

Article

« Rhapsodie sur la forme et le fond de l'harmonisation juridique »

Robert Leckey

Les Cahiers de droit, vol. 51, n° 1, 2010, p. 3-49.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/044135ar>

DOI: 10.7202/044135ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

Rhapsodie sur la forme et le fond de l'harmonisation juridique*

Robert LECKEY**

L'auteur soutient dans le texte qui suit que les aspects par lesquels l'harmonisation du droit fédéral avec les droits communs provinciaux, qui a été entreprise par le gouvernement fédéral, diffère de son éponyme, l'harmonie musicale, soulèvent de cruciales controverses relatives aux théories du fédéralisme canadien et à la philosophie du droit. Tandis que le projet d'harmonisation juridique, tel qu'il a été conçu par ses architectes, peut être caractérisé comme une approche par le haut (top-down), approche conforme avec le positivisme juridique, l'harmonie musicale est mieux décrite comme une approche par le bas (bottom-up), approche plus conforme au pluralisme juridique. Si elle atteignait ses objectifs, l'initiative d'harmonisation juridique fédérale aurait comme effet d'enchâsser une vision selon laquelle le droit civil appartient exclusivement au gouvernement québécois. Or, malgré les ambitions de ses architectes, l'initiative d'harmonisation, dans sa mise en œuvre, se révèle indisciplinée,

* L'auteur tient à reconnaître le soutien financier du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada et du cabinet Borden Ladner Gervais s.r.l., s.e.n.c.r.l., ce dernier ayant subventionné la contribution à la recherche de M^{me} Evgénia Goriatcheva (Borden Ladner Gervais fellow). En outre, pour leur apport à la recherche, l'auteur remercie Camille Bérubé, Thomas Lipton et Derrick McIntosh. Il remercie chaleureusement Soudeh Alikhani, France Allard, Camille Bérubé, Patrick Glenn, Evgénia Goriatcheva, Daniel Jutras, Nicholas Kasirer, Eric Lewis, Roderick Macdonald, Desmond Manderson, Robert Whillans et Seo Yun Yang pour leurs judicieuses observations au sujet de son texte, dont il assume l'exclusive responsabilité. Il en est de même à l'endroit des évaluateurs anonymes. Des versions antérieures de ce texte ont été présentées à l'occasion du Colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats, organisé par UNIDROIT et l'Unité de formation et de recherche en sciences juridiques et politiques de l'Université de Ouagadougou, en collaboration avec l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), à Ouagadougou, au Burkina Faso, du 15 au 17 novembre 2007, et à *Territoires du droit*, colloque commun de la Law and Society Association et de la Société canadienne droit et société, à Montréal, du 29 mai au 1^{er} juin 2008.

** Professeur, Faculté de droit et Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill.

soulevant de nombreux débats et interrogations. D'ailleurs, loin d'être un signe négatif, les débats et les désaccords font eux-mêmes partie de la pratique de l'harmonisation.

The ways in which the harmonization of federal and provincial law undertaken by the federal government differs from its namesake, musical harmony, illuminate crucial controversies regarding theories of Canadian federalism and legal philosophy. While the legal harmonization project, as conceived by its designers, can be characterized as top-down, and consistent with legal positivism, musical harmony is better viewed as bottom-up, an approach more consistent with legal pluralism. Were it to attain its objectives, the legal harmonization project would entrench a vision of the civil law as belonging exclusively to the government of Quebec. Despite its architects' ambitions, however, the harmonization project, in its implementation, has shown itself to be unruly, generating many debates and questions. Far from being negative, these debates and disagreements are themselves part of the practice of harmonization.

	<i>Pages</i>
1 L'harmonisation juridique et l'harmonie musicale	8
1.1 L'harmonisation juridique et ses caractéristiques	8
1.1.1 Le contexte constitutionnel et les techniques privilégiées.....	8
1.1.2 Une approche par le haut.....	12
1.2 L'écart entre l'harmonisation juridique et l'harmonie musicale.....	14
1.2.1 L'harmonie musicale : une approche par le bas	15
1.2.2 Un contraste frappant	19
2 L'harmonisation juridique et la politique	27
2.1 L'harmonisation juridique devant les débats fédéraux	28
2.1.1 La place controversée du droit civil.....	28
2.1.2 L'ingérence des choix méthodologiques dans des débats politiques....	34
2.2 La pratique de l'harmonisation et le phénomène juridique	37
2.2.1 L'incertitude et la complexité de l'harmonisation juridique.....	37

2.2.2 L'indiscipline du fédéralisme et du droit.....	42
Conclusion	46

Selon des spécialistes de la rhétorique et de la philosophie qui se sont penchés sur les effets de l'usage des métaphores, peu importent les intentions de ceux qui les utilisent, les métaphores conceptuelles construisent et reproduisent des idéologies. En effet, l'usage fréquent et répété tend à banaliser la métaphore et à en dissimuler le contenu figuratif et normatif à ceux qui s'en servent. Si une métaphore peut, d'une part, souligner des aspects du concept ainsi dénoté qui lui sont compatibles, elle peut, d'autre part, en cacher certains autres qui lui sont incompatibles. La métaphore peut donc influencer sur la perception du concept et conditionner la gamme de possibilités ou d'outils qui s'affirment comme appropriés dans un contexte donné. Par exemple, le fait d'appeler une initiative « une guerre » — pensons aux guerres métaphoriques contre la drogue illicite, la pauvreté ou le terrorisme — peut, tout au moins implicitement, favoriser certaines mesures et en décourager d'autres. D'ailleurs, une métaphore peut servir comme point de départ à un examen approfondi d'un phénomène qu'elle est supposée décrire. Un tel examen nous amènerait à mettre en évidence les aspects de ce phénomène qui correspondent bien à ladite métaphore et ceux qui n'y correspondent pas. Le résultat d'un tel examen peut être une meilleure compréhension à la fois de l'éponyme et du phénomène lui-même¹.

Si le langage métaphorique s'avère un élément inévitable du discours, il semble que dans le monde juridique les comparatistes s'en servent avec une fréquence notable. Ceux-ci se sont emparés notamment de l'idée de la transplantation², dont le caractère métaphorique passe souvent sans grand souci³. Aux métaphores jardinières des comparatistes s'en est ajoutée une autre. Puisant dans un vocabulaire propre à la musique, les juristes se référent aux modifications apportées à une ou plusieurs règles afin de réduire

-
1. Dans une littérature abondante qui s'intéresse au rôle des métaphores dans la construction du discours et la structure de la pensée, voir par exemple : Andrew GOATLY, *Washing the Brain. Metaphor and Hidden Ideology*, Amsterdam, John Benjamins, 2007 ; George LAKOFF et Mark JOHNSON, *Les métaphores dans la vie quotidienne*, trad. par Jean-Jacques LECERCLE, Paris, Éditions de Minuit, 1985.
 2. Voir Alan WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2^e éd., Athens, University of Georgia Press, 1993.
 3. H. Patrick GLENN, « On the Use of Biological Metaphors in Law : The Case of "Legal Transplants" », (2006) 1 *J.C.L.* 358.

le conflit entre celles-ci comme une *harmonisation*. Cette métaphore, qui jouit d'un usage fort répandu dans le discours de droit privé de l'Union européenne⁴, a d'ailleurs pris une importance grandissante au Canada dans le contexte de l'interaction entre le droit fédéral et le droit provincial. Elle y a été rattachée à une initiative particulière dont les éléments et la philosophie seront exposés plus bas. Outre qu'il figure dans de nombreuses publications du ministère de la Justice, ce terme s'est insinué dans le titre de deux lois fédérales⁵.

L'idée de la « rhapsodie » dans l'intitulé du présent texte fait référence à une composition musicale libre, voire quelque peu spontanée, et teintée de caractère national⁶. Nous examinerons de près la métaphore musicale telle qu'elle a été adoptée au Canada lorsqu'il est question de mesures prises afin de gérer l'interaction du droit fédéral avec le droit privé provincial. Au cours de cette exploration, nous constaterons d'importants écarts entre l'harmonisation voulue par le fédéral et sa supposée éponyme musicale⁷. Pourtant, notre examen ne s'arrêtera pas là. En effet, notre objectif principal n'est pas de suggérer que l'appellation de l'initiative du gouvernement fédéral a été mal choisie. Ce n'est pas cet écart, en soi, entre ce qui est appelé « harmonisation juridique » et l'harmonie musicale qui nous intéresse. Pour anticiper l'objection qui consisterait à dire que nous prenons la métaphore trop littéralement, il convient de préciser un point essentiel : nous ne présumons pas que les architectes de l'initiative fédérale d'harmonisation aient à un moment ou un autre réfléchi mûrement sur l'harmonie musicale. Il ne s'agit pas non plus de suggérer que le fait d'avoir ainsi appelé l'initiative représente, en quelque sorte, un engagement à y être fidèle dans la mise en œuvre de celle-ci. Nous estimons toutefois qu'il serait erroné de croire que c'est un choix totalement innocent de la part des architectes de l'initiative fédérale. Sans doute, à l'époque de la conception de l'initiative, étaient-ils du moins un peu conscients des insinuations de l'appellation

4. Voir, par exemple, Stefan VOGENAUER et Stephen WEATHERILL (dir.), *The Harmonisation of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford, Hart Publishing, 2006.

5. *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4; *Loi d'harmonisation n° 2 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2004, c. 25.

6. Alison LATHAM (dir.), *The Oxford Dictionary of Musical Terms*, Oxford, Oxford University Press, 2004, s.v. « rhapsody », p. 152.

7. L'écart habituel entre l'harmonie musicale et les initiatives juridiques est habilement illustré par Martin BOODMAN, « The Myth of Harmonization of Laws », (1991) 39 *Am. J. Comp. L.* 699.

dont ils allaient la doter⁸. La métaphore musicale entraîne nécessairement certaines connotations, desquelles plusieurs sont avant tout positives⁹. Comme nous le développerons plus bas, elle évoque aussi des distinctions entre différents éléments à harmoniser et des relations complexes qui se dessinent entre ceux-ci. À notre avis, il n'est pas dénué d'intérêt que les juristes visés aient appelé l'initiative «harmonisation» au lieu de la présenter en employant d'autres métaphores qui feraient allusion à une réduction de la friction ou du conflit entre des ordres juridiques. Il est difficile d'imaginer que les architectes de l'initiative auraient indifféremment choisi entre la métaphore musicale et n'importe quelle autre métaphore, comme celles du sablage ou du rabotage.

Cela étant dit, l'écart entre l'harmonie musicale et l'harmonisation juridique nous intéresse principalement à deux niveaux. La comparaison entre les deux phénomènes nous paraît pertinente dans la mesure — d'après nous, très importante d'ailleurs — où elle nous aidera à mieux comprendre celui appelé «harmonisation juridique». Elle servira à en illuminer les prémisses, le contenu et les conséquences potentielles. En outre, nous soutenons que les aspects par lesquels l'harmonisation juridique s'éloigne de l'harmonie musicale laissent apparaître, voire illuminent, de cruciales controverses relatives aux théories du fédéralisme canadien et à la philosophie juridique. À cet égard, la métaphore de l'harmonisation juridique appliquée à cette conjoncture se révèle plus riche et plus révélatrice que d'autres métaphores, dans d'autres contextes, dont l'adoption aurait pu être réfléchie davantage.

Plus précisément, nous argumenterons que, tandis que l'harmonie musicale s'exécute à travers un processus d'approche par le bas (*bottom-up*), l'harmonisation voulue par le fédéral privilégie plutôt une approche par le haut (*top-down*) (1). Par la suite, et cela, dans un registre plus interrogatif, nous nous demanderons dans quelle mesure ces approches dites méthodologiques ou processuelles s'inscrivent dans les débats politiques canadiens. Nous avancerons l'hypothèse que l'approche par le haut s'allie

8. Cela pourrait être d'autant plus le cas vu la sensibilité accrue relative aux symboles et aux choix linguistiques lorsqu'il est question des langues, des traditions juridiques et des relations entre le Québec et le gouvernement fédéral. Voir, sur une telle question de symbolisme dont l'insignifiance initiale se dissipe rapidement, Pierre LEGRAND, «Civil Codes and the Case of Quebec: Semiotic Musings around an *accent aigu*», dans Roberta KEVELSON (dir.), *Conscience, Consensus, & Crossroads in Law. Eighth Round Table on Law and Semiotics*, New York, Peter Lang, 1995, p. 195.

9. Voir ce constat dans le contexte européen où un auteur précise que l'«[h]armonization is a delightful notion. How could one possibly be so unsophisticated as to oppose it?»: Stephen WEATHERILL, «Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?», (2004) 12 *E.R.P.L.* 633, 633.

au positivisme juridique et à une vision où le droit civil appartient exclusivement au gouvernement du Québec. En revanche, l'approche par le bas correspondrait mieux à une compréhension du fédéralisme plus fidèle au partage des compétences sur le droit civil tel qu'il a été prévu par la Constitution (2).

1 L'harmonisation juridique et l'harmonie musicale

L'harmonisation juridique voulue par le gouvernement fédéral s'inscrit dans la structure constitutionnelle canadienne (1.1). Cette vision de l'harmonisation contraste avec sa supposée éponyme, l'harmonie musicale (1.2).

1.1 L'harmonisation juridique et ses caractéristiques

L'initiative fédérale d'harmonisation juridique répond à la structure juridico-linguistique établie par la Constitution. Elle est principalement exécutée par l'entremise de deux techniques (1.1.1). Telle qu'elle a été conçue par ses architectes, l'harmonisation peut être caractérisée comme une approche par le haut (1.1.2).

1.1.1 Le contexte constitutionnel et les techniques privilégiées

Conséquence de l'architecture constitutionnelle, le droit privé canadien relève en majeure partie de la compétence provinciale. Le common law¹⁰ établit le droit commun dans toutes les provinces, à l'exception du Québec, héritier d'une tradition juridique civiliste d'origine et d'inspiration françaises¹¹. Par ailleurs, différents instruments constitutionnels octroient à l'anglais et au français le statut de langues officielles au Parlement du Canada et devant les tribunaux fédéraux ainsi que dans la législature et devant les tribunaux du Québec¹². Il en est de même dans les cas du Manitoba et du

10. Prenant une voie à contre-courant, nous suivons Pierre LEGRAND et Geoffrey SAMUEL, *Introduction au common law*, Paris, La Découverte, 2008, p. 10, en traitant le droit commun d'origine anglaise comme masculin : cet usage devrait aider le lecteur civiliste à mieux saisir que « c'est en principe de *droit* et non de *loi* qu'il est intrinsèquement question ».

11. Voir John E.C. BRIERLEY, « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte. Les systèmes juridiques de Common Law et de Droit Civil*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 103.

12. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 133, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

Nouveau-Brunswick¹³. Compte tenu de la coexistence de deux traditions juridiques au palier provincial, les lois fédérales régissant le droit privé sont, du moins en principe, rédigées pour s'appliquer tant dans un ressort de droit civil que dans les provinces de common law. Leur élaboration est encore complexifiée par la nécessité d'être comprises par des citoyens de langues différentes. En fin de compte, les lois fédérales sont supposées s'adresser à quatre auditoires juridiques : les lecteurs du droit civil en français et en anglais de même que les lecteurs du common law en français et en anglais. De cette conjoncture d'exigences constitutionnelles a émergé la notion de *bijuridisme*. Au Canada, cette idée clé désigne la coexistence des traditions du common law anglais et du droit civil français dans un pays fédéral¹⁴. Le concept de l'harmonisation s'y est greffé, désignant plus précisément l'aménagement de l'interaction entre les traditions juridiques.

