

LE BIJURIDISME AU CANADA ET DANS LE MONDE : QUELQUES CONSIDÉRATIONS

Par Marie-Claude Gervais,
conseillère juridique,
Bureau de la Francophonie,
Secteur du droit civil et
de la gestion ministérielle,
ministère de la Justice du Canada

Par Marie-France Séguin,
conseillère spéciale — droit civil,
Bureau du sous-ministre délégué,
Secteur du droit civil et
de la gestion ministérielle,
ministère de la Justice du Canada

Introduction générale

Une société produit des discours et elle les met en scène. Elle apprend ainsi à se connaître et à évoluer. Elle se sémiotise¹. Le droit y joue un rôle et ce rôle se définit par sa relation à des modes de raisonnement et de régulation, par son identification à des valeurs qui en assure la cohérence.

La saisie du juridique à travers les modes de légifération intéresse certes plus d'une discipline. La saisie du plurijuridisme au sein d'une même collectivité pose quant à elle des défis plus grands, encore tant les différentes traditions juridiques qui coexistent ont leur identité propre. Mais la représentation linéaire que nous serions tentés de donner au mode de développement des traditions juridiques peut être dans ce contexte commode, mais inexacte. Trop de rencontres conceptuelles et fortuites ont façonné l'histoire de ces traditions pour que l'on ignore ce qui les apparente et ce qui les lie. Cela intéressera bien davantage les sociologues et les historiens du droit. Nous ne sommes ni les uns ni les autres. Nous ne nous intéressons pas tant aux actants du droit non plus qu'aux représentations socio-juridiques mais aux relations signifiantes entre les discours différents du droit, voire entre les traditions juridiques. Ce sont les zones de superposition, les zones d'appropriation, les zones de complémentarité qui nous conduisent à penser le bijuridisme en son lieu propre pour qui la mondialisation nous oblige, aujourd'hui, à consacrer des espaces multidimensionnels et des ères communes, des champs de cohabitation ou d'assimilation conceptuelle.

Le bijuridisme désigne, dit-on, la coexistence, au sein d'un même État, de deux traditions juridiques. La common law et le droit civil y coexistent, dans les deux langues officielles, on dit du Canada qu'il est un pays bijuridique.²

Bien que de nombreux pays sont eux aussi régis par une combinaison de plusieurs systèmes de droit, la combinaison *droit civil/common law* est beaucoup plus rare; on la trouve dans à peine une quinzaine d'États. Selon les pays, le bijuridisme prend différents visages.

Dans une présentation intitulée *Le bijuridisme au Canada*, l'honorable Michel Bastarache, juge à la Cour suprême du Canada, soulignait en effet qu'« il y a relativement peu de pays où coexistent deux régimes juridiques fondamentalement différents. Le Canada est l'un de ces pays. Le

¹ Nous nous autorisons ce néologisme lié à la sémiotique.

² En référant le bijuridisme à la coexistence de deux systèmes de droit, nous en limitons le cadre aux grands systèmes de droit contemporains. Certains auteurs, soucieux d'une description plus juste du paysage juridique, affirment qu'il faudrait plutôt employer le terme « plurijuridisme » ou encore l'expression « pluralisme juridique » pour décrire la situation canadienne, afin de rendre compte des droits autochtones et des particularités propres à chaque province de common law (voir, entre autres, J.E.C. Brierley, « Bijuridism in Canada », *Droit contemporain, Rapport national — Canada, XIII^e Congrès international de droit comparé (Montréal, 1990)*, Association canadienne de droit comparé et Association québécoise de droit comparé, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, 22, note 9 à la p. 25).

« bijuridisme » ou « *bijuralism* » au Canada désigne la coexistence des traditions de la common law anglaise et du droit civil français, dans un pays possédant un système fédéral ».³

Le texte qui suit souhaite dégager un lieu de signification destiné à une meilleure compréhension de la nature des liens qui unissent deux des grandes traditions juridiques contemporaines.

En cela, le but de notre communication est d'exposer les différentes formes que revêt la coexistence des deux traditions juridiques au Canada et sans exhaustivité, ailleurs dans le monde, en faisant référence notamment à l'entreprise d'harmonisation mise en œuvre par le ministère de la Justice du Canada, soucieux de développer et de partager cette expertise en devenir.

³ Allocution prononcée lors d'un déjeuner-causerie sur le bijuridisme et le pouvoir judiciaire, ministère de la Justice, Ottawa, le 4 février 2000.

PARTIE I

PARTICULARITÉS DES DEUX TRADITIONS JURIDIQUES ET ÉLÉMENTS DE CONTEXTE

Repères historiques

L'on se rappellera la boutade de George Bernard Shaw, « England and America are two countries separated by the same language ». Que dire alors, questionne à juste titre l'honorable Pierre Viau, juge à la Cour supérieure du Québec, de notre situation au Canada et plus particulièrement au Québec, où, dans le cadre d'une audition, on passe volontiers d'une langue à l'autre, du droit public au droit privé, de la législation québécoise à la législation fédérale, du droit civil à la common law⁴.

Le Canada est un pays bijuridique puisqu'il applique deux droits communs en matière privée : la common law et le droit civil. L'existence de deux droits communs s'explique par l'histoire, par la colonisation de l'Amérique par les Anglais et les Français.⁵ La colonie a d'abord été soumise au droit français puis, avec la victoire des Britanniques, à la common law.⁶ Le maintien de la dualité juridique au Canada résulte des rapports de complémentarité historiques que la common law et le droit civil ont entretenus et qui ont été consacrés par l'*Acte de Québec de 1774*⁷ et, plus tard, par le partage des compétences législatives prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸.

L'*Acte de Québec*⁹ précise en effet que le droit français s'applique aux questions relatives à la propriété et aux droits civils et le droit anglais à celles touchant le droit public et criminel. L'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*¹⁰ partage les compétences législatives entre le gouvernement fédéral et les législatures des provinces. Le paragraphe 92(13) a permis le maintien de la dualité juridique nationale puisqu'il prévoit que la propriété et les droits civils relèvent de la compétence provinciale.¹¹ Le Québec a ainsi pu conserver son droit civil et les autres provinces, la common law.

En conférant aux provinces une compétence exclusive sur la propriété et les droits civils, le paragraphe 92(13) est à l'origine de la complémentarité du droit fédéral et du droit privé provincial. En effet, seules les normes adoptées en conséquence par les législatures provinciales peuvent compléter les textes fédéraux silencieux sur un aspect qui relève de la propriété et des droits civils et qui s'avère essentiel à leur application.¹² Plusieurs matières ayant une portée en droit privé ont

⁴ P. Viau, « Quelques considérations sur la langue, le droit, le bilinguisme et le bijuridisme au Canada », dans E. Gayme, *Langue et Droit*, XV^e Congrès international de droit comparé, Bristol 1998, Collection des rapports, Bruxelles, Bruylant, 1999, aux pp.142-143.

⁵ À ce sujet, voir, J.E.C. Brierley, « Bijuridism in Canada », *Droit contemporain, Rapport national — Canada, XIII^e Congrès International de droit comparé (Montréal, 1990)*, Association canadienne de droit comparé et Association québécoise de droit comparé, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, 22, à la p. 23 et s.

⁶ Par la proclamation royale du Traité de Paris, le Roi d'Angleterre prescrit la formation « des cours de judicature et de justice publique pour entendre [...] toutes causes [...] conformément aux lois d'Angleterre ».

⁷ (R.-U.), 14 Geo. III, c. 83.

⁸ (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n^o 5.

⁹ Le titre officiel de ce texte est : *An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America*.

¹⁰ *Supra* note 8 (depuis 1982, « Loi du Canada »).

¹¹ L'expression « propriété et droits civils » a été interprétée comme comprenant généralement les rapports dans la société civile, dont ceux relatifs à la propriété et au contrat.

¹² Cette règle souffre néanmoins une exception notable. En vertu de la théorie générale du partage des compétences, le droit privé provincial ne pourra trouver application à titre supplétif afin de pallier le défaut, par le Parlement, d'exercer sa compétence principale sur une matière (*Union Colliery c. Bryden*, [1899] A.C. 580 à la p. 588, traduction de F. Chevrette et H. Marx, *Droit constitutionnel*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982 à la p. 282).

