

Les défis nouveaux du bijuridisme

Michel Bastarache

Volume 29, Number 2, March 1998

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1035679ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1035679ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Bastarache, M. (1998). Les défis nouveaux du bijuridisme. *Revue générale de droit*, 29(2), 241–246. <https://doi.org/10.7202/1035679ar>

Les défis nouveaux du bijuridisme*

MICHEL BASTARACHE

Juge, Cour suprême du Canada, Ottawa

Le doyen Perret m'a demandé de vous parler aujourd'hui d'un sujet pour lequel je me suis préparé il y a deux mois en vue d'une allocution présentée dans le cadre des célébrations du 40^e anniversaire de la Section de common law de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. C'est un sujet dont vous avez souvent entendu parler : le bijuridisme. On a abordé le sujet au cours des années notamment du point de vue de la spécificité des systèmes juridiques, de leurs rapports avec le contexte linguistique et culturel dans lequel ils se sont développés, de leur complémentarité du point de vue du droit fédéral. L'Université d'Ottawa a mis l'accent sur les avantages pratiques de la double formation juridique cette année en introduisant un programme de formation en droit civil en anglais et le gouvernement fédéral a annoncé son projet d'assurer un plus grand respect des deux systèmes dans les lois fédérales. Pour ma part, je voudrais souligner les principales différences entre nos deux systèmes juridiques et suggérer que nous dépassions le stade des analyses comparatives pour puiser dans nos deux systèmes afin de développer le droit de façon plus harmonieuse et originale dans l'avenir, afin, en somme, de mieux adapter le droit au contexte qui est le nôtre. Je ne pourrais mieux exprimer l'idée maîtresse ici que le doyen Henri Capitant en 1904 dans son *Introduction à l'Étude du droit civil*¹:

Le droit n'est pas une création arbitraire du législateur; il est le produit du milieu social. Il s'adapte aux conditions économiques, sociales, morales de chaque société. Il se modifie incessamment sous leur poussée. Il évolue.

Or, le contexte socio-politique qui conditionne toute réforme du droit se reflète dans une philosophie politique. Ma thèse, c'est que la philosophie qui doit nous animer au Canada ne peut pas échapper aux transformations idéologiques internationales. Cela a été souligné par le professeur Paul Crépeau dans *The Unidroit Principles and the Civil Code of Québec : Shared Values?*² et N. Kasirer dans la préface au même ouvrage, « Values, Law Reform and Law's Conscience » en rapport avec l'adoption du nouveau *Code civil du Québec*.

Nous savons combien la nécessité d'ajuster le *Code civil du Bas Canada* à la réalité socio-économique de 1995 a requis de changements. L'attention à la personne, notamment à la socialisation du droit par l'introduction de nouvelles disposi-

* Texte révisé de sa conférence à ce colloque présenté à l'Association des civilistes de la région de l'Outaouais le 26 novembre 1998 à Ottawa.

1. H. CAPITANT, *Introduction à l'Étude du droit civil*, Paris, Pedone, 1904, p. 7.

2. P.-A. CRÉPEAU, *Les principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées? The UNIDROIT Principles and the Civil Code of Québec : Shared Values?*, Scarborough, Carswell, 1998, 200 pages.

tions sur la bonne foi, l'abus de droit, la protection du consommateur, a trouvé place. La moralisation du droit avec une réforme du droit de la famille s'est faite. En somme, comme le dit Jean-François Niort dans son article « Le Code civil face aux défis de la société moderne »³, l'on a intégré les principes de droit commun aux textes législatifs.

Un aspect de la société moderne qui doit trouver place dans toute réforme, c'est la mixité du droit, comme le nomme le professeur Maurice Tancelin dans son introduction à l'ouvrage de F.P. Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas Canada*⁴. Voir aussi « Les droits mixtes et les théories du pluralisme juridique » dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*⁵.