La présente initiative d'harmonisation provient d'une réflexion instiguée par la promulgation du *Code civil du Québec* au début des années 90¹⁵, en remplacement du *Code civil du Bas Canada* de 1866, précurseur de la Confédération. À la suite de cette entreprise de modernisation du droit civil québécois, le ministère de la Justice du Canada s'est engagé en 1995, par l'entremise de la *Politique sur le bijuridisme législatif*, à en tenir compte dans ses lois. L'harmonisation à laquelle aspire le gouvernement fédéral a pour objet l'élimination de la disharmonie, pour ainsi dire, entre le droit fédéral et le droit provincial. Selon une formulation à peu près typique, « l'harmonisation consiste d'abord à réviser toutes les lois et tous les règlements fédéraux dont l'application requiert le recours au droit privé provincial et, ensuite, à en harmoniser, au besoin, le contenu de sorte qu'il intègre les notions, concepts et vocabulaire du droit civil québécois¹⁶ ». Elle ambitionne également d'assurer aux francophones hors Québec un droit positif fédéral en français qui emploie le langage du common law. D'autres

13. Voir, respectivement, la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 33 Vict., c. 3, art. 23, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 8, et la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 16 (2), 17 (2), 18 (2) et 19 (2).

14. Michel BASTARACHE, « Le bijuridisme au Canada », dans MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, 2^e publication, fasc. 1 « Bijuridisme et harmonisation : Genèse », Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2001, p. 18, à la page 18 ; Robert LECKEY, « Harmoniser le droit dans un espace multilingue et pluri-juridique : un point de vue canadien », (2008) 13 *Rev. D.U.* 39.

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

16. Alain VAUCLAIR et Lyne TASSÉ, « L'harmonisation de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* : les premiers jalons bijuridiques du droit fédéral des sociétés », (2008) 42 *R.J.T.* 5, 6.

objectifs s'ajoutent aux objectifs mentionnés jusqu'ici, notamment le plein épanouissement des deux grandes traditions juridiques et l'expansion du droit comparé canadien¹⁷.

Une distinction répandue en philosophie juridique anglaise permet de caractériser les deux techniques d'harmonisation dont nous traiterons. H.L.A. Hart a distingué les règles primaires d'obligation des règles secondaires, ces dernières régissant la mise en œuvre et l'amendement des premières¹⁸. Afin de mettre en œuvre son initiative harmonisatrice, le ministère de la Justice a adopté deux techniques ayant respectivement trait aux règles primaires et secondaires.

La première technique employée par le législateur consiste en la modification des règles primaires. Plus précisément, il s'agit de la modification laborieuse des lois fédérales en vue d'assurer l'emploi, dans les deux versions linguistiques officielles, des mots et des concepts du droit civil québécois aussi bien que de ceux qui proviennent du common law. Un procédé fortement utilisé est le doublet simple qui consiste à présenter les termes ou notions propres à chaque système de droit les uns à la suite des autres¹⁹. Par exemple, le titre modifié d'une loi fédérale qui porte sur les bâtiments et les terrains (mots neutres du point de vue du droit des biens dans les deux traditions !) appartenant à la Couronne fédérale intègre désormais un doublet. C'est ainsi que dans le titre *Loi sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux*²⁰, «immeuble» est le terme civiliste et «bien réel», celui du common law. Cette technique de rédaction exige que chaque interprète distingue la dérivée de sa propre tradition de droit privé de celle qui vient de l'autre. Tel que cela est désormais reconnu par la *Loi d'interprétation*²¹, il incombe au lecteur d'un texte harmonisé selon cette technique de constater la juxtaposition d'un terme civiliste et d'un terme de common law constituant le doublet et de repérer le terme approprié selon le lieu d'application. Pour le lecteur qui n'est pas familiarisé avec les deux traditions juridiques, cela ne va pas de soi que les deux termes composant un doublet sont équivalents tout en s'appliquant chacun dans un ressort

17. Voir, respectivement, le préambule de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, préc., note 5, et Aline GRENON, «Entrée en matière : le droit comparé au Canada à l'aube du XXI^e siècle», dans Louise BÉLANGER-HARDY et A. GRENON (dir.), *Éléments de common law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Thomson Carswell, 2008, p. 1, à la page 23.

18. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 91-94.

19. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, préc., note 14, fasc. 4 «Bijuridisme canadien : méthodologie et terminologie de l'harmonisation», par Louise MAGUIRE WELLINGTON, p. 10.

20. *Loi sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux*, L.C. 1991, c. 50.

21. *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 8.2.

différent selon le droit commun applicable. En revanche, selon le principe de l'effet utile, d'après lequel le législateur, étant économe de ses paroles, ne « parle pas pour ne rien dire²² », le lecteur inclinerait autrement à tirer un effet de chacun des deux termes du texte.

La seconde technique s'intéresse aux règles que Hart qualifie de secondaires. Il s'agit de l'ajout d'une nouvelle règle à la *Loi d'interprétation*. L'article 8.1 de cette loi affirme l'égalité du statut du common law et du droit civil en tant que sources du droit commun canadien. Il prévoit aussi que l'effet des lois fédérales peut différer selon le lieu de leur application. Plus précisément, l'article 8.1 dispose ceci²³ :

[S']il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte.

[U]nless otherwise provided by law, if in interpreting an enactment it is necessary to refer to a province's rules, principles or concepts forming part of the law of property and civil rights, reference must be made to the rules, principles and concepts in force in the province at the time the enactment is being applied.

Cette invocation des concepts sous-jacents et résiduels hors texte n'a rien d'exceptionnel. Elle fait d'ailleurs partie de l'interprétation habituelle des lois écrites, dont le texte n'épuise jamais la portée normative²⁴. Le point remarquable est que la source dans laquelle puisera l'interprète d'une loi fédérale changera d'emblée lorsqu'il traversera d'une rive à l'autre de la rivière des Outaouais. Cette disposition évoque d'ailleurs l'hypothèse de la complémentarité du droit provincial relativement au droit fédéral, qui tient à ce que les lois fédérales soient complétées de manière variable en se référant aux droits communs provinciaux²⁵. Certains auteurs pensent que l'article 8.1 n'a aucun effet si ce n'est de clarifier, de manière déclarative, l'état du droit déjà existant²⁶. Quoi qu'il en soit, l'hypothèse de la complémentarité trouve désormais un certain appui dans le texte de

22. Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd. avec la collab. de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 318 et 319.

23. *Loi d'interprétation*, préc., note 21.

24. Le droit écrit « n'est rien s'il n'est placé, interprété, complété et compris dans le contexte d'une normativité informelle qui seule peut lui donner un sens » : Fabien GÉLINAS, « Codes, silence et harmonie – Réflexions sur les principes généraux et les usages du commerce dans le droit transnational des contrats », (2005) 46 *C. de D.* 941, 959 et 960.

25. Jean-Maurice BRISSON et André MOREL, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation », (1996) 75 *R. du B. can.* 297.

26. Voir, par exemple, Michel BASTARACHE et autres, *The Law of Bilingual Interpretation*, Markham, LexisNexis, 2008, p. 131.

cette loi. Ces nouvelles règles interprétatives constituent, en quelque sorte, «l'inscription législative du code culturel du législateur fédéral²⁷». Elles auraient «redonné au droit civil du Québec, en matière fédérale, ses lettres de noblesse²⁸».

Nous reviendrons sur les complexités de ces dispositions, mais nous désirons d'abord caractériser l'initiative harmonisatrice fédérale de manière plus analytique.

1.1.2 Une approche par le haut

Différents aspects de l'harmonisation voulue par le législateur permettent de la caractériser, sur le plan méthodologique ou processuel, comme une approche par le haut. Il s'agit de l'*origine* et du lieu de celle-ci, de la *forme* de ces règles, de la *manière* dont elle est mise en œuvre et des présomptions *épistémologiques* qui sous-tendent les choix du législateur. En termes de philosophie juridique, cette harmonisation exemplifie le positivisme analytique décrit si justement par Lon Fuller. D'après lui, le tenant de cette philosophie «sees law as a one-way projection of authority, emanating from an authorized source and imposing itself on the citizen²⁹». Plus précisément, la vision du droit qui s'y enracine est telle que Fuller la qualifierait de gestionnaire³⁰.

En conformité avec l'esprit du positivisme juridique, l'harmonisation juridique au Canada prend sa source dans une autorité centrale. Du moins en principe, les initiatives d'harmonisation émanent du ministère de la Justice et, lorsque cela est nécessaire, sont sanctionnées par le Parlement du Canada. Cette centralisation est en rupture avec la pratique en place depuis la Confédération selon laquelle il incombe aux tribunaux, dispersés dans toute la fédération, de résoudre les contretemps ponctuels de l'interaction

27. France ALLARD, «La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, l'idée de droit commun et le rôle du Code en droit fédéral», (2010) 88 *R. du B. can.* (à paraître).

28. 9041-6868 *Québec Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national)*, (2006) 350 N.R. 201, 2005 CAF 334, par. 3.

29. Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, éd. rev., New Haven, Yale University Press, 1969, p. 192.

30. Sur ce point, voici une ironie : l'harmonisation voulue par le fédéral, dont la motivation a supposément été d'être fidèle au droit civil québécois, s'avère plus positiviste que ce qu'est ce droit dans son entièreté. Pensons à l'application aux rapports privés de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, et à la marge de manœuvre ainsi laissée aux juges lorsqu'ils sont appelés à l'interpréter, ce qui évoque une forme de jusnaturalisme. Considérons aussi la dynamique contractuelle qui induit des formes de régulation autopoïétiques éloignées du positivisme juridique (art. 1434 C.c.Q.).

des droits fédéral et provinciaux³¹, pratique qui favorise la multiplicité des centres d'interprétation. En outre, il est espéré que le recours à une instrumentalité directe permettra d'atteindre une certitude juridique relative ainsi que de « prévenir des interprétations aberrantes et [de] réduire les possibilités de contentieux judiciaire³² ». En favorisant la réduction des contentieux, les nouvelles règles interprétatives consolident le transfert des activités harmonisatrices des tribunaux vers les fonctionnaires.

Cependant, si les rôles du ministère de la Justice et du Parlement du Canada sont prééminents dans l'harmonisation, ceux-ci ne constituent pourtant pas l'autorité péremptoire au sommet. C'est plutôt le législateur québécois qui trône. La situation est donc paradoxale : le législateur fédéral a accepté de se plier à la volonté du législateur provincial, en s'obligeant à adapter ses propres lois, édictées au sein de la juridiction législative fédérale, afin de tenir compte des choix politiques mis en avant par le législateur provincial lorsque ce dernier modifie le droit commun provincial au sein de la sienne.

En ce qui a trait à la forme de l'harmonisation, le législateur a privilégié le droit écrit, source du droit parmi celles qui sont « venues d'un sommet³³ ». L'initiative harmonisatrice véhicule la présomption que le droit tant provincial que fédéral émane d'abord et avant tout des textes légiférés. Elle s'intéresse principalement au droit fédéral écrit et à sa relation avec le droit remanié—lui aussi écrit, bien sûr—du nouveau Code civil. L'harmonisation semble ne pas s'intéresser aux « sources venues de la base³⁴ », dont la coutume, la pratique et la doctrine³⁵.

31. Car si la recodification a aggravé le problème, cette interaction avait toujours été complexe: Roderick A. MACDONALD, « Regards sur les rapports juridiques informels entre langues et droit », (2000) 3 *R.C.L.F.* 137, 143. Toutefois, une nuance s'impose : des techniques énumérées, la modification directe des lois fédérales par l'ajout de doublets paraît plus centralisatrice que l'insertion de nouvelles règles dans la *Loi d'interprétation*. La modification des règles primaires ambitionne d'effectuer l'harmonisation elle-même, tandis que l'édition de règles secondaires semble plutôt déléguer aux interprètes, peu importe où ils se trouvent, cette tâche éventuelle. Cependant, c'est l'autorité centrale qui ambitionne d'en dicter les moyens.

32. André MOREL, « Méthodologie et plan de travail – Rapport final », dans MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien : recueil d'études*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 1997, p. 265, à la page 305.

33. Nous empruntons cette juste caractérisation à Philippe JESTAZ, *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2005, p. 9.

34. *Id.*, p. 79.

35. Pour des exemples de doctrine comparative qui s'intéressent précisément à ces aspects du phénomène juridique, voir : Mark VAN HOECKE, « Deep Level Comparative Law », dans M. VAN HOECKE (dir.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*,

Les nouvelles règles harmonisatrices ont également un fort caractère obligatoire qui renforce leur qualification d'approche par le haut. Le Parlement du Canada a doté les articles 8.1 et 8.2³⁶ d'un libellé impératif³⁷ qui fait en sorte que, en principe, dès que le législateur se sert d'un doublet, l'interprète perd tout pouvoir discrétionnaire. Ainsi, il ne doit considérer que le terme relevant de la tradition juridique en vigueur dans la province d'application. Même lorsqu'une autre règle prévaut sur ces articles, ce n'est pas strictement parlant une exception ou une dérogation à la règle, le législateur en ayant envisagé l'éventualité (« sauf règle de droit s'y opposant »).

Enfin, la présomption épistémologique sous-jacente à l'initiative contribue davantage à cette qualification. La conception de l'harmonisation est telle qu'elle laisse penser que sa mise en œuvre nécessite un savoir à caractère technique. L'harmonisation ainsi conceptualisée soulève des problèmes non pas politiques mais bien techniques. En conséquence, il ne semble pas nécessaire de débattre publiquement du mérite des choix qui ont été faits³⁸. Le choix de conférer la tâche de l'harmonisation aux fonctionnaires ne s'explique pas autrement. Par ailleurs, contrairement au travail d'harmonisation effectué par les juges dans le contexte des différends concrets, les fonctionnaires entreprennent l'harmonisation *in abstracto*, en amont des incertitudes de la réalité.

Ayant fait ressortir les caractéristiques saillantes de l'harmonisation voulue par le fédéral et son caractère d'approche par le haut, nous sommes en mesure d'explorer dans quelle mesure cette initiative est réconciliable avec le concept musical qui se trouve à l'origine de la métaphore.

1.2 L'écart entre l'harmonisation juridique et l'harmonie musicale

Un examen de l'harmonie musicale révèle qu'elle se définit plutôt comme une approche par le bas (1.2.1). Après cet examen, nous comparerons l'harmonisation juridique voulue par le fédéral avec l'harmonie musicale, pour mettre en lumière le fort contraste qui existe entre ces deux entreprises (1.2.2).

Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 165, à la page 167; Robert LECKEY, « Cohabitation and Comparative Method », (2009) 72 *Mod. L. Rev.* 48.

36. *Loi d'interprétation*, préc., note 21.

37. A. GRENON, préc., note 17, aux pages 19 et 20.

38. Voir Christian ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2002, n° 14, p. 12, qui, en parlant d'« une technique innocente », constate un « repli sur une technique » de la part des juristes. Ce geste présente « l'avantage appréciable de mettre les juristes à l'abri de l'engagement ».

1.2.1 L'harmonie musicale : une approche par le bas

En musique, l'harmonie est « la science de la formation et de l'enchaînement des accords³⁹ ». La description de ce concept musical évoque un vocabulaire familier aux juristes : de caractère essentiellement normatif, l'harmonie « regroupe un ensemble de règles qui définissent la structure des accords en partant du principe de la *tonalité* et déterminent leurs enchaînements dans le temps⁴⁰ ». De façon générale, l'harmonie est l'aspect dit vertical de la polyphonie par opposition au *contrepoint* qui en est l'aspect « horizontal⁴¹ ».

Il serait pourtant erroné de croire que le concept d'harmonie se réfère uniquement à la consonance et à l'homogénéité. Si la notion d'un « ensemble de règles » évoque celle d'un ordre normatif, cette idée est nuancée par le caractère hétérogène, voire la contradiction et la dissonance, des sons que cet ordre tâche d'assujettir. C'est ainsi que l'*harmonie* est le « nom donné à l'art, ainsi qu'au résultat, de la combinaison simultanée de plusieurs sons différents⁴² ». En réalité, la dissonance est un élément essentiel à l'atteinte de l'harmonie. Là encore, il ne faut pas concevoir une opposition stable entre la consonance et la dissonance. Bien que l'ordre harmonique se construise comme une relation entre ces notions, la distinction entre celles-ci n'est ni fixe ni étanche. Elles sont relatives, la dissonance ne s'identifiant que par référence à une norme impliquée de consonance. Cette norme est d'ailleurs contingente : ce n'est pas seulement la tolérance envers les dissonances qui évolue d'une époque à l'autre, mais également la définition de ce qui en est une⁴³. C'est ainsi que les théories les plus sophistiquées d'harmonie en soulignent moins le caractère « naturel » ou

39. Roland DE CANDÉ, *Nouveau dictionnaire de la musique*, nouv. éd., Paris, Éditions du Seuil, 2000, s.v. « harmonie », p. 300.

