

La réforme du droit et ses organismes

Roderick A. Macdonald*

I. Introduction	379
II. Mandat et organisation de la Commission du droit du Canada	380
A. Mandat	380
B. Organisation et structure	383
III. Activités de la Commission du droit	384
A. Programme de recherche	384
B. Renvoi ministériel	385
C. Plan stratégique	386
D. Thèmes de recherche	388
IV. Orientations de la Commission du droit	392
A. Méthodologies	393
B. Nouvelles approches au droit	394
V. Conclusion	398

* Président de la Commission du droit du Canada.
Pour vous renseigner davantage sur la Commission du droit du Canada, consultez notre site Internet (www.cdc.gc.ca ou www.lcc.gc.ca), ou nos publications suivantes: Plan stratégique/Strategic Agenda (janvier 1998); Rapport annuel/Annual Report – 1997-1998 (juin 1998); Rapport annuel/Annual Report – 1998-1999 (juin 1999).
Il est également possible d'obtenir la version anglaise de ce texte auprès de la Commission du droit du Canada.

I. Introduction

Les citoyens et citoyennes et leurs gouvernements semblent s'intéresser de nouveau à la réforme du droit. Tous les aspects de celui-ci sont aujourd'hui remis en question¹. Au niveau des attentes, on veut que le droit cadre le mieux possible avec les changements sociaux, politiques, économiques et technologiques: quelles formes de droit et quelles méthodes de réforme faut-il envisager? Au niveau du processus, la préoccupation est triple: qui doit prendre en charge la réforme du droit? qui doit y participer? quels doivent en être les objectifs et les résultats?

Les organismes indépendants de réforme du droit se sont multipliés pendant les années 60 et 70². Depuis ce temps, le courant s'est inversé. L'Office de révision du Code civil n'existe plus et l'Institut québécois de réforme du droit n'a pas encore vu le jour. Ailleurs, de nombreux gouvernements ont aboli leur commission de réforme du droit. D'autres en ont réduit le budget, transféré les fonctions aux secteurs chargés d'élaborer les politiques ministérielles ou encore les ont obligées à solliciter des ressources auprès d'autres organismes.

Dans ce contexte général, la décision du Parlement de créer en 1997 la Commission du droit du Canada tout juste cinq ans après la

-
1. Au Canada, la plupart des initiatives de réforme du droit – surtout celles entreprises par des organismes indépendants – remontent à la fin des années 60 et au début des années 70. Voir ainsi R. DEECH, «Law Reform: The Choice of Method», (1969) 47 *Canadian Bar Review* 395; G. SAWER, «The Legal Theory of Law Reform», (1970) 20 *U.T.L.J.* 183; J. BEETZ, «Reflections on Continuity and Change in Law», (1972) 22 *U.T.L.J.* 129; L.C.B. GOWER, «Reflections on Law Reform», (1973) 23 *U.T.L.J.* 257; N. LYON, «Law Reform Needs Reform», (1974) 12 *Osgoode Hall Law Journal* 421; E.F. RYAN et A. LAMER, «The Path of Law Reform», (1977) 23 *McGill Law Journal* 519; R. SAMEK, «The Case for Social Law Reform», (1977) 55 *Canadian Bar Review* 409.
 2. W.H. HURLBURT, *Law Reform Commissions in the United States, Australia and Canada*, Edmonton, Juriliber, 1986, présente une excellente étude sur les commissions de réforme du droit dans les pays de common law. Voir aussi un examen des réalisations contemporaines et une bibliographie des études sur la réforme du droit chez R.A. MACDONALD, «Recommissioning Law Reform», (1997) 35 *Alberta Law Review* 831.

suppression de la Commission de réforme du droit du Canada semble étonnante³. Nous nous proposons d'examiner ici deux dimensions de cette décision. D'abord, nous exposons le mandat, l'organisation et la mission de la Commission du droit du Canada: quelle contribution spéciale celle-ci estime-t-elle apporter, en tant qu'organisme, à la réforme du droit en général au Canada? En second lieu, nous présentons son programme de recherche: comment se propose-t-elle de remplir le rôle que lui a confié le Parlement? En quoi consiste vraiment, pour elle, la réforme du droit⁴?

II. Mandat et organisation de la Commission du droit du Canada

A. Mandat

Le mandat de la Commission, tout comme le mandat d'autres organismes gouvernementaux, s'est défini au fil des constats politiques. Il découle des arguments prônant le rétablissement d'un organisme de réforme du droit qui ont été présentés lors des consultations menées de 1993 à 1995 par le ministère fédéral de la Justice⁵. Voici quelques-uns de ces arguments les plus importants.

L'accélération perçue des changements sociaux militait en faveur de la création d'un organisme qui puisse adopter une perspective à plus long terme et plus indépendante, de façon à pressentir les besoins en matière de lois et d'institutions juridiques reflétant ces

3. Le ministre de la Justice du Canada, Alan Rock, a présenté en 1995 un projet de loi visant à établir un nouvel organisme de réforme du droit, qui devait s'appeler la Commission du droit du Canada. Ce projet de loi est mort au feuillet; un projet révisé a été présenté au début 1996, puis adopté en mai 1996 comme *Loi sur la Commission du droit du Canada*, L.R.C., c. L-6.7. La loi est entrée en vigueur le 21 avril 1997 et les premiers commissaires ont été nommés à cette époque.

4. En dépit de nombreuses similitudes entre la Commission du droit du Canada et l'ancienne Commission de réforme du droit du Canada, il existe des différences notables, présentées dans *Points saillants* (novembre 1997), document que l'on peut se procurer auprès de la Commission du droit du Canada et consulter sur Internet (www.cdc.gc.ca). Parmi ces différences figure le mandat élargi de la nouvelle Commission du droit du Canada: «encourager un débat critique parmi tous les milieux – y compris universitaires – et établir des liens productifs entre eux», «mettre au point de nouvelles perspectives et de nouveaux concepts juridiques» et proposer «des mesures qui rendent le système juridique plus efficace, plus économique et plus accessible».