été confiées à la juridiction fédérale, telles les lettres de change, la faillite, le mariage et le divorce.¹³ Les lois fédérales portant exclusivement sur des questions relevant du droit privé sont peu nombreuses.¹⁴ Toutefois, plusieurs lois interagissent avec le droit privé provincial, qui dans le cas du Québec, est le droit civil.

Cependant, cet heureux partage devient parfois moins heureux lorsqu'on imagine mettre l'un à côté de l'autre le droit public et le droit privé dans une même loi, voire la common law retenue par le législateur fédéral et le droit civil du Québec. Nous n'ignorons pas que la rédaction législative dans ces champs obéit à des fondements différents. D'ailleurs, affirme l'honorable Juge Viau, « Deux langues, c'est d'abord deux styles, en matière de rédaction du moins. Et ailleurs aussi. Lois françaises et lois anglaises sont conçues différemment. Les mêmes idées ne se dissimulent pas de la même façon derrière des mots dont le sens et la portée sont parfois difficiles à cerner. » À cet égard, il cite Louis-Philippe Pigeon, plus tard juge à la Cour suprême du Canada, lequel illustre particulièrement bien cette situation : « Le style législatif anglais subordonne toute autre considération à la recherche de la précision. On s'efforce de tout dire, de tout définir, de ne rien sous-entendre, de ne jamais présumer de l'intelligence du lecteur. Par conséquent, on commence, en formulant une règle, par faire la réserve de toutes les exceptions [...] Dans le style français, qui tend malheureusement à disparaître en France parce que l'on y légifère beaucoup plus par décret-loi que par loi, la recherche de la concision revêt une importance primordiale. On s'attache à rechercher le mot précis, à formuler une règle générale au lieu d'énoncer de multiples applications. »¹⁵ Donnons donc alors un peu plus de détails sur ces deux traditions juridiques.

Particularités des deux traditions juridiques

- **La tradition de droit civil**

Le droit civil est souvent défini comme un droit qui trouve sa source, son inspiration en droit romain mais cette définition ne révèle qu'une partie de l'essence du droit civil. Les pays civilistes comptent certes, pour la plupart, des règles dont les origines peuvent être retracées jusqu'au droit romain, mais ils possèdent généralement aussi des règles d'origine canonique ou coutumière. Ce qui caractérise le droit civil, c'est peut-être plus justement son « style »,¹⁶ voire « une certaine manière de concevoir, d'exprimer, d'appliquer la règle de droit et qui transcende les politiques législatives mouvantes selon les époques de l'histoire d'un peuple ».¹⁷

Ce style a su conquérir l'Amérique, en passant par le Québec, la Louisiane et plusieurs pays d'Amérique du Sud. L'héritage français demeure en effet bien vivant et les formes particulières qu'il prend contribuent à enrichir l'ensemble des pays partageant cette culture juridique. Ainsi, tout en demeurant résolument civiliste dans sa forme, le droit privé québécois se distingue du droit français et comporte des règles originales, parfois inspirées du droit anglais. Le droit civil désigne l'ensemble des règles fondamentales du droit privé — les principes généraux du droit, les règles concernant le statut des personnes et de la famille, le régime des biens et la théorie des obligations —, qui en

¹³ Le partage des compétences a, par ailleurs, confirmé le rôle de la common law en droit public et criminel.

¹⁴ Par exemple, *Loi sur le divorce*, *Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales*, *Loi sur le mariage (degrés prohibés)*.

¹⁵ P. Viau *supra* note 4 cite L.-P. Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois*, Gouvernement du Québec, 1965, pp. 5-6.

¹⁶ Voir R. David cité par P.-A. Crépeau, « Préface », dans Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. XXIX.

¹⁷ *Ibid.*

constituent le droit commun. Au Québec, c'est principalement dans le Code civil que ces règles fondamentales sont énoncées, tel qu'en témoigne la Disposition préliminaire du Code :

Disposition préliminaire

Le *Code civil du Québec* 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.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au Code ou y déroger.

- ***La tradition de common law***

À compter de la conquête de l'Angleterre par les Normands (1066), la common law a été progressivement élaborée par les Cours royales qui cherchaient à uniformiser le droit, à l'encontre des coutumes locales, sur la base d'une coutume générale — et fictive — applicable dans l'ensemble du royaume. Œuvre des juges, la common law est donc un droit qui prend sa source dans l'activité des tribunaux. Les règles élaborées par les tribunaux ne constituent pas nécessairement des règles de common law au sens strict car seules les règles admises et appliquées par les Cours royales de Westminster établissent la common law. La Cour de la Chancellerie a toutefois, dès le XV^e siècle, enrichi le droit anglais de règles d'*equity*.

La dualité de juridiction a été abolie, en Angleterre, par les *Judicature Acts* de 1873-1875; une nouvelle juridiction alors créée, la *High Court of Justice*, comprenait trois *Divisions*, le *Queen's Bench* (*Common law*), la *Chancery* (*Equity*) et le *Probate* (anciennement *Probate*, *Divorce* et *Admiralty*). Dans les provinces canadiennes de common law, ces *Divisions* équivalentes ont été progressivement intégrées dans un système judiciaire unifié et, bien que la fusion des juridictions ait été opérée, les deux systèmes de règles sont demeurés distincts; même si toutes les cours peuvent appliquer tant les règles de common law que celles d'*equity*, on oppose, encore aujourd'hui, les *equitable remedies* (p. ex., le droit à l'injonction) et les *common law remedies* (p. ex., le droit à des dommages-intérêts). On reconnaît, toutefois, qu'en cas de conflit entre les règles de common law et celles d'*equity*, ces dernières doivent prévaloir.

L'on notera aussi que la common law et l'*equity* sont parfois désignées sous le nom générique de common law. En ce sens, la common law peut être entendue comme le droit non écrit, de source jurisprudentielle, par opposition aux règles de la *statute law*, découlant de sources législatives, applicables en l'absence de dispositions législatives pertinentes. « La règle de l'interprétation stricte des lois dérogatoires au droit commun renvoie à l'opposition *common law* et *statute law*. Historiquement, la *common law* a été le droit commun et la *statute law*, le droit d'exception [...] ».¹⁸

Enfin, la common law se distingue-t-elle par sa méthode et son type de raisonnement inductif, qui consistent à généraliser à partir de précédents en observant les analogies; le droit civil se

¹⁸ P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1999, à la p. 644.

caractérise, quant à lui, par sa méthode déductive, empreinte d'un haut degré d'abstraction et de généralisation¹⁹ : la méthode du droit civil est rationnelle, celle de la common law est empirique.

Qualification des deux traditions juridiques : le droit privé et le droit commun au Canada

Au Canada, la distinction entre le droit privé et le droit public permet notamment de déterminer le droit commun applicable à un rapport juridique : la common law en droit public, le droit civil en droit privé québécois et la common law en droit privé ailleurs au pays. En raison du partage des compétences législatives, le bijuridisme canadien a une présence significative lorsque l'application d'une loi fédérale de common law nécessite le recours au droit privé.

Dans ce contexte, le droit privé provincial s'applique « à titre supplétif de toute disposition législative fédérale portant sur une question de droit privé pour la compléter [...] ».²⁰ Bien que la notion de droit privé désigne traditionnellement l'ensemble des règles de droit applicables aux rapports des particuliers entre eux, ces règles ont parfois un impact lorsqu'il s'agit d'élaborer, d'interpréter ou d'appliquer des règles qui ne sont pas, de prime abord, relatives aux rapports des particuliers entre eux.