40. Edith WEBER, Serge GUT et Louis JAMBOU (dir.), *Encyclopédie de la musique*, trad. par Béatrice ARNAL et autres, Paris, Librairie générale française, 1992, s.v. « harmonie », p. 340.

41. R. DE CANDÉ, préc., note 39, s.v. « harmonie », p. 300.

42. E. WEBER, S. GUT et L. JAMBOU (dir.), préc., note 40, s.v. « harmonie », p. 339.

43. Sur ces notions, voir par exemple : Ernest LEVY, *A Theory of Harmony*, Albany, State University of New York Press, 1985, chap. 4 ; John R. PIERCE, *Le son musical. Musique, acoustique et informatique*, trad. par Françoise BERQUIER, Paris, Belin, 1984, p. 74 et 75 ; Vincent PERSICHETTI, *Twentieth-Century Harmony. Creative Aspects and Practice*, New York, W.W. Norton & Company, 1961, p. 194 ; Serge DONVAL, *Histoire de l'acoustique musicale*, Courlay, Fuzeau, 2006, p. 53 (la définition de *consonance* étant « à la fois relative et subjective »). Voir aussi, sur le développement de l'harmonie occidentale, David M. HOWARD et James ANGUS, *Acoustics and Psychoacoustics*, Oxford, Focal Press, 1996, p. 138 et suiv.

«inné» que sa familiarité dans un contexte particulier. Bref, l'harmonie comprend un mélange de culture et d'esthétique⁴⁴.

Il existe certaines ressemblances évidentes entre l'harmonisation juridique et l'harmonie musicale. Dans les deux cas, l'image qui s'impose à l'esprit est celle d'une accumulation de différents éléments devant être aménagés, soit des règles et des concepts juridiques, soit des sons. C'est ainsi que la définition de l'harmonie comme l'assujettissement des sons à un corpus de règles indique, de prime abord, l'existence d'un lexique commun aux juristes et aux musicologues. Toutefois, la littérature canadienne suggère que les juristes conçoivent l'harmonie de manière instrumentale, en s'intéressant prioritairement à la fin — la réduction des désaccords — aux dépens d'une réflexion sur les moyens — l'idée d'un corpus de règles⁴⁵. Dans le contexte de l'harmonisation, les juristes n'ont guère démontré d'intérêt quant au caractère des règles composant ce corpus. Cette négligence des moyens est typique chez eux⁴⁶. Elle est possiblement l'empreinte de l'instinct positiviste selon lequel toutes les espèces normatives revêtent le même caractère de règles posées⁴⁷. Quoi qu'il en soit, une étude approfondie du caractère des règles régissant les pratiques de l'harmonie musicale et de l'harmonisation juridique démontre que celui-ci varie substantiellement d'un domaine à l'autre.

Plusieurs aspects de l'harmonie — l'origine et la forme des règles, leur poids normatif et la façon de les modifier ainsi que la présence de pluralisme — suggère qu'elle emprunte une approche par le bas. En conséquence, le fait pour les juristes de s'inspirer de l'harmonie musicale pour leurs travaux sur des règles légiférées ne peut que découler d'une conception inappropriée du caractère des règles musicales.

44. Richard PARCUTT, *Harmony: A Psychoacoustical Approach*, Berlin, Springer-Verlag, 1989, p. 6 et 9.

45. En revanche, la doctrine européenne est plus riche à ce sujet. Voir par exemple : Walter VAN GERVEN, «Harmonization of Private Law: Do We Need It?», (2004) 41 *C.M.L. Rev.* 505; Aurelia COLOMBI CIACCHI, «Non-Legislative Harmonisation: Protection from Unfair Suretyships», dans S. VOGENAUER et S. WEATHERILL (dir.), préc., note 4, p. 197.

46. Lon L. FULLER, «Means and Ends», dans Kenneth I. WINSTON (dir.), *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*, éd. rev., Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 61.

47. Roderick A. MACDONALD, «Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et "inférentielle"», *Sociologie et sociétés*, vol. 18, n° 1, 1986, p. 47-58. Sur les compréhensions malheureuses du common law comme un corpus de règles, voir A.W.B. SIMPSON, «The Common Law and Legal Theory», dans A.W.B. SIMPSON, *Legal Theory and Legal History. Essays on the Common Law*, London, Hambledon Press, 1987, p. 359, aux pages 362-370.

En premier lieu, l'approche par le bas qui caractérise l'harmonie concerne l'origine et la forme de ses règles. Le corpus normatif de l'harmonie ne se compose pas de règles légiférées. Les règles musicales ont plutôt été graduellement déduites de la musique telle que de multiples compositeurs l'ont écrite, et ce, d'une manière décentralisée, voire aléatoire. L'absence d'une quelconque autorité centrale musicale prévient l'édiction des règles musicales de quelque manière que ce soit. Le fait que certains compositeurs comme Bach ont eu une influence prééminente sur le corpus de règles contemporaines ne change pas le caractère essentiellement déductible et implicite des règles en question. Par cet aspect, les règles de l'harmonie se rapprochent moins des règles posées que des règles coutumières : une coutume « is not declared or enacted, but grows or develops through time [...] There is no authoritative verbal declaration of the terms of the custom; it expresses itself not in a succession of words, but in a course of conduct⁴⁸. » Le dicton de Bartole, selon lequel la coutume est tout à la fois un produit de la tradition et de création⁴⁹, saisit bien le caractère des règles musicales. Certains commentateurs osent même nier l'opération de règles, ou au moins nuancent leur description en se référant conjointement aux règles et aux habitudes inhérentes⁵⁰.

En deuxième lieu, les règles de l'harmonisation juridique se démarquent de celles de l'harmonie musicale de par leur poids normatif. En musique, les règles ne jouissent d'aucune force contraignante et aucune instance n'assure leur mise en œuvre. Au contraire, la méthode par laquelle elles sont modifiées est la désobéissance soutenue. Que l'harmonie soit définie comme « la conception d'ensemble qui, à une époque ou dans un style donnés, *conditionne la manière* de s'exprimer en musique⁵¹ » affaiblit davantage la connotation de règle. De plus, la correspondance entre les règles de l'harmonie observées et énoncées par des experts, d'une part, et la pratique des maîtres, d'autre part, s'avère parfois ténue. Les exemples où un grand maître comme Bach « clearly did not subscribe to the [applicable]

48. Lon L. FULLER, *Anatomy of the Law*, Westport, Greenwood Press, 1976, p. 44.

49. Louis ASSIER-ANDRIEU, « Coutume et usage », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 317, à la page 318.

50. Voir J.R. PIERCE, préc., note 43, p. 75 : « Je pense cependant que considérer les expériences de la consonance et de la dissonance comme résultats de règles n'est pas la bonne façon de voir les choses. Ou plutôt, à mon avis, les règles et les habitudes reposent sur les expériences de la consonance et de la dissonance inhérentes à une ouïe normale. »

51. Marc VIGNAL (dir.), *Dictionnaire de la musique*, Paris, Larousse, 2005, s.v. « harmonie », p. 629 (l'italique est de nous).

textbook rule⁵² » ne manquent pas : pensons aux règles prohibant l'entrecroisement des voix ou restreignant à une octave l'écart entre les trois voix supérieures. Malgré les efforts de rationalisation des théoriciens pour déduire les règles de l'harmonie des œuvres des maîtres tels que Bach, les chefs-d'œuvre reflètent parfois davantage un rejet ponctuel de ces prétendues règles par le compositeur pour des raisons esthétiques que leur mise en œuvre mécanique et fidèle.

L'influence de l'origine des règles musicales sur la méthode par laquelle elles sont modifiées n'est guère surprenante. Le corps de règles musicales évolue au fil du temps, et cela, non sans controverse. D'une époque à l'autre, de celle de Bach à celle de Beethoven, à celle du dernier Mahler à plus récemment, les règles en vigueur ont varié substantiellement⁵³. Cette évolution s'est effectuée par les intégrations successives des créations pionnières qui contrevenaient aux règles d'harmonie alors reconnues⁵⁴. Certes, il existe des assises scientifiques constantes dérivées de la physique. Par exemple, l'intervalle de l'octave se trouve toujours à la moitié de la corde. Or, même la syntonisation, fondement de toute interprétation musicale, a évolué d'une époque à une autre⁵⁵, et la manière de changer les règles d'harmonie reste la désobéissance soutenue⁵⁶.

En troisième et dernier lieu, l'harmonie musicale reflète la notion de pluralisme de deux manières, soit la complexité sonore et l'analyse harmonique. Nous avons décrit l'harmonie comme la combinaison de multiples sons. À cette dimension s'ajoute la multiplicité sonore intrinsèque à chaque note : même une seule note, soit chantée, soit jouée, n'est jamais totalement univoque. Comme l'écrit Serge Donval, « [u]n son musical contient plusieurs composantes, des sons secondaires émis simultanément, d'intensités plus faibles, et de fréquences multiples du son principal⁵⁷ ». Ces sons secondaires s'appellent « harmoniques ». L'harmonie musicale consiste donc également à combiner les différentes fréquences et résonances en

52. Malcolm BOYD, *Bach. Chorale Harmonization and Instrumental Counterpoint*, Londres, Kahn & Averill, 1999, partie I, p. 23.

53. Pour une brève esquisse de l'évolution à travers les siècles, voir Roger BULLIVANT, « Harmonie », dans Denis ARNOLD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la musique*, trad. par Marie-Stella PÂRIS, t. 1, Paris, Robert Laffont, 1988, p. 944, à la page 947.

54. Michael KENNEDY et Joyce Bourne KENNEDY (dir.), *Concise Oxford Dictionary of Music*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007, s.v. « harmony ».

55. Ross W. DUFFIN, *How Equal Temperament Ruined Harmony (And Why You Should Care)*, New York, W.W. Norton & Company, 2007.

56. Cela n'est pas sans analogie en droit. Comparer Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », p. 136.

57. S. DONVAL, préc., note 43, p. 23.

lesquelles se décomposent les multiples sons que le compositeur tente de réconcilier. Les praticiens de l'harmonie doivent conséquemment tenir compte de la présence de ces harmoniques que les lois de la physique rendent inhérentes et inévitables. Une harmonie agréable nous plaît précisément dans la mesure où elle réussit la combinaison des sons primaires et des harmoniques.

Le pluralisme de l'harmonie musicale se trouve également reflété dans le savoir complexe que nécessite son analyse. D'après un musicologue, l'analyse d'une partition dans son aspect harmonique «est délicate», car elle exige «une profonde connaissance de toutes les disciplines musicales». Une harmonie complexe, poursuit-il, peut d'ailleurs donner lieu à plusieurs interprétations : «c'est alors que l'intelligence du contexte [...] peut permettre de faire un choix juste⁵⁸». Puisque des mêmes règles découlent plusieurs manières d'harmoniser une mélodie donnée, l'harmonie qui en résulte n'est jamais parfaitement prévisible. Même lorsque l'harmonie est déjà composée, différentes manières de l'analyser, c'est-à-dire de rationaliser les relations entre ses accords et ses désaccords, sont possibles.

La riche complexité de l'harmonie musicale— ce n'est pas un hasard si les définitions citées plus haut la décrivent tantôt comme une science, tantôt comme un art— échappe aux juristes qui attachent l'étiquette d'«harmonisation» à une initiative prenant la forme de modifications textuelles, formulées par l'autorité centrale. Ayant mis en évidence les aspects par lesquels l'harmonie musicale peut être qualifiée d'approche par le bas, nous sommes maintenant en mesure d'entreprendre une étude plus approfondie de la disparité entre celle-ci et l'initiative juridique.

1.2.2 Un contraste frappant

Dans les paragraphes suivants, il sera question de différents éléments irréconciliables entre l'harmonisation juridique et l'harmonie musicale, à savoir la difficulté à mettre en parallèle leurs composantes respectives, le rôle de la différence dans ces deux entreprises, les différences dans leur mise en œuvre, soit dispersée, soit centralisée et, enfin, l'envergure distincte de l'harmonisation juridique et de son éponyme musical.

Les composantes juridiques n'interagissent pas de la même façon que celles de l'harmonie musicale. Il est vrai que, dans les exercices scolaires donnés aux élèves en musique, l'harmonisation consiste en l'ajout d'une harmonie à une mélodie existante, imprimée et inchangeable. Dans ce contexte, l'harmonisation consiste effectivement en l'ajout de plusieurs

58. R. DE CANDÉ, préc., note 39, s.v. «harmonie», p. 302 et 303.

lignes musicales à un texte préexistant. D'une manière similaire, la conception unilatérale selon laquelle les changements apportés au droit civil québécois obligent l'adaptation des lois fédérales suggère, de prime abord, une partie harmonique accompagnante fédérale s'ajoutant à une mélodie provinciale et s'y adaptant dans un rapport étroit. En effet, dans l'harmonisation voulue par le fédéral, le droit civil renouvelé du Code civil se trouve au sommet de la hiérarchie dans une approche par le haut et précède le droit fédéral normativement et chronologiquement. Cependant, la systématique des références au droit commun d'une province particulière pour «compléter» la loi fédérale suggère le contraire. De ce point de vue, ce sont les deux lignes d'une disposition fédérale—puisqu'il faut compter les deux versions linguistiques⁵⁹—qui forment la mélodie et ces dernières sont soutenues et complétées par l'amalgame profond et sonore des concepts du droit commun.

Il reste cependant que l'exercice scolaire ressemble fort peu à la pratique experte de la composition musicale. En contraste avec le premier, l'harmonie implique une relation entre les parties, voire une adaptation réciproque. C'est ainsi que la détermination des sources législatives devant être respectivement qualifiées de «mélodie» et d'«harmonie» est inutile puisque les deux qualifications reposent également sur un présumé devoir unilatéral de la part du Parlement du Canada d'harmoniser son droit avec un corpus fixe de droit civil provincial, devoir incompatible avec les compréhensions sophistiquées de l'harmonie musicale. Selon Jean-Philippe Rameau, auteur de l'ouvrage fondateur d'où découle la théorie moderne de l'harmonie, «[l]a mélodie provient de l'harmonie et non pas l'inverse⁶⁰». Dans la musique de Bach, par exemple, la mélodie et l'harmonie s'avèrent «frequently inseparable and interdependent». C'est le cas non seulement parce que la mélodie implique l'harmonie constamment, mais aussi parce que le chemin que dessine l'harmonie détermine la texture du contrepoint⁶¹.

Le processus d'amalgamation propre à l'harmonie modifie l'ensemble des parties et non seulement l'une d'entre elles. Certes, la volonté de s'intéresser à la relation qui se tisse entre le droit fédéral et le droit civil québécois pourrait être un objectif louable. Cependant, l'«harmonisation» implique ainsi une relation d'une complexité plus profonde que ne le reconnaissent les théoriciens du ministère de la Justice et certains auteurs. En musique,

59. *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 12, art. 133.

60. Jean-Philippe RAMEAU cité dans M. VIGNAL (dir.), préc., note 51, s.v. «harmonie», p. 628.

61. M. BOYD, préc., note 52, partie II, p. 13. Voir aussi R. DE CANDÉ, préc., note 39, s.v. «harmonie», p. 301 : «la musique n'est ni horizontale ni verticale, et il est rare qu'une œuvre puisse être considérée exclusivement sous son seul aspect harmonique ou contrapuntique».

un créateur ne saurait renouveler une partie—en l'occurrence le droit civil québécois—et escompter que les adaptations nécessaires ne se fassent que dans l'autre partie—le droit fédéral.