En guise d'introduction, je voudrais dire que je ne pense pas que l'on puisse parler d'une common law ou d'un droit civil. Il y a plutôt une famille juridique qui regroupe les systèmes de common law et une famille juridique qui regroupe les systèmes de droit civil. Ce que partagent ces familles, ce sont des sources communes dont on s'éloigne de plus en plus en raison de l'accroissement des rapports avec d'autres systèmes de droit, de la multiplication des sources de droit internationales, de la production d'outils de doctrine autochtones et du recours grandissant à la législation, même dans les juridictions de common law, pour permettre au droit de s'adapter rapidement aux changements sociaux. Dans un texte intitulé « La civilisation de la common law »⁶, H.P. Glenn explique le rapprochement des systèmes de droit. Celle-ci se fait sous la pression de la globalisation des marchés, de l'internationalisation des droits fondamentaux et de la diversification des populations nationales.

Au Canada, il y a potentiellement douze systèmes de common law si je tiens compte des deux territoires et du domaine fédéral proprement dit. Mais la structure interne du système judiciaire canadien favorise l'uniformisation; il faut parler ici de la hiérarchie judiciaire, mais aussi des nouveaux moyens de communication qui ont facilité l'accès aux décisions des tribunaux de l'ensemble du pays et des États-Unis. C'est aussi vrai de la réalité politique puisque une commission fédérale-provinciale sur l'uniformisation du droit propose régulièrement des projets législatifs qui seront éventuellement adoptés avec peu de modifications par les autorités provinciales et territoriales.

Je veux aussi mentionner, au départ, que je considère que la langue est un véhicule fort important dans l'évolution du droit. Pour les francophones, il faut accepter que les sources de la common law sont établies dans la langue anglaise et qu'elles ne seront jamais disponibles sur une large échelle dans une version traduite. Il faut aussi reconnaître que la traduction pose des problèmes très importants eu égard à la pratique de la common law en français. Certains concepts sont très difficiles à traduire. La confusion est difficile à éviter quand il y a nécessité de s'inspirer de la terminologie civiliste. Il y a aussi lieu de signaler les difficultés

3. J.-F. NIORT, « Le Code civil face aux défis de la société moderne : une perspective comparative entre la révision française de 1904 et le nouveau *Code civil du Québec* de 1994 », (1994) 39 *R. de d. McGill* 845-876.

4. F.P. WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas Canada*, (Introduction et traduction par M. TANCELIN), Toronto, Butterworth & Co. (Canada) Ltd., 1980, pp. 1-32.

5. *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 41.

6. H.P. GLENN, « La civilisation de la common law », (1993) *R.I.D.C.* 559-575.

relatives à la plaidoirie en français devant des tribunaux où les juges ne parlent pas couramment cette langue. Heureusement, cette situation s'est grandement améliorée à la Cour suprême du Canada, à la Cour fédérale et au sein des tribunaux du Nouveau-Brunswick et de l'Ontario notamment. Il reste que pour atteindre un haut degré d'interaction entre les deux systèmes juridiques au Canada, il faudra atteindre un haut niveau de bilinguisme individuel au sein de la profession d'avocat. Le droit civil du Québec est aussi difficilement accessible à l'anglophone unilingue et la difficulté d'en traduire les nuances est bien soulignée dans le *Dictionnaire de droit privé* produit par le Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec sous la direction du professeur Paul Crépeau.

Nos deux systèmes juridiques sont assez distincts. La common law se distingue par sa méthode, c'est-à-dire ses règles d'interprétation, la hiérarchie de ses sources et son raisonnement de type inductif. Le droit civil adopte un plus haut niveau de généralisation et d'abstraction afin de favoriser la cohérence et l'efficacité. Le développement de ces systèmes est cependant le produit de l'histoire plutôt qu'un choix idéologique⁷.