Enfin, on entend par droit commun, le droit applicable, à défaut de règles particulières : il est constitué de règles trouvant application lorsqu'on n'y a pas fait échec et surtout, il fournit « à l'interprète des ressources conceptuelles pour appliquer les lois particulières. »²¹ On utilise parfois l'expression *droit supplétif* pour décrire le droit commun mais, « le droit commun ne s'ajoute pas aux règles d'exception, il les supporte ».²²

¹⁹ Voir R. David, René, *Le droit anglais*, Paris, Presses universitaires de France, 1975; J.E.C. Brierley, *Major legal systems in the world today*, London, Stevens, 1985; A.R. Hogue, *Origins of the Common Law*, Indianapolis, Liberty Press Edition, 1966; M. Bastarache, « Les défis nouveaux du bijuridisme », (1998) 29 R.G.D. 241, à la p. 243; M. Dion, « Le bijuridisme canadien : perspective du ministère de la Justice », (1998) 29 R.G.D. 253, aux pp. 254 et s.

²⁰ J.M. Brisson et A. Morel, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation », *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ottawa, ministère de la Justice, 1997, 213, à la p. 231.

²¹ J.M. Brisson, « Le Code civil, droit commun? », *Le nouveau Code civil, interprétation et application*, Les journées Maximilien Caron — 1992, Montréal, Thémis, 1993, 292, à la p. 296

²² *Dictionnaire de droit privé*, 3^e éd., à paraître, sous « droit commun ».

PARTIE II

FORMES DE LA CŒEXISTENCE DES DEUX TRADITIONS JURIDIQUES AU CANADA

La compréhension du bijuridisme appelle l'analyse d'une notion incontournable, la notion de droit mixte. Cette notion ne soulève pas *a priori* de difficultés : elle désigne un droit dont les institutions émanent de systèmes juridiques différents et résultent de l'application cumulative ou de l'interaction de techniques qui appartiennent à ces systèmes.

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.

Certains auteurs nous enseignent que l'action réciproque de deux systèmes juridiques en présence peut se manifester de diverses manières, notamment :

1. par l'*application cumulative* à une même institution de règles émanant de l'un et l'autre de ces systèmes — les règles de fond appartenant à un système et les règles de forme appartenant à l'autre système, par exemple;
2. par une *interaction* de leurs règles respectives, telle qu'elle amène le législateur ou l'interprète de la loi à procéder à l'harmonisation ou à la nécessaire coordination des rapports entre les deux systèmes juridiques.

Les règles, notions ou institutions d'un des systèmes peuvent *influencer* de manière implicite ou explicite, la rédaction, l'interprétation et l'application des règles, notions et institutions de l'autre système. Il arrive même parfois que les règles, notions ou institutions d'un des systèmes puissent *intégrer*, avec les modifications qui s'imposent parfois, l'autre système. Les règles, les notions et les institutions des deux systèmes peuvent en outre *interagir* entre elles.

Ainsi, dira-t-on par conséquent, que l'évolution des systèmes de droit qui coexistent peut être caractérisée par des rapports d'influence, d'intégration et d'interaction. Au Canada, la coexistence des deux traditions juridiques revêt, sur le plan national, ces formes, tantôt, l'une et l'autre s'influencent, tantôt l'une et l'autre interagissent.

La partie qui suit traite des rapports d'*interaction*, lesquels sont proprement désignés au Canada comme étant des rapports de *complémentarité*. Mais avant, qu'en est-il des rapports d'influence?

L'influence au moyen de l'interprétation ou de l'intégration

Le droit civil et la common law sont-ils aussi dissemblables que l'on est porté à le croire? Certains auteurs affirment que bon nombre de différences entre les systèmes de droit civil et de common law sont *plus apparentes que réelles*²³ : elles résulteraient bien plus, selon eux, de la

²³ J. A. Clarence Smith et Jean Kerby, *Le droit privé au Canada*, Études comparatives, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1987, à la p. 12 et s.

manière et de l'ordre de présentation des règles que de leur contenu et les quelques différences de fond s'expliqueraient surtout par des *accidents historiques*²⁴.

Les convergences de la société occidentale transcendent aujourd'hui largement les systèmes nationaux que le droit comparé a peut-être parfois exagérément opposés. En fait, les ressemblances entre le droit civil et la common law seraient beaucoup plus importantes que les différences techniques.

Ces ressemblances sont souvent le fait des influences qu'elles ont exercées l'une sur l'autre à travers les temps : le droit civil québécois, par exemple, est certes à l'image fidèle du droit français, mais ce dernier est lui-même en communion philosophique avec le droit anglais.

Aussi, la common law joue-t-elle un très grand rôle en droit privé québécois, tant au niveau de la forme que du fond. Au niveau de la forme qui est donnée aux jugements par exemple, la parenté avec la common law est en effet très grande. La jurisprudence illustre bien la mixité du droit québécois : le juge québécois étant un civiliste, sa mission ne consiste pas à reformuler une règle établie par un tribunal en fonction des faits qui lui sont soumis. À l'instar du juge français, il applique une règle abstraite à des faits particuliers. Contrairement au juge français, le juge québécois, comme le juge de common law, décrit son raisonnement. Il procède généralement à une analyse détaillée de la règle, des jugements qui l'ont déjà appliquée et des enseignements doctrinaux dont elle a fait l'objet, pour ensuite exposer les motifs qui l'amènent à l'appliquer aux faits lui étant soumis.

Quant au fond, l'influence de la common law se manifeste sous deux aspects importants : l'interprétation du *Code civil du Québec* et la réforme du droit.

Au lendemain de l'adoption du *Code civil du Bas Canada*, plusieurs juges ont eu recours aux règles de common law en tant qu'instrument d'interprétation. L'application de la common law n'était pas alors limitée aux règles inspirées du droit anglais. Sa démarche ne s'inspirait pas d'une méthode de droit comparé ayant pour fin de trouver la solution la mieux adaptée à la situation : elle avait pour but d'interpréter les règles de droit civil de manière à ce que celles-ci mènent à des solutions identiques aux règles de common law.

Aujourd'hui, alors que le droit civil québécois a pleine autonomie, les juges s'assurent du respect de la spécificité des deux systèmes, sans pour autant se priver de la richesse des enseignements qu'offre l'analyse comparative du droit. La Cour suprême du Canada adopte en effet souvent une méthode comparative, qui l'amène parfois à s'inspirer du droit civil dans un contexte de common law.

La common law, ou plus précisément le droit statutaire existant dans les juridictions de common law, dont les États-Unis et les autres provinces canadiennes, exerce à son tour une influence en droit québécois. Le législateur s'en est inspiré lorsqu'il s'est proposé de réformer le droit : ainsi, a-t-on adopté, au début des années soixante, une loi modifiant le Code civil, la *Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*, qui trouve sa source dans une loi ontarienne, *The Unconscionable Transactions Relief Act*. De même, la réforme du droit des assurances et l'élaboration des règles relatives au patrimoine familial font suite à des études portant, entre autres, sur le droit des autres provinces canadiennes.

²⁴ *Ibid.*

L'interaction entre les deux traditions juridiques : le rapport de complémentarité et son exception, la dissociation

À côté des influences qu'exercent l'un sur l'autre les systèmes juridiques, l'action réciproque de ces systèmes en présence peut également se manifester par une interaction de leurs règles ou de leurs principes respectifs.

Le partage des compétences législatives a eu pour effet au Canada de créer des rapports de complémentarité entre les droits provinciaux et le droit fédéral. En conférant aux provinces une compétence exclusive sur la propriété et les droits civils, le paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* est à l'origine de la complémentarité du droit fédéral et du droit privé provincial. En effet, seules les normes adoptées par les législatures provinciales peuvent compléter les textes fédéraux silencieux sur un aspect qui relève de la propriété et des droits civils et qui s'avère essentiel à leur application.

Cette règle souffre néanmoins une exception : en vertu de la théorie générale du partage des compétences, le droit privé provincial ne pourra trouver application à titre supplétif afin de pallier le défaut, par le Parlement, d'exercer sa compétence principale sur une matière : « Le fait que le Parlement du Dominion s'abstient de légiférer dans la plénitude de ses pouvoirs ne saurait avoir pour effet de transférer à une législature provinciale la compétence législative conférée au Dominion [...] »²⁵

Le droit privé provincial ne s'appliquera donc que dans ce qui relève de la compétence accessoire du Parlement, c'est-à-dire dans un domaine qui, principalement, relève de la compétence des provinces aux termes du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais qui peut être régi par le législateur fédéral dans la mesure requise à la poursuite d'un objectif qui relève, quant à lui, de la seule compétence du Parlement.