Nous avons décrit l'harmonie comme la gestion de la différence et l'aménagement d'une relation entre des éléments différents. Dans la musique, la dissonance est une source de mouvement et d'énergie. L'approche juridique de la différence dans l'harmonisation contraste nettement avec cette idée fondamentale en ne représentant pas de manière appropriée son rôle intrinsèque dans toute harmonie. Les juristes négligent de tenir compte de l'existence d'instances de dissonance intentionnellement créées : la dissonance « non fonctionnelle et non accidentelle, recherchée pour ses qualités intrinsèques » fait également partie de l'harmonie pure⁶². C'est en cohérence avec ce phénomène que Martin Boodman affirme que l'harmonisation juridique « requires diversity and eschews uniformity » parce que l'harmonie musicale « presupposes and preserves the diversity of the objects harmonized »⁶³.

Au premier abord, l'approche suivie par le projet canadien d'harmonisation par rapport à la différence semble analogue à celle qui a été adoptée en musique. Cette ressemblance apparente se dégage tant de la modification des règles primaires que de l'adoption de règles secondaires qui réglementent l'interprétation bijuridique. En effet, l'harmonisation voulue par le fédéral ne vise pas l'élimination de la diversité juridique au pays. Au contraire, l'interaction des règles d'origines diverses est reconnue comme un « phénomène indissociable du droit canadien⁶⁴ ». L'asymétrie, notamment dans l'application variable des lois fédérales d'une province à une autre, est la règle supposément prévue par la Constitution⁶⁵. Puisque

62. R. DE CANDÉ, préc., note 39, s.v. « harmonie », p. 302. Il existe des exemples chez Bach, notamment dans son usage de l'accord de septième diminuée au cœur d'une œuvre ainsi que dans des successions d'accords dissonants (*id.*).

63. M. BOODMAN, préc. note 7, 701.

64. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, préc., note 14, fasc. 2 « Le bijuridisme au Canada et dans le monde : quelques considérations », par Marie-Claude GERVAIS et Marie-France SÉGUIN, p. 19.

65. *St-Hilaire c. Canada (Procureur général)*, [2001] 4 C.F. 289, 315, 2001 CAF 63. Dans l'ordre constitutionnel, « le droit privé a été placé avant tout sous le signe de la diversité » : Philippe DENAULT, *La recherche d'unité dans l'interprétation du droit privé fédéral. Cadre juridique et fragments du discours judiciaire*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 3. Toutefois, lorsqu'ils ont eu l'occasion de s'exprimer sur le pouvoir du Parlement du Canada d'abolir tout appel au Conseil privé, les lords ont soutenu leur décision affirmative en se basant sur la nécessité pour la Cour suprême du Canada d'être en mesure d'assurer un droit fédéral uniforme dans tout le Dominion : *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127, 154 (P.C.).

l'initiative harmonisatrice découle du renouvellement du droit civil québécois, l'objectif ne serait pas de supprimer les différences, mais simplement de les mettre à jour. Il n'est pas question d'éliminer la tradition la moins avantageuse comme dans le discours du commerce international où est privilégiée la tradition juridique la plus rentable pour les investisseurs étrangers⁶⁶. Axée sur la diversité plutôt que sur l'uniformité, la conception canadienne de l'harmonisation semble récuser l'idée, répandue en droit comparé, que «difference is a curse⁶⁷». Il s'agit toutefois d'un constat trompeur qu'une analyse plus approfondie permet d'écarter.

Si le modèle du bijuridisme canadien avalise la coexistence des deux traditions juridiques, il est plus difficile d'y reconnaître l'élément crucial relativement à l'harmonie musicale : la synthèse. Les composantes de l'harmonie musicale, tout en gardant leur individualité, «form a new and more complex musical sound⁶⁸». Un équivalent juridique, dans le contexte canadien, serait une pratique de la rédaction juridique où se fondraient les éléments des différentes traditions juridiques⁶⁹.

Au contraire, les techniques harmonisatrices privilégiées ambitionnent de cloisonner chaque tradition juridique sur le territoire qui lui est propre. Les nouvelles règles ajoutées à la *Loi d'interprétation* présument — voire renforcent — la conception du droit civil et du common law comme occupant des compartiments étanches⁷⁰. La complémentarité de chacune des traditions juridiques de droit civil et de common law selon le lieu d'application consacrée par l'article 8.1⁷¹ semble écarter toute possibilité de dialogue entre elles, particulièrement par la référence aux réserves conceptuelles *respectives* de droit civil ou de common law. Cette disposition, telle qu'elle est habituellement comprise, prive les traditions juridiques du droit fédéral

66. Emma PHILLIPS, «The War on Civil Law? The Common Law as a Proxy for the Global Ambition of Law and Economics», (2007) 24 *Wis. Int'l L.J.* 915.

67. Pierre LEGRAND, «Issues in the Translatability of Law», dans Sandra BERMAN et Michael WOOD (dir.), *Nation, Language, and the Ethics of Translation*, Princeton, Princeton University Press, 2005, p. 30, à la page 32.

68. M. BOODMAN, préc., note 7, 701.

69. Par exemple, Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Les solitudes du bijuridisme au Canada. Essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 120, a récemment mis en avant une nouvelle règle interprétative qui prévoirait que, «dès lors qu'une disposition législative fédérale ne peut être interprétée comme se référant à un quelconque *jus commune* provincial et que le sens de cette disposition demeure ambigu après avoir recouru aux règles ordinaires d'interprétation, cette disposition devrait être interprétée de la manière qui soit la plus intersubjectivement légitime tant du point de vue de la common law que du droit civil».

70. *Id.*, p. 146.

71. *Loi d'interprétation*, préc., note 21.

comme lieu de rencontre. Cet instrument de l'harmonisation juridique tend à la mise en œuvre des lois fédérales en deux versions parallèles mais séparées : d'un côté, celle qui est complétée par le droit civil ; et de l'autre, celle qui est complétée par le common law. De façon similaire, l'article 8.⁷² semble prescrire au lecteur d'un texte employant à la fois des termes de droit civil et de common law de ne lire que la version correspondant à la province d'application. En principe, le lecteur ne peut se permettre de subir l'influence des mots de l'autre tradition. La politique fédérale du bijuridisme véhiculerait, par conséquent, une épistémologie de la séparation plutôt qu'une épistémologie de la rencontre⁷³. Cette conception de l'harmonisation est en quelque sorte celle d'un accommodement confinant la singularité québécoise au territoire de cette province et dont le prix serait supposément l'absence de toute trace de celle-ci dans le reste de la fédération⁷⁴. Ne serait-il pas possible d'entendre un enchaînement d'unissons — deux régimes de consonance — au lieu de l'harmonie supposément espérée ?

L'harmonisation juridique se démarque également de l'harmonie musicale par les sites et les moments respectifs d'exécution de celles-ci. Nous avons remarqué plus haut le caractère centralisé de l'harmonisation voulue par le fédéral : le législateur prend l'initiative de l'harmonisation et l'interprète en suit docilement les gestes. Conformément au modèle typique du droit occidental, la réplification d'un droit est censée se réaliser à travers le texte écrit et non à travers le genre, le contexte ou l'interprétation⁷⁵. Les juristes se concentrent sur l'harmonisation écrite sans se préoccuper des lieux institutionnels d'interprétation. Ils concentrent leurs efforts et leur énergie sur le pouvoir législatif aux dépens des autres lieux de création normative comme le pouvoir judiciaire et les organes administratifs,

72. *Id.*

73. Nicholas KASIRER, « L'outre-loi », dans Lynne CASTONGUAY et N. KASIRER (dir.), *Étudier et enseigner le droit : hier, aujourd'hui et demain*, Bruxelles/Cowansville, Bruylant/Éditions Yvon Blais, 2006, p. 329, à la page 347. C'est peut-être parce qu'ils sont conscients de l'impact négatif de l'usage des doublets, qui impose une division des traditions, que les harmonisateurs semblent de plus en plus réticents à s'en servir.

74. J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 69, p. 123.

75. Roderick A. MACDONALD et Clarisse Kehler SIEBERT, « Orchestrating Legal Multilingualism : 12 Études », dans Jean-Claude GÉMAR et Nicholas KASIRER (dir.), *Jurilinguistique : entre langues et droits*, Bruxelles/Montréal, Bruylant/Éditions Thémis, 2005, p. 377, à la page 383.

reproduisant la tendance condamnable mais habituelle de la doctrine sur le fédéralisme⁷⁶.

Au contraire, l'achèvement de la composition musicale par son auteur ne met pas fin au processus créateur. L'harmonie musicale écrite n'est pas un objet immuable. La musique nous rappelle fructueusement d'ailleurs qu'une harmonisation écrite, supposément fixe, peut malgré tout refléter son contexte d'interprétation, notamment le lieu et l'exécution de l'interprète. Comme l'exprime justement Desmond Manderson, « [t]ext, performance, and interpretation are inextricably linked⁷⁷ ». L'interprétation subit particulièrement l'influence du choix des instruments qui modifie fortement les effets harmoniques d'une partition donnée. L'harmonie émise changera selon que l'interprète s'assied à un piano, à un orgue ou à un clavecin⁷⁸. La transposition juridique de ce constat serait la reconnaissance de la variabilité de l'interprétation selon qu'un tribunal administratif, un arbitre ou un juge provincial interprète le même texte, qu'il soit harmonisé explicitement ou non. La signification des mêmes notes écrites change d'ailleurs d'une époque à l'autre⁷⁹. Cependant, la possibilité d'une interprétation contextuelle ne figure pas explicitement dans la plupart des comptes rendus officiels sur l'harmonisation juridique⁸⁰.

Le dernier élément de contraste entre les deux harmonisations concerne l'envergure restreinte, voire confinée, de l'harmonisation juridique voulue par le fédéral comparativement à celle de l'harmonie musicale. Le projet fédéral ne révèle-t-il pas un certain manque de vision dans la mesure où il

76. Sur les lieux sous-étudiés du pouvoir étatique quant à la création de droit, voir Roderick A. MACDONALD, « Kaleidoscopic Federalism », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Fabien GÉLINAS (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, Cowansville/Bruxelles, Éditions Yvon Blais/Bruylant, 2005, p. 261, aux pages 271-273.

77. Desmond MANDERSON, *Songs without Music. Aesthetic Dimensions of Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 2000, p. 17. Voir aussi Valerio NITRATO-IZZO, « Interprétation, musique, droit : performance musicale et exécution de normes juridiques », (2007) 58 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 99, 104 et 105.

78. Paul BADURA-SKODA, *Interpreting Bach at the Keyboard*, trad. par Alfred CLAYTON, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 169. Voir aussi David SCHULENBERG, *The Keyboard Music of J.S. Bach*, New York, Schirmer Books, 1992, p. 10-13. Pour l'adaptation de ces constatations musicales à la variabilité du langage juridique, voir C. ATIAS, préc., note 38, n° 139, p. 84 et 85.

79. Pour des tentatives d'accéder aux intentions contemporaines des compositeurs d'il y a quelques siècles, voir par exemple : Jaap SCHRÖDER, *Bach's Solo Violin Works. A Performer's Guide*, New Haven, Yale University Press, 2007 ; Frederick NEUMANN, *Ornamentation in Baroque and Post-Baroque Music : With Special Emphasis on J.S. Bach*, Princeton, Princeton University Press, 1978.

80. Voir toutefois la sensibilité manifestée par F. ALLARD, préc., note 27.

ne s'inspire pas davantage des traits musicaux comme le dynamisme et la signification contextuelle ?

En musique, l'analyse harmonique s'intéresse à plusieurs relations sonores. Il est d'abord nécessaire de reconnaître les accords dans une perspective verticale, soit les notes jouées simultanément. Cependant, l'auditeur apprécie l'impact de chacun des accords dans une perspective horizontale, en fonction de leur position par rapport à ceux qui l'auront précédé et à ceux qui le suivront. La sévérité d'une dissonance quelconque s'évaluera relativement à celles qui l'entourent. C'est-à-dire que, peu importe la méticulosité avec laquelle le compositeur se penche sur chaque accord, l'harmonie qui en émerge ne sera pas reçue par l'auditeur et par l'analyste exclusivement à ce niveau détaillé mais aussi plus linéairement, globalement et dynamiquement. Bref, le résultat de l'harmonisation s'entend comme des phrases, des enchaînements sonores, plutôt que comme des accords isolés. Ces relations harmoniques sont également reconnaissables dans des compositions plus longues telle une symphonie ou une sonate entre les clés respectives des mouvements.

En contraste, l'envergure de l'harmonisation juridique canadienne paraît restreinte. L'initiative fédérale n'aspire à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil qu'au niveau le plus détaillé, mot à mot. Les méthodes sélectionnées s'évertuent à régler soit le terme de la législation fédérale relativement à ceux qui font supposément autorité dans le *Code civil du Québec*, soit le contenu invoqué par un tel mot⁸¹. Il semble qu'une telle approche risque de favoriser la poursuite du détail aux dépens de la profondeur et d'aboutir, comme le craignent certains observateurs, «à une simple entreprise de terminologie cosmétique⁸²». Il y a lieu de se demander si le projet ne profiterait pas d'un engagement plus global et plus dynamique inspiré de l'harmonie musicale. Plutôt que d'harmoniser mot à mot en modifiant les règles primaires, serait-il possible de procéder à partir d'une interrogation à savoir dans quelle mesure un tel régime va à l'encontre des concepts fondamentaux du droit provincial ? Quelles seraient les implications d'une conception de l'harmonisation où l'ensemble d'un régime mis en place par un palier de gouvernement — par exemple, une forme de sûreté en vertu de la *Loi sur les banques*⁸³ — serait harmonisé avec l'autre, plutôt que mot à mot ?

81. Cela se manifeste dans la confection soignée des fiches terminologiques bijuridiques. Voir le site Web du ministère de la Justice : www.justice.gc.ca/fra/pi/bj/harm/index.html.

82. Madeleine CANTIN CUMYN, «Les innovations du *Code civil du Québec*, un premier bilan», (2005) 46 *C. de D.* 463, 466 (note 5).

83. *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46.

Toutefois, une harmonisation conceptuelle plutôt que littérale comporte également certains problèmes pratiques ainsi que l'a révélé une comparaison avec le caractère contextuel de la signification harmonique. À l'instar des accords musicaux — où chacune des notes se compose d'un son primaire et de ses harmoniques — qui prennent signification à partir des accords environnants, chaque terme tiré du droit privé (et du droit public) a de multiples acceptions plus ou moins présentes dans un contexte donné. Bien que dans chaque circonstance une acception soit dominante, l'écho d'autres significations et usages reste présent. Conscient de ce phénomène, Christian Atias écrit que « [l]es changements de sens que connaissent les mots » imprègnent le dialogue professionnel⁸⁴. Il renchérit : à l'encontre de la théorie selon laquelle les termes juridiques ont « un sens fixé, un sens vrai à respecter pour en user correctement », il faut tenir compte « de divergences, de nuances fréquentes, probables, voire inévitables entre l'auteur et ses auditeurs »⁸⁵. En droit comme dans le domaine de la traduction, il est peu probable qu'un mot ait exactement la même signification d'un contexte à l'autre⁸⁶. C'est également ce que soutiennent deux auteurs qui soulignent l'interaction entre le droit et le contexte : « Law is in constant interaction with context ; there can be no self-sufficient legal language of self-referential concepts⁸⁷. » En ce sens, le droit, considéré dans son ensemble, ressemble à la musique. C'est pourtant précisément dans cet aspect que l'initiative d'harmonisation juridique du fédéral se démarque du droit plus généralement.

Si les musiciens basent leurs règles et leurs pratiques d'harmonie, consciemment ou non, sur la multiplicité intrinsèque aux sons, il n'en va pas de même pour les harmonisateurs juridiques. À l'antithèse de la sensibilité contextuelle du droit, l'initiative d'harmonisation présume l'existence d'une signification unique et constante pour chaque terme dans le droit commun provincial. Elle présume aussi que celle-ci est transférable au domaine fédéral⁸⁸. À notre avis, comme nous le rappellent les

84. C. ATIAS, préc., note 38, n° 142, p. 86.

85. *Id.*, n° 139, p. 84.