5. Voir l'exposé général de James O'REILLY, *Toward a New National Law Reform Body* (document de consultation non publié de janvier 1994). Une perspective critique du processus se trouve dans A. MACKLIN, «Law Reform Error: Retry or Abort?», (1993) 16 *Dalhousie Law Journal* 395.

changements. Vu la complexité des questions juridiques contemporaines, il fallait, a-t-on estimé, se doter d'un organisme qui puisse établir des partenariats et des réseaux pour réaliser des projets de recherche multidisciplinaires sur les déterminants socio-économiques qui sous-tendent le droit.

On a constaté aussi que les grands problèmes juridiques dépassent les frontières ministérielles et comportent inévitablement des éléments qui touchent aux compétences tant fédérales que provinciales. On a donc estimé qu'une commission indépendante serait plus à même d'aborder de tels problèmes et de formuler des propositions globales pour y répondre. Elle pourrait mener des projets qui ne seraient pas directement inspirés des plans législatifs ministériels et il lui serait plus facile de participer à des recherches conjointement avec ses pendants provinciaux.

Une volonté de participer davantage au renouvellement du droit s'est dégagée très clairement des consultations publiques. On a affirmé régulièrement que la réforme du droit devait être l'affaire de tous et toutes, et non pas l'apanage du Parlement et des professions juridiques. Les citoyens et citoyennes ont des vues bien arrêtées sur les questions juridiques à étudier, et sur les objectifs qui doivent guider la réforme du droit. Selon eux, le droit doit concrétiser la justice. Ils s'attendent tous à ce que les institutions juridiques soient accessibles et responsables. Ils veulent tous que le régime juridique respecte et soutienne les valeurs de leur tradition politique démocratique, tout en étant adapté aux nouveaux besoins de la société.

La *Loi sur la Commission du droit du Canada* transpose ces arguments, ces préoccupations et ces souhaits sous forme de mandat législatif. Selon l'article 3 de la Loi, la Commission du droit:

[...] a pour mission d'étudier et de revoir le droit du Canada et ses effets, d'une façon systématique qui reflète les concepts et les institutions des deux systèmes juridiques du Canada – le droit civil et la common law –, afin de fournir des conseils indépendants sur les mesures d'amélioration, de modernisation et de réforme qui assureront un système juridique équitable répondant à l'évolution des besoins de la société canadienne et des individus qui la composent.

L'article 3 de la Loi énonce ensuite quatre objectifs particuliers relativement à cette mission:

- 1) Recenser les anomalies dans la législation actuelle et revoir les lois qui sont désuètes. Ce rôle est celui qui est habituellement confié

aux commissions de réforme du droit. Selon nous, c'est l'élément le moins important de notre mandat législatif.

- 2) Établir des réseaux et des partenariats avec d'autres organismes intéressés par la réforme du droit afin de jeter un regard critique sur le droit et son fonctionnement dans la société contemporaine. Ainsi, nous travaillons actuellement avec divers organismes à but non lucratif tels que l'Institut sur la gouvernance, les Réseaux canadiens de recherche sur les politiques, l'Association des professeurs du droit du Canada, le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada et, évidemment, la Fédération canadienne des organismes de réforme du droit.
- 3) Privilégier des approches multidisciplinaires pour examiner les fondements de nos régimes de réglementation et suggérer comment modifier ceux-ci afin que le droit devienne plus accessible et efficace. Jusqu'à maintenant, tous nos projets de recherche comportent des aspects multidisciplinaires – des études effectuées par des économistes, des psychologues, des sociologues, des philosophes ou des experts en sciences de l'administration.
- 4) Finalement, la Loi nous invite à développer de nouveaux concepts de droit et de nouvelles approches en matière de droit. Il n'est pas suffisant de proposer la modification de certaines définitions juridiques pour tenir compte des nouvelles réalités sociales; il n'est pas suffisant non plus de restructurer les processus judiciaires et administratifs pour les rendre plus efficaces. Il est davantage nécessaire de repenser en profondeur la manière dont nous concevons le droit dans une société pluraliste et démocratique.

Pour la Commission du droit, ces objectifs que lui fixe la Loi l'obligent à examiner même les principes les plus fondamentaux du droit canadien et à évaluer le rendement des institutions juridiques et réglementaires chargées de les appliquer. Elle estime, en outre, que ces objectifs impliquent de signaler les lacunes du droit – quand il n'est pas pertinent, quand il n'est pas accessible et quand ses répercussions sont injustes.

Compte tenu de ces quatre objectifs statutaires, la Commission a élaboré un plan stratégique pour les cinq premières années de son mandat. Ce plan énonce ses principes directeurs, ses orientations prioritaires, ses thèmes de recherche et sa mission⁶. Voici cette mission:

6. Pour plus de détails, voir les documents suivants de la Commission: Plan stratégique (janvier 1998); Rapport annuel 1997-1998 (juin 1998); Rapport annuel 1998-1999 (juin 1999), qui sont tous accessibles sur Internet: www.cdc.gc.ca.

La Commission du droit a pour mission d'engager les Canadiens et Canadiennes dans la réforme du droit afin de s'assurer qu'il soit pertinent, dynamique, efficace, juste et également accessible à tous et à toutes.

B. Organisation et structure

La Commission du droit du Canada est un organisme public doté de la personnalité juridique et qui rend des comptes au Parlement par l'intermédiaire de la ministre de la Justice. Son siège social est à Ottawa. Elle se compose de cinq commissaires nommés par le gouverneur en conseil sur la recommandation de la ministre de la Justice. Commissaire à temps plein et principal dirigeant de la commission, le président réside à Ottawa. Les quatre autres commissaires exercent leurs fonctions à temps partiel. La Loi précise que les commissaires doivent avoir collectivement une expérience et des connaissances variées, sans pour autant faire nécessairement partie du milieu juridique. Actuellement, quatre des cinq commissaires possèdent une formation en droit civil ou en common law.

