

LA COUR SUPRÊME ET LA DUALITÉ CANADIENNE

ROBERT DÉCARY*

Hull

Il est essentiel que la structure de la Cour soit repensée de manière à refléter aussi bien la dualité juridique du pays que, sur un plan plus global, sa dualité politique.¹

Introduction

La Cour suprême est rarement à la une des projets de réforme constitutionnelle. Les hommes politiques se méfient de tout ce qui pourrait être perçu comme un geste de critique à l'égard d'un pouvoir judiciaire qui doit, en principe, rester à l'abri de tout soupçon, voire de tout regard. La population ne s'intéresse guère au sort d'un organisme dont elle ne comprend pas vraiment la structure ni la fonction et qui demeure à ses yeux une sorte de salon bourgeois et lointain que fréquentent les plus grands plaideurs mais auquel ne sont généralement pas conviés ceux dont on décide pourtant le sort. Le Barreau aussi se montre réticent à formuler des commentaires: le libéralisme qu'il affiche à l'occasion à l'égard d'institutions dans lesquelles il n'est pas impliqué, telles le Sénat et la monarchie, fait place, dès qu'il y a risque de chambardement d'habitudes acquises au cours des siècles, au conservatisme le plus prudent. Quant à la magistrature, il est de tradition qu'elle ne se commente pas ou peu elle-même.

Aussi, à défaut d'appui chez les hommes politiques, la population et le Barreau, la Cour suprême, en plein période de réforme constitutionnelle, se retrouve-t-elle en quelque sorte dans un *no man's land*, où seuls osent s'aventurer quelque comité ou commission non-juridique, ou encore quelque avocat oublieux de son devoir premier à l'égard du *statu quo* et du respect des institutions établies.

Et pourtant, la Cour suprême, du fait qu'elle doive trancher les différends qui opposent les ordres de gouvernement, est régulièrement appelée à interpréter la Constitution du pays et exerce ainsi,

* Robert Décary, Membre du Barreau du Québec, Hull.

L'auteur était chercheur au sein de la Commission de l'unité canadienne, où il assumait notamment la responsabilité de cette partie du *Rapport* qui traite de la Cour suprême. Avec la permission de la Commission, mais sans engager pour autant cette dernière, il s'est inspiré, dans ce texte, des documents de travail qu'il avait, de concert avec un collègue, Me Paul Martin, soumis aux huit Commissaires.

¹ Se retrouver, *Rapport de la Commission de l'unité canadienne* (1979), p. 108.

directement quoique de façon discrète, une influence prépondérante sur l'évolution du fédéralisme canadien. Aussi, plutôt que de craindre de s'attaquer à une institution aussi prestigieuse, devrait-on reconnaître qu'elle est trop intimement liée à la vie constitutionnelle du pays pour ne pas devoir être l'objet, elle aussi, d'une réforme en profondeur, et ce indépendamment de la valeur de ses services passés et sans qu'il ne soit question de mettre en doute la compétence et l'intégrité de ses membres.

Ce propos se limitera à l'aspect sans doute le plus politique de la réforme de la Cour suprême, soit la mesure dans laquelle la Cour suprême devrait refléter la "dualité canadienne", et ce, à la lumière de l'analyse et des recommandations de la Commission de l'unité canadienne.

I. La Cour suprême d'aujourd'hui et la dualité.

La structure actuelle de la Cour suprême est établie de manière à reconnaître la dualité juridique canadienne, entendons par là la co-existence de deux systèmes de droit privé, le droit civil, conservé au Québec par l'Acte de Québec de 1774,² et la *common law*, introduite dans le reste du Canada lors de la Conquête. Ainsi, des neuf juges qui composent la Cour, trois sont nécessairement choisis parmi les membres du Barreau ou parmi les juges de la Cour du Banc de la Reine ou de la Cour supérieure du Québec³ et la coutume veut que ces trois juges siègent sur le banc qui entend les causes de droit privé en provenance du Québec.

La dualité est également présente, sous un autre aspect, dans le phénomène d'alternance entre un juge en chef anglophone et un juge en chef francophone: ainsi, au cours des quelque trente-cinq dernières années, se sont succédés les juges en chef Duff, Rinfret, Kerwin, Taschereau, Cartwright, Fauteux et Laskin. D'aucuns ne voient dans cette alternance qu'un autre reflet de la dualité juridique. Il serait plus juste d'y voir une dimension additionnelle, la reconnaissance non plus seulement de la co-existence de deux systèmes de droit mais aussi de la co-existence de deux nations, ou peuples fondateurs, ou majorités (chacun a sa manière de définir la dualité anglophonie-francophonie). Il y aurait ainsi, au niveau de la Cour suprême, qui est, de par sa nature, au-dessus ou à l'écart de la vie politique, une forme discrète de reconnaissance d'une dualité quasi-politique. Cette dimension extra-juridique est confirmée par le fait qu'elle ne soit pas propre à la Cour suprême, et qu'on la retrouve, par exemple, au niveau du gouverneur général et de la présidence du Sénat.

² S.R.C., 1970, Appendice II, p. 131.

³ Art. 6, Loi sur la Cour suprême, S.R.C., 1970, ch.S-19.

La dualité se manifeste, enfin, dans l'utilisation de l'une ou l'autre des deux langues officielles du pays.⁴

Il est intéressant de constater qu'en reconnaissant la dualité juridique en Cour suprême, le Parlement reconnaissait implicitement la spécificité non pas du Canada français, mais du Québec, puisque le Québec est la seule province qui soit régie par le droit civil. Ainsi, la distinction en Cour suprême ne se faisait pas entre francophones et anglophones, comme c'était le cas dans les autres expressions de la dualité, mais entre Québécois, de quelque langue qu'ils soient, et non-Québécois. Cette constatation est importante, car on y trouve un embryon de la dimension politique de la dualité canadienne. La Cour suprême, à son insu, aura peut-être servi de modèle à la Constitution de demain!