Pour ces motifs, la formule « propriété et droits civils/property and civil rights » en est venue à désigner le domaine du droit privé *stricto sensu* en général — moins les matières relevant du fédéral — ainsi que certains domaines de droit public, particulièrement en droit administratif, reliés au droit privé. Selon le professeur Hogg :

« in other words, the evolution of our laws has now swept much public law into the rubric which was originally designed to exclude public law ».²⁶

Quant aux liens qui unissent le droit civil aux lois fédérales, ils sont analogues à ceux qu'entretiennent entre eux le corpus législatif de la province de Québec et le *Code civil du Québec*. Le *Code civil du Québec* établit en effet le droit commun et est susceptible de compléter les autres lois. Cette corrélation existe également entre le droit fédéral et le droit privé des autres provinces, moins visible cependant, car ces provinces ont en commun un même droit fondamental, la common law, laquelle est d'ailleurs visiblement présente au sein des lois fédérales, ce qui facilite l'interprétation et l'application dans les provinces ayant en commun cette même tradition juridique de droit privé. Dans ce contexte, la notion de droit supplétif, laquelle fonde le postulat de complémentarité, se trouve déterminante.

²⁵ *Union Colliery c. Bryden*, [1899] A.C. 580 à la p. 588 (traduction de F. Chevette et H. Marx, *Droit constitutionnel*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982 à la p. 282).

²⁶ Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, 4^e édition, Carswell, Toronto, 1997, p. 547.

La question de la complémentarité du droit civil avec la législation fédérale, particulièrement en ce qui distingue les différents types d'interaction, reste à approfondir, voire à organiser. Cette question intervient chaque fois qu'une disposition d'une loi fédérale fait appel de près ou de loin à une notion de droit privé. Les domaines particuliers du droit qui sont régis par des lois fédérales, les lettres de change, les banques, la faillite par exemple, appellent souvent cette question.

Le Parlement fédéral n'ayant qu'un pouvoir limité en matière privée, les droits provinciaux s'appliquent ainsi, en principe, lorsqu'il s'agit de compléter les textes fédéraux. Le droit civil complète une loi fédérale tantôt par la *dépendance implicite* d'une loi fédérale au régime de droit commun régissant les rapports entre particuliers dans la province. Le droit civil complète également une loi fédérale tantôt au moyen d'une *disposition formelle de renvoi* à un droit de référence dans la loi fédérale. Par exemple, le paragraphe 91(4) de la *Loi maritime du Canada* énonce que :

(4) L'octroi d'un permis ou la location d'un immeuble peuvent s'effectuer par un acte qui, en vertu des lois de la province de situation de l'immeuble, peut servir à en opérer l'octroi ou la location entre sujets de droit privé.

Le paragraphe 21(1) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, tel que modifié par le projet de loi S-4, *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, déposé au Sénat en janvier dernier, constitue un autre exemple :

c) Dans le cas de réclamations visant l'État pour lesquelles la Cour fédérale n'a pas compétence exclusive, a compétence concurrente en la matière la cour supérieure de la province où survient la cause d'action.

Lorsqu'il est question de déterminer les créanciers qui seront préférés à d'autres dans un contexte de faillite, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* détermine quels seront ces créanciers en se référant aux notions de droit privé des provinces, lesquelles se trouvent énoncées, au Québec, dans le *Code civil du Québec*.

Le Parlement fédéral s'appuie en outre, implicitement ou explicitement, sur le droit privé lorsque, dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il fait référence aux notions de fiducie et d'hypothèque.

Le législateur fédéral peut également écarter explicitement le droit commun de la province et choisir un droit de référence autre.

La complémentarité qui lie le droit fédéral au droit civil, comme du reste celle qui lie le droit fédéral au droit des autres provinces dans les mêmes circonstances, constitue la pierre d'assise des travaux effectués au ministère de la Justice du Canada ainsi que des efforts qui y sont déployés pour en faire comprendre les particularités et les atouts : au moyen de quels procédés le législateur fédéral canadien a-t-il entrepris de disposer de la complémentarité? Avant de répondre à cette question, il en est une exception dont les paragraphes qui suivent traitent brièvement : le concept de *dissociation*.

Dans une étude publiée en 1996 pour le compte du ministère de la Justice du Canada, les professeurs Morel et Brisson mentionnent que la règle de la complémentarité connaît des exceptions qu'ils qualifient de dissociations. Dans de tels cas, une norme étrangère au droit privé de la province d'application vient pallier l'incomplétude de la norme législative fédérale et exclut ainsi toute application à titre supplétif du droit de cette province. Il sera dit de telles normes, qu'elles ne présentent aucun rapport de complémentarité avec le droit provincial. Aussi, un secteur d'activités

sera dit de « droit fédéral autonome » lorsque l'ensemble des normes législatives le régissant entretiennent un tel rapport de dissociation.

Ainsi, questionnerons-nous les sources de la dissociation lorsqu'en choisissant un droit autre que celui du Québec afin de suppléer aux silences de sa législation, le Parlement fédéral exclut toute application. Le degré de dissociation du droit fédéral et du droit civil est au demeurant sujet à variation : la dissociation sera ou absolue, ou relative.

L'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*²⁷ constitue un exemple privilégié de dissociation implicite.

La Cour suprême a traité de cet article dans l'arrêt *ITO — International Terminal Operators c. Miida Electronics Inc.*²⁸ L'approche adoptée par la Cour suprême du Canada, au moment de définir l'étendue des pouvoirs législatifs du Parlement en matière de navigation et de marine marchande, s'est distinguée de l'approche traditionnelle qui prévalait jusqu'alors en matière d'examen de la constitutionnalité des lois²⁹. Pour déterminer l'étendue des pouvoirs législatifs du Parlement en la matière, la Cour suprême s'en est plutôt remise à l'expression « droit maritime canadien » contenue à la *Loi sur la Cour fédérale*. Cette cour, créée en 1971, assume la juridiction d'amirauté confiée auparavant à la Cour de l'Échiquier. Sa loi constitutive précise et élargit cette juridiction en lui confiant l'administration du « droit maritime canadien ». Ce droit est défini à l'article 2 comme suit :

droit maritime canadien Droit — compte tenu des modifications y apportées par la présente loi ou toute autre loi fédérale — dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté, aux termes de la Loi sur l'Amirauté, chapitre A-1 des Statuts révisés du Canada de 1970, ou de toute autre loi, ou qui en aurait relevé si ce tribunal avait eu, en cette qualité, compétence illimitée en matière maritime ou d'amirauté.

À la suite d'une longue série de jugements concernant la juridiction de la Cour fédérale, la Cour suprême a reconnu dans l'arrêt *ITO c. Miida Electronics Inc.* l'existence d'un droit maritime canadien uniforme couvrant tout le domaine de la compétence fédérale en la matière, et excluant l'utilisation du droit provincial à titre supplétif³⁰. Fondé essentiellement sur la common law d'Angleterre, le droit maritime canadien engloberait donc certains principes dont l'origine est le droit maritime anglais et qui ont été reçus en droit canadien.

Le droit maritime ayant été défini par la Cour suprême en tant que droit autonome, le concept de dissociation y serait donc actualisé en ceci que l'application de cette disposition fait obstacle à l'application, à titre complémentaire, du droit des provinces.

²⁷ L.R.C. 1985, ch. F-7.

²⁸ [1986] 1 R.C.S. 752.

²⁹ Selon l'approche traditionnelle de la théorie générale du partage des compétences, la résolution d'un problème quant à la constitutionnalité d'une mesure législative passe d'abord par la définition des pouvoirs qu'alloue la Constitution, et non la loi, à un ordre de pouvoir législatif. La loi ne saurait en effet pourvoir à la définition de l'étendue de ces pouvoirs. Sur la théorie générale du partage des compétences : F. Chevrette, H. Marx, *Droit constitutionnel*, Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 1982 aux pp. 271-73.