La Rome impériale avait étendu son système à l'ensemble de l'Europe de l'ouest, y compris l'Angleterre. La fin de cet empire, au V^e siècle, a occasionné la fragmentation de l'ordre politique et juridique. La conquête de l'Angleterre par les Normands en 1066 créa des conditions favorisant une administration de la justice centralisée. La Cour des rois Henri I et Henri III imposa la common law à tout le royaume, une loi fondée sur la pratique quotidienne. À la fin du XI^e siècle, les universités continentales redécouvrirent le *Code de Justinien* ou *Corpus iuris civilis* et l'adoptèrent comme fondement à l'enseignement du droit. Les universités anglaises étudient aussi le Code mais leur influence fut limitée parce que la common law était déjà solidement implantée et bien contrôlée par une élite professionnelle. Ces praticiens avaient un monopole et ils contrôlaient la formation juridique fondée sur les décisions de leurs tribunaux. Le rôle dominant du praticien ne s'est jamais démenti en Angleterre.

La méthode anglaise était donc fondée sur le précédent et la loi écrite était essentiellement limitée aux recours. La centralisation du système et le petit nombre des praticiens assuraient sa cohérence. Voici comment le doyen Roscoe Pound décrit la common law :

C'est une attitude d'esprit qui envisage les choses d'une manière concrète, non dans l'abstrait; qui a foi dans l'expérience plus que dans les abstractions. C'est une attitude d'esprit qui préfère avancer prudemment, sur le fondement de l'expérience, de ce cas-ci ou de ce cas-là au cas suivant, comme la justice dans chaque cas semble le requérir, au lieu de s'efforcer de tout ramener à de prétendus universaux. [...] C'est un état d'esprit fondé sur la solide habitude anglo-saxonne de manier les choses et de régler les problèmes comme ils se présentent, au lieu d'anticiper sur leur solution par des formules abstraites universelles.⁸

La common law est donc surtout caractérisée par ce processus inductif qui consiste à généraliser à partir de l'observation des points communs dans des cas particuliers pour ensuite créer des catégories juridiques dont les fondements reste-

7. A.T. VON MEHREN, « Some reflections on codification and case law in the twenty-first century », (1998) 31 *U.C. Davis Law Review*, 659-670.

8. R. POUND, « What is the common law », dans *The future of the common law*, Harvard Tercentenary Publications, 1937, 3, pp. 18-19.

ront flous et les limites flexibles. C'est du cas par cas; on ne part pas d'une règle générale pour trouver, par déduction logique, ses applications pratiques. On scrute la *ratio decidendi* de décisions anciennes et l'on procède ensuite par analogie. La common law signifie pour le praticien qu'il a accès à un droit parcellaire qu'il va découvrir selon les besoins. De là cette fiction juridique selon laquelle le juge ne fait pas le droit mais le découvre, puisque le vide juridique est impossible. C'est donc le domaine de l'incertitude intellectuelle aussi, puisque le droit est en constante évolution. Bien entendu, cette évolution n'est pas anarchique. Au contraire, chaque développement doit être justifié en le rattachant à un principe véhiculé par les causes précédentes. Selon Oliver Wendell Holmes, le droit n'est que ce que les juges disent qu'il est. Tout le monde connaît sa célèbre phrase : « La vie du droit n'a pas été la logique, mais l'expérience »⁹.

La common law, c'est pour l'essentiel le droit créé par les juges. La méthode de la common law est tributaire de ce fait. Elle fuit les généralisations, la pensée abstraite, et favorise les formulations limitées, temporaires, les principes du droit devant émerger graduellement d'une décision judiciaire à l'autre. On procède du bas vers le haut, chaque cas ayant en soi une portée limitée mais participant à l'édification d'hypothèses de travail de plus en plus précises. C'est un droit marqué par le pragmatisme. Cela explique pourquoi les Anglais ont choisi une magistrature formée de praticiens du droit, contrairement aux Européens du continent, pourquoi ils ont un style particulier de jugements, pourquoi le jugement dissident tient une place aussi importante dans leur système de justice. Il est intéressant de noter aussi que la common law s'est développée de cette manière largement à cause de la présence du jury dans les causes civiles et criminelles. Le jury est une institution anglaise qui a été exportée sur le continent européen¹⁰. Il a été d'abord adopté en Angleterre parce que les juges n'étaient pas des avocats et parce que les justiciables voulaient être protégés contre l'influence de ceux qui les nommaient. Les règles de justice fondamentale étaient de nature procédurale parce que le système était fondé sur des procédures orales et que la majorité des justiciables étaient illettrés. Les juges devaient écrire leurs motifs pour donner réalité au droit d'appel. Il faut donc conclure que le système du jury, même s'il devait être encore plus limité dans l'avenir, notamment en matière civile, continuerait de marquer la common law parce qu'il est à la source de la procédure civile et des règles de preuve, du système contradictoire aussi.

