifs du ministère de la Justice du Canada. Cette conférence portait notamment sur les plus récents développements de nature législative, jurisprudentielle ou autre, survenus en matière de rédaction et d'interprétation des lois, ainsi que sur les orientations, les politiques et les pratiques fédérales en cette matière.

3. Je tiens à souligner la contribution remarquable à ce texte de messieurs Marc-Antoine Adam et Martin Fournier. Je remercie aussi M. Gabriel Querry pour sa précieuse assistance. J'assume toutefois l'entière responsabilité des opinions qui y sont exprimées, de même que des erreurs et omissions qui pourraient s'y trouver.

INTRODUCTION

4. La plupart du temps, on associe automatiquement la question de la coexistence du droit civil et de la common law à la pratique du droit privé. Pourtant, pour peu qu'on y réfléchisse, il est clair que les enjeux relatifs à la cohabitation au pays de ces deux traditions juridiques, et ils sont nombreux, s'inscrivent constamment en toile de fond des rapports intergouvernementaux, du droit constitutionnel et du fonctionnement de notre fédération. C'est pour cela que j'ai décidé d'aborder, dans ce texte, l'interaction croissante qui existe entre le droit privé et le droit public, la particularité du droit privé fédéral et les enjeux relatifs à l'harmonisation du droit civil et de la common law, mais également le rôle majeur que

joue le bijuridisme¹ dans l'identité canadienne, les visions distinctives du droit civil et de la common law dans la façon d'appréhender le fédéralisme et certains aménagements qui devraient logiquement en découler.

I) AUX CONFINS DU DROIT PUBLIC ET DU DROIT PRIVÉ

5. En réalité, la frontière entre le droit privé et le droit public est poreuse. Si on a traditionnellement conçu le droit privé comme cette branche du droit qui, de manière supplétive, règle les rapports des particuliers entre eux en s'en remettant le plus possible au principe de l'autonomie de la volonté, force est d'admettre qu'en bien des domaines, on s'est écarté de ce modèle. L'État joue désormais un rôle très actif dans la détermination des obligations des parties. Il suffit de mentionner l'exemple du droit du travail, où l'État prescrit des normes minimales et encadre les négociations entre employeurs et salariés.

6. Un autre exemple pourrait être la *Charte des droits et libertés de la personne*², qualifiée de loi quasi constitutionnelle³ — donc l'un des instruments par excellence du droit

1. France ALLARD a apporté d'importantes nuances au concept du bijuridisme en droit canadien, dans un texte daté du 15 avril 2008 et portant le titre *La Cour suprême du Canada et son impact sur l'articulation du bijuridisme*, [En ligne]. <http://canada.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/hlf-hfl/f3-b3/bf3a.html>. Selon France Allard :

[i]l 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 autochtone.

Dans le présent texte, il ne sera question que de la coexistence du droit civil et de la common law au Canada. Je ne traiterai donc pas d'un possible plurijuridisme dans notre ordonnancement juridique. D'ailleurs, il n'est pas clair que le droit autochtone doive être distingué de la common law. En effet, en tant que composante du droit public, le droit autochtone puise largement dans cette dernière tradition. La jurisprudence y joue un rôle de premier plan. Sans compter que le droit autochtone est, que je sache, une branche du droit et non pas une tradition juridique en lui-même.

2. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

3. Sur ce point, voir *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345. Dans cette affaire, à la page 402, le juge Gonthier affirme que « [l]a Charte n'est pas une loi ordinaire mise en vigueur par le législateur québécois au même titre que n'importe quel autre texte

public. Comme on le sait, au Québec, cette Charte s'applique non seulement à l'État, à l'instar de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴, mais aussi aux individus dans leurs rapports entre eux. Sous cet aspect, elle pénètre donc le domaine du droit privé. D'ailleurs, la disposition préliminaire du *Code civil du Québec* énonce que celui-ci « régit, en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens »⁵.

7. Mais, si le droit public a tendance à empiéter sur le domaine du droit privé, l'inverse est également vrai. Ainsi, ce qu'on appelle désormais la « contractualisation » du droit public est un phénomène qui prend beaucoup d'ampleur. Traditionnellement, le droit public se distinguait du droit privé par les rapports hiérarchiques qu'il imposait entre l'État et les particuliers. Toutefois, aujourd'hui, on a de plus en plus souvent recours au modèle du contrat, auquel sont associées liberté et autonomie de la volonté. C'est le cas par exemple dans le domaine de l'environnement, où l'on assiste à une « contractualisation » graduelle de l'action étatique⁶. Même dans les relations entre différents corps publics, ce modèle est

législatif. Il s'agit plutôt d'une loi bénéficiant d'un statut spécial, d'une loi fondamentale, d'ordre public, quasi constitutionnelle, qui commande une interprétation large et libérale de manière à réaliser les objets généraux qu'elle sous-tend de même que les buts spécifiques de ses dispositions particulières ». Voir également *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665.

4. *Charte canadienne des droits et libertés*, constituant la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, cette dernière formant elle-même l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.). La *Loi de 1982 sur le Canada* est reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 44.

5. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

6. Michelle CUMYN, « La contractualisation de l'action publique : contrat juridique ou contrat social? », (2006) 47 C. de D. 677-703, à la p. 680. L'auteure cite en exemple « la participation publique intervenant en amont de la décision gouvernementale; la négociation sectorielle ou individuelle du contenu des autorisations administratives, voire des règlements; l'adoption de programmes d'assainissement par des entreprises qui contreviennent aux normes légales; les contrats environnementaux par lesquels des entreprises ou des secteurs industriels s'engagent envers l'Administration à surpasser les normes légales en vigueur; les initiatives privées de normalisation et de certification ».

maintenant utilisé. Pensons aux « contrats de ville »⁷ entre le gouvernement du Québec et les municipalités, lesquelles sont pourtant, juridiquement parlant, ses créatures.

8. Le phénomène de la contractualisation touche particulièrement les relations intergouvernementales qui, en principe, sont régies par cette branche du droit public qu'est le droit constitutionnel. Les ententes intergouvernementales sont devenues, avec leurs bons et leurs mauvais côtés, une des principales sources normatives dans l'articulation des rôles et des responsabilités de chaque ordre de gouvernement. D'ailleurs, à cet égard, il est intéressant de remarquer l'influence respective de nos deux grandes traditions juridiques, le droit civil et la common law, influence qui génère des perceptions différentes selon qu'on est au Québec ou ailleurs au Canada et sur laquelle je reviendrai ci-dessous. Mais avant d'analyser l'impact du bijuridisme sur le droit public, il convient de considérer ses manifestations en droit privé.

II) LE DROIT PRIVÉ FÉDÉRAL ET L'HARMONISATION DES RÈGLES ENTRE LE DROIT CIVIL ET LA COMMON LAW

9. Le fédéralisme a ceci de particulier qu'il vise l'atteinte et le maintien d'un équilibre entre l'unité nécessaire au sein de l'État fédéral et l'incontournable respect de la diversité des entités fédérées qui le composent. C'est dans cette perspective que les fondateurs du Canada ont, en 1867, choisi d'assigner aux provinces l'essentiel de la responsabilité relativement au droit privé⁸. Comme nous le verrons, c'est largement la dimension culturelle du droit privé, intimement liée à la dualité canadienne, qui a dicté ce choix. Cependant, les pères

7. Les contrats de ville sont en réalité des ententes de partenariat entre le gouvernement du Québec et une ville. Ils ciblent certains secteurs et champs d'intervention. Les parties s'entendent sur des objectifs et des principes directeurs clairement énoncés. Par exemple, dans le cas de la Ville de Montréal, le « contrat » touche des sujets comme la revitalisation urbaine, le renouvellement des infrastructures et le transport routier et collectif. Sur ce point, voir GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Affaires municipales, Régions et Occupation du territoire, « Contrat de ville de Montréal 2003-2007 », [En ligne]. http://www.mamrot.gouv.qc.ca/metropole/metr_lien_cont.asp.

8. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5, art. 92 (13).

fondateurs ont également jugé que, dans certains domaines du droit privé, une plus grande unité sur le fond était souhaitable. C'est ainsi qu'ils ont attribué à l'ordre fédéral la compétence sur la navigation et le commerce maritime, le droit d'auteur et les brevets d'invention et de découvertes, la faillite et l'insolvabilité, les banques, les lettres de change, le mariage et le divorce, les échanges et le commerce interprovinciaux et internationaux, l'intérêt de l'argent, les poids et mesures, les entreprises de transport et de communication interprovinciales et internationales, de même qu'une partie du droit corporatif⁹.