³⁰ *International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752 aux pp. 774-779. Dans cet arrêt, il s'agissait notamment de savoir s'il existait un corps de droit fédéral sur lequel la Cour fédérale pouvait trancher un litige impliquant la responsabilité civile extracontractuelle d'une entreprise d'aconage. Excluant l'application des règles énoncées au C.C.B.C., le juge McIntyre concluait ainsi à la p. 779 : « 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. Je suis aussi d'avis que le droit maritime canadien est uniforme partout au Canada [...]. Le droit maritime canadien est l'ensemble de règles de droit que définit l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ce droit, c'est le droit maritime d'Angleterre qui a été incorporé au droit canadien; ce n'est pas le droit des provinces »; voir à ce sujet, G. Lefebvre, *L'uniformisation du droit maritime canadien aux dépens du droit civil québécois : lorsque l'infidélité se propage de la Cour suprême à la Cour d'appel du Québec* (1997) 31 R.J.T. 577.

C'est ainsi que l'action réciproque de ces deux systèmes juridiques peut se manifester de diverses manières et c'est dans l'interaction de leurs règles ou de leurs principes respectifs, telle qu'elle amène parfois le législateur ou l'interprète de la loi à procéder à l'harmonisation ou à la nécessaire coordination de leurs rapports, que l'on repère les phénomènes les plus intéressants.

L'actualisation des rapports de complémentarité

Les procédés d'harmonisation des textes législatifs fédéraux avec la nouvelle terminologie et les nouveaux concepts du récent *Code civil du Québec* ainsi que les techniques de rédaction législative bijuridique et bilingue mis en œuvre dans le cadre du Programme d'harmonisation du ministère de la Justice du Canada actualisent précisément ces rapports de complémentarité, tout en respectant la dissociation dont il vient d'être question. L'expérience en ce domaine est unique au Canada « et nous confère une place de choix sur l'échiquier international », de dire l'honorable Gérald-A. Beaudoin, sénateur³¹, dans le cadre du débat sur le projet de loi S-4 *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil* qui a été déposé au Sénat le 11 mai 2000.

Cette expérience conduit tout naturellement d'ailleurs à la création d'un certain nombre de néologismes, de notions nouvelles, à l'élaboration de nouveaux procédés de recherche et d'harmonisation. La Section du Code civil a en effet entrepris de systématiser ses procédés d'harmonisation, tant les implications méthodologiques découlant de l'accomplissement de l'harmonisation sont multiples.

• Une première implication méthodologique

Une première implication méthodologique est celle qui dérive de l'analyse de l'interaction entre les lois fédérales et le droit civil. La singularité de la démarche d'harmonisation tient à la nature des liens qui unissent le droit fédéral au droit civil du Québec.

Décrivant les étapes successives du raisonnement qui justifie la recommandation d'une modification législative, le processus d'harmonisation permet, selon un modèle privilégié de *qualification*, l'identification des dispositions susceptibles d'harmonisation et l'obtention de solutions d'harmonisation parmi les mieux adaptées. Ainsi, questionnera-t-on en ces termes, notamment, une situation juridique donnée :

1. Quelle est l'intention du législateur qui a présidé à l'avènement de la norme fédérale?
2. Quel en est le véhicule linguistique et conceptuel?
3. De quelle tradition — civiliste ou de common law — est-elle l'actualisation et de l'inscription duquel des quatre auditoires — civiliste francophone, civiliste anglophone, common law francophone, common law anglophone — est-elle le répondant?
4. Quelle est la solution susceptible d'y matérialiser le bijuridisme?

³¹ Débats du Sénat (hansard), 2^e session, 36^e législature, volume 138, n° 58, le jeudi 18 mai 2000, http://www.parl.gc.ca/36/2/parlbus/chambus/senate/deb-f/58db_2000-05-18-f.htm.

5. La solution retenue entraîne-t-elle une modification linguistique ou conceptuelle, ou les deux?
6. Quel est le procédé méthodologique, voire rédactionnel, le plus efficace à répondre aux objectifs?
7. Quelle est enfin l'incidence des modifications ainsi proposées?

Dans le cadre des travaux d'harmonisation en cours au ministère de la Justice du Canada, une situation juridique sera considérée tantôt *unijuridique*, tantôt *semi-bijuridique*.³²

- **Une seconde implication méthodologique**

Une seconde implication méthodologique découle de la précédente, soit celle d'énoncer des règles de conduite en matière de rédaction législative, voire d'harmonisation. S'ensuivent donc des guides pour la rédaction et l'interprétation des lois à venir.

Bien que les deux versions du texte aient une autorité égale, il importe d'assurer que le concept civiliste et le concept de common law utilisés ou éventuellement proposés reçoivent, chacun, l'acception qui leur est propre selon le système juridique dont ils sont issus et qui est en vigueur dans la province où la loi est appliquée. Cet objectif est certes louable. Cependant, recommander et rédiger la modification de dispositions données n'est jamais aisé lorsque les questions à résoudre sont complexes : la législation fédérale doit s'adresser simultanément à quatre auditoires et en cela, non seulement être bilingue mais bijuridique.

La création de nouveaux termes et l'élaboration de nouveaux procédés de recherche s'accompagnent donc au demeurant de nouvelles techniques de rédaction législative ou, dira-t-on également, de procédés d'harmonisation : ainsi, tantôt privilégiera-t-on l'emploi du *doublet* — le doublet dit *simple* ou *avec alinéas* consistant à rendre au moyen de termes différents la règle de droit applicable à chaque système —, tantôt convoitera-t-on la *neutralité terminologique*, laquelle consiste, quant à elle, à employer un terme à caractère neutre qui n'a de connotation ni dans l'un ni dans l'autre système juridique³³.

Toutes ces réflexions sur les formes de coexistence des deux traditions juridiques au Canada nous amènent donc à reconnaître désormais que l'interaction des deux systèmes peut influencer l'évolution de l'un ou l'autre, ou parfois même, l'évolution de l'un et l'autre de ces systèmes. Le Canada n'est pas le seul pays où ces phénomènes se retrouvent. La réflexion sur le bijuridisme canadien gagne à s'enrichir de l'étude d'autres systèmes juridiques existant ailleurs dans le monde. Le Royaume-Uni, les États-Unis et l'Europe offrent des illustrations par ailleurs différentes des modes d'interaction possibles entre ces systèmes juridiques.

³² Voir L. Maguire-Wellington, « Bijuridisme canadien : méthodologie et terminologie de l'harmonisation », dans L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien, deuxième publication, fascicule n° 4 (Ottawa : ministère de la Justice du Canada 2001).

³³ *Ibid.*, à la page 9.

PARTIE III

FORMES DE LA COEXISTENCE DES DEUX TRADITIONS JURIDIQUES AILLEURS DANS LE MONDE

À travers le monde, les cas de bijuridisme sont nombreux. Près d'une centaine de pays sont en effet régis par une combinaison de deux, voire de plusieurs systèmes de droit. Le bijuridisme est le plus souvent le résultat de la juxtaposition d'un système juridique — typiquement le droit civil ou la common law — à un droit préexistant — comme le droit coutumier, le droit musulman ou le droit talmudique. La combinaison *droit civil/common law* est beaucoup plus rare, on la trouve dans à peine une quinzaine d'États. Les exemples qui suivent en traitent donc³⁴.

Royaume-Uni³⁵ et lois applicables en Écosse

L'Angleterre et l'Écosse étaient des royaumes autonomes jusqu'à la succession de James VI au trône d'Angleterre, en 1603. À partir de cette date, elles ont partagé le même chef d'État, tout en demeurant deux royaumes distincts. L'unification a été réalisée en 1707 par l'*Union with Scotland Act* et l'*Union with England Act*. La création du nouveau royaume, la Grande-Bretagne, doté de son propre Parlement, a entraîné la disparition des royaumes anglais et écossais et de leur parlement. Malgré l'Union, l'Écosse a conservé son droit en matière privée et ses tribunaux, mais la Chambre des Lords, principalement composée de juges formés à la common law, est devenue le tribunal ayant l'ultime juridiction en matière civile. La disparition du Parlement écossais a eu pour effet de donner au Parlement britannique le pouvoir de modifier le droit privé écossais, ce pouvoir devant être exercé « for the evident utility of the subjects whithin Scotland ».