L'évolution politique du pays, au cours des dernières années, a modifié sensiblement la perception qu'avaient les Canadiens eux-mêmes de la dualité. Ce n'est plus seulement une question d'origine, ou de langue, ou de droit, ou d'ethnie, ou de sentiments—pour reprendre les éléments définis par la Commission de l'unité canadienne—, c'est devenu aussi, surtout, une question de pouvoir politique. Le Québec est devenu—ces mots sont tirés du *Rapport*—“le château-fort du peuple canadien-français”, “le phare de la présence française en Amérique du Nord”, et “c'est avec cette réalité que les autres Canadiens—et le système fédératif—doivent composer”.⁵

La Cour suprême devra, elle aussi, “composer avec cette réalité”. Il n'est plus possible, s'il le fut jamais, de la considérer comme une institution à part, sous le prétexte de l'indépendance des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Elle fait partie du système fédératif au même titre que la Chambre des communes et le Sénat. Elle doit être greffée à la réalité sociale, économique et politique au même titre, par exemple, que le partage des compétences.

D'avantage, encore. Du fait qu'elle soit l'arbitre ultime des différends constitutionnels et qu'elle constitue l'instrument par excellence d'évolution du système fédératif, sa structure, sa composition et sa juridiction doivent refléter la société canadienne de façon plus parfaite que toute autre institution du gouvernement central. C'est dans cette perspective que s'est situé le *Rapport* de la Commission de l'unité canadienne.

⁴ Voir Gérard A. Beaudoin, *La Cour suprême du Canada et le contrôle de la constitutionnalité des lois*, Sixièmes Journées Jean Dabin (1973), p. 187.

⁵ *Op. cit.*, note 1, p. 25.

II. La Commission de l'unité canadienne et la Cour suprême de demain.

La Commission Pepin-Robarts a surpris les observateurs par l'importance qu'elle attachait à la dualité sous toutes ses formes, et ce même dans une institution aussi à l'abri des changements que l'est la Cour suprême du Canada. En recommandant le maintien des appels en droit privé québécois; en recommandant que seuls des juges de formation civiliste entendent les causes québécoises portant sur l'interprétation de lois québécoises—pas seulement le Code civil—; en recommandant que les causes québécoises portant sur l'interprétation de lois fédérales soient jugées par un banc dont la majorité des membres serait de formation civiliste; en recommandant que toute cause constitutionnelle soit entendue par un banc de onze juges, dont cinq seraient de formation civiliste; en recommandant que continuent de se succéder, dans la fonction de juge en chef, un juge de *common law* et un juge de droit civil, à tour de rôle, la Commission a voulu que la Cour suprême devienne, de toutes les institutions fédérales, celle qui refléterait le mieux la dualité canadienne.

A) Dualité et juridiction.

Plusieurs commentateurs, québécois surtout, ont proposé d'abolir les appels en droit privé québécois, de manière à assurer de façon on ne peut plus certaine la pureté d'un droit civil par trop exposé à l'influence de la *common law*. Cette proposition constitue, à n'en pas douter, une façon de reconnaître la dualité juridique.

La Commission l'a cependant écartée, pour divers motifs. Le premier, d'ordre purement politique; paraît péremptoire: "Nous sommes convaincus qu'il est important que le Québec soit aussi présent dans les institutions centrales que toutes les autres provinces".⁶ N'est-il pas, en effet, essentiel que le Québec soit présent, à part entière, comme toutes les autres provinces, dans chaque institution du gouvernement central? N'y aurait-il pas risque, autrement, d'entraîner une érosion de l'intérêt du Québec à l'égard d'une institution centrale, dans un premier temps, et à l'égard du fédéralisme lui-même, dans un second temps? S'il fallait exclure le Québec d'une institution centrale à cause, justement, de sa spécificité juridique, ne serait-ce pas là un aveu de l'impossibilité dans laquelle se trouverait le fédéralisme canadien d'accommoder et respecter la spécificité québécoise, et ne serait-ce pas là une tentative dangereuse de répondre par une solution de facilité à un problème inhérent au fédéralisme canadien?

⁶ *Op. cit.*, *ibid.*, p. 108.

Le second motif est d'ordre plus pratique. Un des arguments invoqués par ceux qui prônent l'abolition des appels en droit privé québécois est à l'effet qu'il y a très peu d'appels de cette nature et que ces appels requièrent un nombre disproportionné de juges civilistes. Ces commentateurs justifient généralement leurs prétentions par le fait qu'on compte sur les doigts de la main le nombre de jugements, en Cour suprême, qui concernent le droit civil pur. Mais ils oublient, ce faisant, que la Loi sur la Cour suprême⁷ ne favorise pas l'audition de causes de droit civil pur, ces dernières étant rarement, à l'échelle du pays, une affaire "d'importance pour le public".⁸ Ils oublient surtout que la culture québécoise ne se confine pas, en matière juridique, au droit civil pur, et qu'au contraire elle s'étend à tout ce qui émane du législateur québécois et imprègne même ces lois que le législateur emprunte à d'autres systèmes juridiques. Ainsi, par exemple, la Loi de la protection du consommateur⁹ est aussi "civiliste" que le Code civil, et la responsabilité des municipalités et des corporations, quoiqu'établie par des lois inspirées de la *common law*, doit s'apprécier en termes "civilistes". Il sera utile, à ce propos, de rappeler cette réflexion de Marcel Faribault:¹⁰

On ne peut s'empêcher de penser et de sentir dans une seule langue, quelle que soit sa maîtrise ou son utilisation fréquente d'une autre. Ceci n'est jamais plus vrai qu'en matière de droit, tout façonné qu'il est par les habitudes, les adages, les traditions et les sentiments d'un peuple.

Les commentateurs qui réduisent le génie juridique québécois au seul droit civil, ne tiennent pas compte du fait que toute législation québécoise fait partie intégrante de la culture québécoise et ils se retranchent derrière une conception dépassée de la dualité juridique canadienne. Marcel Faribault et Robert M. Fowler proposaient d'ailleurs, dans leur projet de constitution, que seuls des juges civilistes entendent les appels du Québec non seulement en matière de droit civil, mais aussi en matière de droit municipal, scolaire ou paroissial.¹¹

Et dès qu'on se réfère, non plus aux causes de droit civil pur, mais aux causes concernant des lois québécoises, on arrive à des statistiques étonnantes. Ainsi, des quelque 230 jugements rendus par la Cour suprême entre le 1er janvier 1977 et le 31 décembre 1978, 44 concernaient des lois québécoises (dont 25 étaient de droit civil pur); 71 concernaient des lois des autres provinces; 69, dont 14 du

⁷ *Supra*, note 3.