10. Évidemment, pour plusieurs raisons, il n'est pas facile de découper ces domaines du droit privé. Celui-ci se conçoit davantage comme un tout, un système qui vient remplir les interstices, un système qui a horreur du vide. Comment, dans ce contexte, combler les inévitables silences de la législation fédérale de droit privé? Normalement, la réponse est qu'il faut s'en remettre au droit commun. Simple en principe, cette solution se complique considérablement en régime fédéral et encore davantage en régime fédéral bijuridique, c'est-à-dire en régime où coexistent deux grandes traditions juridiques.

11. À travers les époques, depuis la naissance du pays, différentes approches se sont succédées. D'une part, il y a eu le concept d'un droit commun fédéral plus ou moins autonome qui a prévalu dans certains domaines, comme en droit maritime¹⁰. Dans ce cas précis, en général, c'est la tradition anglaise qui a prédominé, tel que l'illustre l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *ITO-Int'l Terminal Operators*¹¹. Selon le professeur André Braën,

9. *Id.*, art. 91 (2), (10), (15), (17), (18), (19), (21), (22), (23), (26), et art. 92 (10) (a).

10. André BRAËN, *Le droit maritime au Québec*, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992, 408 p., particulièrement aux p. 131-133, où le professeur Braën explique le caractère prétendument autonome, selon la Cour suprême du Canada, du droit maritime canadien : « La réalité commerciale, depuis longtemps, ne permet pas de coiffer le droit maritime, comme discipline juridique, d'un caractère autonome et exclusif; d'abord parce qu'il est forcément incomplet (les règles de droit terrestre s'y ajoutant), ensuite, parce qu'il est en grande partie d'origine législative et, finalement, parce que ses règles ont toujours été en interaction constante avec, en particulier, les régimes de responsabilité contractuelle et extracontractuelle. », par. 335.

11. *Id.*, à la p. 123; *ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752 aux p. 779-782.

[l]e juge [McIntyre] a conclu que le droit maritime canadien est constitué de l'ensemble des règles de droit maritime empruntées à l'Angleterre, qui englobe à la fois les règles et principes spéciaux en matière d'amirauté et « les règles et principes puisés dans la common law et appliqués aux affaires d'amirauté », selon que ces règles et principes ont été, et continuent d'être modifiés et élargis dans la jurisprudence canadienne. C'est en discutant de l'uniformisation du droit maritime canadien que le juge a précisé son contenu exact :

*Je suis d'avis [...] que le droit maritime canadien constitue un ensemble de règles de droit fédérales qui englobe les principes de common law en matière de responsabilité délictuelle, de contrat et de dépôt.*¹²

12. Quoi qu'il en soit, dans la plupart des autres matières, le principe qui a été dégagé par les tribunaux et qui a fini par prévaloir, sauf exception, était plutôt qu'il fallait se tourner vers le droit commun provincial dans le cas de silence de la législation fédérale¹³. Dans la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *St-Hilaire*¹⁴, le juge Décary n'aurait pu exposer cette règle en termes plus clairs :

Le juge chargé d'interpréter et d'appliquer une loi fédérale dans un litige qui concerne les droits civils au Québec doit savoir que règle générale, et sous réserve de ce qui sera dit ci-après eu égard aux lois dites de droit public, le droit supplétif est le droit civil. Cela ne veut pas dire qu'on ne doit pas chercher à harmoniser les effets des lois fédérales à travers le pays là où c'est possible en droit privé. (Voir : *Canada c. Construction Bérou*, (1999) 251 N.R. 115 (C.A.F.); *Biderman c. Canada*, (2000) 253 N.R. 236 (C.A.F.)) Cela veut plutôt dire

12. A. BRAËN, *supra*, note 10, à la p. 123.

13. L'application des lois provinciales pour compléter les lois fédérales en cas de besoin soulève un certain nombre de problématiques : la théorie du « code complet », la prépondérance des lois fédérales lorsqu'il y a conflit entre deux lois irréconciliables, la théorie des éléments intrinsèques (inapplicabilité et empiètement), la théorie du champ occupé, celle du caractère véritable, etc. Sur ces questions, voir notamment Jean LECLAIR, « L'interface entre le droit commun privé provincial et les compétences fédérales "attractives" », dans ALAI CANADA (dir.), *Un cocktail de droit d'auteur / A Copyright Cocktail*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, 259 p., à la p. 25.

14. *St-Hilaire c. Canada (Procureur général)*, C.A., 2001 CAF 63, [2001] 4 C.F. 289, permission d'en appeler à la Cour suprême refusée n° 28643, le 29 novembre 2001 [*St-Hilaire*].

que l'asymétrie est la règle prévue par la Constitution. Cela veut dire aussi que si harmonisation il y a, elle peut tout aussi bien s'inspirer du droit civil que de la common law.

[...]

Le justiciable québécois, impliqué dans un litige relatif à ses droits civils en application d'une loi fédérale muette à cet égard, est en droit de s'attendre à ce que ses droits civils soient définis par le droit civil québécois, et ce, même si la partie adverse est le gouvernement fédéral.¹⁵

13. Or, malgré le fait que, au Québec, le droit civil est censé suppléer au silence de la législation fédérale, pendant longtemps, cette dernière ne semblait renvoyer qu'à la common law en utilisant la terminologie, les concepts et l'approche propres à cette tradition juridique. En gros, pour le juriste civiliste et, derrière lui, le justiciable évoluant dans ce système, c'était un peu comme si on demandait à un francophone de se conformer à des lois fédérales rédigées en anglais uniquement. Cependant, à la suite de l'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec* au début des années 1990, le gouvernement fédéral a courageusement entrepris, avec l'adoption de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*¹⁶, de corriger la situation en revoyant l'ensemble de sa législation afin qu'elle reflète davantage le caractère

15. *Id.*, aux par. 50-51. Voir généralement André MOREL, « L'harmonisation de la législation fédérale avec le Code civil du Québec. Pourquoi? Comment? », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Recueil d'études 1-28, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 1997, à la p. 15.

16. *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4. Cette Loi, qui est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2001, a eu un impact non négligeable sur l'ensemble de la législation fédérale. À titre d'exemple, la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, c. C-50, a été modifiée par la Loi d'harmonisation précitée, afin notamment d'harmoniser deux concepts de responsabilité, soit la responsabilité civile extracontractuelle au Québec et la responsabilité délictuelle dans les autres provinces. Voir aussi la *Loi d'harmonisation n° 2 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2004, c. 25. Notons au passage que l'objet des lois d'harmonisation n'est aucunement d'altérer la substance de la loi, mais plutôt « de faire ressortir les termes bijuridiques utilisés en common law et en droit civil » : *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, à la p. 304.

bijuridique du pays¹⁷. Le préambule de cette Loi confirme d'ailleurs que « le droit provincial en matière de propriété et de droits civils est le droit supplétif pour ce qui est de l'application de la législation fédérale dans les provinces »¹⁸.

14. Le principe énoncé dans ce préambule reprend essentiellement l'idée qui se dégage de l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*¹⁹, lequel pose, en ces termes, la règle de la complémentarité entre le droit fédéral et le droit provincial en matière de droit privé²⁰:

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

17. La décision du juge Décary dans l'affaire *St-Hilaire* a été rendue le 19 mars 2001, soit un mois après la deuxième lecture au Sénat du projet de loi S-4, lequel contenait ce qui est devenu la première loi d'harmonisation. Le juge Décary s'est d'ailleurs grandement inspiré de ce projet de loi dans sa décision. Pour cette décision, voir *St-Hilaire*, *supra*, note 14.

Au paragraphe 72 de sa décision, le juge Décary en est venu à « interpréter le silence du législateur fédéral comme un acquiescement à l'application du principe de l'asymétrie juridique qui caractérise le droit fédéral canadien ». Au paragraphe 49, le juge Décary affirme ce qui suit :

[L]a *Loi constitutionnelle de 1867* consacre au Canada le principe fédéral selon lequel une loi fédérale qui recourt à une source de droit privé externe ne s'appliquera pas nécessairement de façon uniforme à travers le pays. C'est ignorer la Constitution que d'associer de manière systématique toute législation fédérale et common law.