La Loi prévoit aussi que la Commission constitue un conseil consultatif pour lui prêter assistance. Ce conseil, qui comprend jusqu'à 24 membres bénévoles et le sous-ministre fédéral de la Justice (membre d'office), doit refléter la diversité socio-économique et culturelle du Canada. Les membres sont nommés pour un mandat de trois ans, et doivent collectivement avoir une connaissance du droit civil et de la common law, sans pour autant posséder une formation juridique. Le Conseil consultatif se réunit officiellement deux fois l'an (début novembre et fin mars)⁷.

7. Le Conseil comprend actuellement 22 membres: 11 femmes et 11 hommes. L'aîné a 71 ans et le benjamin, 22 ans. Ces personnes sont originaires de l'ensemble des provinces et territoires. Il y a six francophones, huit anglophones, et huit allophones. Il y a des hétérosexuels qui sont mariés, qui sont divorcés, qui ne se sont jamais mariés; il y a des gaies et des lesbiennes. Notre conseil comporte des membres des communautés autochtones — une femme et un homme, des membres des minorités ethniques les plus visibles du Canada ainsi que des personnes handicapées. Chaque grande religion du pays y est représentée, de même que l'agnosticisme et l'athéisme. Quelques membres de notre Conseil ont des doctorats tandis que d'autres n'ont pas terminé leurs études secondaires. Sept ont une formation juridique — dont un avocat d'affaires de renom, une avocate de l'aide juridique, une avocate généraliste, deux fonctionnaires, trois universitaires et un notaire du Québec. Huit vivent dans des collectivités rurales ou dans des villes de moins de 40 000 habitants et sept, dans des villes de plus d'un million et demi d'habitants. Les opinions politiques de certains sont plutôt à gauche et celles des autres, plutôt à droite. Il y a, de plus, des fédéralistes et des souverainistes.

Le Conseil consultatif a pour rôle de conseiller la Commission sur son plan de recherche et son programme d'études. Il mesure également le rendement de la Commission et présente des suggestions sur tout aspect de son mandat et de sa mission. Le Conseil est aussi consulté régulièrement sur la portée et les orientations de projets de recherche particuliers. Il prête assistance à la Commission pour définir les questions à étudier, veiller à ce qu'une diversité de points de vue soient pris en compte dans ses travaux et saisir les répercussions pratiques de ses recommandations.

Pour obtenir des conseils et de l'aide relativement à un projet particulier, la Commission est autorisée à constituer un groupe d'étude. Les groupes d'étude sont formés de spécialistes qui, à titre bénévole, aident la Commission à préciser ses études en cours, à structurer sa recherche et à évaluer les propositions de recherche. Un commissaire préside chaque groupe d'étude, qui compte souvent au moins un membre du Conseil consultatif.

La Commission dispose d'un secrétariat permanent restreint qui l'aide dans son travail. Pour l'instant, l'équipe comprend sept personnes, dont le directeur exécutif, la directrice de la recherche et deux chercheurs (un juriste et un non-juriste). La plupart des recherches de la Commission ainsi que les colloques et autres projets qu'elle parraine sont réalisés grâce à des contrats et à des partenariats. Cependant, tous les rapports sont rédigés ou révisés par les permanents de la Commission.

III. Activités de la Commission du droit

A. Programme de recherche

Plusieurs aspects du programme de recherche de la Commission s'inspirent de la façon dont elle perçoit sa mission. Elle ne considère pas, en premier lieu, que ses travaux se limitent à l'étude du droit officiel qui se trouve dans les lois, les décisions judiciaires et les textes administratifs. Le droit vivant qui prend sa source dans les interactions quotidiennes des citoyens et citoyennes fait tout autant partie intégrante de son mandat que le droit issu du Parlement et des tribunaux.

Par ailleurs, elle aborde son mandat législatif avec un esprit ouvert. La plupart des préoccupations exprimées lors des consultations comportent d'importants aspects non juridiques et relèvent à la

fois de la compétence législative du gouvernement fédéral et des provinces. En fondant ses études sur l'expérience sociale plutôt que sur les catégories juridiques, la Commission espère éviter de soustraire certains secteurs de compétence du champ de ses recherches.

Elle croit que l'innovation et la créativité qui caractérisent ses programmes de recherche, les consultations auxquelles elle procède et la publicité qu'elle fait autour de ses travaux répondent de façon optimale aux attentes du Parlement. Elle a produit divers documents de recherche: rapports, documents de consultation, éditoriaux, brochures, tous ces rapports et études sur divers supports: imprimés en plusieurs langues et en braille, cassettes vidéo et audio, pages Web.

La Commission ne mesure pas au premier chef sa réussite au volume des textes législatifs modifiés ou adoptés. Elle estime avoir atteint son but quand elle a pu modeler les conditions des délibérations sur les politiques de façon novatrice et fructueuse. Elle ambitionne de fournir aux citoyens et citoyennes de l'information et des ressources qui leur permettront de refaçonner les débats juridiques comme ils l'entendent, et de leur démontrer qu'ils peuvent souvent repenser et renouveler leur droit sans même qu'intervienne le Parlement.

Cette conception de son mandat et de sa mission donne forme à son programme initial de recherche et sert à structurer la façon dont elle aborde des projets particuliers. Le mécanisme de décision de la Commission en matière de recherche est double: elle peut elle-même décider des recherches à effectuer, comme en témoigne son plan stratégique; le gouvernement peut aussi lui confier des mandats précis, en vertu du pouvoir de renvoi accordé à la ministre de la Justice.

B. Renvoi ministériel

En novembre 1997, la ministre de la Justice a demandé à la Commission d'examiner comment aborder la question des sévices physiques et sexuels causés aux enfants qui avaient été placés dans des établissements subventionnés par l'État, et d'évaluer les avantages et les inconvénients des diverses méthodes de réparation. La ministre lui a demandé de formuler des recommandations quant à la manière dont on pourrait venir en aide aux survivants et aux autres victimes de sévices de façon à tenir compte de leurs besoins particuliers et des préoccupations de leur collectivité et de leur famille.