Le système juridique de ce pays est dans ce contexte bijuridique : la common law anglaise et le droit civil écossais y coexistent puisque l'Acte d'Union a prévu que l'Écosse conservait son droit en matière privée.

En 1998, le Parlement a adopté *The Scotland Act 1998* qui crée un Parlement écossais ayant juridiction en plusieurs matières.³⁶ La juridiction du Parlement écossais n'est pas exclusive, le Parlement du Royaume-Uni conservant le pouvoir de légiférer dans ces matières. D'autres matières, comme la défense, la sécurité sociale, la politique étrangère, l'immigration et la nationalité et le chômage, sont réservées à la seule juridiction du Parlement du Royaume-Uni.

En Écosse, les lois peuvent avoir une origine locale (Royaume-Uni, Écosse) ou supranationale (Europe). La plupart des lois qui s'appliquent en Écosse sont l'œuvre du Parlement du Royaume-Uni. Parmi les lois écossaises en vigueur, on trouve : *The Union Act (1707)*; les lois écossaises antérieures à l'Union et les lois adoptées par le Parlement écossais depuis 1999.

Le processus législatif prend fréquemment en compte les traditions juridiques différentes de l'Angleterre et de l'Écosse. Pour ce faire, plusieurs méthodes sont utilisées :

- l'emploi d'un vocabulaire juridique neutre, c'est-à-dire qui ne relève pas de l'une ou l'autre tradition (p. ex. : l'expression « devolution by law » employée à l'article 2, *Succession Duty Act*, est une expression purement descriptive de la situation visée);

³⁴ Les données qui suivent ont été recueillies par notre consœur, de passage au ministère de la Justice du Canada, M^e Élise Charpentier.

³⁵ La Grande-Bretagne comprend l'Angleterre, le Pays de Galles et l'Écosse; alors que le Royaume-Uni désigne la Grande-Bretagne et l'Irlande du Nord.

³⁶ Par exemple : la santé, les communautés locales, l'éducation, le logement, le transport, le sport, la loi et l'ordre, l'agriculture, les pêches et la foresterie, les arts, etc.

- l'indication à la suite d'un terme de common law, du terme de droit écossais (p. ex. : *Partnership Act*, *Bill of Exchange Act*);
- l'adaptation des lois par des dispositions particulières, tels l'article 7 de la *Damages Act 1996* : « In the application of this Act to Scotland "personal injury" has the meaning given by subsection 10(1) of the *Damages (Scotland) Act 1976* » et l'article 17 de la *Defamation Act 1996* : « In this Act as it applies to proceedings in Scotland "costs" means expenses; and "plaintiff" and "defendant" mean pursuer and defender ».

Qu'en est-il du principe de la complémentarité au Royaume-Uni? Bien que les tribunaux reconnaissent que les lois sont destinées à s'appliquer dans deux systèmes de droit distincts, ils interprètent la loi en fonction du sens attribué aux termes juridiques dans la tradition dont ils relèvent. Ils appliquent ensuite la loi de façon analogue dans l'autre tradition³⁷. L'interaction du droit civil et de la common law donne donc lieu à la dissociation de ces deux systèmes plutôt qu'à leur complémentarité.³⁸

Aussi, dit-on du droit écossais qu'il est un droit civil imprégné de droit romain et le résultat d'une longue évolution. Ses principes ont été puisés à de multiples sources (droit canonique, *lex mercatoria*, droit allodial, droit celtique et droit féodal). Le droit romain y a exercé une influence déterminante, comparable à celle du droit anglais. À la suite de l'unification, plusieurs solutions inspirées de la common law ont en effet été intégrées au droit écossais. Bien que la Chambre des Lords n'ait pas délibérément « anglicisé » le droit écossais, son rôle à cet égard ne peut être sous-estimé : elle a parfois appliqué des solutions anglaises à des problèmes écossais, ignorant ainsi les principes de ce droit. Les sources du droit écossais sont les coutumes et usages, la loi, la jurisprudence et la doctrine. Certains textes de doctrine datant de la fin du XVII^e et du XVIII^e siècles sont considérés comme des sources formelles du droit, ils sont l'œuvre des « institutional writers » (Stair, Erskin, Bell et Hume).

États-Unis et lois applicables en Louisiane

Les États-Unis forment un pays dont la constitution est de type fédéral. Les États ont conservé leurs pouvoirs de légiférer, le gouvernement américain ne jouit que d'une compétence limitée, il ne peut légiférer que dans la mesure où les États lui ont délégué ce pouvoir. C'est ce que prévoit le X^e amendement :

« The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people ».³⁹

Chaque État a le pouvoir d'établir les règles de droit privé qu'il juge appropriées, d'où la pluralité de systèmes juridiques qui fait des États-Unis un pays bijuridique. Le droit privé comprend le droit civil mais pas nécessairement le droit commercial puisque l'article I, section 8 prévoit que :

« The Congress shall have Power [...] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States [...] ».⁴⁰

³⁷ *Income Tax Commissioners v. Pemsel*, (1891) A.C. 531.

³⁸ Les tribunaux reconnaissent toutefois la particularité du droit écossais lorsqu'il s'agit de la détermination des règles de droit applicables. Ainsi, on a décidé (*Levy v. Jackson*, (1903) 5 F. 1170) qu'une loi rédigée sans aucune référence aux institutions écossaises, dont la terminologie était anglaise et qui ne tenait compte que de la procédure et des officiers publics anglais ne s'appliquait pas à l'Écosse, et ce, malgré la présomption selon laquelle, l'Écosse est soumise aux lois qui ne contiennent aucune limitation expresse.

³⁹ Voir <http://www.access.gpo.gov/congress/senate/constitution/toc.html>.

La plupart des États ont adopté la common law, mais la Louisiane a conservé le droit civil. À partir de la colonisation, le territoire qui deviendra plus tard la Louisiane est en effet soumis au droit français, notamment à la *Coutume de Paris*. En 1762, l'Espagne acquiert la Louisiane et impose son droit en 1769. Ce droit est celui qui a le plus marqué la Louisiane, car bien que l'Espagne ait rétrocédé le territoire à la France en 1800, celle-ci a alors laissé le droit espagnol en vigueur. De même, à la suite de la vente aux États-Unis de la Louisiane, en 1803, le Congrès n'a pas imposé la common law à ce territoire, bien qu'il ait alors eu le pouvoir pour ce faire. À partir du moment où la Louisiane devient un État, en 1812, le Congrès perd ce pouvoir.

Dès sa création, l'État de Louisiane prévoit dans sa constitution qu'il ne sera pas permis d'adopter un droit non écrit, excluant ainsi la common law.⁴¹ Ce droit a été « codifié » en 1808. On fait toutefois généralement référence au Code civil de 1825, puisqu'un bon nombre d'ajouts et de modifications y ont alors été apportés.⁴² Le Code civil a été révisé en 1870 et en 1987.⁴³

Le principe de la complémentarité existe-t-il aux États-Unis? Le système judiciaire américain est composé de tribunaux appliquant le droit fédéral et de tribunaux qui relèvent et appliquent le droit de chacun des États. Sauf en matière constitutionnelle, les litiges peuvent être soumis à un tribunal fédéral ou à une juridiction d'État.⁴⁴ Ce système est, entre autres, destiné à assurer l'uniformité de l'application et de l'interprétation du droit fédéral sur tout le territoire.