⁸ *Ibid.*, art. 41 (1).

⁹ L.Q., 1978, ch. 9.

¹⁰ Vers une nouvelle constitution (Fidès, 1967).

¹¹ Dix pour un ou le Pari confédératif (1965), p. 79.

Québec, concernaient le Code criminel; 28, dont 4 du Québec, concernaient des lois fédérales; et 18, dont 6 du Québec, concernaient des problèmes de nature constitutionnelle.¹² Ce qui veut dire qu'au cours des deux dernières années, la tâche de la Cour suprême s'est répartie comme suit: lois québécoises, 19%; lois des autres provinces, 31%; Code criminel, 30%; lois fédérales, 12%; et problèmes constitutionnels, 8%, et que 29% des causes entendues par la Cour suprême provenaient du Québec.

Ces chiffres sont éloquentes. Ils indiquent, hors de tout doute, que les lois québécoises, y compris le Code civil, sont on ne peut plus présentes en Cour suprême. Et ils confirment que le nombre de juges québécois, sur le plan juridique en tout cas, est amplement justifié.

B) Dualité et structure.

A compter du moment où l'on reconnaît la nécessité de conserver à la Cour suprême sa juridiction dans le domaine du droit privé, il faut chercher à déterminer une structure qui permettrait à cette Cour, sans faire violence ni au système de *common law* ni au système de droit civil (dans le sens étendu que nous donnons au mot "système"), de refléter la dualité juridique.

Certains se satisfont de la pratique actuelle, en vertu de laquelle les causes émanant du Québec sont généralement entendues, lorsqu'elles concernent une matière civile, par un banc de cinq juges sur lequel siègent les trois juges québécois. Sauf en de très rares occasions, les jugements sont alors rédigés par l'un ou l'autre des juges québécois, et les deux juges non-québécois se contentent de se rallier à l'opinion de leurs collègues. Parallèlement, en ce qui a trait aux causes de droit privé émanant des autres provinces, il arrivera qu'un ou deux juges québécois entendent la cause et, à l'occasion, rédigent eux-mêmes le jugement, et en anglais.¹³

D'autres, tels le gouvernement fédéral de M. Trudeau en 1978, ont proposé que quatre juges, au lieu de trois, viennent du Québec. Ces juges décideraient en exclusivité "de question de droit relative au droit civil de la province de Québec".¹⁴ Paradoxalement, le

¹² Ces statistiques, non officielles, ont été compilées par l'auteur à même les résumés des jugements faits par le Conseil canadien de la documentation juridique.

¹³ Au cours des années 1977 et 1978, les trois juges civilistes ont rédigé quatorze jugements, dont six à titre de dissidents, dans des causes relatives au droit provincial des autres provinces. Pendant cette même période, les six juges de *common law* ne rédigeaient que sept jugements, dans des causes relatives aux lois québécoises, dont trois à titre de dissidents, deux qui ne faisaient qu'une seule page et cinq qui portaient la signature d'un même juge, soit le juge Dickson.

¹⁴ Art. 111 du Projet de loi sur la réforme constitutionnelle, juin 1978.

Projet n'interdit pas aux juges du Québec de décider "de question de droit relative au droit privé des autres provinces". Le projet ne précise pas non plus comment la décision des juges du Québec sur une question de droit civil s'intégrerait à une décision de la Cour relative, en même temps, à d'autres questions. Il ne précise pas ce qu'il faut entendre par une "question de droit relative au droit civil de la province de Québec". Et il crée une anomalie en ce qu'un banc de quatre juges est susceptible d'en arriver à une impasse, et en ce qu'un banc de trois juges, si l'on voulait prévenir toute impasse, pourrait être appelé à renverser une décision elle-même rendue par un banc d'appel de trois juges au moins.

La Commission de l'unité canadienne y est allée, pour sa part, de propositions beaucoup plus précises.

Les causes qui ne concernent que des lois québécoises seraient entendues par une chambre civile, formée des juges de formation civiliste. Les causes qui ne concernent que des lois des autres provinces seraient entendues par une chambre de *common law*, formée des juges de formation de *common law*. Les causes qui ne concernent que des lois fédérales, y compris le Code criminel, ou qui concernent à la fois des lois fédérales et des lois provinciales, seraient entendues par un banc de juridiction fédérale, formé de tous les membres de la Cour mais qui siègerait avec une majorité de juges civilistes lorsque la cause viendrait du Québec, et avec une majorité de juges de *common law* lorsque la cause viendrait des autres provinces. Les causes constitutionnelles (y inclus celles concernant les droits de la personne) seraient entendues par un banc de juridiction constitutionnelle, sur lequel siègeraient tous les membres de la Cour, soit cinq juges de formation civiliste et six juges de formation de *common law*.

Ces recommandations, qui paraîtront radicales aux yeux de ceux qui n'ont pas suivi le débat constitutionnel depuis vingt ans, se situent pourtant dans le prolongement naturel de propositions faites depuis 1956. Elles combinent, en quelque sorte, les idées mises de l'avant par la Commission Tremblay, en 1956, pour qui:¹⁵

... à défaut de pouvoir soustraire à la Cour suprême fédérale les causes relevant de notre Code civil, le gouvernement du Québec devrait exiger, d'une part, et le gouvernement d'Ottawa devrait faire en sorte, d'autre part, que de telles causes soient jugées par un tribunal composé de cinq juges de la Cour suprême comprenant obligatoirement les trois juges de formation juridique québécoise, ces derniers devant par surcroît rendre une décision unanime chaque fois qu'il s'agirait de renverser un jugement de la plus haute cour québécoise. C'est là une suggestion qui si elle était mise en pratique, contribuerait à faire naître chez la population du Québec, une plus grande confiance à l'égard de la Cour suprême fédérale;

¹⁵ Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels (1956), Vol. III, t. 1, p. 300.