En février 1998, la Commission a présenté à la ministre un *Rapport provisoire* qui exposait comment elle saisit la question, à la lueur de ses discussions avec les chefs des organismes autochtones et les personnes qui ont participé aux diverses enquêtes provinciales. Elle a ensuite mis sur pied deux groupes d'étude, dont l'un s'intéresse particulièrement aux internats pour les enfants autochtones. Un *Document de discussion* a été publié en décembre 1998. Le résumé du document a été traduit en trois langues autochtones et en braille et le document au complet existe maintenant sous forme de cassette audio. On a tenu des consultations spéciales auprès des personnes malentendantes, ainsi que deux forums confidentiels sur Internet. Le site Web de la Commission a enregistré plus de 20 000 visites. Le *Rapport* sera présenté à la ministre au début du printemps 2000, accompagné d'un vidéo qui en résume les conclusions et les recommandations.

La Commission a retiré de ce projet de recherche une grande expérience en ce qui a trait au recours à des groupes d'étude, à des documents préliminaires et provisoires, à des consultations en direct et sur Internet pour faire participer les citoyens et citoyennes à ses travaux. Elle a pu instaurer, au fur et à mesure des travaux sur le renvoi, ce qu'elle estime être une approche pragmatique qui lui a permis d'établir un équilibre entre son indépendance vis-à-vis du ministère de la Justice en matière de politiques et les responsabilités qu'elle assume face aux citoyens par l'intermédiaire de la ministre de la Justice et du Parlement.

C. Plan stratégique

La Commission du droit doit, aux termes de la Loi, adopter un plan stratégique et annoncer chaque printemps son programme annuel d'étude. Au cours de l'été 1997, la Commission a écrit à plus de 1 000 personnes et organisations pour solliciter des idées relativement aux sujets à étudier. Au cours de l'automne, elle a rendu visite à 35 organismes divers (secteurs public et privé, milieu universitaire, ONG) s'intéressant particulièrement à la réforme du droit. Plus de 500 réponses ont été reçues et près de 200 sujets différents ont été proposés lors de ces consultations.

En octobre, la Commission a produit un inventaire et une classification des suggestions reçues, des idées générales sur les perspectives possibles pour son mandat et des lignes directrices pour choisir des projets. Ces projets ont été présentés au Conseil consultatif à sa première réunion en novembre 1997. Après cette réunion, la Commis-

sion a publié un projet de plan stratégique pour la période janvier 1998 – juillet 2002 qui a été distribué aux membres du Conseil pour commentaires, puis présenté à la ministre de la Justice à la fin de décembre 1997.

La Commission a articulé son programme de recherche autour de l'idée des rapports dans la société moderne. Le but visé est de mettre en lumière les finalités du droit et non pas sa mécanique. Nous entretenons tous des rapports avec d'autres qui peuvent être envisagés sous plusieurs angles. Le droit nous fournit des concepts, des procédures et des valeurs à travers lesquels nous pouvons négocier et vivre ces divers rapports. Cependant, nos instruments juridiques actuels sont-ils toujours appropriés? Souvent, de toute évidence, ils ne le sont pas. C'est en déterminant comment le droit envisage ces rapports, quelles sont les prémisses qui sous-tendent la réglementation juridique et quelles sont les autres façons d'imaginer ces rapports et cette réglementation que nous serons en mesure de repenser le droit et de l'adapter aux besoins contemporains.

La Commission aurait certes pu adopter d'autres démarches, qui auraient mis en lumière d'autres aspects de son mandat, pour exécuter son plan stratégique. En optant pour une orientation de recherche qui met l'accent sur des thèmes généraux et en plaçant l'idée des rapports au centre de sa recherche, la Commission indique sans ambiguïté les priorités qu'elle s'est fixées et les idées relatives au droit et à la réforme du droit qui doivent guider ses travaux.

Un plan articulé autour des divers types de rapports met en relief l'engagement de la Commission à rechercher de nouveaux concepts juridiques et de nouvelles approches vis-à-vis de la réforme du droit. Un tel plan suggère une démarche multidisciplinaire, puisque le concept de «rapport» n'appartient pas à une catégorie de droit bien établie: les projets seront conçus et développés selon des critères tirés de l'expérience sociale.

Le fait de structurer son plan autour du concept de rapports permet d'examiner le rôle que joue le droit dans l'organisation des relations humaines contemporaines. Les recherches porteront sur les relations à proprement parler, plutôt que sur des règles de droit particulières. Les rapports choisis seront étudiés non pas en tant que reflet social passif de concepts juridiques, mais en tant qu'institution dynamique que le droit s'efforce, avec maladresse parfois, de saisir et de moduler.

Une orientation thématique place au premier plan la volonté de la Commission d'apprendre comment les citoyens et citoyennes comprennent le droit élaboré par le Parlement. Nombreux sont ceux et celles qui se sentent frustrés par la façon dont le droit officiel façonne les événements de leur vie de tous les jours. En prenant pour point de départ le concept de rapports, la Commission peut orienter ses études et recherches de façon à aider les citoyens et citoyennes à trouver les moyens de rendre leur Parlement plus attentif à ce qu'ils estiment être un régime juridique juste.

Enfin, faire du concept de rapports l'élément porteur du Plan stratégique met en relief la façon dont le droit représente les valeurs auxquelles sont attachés les citoyens et citoyennes. Le droit officiel qu'élabore le Parlement, tout autant que le droit vivant qui se reflète dans les rapports sociaux de tous les jours, constitue le substrat moral de la société. Le droit n'est pas qu'un instrument dont se servent les gouvernements pour atteindre certains objectifs stratégiques. Il énonce aussi les aspirations qu'ont les citoyens et citoyennes pour eux-mêmes, leur société et les institutions qui les gouvernent.