Et plus loin, au paragraphe 65, il ajoute ceci :

Bref, le droit civil s'applique, au Québec, à toute législation fédérale qui ne l'écarte pas.

18. *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, *supra*, note 16.

19. *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21.

20. André OUELLETTE, Mathieu LEGRIS, « La place du droit privé au sein des lois fédérales : l'affaire *St-Hilaire* et les fiches terminologiques bijuridiques », (2002), [En ligne]. http://www.justice.gc.ca/fra/bijurilex/fisc-tax/ouell/tm_leg-toc_leg.html, Selon les auteurs :

[L]e principe de la complémentarité a été reconnu et appliqué par les tribunaux. Le nouvel article 8.1 de la *Loi d'interprétation*, qui s'applique à toutes les lois fédérales, y compris les lois fiscales, confirme que la complémentarité du droit fédéral avec le droit privé des provinces est la règle, à moins d'indication contraire dans la loi. Ce nouvel article prévoit en quelque sorte un cheminement à deux étapes qui correspond à l'approche employée par le juge Décary dans l'affaire *St-Hilaire*.

15. L'article 8.2 de la *Loi d'interprétation* est lui aussi fort pertinent à notre propos. Il facilite « la compréhension des nouvelles techniques rédactionnelles destinées à refléter le bijuridisme canadien dans la législation fédérale »²¹. Ces règles s'adressent autant aux tribunaux qu'aux concepteurs de politiques et aux juristes pratiquants, avec une incidence particulière dans le domaine fiscal²². L'article 8.2 se lit comme suit :

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

16. J'ai fait un peu plus haut une analogie entre le bilinguisme et le bijuridisme. Celle-ci est pertinente à plus d'un titre. On se souviendra qu'avant l'adoption de la *Loi sur les langues officielles*²³ et les efforts de francisation qui ont suivi, le bilinguisme au niveau fédéral était plus apparent que réel. C'est la recherche d'une véritable égalité entre francophones et anglophones, afin que chaque groupe linguistique puisse comprendre l'administration et être compris d'elle, qui a forcé une évolution sur ce point. Il en va de même pour le bijuridisme. Autrement dit, l'État fédéral doit parler au citoyen dans sa langue et dans son droit.

17. Comme on s'en doute, à l'instar du bilinguisme, l'objectif de respect du bijuridisme que s'est donné le gouvernement fédéral demeure un défi de tous les jours. Le résultat peut être assez complexe, surtout lorsqu'on considère que la loi fédérale doit en principe s'adresser à quatre publics : les civilistes francophones et anglophones et les *common lawyers* francophones et anglophones. Même les défenseurs du bijuridisme fédéral

21. Marie-Noëlle POURBAIX, « S-4 : un premier projet de loi d'harmonisation », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, 2^e éd., fascicule 6, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001, à la p. 8.

22. Sur ce point, voir Michelle DESROSIERS, « Partie I — Jurisprudence récente : Les principes d'interprétation en bijuridisme canadien en contexte fiscal : où en sommes-nous? », (2006) 27 n° 1 R.P.F.S. 213-235.

23. *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, c. 0-2.

admettent que la conciliation entre cet objectif et celui de la clarté qu'une loi doit toujours rechercher nécessite parfois des compromis pragmatiques. C'est d'ailleurs pourquoi, aussi souhaitable et bienvenue que puisse être cette initiative, pour les Québécois, la meilleure garantie de l'intégrité de leur tradition juridique passe par le plein respect de la compétence provinciale générale en matière de propriété et de droits civils. On pourrait ajouter que c'est également vers l'Assemblée nationale que les Québécois se tournent en premier lieu pour assurer la protection du français.

18. S'agissant du respect du partage des compétences législatives, on doit malheureusement déplorer que, alors que le ministère fédéral de la Justice fait des efforts considérables et louables pour harmoniser ses lois avec le *Code civil du Québec*, le gouvernement fédéral semble de plus en plus prompt à s'autoriser de sa compétence sur les échanges et le commerce pour envahir différents domaines du droit privé. Sans s'étendre sur le sujet, mentionnons à titre d'exemple la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*²⁴. Non seulement cette loi fédérale intervient dans un secteur qui relève de la compétence du Québec en matière de droit civil, mais elle pourrait même potentiellement entrer en conflit avec certaines normes édictées dans la législation québécoise en vigueur, dont le Code civil lui-même. On comprendra pourquoi, dans ces circonstances, le gouvernement québécois n'a eu d'autre choix que de contester la constitutionnalité de cette Loi, contestation qui est présentement en Cour d'appel du Québec²⁵.

19. L'argument avancé pour justifier ces empiètements fédéraux est pratiquement toujours le même : l'existence de nombreuses transactions transfrontalières et la commodité d'avoir dans tout le Canada des règles identiques. Je ne suis évidemment pas insensible à l'objectif de simplifier la vie des individus et des entreprises en harmonisant, lorsque cela est souhaitable, certaines normes d'une province à l'autre. Cependant, il s'agit d'un exercice délicat qui requiert qu'on prenne

24. *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5.

25. *Renvoi relatif à la constitutionnalité de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, C.A.M., n^o 500-09-014067-037.

en compte un ensemble d'intérêts parfois contradictoires. Et cet enjeu se pose avec encore plus de pertinence lorsqu'il est question de concilier des systèmes distincts de droit privé. Or, je citerai deux exemples récents, le premier, bilatéral, et le second, multilatéral, qui, selon moi, tendent à démontrer que l'harmonisation du droit privé canadien peut se faire dans le respect des différences et des intérêts de chacun et, qu'à ce titre, les provinces ne sont jamais mieux servies que par elles-mêmes. Il s'agit de la relation Québec-Ontario et du dossier de la réglementation des valeurs mobilières.

20. D'une part, sur le plan bilatéral, la relation unique entre le Québec et l'Ontario a connu une évolution marquée depuis quelques années, ainsi qu'en font foi la signature par les deux gouvernements d'un protocole de coopération général, de neuf ententes sectorielles dans des domaines tels que les soins de santé, la sécurité civile, le tourisme et les affaires francophones, en plus de la conclusion d'une importante entente mettant un terme à un différend de longue date concernant la mobilité de la main-d'œuvre dans le secteur de la construction²⁶. Dans ce dernier cas, on se souviendra qu'une des difficultés importantes du dossier tenait précisément aux différences d'approche entre le droit québécois et le droit ontarien en matière de relations de travail et de corps de métiers. Or, au lieu de sacrifier une approche au profit de l'autre, ce qu'aurait impliqué une uniformisation de la réglementation, la solution retenue pour assurer la mobilité des travailleurs des deux côtés de la frontière a consisté à implanter un système de reconnaissance mutuelle, tout en confirmant le droit de chaque juridiction de réglementer son industrie de la construction à son gré.

21. En juin 2008, dans la foulée de la première réunion conjointe des Conseils des ministres de l'Ontario et du Québec²⁷, les deux gouvernements ont entrepris des travaux

26. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Premier ministre du Québec, « Communiqué du 2 juin 2006 — MM. McGuinty et Charest s'engagent à coopérer », (2 juin 2006), [En ligne]. <http://www.premier-ministre.gouv.qc.ca/salle-de-presse/communiqués/2006/juin/com20060602.shtml>.

27. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Premier ministre du Québec, « Communiqué du 2 juin 2008 — L'Ontario et le Québec jettent les bases d'un espace économique plus fort au centre du Canada », (2 juin 2008), [En ligne]. <http://www.premier-ministre.gouv.qc.ca/salle-de-presse/communiqués/2008/juin/2008-06-02.shtml>.

préparatoires à la création d'un partenariat régional dans le Canada central afin de renforcer l'économie des deux provinces. Cet accord a été conclu par ces dernières le 11 septembre 2009, dans le cadre de la deuxième rencontre conjointe des Conseils des ministres de l'Ontario et du Québec. La structure de l'accord s'apparente à celle de l'*Accord sur le commerce intérieur* de 1994²⁸. Un premier volet établit des engagements généraux de coopération, tandis que le deuxième volet prévoit des obligations contraignantes au sein de chapitres dits sectoriels. Le non-respect de ces dernières expose les provinces à des recours semblables à ceux prévus dans l'*Accord sur le commerce intérieur*.