86. MARTA CHROMÁ, *Legal Translation and the Dictionary*, Tübingen, Niemeyer, 2004, p. 39.

87. R.A. MACDONALD et C.K. SIEBERT, préc., note 75, aux pages 387 et 395. Une reconnaissance de la spécificité contextuelle du langage juridique explique, au moins en partie, l'approche relative au caractère véritable d'une loi dont la validité est mise en question dans un litige constitutionnel : à la lecture textuelle s'ajoute un examen des effets concrets produits par la loi. HENRI BRUN, GUY TREMBLAY et EUGÉNIE BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 449.

88. Voir la discussion menée par P. LEGRAND et G. SAMUEL, préc., note 10, p. 67, sur des jugements anglais où la Court of Appeal a donné différentes significations à la même phrase légiférée, « quitte à sacrifier le conceptualisme et, avec lui, la notion de consistance

caractéristiques de l'harmonie musicale, le risque est de s'enliser dans un littéralisme et un nominalisme en traitant les mots et les concepts juridiques comme des fins et non comme des représentations fonctionnelles⁸⁹. D'après nous, c'est une faiblesse de l'initiative d'harmonisation juridique que d'être basée sur une compréhension du droit qui fait abstraction de la polyvalence des termes juridiques.

Ainsi, en favorisant un savoir technique et abstrait plutôt qu'une intelligence contextuelle, par son approche au mot à mot, et en présumant l'existence d'une signification unique et reconnaissable des concepts du droit commun, l'harmonisation juridique voulue par le fédéral s'éloigne de son éponyme. Nous pourrions nous questionner sur la portée de ce constat. La valeur juridique ou morale d'un programme juridique ne dépend pas du tout en soi de sa relation avec l'harmonie musicale. S'agit-il, tout au plus, d'une frivolité, d'un choix de métaphore discutable? Nous croyons le contraire. Les éléments de divergence entre l'harmonisation juridique et son éponyme musical ne sont pas dépourvues d'intérêt, et s'avèrent même cruciaux : ils s'insèrent dans des débats profondément significatifs vers lesquels nous nous tournons maintenant. Les différences saillantes entre l'harmonisation juridique voulue par le fédéral et l'harmonie musicale rappellent d'anciennes et profondes controverses de philosophie juridique quant au positivisme et au pluralisme et soulignent d'importantes considérations de droit constitutionnel canadien.

2 L'harmonisation juridique et la politique

Les aspects par lesquels l'approche par le haut de l'harmonisation juridique diffère de celle par le bas de l'harmonie musicale s'insèrent dans des débats politiques relatifs à la place du droit civil dans la fédération

ou, plus largement, de rigueur intellectuelle que la tradition juridique romaniste n'hésite pas à associer à l'idée qu'elle se fait de la pensée claire et assurée, qui doit caractériser tant le droit que la lecture qu'on en fait ».

89. Selon nous, il n'est pas nécessaire que chaque concept se définisse de manière identique toujours et partout. Dans l'affaire *Canada 3000 Inc., Re; Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic de)*, [2006] 1 R.C.S. 865, 2006 CSC 24 (ci-après « *Canada 3000* »), l'acceptation de « propriétaire » qui s'est imposée aux juges se démarquait nettement du concept tel qu'il avait été défini par le droit civil québécois. En effet, elle excluait le locateur, celui qui, selon le droit provincial, aurait été le propriétaire exclusif. Ce n'est pas non plus nécessaire que la signification d'un « bail » soit identique lorsqu'il s'agit de la relation entre le locateur et le locataire ainsi que lorsqu'il s'agit de la relation entre le locateur et le syndic à la faillite du locataire. Comparer à cet égard les approches respectives de la Cour suprême dans l'affaire *Lefebvre (Syndic de); Tremblay (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 326, 2004 CSC 63, et de la Cour d'appel du Québec dans la même affaire : [2001] R.J.Q. 2679 (C.A.).

canadienne (2.1). Ce positionnement de l'harmonisation est néanmoins nuancé en ce que sa mise en œuvre—distinguée de l'harmonisation voulue par le fédéral—se révèle un processus plus complexe et, de ce fait, plus proche de l'harmonie musicale (2.2).

2.1 L'harmonisation juridique devant les débats fédéraux

L'harmonie musicale et l'harmonisation juridique voulue par le fédéral sont respectivement liées à deux compréhensions opposées de la place qui revient au droit civil dans la fédération (2.1.1). Nous sommes d'avis que les choix méthodologiques qu'ont faits les architectes de l'harmonisation juridique en favorisent une en particulier, c'est-à-dire celle qui place le droit civil sous le contrôle exclusif du Québec (2.1.2).

2.1.1 La place controversée du droit civil

Il existe au moins deux compréhensions de la place revenant au droit civil dans le paysage juridique canadien. Contrairement aux tendances méthodologiques ou processuelles dont il était question dans la première partie de notre texte, ces compréhensions sont essentiellement politiques et substantielles. Leur rivalité est d'autant plus grande du fait qu'aucun instrument de statut constitutionnel ne tranche explicitement et définitivement le concours entre elles.

Selon la première, le Québec détiendrait un contrôle exclusif sur le droit civil. C'est à la législature québécoise qu'il incomberait de gérer le droit civil et d'en renouveler le vocabulaire conceptuel de temps à autre. Selon cette vision, le Parlement du Canada n'aurait aucun rôle créateur en matière de droit civil. Il serait assujéti à une obligation—morale ou politique, sinon légale ou constitutionnelle⁹⁰—d'harmoniser le droit fédéral avec le droit civil provincial. C'est ainsi que, selon la théorie prédominante de l'harmonisation, la recodification du droit commun québécois aurait astreint le Parlement du Canada à actualiser ses lois afin d'en tenir compte. Plus précisément, le Parlement se devrait d'insérer passivement le nouveau vocabulaire conceptuel du droit civil dans le droit fédéral quant à son application au Québec. Une formulation de l'objectif d'harmonisation par une juriste au ministère de la Justice s'avère révélatrice. Selon elle, l'harmonisation ambitionne d'assurer que les notions du droit civil québécois «soient adéquatement reflétées⁹¹» dans des lois fédérales. Ce choix terminologique du concept de réflexivité passive de la part du Parlement

90. Admettons que parfois les distinctions entre ces différents types d'obligations s'estompent. Voir *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

91. L.M. WELLINGTON, préc., note 19, p. 3.

récuse éloquemment la potentialité d'une quelconque créativité de la part de celui-ci. La présomption d'illégitimité de toute action relative au droit civil par le Parlement imprègne l'idée selon laquelle l'exercice du gouvernement fédéral de son pouvoir exclusif dans ses sphères de compétences constitutionnelles pourrait empiéter sur la propriété et les droits civils⁹². La même vision émerge de l'hypothèse qui voit la complémentarité des droits communs à l'égard du droit fédéral non seulement comme un phénomène parmi d'autres mais—dans un registre plus normatif—comme une présomption⁹³. Comme nous en avons discuté précédemment, cette idée jouit dorénavant d'une partielle reconnaissance—dont le poids varie selon le lecteur—par la modification à la *Loi d'interprétation*. L'exclusivité du lien entre les provinces et le droit privé s'aligne sur des suggestions, d'ailleurs fort controversées, à l'effet de l'inexistence d'un droit commun fédéral et, *a fortiori*, d'un droit civil fédéral⁹⁴.

Pour les partisans de cette compréhension, l'appartenance exclusive du droit commun aux provinces entraîne une absence de contact entre le droit civil et le common law. C'est en toute cohérence avec cette compréhension que les modifications à la *Loi d'interprétation* véhiculent « la logique de l'épistémologie de la séparation⁹⁵ ».

Il existe une autre vision de la place du droit civil et, plus largement, du droit commun dans la fédération. Celle-ci favorise le partage de responsabilités par rapport au droit civil entre les paliers fédéral et provincial.

Cette compréhension reconnaît la légitimité du pouvoir exclusif du Parlement du Canada dans certaines matières de droit privé lui ayant été attribuées par la Constitution, dont les lettres de change et les billets promissoires, la banqueroute et la faillite, les brevets d'invention et de

92. Parlant de l'obligation fédérale d'harmoniser, Ruth Sullivan dit que lorsque le Parlement légifère dans certaines matières telles que l'imposition ou la banqueroute, « which impinge on property and civil rights in the province », il lui faut adapter la législation afin de l'harmoniser avec le droit civil québécois et le common law. Ruth SULLIVAN, *Statutory Interpretation*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2007, p. 91. Or, la prétention de l'empiètement est mal fondée. Dès lors que le « caractère véritable » d'une loi relève d'un titre de compétence fédérale, l'on ne tient plus compte du domaine provincial qu'elle pourrait toucher de quelque façon incidente que ce soit. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 87, p. 449 et 450.

93. J.-M. BRISSON et A. MOREL, préc., note 25.

94. Voir par exemple : *Quebec North Shore Paper c. C.P. Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054 ; *McNamara Construction et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654. L'autorité de ces jugements sur cette question a pourtant été mise en doute par Roderick A. MACDONALD, « Encoding Canadian Civil Law », dans *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 579, aux pages 610-619 (n^{os} 39-49).

95. N. KASIRER, préc., note 73, à la page 347.

découverte, les droits d'auteur ainsi que le mariage et le divorce⁹⁶. Ces matières étant exclues de la compétence provinciale sur «[l]a propriété et les droits civils dans la province⁹⁷», il s'ensuit que la responsabilité sur le droit civil dans son ensemble appartient aux deux paliers⁹⁸. Il est vrai que le fait de conférer au fédéral ces matières de compétence de droit privé déroge au principe général voulant que le droit privé soit de compétence provinciale⁹⁹. Toutefois, il ne s'ensuit ni que ces catégories méritent d'être interprétées restrictivement, ni qu'il soit requis du fédéral de se soumettre au vocabulaire conceptuel élaboré par les législatures provinciales, du moins dans ces domaines¹⁰⁰. Ainsi, il serait constitutionnellement légitime pour le Parlement d'outrepasser les mesures nécessaires à la simple «réflexion» du droit civil québécois, pour reprendre les termes d'une juriste fédérale cités précédemment. En effet, il incomberait au Parlement, qui jouit d'une compétence exclusive dans ces matières de droit privé, d'en élaborer les concepts, les règles et les relations juridiques¹⁰¹. Et cette élaboration pourrait mettre les ressources du droit civil en contact avec celles du common law. Cette compréhension est plus ouverte que la première, qui constitue l'orthodoxie doctrinale, quant à la possible existence d'un droit commun fédéral¹⁰².

Par conséquent, cette dernière compréhension privilégierait une vision de l'harmonisation où il existerait un devoir d'adaptation réciproque de la

96. Voir la *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 12, art. 91 (18), 91 (21), 91 (22), 91 (23) et 91 (26).

97. *Id.*, art. 92 (13).

98. Il y a également la question du droit commun dans tous les domaines du droit privé applicable dans les zones ou territoires fédéraux qui ne font partie d'aucune province. Voir F. ALLARD, préc., note 27.

99. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 87, p. 477.

100. Nous distinguerions donc la question de l'envergure possible des compétences fédérales de celle, aussi importante, de la rigueur convenable en démarquant les chefs de compétence de l'article 91 de ceux de l'article 92. Voir Jean LECLAIR, «L'impact de la nature d'une compétence législative sur l'étendue du pouvoir conféré dans le cadre de la Loi constitutionnelle de 1867», dans *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 613.

101. Voir: Robert LECKEY, «Harmonizing Family Law's Identities», (2002) 28 *Queen's L.J.* 221, 262; Michel BASTARACHE, «Les difficultés relatives à la détermination de l'intention législative dans le contexte du bijuridisme et du bilinguisme législatif canadien», dans J.-C. GÉMAR et N. KASIRER (dir.), préc., note 75, p. 93, aux pages 108 et 109.

102. La négation d'une telle possibilité pourrait mieux se comprendre comme niant qu'il y ait un *seul* droit commun fédéral. Il y en aurait, parmi d'autres, un en matière maritime (*ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752) ainsi qu'un autre en matière de lettres de change. Lorsque la Cour suprême reconnaît un «régime unifié en matière d'aéronautique» établi par la triangulation de lois fédérales (*Canada 3000*, préc., note 89, par. 79), un droit commun en matière aéronautique s'en dégage.

part des deux gouvernements. Selon ses tenants, l'harmonisation pourrait amorcer un processus bivalent et réciproque impliquant à la fois le Parlement et les législatures provinciales¹⁰³. Dans cette perspective, le législateur québécois aurait peut-être même l'obligation de s'assurer que son droit, en-deçà de ses domaines de compétence exclusive, tient compte des innovations du gouvernement fédéral à l'intérieur des siens. Cette obligation apparente pourrait se conjuguer avec la perspective selon laquelle les « terrains de mixité » du droit civil québécois constituent une source de sa singularité¹⁰⁴. Par exemple, les innovations fédérales en matière de faillite pourraient stimuler des adaptations dans le droit commun québécois¹⁰⁵. Le droit des biens provincial pourrait être réformé en vue d'être réconcilié avec la propriété intellectuelle telle qu'elle est réglementée par le gouvernement fédéral. En outre, les innovations en droit de la famille effectuées par la loi fédérale sur le divorce — pensons à la reconnaissance, aux fins d'une obligation alimentaire, de la parentalité de fait entre un beau-père et l'enfant de son épouse¹⁰⁶ — sauraient au moins nécessiter une réflexion sur l'opportunité d'en tenir compte dans le second livre du Code civil¹⁰⁷. Dans la plupart des provinces de common law, il y a déjà une cohérence entre le statut ponctuel d'un parent de fait en vertu du droit commun et du régime fédéral, mais, bien entendu, le même devoir de s'adapter réciproquement s'imposerait, selon l'hypothèse, aussi bien aux provinces de common law qu'au Québec.

103. Voir Roderick A. MACDONALD, « Harmonizing the Concepts and Vocabulary of Federal and Provincial Law: The Unique Situation of Quebec Civil Law », dans MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, préc., note 32, p. 29, aux pages 38-43 (par. 23-31).

104. Daniel JUTRAS, « Cartographie de la mixité : la common law et la complétude du droit civil au Québec », (2010) 88 *R. du B. can.* [à paraître].

105. Voir aussi la suggestion que des développements européens imposés en matière de droit de la consommation peuvent inspirer des adaptations volontaires au niveau national — dits des gestes d'harmonisation spontanée — en droit général des contrats : Marco B.M. LOOS, « The Influence of European Consumer Law on General Contract Law and the Need for Spontaneous Harmonization », (2007) 15 *E.R.P.L.* 515, 523.

106. *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e supp.), art. 2 (2) (b) et 15.1 ; voir aussi *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242.

107. Voir Benoît MOORE, « La notion de “parent psychologique” et le Code civil du Québec », (2001) 103 *R. du N.* 115. Si ses réflexions s'étaient principalement sur l'égalité des enfants ainsi que sur l'intérêt de l'enfant (respectivement, les articles 522 et 32 C.c.Q.), elles tiennent quand même compte du régime fédéral (*id.*, 116, 117 et 125). Pour une tentative, par l'entremise d'une interprétation libérale des droits de l'enfant, d'harmoniser le droit commun québécois avec les notions juridique et sociale de parentalité de fait, voir l'affaire *Droit de la famille – 072895*, [2008] R.J.Q. 49, 2007 QCCA 1640, où la Cour d'appel a ordonné le partage de la garde des enfants entre leur mère adoptive, seule titulaire de l'autorité parentale, et son ancienne conjointe.