par Albert Mayrand,¹⁶ qui proposait soit “de constituer ce haut tribunal en deux chambres, l’une de *common law* et l’autre de droit civil, ou, encore, d’exiger que les affaires de droit civil soient entendues devant une majorité de juges civilistes”; par Jacques-Yvan Morin,¹⁷ qui proposait une Cour composée de quinze membres, dont cinq du Québec, et divisée en trois chambres, les chambres civiles, de *common law* et constitutionnelle, cette dernière étant constituée des cinq juges québécois et de cinq autres juges; par Edward McWhinney,¹⁸ qui proposait aussi une Cour divisée en trois chambres; par Pierre Azard,¹⁹ qui proposait une chambre civile constituée soit uniquement soit en majorité de juges civilistes; par André Brossard,²⁰ qui proposait un banc constitutionnel de douze juges, dont quatre québécois; par W.R. Lederman,²¹ qui proposait une Cour composée de quinze membres, dont cinq du Québec, avec un banc civil formé en majorité de juges québécois, et un banc constitutionnel formé de dix juges, dont les cinq juges québécois; par Gérald A. Beaudoin,²² qui proposait une Cour composée de quinze membres, dont cinq du Québec, et divisée en trois chambres, la chambre civile, formée des seuls juges québécois, la chambre de *common law*, formée des seuls juges des autres provinces, et la chambre constitutionnelle, formée de cinq juges du Québec et de six juges des autres provinces; et par Robert Décary,²³ qui proposait une Cour composée de quatorze membres, dont cinq du Québec, et divisée en quatre chambres, la chambre civile, formée des seuls juges québécois et ayant juridiction sur les questions de lois québécoises, la chambre des provinces anglaises, formée des seuls juges des autres provinces et ayant juridiction sur les questions de lois provinciales desdites provinces, la chambre fédérale, ayant juridiction sur les questions de lois fédérales et composée d’une majorité de juges québécois si la cause émane du Québec et d’une majorité de juges des autres provinces si la cause émane de l’une de

¹⁶ Le droit comparé et la pensée juridique canadienne (1957), 17 R. du B. 1.

¹⁷ A Constitutional Court for Canada (1965), 43 R. du B. can. 545, et le Québec et l’arbitrage constitutionnel (1967), 45 R. du B. can. 608.

¹⁸ A Supreme Court in a Bicultural Society: The Future Role of the Canadian Supreme Court, A Background Paper for the Ontario Advisory Committee on Confederation (1965).

¹⁹ La Cour suprême du Canada et l’application du droit civil de la province de Québec (1965), 43 R. du B. can. 553.

²⁰ La Cour suprême et la Constitution (1968).

²¹ Reform of the Supreme Court (1970), 8 Alberta L. Rev. 1.

²² La révision constitutionnelle et le statut de la Cour suprême (1970), 1 R.G.D. 257, et Du maintien des appels à la Cour suprême du Canada en matière de droit civil (1976), 15 Alberta L. Rev. 144.

²³ Une nouvelle constitution pour le Canada, Le Devoir 7, 8 et 9 septembre 1977.

ces provinces, et la chambre constitutionnelle, formée de huit ou dix juges dont la moitié serait du Québec.

La Commission Pepin-Robarts n'a donc fait qu'ajouter sa voix à celles, nombreuses, qui réclamaient, en quelque sorte, un statut particulier pour le Québec au sein de la Cour suprême, statut particulier qui, prenant la forme de bancs et chambres distincts, attesterait à la fois de la dualité juridique (approche civiliste—approche de *common law*), et de la dualité politique (Québec—reste du Canada) du pays.

a) *Banc de juridiction provinciale.*

La Commission a cru bon de séparer les deux systèmes et d'assurer à l'un et à l'autre un plein épanouissement selon son génie propre en recommandant que seuls des juges civilistes entendent les causes concernant le droit québécois et que seuls les juges des autres provinces entendent les causes concernant le droit des autres provinces.

La cloison n'est toutefois pas entièrement étanche, puisque d'une part c'est un banc composé des juges des deux systèmes qui entendrait toute cause où, en plus de questions de droit provincial, il y aurait quelque question de droit fédéral ou de droit constitutionnel, et d'autre part le juge en chef aurait discrétion—ce détail a été malheureusement omis dans le texte final du *Rapport*—pour convoquer un banc de sept, neuf ou même onze juges, s'il était d'avis qu'une question de droit exclusivement provincial méritait de retenir l'attention de plus de cinq juges.

En ne fermant pas complètement la porte à l'interaction des deux systèmes même en droit provincial, la Commission répondait à l'avance aux arguments de ceux qui craignent les problèmes engendrés par la "qualification" des questions et les possibilités de va-et-vient entre les divers bancs, aux arguments de ceux qui craignent qu'une question d'importance majeure, quoique de droit provincial—l'affaire *Roncarelli*,²⁴ par exemple—ne soit jugée que par les membres d'un seul système, et aux arguments de ceux qui craignent un appauvrissement de chacun des systèmes du fait qu'ils ne puissent s'influencer l'un l'autre.

Sur ce dernier point, le débat dure depuis un siècle, et il apparaît impossible de réconcilier les opinions de ceux qui se félicitent de toute interaction des systèmes et de ceux qui y voient une menace à la pureté du droit civil. Il est toutefois intéressant de constater qu'on ne parle à peu près jamais d'une influence que le droit civil aurait sur la *common law*, et qu'on applaudit ou craint à peu près toujours l'influence de la *common law* sur le droit civil:

²⁴ [1959] R.C.S. 122.

Il nous a été impossible de relever un seul exemple significatif démontrant que, dans ses tentatives d'unification du droit, la Cour suprême ait fait sienne une solution du droit québécois et l'ait appliquée aux droits des autres provinces. Par contre il existe de nombreux exemples de la situation inverse.²⁵

Ce facteur est significatif, comme l'est le fait que la préoccupation de protéger le droit civil s'est manifestée beaucoup plus chez les juges et commentateurs francophones que chez ceux de langue anglaise. Pour Gerald Le Dain, par exemple,²⁶

The proposals for a civil law division or chamber in the Supreme Court of Canada and a special constitutional court suggest an over-simplified view of the manner in which legal issues come before the courts for determination. Although it may be convenient for educational purposes to segregate the branches of law and to teach them as if they were watertight compartments, they rarely present themselves in this form in practice.