22. Dans un premier temps, ce partenariat éliminera les barrières commerciales entre les deux provinces pour faciliter et accroître la libre circulation des investissements et de la main-d'œuvre. Dans un deuxième temps, l'accord favorisera la coopération entre les deux provinces dans les secteurs de l'énergie, de l'économie et de la réglementation. Sur ce dernier point, notons qu'en vertu de l'accord, les deux provinces devront chercher à harmoniser et reconnaître mutuellement leur réglementation, notamment en matière de services financiers²⁹.

23. Sur le plan multilatéral maintenant, je citerai comme exemple l'un des principaux enjeux intergouvernementaux de l'heure : la réglementation des valeurs mobilières. Bien que ce dossier relève de la compétence exclusive des provinces, le gouvernement fédéral a annoncé le 22 juin 2009 la mise sur pied du Bureau de transition vers un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières, lequel régime serait

28. GOUVERNEMENT DU CANADA, Industrie Canada, « Accord sur le commerce intérieur », (18 juillet 1994), [En ligne]. http://www.ic.gc.ca/eic/site/ait-aci.nsf/fra/h_il00034.html.

29. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, ministère du Développement économique, de l'Innovation et de l'Exportation, « Accord de commerce et de coopération entre l'Ontario et le Québec », (11 septembre 2009), [En ligne]. <http://www.mdeie.gouv.qc.ca/index.php?id=4404>. L'article 13 de l'Accord définit le terme « harmonisation » comme suit : « Le fait de rendre identiques des règlements, des règlements techniques, des mesures techniques, des normes ou mesures connexes de même portée, ou le fait de réduire au minimum les différences entre eux. »

chapeauté par un organisme unique³⁰. Un groupe d'experts avait été institué par le gouvernement fédéral au début de l'année 2008 pour examiner cette question. Ce groupe, dirigé par M. Tom Hockin, a remis son rapport final le 12 janvier 2009³¹, ce dernier ayant même été accompagné d'une ébauche de projet de loi sur les valeurs mobilières³².

24. Le gouvernement du Québec s'est opposé à la démarche du gouvernement canadien, le domaine des valeurs mobilières relevant selon lui de sa compétence en matière de propriété et de droits civils, et a fait part publiquement, le 8 juillet 2009, de son intention de soumettre un renvoi à la Cour d'appel du Québec sur la constitutionnalité de l'initiative fédérale³³. En particulier, le gouvernement québécois considère qu'il est inutile de créer un organisme pancanadien, puisque toutes les provinces et les territoires, à l'exception de l'Ontario, participent déjà au système dit du « passeport ». Ce système permet la simplification des procédures et l'harmonisation de la réglementation dans tout le Canada, tout en préservant la compétence de chaque province à cet égard, et cela,

30. GOUVERNEMENT DU CANADA, ministère des Finances Canada, « Le ministre des Finances annonce la mise sur pied du bureau de transition vers un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières », (22 juin 2009), [En ligne]. <http://www.fin.gc.ca/n08/09-064-fra.asp>.

31. GROUPE D'EXPERTS SUR LA RÉGLEMENTATION DES VALEURS MOBILIÈRES, *Créer un avantage sur les marchés des capitaux mondiaux; Rapport final et recommandations*, Canada, ministère des Finances du Canada, (2009), [En ligne]. <http://www.expertpanel.ca/fra/rapports/rapport-final/index.html>.

32. GROUPE D'EXPERTS SUR LA RÉGLEMENTATION DES VALEURS MOBILIÈRES, « Ébauche de loi sur les valeurs mobilières », (12 janvier 2009), [En ligne]. <http://www.expertpanel.ca/fra/rapports/index.html>.

33. *Renvoi à la Cour d'appel du Québec concernant le respect de la compétence du Québec en matière de valeurs mobilières*, C.A.Q., n° 200-09-006746-090, le 10 juillet 2009; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, « Communiqué du 8 juillet 2009 — Renvoi à la Cour d'appel du Québec concernant le respect de la compétence du Québec en matière de valeurs mobilières », (8 juillet 2009), [En ligne]. http://www.saic.gouv.qc.ca/centre_de_presse/communiques/2009/saic_com20090708.html. Notons toutefois que, le 16 octobre 2009, le ministre de la Justice, M. Rob Nicholson, a annoncé l'intention du gouvernement fédéral de solliciter l'avis de la Cour suprême du Canada sur la constitutionnalité d'un éventuel projet de loi sur les valeurs mobilières, mettant en place tout un régime de réglementation sur ce sujet. À cet effet, voir GOUVERNEMENT DU CANADA, ministère de la Justice, « Le gouvernement du Canada prévoit solliciter l'avis de la Cour suprême du Canada sur la constitutionnalité du projet de loi canadienne sur les valeurs mobilières », [En ligne]. http://www.justice.gc.ca/fra/nouv-news/cp-nr/2009/doc_32437.html.

tout en permettant au Québec d'assurer l'intégration harmonieuse de cette réglementation dans son système civiliste. D'ailleurs, il n'est pas inutile de rappeler que le modèle du passeport est inspiré de l'Europe où, justement, coexistent différentes traditions juridiques.

25. En résumé, je suis convaincu que l'uniformisation des normes provinciales n'est pas le passage obligé vers une plus grande harmonisation du droit privé au Canada. Au contraire, l'histoire de notre pays est la preuve même qu'il est possible de concilier les divers héritages qui ont façonné son identité, notamment son patrimoine juridique.

III) LE BIJURIDISME, UNE VALEUR CANADIENNE

26. Sur le plan juridique, le Canada est pratiquement unique puisqu'il est un des rares pays où vivent véritablement côte à côte les deux grandes traditions juridiques européennes qui se partagent aujourd'hui le monde et qu'au surplus, il est un héritier direct des deux pays qu'on considère comme les berceaux modernes de ces traditions : la France et l'Angleterre.

27. Cette coexistence de fait dans notre pays de deux grands systèmes juridiques — ce qu'on appelle le bijuridisme — remonte aux origines mêmes de la colonisation française et anglaise en Amérique du Nord. Dès le XVII^e siècle, à une époque où le droit civil n'était pas encore unifié en France métropolitaine, la Couronne française avait décrété par édit que la *Coutume de Paris* serait la seule et unique source du droit en Nouvelle-France. Durant la même période, la Couronne anglaise implantait la common law dans l'ensemble de ses colonies nord-américaines.

28. En 1763, à l'issue de la guerre de Sept Ans, la France céda la Nouvelle-France à la Grande-Bretagne. Ce changement de souveraineté a été accompagné d'un changement de droit applicable sur les territoires conquis, puisqu'en vertu de la Proclamation royale du 7 octobre 1763³⁴, la Couronne britannique décréta que l'ensemble des colons, qu'ils soient d'origine anglaise ou française, serait soumis à la common law,

34. *Proclamation royale (1763)*, 7 octobre 1763, (R.-U.), reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1.

comme c'était déjà le cas dans les autres colonies britanniques d'Amérique du Nord.

29. Rapidement, toutefois, en réaction aux doléances des colons français et aux tensions croissantes avec les treize colonies anglo-américaines, la Couronne britannique consentit, par l'*Acte de Québec de 1774*³⁵, à rétablir au Québec le droit français dans toutes les matières concernant la « propriété et les droits civils ». Cette formule se voulait un moyen d'englober l'essentiel du droit à l'époque. C'est par le biais d'une mention expresse que la common law devait continuer à régir le droit criminel, le commerce international et certaines questions de droit public.

30. C'est donc avec l'adoption de l'*Acte de Québec* que le bijuridisme prit officiellement naissance au Canada, puisque cette Loi fit coexister le droit anglais et le droit français sur le territoire québécois. L'*Acte constitutionnel de 1791*³⁶ maintiendra cette cohabitation de deux régimes juridiques en droit canadien en lui juxtaposant une dualité territoriale, puisqu'en scindant le Québec en deux nouvelles colonies, la Couronne britannique rétablit le droit anglais au Haut-Canada, tout en maintenant le *modus vivendi* de 1774 au Bas-Canada. Cet aménagement juridique survivra à l'*Acte d'Union*³⁷ puisque, malgré la réunion du Haut et du Bas-Canada en une seule colonie, chaque section conserva ses lois distinctes. C'est d'ailleurs sous le régime de l'*Acte d'Union* que fut adopté, en 1865, le *Code civil du Bas-Canada*³⁸, qui est en quelque sorte le parent direct de l'actuel *Code civil du Québec*.