Des liens de parenté peuvent se tisser entre cette seconde compréhension et un courant doctrinal, lui-même minoritaire, qui préconise une plus grande interaction entre les traditions de droit privé dans le domaine fédéral. Jean-François Gaudreault-DesBiens a plaidé pour une conception du bijuridisme exigeant, du moins dans l'ordre fédéral, « un dialogue plus approfondi entre les traditions juridiques », une interprétation qui concevrait le droit fédéral « comme un ordre juridique mixte, voire métissé »¹⁰⁸. De même, France Allard a parlé d'un bijuridisme conçu « dans une perspective dialogique qui tienne compte des différentes versions linguistiques et systémiques du texte pour en saisir le sens »¹⁰⁹. D'après elle, les articles 8.1 et 8.2¹¹⁰ comportent « une épistémologie de la mixité qui tient compte de la multiplicité des sources du droit fédéral »¹¹¹. Il a été suggéré, du moins implicitement, que l'ancien droit civil, par l'entremise d'une lecture bijuridique du régime fiscal fédéral, peut aider le common law à sortir des difficultés dans lesquelles s'enlise le droit des organismes de bienfaisance¹¹². Dans un registre de description phénoménologique, Nicholas Kasirer a suggéré que, dans un lieu bilingue ou bijuridique, l'interprétation peut subir l'influence, volontairement ou non, de l'Autre. Par exemple, en recherchant la règle applicable au Québec, le lecteur québécois lira « avec le bonheur d'entendre l'écho de l'outre-tradition »¹¹³. Ces appels pour une vision plus métissée du droit privé sont renforcés par des doutes relatifs à la pureté des constructions culturelles en cause, soit des langues¹¹⁴ ou des traditions

108. J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 69, p. 125. Pour des opinions opposées quant au caractère mixte du droit maritime, il faut comparer les motifs majoritaires du juge La Forest avec les motifs concordants respectifs des juges McLachlin et L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683.

109. France ALLARD, « Entre le droit civil et la common law : la propriété en quête de sens », dans J.-C. GÉMAR et N. KASIRER (dir.), préc., note 75, p. 193, à la page 220.

110. *Loi d'interprétation*, préc., note 21.

111. F. ALLARD, préc., note 27.

112. Kathryn CHAN, « Taxing Charities/Imposer les Organismes de Bienfaisance : Harmonization and Dissonance in Canadian Charity Law », (2007) 55 *Rev. fisc. can.* 481, 553.

113. N. KASIRER, préc., note 73, à la page 351. Voir, cette fois en droit public, Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Underlying Principles and the Migration of Reasoning Templates : A Trans-Systemic Reading of the *Quebec Secession Reference* », dans Sujit CHOUDHRY (dir.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 178, où l'auteur relève l'empreinte des principes généraux de droit connus des civilistes dans une analyse constitutionnelle ostensiblement de common law.

114. Il serait faux que d'imaginer que l'anglais et le français se partagent exclusivement l'univers juridique canadien de même que de présumer que leurs frontières sont toujours indiscutablement démarquées. Sur la pluralité à l'intérieur de la langue anglaise, voir Rajend MESTHRIE et Rakesh M. BHATT (dir.), *World Englishes. The Study of New Linguistic Varieties*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

juridiques¹¹⁵. Ils sont étayés par le danger que la volonté trop vigoureuse de renforcer ces frontières aboutisse à une exagération des différences¹¹⁶.

La première vision, selon laquelle le droit civil appartient exclusivement au Québec, se trouve enchâssée dans l'initiative d'harmonisation juridique telle que le gouvernement fédéral l'a conçue. Il est donc ironique que ce soit la seconde vision qui s'apparente le plus à l'harmonie musicale. La réciprocité et l'adaptation mutuelle associées à la seconde compréhension, ainsi que la création de quelque chose de neuf provenant de la rencontre et de la combinaison des éléments différents, nous semblent plus caractéristiques de l'harmonie musicale que la maîtrise solitaire et la séparation prônées par la première.

À notre avis, la compréhension d'une compétence partagée quant au droit civil (et quant au common law) repose sur une assise juridique crédible et semble mieux s'accorder avec la distribution constitutionnelle des pouvoirs entre les deux paliers de gouvernement. Cette distribution est significative, la Constitution ayant divisé la compétence législative sur le droit privé. Par conséquent, « [m]ême sur son territoire, le gouvernement du Québec n'a la haute main sur le droit civil que dans ses domaines de compétence. Il ne régit pas de manière autonome le droit civil tout entier¹¹⁷. » Cette conclusion n'est que la conséquence du caractère fédéral du pays et en particulier de l'existence préconfédérale du droit civil du Bas-Canada. L'établissement du système fédéral a conféré aux deux nouveaux paliers gouvernementaux la responsabilité d'entretenir le droit civil québécois préexistant¹¹⁸. Autrement dit, l'article 92 (13)—malgré la lecture généreuse qui lui a été accordée par le Conseil privé¹¹⁹—ne signifie pas que tout le droit commun continué par l'article 129 de la *Loi constitutionnelle*

115. Il est bien connu que certains auteurs classifient le système juridique québécois comme étant un système « mixte ». Or il ne faut pas se tromper en présumant indûment une pureté quelconque de la part du common law. Voir, par exemple, Seán Patrick DONLAN, « “Our Laws Are as Mixed as Our Language”: Commentaries on the Laws of England and Ireland, 1704-1804 », (2008) 3 *J.C.L.* 178, 196, qui, en parlant des « historically diverse origins of English law », observe que les juristes oublient souvent à quel point ils sont redevables aux droits féodal, civil et canon.

116. Plus concrètement, dans le paysage canadien, tandis que toute l'initiative d'harmonisation souligne l'opposition entre le common law et le droit civil, dans certains domaines de droit privé, dont les sûretés, des variations d'une province de common law à une autre peuvent bien se répercuter davantage sur l'application du droit fédéral que des variations d'une province de common law au Québec.

117. Robert LECKEY et André BRAËN, « Le bilinguisme dans le domaine législatif », dans Michel BASTARACHE (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 41, à la page 128.

118. R.A. MACDONALD, préc., note 94, aux pages 607 et 608 (n^o 36).

119. *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96, 109-111 (P.C.).

de 1867¹²⁰ appartient désormais aux provinces de manière exclusive. Il ne signifie pas non plus que les sujets sur lesquels la compétence exclusive a été donnée au fédéral ont perdu en 1867 leur statut antérieur de droit commun¹²¹.

2.1.2 L'ingérence des choix méthodologiques dans des débats politiques

La prochaine étape de notre interrogation consiste à situer l'initiative d'harmonisation entreprise par le gouvernement fédéral sur le terrain argumentatif constitué par ces deux compréhensions de la place du droit civil dans la fédération.

Jusqu'à présent, nous avons mis en évidence deux éléments de contraste. Le premier, dit méthodologique, oppose l'approche par le haut de l'harmonisation juridique telle qu'elle a été conçue par ses architectes au processus par le bas de l'harmonie musicale. Le second, dit substantiel, oppose une compréhension où le droit civil appartient exclusivement au Québec à une compréhension où cette responsabilité est partagée entre le Parlement du Canada et le Québec. Les tendances ainsi opposées représentent les extrêmes des spectres sur lesquels elles se situent. Nous rappelons donc l'existence de positions intermédiaires sur ces axes. Il existe d'ailleurs une relation importante entre ces deux spectres. Celle-ci peut être démontrée par la considération de la validité de l'hypothèse inverse, que nous appellerons l'« hypothèse de l'indépendance ». Selon celle-ci, les axes des choix processuels et des choix substantiels et politiques seraient indépendants, s'entrecroisant de manière à produire un tableau qui comprend quatre cellules¹²².

120. *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 12.

121. R.A. MACDONALD, préc., note 94, aux pages 615 et 616 (n° 45).

122. Ce tableau laisse voir l'influence d'un autre dans Roderick A. MACDONALD, « Les Vieilles Gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives », dans Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 233.

TABLEAU 1

	⇐ Maîtrise exclusive du droit civil par le Québec	⇒ Responsabilité partagée fédérale-provinciale
↑ approche par le haut	[1] approche par le haut, maîtrise exclusive du Québec	[3] approche par le haut, responsabilité partagée fédérale-provinciale
approche par le bas ↓	[2] approche par le bas, maîtrise exclusive du Québec	[4] approche par le bas, responsabilité partagée fédérale-provinciale

Dans le tableau 1, l'harmonisation juridique voulue par le fédéral s'inscrit dans la première cellule puisqu'elle privilégie une approche par le haut et suppose une maîtrise exclusive du Québec sur le droit civil. Par ailleurs, l'hypothèse de l'indépendance nous amène à la possibilité que les techniques harmonisatrices adoptées en l'occurrence, soit la modification par le haut de règles primaires et secondaires, puissent également véhiculer la compréhension du droit civil comme relevant d'une responsabilité partagée. Une telle combinaison s'inscrirait dans la troisième cellule. Autrement dit, d'après l'hypothèse de l'indépendance, les choix méthodologiques faits par le gouvernement fédéral seraient cohérents avec n'importe laquelle des compréhensions politiques relativement à la place du droit civil. Quant à un processus d'harmonisation plus par le bas, l'hypothèse d'indépendance soutiendrait que celui-ci peut concrétiser soit la compréhension d'une maîtrise québécoise exclusive du droit civil, occupant alors la seconde cellule, soit la compréhension d'un droit civil partagée, occupant la quatrième cellule.

Toutefois, nous croyons que l'hypothèse de l'indépendance du processus et de la substance en matière d'harmonisation est insoutenable. Les techniques par le haut employées par le gouvernement fédéral — la modification de lois fédérales, l'ajout de règles interprétatives privilégiant le droit commun provincial — s'alignent en réalité étroitement sur l'idée d'une maîtrise exclusive du Québec sur le droit civil. Les techniques de modification des lois fédérales adoptées après la recodification du droit commun québécois n'exigent aucune réponse du législateur québécois. Tout se passe comme si la voie reliant le législateur québécois au Parlement du Canada, à travers le Code civil, était à sens unique. La supposition, à des fins techniques et processuelles d'harmonisation, que le droit commun québécois influe sur le droit fédéral de manière unilatérale, excluant une quelconque réciprocité, établit le lien analytique, et non conditionnel ni coïncidant, entre l'approche par le haut et la vision d'un droit civil exclusivement québécois.

D'ailleurs, l'idée même d'un engagement commun des deux législateurs dans le droit civil contredit les attributs d'une approche par le haut. Il est impossible de concilier cette approche — axée sur les normes écrites, centralisée et présument un savoir technique et bureaucratique — avec une compréhension du droit civil comme entreprise commune. Les caractéristiques de cette compréhension — une épistémologie de rencontre, l'adaptation réciproque, un métissage normatif — impliquent à la fois une inclination politique et le rejet de tout processus par le haut. Si la métaphore gouvernante d'une conception substantielle est celle d'un dialogue, il est difficile de réconcilier cette conception avec une approche qui prône la certitude, l'instrumentalité directe et les édits imposés par le législateur. Par ailleurs, la conception substantielle et politique d'une responsabilité partagée sur le droit civil semble nécessiter l'adaptation réciproque et soutenue propre à une approche par le bas. D'une manière parallèle, il est difficile d'occuper la seconde cellule. L'exclusivité intrinsèque à cette conception substantielle se réalise mal à travers l'imprévisibilité d'une approche par le bas.

En conséquence, il ne peut exister qu'un axe alliant les deux ordres de comparaison et présentant deux tendances qui amalgament des éléments processuels et substantiels. D'un côté se trouve un processus d'harmonisation par le haut qui sert une compréhension politique où le droit civil appartient exclusivement au Québec ; de l'autre, un processus par le bas soutenant une compréhension politique où la responsabilité sur le droit civil est partagée et réciproque entre les deux paliers gouvernementaux.

Quelle peut être l'importance de ce constat ? Nous le croyons déterminant puisque cela démontre que les décisions méthodologiques présentées comme des questions qui méritent peu de débat politique en raison de leur caractère essentiellement technique constituaient, en réalité, des choix politiques importants. Autrement dit, ces choix n'étaient pas « normativement neutres¹²³ ». Il en va de même dans l'Union européenne, où des préférences dites méthodologiques en faveur de l'harmonisation légiférée, voire codifiée — par rapport à une harmonisation dite rampante (*creeping*) — véhiculent sans doute certaines positions politiques¹²⁴.

123. L'expression est empruntée à un contexte où, malgré des affirmations d'ouverture à l'égard du pluralisme, des règles procédurales ont pour effet de miner tout pluralisme : R.A. MACDONALD, préc., note 47, p. 54. Voir aussi l'étude fort intéressante de l'intérêt politique et intrinsèque des points techniques sous-estimés comme de simples outils : Annelise RILES, « A New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities », (2005) 53 *Buff. L. Rev.* 973.

124. Précisément, l'harmonisation codifiée serait en train de triompher au détriment du common law : Pierre LEGRAND, « Antivonbar », (2006) 1 *J.C.L.* 13.

Sous couvert d'une matière entièrement technique qu'il était souhaitable de déléguer aux fonctionnaires du ministère de la Justice, les choix méthodologiques liés à l'initiative d'harmonisation juridique fédérale risquent d'avoir de lourdes conséquences constitutionnelles. D'ailleurs, n'ayant pas fait l'objet de sérieux débats politiques, les choix méthodologiques mettant en œuvre l'harmonisation juridique, en cas de succès de leur implémentation, ancreraient dans le domaine fédéral la vision substantielle selon laquelle le droit civil relève du contrôle exclusif du gouvernement québécois. Ils relègueraient aux oubliettes la seconde compréhension—à notre avis attirante et bien fondée—de partage du droit civil et de la rencontre des traditions juridiques. Il est donc primordial d'examiner l'efficacité avec laquelle l'instauration de ces choix méthodologiques d'approche par le haut a véritablement produit les résultats escomptés.

2.2 La pratique de l'harmonisation et le phénomène juridique

Une étude de la mise en œuvre de l'harmonisation juridique révèle qu'elle se produit plus souvent par le bas que le veut la théorie fédérale (2.2.1). Alors que cette dernière est liée au positivisme juridique, la mise en œuvre de l'harmonisation s'associe davantage au pluralisme juridique, une philosophie qui se révèle mieux adaptée à une fédération telle que le Canada (2.2.2).

2.2.1 L'incertitude et la complexité de l'harmonisation juridique

Plusieurs juristes au Canada et ailleurs qui ont mis en avant la métaphore de l'harmonisation comprennent celle-ci comme impliquant une clarté, une fixité et une stabilité. Nous avons démontré que l'aspiration juridique présume d'une simplicité qui n'est pas présente dans l'harmonie musicale, ce qui a pour conséquence l'émergence d'un fossé entre cette aspiration et son éponyme. Dans les paragraphes suivants, en nous inspirant de la distinction entre le bijuridisme « idéalisé » et « réel »¹²⁵, nous distinguerons la pratique de l'harmonisation juridique de l'aspiration fédérale. Dans quelle mesure pourrions-nous dire que l'harmonisation voulue s'est réalisée ?

Malgré les efforts législatifs du Parlement du Canada afin d'harmoniser ses lois avec le droit commun renouvelé du Québec, les modifications n'ont pas conduit à un état de certitude. La mise en œuvre des directives harmonisatrices se révèle plus incertaine et réfractaire que ses architectes ne l'auraient voulu. L'édiction de règles juridiques semble ne pas avoir

125. J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 69, p. 138.

produit l'incorporation consistante et prévisible des concepts du droit civil lorsque le droit fédéral s'applique au Québec. Les causes du succès mitigé des techniques d'harmonisation dont il sera question ici sont d'ordre juridique¹²⁶. Ces techniques ont soulevé de vifs débats quant à leur portée et à leurs effets. D'un survol des problématiques ainsi soulevées, nous concluons que la mise en œuvre de l'harmonisation exige des opérations plus complexes que la simple application de règles sans controverse. Par conséquent, la pratique de l'harmonisation, y compris le caractère contingent et évolutif de ses règles, se rapproche davantage de la complexité de l'harmonie musicale que ne le fait l'aspiration harmonisatrice¹²⁷.