tandis que pour Pierre Azard,²⁷

L'influence mauvaise a souvent été dénoncée, lorsqu'il s'est agi, depuis la création de la Cour suprême du Canada, de faire interpréter un droit civil par une Cour de Droit commun et d'équité, composée d'un juge en chef et de juges puinés, dont une minorité seulement sont originaires de la province de Québec. Malgré toute l'objectivité et la conscience dont ces magistrats font preuve, il ne faut pas se dissimuler que bien souvent—beaucoup plus autrefois, certes, qu'à l'époque actuelle—le droit civil a été interprété à l'anglaise: soit par le simple jeu, brutal et inévitable, de la majorité arithmétique; soit pas l'action, beaucoup plus discrète mais incontestable, que la vie intellectuelle dans un milieu anglo-saxon exerce sur le raisonnement du juge du Québec siégeant à Ottawa.

pour Gérald A. Beaudoin,²⁸

Le contrôle des juristes québécois en droit civil doit être absolu et doit inspirer une confiance inébranlable. L'intégrité des deux systèmes de droit privé semble être à ce prix.

pour Jules Deschênes,²⁹

Les deux systèmes ont un génie qui leur est propre. Aussi est-il préférable que chacun d'eux se développe le long de ses propres lignes de force, sinon c'est la corruption qui le guette et non le progrès.

²⁵ Jean-Louis Baudouin, *L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada* (1975), 53 R. du B. can. 715, à la p. 719.

²⁶ Concerning the Proposed Constitutional and Civil Law Specialization at the Supreme Court Level (1967), 2 R.J.T. 107, à la p. 109. On peut noter que la majorité des critiques de Me Le Dain ne s'appliqueraient pas à une Cour constituée de la manière proposée par la Commission Pepin-Robarts: le problème de "qualification" des questions ne se poserait pas, puisque toute cause ayant quelque lien avec une loi fédérale serait entendue par le banc de juridiction fédérale, que toute cause ayant quelque connotation constitutionnelle (incluant les droits de la personne) serait entendue par le banc de juridiction constitutionnelle, et que toute cause pourrait, à la discrétion du juge en chef, être entendue par toute la Cour.

²⁷ *Op. cit.*, note 19, à la p. 555.

²⁸ La révision constitutionnelle, et le statut de la Cour suprême, *op. cit.*, note 22, à la p. 261.

²⁹ Les plateaux de la balance (1979), p. 67.

et pour Albert Mayrand,³⁰

La Cour suprême du Canada est composée d'une majorité de juristes formés à l'école du *common law*, appelés le plus souvent à juger selon la technique et les principes du *common law*. De ces faits inévitables découle naturellement un danger de métissage du droit civil par voie d'interprétation judiciaire.

Le danger ne peut être supprimé, mais on peut le conjurer . . .

. . . l'uniformisation du droit n'est pas un mal en soi. Produit d'une confusion et d'une imprécision de doctrine, elle doit être combattue. Résultat d'une comparaison éclairée et d'un éclectisme rationnel, elle est un bienfait. Entre ces deux sortes d'uniformisation, il y a la même différence qu'entre un vulgaire métissage et une greffe savante. D'ailleurs, l'étude du droit comparé n'incite à l'uniformisation que dans les secteurs très limités du droit. Somme toute, elle renforce le particularisme de chaque système juridique en mettant en relief ses caractères fondamentaux.

Tandis que l'uniformisation inconsciente, l'imitation irréfléchie, se fait aux dépens du système juridique de la minorité, sans profit pour celui de la majorité, l'emprunt rationnel peut être réciproque; il établit un échange enrichissant pour les uns comme pour les autres. Vu de cet angle, notre droit civil n'est pas un héritage exclusif au Québec. Ce dernier ne doit pas se contenter de le conserver comme dans une réserve. En bon fiduciaire, il doit aussi le faire progresser et le rendre disponible pour tous les bénéficiaires éventuels, notamment les autres provinces canadiennes.

Il est inutile de pousser plus loin le débat. La question n'est plus, véritablement, de savoir si à un moment ou à un autre, dans le passé ou à l'heure présente, il y a eu ou il y a influence de la *common law*. Elle est plutôt de savoir si, dans le contexte politique actuel, où le nationalisme québécois s'affirme de plus en plus—et y a-t-il endroit plus normal, où il s'affirmerait, que dans le domaine juridique qui fut, depuis le début, et du consentement même des conquérants de jadis, la pierre angulaire de la culture française en Amérique du Nord?—tous les efforts ne devraient pas être faits, *par principe*, pour garantir la survie et l'épanouissement, dans le contexte nord-américain, du droit québécois en tant qu'expression d'une culture minoritaire et menacée. De même que le Québec cherche, parfois désespérément, à protéger sa langue en territoire nord-américain, de même devrait-on lui permettre de protéger son droit propre, sa façon de le créer, sa manière de l'interpréter, et ce d'autant plus que dans le domaine juridique, l'infiltration de concepts étrangers est plus sournoise et plus abstraite que dans le domaine linguistique.

Il ne faut pas, par ailleurs, conclure qu'avec des cloisons—qui, de toutes façons, comme on l'a vu, ne sont pas complètement étanches—on perde toute possibilité qu'un système s'enrichisse sous l'influence de l'autre. Chacun des juges, individuellement, qui côtoie jour après jour, souvent sur un même banc, des collègues de l'autre système, ne peut échapper à leur influence. L'échange est

³⁰ *Op. cit.*, note 16, aux pp. 2 et 3.

constant sans qu'il soit nécessaire de l'institutionnaliser, et il est bénéfique dans la mesure où la décision d'incorporer ou non un concept étranger est prise par un juge qui est en mesure d'évaluer, dans ses moindres détails, l'impact de cette incorporation sur son propre système de droit. Il ne s'agit donc pas d'écarter toute forme d'interpénétration: il s'agit plutôt de la contrôler. Comme le disait Albert Mayrand ci-haut, il ne s'agit pas de supprimer le danger mais de le conjurer, de favoriser l'emprunt rationnel plutôt que l'uniformisation inconsciente.

Il ne faut pas oublier, non plus, qu'il appartient au législateur, davantage qu'au juge, de décider quand et comment il y a lieu d'emprunter un concept étranger. Pour reprendre les mots de Gérard A. Beaudoin,³¹

La Législature québécoise peut toujours corriger pour l'avenir les effets d'un jugement de la Cour suprême en droit civil qu'elle trouve peu respectueux du génie du droit civil. Mais il s'agit là évidemment d'un contrôle *ex post facto* et non entièrement satisfaisant.