31. C'est toutefois avec la naissance de la fédération canadienne en 1867, dans le partage des compétences législatives entre le fédéral et les provinces, que le bijuridisme canadien prendra sa forme définitive. L'article 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux provinces la compétence générale en matière de propriété et de droits civils, à l'exception des matières de droit privé fédéral mentionnées précédemment.

35. *Acte de Québec de 1774* (R.-U.), 14 Geo. III, c. 83, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 2.

36. *Acte constitutionnel de 1791* (R.-U.), 31 Geo. III, c. 31, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 3.

37. *Acte d'Union, 1840*, 3 & 4 Vict., c. 35, (R.-U.), reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 4.

38. *Code civil du Bas-Canada*, 29 Vict. S.C. (1865), c. 41 (R.-U.).

Cet aménagement institutionnel a permis de consacrer définitivement le bijuridisme canadien et de faire cohabiter jusqu'à nos jours deux systèmes de droit privé dans notre pays : le droit civil au Québec et la common law dans les autres provinces et territoires canadiens. Soulignons au passage qu'il existe une certaine similitude entre le libellé de l'article 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et celui de l'article 8 de l'*Acte de Québec de 1774*³⁹ :

Loi constitutionnelle de 1867

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

[...]

13. La propriété et les droits civils dans la province;

Acte de Québec de 1774

VIII. Il est aussi Établi par la susdite autorité, que tous les sujets Canadiens de Sa Majesté en ladite province de Québec; (les Ordres Religieux et Communautés seulement exceptes) pourront aussi tenir leurs propriétés et possessions, et en jouir, ensemble de tous les usages et coutumes qui les concernent, et de tous leurs autres droits ce citoyens, d'une manière aussi ample, aussi étendue, et aussi avantageuse, que si les dites proclamation, commissions, ordonnances, et autres actes et instruments, n'avoient point été faits, en gardant à sa Majesté la foi et fidélité qu'ils lui doivent, et la soumission due à la couronne et au parlement de la Grande-Bretagne : et que dans toutes affaires en litige, qui concerneront leurs

39. Cette version en français moderne de l'article VIII de l'*Acte de Québec de 1774* est tirée du site Web du TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE AU QUÉBEC, « L'aménagement linguistique dans le monde », Université Laval, (2009), [En ligne]. http://www.tlfq.ulaval.ca/axl/amnord/cndconst_ActedeQuebec_1774.htm.

propriétés et leurs droits de citoyens, ils auront recours aux lois du Canada, comme les maximes sur lesquelles elles doivent être décidées [...].

32. Comme l'a constaté le professeur Jean Leclair, cette ressemblance « témoigne de la volonté du Constituant de reconnaître au Québec les moyens d'assurer la pérennité de la tradition de droit civil »⁴⁰.

33. Le bijuridisme est donc l'un des tout premiers compromis qui ont façonné le Canada tel qu'on le connaît aujourd'hui. Je dis compromis car, si, durant la guerre de l'Indépendance américaine, le Québec a refusé de se joindre aux treize colonies, c'est en grande partie à cause des garanties qu'offrait l'Acte de Québec quant au respect de son identité. Et si le Bas-Canada a adhéré à la fédération canadienne en 1867, c'est notamment en raison du fait que la compétence en matière de propriété et de droits civils était réservée aux provinces, lui permettant ainsi de préserver la spécificité de son système juridique. En fait, je dirais qu'il y a un lien de filiation direct entre le bijuridisme et le fédéralisme canadien, le premier étant en quelque sorte l'ancêtre de l'autre. De même, le bijuridisme, le fédéralisme et le bilinguisme officiel trouvent tous leurs racines dans la dualité canadienne.

34. C'est donc dire que le bijuridisme est une valeur canadienne à part entière qui découle, au fond, de l'existence au Canada de la nation québécoise, laquelle se caractérise par sa majorité de langue française, sa tradition civiliste, sa culture unique, au carrefour de l'Europe continentale et de l'Amérique, ses institutions particulières et une certaine manière de vivre. Déjà en 2001, le Parlement du Canada avait reconnu, dans le préambule de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, que le droit civil, qui trouve sa principale expression dans le *Code civil du Québec*, témoigne du caractère unique de la société québécoise.

40. J. LECLAIR, *supra*, note 13, à la p. 34. Voir aussi *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons*, [1881] 7 A.C. 96.

35. Le Québec est le seul État majoritairement francophone en Amérique du Nord. Au nord du Rio Grande, il est également le seul, avec la Louisiane, à avoir opté pour un droit privé inspiré de la tradition civiliste. À ce titre, il est l'héritier d'une culture riche et spécifique qu'il est essentiel de soutenir et de développer. Déjà, le Québec bénéficie de certains outils lui permettant d'assurer l'épanouissement de sa spécificité sur le plan juridique. À titre d'exemple, la dualité juridique se reflète dans l'exigence constitutionnelle que les juges des cours supérieures du Québec soient choisis parmi les membres du Barreau du Québec, exigence qui n'existe pas dans les autres provinces⁴¹. De même, la loi constitutive de la Cour suprême du Canada prévoit que trois des neuf juges doivent provenir du Barreau du Québec⁴². Ces aménagements témoignent, à mon sens, du rôle central du bijuridisme dans l'évolution de notre fédération.

36. Mais je crois que notre pays peut aller beaucoup plus loin dans cette reconnaissance. Traditionnellement, le Québec a toujours demandé d'avoir son mot à dire concernant la nomination des trois juges québécois à la Cour suprême du Canada, voire de procéder lui-même à ces nominations. De tels arrangements, en plus d'assurer une meilleure prise en compte de la spécificité juridique de la nation québécoise au sein du pouvoir judiciaire, seraient susceptibles de contribuer au renforcement du rôle d'arbitre joué par la Cour en matière de fédéralisme. De même, il faudra se questionner un jour sur l'opportunité de transférer aux provinces le pouvoir de nomination des juges des tribunaux supérieurs, lequel pouvoir relève en ce moment du fédéral en vertu de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

IV) LE FÉDÉRALISME DE DROIT CIVIL ET DE COMMON LAW

37. Au-delà des solutions divergentes qu'elles sont susceptibles de générer, les différences entre la tradition civiliste et la tradition de common law se situent beaucoup à un niveau philosophique. Elles comportent, comme je l'ai dit, une

41. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 8, art. 98.

42. *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 6.

importante dimension culturelle, ce qui les rend diffuses et difficiles à cerner précisément. À titre d'exemple, une des principales sources du droit civil est le droit écrit, le Code, tandis que la common law tire principalement sa source de la jurisprudence. Cependant, il existe dans les deux cas des exceptions. Les deux systèmes se distinguent également par leur mode de raisonnement. La common law se caractérise par son raisonnement inductif, qui consiste à établir des généralisations à partir de points communs à des cas particuliers. *A contrario*, le droit civil fonctionne plutôt selon un mode de raisonnement de type déductif, qui consiste à poser une proposition générale et à l'appliquer ensuite à un cas particulier. Un autre élément qui distingue le droit civil de la common law est l'importance de l'histoire et le caractère évolutif du droit. En common law, les facteurs externes au droit occupent une place beaucoup plus importante, qui s'explique notamment par un rôle reconnu aux juges, celui d'adapter constamment le droit afin de refléter l'évolution de la société, alors qu'en droit civil, pour schématiser, c'est en changeant la loi qu'on la fait évoluer.

38. Je crois même qu'il est possible de soutenir que ces différences entre la tradition de common law et la tradition civiliste se reflètent jusque dans la manière dont les différentes fédérations conçoivent le fédéralisme, selon qu'elles appartiennent à une tradition juridique ou à l'autre. Une de ces divergences concerne notamment le rôle du pouvoir judiciaire à l'égard des grands enjeux constitutionnels et intergouvernementaux. Dans les fédérations de common law, on reconnaîtra d'emblée aux tribunaux, en vertu de leur capacité « d'écrire la loi », une grande liberté dans l'interprétation de la constitution, d'où l'importance qui y est accordée aux principes et aux usages qui ne sont pas formalisés. Par contre, dans les fédérations de droit civil, le droit constitutionnel a tendance, en règle générale, à reposer davantage sur des textes d'envergure.