Nonobstant la prolifération de publications, la manière «correcte» d'appliquer une loi fédérale modifiée par l'ajout de doublets demeure problématique. Au plus simple, la modification d'une loi à des fins d'harmonisation ne garantit pas que l'interprète en tiendra compte¹²⁸. De manière plus compliquée, le chemin à emprunter en interprétant les lois brodées de doublets reste controversé. Dans l'affaire *Schreiber*¹²⁹, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur une loi ayant été «harmonisée» par l'ajout de termes de droit civil dans la version anglaise, soit la *Loi sur l'immunité des États*¹³⁰. Telle qu'elle avait été modifiée, cette loi établissait une immunité relativement à «any death or personal or bodily injury¹³¹». L'appelant soutenait qu'il aurait été nécessaire, selon les règles habituelles d'interprétation, de distinguer la *personal injury* de la *bodily injury* dans un seul lieu d'application de la loi. Par contre, d'après le juge LeBel, l'ajout du terme de droit civil à la version anglaise ne servait qu'à communiquer l'intention législative aux civilistes anglophones¹³². Selon sa lecture, *personal injury* était l'expression pertinente dans une province de common law, et *bodily injury* l'était au Québec. Il a comparé le terme tiré du common law avec celui qui provenait du droit civil pour leur donner un contenu uniforme.

126. *Id.*, au sujet d'autres obstacles à un bijuridisme fort, tels que le faible taux de bilinguisme, les pressions économiques et l'indifférence envers l'autre.

127. Comparer la discussion d'une «épistémologie de la complexité» ainsi que celle du «pluralisme épistémologique» dans Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, p. 196-199.

128. Dans l'arrêt *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 564, 2005 CSC 52, la Cour suprême n'a pas mentionné que l'article 97 (3) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3, dont il était question, avait été modifié par l'insertion de l'expression «droit civil» à la suite de «common law». A. GRENON, préc., note 17, à la page 18 (note 40).

129. *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62 (ci-après «*Schreiber*»).

130. *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, c. S-18.

131. *Id.*, art. 6 (a).

132. *Schreiber*, préc., note 129, par. 54 et 69.

Si certains auteurs se sont référés au jugement du juge LeBel sans objection¹³³, son approche n'a pas satisfait tout le monde. En outre, certaines critiques qui s'accordent à dire que le juge LeBel a commis une erreur divergent quant à la manière dont il aurait dû procéder. Selon Aline Grenon, qui présume que le droit privé des provinces complète les lois fédérales, les termes dont il est question se rattachent aux traditions de common law et de droit civil et il n'est pas certain qu'ils aient la même signification. De son point de vue, la portée de la règle de cette loi fédérale pourrait varier selon le lieu où se produit l'incident¹³⁴. Ruth Sullivan, pour sa part, est d'accord avec la conclusion du juge LeBel, mais elle critique son raisonnement. D'après elle, au lieu de donner une signification commune aux termes reconnus comme émanant des traditions juridiques respectives des provinces, selon l'approche de l'interprétation des textes bilingues, l'interprète doit considérer sérieusement la possibilité que les termes employés représentent une intention législative non d'adopter le lexique des droits communs provinciaux, mais de promulguer une norme «unijurale» inspirée du droit international¹³⁵. Pour Sullivan, la complémentarité des droits communs provinciaux et du droit fédéral reconnue par l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*¹³⁶ doit se conjuguer avec la prérogative fédérale d'ériger un régime uniforme dans tout le pays, sans recours au droit privé provincial. Étant donné le conflit entre les auteurs quant à la démarche que devraient suivre les juges, la modification harmonisatrice des lois fédérales par l'ajout de doublets n'en assure pas nécessairement l'application constante et prévisible.

En outre, les nouvelles règles interprétatives soulèvent maintes controverses. La référence «au moment de l'application du texte» dans l'article 8.1 paraît obscure. Se réfère-t-elle au moment de la décision¹³⁷ ou au moment des faits de l'affaire¹³⁸? Aux fins de l'article 8.1, comment déterminer la nécessité de recourir aux règles du droit privé provincial? L'interprétation de la dérogation «sauf règle de droit s'y opposant» n'est pas plus claire. Pourquoi le législateur a-t-il demandé une règle de droit au

133. R. LECKEY et A. BRAËN, préc., note 117, à la page 130.

134. Aline GRENON, «The Interpretation of Bijural or Harmonized Federal Legislation: *Schreiber v. Canada (A.G.)*», (2005) 84 *R. du B. can.* 131.

135. Ruth SULLIVAN, «The Challenges of Interpreting Multilingual, Multijural Legislation», (2004) 29 *Brook. J. Int'l L.* 985, 1048-1054.

136. *Loi d'interprétation*, préc., note 21.

137. Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, préc., note 14, fasc. 6 «Article 8 du projet de loi S-4: Modification de la *Loi d'interprétation*», par Henry L. MOLOT, p. 17.

138. R. LECKEY et A. BRAËN, préc., note 117, à la page 132.

lieu d'une disposition¹³⁹? Les règles de common law sont-elles incluses dans la dérogation¹⁴⁰? Comment le législateur doit-il manifester son intention qu'une règle reçoive une interprétation uniforme plutôt que de varier selon le lieu d'application? Par exemple, une disposition dans la rédaction de laquelle le législateur n'a délibérément employé que le vocabulaire du common law peut-elle être caractérisée comme étant elle-même, pour reprendre le langage de l'article 8.1, une règle de droit qui s'oppose à la complémentarité du droit civil québécois¹⁴¹? Les articles 8.1 et 8.2 reposent sur la prémisse selon laquelle il est possible dans chaque cas de déterminer la province d'application d'une loi fédérale. Or, cette prémisse nous paraît douteuse: certains champs de compétence ressortent au Parlement du Canada précisément parce qu'il est prévisible que les lois s'y rapportant s'appliqueront fréquemment à des situations relevant de plusieurs provinces à la fois. Il existe aussi des situations juridiques qui ne prennent naissance dans aucune province et où aucune règle provinciale ne peut s'appliquer¹⁴². Dans un tel cas, en vue de bien interpréter une loi fédérale, la province d'application serait-elle déterminée selon les règles du droit international privé et, le cas échéant, lesquelles? De nombreuses autres questions restent non résolues.

Les problèmes d'application nous invitent à revenir à la supposition épistémologique que nous avons soulevée en énumérant les caractéristiques de l'harmonisation voulue par le fédéral. Contrairement aux ambitions technocratiques manifestées par cette aspiration, c'est précisément l'intelligence du contexte—capacité que nécessite l'analyse harmonique, comme nous l'avons noté—qui se révèle nécessaire dans la rédaction

139. Ruth SULLIVAN, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd., Markham, LexisNexis, 2008, p. 142.

140. Il existe une divergence entre les auteurs sur la question, certains fournissant une réponse négative à cette interrogation – H.L. MOLOT, préc., note 137, p. 20 et 21; Pierre ARCHAMBAULT, «Contrat de travail: pourquoi *Wiebe Door Services Ltd.* ne s'applique pas au Québec et par quoi on doit le remplacer», dans ASSOCIATION DE PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE ET MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuralisme canadien. Deuxième recueil d'études en fiscalité (2005)*, Montréal/Ottawa, APFF/Ministère de la Justice du Canada, 2005, p. 2:16-2:19, par. 30-35; P. DENAULT, préc., note 65, p. 78 et 79 (note 209) – et d'autres étant plus ambigus parmi qui se trouve A. GRENON, préc., note 134, 146 et 147.

141. David G. DUFF, «The Federal Income Tax Act and Private Law in Canada: Complementarity, Dissociation, and Canadian Bijuralism», (2003) 51 *Rev. fisc. can.* 1, 49. Voir aussi R. SULLIVAN, préc., note 139, p. 142.

142. F. ALLARD, préc., note 27.

et l'application des lois fédérales harmonisées¹⁴³. Dans plusieurs cas, un lexique bilingue et bijuridique sophistiqué n'est pas suffisant. Cette intelligence contextuelle nie la supposition que l'harmonisation juridique n'est qu'une opération technique pouvant être déléguée à des fonctionnaires¹⁴⁴. Autrement dit, advenant une question d'interprétation, il ne s'agit pas seulement de poursuivre l'accomplissement de la prétendue harmonie juridique. Celle-ci n'est pas le seul but : l'interprète se doit également de considérer le résultat des techniques d'harmonisation à la lumière des objectifs politiques poursuivis dans la loi dont il est question.

La conséquence en est que le corps de règles harmonisatrices paraît incertain, changeant et changeable. Dans l'incertitude de leur mise en œuvre, elles ressemblent davantage à l'harmonie musicale qu'aux aspirations bureaucratiques. Malgré cette ambition de voir dans l'harmonisation un processus centralisé, le supposé monopole sur l'harmonisation du ministère de la Justice n'arrive pas à maîtriser la réception éventuelle des modifications. Au contraire, il s'avère que les différends concrets qui mettent en cause les textes harmonisés exigent l'interprétation de plusieurs personnes dont les juges, les avocats, les administrateurs publics et les citoyens. La relation entre la signification des règles et les interprètes est plus dynamique, plus analogue à celle qui est caractéristique de l'interprétation musicale, que fidèle à l'ambition de centraliser l'harmonisation. Dans ces aspects au moins, l'harmonisation vécue s'inscrit davantage dans une approche par le bas. De par ce caractère, la pratique d'harmonisation juridique paraît incompatible avec une maîtrise exclusive de la part de n'importe quel gouvernement.

143. Le même impératif a été souligné dans le cas des lois bilingues par R. Michael BEAUPRÉ, « L'interprétation des lois et des conventions plurilingues », (1984) 25 *C. de D.* 935, 936 : « l'exercice intellectuel qu'exige la conciliation des textes français et anglais de nos lois ne doit pas se réduire à la recherche d'une simple équivalence linguistique d'un texte à l'autre. Tel exercice n'amène souvent qu'au plus petit dénominateur commun et fait abstraction d'un contexte infiniment plus large. »

144. Pour une pareille estimation du caractère mineur et technique de la modification des lois, également critiquable, voir la *Loi sur la révision et la codification des textes législatifs*, L.R.C., 1985, c. S-20, dont l'article 6 (f) habilite une commission de révision des lois à « améliorer » les versions linguistiques des lois sans pour autant en modifier le fond. Pour une critique de la prémisse selon laquelle il serait possible de modifier une seule version linguistique sans en modifier le fond, consulter R. LECKEY et A. BRAËN, préc., note 117, aux pages 139 et 140. Voir aussi la *Loi sur le Recueil des lois et des règlements du Québec*, L.Q. 2009, c. 40.

2.2.2 L'indiscipline du fédéralisme et du droit

La question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure il serait inquiétant que, malgré tous les efforts législatifs du Parlement, la façon d'appliquer les lois modifiées demeure aussi controversée. Ne serait-il pas décevant que, de l'avis de certains auteurs, les juges de la Cour suprême, parmi qui figurent les juristes les plus fidèles à l'aspiration bijuridique, ne paraissent pas être en mesure de jouer le rôle didactique qui est le leur¹⁴⁵? L'expérience racontée dans la section 2.2.1 suggère que nous n'en sommes pas arrivés à un état de certitude où les juges n'auraient plus qu'à appliquer le droit fédéral en suivant les démarches harmonisatrices. Notre bilan des difficultés de mise en œuvre risque de paraître négatif. Le fait que les techniques d'une harmonisation dite formelle ont soulevé autant de vives controverses dès le départ serait signe d'erreurs attribuables aux concepteurs législatifs. Or, ce n'est pas notre tâche d'énumérer, par exemple, les manières selon lesquelles la rédaction des articles 8.1 et 8.2¹⁴⁶ aurait pu être plus heureuse.

L'incertitude apparente de la mise en œuvre de l'harmonisation juridique n'entraîne pas une dissociation totale de la pensée juridique. Si elle s'éloigne du positivisme prôné par les architectes de l'harmonisation juridique, elle se joint en revanche à une autre théorie, soit le pluralisme juridique. Ce qui constituerait un échec pour l'harmonisation juridique selon l'optique du positivisme, ainsi que pour la compréhension du droit civil comme appartenant exclusivement au Québec, n'en constituerait pas un pour une autre vision du droit et de la place du droit civil au Canada. Loin de voir les débats ainsi provoqués comme un signe négatif, nous croyons que les problèmes éprouvés à travers la mise en œuvre de l'harmonisation nous aident à mieux saisir la complexité de l'interaction de différents ordres juridiques.

Nous sommes d'avis que la résolution des questions soulevées par la mise en œuvre des techniques d'harmonisation ne devrait pas être conçue comme une étape préliminaire à dépasser avant que la véritable harmonisation ait lieu. Au contraire, les débats et les désaccords font eux-mêmes partie de la pratique de l'harmonisation. Cette dernière, dans le contexte canadien, est moins une simple « [o]pération législative¹⁴⁷ » qu'un processus continu. Si le droit comprend effectivement ce que James Boyd White

145. H. Wade MACLAUCHLAN, « Transforming Administrative Law : The Didactic Role of the Supreme Court of Canada », (2001) 80 *R. du B. can.* 281.

146. *Loi d'interprétation*, préc., note 21.

147. Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2007, s.v. « harmonisation », p. 455.

appelle une *culture of argument*¹⁴⁸, les débats portant sur l'harmonisation en font partie. L'harmonisation du droit canadien paraît être toujours en cours : comme en musique, « it is *process*, not “form”, that matters most¹⁴⁹ ». Ainsi, reprenant une idée développée par rapport au « constitutionalisme » contemporain, l'harmonisation, plutôt que de chercher à atteindre un état définitif, « consists in sustaining a conversation over time¹⁵⁰ ». Dans cette optique, le processus d'harmonisation revêt une valeur intrinsèque, non instrumentale : la valeur de la communication et du dialogue en tant que telle. La pratique de l'harmonisation, lorsqu'elle est conçue comme un processus valable et soutenu, contraste donc avec l'ambition instrumentale de l'initiative fédérale, qui vise un état de complétude¹⁵¹.

Notre vision de l'harmonisation comme un processus intrinsèquement valable s'inscrit dans le trajet d'une riche littérature comparative en matière d'harmonisation juridique. Cette littérature distingue différents types d'harmonisations, dont les harmonisations *directes* et *indirectes*, *délibérées* et *non délibérées* de même que *conscientes* et *spontanées*¹⁵². Une distinction s'est établie entre les harmonisations formelle et informelle, cette dernière pouvant prendre plusieurs formes telles que la liberté contractuelle ou la jurisprudence¹⁵³. Notre apport à ces discussions consiste à dire que, même une harmonisation voulue *formelle* et *législativ*e — en l'occurrence l'initiative du gouvernement fédéral — se révèle, dans les controverses et les opinions divergentes qu'elle a suscitées — plus organique et réfractaire que ce qui avait été espéré. En effet, dans ses techniques législatives,

148. James Boyd WHITE, *Heracles' Bow. Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison, University of Wisconsin Press, 1985, p. 35.

149. Thomas BENJAMIN, *The Craft of Tonal Counterpoint*, 2^e éd., New York, Routledge, 2003, p. 188.

150. Simone CHAMBERS, « New Constitutionalism: Democracy, Habermas, and Canadian Exceptionalism », dans Ronald BEINER et Wayne NORMAN (dir.), *Canadian Political Philosophy. Contemporary Reflections*, Don Mills, Oxford University Press, 2001, p. 63, à la page 69.

151. D. MANDERSON, préc., note 77, p. 188, écrit qu'un système juridique qui se construit à partir des principes de la polyphonie musicale et du pluralisme juridique « will resemble chaos in its unpredictability and its interactive complexity. But there is more to harmony than peace and more to beauty than coherence. »

152. H. Patrick GLENN, « Harmonization of Private Law Rules between Civil and Common Law Jurisdictions », dans ACADÉMIE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ (dir.), *Rapports généraux. XIII^e Congrès international. Montréal 1990*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 79, aux pages 79 et 80.