Avec l'aide de son Conseil consultatif, la Commission a annoncé quatre grands thèmes, qui correspondent à quatre façons d'envisager les rapports dans notre société contemporaine: 1) les rapports personnels; 2) les rapports sociaux; 3) les rapports économiques; 4) les rapports de gouvernance. Elle est tout à fait consciente du fait que ces quatre thèmes se chevauchent; ils ne sont pas étanches. En effet, ces thèmes offrent des perspectives complémentaires quant aux enjeux en cause.

Voici maintenant un bref aperçu des projets que nous menons dans le cadre de chacun de ces thèmes.

D. Thèmes de recherche

Pour chaque thème, la Commission a structuré ses projets autour d'une problématique, d'un ensemble de questions et de préoccupations sociales et d'une évaluation du cadre juridique actuel.

Rapports personnels

La Commission estime que ce thème lui permet d'examiner des institutions sociales fondamentales qui comportent des rapports de dépendance et d'interdépendance. Nombre de celles-ci orientent et façonnent les relations familiales intimes. Le droit canadien repose

sur un certain nombre d'hypothèses quant à la manière dont les personnes organisent leur vie privée et forment des liens avec leurs partenaires, leurs enfants et leurs parents. Comme ces hypothèses sont souvent dépassées, certaines politiques législatives et règles de droit qui en découlent sont devenues désuètes, voire nuisibles. Souvent, divers programmes (assurance-emploi, crédit d'impôt pour enfant, allocations familiales, prestations de retraite, etc.) ne rejoignent pas les personnes visées à cause de l'évolution de différentes formes de vie familiale.

De façon générale, le droit canadien semble répondre de manière inadéquate aux sévices d'ordre physique, économique, psychologique et sexuel infligés à des enfants, à des conjoints et à des personnes âgées. Certes, ce phénomène ne se limite pas aux relations familiales intimes, puisqu'on le retrouve également dans des relations de pouvoir inégales (médecin/patient, avocat/client, entraîneur sportif/athlète, parrain/immigrant, etc.).

La Commission a entrepris plusieurs études afin d'examiner de près différentes relations de dépendance et d'interdépendance. Il s'agit d'abord de comprendre comment le droit traite les rapports de dépendance et d'interdépendance, de quelle manière il conçoit les rapports de force entre, par exemple, les couples (mariés ou non), ou entre les personnes âgées et ceux et celles (parents, entre autres) qui s'en occupent. Ensuite, est-ce que la façon dont le droit structure ces rapports renforce les inégalités et favorise des abus, ou est-ce que le droit nous donne des outils pour pallier ces inégalités et ces abus? Cela nous amène à nous demander si les concepts juridiques dont nous nous servons pour élaborer les politiques publiques portant sur des rapports personnels conviennent toujours. Y a-t-il lieu de les refondre ou de les remplacer pour que le droit traduise les valeurs et les attentes des citoyens et citoyennes?

Rapports sociaux

La Commission examine sous ce thème des réponses à la diversité socio-démographique croissante de la société canadienne. Alors même que de plus en plus de personnes s'identifient à des groupes de plus en plus divers, le droit actuel est fondé sur un bon nombre d'hypothèses douteuses quant au caractère légitime de ces identités. Rarement reconnaît-il l'appartenance à un groupe comme élément d'identité personnelle. La situation des peuples autochtones témoigne de façon éloquente des conséquences de ce manque de reconnaissance de l'identité collective.

Les façons dont le droit reconnaît actuellement l'appartenance à un groupe social et dont il envisage les relations entre groupes dénotent un net manque d'attention et de subtilité. La société éprouve beaucoup de difficultés à garantir un accès équitable au droit, surtout quand les relations entre groupes se trouvent brouillées par les différences culturelles et les disparités économiques. Dans la mesure où on ne saisit pas bien les conditions qui ont permis à certaines personnes et à certains groupes de réussir, de nombreux programmes et politiques qui sont censés renforcer les rapports sociaux n'atteignent pas leurs objectifs. La Commission croit que cette incapacité du droit de reconnaître les groupes résulte directement de la conception des droits subjectifs et de la justice que notre droit véhicule.

Dans le cadre de la première étape de l'étude de ce thème, la Commission étudie le concept de justice réparatrice ou transformative. L'objectif consiste à en discerner les idées maîtresses, puis à les comparer aux notions traditionnelles de justice rétributive et distributive. Des études de suivi ont été menées non seulement pour examiner comment la justice réparatrice pourrait s'appliquer dans d'autres secteurs que le droit pénal, mais aussi pour déterminer dans quelle mesure cette notion peut nous éclairer dans plusieurs domaines de la justice non criminelle où la négociation de rapports multiples est nécessaire: le divorce; les faillites personnelles; l'environnement; le règlement des successions; les revendications des autochtones; les rapports interculturels en milieu urbain, et ainsi de suite. On évaluera dans d'autres projets si le concept de justice réparatrice peut inspirer de nouvelles façons de concevoir les institutions judiciaires et les méthodes de résolution des différends en matière civile afin d'améliorer l'accès à la justice.

Rapports économiques

La Commission se propose de développer ce thème en étudiant comment le droit tient compte des bouleversements humains et sociaux engendrés par la transformation des marchés. La transformation du milieu de travail, l'évolution de l'industrie, l'apparition de nouvelles formes de richesse et la reconnaissance de l'importance du travail actuellement non rémunéré sont autant d'éléments qui ont un impact important tant pour ceux qui tentent de percer le marché du travail que pour ceux dont l'emploi est menacé. De plus, l'économie canadienne subit les effets de la mondialisation, de l'avènement de nouvelles technologies et de l'épuisement de certaines ressources naturelles (pêche, mines, forêt, par exemple). La question juridique fondamentale est de discerner la réponse appropriée du droit étatique face à ces transformations.