39. Un autre point de divergence entre fédérations civilistes et fédérations de common law touche plus particulièrement la « contractualisation » des rapports fédératifs. Il s'agit ici du statut formel ou informel des ententes intergouvernementales, qu'elles soient conclues entre le gouvernement central

et les États fédérés ou entre ces derniers. À ce chapitre, cette divergence n'est pas sans présenter des similitudes avec le statut des accords internationaux. En effet, dans les fédérations fonctionnant sous un système de droit civil, il semble exister une certaine tendance à reconnaître un caractère justiciable aux ententes intergouvernementales, tandis que dans les fédérations de common law, on estime que les ententes constituent des *gentlemen's agreements* qui ne lient pas juridiquement les parties contractantes. Cette divergence sur le statut juridique des ententes intergouvernementales a également une incidence sur la place que ces dernières occupent dans la hiérarchie des normes. Ainsi, dans les fédérations de common law, la tendance générale est de reconnaître aux parties contractantes le droit de dénoncer unilatéralement toute entente puisque la loi ordinaire a toujours préséance sur celle-ci. Par contre, dans les fédérations de droit civil, on a plutôt tendance à ne pas reconnaître un tel droit de dénonciation unilatérale, puisqu'on attribue généralement aux ententes intergouvernementales une portée juridique contraignante qui surpasse même celle des lois ordinaires dans la hiérarchie des normes.

40. Qu'en est-il au Canada maintenant⁴³? À première vue, on peut penser que la cohabitation du droit civil et de la common law a peu de répercussions directes sur le droit constitutionnel, puisque cette coexistence concerne en principe le droit privé, alors que le droit public québécois et canadien est d'inspiration britannique. Toutefois, on peut poser comme hypothèse que l'appartenance à une tradition juridique donnée peut influencer de manière importante la vision qu'ont un juriste, un politologue, voire un politique, de la raison d'être, de la gestion et de l'évolution de la fédération. J'irais même jusqu'à avancer que cette situation pourrait expliquer en partie plusieurs mésententes sur le plan intergouvernemental.

43. Johanne POIRIER, « The Functions of Intergovernmental Agreement: Post-Devolution Concordats in a Comparative Perspective », (juillet 2001), [En ligne], <http://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/publications/unit-publications/75.html>. À la page 3 de son texte, Johanne Poirier affirme ce qui suit : « intergovernmental agreements in Canada are generally considered to be of a political nature, and therefore non-justiciable ».

41. Un élément qui pourrait confirmer cette thèse touche le caractère formel ou informel de l'évolution de notre fédération. D'une part, dans les provinces à majorité anglophone, on semble davantage disposé à accepter que des pratiques prennent le pas sur les textes constitutionnels, parfois même en contradiction avec ceux-ci. D'autre part, le Québec a plutôt tendance, lorsque c'est possible, à vouloir formaliser les aménagements qu'il cherche à obtenir sur le plan institutionnel, que ce soit sous la forme de modifications constitutionnelles ou d'ententes véritablement liantes. C'est ce qui pourrait expliquer en partie les divergences de vues dans le dossier du pouvoir fédéral de dépenser, dont l'exercice suscite peu d'opposition dans la plupart des provinces. Pourtant, le gouvernement du Québec, quel que soit le parti politique au pouvoir, n'a jamais reconnu au gouvernement fédéral la capacité d'effectuer des dépenses sans égard au partage des compétences.

42. Un autre exemple, qui découle du premier, est le rôle que devrait jouer le pouvoir judiciaire dans l'élaboration des normes constitutionnelles. On peut postuler que les Québécois civilistes, habitués à accorder une grande importance au droit écrit, pourraient être moins enclins à accepter que les tribunaux jouent un rôle actif dans l'élaboration du droit constitutionnel — surtout en ce qui concerne les rapports fédératifs — que leurs vis-à-vis des autres provinces, davantage habitués au principe du *judge-made law*. Concrètement, je crois que le malaise de beaucoup de Québécois face à l'approche jurisprudentielle dite de « l'arbre vivant »⁴⁴ en matière d'interprétation constitutionnelle pourrait ici trouver une partie de son explication. On se souviendra que ce malaise s'était notamment exprimé lorsque la Cour suprême du Canada a renversé la décision unanime de la Cour d'appel du Québec dans le renvoi sur les congés parentaux en rattachant ceux-ci à la compétence fédérale sur l'assurance-chômage, malgré l'intention clairement exprimée des

44. *Edwards v. Canada (Attorney General)*, [1930] A.C. 124, à la p. 136 : « The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits ».

provinces de limiter la portée de cette compétence d'exception au moment où elle a été transférée à Ottawa⁴⁵.

43. Une autre différence qui est souvent signalée entre le droit civil et la common law réside dans la formulation des règles écrites dans chacune des deux traditions. Alors que le droit civil tend à favoriser l'énoncé de principe, la logique d'ensemble, les règles en common law sont davantage techniques, ce qui laisse moins de marge à l'interprète dans le cas précis qui est visé, mais, paradoxalement, facilite le contournement de la règle par des distinctions qui peuvent parfois être tortueuses. Ici encore, je crois que cela peut expliquer certaines différences dans nos façons respectives d'aborder le texte de la Constitution canadienne. Par exemple, il me semble percevoir cette dichotomie dans l'opposition des thèses qui s'affrontent présentement concernant le projet conservateur de réforme du Sénat visant à transformer celui-ci en chambre élue, et ce, sans passer par la procédure de modification inscrite dans notre Constitution. Suivant le raisonnement conservateur, puisque ce serait toujours le premier ministre qui nommerait les sénateurs une fois élus, le processus de sélection de ceux-ci, visé par la procédure de modification⁴⁶, ne serait pas formellement modifié. Pour ma part, je conteste vigoureusement cette thèse, estimant qu'il s'agirait d'un changement fondamental et que la procédure de modification sert justement à assurer que de tels changements ne puissent se faire sans une majorité élargie⁴⁷.

44. Enfin, l'appartenance à la tradition civiliste peut aussi faire en sorte que certains enjeux d'ordre constitutionnel soient davantage discutés au Québec que dans les autres pro-

45. *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669, à la p. 701.

46. L'article 42 (1) (b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra*, note 4, prévoit que toute modification de la Constitution du Canada concernant « le mode de sélection des sénateurs » doit être accomplie en vertu de la « procédure 7/50 », c'est-à-dire doit obtenir le consentement de la Chambre des communes et du Sénat et de la législature d'au moins sept provinces représentant au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces.

47. Les changements aux caractéristiques essentielles du Sénat doivent être réalisés soit en vertu de l'article 42 (1) (b) ou (c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *ibid.*, soit en vertu de la procédure résiduelle prévue à l'article 38 de cette Loi. Dans les deux cas, c'est la « procédure 7/50 » qui s'applique. Cette procédure est décrite à la note précédente.

vinces. Je pense notamment au débat sur l'opportunité de doter le Québec d'une constitution interne, qui refait surface périodiquement au Québec depuis une cinquantaine d'années et qui, à ma connaissance, n'existe pratiquement pas dans les autres provinces.

V) L'ARTICLE 94 DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1867

45. J'aimerais maintenant attirer l'attention sur une disposition relativement peu connue de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui, je crois, constitue une excellente synthèse des thèmes que je viens d'aborder. Il s'agit de l'article 94, qui prévoit la possibilité pour le Parlement fédéral d'adopter des lois uniformes en matière de propriété et de droits civils dans les provinces de common law, mais uniquement dans la mesure où celles-ci y consentent. Cette disposition ne s'applique toutefois pas au Québec. Autrement dit, il s'agit d'un mécanisme de délégation législative asymétrique. Cet article est un témoignage éloquent de la dualité canadienne et de la vision qui animait les fondateurs du Canada.