Les tribunaux fédéraux appelés à interpréter une loi d'un État, de même que lorsqu'une question relative à une loi d'un État se pose dans une affaire relative au droit fédéral, doivent adopter l'interprétation des tribunaux de cet État.⁴⁵ C'est en effet ce qu'a décidé la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Erie Railroad Co. v. Tompkins*⁴⁶ :

« Except in matters governed by the Federal Constitution or by Acts of Congress, the law to be applied in any case is the law of the State. And whether the law of the State shall be declared by its Legislature in a statute or by its highest court in a decision is not a matter of federal concern. There is no federal common law. Congress has no power to declare substantive rules of common law applicable in a State whether they be local in their nature or « general », be they commercial law or a part of the law of torts. And no clause in the Constitution purports to confer such a power upon the federal courts. »

Il arrive par ailleurs qu'une loi fédérale comporte des dispositions contraires au droit privé d'un État, alors la loi fédérale s'applique comme si le droit de l'État n'existait pas.⁴⁷ Ainsi, on a décidé

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Voir, entre autres, A.A. Levasseur, « La réception du système de la common law par le système législatif français en Louisiane », *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin. Textes présentés au premier colloque international du Centre international de la common law en français (CICLEF)*, Doucet, M. et Vanderlinden, J., éd., Bruxelles, Bruylant, 1994, 381; *id.*, « Le bijuridisme dans un système fédéral ou d'autonomie locale — États-Unis », *Rapport national, XIII^e Congrès international de droit comparé (Montréal, 1990)*, Montréal, s.n., 1990; R.A. Pascal, note 42.

⁴² Ces modifications ont entre autres été rendues nécessaires pour faciliter la tâche des juristes qui devaient toujours consulter le droit espagnol puisque le texte de 1808 n'avait pas eu pour effet de l'abroger. Voir R.A. Pascal, « Louisiana's Mixed Legal System », (1984) 15 R.G.D. 341, à la p. 342.

⁴³ Voir N. Yiannopoulos, « The Civil Codes of Louisiana », *Louisiana Civil Code 1993*, St-Paul, Minn., Wets Pub. Co., 1993.

⁴⁴ Certaines matières sont toutefois du ressort exclusif des tribunaux fédéraux. Voir, A. Levasseur, *Droit des États-Unis*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1994, aux pp. 30-36.

⁴⁵ *Ibid.*, à la p. 36, A.R. von Mehren, *Law in the United States, A General and Comparative View*, New York, Kluwer, 1988, à la p. 39 et s.

⁴⁶ 304 U.S. 64 (S.Ct., 1937).

⁴⁷ Voir R.A. Pascal, *supra* note 42, à la p. 345 et s.

qu'une pension de retraite versée à un militaire ne faisait pas partie de la communauté de biens, contrairement aux prescriptions du droit louisianais.⁴⁸

Europe et autonomie du droit européen

En 1951, le traité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA)⁴⁹ a permis de jeter les bases d'une nouvelle Europe en créant une « Haute Autorité », une Assemblée parlementaire, un Conseil des ministres, une Cour de Justice et un Comité consultatif. Il a été suivi du traité de la Communauté économique européenne (CEE)⁵⁰ qui prévoit, entre autres, l'élimination des droits de douane entre les États membres; l'établissement d'un tarif douanier extérieur commun; l'instauration d'une politique commune dans l'agriculture et les transports; la création d'un Fonds social européen; l'institution d'une Banque européenne d'investissement; et le développement de relations plus étroites entre les États membres. Les principes directeurs du traité de la CEE délimitent le cadre de l'action législative des institutions communautaires : politique agricole commune,⁵¹ politique des transports,⁵² politique commerciale commune.⁵³ Les principaux objectifs du marché commun sont de permettre la libre circulation des marchandises, des travailleurs, des entreprises, des prestations de services et des mouvements de capitaux.

Les pays d'Europe ont conclu un nouveau traité en 1986. L'Acte unique européen (AUE)⁵⁴, dont les grands objectifs sont d'accroître le rôle du Parlement européen afin de remédier au déficit démocratique dans le système décisionnel communautaire et d'améliorer la capacité de décision du Conseil. Pour ce faire les procédures décisionnelles ont été accélérées et plusieurs compétences nouvelles ont été confiées aux institutions européennes : marché intérieur, politique sociale, cohésion économique et sociale, recherche et développement technologiques, environnement. L'un des principaux nouveaux chantiers de l'Europe, consacré dans le Titre VI du *Traité de Maastricht* de 1992, est la construction d'un « Espace de liberté, de sécurité et de justice ». Le Titre IV du *Traité d'Amsterdam* de 1997 a concrétisé ce domaine en donnant de nouvelles options législatives. La sécurité commune et la coopération policière et pénale restent du domaine de l'Union⁵⁵ tandis que les questions de justice et affaires intérieures⁵⁶ sont du ressort des communautés européennes⁵⁷.

La Communauté européenne est en voie de façonner un droit commun, où la common law anglaise et le droit civil d'inspiration française jouent un rôle important. La Communauté européenne s'institue toutefois, en matière économique, comme une source de droit spécifique, autonome, avec la hiérarchie de ses textes (règlements, directions, recommandations, avis, communications) et surtout avec le rôle de la Cour de justice des Communautés dont la jurisprudence constante affirme la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux. La Communauté s'efforce au

⁴⁸ *Dedon v. Dedon*, 404 So. 2nd 904 (1981), cité par R.A. Pascal, *supra* note 42, à la p. 346.

⁴⁹ Entré en vigueur le 25 juillet 1952.

⁵⁰ Signé le 25 mars 1957, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958.

⁵¹ Art. 38 à 43.

⁵² Art. 74-75.

⁵³ Art. 110 à 113.

⁵⁴ Signé le 17 février, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987.

⁵⁵ Voir les articles 11-45 du Traité de l'Union.

⁵⁶ C'est-à-dire l'asile, l'immigration, les visas et la coopération judiciaire en matière civile.

⁵⁷ Voir les articles 61 à 69 du *Traité instituant les Communautés européennes* (ex-articles 73 I à 73 Q *Traité CE*). Depuis mai 1999, il y a déjà trois initiatives complétées : Règlement relatif à la signification et la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale; Règlement relatif aux procédures d'insolvabilité; Règlement relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale des enfants communs (*Bruxelles II*).

demeurant de créer des conditions favorables au développement intégré par l'*harmonisation*⁵⁸ des législations nationales ou par la création d'un droit communautaire. L'harmonisation se fait à partir de directives qui établissent les normes que les États membres doivent intégrer dans leur droit national. Les directives peuvent porter sur une foule de sujets, notamment sur l'agriculture, les transports, le commerce intérieur et la protection des consommateurs. La création d'un droit communautaire directement applicable dans les États membres se fait par l'adoption de règlements⁵⁹.

L'objet principal de l'harmonisation des législations nationales n'est pas le droit privé mais plutôt des normes propres à la libre circulation des marchandises, services, personnes et capitaux (c.-à-d., normes de fabrication des produits, de leur emballage, de leur transport, normes de service, déréglementation des tarifs). Le droit communautaire a donc un impact beaucoup plus fort dans le domaine du droit réglementaire ou administratif. Il arrive toutefois que le droit privé soit directement visé. Dans d'autres cas, il est simplement interpellé pour la mise en œuvre de règlements ou de directives comme c'est le cas dans le domaine des transports en ce qui a trait à l'application des principes de responsabilité civile aux accidents.

Les normes européennes n'émanent pas d'un organe étatique, mais plutôt d'une organisation à la fois supragouvernementale et intergouvernementale. La répartition des compétences entre les États membres et la Communauté obéit au principe de la subsidiarité. Ce principe implique que les États membres conservent leur compétence dans les domaines où ils sont plus efficaces et les pouvoirs qu'ils ne sont pas en mesure d'exercer d'une façon satisfaisante reviennent à la Communauté.