C'est, je l'ai mentionné, un droit largement dominé par la procédure et les recours, ce que l'on appelait à l'origine le système des brefs. Le principe de la *règle de droit*, comme celui de la *justice naturelle*, sont pour l'essentiel procéduraux; depuis *Magna Carta* et *l'habeas corpus*, jusqu'au *due process* garanti par la Constitution américaine, la justice est liée au respect de garanties procédurales.

Sur le continent, l'unification se fait très lentement et n'aboutit en France et en Allemagne qu'au XIX^e siècle. Déjà, les changements économiques et sociaux sont beaucoup plus rapides et ce sont les universités plutôt que les praticiens qui sont appelées à proposer des règles de droit pour encadrer la société¹¹. Le *Corpus iuris civilis* est abondant, complexe, difficile d'application parce que développé en fonction de conditions sociales depuis longtemps disparues. Il entre en

9. O.W. HOLMES, « The Path of the law », (1896-97) 10 *Harv. L. Rev.* 457-478, p. 461.

10. LORD GOFF OF CHIEVELEY, « The future of the common law », (1997) 46 *Internat. Comp. L. Q.* 745-760.

11. H.J. BERMAN, *Law and revolution*, Harvard University Press, 1983, pp. 121-164.

symbiose avec le droit canonique pour constituer le *Ius commune*¹². Les universitaires y puisent des principes et, conformément à la méthode universitaire, donnent priorité aux systèmes, institutions et principes. Dès le XIV^e siècle, les diplômés universitaires sont nommés aux postes de juges par les Seigneurs et les Rois. Une fois nommés, les juges se retournent vers les universités pour des avis.

L'unification politique provoqua le besoin de rationaliser et de rassembler les règles de droit. Il fallait dès lors faire du droit, en somme légiférer. La codification s'imposa comme une nécessité politique. Elle devait ressembler à la création universitaire à laquelle on s'était habitué; les règles feraient place à des principes généraux encadrés par une structure logique, facile à gérer.

Il est bien évident que chaque système présente des avantages et des inconvénients. Il est aussi évident que le contexte socio-économique dans lequel chaque système s'est développé a énormément changé. L'école sociologique et l'école réaliste qui émergèrent aux États-Unis dans l'après-guerre font échec au formalisme; leur influence s'étend sur tout le Canada. Comme je le disais plus tôt, ce qui est remarquable aussi c'est que le contexte international marque de plus en plus l'évolution du droit. Ceci ne se manifeste pas seulement au plan du droit commercial, mais au plan du droit privé. Les développements scientifiques et l'internationalisation du débat sur les grandes questions morales ajoutés à la mobilité des populations ont transformé le contexte socio-politique qui conditionne la formulation des normes juridiques.