46. Toutefois, l'article 94 n'a jamais été formellement utilisé, en ce qu'aucun gouvernement n'y a jamais ouvertement eu recours et aucune loi ne s'y réfère expressément. Cet article n'en reste pas moins un témoin historique et lumineux des dynamiques qui animent, encore aujourd'hui, le fédéralisme et le bijuridisme au Canada. Comme l'a souligné le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'arrêt *Parsons*, en parlant précisément de l'article 94 :

The province of Quebec is omitted from this section for the obvious reason that the law which governs property and civil rights in Quebec is in the main the French law as it existed at the time of the cession of Canada, and not the English law which prevails in the other provinces. The words "property and civil rights" are, obviously, used in the same sense in this section as in No. 13 of sect. 92, and there seems no reason for presuming that contracts and the rights arising from them were not intended to be included in this provision for uniformity. If, however, the narrow construction of the words "civil rights," contended for by the appellants were to prevail, the dominion parliament could, under its general power, legislate

in regard to contracts in all and each of the provinces and as a consequence of this the province of Quebec, though now governed by its own Civil Code, founded on the French law, as regards contracts and their incidents, would be subject to have its law on that subject altered by the dominion legislature, and brought into uniformity with the English law prevailing in the other three provinces, notwithstanding that Quebec has been carefully left out of the uniformity section of the Act.⁴⁸

47. En fait, en décrivant ces mêmes dynamiques, en particulier les nombreux arrangements asymétriques impliquant le Québec, certains ont déjà suggéré qu'il s'agissait en essence d'applications *de facto* de l'article 94⁴⁹. Encore ici, on peut voir, il me semble, une autre manifestation des différences entre le droit civil et la common law dans cette approche uniquement informelle en matière d'asymétrie qui semble souvent rester en deçà des aspirations du Québec. Peut-être

48. *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons*, *supra*, note 40, au par. 19.

49. Marc-Antoine ADAM, « The Spending Power, Co-operative Federalism and Section 94 » (2008) 34 *Queen's L.J.* 175-225, à la p. 207. Selon cet auteur, l'article 94 pourrait constituer un fondement juridique plus solide pour l'Union sociale canadienne que la théorie du pouvoir de dépenser, puisqu'il reflète davantage la dynamique fédérale actuelle. Sur la même question, voir aussi Marc-Antoine ADAM, « Fiscal Federalism and the Future of Canada : Can Section 94 of the Constitution Act, 1867 be an Alternative to the Spending Power? », dans John R. ALLAN *et al.* (dir.), *Canada : The State of the Federation 2006/07. Transitions : Fiscal and Political Federalism in an Era of Change*, Montréal – Kingston, McGill – Queen's University Press, 2009, 390 p., à la p. 310. Toujours sur cette question, voir Marc-Antoine ADAM, « Federalism and the Spending Power : Section 94 to the Rescue » dans L. Ian MACDONALD (dir.), *Options politiques. Péréquation et pouvoir fédéral de dépenser*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 2007, 30-35. Voir aussi Thomas J. COURCHENE, « Variations on the Federalism Theme », dans L. Ian MACDONALD, (dir.), *Options politiques. Le déséquilibre fiscal*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 2006, 46-55, à la p. 49; et David MILNE, « Asymmetry in Canada, Past and Present » dans Harvey LAZAR, (dir.), *2005 Special Series on Asymmetric federalism*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, février 2005, [En ligne]. <http://www.queensu.ca/iigr/working/asymmetricfederalism/Milne2005.pdf>. Ce dernier dit notamment ce qui suit :

A good example of this can be seen in the side-by-side operation of the Canada Pension Plan (operated by the nine provinces and Ottawa) and the Quebec Pension Plan. Although section 94A permits all provinces to operate their own contributory pension plans and to protect these against federal encroachment, only Quebec chooses to do so. [...] We need to ask ourselves whether, this practical pattern of nine provinces opting into a national approach and Quebec opting out, points precisely to the logic embedded in section 94 at Confederation.

aurions-nous beaucoup à gagner en conciliant davantage les deux grandes cultures juridiques dans la façon d'aborder le droit constitutionnel canadien?

VI) L'ÉLABORATION DES NORMES ET POLITIQUES FÉDÉRALES, ET LE RÔLE DES TRIBUNAUX

48. Je vais aller encore plus loin. Et ici, il n'est pas question du droit constitutionnel à proprement parler, mais plutôt de l'élaboration des lois fédérales et du rôle qu'il convient aux tribunaux d'assumer en matière de bijuridisme⁵⁰.

49. J'estime que, à moins que nous ne soyons carrément en présence d'un cas de dissociation, c'est-à-dire d'un cas où il y aurait élaboration d'une nouvelle norme fédérale qui ne prendrait aucunement assise dans un principe, un concept ou une notion connu de droit civil ou de common law, les lois fédérales en matière de droit privé doivent être élaborées en tenant compte et du droit civil et de la common law. En

50. Sur la question de l'élaboration du droit fédéral et du rôle des tribunaux en matière de bijuridisme, je renvoie le lecteur aux textes suivants : Marie-Claude GERVAIS, « Harmonisation et dissonance : langues et droit au Canada et en Europe. Harmonisation des lois fédérales avec le droit civil du Québec et le postulat de la complémentarité », (7 mai 1999), [En ligne]. <http://canada.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/hlf-hfl/f1-b1/bf1f.html>; Marie-Claude GERVAIS, Marie-France SÉGUIN, « Le bijuridisme au Canada et dans le monde : quelques considérations », (31 juillet 2009), [En ligne]. <http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/hlf-hfl/f2-b2/bf2a.html>; Michel BASTARACHE, « Le bijuridisme au Canada », (4 février 2000), [En ligne]. <http://canada.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/hlf-hfl/f1-b1/bf1g.html>; Marc CUERRIER *et al.*, « Bijuridisme canadien et harmonisation de la législation fédérale », (2003), 51 n° 1 *Can. Tax J.* 160-190; Louise LALLÉE, « Manifestations du bijuridisme dans les jugements de la Cour suprême du Canada depuis l'adoption du *Code civil du Québec* », (15 avril 2008), [En ligne]. <http://canada.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/hlf-hfl/f3-b3/tm2-toc2.html>; F. ALLARD, *supra*, note 1; Luc GAGNÉ, « L'impact du bijuridisme législatif sur vos responsabilités législatives », Conférence des services législatifs 2009, ministère de la Justice du Canada, (10 septembre 2009), [non publié]; Philippe DENAULT, *La recherche d'unité dans l'interprétation du droit privé fédéral : cadre juridique et fragments du discours judiciaire*, thèse de maîtrise en droit, Université de Montréal, (2007), [En ligne]. <https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/2545>. Sur le processus de rédaction bijuridique des lois fédérales, voir Lionel A. LEVERT, « Bilingual and Bijural Legislative Drafting : To Be or Not To Be? », (2004) 25 *Stat. L. Rev.* 151-164; Lionel A. LEVERT, « La cohabitation du bilinguisme et du bijuridisme dans la législation fédérale canadienne : mythe ou réalité? », (2000) 3 *R.C.L.F.* 127; et Lionel A. LEVERT, « Un volet particulier : le bijuridisme législatif », (1998) 29 *R.G.D.* 247-252.

d'autres termes, la législation fédérale doit concilier les différences terminologiques et conceptuelles entre les deux systèmes de droit privé⁵¹. Le droit fédéral, en matière de droit privé, doit être fondé sur la fusion ou l'osmose des sources juridiques, et doit devenir une espèce de droit mixte⁵². Plus particulièrement :

- L'unification ne doit pas être à sens unique. Les nouvelles normes fédérales doivent être créées à partir des deux régimes en présence ou en tenant compte de ceux-ci.
- Il faut chercher à harmoniser les lois fédérales avec le droit civil. Cette harmonisation est susceptible de mener à une plus grande constance dans l'application des concepts et principes civilistes lors de la mise en œuvre des lois fédérales au Québec. Cela renforce le bijuridisme *de jure* dans cette province.
- Il faut tenir compte des différences qui existent dans le droit privé des provinces de common law.
- Il faut rendre la législation fédérale plus conviviale par rapport à la common law en français.
- Il faut assurer la compatibilité et l'applicabilité de la législation fédérale dans les deux traditions juridiques et les deux langues⁵³. Il s'agit de rédiger des textes de loi bilingues dans un contexte bijuridique. Le fédéral doit rédiger les deux versions linguistiques en tenant compte, dans chaque cas, de la terminologie, des concepts et des caractéristiques des deux systèmes de droit privé canadiens.