Quand ferait-on mieux de ne rien faire et de simplement faciliter l'efficacité économique? Pensons, par exemple, au fait que le gouvernement n'a pas réagi pour protéger les emplois dans le domaine des machines à dactylographier contre la menace fatale qu'a été l'ordinateur personnel. Quand est-il préférable de modérer les effets d'une économie en transition par des programmes d'adaptation? On peut penser ici aux programmes de stabilisation des prix agricoles qui ont pour but de ralentir, sans l'empêcher, le développement de l'agrinégoce et la disparition de la ferme familiale. Quand y a-t-il lieu de résister à tout prix aux forces du marché? Quand on pense aux sommes faramineuses dépensées pour soutenir les mines du Cap-Breton, on se rend compte que cette question n'est pas aussi farfelue qu'elle puisse paraître.

L'objectif pour ce thème est de comprendre le rôle du droit dans la création du marché. Dans son premier programme de recherche, la Commission examine les grandes transitions économiques qui résultent des perturbations des marchés. Quelles qu'en soient les causes, et quelle que soit notre capacité de limiter ces perturbations, tous seront d'accord pour admettre qu'elles peuvent avoir des effets désastreux sur les collectivités, les familles et les travailleurs. D'abord se pose la question de savoir quelles pourraient être les politiques publiques face à une situation de perturbation. Cette question entraîne une autre. Quels sont les critères d'analyse dont dispose l'État pour différencier ses réponses, et dans quelle mesure ces critères lui permettent-ils de tenir compte de tous les objectifs (souvent incommensurables) qu'il souhaite légitimement atteindre par son action?

Rapports de gouvernance

Ce thème de recherche a pour objet d'étudier les moyens d'amener les citoyens à participer de façon significative aux processus démocratiques de leurs institutions publiques. On constate un désengagement des citoyens et citoyennes à leur égard et un scepticisme accru quant à la capacité de celles-ci de répondre à leurs préoccupations. Les systèmes judiciaires et administratifs ont du mal à dispenser une justice opportune, accessible, équitable et adaptée aux besoins sociaux actuels. Le juridification du quotidien est mal vue par plusieurs et le recours galopant au contentieux les laisse démunis et démotivés. En effet, toute la conception du droit que notre société véhicule depuis la Seconde Guerre mondiale part d'une perception plutôt négative du citoyen et de ses capacités. Elle monte des régimes de réglementation pour contrôler les détails de la vie quotidienne. Les citoyens et citoyennes ont tendance à concevoir le droit un peu comme

un feuillet d'instructions pour assembler une bicyclette. Tous les projets de la Commission dans le domaine de la gouvernance remettent en question cette conception de la capacité du citoyen, du rôle de l'État et de la façon dont on doit rédiger les lois.

L'idée fondamentale de ce thème est de concrétiser les aspirations des citoyens pour accroître leur participation aux institutions de gouvernance dans les secteurs public et privé. Quelles sortes et quelles formes de droit correspondent le mieux aux notions de citoyenneté et de capacité citoyenne inhérentes à un État libéral et démocratique? Comment la tendance à privatiser la prestation de services publics influe-t-elle sur la responsabilité démocratique? Il s'agit de suggérer des moyens par lesquels les institutions puissent refléter et susciter la participation responsable des citoyens, puis de définir comment structurer au mieux des mécanismes publics et non publics de prestation de services publics.

La Commission a commandé jusqu'à présent plusieurs études pour étudier si le droit a perdu sa capacité normative pour n'avoir plus qu'une fonction de gestion dans une bureaucratie autoritaire et tatillonne. Trois projets de recherche distincts ont été lancés. L'un vise à déterminer comment accroître la participation des jeunes autochtones dans la gouvernance urbaine en vue de contrer l'appartenance aux gangs. Le deuxième enquête sur ce que les autorités canadiennes peuvent, pour reconnaître et gérer la diversité socio-culturelle de leurs institutions, retirer des secteurs privé et bénévole. Le troisième, enfin, enquête sur les moyens par lesquels nous nous efforçons d'assurer l'éthique de la recherche médicale, et pour ce, évalue à quel degré les multiples cadres réglementaires que les secteurs public et privé ont mis en place parviennent ou non à un régime de gouvernance cohérent.

IV. Orientations de la Commission du droit

La Plan stratégique de la Commission du droit énonce les grandes idées et les programmes de recherche qu'elle se propose d'entreprendre pour chaque thème. Il définit également quelques-uns des concepts centraux qui, selon la Commission, assurent la cohérence intellectuelle de chaque thème. Elle entend, au fur et à mesure de l'avancement des études et des projets particuliers, produire des documents de synthèse décrivant les connaissances et l'expérience acquises dans des projets spécifiques, démontrer comment ces projets sont reliés dans un programme de recherche et illustrer comment ces programmes s'organisent en un rapport général sur chaque

thème. L'objectif final est de produire un ensemble de réflexions sur les façons dont le droit devrait aborder les rapports, lequel donnera forme aux quatre thèmes de recherche sélectionnés.

A. Méthodologies

En conformité avec sa volonté de rendre ses travaux aussi accessibles que possible, la Commission favorise une vaste diffusion de ses recherches, non seulement par le biais des documents de discussion et des rapports sur support papier, mais aussi grâce à son site Internet, à des cassettes audio ou vidéo et à d'autres moyens électroniques. Estimant toutefois que l'élément novateur de sa mission dépasse la publication et la diffusion de ses études, de ses recherches et de ses rapports, la Commission a entrepris d'établir des réseaux avec des organismes canadiens de réforme du droit et d'autres organes qui s'intéressent à la réforme du droit. Ces partenariats lui permettent de commanditer des recherches communes et de rejoindre davantage de citoyens et citoyennes.