Que ce soit davantage ou tout autant pour le principe de sauvegarder l'autonomie du droit québécois que par la crainte de le voir trop influencé par la *common law*, il apparaît donc possible de constituer deux bancs distincts, dans les cas de législation provinciale, sans que cela ne nuise au fonctionnement de la Cour et sans que cela n'isole tout-à-fait l'un de l'autre les deux systèmes de droit.

La constitution des chambres de droit civil et de *common law* rendrait aussi inutiles certaines pratiques et façades actuelles dont les avocats et justiciables québécois font malheureusement les frais. Ce sujet est généralement tabou dans les cercles juridiques, du moins sur le plan officiel, mais il apparaît nécessaire, ne serait-ce que pour mieux faire comprendre aux avocats des autres provinces les réticences que de nombreux Québécois peuvent avoir à l'égard de la Cour suprême, de dénoncer le mythe de l'égalité des deux langues officielles devant la plus haute Cour du pays.

L'avocat québécois francophone qui se présente, dans une cause civile, devant un banc de cinq juges, sait que, règle générale, deux des cinq juges ne connaîtront pas suffisamment la langue de Molière pour le suivre dans toutes les subtilités de son argumentation ni pour saisir toutes et chacune des nuances des textes, en vieux français parfois, qui appuient cette argumentation. Il sait, aussi, que règle générale, le jugement sera écrit par l'un des juges civilistes et que les juges de *common law*, systématiquement, se rallieront à ce jugement sans y ajouter quelque commentaire que ce soit.

Ainsi que le souligne Jean-Louis Baudouin,³²

³¹ Du maintien des appels à la Cour suprême du Canada en matière de droit civil, *op. cit.*, note 22, à la p. 147. Voir aussi Pierre Azard, *op. cit.*, note 19, à la p. 557.

³² *Op. cit.*, note 25, à la p. 725.

... on peut logiquement présumer qu'un juge venant d'une province autre que le Québec ne connaît pas aussi bien le droit civil, la tradition civiliste et le processus de raisonnement s'attachant à celle-ci, que la *common law* qui est son propre droit. Parfois même, et l'histoire de la Cour suprême l'a montré, il l'ignore complètement.

Il est donc normal, parce que rassurant pour lui, qu'il qualifie et caractérise les problèmes juridiques soulevés dans les instances québécoises selon son propre schème de pensée, et recherche ensuite dans les sources qu'il connaît le mieux à appliquer, par analogie, aux affaires québécoises, la solution dégagée par sa propre jurisprudence.

D'autre part, une autre explication tient sans doute à la barrière des langues. Si, à l'heure actuelle un bon nombre de magistrats de la Cour suprême semblent bilingues, il en a rarement été ainsi par le passé. On peut donc émettre l'hypothèse, que devant l'impossibilité de lire et de comprendre la jurisprudence et la doctrine de langue française, ces juges se sont tout naturellement tournés vers les autorités de langue anglaise:

En d'autres termes, le quorum de cinq juges n'est qu'une façade. Façade indispensable, dans la mesure où la Cour d'appel du Québec siège elle-même, normalement, avec un banc de trois juges: il serait en effet inhabituel que sa décision soit révisée, en Cour suprême, par un nombre égal, voire inférieur de juges. Mais façade quand même, qui ne leurre plus personne et qu'il serait facile d'éviter si l'on créait une chambre civile composée de cinq juges civilistes.

Il ne faut pas voir, dans ces dernières réflexions, quelque critique à l'endroit des juges de *common law* qui siègent à la Cour suprême. Il suffit d'un peu de réalisme pour se convaincre que la pratique ou l'enseignement du droit, au Canada anglais, ne requiert pas la connaissance de la langue française. On peut certes espérer que les barreaux provinciaux fassent de plus grands efforts de "bilinguisme", mais on ne peut s'attendre à des progrès rapides. Il serait évidemment préférable que tous les membres du plus haut tribunal du pays soient bilingues ou le deviennent, mais il serait malheureux que la Cour puisse être privée des services d'un brillant avocat pour le seul motif que ce dernier ne parlerait pas le français. Et comme la connaissance d'un autre système de droit exige une connaissance très poussée de la langue dans laquelle ce système évolue:

Il ne me paraît pas possible de faire chez nous des études assez poussées en droit comparé sans une connaissance suffisante de l'anglais et du français.³³

il serait presque odieux d'imposer à des juges anglophones une forme de "biculturalisme" juridique, et naïf de croire qu'ils pourraient l'acquérir une fois en poste. Le problème ne se pose pas de la même façon en ce qui concerne les juges civilistes, car la *common law* est un système qui est en vigueur à maints égards au Québec, et la formation d'un avocat, au Québec, implique un minimum vital de bilinguisme et de biculturalisme juridique.

³³ Albert Mayrand, *op. cit.*, p. 3.

Par la création des chambres civiles et de *common law*, le droit québécois serait mieux protégé, les droits des québécois francophones seraient mieux respectés, des façades parfois ridicules disparaîtraient, des candidats prestigieux de *common law* seraient moins effrayés d'accepter de siéger à la Cour suprême et des juges anglophones ne seraient pas forcés, pour la parure, d'entendre des causes dans lesquelles ils seraient incapables de rendre jugement.

Et en étendant à toute la législation provinciale, la juridiction de ces chambres, non seulement reconnaîtrait-on que c'est tout le droit québécois, et non seulement le Code civil, qui fait partie du patrimoine culturel québécois, mais aussi évite-t-on le problème, souvent insoluble et auquel donnent lieu de nombreuses propositions de réforme, dont celles du gouvernement fédéral en 1978, de déterminer ce qu'est, précisément, une "question de droit civil."

b) *Banc de juridiction fédérale.*

Fidèle à son souci de respecter la dualité, la Commission Pepin-Robarts propose qu'elle soit présente même dans le banc de juridiction fédérale, et ce non seulement lorsque ce banc entend des causes où s'entremêlent lois provinciales et lois fédérales, mais aussi lorsqu'il entend des causes concernant seulement des lois fédérales.