51. *Ibid.*, M. CUERRIER *et al.*

52. M.-C. GERVAIS, M.-F. SÉGUIN, *supra*, note 50, distinguent les notions de bijuridisme et de droit mixte comme suit :

Les notions de « bijuridisme » et de « droit mixte » ne décrivent pas les mêmes aspects de la réalité. Deux systèmes de droit peuvent en effet coexister au sein d'un même État sans qu'ils interagissent, auquel cas un tel État peut être qualifié de « bijuridique », mais ne connaît pas de droit mixte. On dit du Canada, par exemple, qu'il est un pays bijuridique, parce que le droit civil est le droit commun du Québec et la common law, celui du reste du Canada. Le droit fédéral est en revanche un droit mixte puisque son élaboration, son interprétation et son application tiennent compte du droit commun propre à chaque province.

Sur cette question, voir aussi Vernon Valentine PALMER, (dir.), *Mixed Jurisdictions Worldwide — The Third Legal Family*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 496 p.

53. Voir généralement M. CUERRIER, *supra*, note 50.

Autrement dit, le droit civil et la common law doivent être intégrés aux deux versions linguistiques des lois fédérales.

50. Tout ce qui précède s'applique aux lois fédérales certes, mais aussi à l'élaboration des politiques et règlements fédéraux.

51. Les tribunaux ont, eux aussi, une responsabilité à assumer en la matière. Je pense ici à la Cour suprême du Canada au premier chef, mais également à tous les tribunaux inférieurs, et ce, quelle que soit la juridiction ou la province. Les tribunaux doivent s'assurer que, mis à part les cas de dissociation, la législation fédérale en matière de droit privé est interprétée dans le respect de chaque tradition juridique et pas exclusivement sur la base des concepts et de la terminologie de la common law. Plus précisément :

- Les tribunaux doivent assurer la complémentarité du droit privé provincial et de la législation fédérale dans la mesure où les concepts, les règles et les principes de droit privé sont appelés à servir à l'application de la norme fédérale, c'est-à-dire lorsque le droit privé intervient à titre supplétif. Cela survient lorsque la législation fédérale est muette ou incomplète en une certaine matière⁵⁴.
- Les tribunaux doivent assurer, à cet égard, l'interpénétration, l'échange entre les deux systèmes, l'harmonisation des rapports entre ceux-ci.
- La Cour suprême, en particulier, doit s'assurer que les deux versions des lois fédérales pourront être appliquées de façon cohérente et équitable partout au Canada, et cela, grâce à la prise en compte du droit civil, de la common law et des différences dans le droit privé propre à chaque province de common law.

52. La Cour suprême a un rôle unificateur à jouer, mais, là encore, cette unification ne doit pas être à sens unique. La Cour doit aplanir les différences dans l'interprétation et l'application, d'une province à l'autre, de la législation fédérale. En d'autres termes, la Cour suprême doit élaborer un droit fédéral qui tient compte du droit privé propre à chaque province, mais qui présente néanmoins un caractère d'unicité. La

54. J'ai dit précédemment que le droit privé provincial devait normalement suppléer au silence de la législation fédérale. L'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*, *supra*, note 19, le confirme.

Cour suprême inspirerait en ce sens les tribunaux inférieurs, de sorte que le droit comparé pourrait devenir une véritable discipline juridique et contribuer à l'évolution du droit fédéral canadien, alors que le Canada pourrait, quant à lui, devenir un modèle vivant de droit comparé dans le monde⁵⁵. Pour l'instant, le Canada est loin d'être la terre promise pour le droit comparé; il n'est pas encore parvenu à explorer et exploiter le plein potentiel de son bijuridisme⁵⁶.

CONCLUSION

53. Le bijuridisme fait partie tout autant de l'identité canadienne que de l'identité québécoise. Il est fondé non seulement sur la coexistence de fait de deux grandes traditions juridiques, mais aussi sur leurs rapports d'influence, leur interaction et leur réciprocité. Dans l'ordre fédéral de gouvernement, ce bijuridisme se traduit aussi par une certaine interpénétration du droit civil et de la common law, voire par la conciliation de l'un avec l'autre, par leur complémentarité avec le droit fédéral ou, carrément, par leur intégration dans celui-ci.

54. Quoi qu'il en soit, comme l'a si bien fait remarquer Jean-François Gaudreault-Desbiens, on est encore à des années-lumière d'une culture pancanadienne du bijurisme. En effet, « hormis son inscription structurelle dans l'ordre juridique fédéral, le bijuridisme canadien constitue avant tout un

55. M. BASTARACHE, *supra*, note 50. Selon ce dernier :

[n]otre système juridique doit maintenant incorporer les valeurs communes de la société dans l'ensemble, sans exclure ni privilégier personne. Il doit évoluer en fonction de notre contexte et de nos besoins. Il me semble qu'il y aurait lieu de procéder à une nouvelle analyse de la situation au Canada. À mon avis, la pénétration des deux systèmes juridiques l'un dans l'autre est très loin d'être parfaite. Il y aurait lieu de déterminer comment les concepts des deux systèmes peuvent être conciliés. Il ne suffit plus de les comparer ou même d'interpréter un système aux fins de l'autre. À mon avis, le droit comparé doit devenir une véritable discipline juridique et contribuer directement à l'évolution du droit. En outre, le Canada possède les qualités nécessaires pour devenir un modèle vivant de droit comparé.

56. *Ibid.*

phénomène québécois [...] »⁵⁷. De fait, c'est plutôt « le monojuridisme qui est encodé dans la structure même du droit formel des provinces de common law »⁵⁸.

55. L'infériorité historique du droit civil par rapport à la common law dans l'ordre juridique canadien est encore manifeste de nos jours. De plus, le dialogue entre ces deux cultures juridiques se heurte à la maîtrise inégale des langues officielles de la part des juristes qui se réclament de l'une ou de l'autre, ce qui a pour effet de rendre presque infranchissable le fossé communicationnel qui s'est creusé entre ces derniers avec le temps⁵⁹.

56. Pourtant, dans le contexte actuel de mondialisation, le bijuridisme est, me semble-t-il, un atout pour le Canada et non un obstacle ou un handicap. Cela place notre pays dans une position privilégiée par rapport à d'autres pays, lui donne un avantage comparatif. Mais, pour que le Canada tire pleinement profit de cette position avantageuse, encore faut-il sentir de la part des juristes et des juges de tout le pays — et pas seulement du Québec — une volonté réelle de tenir compte des deux systèmes juridiques, de reconnaître et de respecter la terminologie, les principes, les approches et

57. Jean-François GAUDREAU-DESBIEENS, *Les solitudes du bijuridisme au Canada : essai sur les rapports entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, 170 p., à la p. 145.

58. *Id.*, à la p. 3.

59. *Id.*, aux p. xvi et 149. Sur le fossé communicationnel, voir aussi M. BASTARACHE, *supra*, note 50, qui affirme ce qui suit :

Le point négatif est que les ouvrages, les articles et les décisions provenant du Québec continuent d'être inaccessibles à la grande majorité des avocats et des juges des provinces et des territoires de common law. J'ai constaté également que bon nombre de jeunes juristes québécois ne connaissent pas suffisamment la langue anglaise pour bien comprendre les sources juridiques anglophones. Par ailleurs, si la langue française n'est pas comprise dans la plus grande partie du Canada anglais, comment peut-on s'attendre à ce que nous tirions parti des éclaircissements qu'elle peut offrir lorsque nous tranchons des différends? En fait, il n'y a pas suffisamment de « points de contact » entre les deux systèmes, ce qui nuit à l'évolution harmonieuse du droit au Canada. Je pense qu'il est très important de rapprocher la communauté juridique du Québec des communautés des provinces et territoires de common law. Il faut que soient créés un sentiment d'appartenance et un désir de contribuer de façon originale à l'évolution du système si nous voulons tirer pleinement profit du trésor extraordinaire que constitue le bijuridisme au Canada.

les institutions de chacun d'eux, et de traiter ceux-ci sur un pied d'égalité. Il faut aussi jeter des ponts entre ces deux systèmes. Bref, il faut explorer et mettre en valeur toute la potentialité de la réalité bijuridique canadienne et encourager, chez chacun, la sensibilité et l'ouverture à la pluralité des sources et des normes juridiques, de même que la réceptivité au bijuridisme et la prise de conscience de sa richesse intrinsèque.

Benoît Pelletier
Université d'Ottawa, Section de droit civil
57, rue Louis-Pasteur, bureau 213
Ottawa (Ontario) K1N 6N5
Téléphone : 613 562-5800, poste 3229
Télécopie : 613 562-5121
benoit.pelletier@uottawa.ca