La Commission croit que le fond et la forme de ses rapports et de ses recommandations doivent être étroitement liés. Le droit contemporain revêt de multiples formes: la législation, bien sûr, est la plus répandue mais le droit s'exprime aussi dans la réglementation et la jurisprudence de même que dans les contrats, les ententes collectives, les traités, par exemple. L'ensemble constitue une partie des sources écrites du droit. Qui plus est, en dépit de la prolifération des lois et des règlements depuis quelques dizaines d'années, une grande partie du droit canadien demeure non écrit. Des règles coutumières, des usages commerciaux s'établissent à partir des interactions sociales – entre personnes, familles, collectivités, milieux de travail, acheteurs et vendeurs, par exemple. La Commission estime que tout ce droit relève de son mandat.

Cette conception plus vaste du droit suscite des conséquences de trois ordres. Tout d'abord, accepter que le droit s'énonce à la fois de façon écrite et non écrite implique que la réforme du droit doit mettre à profit toutes ces formes. Proposer l'adoption ou la modification d'un texte législatif ne sera qu'un des moyens par lesquels la Commission entend renouveler et améliorer le droit, même quand des modifications législatives particulières semblent s'imposer. À l'instar d'organismes parapublics tels que l'*American Law Institute*, elle envisage de faire appel à divers instruments pour rétablir le droit.

La Commission pourrait, par exemple, publier des commentaires sur des règles de common law, sous forme d'avis rendus à l'occasion d'appels, avec les voies proposées dans d'autres opinions minoritaires. Elle pourrait aussi présenter des mémoires internes simulés pour explorer les possibilités d'aborder les questions soulevées. Elle pourrait distribuer des projets de contrat modèle pour reproduire des usages commerciaux, par exemple. Elle pourrait transformer ses documents de travail et ses études de recherche en monographies qui, à la manière des grands traités juridiques, analyseraient et appuieraient l'évolution de la doctrine souhaitée. Elle pourrait enfin commanditer une version contemporaine des *Fables* de La Fontaine ou des *Cautionary Tales* d'Hilaire Belloc, qui exploreraient comment le droit peut contribuer à résoudre divers types de conflit.

Ensuite, suggérer ces formes textuelles parallèles comme instruments de renouvellement du droit, c'est aussi révéler la diversité des lieux où se réforme le droit. Les tribunaux, les organismes administratifs, les cabinets d'avocats, les sociétés et les bureaux des syndicats, les lieux de travail, les quartiers et les foyers sont autant de lieux où le droit se vit et se trouve constamment revigoré. Il peut être difficile pour le Parlement, du fait de son horaire chargé, de répondre par voie législative aux recommandations formulées par la Commission dans un de ses rapports. Rien ne l'empêche, cependant, de mettre à profit ces autres moyens et techniques pour promouvoir une réforme non législative du droit.

On peut même pousser cette idée plus avant. L'écrit est-il le seul moyen de modifier les règles de droit – même si celles-ci proviennent de coutumes et d'usages non écrits? Parce que la Commission reconnaît l'importance de publier ses rapports et ses recommandations sur divers supports et parce que le droit est pour elle à la fois pratique et écrit, elle est disposée à mettre en œuvre tous les moyens de communication pour parvenir à son renouvellement. Des films documentaires, des pièces, des magazines, des bandes dessinées et des jeux vidéo – et même l'organisation d'expositions d'art itinérantes et la commande d'œuvres musicales et de tournées littéraires – pourraient constituer, de sa part, des projets de réforme du droit.

B. Nouvelles approches au droit

L'obligation d'élaborer de nouvelles approches et de nouveaux concepts juridiques est l'un des éléments fondamentaux de la mission que s'est donnée la Commission du droit du Canada. Elle estime

surtout que cette ambition se manifeste particulièrement dans ses idées sur le droit, les processus juridiques et les organismes de réforme qui sous-tendent ses activités au quotidien. Voici une brève présentation de trois de ses idées⁸.

Les concepts législatifs fonctionnels

La Commission estime que, dans une société toujours plus diverse offrant de nombreuses possibilités de mener sa vie, il faut repenser à la fois les fondements du droit et les concepts à travers lesquels il se manifeste. Même les concepts juridiques liés à des faits sociaux devraient dorénavant être définis par rapport aux politiques publiques sous-jacentes, afin de réduire le risque que ces concepts aient une portée trop large (donc trop inclusifs) ou trop étroite (donc trop exclusifs). La recherche en cours sur les rapports personnels illustre de façon frappante les conséquences d'une réforme du droit abordée sous cet angle. Comment le Parlement devrait-il, par exemple, définir qui va bénéficier des politiques sociales visant à assurer la sécurité physique, économique, émotionnelle et psychologique des adultes partageant la même résidence? Convierait-il qu'il remette en question le recours à des définitions ancrées dans des idéaux moraux et religieux, puisqu'il dispose d'autres moyens de définir ces bénéficiaires?

Prenons un exemple d'actualité. Étant donné l'intérêt étatique pour la sécurité physique, économique, psychologique et sexuelle des citoyens et citoyennes, est-il toujours de mise de limiter la protection juridique et de concevoir les programmes sociaux uniquement en fonction de la conception traditionnelle du mariage? Les statistiques révèlent que parmi les foyers au Canada, environ les deux cinquièmes sont des couples mariés, environ un sixième sont des couples hétérosexuels qui ne sont pas mariés, environ 5 % sont des couples de

8. Quelques-unes de ces idées ont déjà été explorées dans les lettres mensuelles du président qui sont affichées sur le site Internet de la Commission, par exemple: «Le droit et les lapins en chocolat» (avril 1998); «Hockey de ruelle, planche à roulettes et le droit vivant» (juillet 1998); «Il vaut parfois mieux se contenter de réparer le quai[...] n'est-ce pas?» (août 1998); «Les 50^e anniversaires et la famille» (octobre 1998); «Ce n'est qu'un point de droit» (novembre 1998); «[...]mais tout le monde le fait, pourquoi pas moi?» (décembre 1998); «Le droit a-t-il pour rôle de communiquer des ordres ou d'établir des règles?» (janvier 1999), «Tenons-nous-en donc aux règles» (février 1999); «Si ça va sans dire, est-ce que ça va mieux en le disant?» (avril 1999); «Ce n'est pas juste, il m'a frappé en premier[...]» (juin 1999); «Les petits mensonges du droit-fiction» (août 1999); «Tout dépend du point de vue[...]» (septembre 1999); «Pile, c'est moi qui gagne[...]» (octobre 1999); «Mesure pour mesure» (décembre 1999).