Si on compare la situation européenne à celle qui prévaut au Canada, il faut d'abord souligner que la nature des normes est donc bien différente. Le règlement peut toutefois s'apparenter à une loi fédérale dans la mesure où il est directement applicable dans chacun des pays. Contrairement aux lois des provinces canadiennes, les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres ne sont licites que dans la mesure où le règlement le prévoit ou que son application efficace l'exige. De plus, les mesures d'exécution que prennent les États membres ne peuvent en aucun cas modifier ou compléter la portée et l'effet utile d'un règlement.⁶⁰

Conclusion générale

Que se passe-t-il lorsque le législateur fédéral, œuvrant dans son champ de compétence, fait intervenir le droit privé qui lui, relève des provinces en vertu du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Nous savons pertinemment que les domaines de mariage et de divorce, de la faillite et de l'insolvabilité, de la propriété intellectuelle en sont des exemples manifestes. Nous relevons par ailleurs dans de nombreuses lois qui portent principalement sur des matières de droit public la présence de dispositions qui font appel à des concepts de droit privé ou qui régissent des relations de droit privé. En effet, plus de 300 lois fédérales en vigueur possèdent des dispositions de

⁵⁸ Force nous est de constater que les présentations effectuées lors du colloque *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international*, Ottawa, octobre 2000, en témoignent, que l'emploi du terme « harmonisation » recouvre, dans la situation européenne, une réalité profondément différente de celle qui caractérise les travaux d'harmonisation qui sont en cours chez nous; le rédacteur du droit européen convoite de manière plus marquée la neutralité et voire la création de nouveaux termes qui recueillent l'assentiment des divers interlocuteurs juridiques. Les résultats des travaux d'harmonisation effectués chez nous laissent plutôt présager une plus grande viabilité de la *cohabitation* (Marie-Claude Gervais, article de Moncton) des deux traditions dans une disposition donnée, tantôt au moyen du doublet, tantôt au moyen d'une précision de limitation territoriale.

⁵⁹ Le *Règlement (CEE) n° 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique* (GEIE), offre par exemple aux sociétés d'un État membre la possibilité de coopérer pour un objectif commun avec des sociétés ou des personnes physiques d'autres États membres.

⁶⁰ Voir l'article 10(5) du traité CE.

droit privé de compétence provinciale. Bien que le législateur fédéral n'est pourtant pas juridiquement tenu de s'exprimer de manière bijuridique, ces lois devraient intégrer, dans les deux versions linguistiques, le droit civil du Québec et la common law des autres provinces. L'honorable Juge Viau affirme que c'est ainsi que les conçoivent et en décident les tribunaux canadiens. La démarche s'avère toutefois plus difficile lorsque par exemple, affirme-t-il également, le législateur fédéral fait emploi de termes vagues plutôt que ceux plus précis du droit civil ou lorsqu'il accorde priorité à la common law dans les deux versions linguistiques. À juste titre, il cite le professeur Morel :

« C'est ce qui se produit lorsque la norme juridique fédérale n'est formulée qu'en terme de common law ou qu'elle reflète des conceptions caractéristiques de la common law qui se concilient mal avec le système de droit civil. Mais c'est aussi le cas lorsque, par le moyen de définitions ou de dispositions interprétatives, une loi assimile artificiellement des notions de droit civil à des notions de common law. »⁶¹ Nous savons désormais à quel point cette situation s'est complexifiée depuis l'entrée en vigueur, en 1994, du *Code civil du Québec* qui a modifié substantiellement certains concepts, notions et institutions.

En raison de ce phénomène indissociable du droit canadien qu'est l'interaction des règles de diverses origines, le ministère de la Justice du Canada a adopté une *Politique sur le bijuridisme législatif*, a mis en œuvre un *Programme d'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec* et a créé un *Comité sur le bilinguisme et le bijuridisme*.

Néanmoins, la question de l'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois se posait depuis longtemps car, jusque dans les années 70, les lois et les règlements fédéraux s'inspiraient essentiellement de la common law. Elles étaient rédigées en anglais et traduites en français par des traducteurs sans compétence particulière en droit. Le Ministère ne disposant pas alors des ressources en matière de common law en français et de droit civil en anglais, les exigences du bilinguisme étaient sauves mais celles du bijuridisme restaient à mettre en place. Depuis 1978, les projets de loi et les règlements fédéraux sont rédigés par une équipe de deux rédacteurs constituée d'un juriste (le plus souvent un common lawyer) anglophone, et d'un juriste (le plus souvent civiliste) francophone.

Les commentaires formulés lors de la consultation menée par le Ministère sur la version française des textes de loi fédéraux, entre 1988 et 1991, a permis de comprendre jusqu'à quel point il est important que les deux versions des textes de loi fédéraux tiennent mieux compte des deux systèmes juridiques existant au Canada. Beaucoup de francophones de l'extérieur du Québec et d'anglophones québécois ont déploré le fait que la version française des textes de loi fédéraux soit trop axée sur le droit civil et, à l'inverse, que la version anglaise soit trop tributaire de la common law.

En entreprenant l'harmonisation des lois fédérales à la lumière du *Code civil du Québec*, le ministère de la Justice du Canada a lui aussi constaté qu'une harmonisation de la législation fédérale était nécessaire non seulement avec les nouveautés du Code civil, mais avec l'ensemble des règles énoncées dans ce Code.

Il n'est déjà pas facile de rédiger des textes de loi en deux versions officielles dans un État où il n'y a qu'un système juridique. Vouloir répondre aux impératifs du bilinguisme institutionnel et rédiger des textes de loi bilingues en contexte bijuridique constituent un véritable défi. En effet, il est plus aisé,

⁶¹ P. Viau, *supra* note 4, p. 144 cite A. Morel, « L'harmonisation 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*, ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 1997, à la p. 15.

ajoute l'honorable Juge Viau, « de discuter de ces questions dans l'abstrait que de rédiger des textes en respectant scrupuleusement les principes énoncés. Le système idéal eût été d'adopter pas moins de quatre versions officielles : une version française et une anglaise civiliste et deux autres fondées sur la common law. Coûts prohibitifs compte tenu du nombre de lois visées »⁶².

C'est dans cette perspective que le ministère de la Justice du Canada a adopté, en juin 1995, une politique en matière de bijuridisme législatif, dans laquelle il s'engage, chaque fois qu'un projet de loi ou règlement fédéral touche au droit privé provincial ou territorial, à rédiger chacune des deux versions de ce texte en tenant compte également de la terminologie, des notions et des institutions propres aux deux systèmes de droit privé canadiens.

La *Politique sur le bijuridisme législatif*⁶³ reconnaît de ce fait que les quatre auditoires canadiens — les francophones de droit civil, les francophones de common law, les anglophones de droit civil et les anglophones de common law — doivent pouvoir lire les textes de loi fédéraux dans la langue officielle de leur choix et y trouver une terminologie et une formulation qui soient respectueuses du système juridique en vigueur dans leur province ou territoire.

Le ministère de la Justice du Canada est donc une institution qui croit au bijuridisme et à ses avantages; les efforts de modernisation qu'il déploie en témoignent : incontestablement liée à l'histoire juridique du Canada, l'actualisation par le Ministère du bijuridisme canadien n'a en effet d'égal dans le monde, ni de précédent.

En prêtant vigueur et matérialité au bijuridisme, le Ministère reflète mieux encore la réalité canadienne et assure au Canada un continuel avancement de son système de droit tant sur le plan national que face aux défis de la mondialisation. À des défis semblables font également face d'autres pays dont la gestion interne ainsi que des impératifs commerciaux les y obligent. Notre exposé en a d'ailleurs brièvement traité.

La diversification et la complexification des instruments juridiques placent aujourd'hui le droit dans une nouvelle dynamique qui n'est pas étrangère à l'expérience de ces pays et surtout à l'expérience canadienne de la coexistence de deux traditions juridiques. Les mandats assignés à notre Ministère aux plans national et international en témoignent, tout autant que la démarche de promotion du bijuridisme canadien qu'il a amorcée avec ses partenaires.

L'analyse comparative de la common law et du droit civil qui est exigée dans les circonstances permet d'identifier leurs valeurs et leurs limites respectives. Cette analyse contribue ainsi à l'amélioration et à la rationalisation du droit au Canada et ailleurs dans le monde. Cette analyse contribue aussi et enfin, à un questionnement sur nos modes d'interprétation du droit et sur les valeurs qui ont présidé à l'élaboration de nos normes juridiques. C'est dire que la coexistence des traditions juridiques et son actualisation appellent singulièrement d'autres débats.

⁶² P. Viau, *supra* note 4, à la p. 145.

⁶³ *Supra* note 32 à l'annexe 3.