Le résumé, forcément incomplet, que la Commission a publié de ses réflexions sur la Cour suprême, n'a pas précisé en quoi la dualité se manifesterait au niveau du banc de juridiction fédérale, et je me permets ici de le compléter brièvement. Règle générale, et à moins que le juge en chef n'ordonne que les onze juges entendent la cause, la quorum du banc de juridiction fédérale serait de sept ou neuf juges. Une majorité de ces juges serait civiliste, si l'appel émane du Québec, et de *common law*, si l'appel émane d'une autre province.

Les avantages d'un tel banc sont nombreux. En lui donnant juridiction dès qu'une loi fédérale est en cause, peu importe qu'une loi provinciale le soit aussi, on évite, encore ici, le problème de déterminer à quel banc renvoyer une affaire précise. En faisant siéger sur ce banc les juges des deux formations, on permet l'interpénétration, au besoin, des deux systèmes, ainsi que leur entière participation au développement du droit fédéral, et on assure l'uniformité de l'interprétation des lois fédérales. En exigeant une majorité de juges civilistes lorsque la cause émane du Québec, on s'assure: 1) que toute question relative à une loi québécoise serait décidée par un banc de majorité civiliste: ce ne serait pas là une protection absolue, du fait que les juges de *common law* participent à la décision, mais ce serait un minimum de garantie; 2) que l'approche et la mentalité civilistes seraient majoritaires lorsque les

droits de québécois seraient en jeu; 3) que les avocats et parties francophones se sauraient compris au moins par la majorité du banc. Ces mêmes garanties, même si elles ne sont pas aussi nécessaires ni évidentes, seraient données au système de *common law* lorsqu'une cause émanerait d'une province de *common law*.

La dualité revêt donc, ici, plusieurs facettes. Elle est juridique, du fait que des lois provinciales peuvent être impliquées et seraient alors interprétées par une majorité de juges du système pertinent. Elle est linguistique, du fait que les avocats et parties francophones du Québec se sauraient compris par la majorité des juges. Elle est culturelle, dans le sens le plus vaste de ce mot, du fait qu'on s'assure que même les lois d'un autre système seront interprétées par une majorité de juges dont l'esprit et l'approche seront ceux de la partie impliquée. Ces considérations pourront paraître abstraites. Qu'il suffise, cependant, de souligner l'importance, lors d'une cause criminelle, par exemple, d'être jugé par des gens dont la majorité ne vient pas d'un milieu étranger à celui de l'accusé.

c) *Banc de juridiction constitutionnelle.*

En recommandant que la Cour suprême se compose de onze juges, dont cinq seraient de formation civiliste, la Commission Pepin-Robarts a fait plus que s'assurer d'un nombre suffisant de juges pour entendre les causes québécoises. Elle a reconnu, d'une façon quasi-mathématique, le droit de l'une et l'autre des deux "nations" de participer de façon égale à l'évolution constitutionnelle du pays:

Nous proposons cette structure interne et cette représentation presque égale de façon à refléter, au niveau de la Cour suprême, les deux systèmes de droit ainsi que la dualité politique, plus fondamentale, de la réalité canadienne. Nous attachons une grande importance à la nécessité vitale pour le Québec de voir en la Cour suprême une espèce d'ange gardien qui serait en mesure de répondre au besoin que ressent le Québec de protéger les responsabilités que la constitution lui attribue en raison de son héritage distinctif. A compter du moment où l'on accepte le principe de la dualité canadienne, la Cour suprême devient sûrement l'endroit par excellence dans notre structure constitutionnelle, où il importe de le consacrer.³⁴

Puisque le rôle premier de la Cour suprême est d'interpréter la constitution du pays, elle contribue de façon immédiate et irréversible à l'évolution du fédéralisme canadien. Aussi serait-il tout-à-fait inconsequent de faire de la dualité l'un des piliers d'une nouvelle constitution, et de permettre du même coup à cette constitution d'évoluer par le biais d'un tribunal qui ne serait pas lui-même le reflet de cette dualité. De même que nul ne devrait contester le droit du Québec d'opposer son *veto* à tout amendement constitutionnel qui modifierait le partage des compétences, de même nul ne devrait

³⁴ Se retrouver, p. 108.

contester le droit du Québec d'être présent à part égale ou presque, avec la façon propre au génie québécois de voir les choses et d'interpréter les lois, dans cette institution qui est en quelque sorte un mode permanent d'amendement constitutionnel.

La Cour suprême ne saurait, en effet, avoir de crédibilité au Québec, en matière constitutionnelle, si le Québec se sentait menacé par des décisions rendues par des juges qui seraient en grande majorité de culture différente. La santé du fédéralisme canadien exige que le Québec ne puisse pas avoir même l'impression que la constitution peut évoluer sans lui, à son insu, malgré lui ou contre ses intérêts:

I would say that the future constitution of this country will have to make place for the French Canadian legal and political philosophy, both in its fundamentals and its form. Thereafter, it should be interpreted by a bench composed equally of Common lawyers and Civil lawyers, possibly drawn from the two chambers which we suggested.³⁵

Encore ici, il ne s'agit pas de porter un jugement de valeur sur l'intégrité des membres de la Cour. Au contraire, cette intégrité est au-dessus de tout soupçon. Il ne s'agit pas, non plus, de faire de chacun d'eux un représentant de sa province d'origine, ni de demander aux juges québécois de former un bloc à part investi de la mission de sauvegarder les intérêts du Québec en Cour suprême. Il s'agit plutôt, simplement, de considérations d'ordre politique. La crédibilité de la Cour suprême, en matière juridique, n'est pas remise en question. Mais sa crédibilité, à titre d'institution fédérale appelée à trancher les différends entre gouvernements, est remise en question par les provinces en général (surtout pour des motifs reliés au mode de nomination des juges) et par le Québec en particulier (qu'il suffise de rappeler les affaires de câblodistribution,³⁶ où les trois juges du Québec se sont retrouvés seuls et dissidents). En matière constitutionnelle, comme ailleurs, il est essentiel,

... that the Supreme Court of Canada should appear to be as impartial as in truth it has been and is. Justice must not only be done, it must be seen to be done.³⁷

Et en ce qui a trait à la Cour suprême, l'image qu'elle projette, de par sa composition, sa structure, le mode de nomination de ses membres, est aussi importante que la qualité des jugements qu'elle rend. Et dans le débat politique actuel, la Cour suprême n'aura de crédibilité, aux yeux du Québec, à titre d'arbitre de dernier ressort,

³⁵ Jacques-Yvan Morin, *A Constitutional Court for Canada*, *op. cit.*, note 17, à la p. 549.