153. Voir par exemple : Étienne GIASSON, « Étude comparative dans le contexte bijuridique canadien : la création de l'obligation contractuelle dans le domaine de la vente », (2007) 56 *R.D.U.N.-B.* 162 ; Louis LEBEL et Pierre-Louis LE SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », (2006) 47 *C. de D.* 179.

l'harmonisation juridique voulue par le fédéral paraît formelle. Néanmoins, les problématiques soulevées quant à la mise en œuvre de ces techniques indiquent que l'entreprise d'harmonisation formelle est moins étroitement centraliste, technocratique et dirigiste qu'elle ne le semble de prime abord. En réalité, la démarcation entre harmonisations informelle et formelle s'estompe dès lors que nous nous rendons compte des incertitudes qui imprègnent la mise en œuvre de cette harmonisation dite formelle. Pareillement, nous ne saurions démarquer nettement les approches par le bas ou par le haut : il faut plutôt y voir un spectre avec, à chaque extrémité, des idées types. Et partant, la section 2.2.1 a indiqué que la mise en œuvre de l'harmonisation juridique s'inscrit plus près de l'approche par le bas que de celle par le haut.

Le caractère nécessairement continu, voire inachevable, de l'harmonisation pourrait, dans une moindre mesure, pallier les inquiétudes de Gaudreault-DesBiens et d'autres auteurs quant au cloisonnement de la spécificité québécoise par la mise en œuvre de l'harmonisation. Si, selon quelques partisans de l'initiative harmonisatrice, les articles 8.1 et 8.2 auront comme effet de confiner le droit québécois dans son propre territoire — emmuré en toute sécurité — l'harmonisation ne s'effectue pas assez efficacement pour atteindre ce résultat.

Ici notre exploration de la pratique d'harmonisation s'associe plus explicitement avec la théorie juridique et politique. Le caractère réfractaire du projet harmonisateur dans la pratique exemplifie le pluralisme juridique, selon lequel plusieurs ordres normatifs occupent le même espace, s'entrecoupant et s'influencent¹⁵⁴. Le pluralisme juridique, « à la fois la source et la conséquence d'une théorie réaliste de la juridicité », postule que « la pluralité des modes de production, d'expression et d'action du droit » n'est pas une hérésie au sein de l'État¹⁵⁵. Une conception pluraliste accepte la complémentarité des ordres juridiques : à l'instar de la complémentarité du droit commun par rapport au droit fédéral, mais sans l'idée d'une hiérarchie permanente ou d'une modalité ordonnée quelconque, un ordre juridique peut bien en compléter ou en compléter un autre dans des circonstances particulières. Si dans un contexte c'est le droit religieux qui

154. Voir par exemple : Sally Engle MERRY, « Legal Pluralism », (1988) 22 *Law & Soc'y Rev.* 869 ; Brian Z. TAMANAHA, « A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism », (2000) 27 *J.L. & Soc'y* 296 ; Brian Z. TAMANAHA, « Understanding Legal Pluralism : Past to Present, Local to Global », (2008) 30 *Sydney L. Rev.* 375.

155. Jean-Guy BELLEY, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », dans Jean KELLERHALS, Dominique MANAI et Robert ROTH (dir.), *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Bâle, Helbing & Lichtenham, 2002, p. 135, aux pages 135 et 136.

complète le droit civil¹⁵⁶, il se peut que, dans un autre, ce soit le droit civil qui complète le droit religieux¹⁵⁷. Par ailleurs, le pluralisme juridique ne présume pas l'homogénéité de ces ordres. En revanche, il en reconnaît l'hétérogénéité : il s'acharne à révéler « la complexité normative à l'intérieur de chacun des divers ordres normatifs¹⁵⁸ ». C'est ainsi qu'il se présente à la fois comme outil descriptif et comme théorie sous-jacente de la diversité qui bouillonne dans l'ordre juridique fédéral harmonisé¹⁵⁹. Les tenants du pluralisme juridique nient la possibilité d'une seule autorité juridique : il y en a toujours de multiples. Dans cet aspect, le pluralisme juridique fait écho au fédéralisme dont la prémisse inéluctable est le rejet péremptoire de toute prétention, de la part de toutes les instances, à monopoliser l'autorité juridique sur un territoire donné¹⁶⁰.

Il serait toutefois erroné de limiter notre regard aux autorités dûment constituées : il ne faut pas non plus perdre de vue les citoyens qui interprètent, voire contestent, le droit. Dans la vision du droit civil comme une responsabilité partagée par les gouvernements fédéral et provincial, selon une épistémologie de la rencontre, fusionnée à une approche processuelle par le bas, il y a également un espace pour les citoyens qui veulent agir. C'est ainsi que le mode poursuivi par l'entreprise harmonisatrice implique également le caractère des sujets de droit. D'après le pluralisme juridique, les sujets de droit suivent le droit, l'interprètent mais aussi le créent¹⁶¹. Cette implication des sujets de droit nous ramènera une fois de plus à Fuller. Une des forces de son œuvre est le compte rendu de la réciprocité intrinsèque aux régimes juridiques. Comme il l'a si bien exprimé, « maintaining a legal system in existence depends upon the discharge of interlocking responsibilities – of government toward the citizen and of the citizen toward government¹⁶² ». Si cette réciprocité fait partie de toute opération par le

156. *Brucker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607, 2007 CSC 54, par. 5, où la Cour suprême semble avoir complété le droit civil concernant le mariage par le droit juif, résultat conciliable avec une vision pluraliste. Plus précisément, la juge Abella a considéré un empêchement au remariage juif comme un empêchement au remariage civil. Voir Louise LANGEVIN et autres, « L'affaire *Brucker c. Marcovitz* : variations sur un thème », (2008) 49 *C. de D.* 655, 693, 694 et 703-706.

157. Robert LECKEY, « Profane Matrimony », (2006) 21-2 *R.C.D.S.* 1.

158. R.A. MACDONALD, préc., note 122, à la page 258.

159. Se tournant de la polyphonie vers le pluralisme juridique, D. MANDERSON, préc., note 77, p. 186, écrit que celui-ci « would celebrate diversity and independence rather than coherence and unity ».

160. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 55-60.

161. Roderick A. MACDONALD et David SANDOMIERSKI, « Against Nomopolies », (2006) 57 *N.I.L.Q.* 610; Roderick A. MACDONALD et Martha-Marie KLEINHANS, « What Is a Critical Legal Pluralism? », (1997) 12-2 *R.C.D.S.* 25.

162. L.L. FULLER, préc., note 29, p. 216.

bas, elle est évacuée de toute opération par le haut telle l'harmonisation conçue par le fédéral. Et le pluralisme des citoyens—dont les langues et les identités juridiques dépassent les deux langues officielles et les deux traditions occidentales¹⁶³—se répercute sur la pratique de l'harmonisation.

Le pluralisme juridique et le fédéralisme se rapprochent de l'harmonie musicale. Nous avons parlé de l'harmonie comme étant l'art de la combinaison simultanée de plusieurs sons différents. Nous nous sommes également penché sur la tolérance de la différence au sein de toute tentative d'harmonie musicale. Or, il y a un dernier aspect de l'harmonie musicale qui est resté implicite jusqu'à présent. D'habitude, l'harmonie survient lorsqu'un compositeur ajoute des sons—selon des règles ou des tendances actuelles—à une mélodie donnée. Et les notes ou accords ainsi ajoutés font résonner différemment les notes de cette mélodie, y compris ses harmoniques ou sons secondaires. En réalité, les notes harmonisantes ajoutées à la mélodie, loin de minimiser la différence intrinsèque à celle-ci, l'amplifient. C'est-à-dire que l'harmonie rend plus audibles les harmoniques de chaque note de la mélodie. Ce n'est pas un état antérieur de dissonance inapprivoisée que remplace l'harmonie musicale, mais plutôt un état antérieur plus statique d'unisson ou de monodie. Comme la structure politique fédérale, l'harmonie constitue un choix décisif pour la production et la multiplication de la différence ainsi que de la complexité. C'est sous cette lumière que les débats soulevés par l'initiative d'harmonisation entreprise par le gouvernement fédéral peuvent être compris comme contribuant à la production de la différence et de la complexité—dont les effets ne sont jamais entièrement prévisibles—au sein de la fédération.

Conclusion

À un niveau littéral, cette « rhapsodie » raconte l'histoire de l'initiative d'harmonisation du droit fédéral aux droits provinciaux, particulièrement en ce qui concerne le droit civil québécois. Cet aspect du présent texte entre en dialogue avec d'autres auteurs qui se sont déjà exprimés sur le sujet. Dans la première partie, nous avons exposé les grandes lignes de l'initiative canadienne d'harmonisation juridique, y compris ses techniques privilégiées. Nous l'avons caractérisée comme un processus par le haut vu son caractère centralisé, formel et technique. Par la suite, nous avons

163. Même si les choix non officialisés des citoyens étaient exclus, il faudrait reconnaître que les langues dotées de statut de langue officielle par la loi sur le territoire canadien incluent le chipewyan, le cri, l'esclave, le dogrib, le gwich'in et l'inuktitut. *Loi sur les langues officielles*, L.R.T.N.-O. 1988, c. O-1, art. 4. Voir aussi André BRAËN, « Le statut des langues autochtones au Canada : le cas de l'Inuit au Nunavut », (2009) 87 *R. du B. can.* 741.

contrasté l'initiative fédérale avec sa supposée éponyme, l'harmonie musicale. Cette dernière, quant à elle, se révèle comme étant plutôt un processus par le bas, vu le caractère déduit et non obligatoire de ses règles ainsi que leurs modes informels de modification. Bien que cet écart puisse mettre en doute l'opportunité de l'appellation de l'initiative fédérale, nous en tirons une autre leçon. Nous avons suggéré, dans la seconde partie de notre texte, que certains aspects par lesquels l'harmonisation juridique se distingue de l'harmonie musicale importent dans la mesure où ils soulèvent des débats jurisprudentiels et politiques. Plus précisément, le contraste entre l'harmonisation juridique voulue par le fédéral et l'harmonie musicale évoque celui entre deux compréhensions de la place du droit civil au sein du fédéralisme canadien. Selon la première, le Québec détient un droit de propriété exclusif sur le droit civil, ce qui implique un rôle purement passif pour le Parlement du Canada. Selon la seconde, le Québec et le gouvernement fédéral y exercent une responsabilité partagée et réciproque. Par ailleurs, nous soutenons que les techniques choisies par le gouvernement fédéral pour la mise en œuvre de son initiative d'harmonisation s'alignent étroitement sur la première compréhension, soit celle selon laquelle le droit civil appartient uniquement au Québec. C'est ainsi que, dans la mesure où les techniques harmonisatrices atteignent leurs objectifs, l'harmonisation juridique aura empêché la tenue de débats cruciaux quant au fédéralisme juridique. Toutefois, comme nous l'avons déjà souligné, un examen de la mise en œuvre de l'initiative d'harmonisation laisse entrevoir un portrait plus complexe, voire désordonné, dans lequel il est loin d'être certain que les décrets harmonisateurs du gouvernement fédéral préviennent le dialogue.

Ce vers quoi nous nous dirigeons n'est ni la fin d'une discussion ni l'abandon de la métaphore de l'harmonisation. Il nous semble plutôt que cette métaphore garde un riche potentiel qui vaut la peine d'être davantage exploré, voire exploité, par les juristes. Ainsi, l'intelligence du contexte, la synthèse des éléments harmonisés comme une combinaison plus complexe qui célèbre au lieu de dénigrer la différence et la dissonance de même que l'aménagement des éléments, chacun d'eux laissant vibrer de nombreux sons et significations, s'avèrent fort pertinents pour ceux qui étudient les interactions entre le droit fédéral et les droit communs provinciaux. Cela ne veut pas dire que l'harmonie musicale offre des techniques de sorte qu'il soit possible de simplement les transplanter dans le domaine juridique. Néanmoins, nous soutenons que certains aspects de l'harmonie musicale—l'éponyme de l'initiative du gouvernement fédéral—, peuvent bien aider à approfondir et à faire avancer les débats et les réflexions. Notre souhait est que notre texte stimule d'autres réflexions quant à l'aspiration d'harmoniser le droit, avec une reconnaissance de ce qu'implique l'adoption de la métaphore musicale. Il est d'ailleurs possible—et sur ce point il

ne faut pas exagérer la portée des quelques discussions critiques dans notre texte, ni en diminuer le caractère provisoire — qu’une telle réflexion ait déjà été lancée au sein du ministère de la Justice dont la preuve serait le recours réduit aux lois *omnibus* ainsi que l’usage restreint des doublets. Il se peut que les pratiques d’harmonisation, telles qu’elles se sont développées au cours des années récentes, aient nuancé les aspirations annoncées au début. Une telle réorientation serait la bienvenue.

Notre constat que la volonté technocratique exercée à Ottawa n’est pas encore arrivée à imposer une lecture unanime et non équivoque des dispositions légiférées aux fins d’harmonisation peut, bien entendu, paraître déconcertant. Or nous croyons qu’il est mieux d’y voir une occasion, pour ceux qui s’y intéressent, de prendre position. Malgré les quinze années écoulées depuis l’adoption par le gouvernement fédéral de la *Politique sur le bijuridisme législatif*, la démarche demeure controversée. En particulier, pour ceux qui nient que les ajouts à la *Loi d’interprétation* aient eu pour effet de trancher le débat entre les partisans de la complémentarité des droits communs provinciaux — ceux qui seraient plus ouverts au développement d’un droit fédéral autonome, métissé et uniforme, voire d’un droit commun fédéral —, c’est le moment de s’exprimer sur cette question. C’est le moment notamment de souligner la compréhension de l’article 8.1¹⁶⁴, fort justifiable, selon laquelle la phrase « s’il est nécessaire » aurait pour effet de réduire le recours aux droits communs provinciaux et, par voie de conséquence, servirait de contrepoids à la théorie de la complémentarité du droit provincial¹⁶⁵. En tout cas, les questions d’harmonisation réputées être seulement « techniques » méritent d’être débattues ouvertement et leurs implications politiques, explicitement exposées. Et de tels débats, ainsi que la pratique harmonisatrice, peu importe où elle se passe, doivent se dérouler dans la conscience éclairée du partage des compétences.

À un autre niveau, celui-ci plus allégorique, nous pourrions lire l’histoire réfractaire de l’harmonisation juridique comme représentant le droit plus généralement, et non pas seulement dans le cas — assez spécifique, d’ailleurs — du contexte bijuridique canadien. Les façons par lesquelles le droit écrit, ainsi que non écrit, échappe aux intentions officielles, en dépassant les cadres qui lui sont imposés, ne se limitent pas au cas qui a été le nôtre. Nos réflexions sur ces phénomènes et sur l’initiative d’harmonisation fédérale vue de manière globale s’inscrivent dans de profondes interrogations qui peuvent se révéler déstabilisantes pour le juriste. À quoi sert, par

164. *Loi d’interprétation*, préc., note 21.

165. Pour un survol des points de vue opposés, voir P. DENAULT, préc., note 65, p. 78 et 79 (note 209), 93 et 94.

exemple, l'harmonisation du droit écrit fédéral avec le droit provincial dans une conjoncture où la règle de droit se trouve concurrencée, voire dépassée, par d'autres outils de gouvernance¹⁶⁶, provenant souvent d'autres sources? Dans quelle mesure des efforts axés sur des générateurs de normes étatiques—les législateurs—et des interprètes officiels—les juges—laisent-ils échapper les lieux cruciaux d'harmonisation juridique que sont les fors arbitraux au sein desquels évoluent de nombreuses normes provenant de multiples sources? Le droit étatique garde toutefois une certaine valeur, sinon une valeur certaine, et il vaut la peine d'examiner prudemment les métaphores que nous employons en l'analysant. «Every fiction», a-t-il été dit, «is at its most fictional in its endings, those pretences of closure and settlement¹⁶⁷». Or, ici nous n'avons aucunement une telle prétention. Nous souhaitons principalement que la réflexion s'approfondisse.

166. Dans une littérature de plus en plus abondante, voir, par exemple, Daniel MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État. La question du droit dans la gouvernance publique*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

167. Rowan WILLIAMS, *Dostoevsky. Language, Faith, and Fiction*, Waco, Baylor University Press, 2008, p. 46.