La vitesse du changement exige aussi de nouvelles approches. Les systèmes de common law cherchent la cohérence et la prévisibilité en légiférant davantage; le système de droit civil attache plus d'importance à l'analyse contextuelle et à sa propre jurisprudence, notamment quand la norme codifiée est imprécise par nature (par exemple, la bonne foi). La codification comme telle gagne du terrain aux États-Unis par le biais des *restatements* et du *Uniform Commercial Code*, quoique les Américains continuent de dire que ces ouvrages sont des compilations et non des véritables codes. Chaque système doit aujourd'hui intégrer les valeurs communes de toute la société, sans exclure ou discriminer. Ils doivent évoluer en tenant compte du contexte qui est le nôtre et des besoins qui sont les nôtres. Au plan canadien, il me semble qu'il y a aussi lieu de faire une nouvelle analyse de la situation. L'interpénétration des deux systèmes de droit me semble bien imparfaite. Elle devrait faire place à un exercice qui consisterait à voir comment on peut concilier les concepts propres aux deux systèmes juridiques. Il ne suffit plus de comparer, ou même d'interpréter un système pour les fins de l'autre. À mon avis, le droit comparé doit évoluer pour devenir une science juridique véritable et contribuer plus concrètement au développement du droit.

Il est vrai que les choses ont considérablement changé, déjà. Le droit est de plus en plus codifié dans les deux systèmes. Les sources nouvelles du droit positif se multiplient; je pense ici au droit international et au droit des autochtones. Il y a beaucoup plus de traduction, de formation linguistique pour les juges et juristes, d'échanges entre facultés. Il y a un accès général à la justice criminelle en français en première instance dans tout le pays. Il y a des universités qui donnent le double diplôme de droit; d'autres ont organisé des stages d'une année pour étudiants faisant leurs études dans l'autre système. Le P.A.J.L.O. fait un travail

12. E. CAPARROS, « Les paramètres de l'enracinement du droit occidental dans le droit canonique », (1994) *Droit contemporain* 31-44, p. 38.

important. Il y a un programme d'échanges d'été pour étudiants des deux systèmes juridiques. On peut aussi dire qu'avec l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et l'influence qu'elle exerce sur tous les domaines du droit, l'on s'éloigne de plus en plus de la méthode traditionnelle de la common law en matière d'interprétation et d'application des précédents. La même chose est d'ailleurs vraie en Angleterre où la jurisprudence en matière de droits de la personne a donné bien du mal à la Chambre des lords. D'ailleurs le Parlement anglais vient d'adopter une loi intégrant dans le droit interne la *Charte européenne des droits de l'homme*. Cette loi et quelques autres qui la supplémentent vont changer profondément le rôle des tribunaux anglais et ouvrir la porte à l'application de toute une jurisprudence étrangère. Le côté négatif, chez nous, c'est le fait que les ouvrages de doctrine, les articles et la jurisprudence de langue anglaise au Québec demeurent inaccessibles à la très grande majorité des praticiens et juges des provinces et territoires de common law. J'ai aussi remarqué que le niveau de bilinguisme chez un grand nombre de jeunes juristes québécois était insuffisant pour leur donner pleinement accès aux sources du droit en langue anglaise. Les points de contact entre les deux systèmes sont insuffisants et cela nuit au développement harmonieux du droit au Canada. Il faut développer un sens d'appartenance et inculquer le désir de contribuer de façon positive et originale au développement du système si l'on veut tirer pleinement profit de la richesse extraordinaire du bijuridisme au Canada. Ce qu'il faut changer, c'est le point de départ du raisonnement juridique pour effectuer un rapprochement créatif.

Je termine donc en soulignant combien je trouve important de consentir des efforts pour rapprocher les communautés juridiques du Québec et des provinces et territoires de common law. La common law est en somme un héritage que nous avons en commun et qui doit évoluer en tenant compte de nos particularités, valeurs et langues. Elle doit se faire de plus en plus canadienne. Dans le domaine civil, le défi n'est pas le même. Le nouveau Code civil a conservé sa spécificité parce qu'il reste près de ses sources, mais il s'est aussi diversifié. Nous avons une chance unique au Canada de nourrir notre réflexion à même les deux plus grands systèmes juridiques du monde. Il faut saluer les efforts nouveaux pour tirer pleinement parti de cet atout.

Michel Bastarache
Cour suprême du Canada
Édifice de la Cour suprême
301, rue Wellington
OTTAWA (Ontario) K1A 0J1
Tél. : (613) 996-9197
Télec. : (613) 952-1967
Courriel : Bastaram@scs.css.gc.ca