³⁶ *Capital Cities Communications Inc. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141 et *La Régie des Services Publics c. Dionne*, [1978] 2 R.C.S. 191.

³⁷ W.R. Lederman, *Thoughts on Reform of the Supreme Court* (1970), 8 *Alberta L. Rev.* 1, à la p. 8.

que si sa composition reflète le plus fidèlement possible la dualité canadienne.

Au sujet de ce banc constitutionnel, il est deux domaines dans lesquels la Commission Pepin-Robarts s'est écartée de certaines propositions antérieures: d'une part, le nombre de juges civilistes et de *common law* n'est pas égal, et d'autre part tous les membres de la Cour sont appelés à siéger.

Sur ce dernier point, l'argument qui milite en faveur de la présence de tous les juges est de taille: ce serait investir le juge en chef d'une énorme discrétion politique que de lui permettre de décider qui ne siégerait pas lors de l'audition d'une cause, et ternir l'image d'impartialité absolue qu'il doit à tout prix et en tout temps projeter.

Mais c'est justement à cause de cette décision de faire siéger la Cour au complet sur le banc constitutionnel, que se pose le problème du nombre de juges de l'un et l'autre systèmes de droit. Si la Cour se compose d'un nombre pair de juges,—et c'est la seule façon d'arriver à un nombre égal de juges de chaque système—il y a danger d'une impasse, cinq contre cinq par exemple, et la seule possibilité qu'une telle situation se produise un jour, suscite une grande réticence à l'égard de toute structure qui ne l'éliminerait pas de façon certaine. La réticence est d'autant plus grande qu'il existe peu de moyens de sortir de l'impasse. Il y a bien la possibilité de donner un vote prépondérant au juge en chef, mais cela serait peu compatible avec le concept d'une Cour collégiale dans laquelle tous les juges ont un statut égal, et donnerait une coloration politique à la désignation du juge en chef.

Peut-être, en fin de compte, dramatise-t-on trop les conséquences d'une impasse. Si elle se produit, cela ne signifie pas que toute la question reste en suspens; au contraire, cela équivaut à une confirmation du jugement de la cour inférieure. Est-ce si désastreux? Est-ce plus grave, par exemple, qu'une décision rendue par la Cour suprême, avec une seule voix de majorité, qui infirmerait une décision unanime d'un tribunal inférieur, avec le résultat que l'opinion d'une minorité des juges ayant entendu la cause dans les diverses juridictions, prévaudrait? Entre les conséquences juridiques minimales d'une impasse, et la nécessité politique d'une représentation à part égale du Québec et du reste du Canada, il ne devrait pas y avoir tellement d'hésitation.

Si, cependant, on se refuse à accepter un nombre pair, il faut alors, nécessairement, écarter l'idée qu'il y ait, en Cour suprême, autant de civilistes que de non-civilistes. La Commission Pepin-Robarts a choisi de nommer un juge de *common law* de plus, étant d'avis que la présence de cinq juges de formation civiliste, sur un

total de onze juges, devrait quand même rassurer le Québec et restaurer sa confiance dans le plus haut tribunal du pays, tout en étant plus acceptable aux yeux du Canada anglais. C'est, évidemment, un choix politique.

Il existerait une façon de respecter véritablement la dualité canadienne tout en conservant un nombre impair de juges. Ce serait de nommer un nombre égal de juges civilistes et de juges de *common law*, de nommer un juge en chef qui ne serait pas choisi parmi les membres de la Cour, et de continuer la tradition d'alternance entre un juge en chef civiliste et un juge en chef de *common law*. Ainsi, à tour de rôle—il y aurait lieu de retenir, ici, la suggestion de la Commission Pepin-Robarts de nommer le juge en chef pour un mandat d'une durée fixe et non-renouvelable—les deux systèmes de droit et les deux "nations" détiendraient la majorité en Cour suprême.

On aura noté que la Commission se garde bien de parler en termes de juges "francophones" et de juges "anglophones". La raison en est simple. Un juge ou avocat de formation civiliste peut n'être pas francophone. De même, un juge ou avocat de formation de *common law* peut n'être pas anglophone. Le critère de l'appartenance à un système de droit est de nature juridique, il n'est pas de nature linguistique, mais la réalité politique dicterait sans doute qu'au plus un des juges de formation civiliste ne soit pas francophone, et qu'au plus un des juges de formation de *common law* ne soit pas anglophone. Dans la mesure, toutefois, où la dualité politique (c'est-à-dire le Québec et le reste du Canada) transcende la dualité juridique et la dualité linguistique, et dans la mesure où un anglophone fait partie du Québec au même titre qu'un francophone fait partie du reste du Canada, ce ne serait pas fausser la dualité politique que de n'avoir pas cinq juges civilistes francophones ni cinq (ou six) juges de *common law* anglophones.

Conclusion

Les recommandations de la Commission de l'unité canadienne, en ce qui a trait à la Cour suprême, ont surpris et choqué les partisans, nombreux au sein du Barreau et de la Magistrature, du *statu quo*. Le Canada anglais, en particulier, aura du mal à accepter que le Québec se voit reconnaître le droit à une représentation quasi égale en Cour suprême, et, *a fortiori*, le droit à une représentation égale. Et pourtant, si l'on reconnaît la dimension politique de la dualité canadienne, on ne peut concevoir que le Québec accepterait de confier l'interprétation de la Constitution à une institution qui ne refléterait pas, dans la mesure du possible, cette dualité. C'est là, peut-être, de tous les compromis de base sur lesquels repose le

fédéralisme canadien, celui que le Canada anglais aura le plus de réticence à comprendre et à accepter. Ce qui n'a pas empêché les huit membres de la Commission, dont cinq représentaient le Canada anglais, d'y souscrire à l'unanimité et sans hésitation.