même sexe, et plus d'un tiers sont des unions non conjugales: deux sœurs qui ont toujours vécu ensemble, une mère et sa fille; un père et son garçon, frère et sœur dont les conjoints sont décédés, vieux amis ou vieilles amies, et ainsi de suite. Face à ces constatations, devrions-nous continuer à structurer nos régimes juridiques autour du concept de mariage? Est-ce nous tenons vraiment compte de la situation sociale si nous concentrons nos efforts sur la détermination de la «vraie» définition du mariage? En quoi, par exemple, la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe réglerait-elle le cas des unions non conjugales qui méritent, elles aussi, un soutien juridique?

Le droit comme symbole

La Commission attribue au droit moderne une importante fonction de symbole. Le droit fournit un lien entre les institutions, les mécanismes qui assurent une société ouverte et démocratique – les décisions judiciaires, la médiation, le contrat, le droit de vote – et les valeurs que traduit la vie de tous les jours. Il permet aux citoyens de concrétiser ces valeurs et ces aspirations dans la pratique officielle et leur propose des modèles pour les incorporer à leur propre vie. Énoncer officiellement le droit est certes l'apanage du Parlement, mais de nombreuses autres institutions sociales promulguent des règles. Trancher les litiges de façon à garantir une certaine continuité grâce aux précédents est certainement une fonction première des tribunaux, mais de nombreuses autres institutions sociales résolvent les différends d'une manière semblable.

Il faut repenser notre manière d'aborder les problèmes sociaux. À bien des endroits, le droit conserve une attitude moralisatrice, invoquant le droit pénal dans des cas qui ne font plus l'unanimité. Ailleurs, le droit ne parvient guère plus qu'à un gauche équilibre entre la réglementation des comportements en tant que phénomène de marché et le traitement des pathologies sociales par la thérapie. Savoir quand et pourquoi convient l'une ou l'autre des métaphores d'agencement, en fonction des valeurs fondamentales auxquelles nous souscrivons en tant que société, est un élément clé d'une réforme du droit réussie. Inversement, il faut élaborer des politiques juridiques pour gérer les transitions économiques de façon à ne pas perdre de vue les valeurs sociales auxquelles nous souscrivons.

Voici un cas récent qui démontre comment le droit est souvent déficient dans sa reconnaissance de l'identité des groupes. Récemment, la Cour suprême du Canada a rendu un jugement dans une

affaire où l'Association d'entraide pour les femmes immigrantes de minorités visibles de Vancouver voulait se faire attribuer le statut d'organisme à but non lucratif pour des fins fiscales. En refusant ce statut à cette association, la Cour a fait remarquer que la définition d'organisme de charité aurait été énoncée dans une loi anglaise du XVIII^e siècle et que les tribunaux n'étaient pas habilités à élargir les quatre catégories jusqu'ici acceptées. Quelle attitude surprenante de la part d'une cour qui n'hésite point à redéfinir le mariage, la notion de filiation et le rapport employeur-employé! Est-il permis de penser que la Cour n'était pas consciente de l'importance des groupes dans l'identité des personnes et n'a pas été en mesure, pour cette raison, de se montrer aussi créative que lorsqu'il s'est agi de redéfinir d'autres concepts dépassés?

Un droit qui facilite l'interaction humaine

La Commission estime enfin que, collectivement, nous n'avons pas su distinguer la gouvernance de la règle de droit de celle d'une gestion tatillonne, bureaucratisée et réglementaire. La mission la plus importante du droit – et la plus difficile à remplir – est de permettre de reconnaître que les citoyens sont capables de faire de vrais choix à propos de la vie qu'ils veulent mener et d'agir envers leurs semblables de façon responsable et de les y encourager. Le droit permet évidemment de restreindre les comportements inacceptables et de rétablir l'équilibre si celui-ci se trouve injustement perturbé; par ailleurs, le droit offre une myriade d'institutions de facilitation et est à la base même des interactions sociales autoguidées.

La Commission s'efforce d'analyser ce qui se passe quand on considère que les personnes sont capables de gérer leur propre vie, d'agir en société de façon responsable et d'organiser avec justice leurs relations avec leurs semblables. Réformer véritablement le droit implique de déceler quels types de règles, d'institutions et de mécanismes peuvent les amener à se comporter de la sorte. La vocation première de la réforme du droit est d'imaginer des cadres de gouvernance, tant dans le secteur public que dans le secteur privé, qui ne perdent jamais de vue les vertus de la règle de droit et qui favorisent les débats sur les façons d'éviter que cela se produise. Il nous faut abandonner autant que possible l'idée que le droit est un mécanisme de contrôle social régissant une population qui n'a pas la capacité d'agir de façon équitable et juste envers autrui en l'absence de balises rigides (droit régulateur). Il convient de remplacer cette conception par un droit qui cherche plutôt à faciliter l'interaction humaine, et qui pose les jalons qui nous indiquent nos valeurs et qui nous incitent à les respecter.

Prenons un exemple courant. Admettons pour un instant que nous croyions qu'un testateur ne doive pas être libre de léguer tous ses biens à qui il veut, s'il en résulte un appauvrissement de ses personnes à charge. Comment pourrions-nous rédiger une loi qui permettrait d'atteindre un tel objectif? Évidemment, nous pourrions simplement préciser que tous les biens d'un testateur (ou un certain pourcentage de ceux-ci) doivent être réservés à ses personnes à charge. Mais est-ce qu'une telle loi serait juste? Comment savoir si, par exemple, un pourcentage de 50 % serait suffisant? Dans certains cas, ce serait peut-être trop. De la même façon, nous pourrions établir que certains biens appartiennent conjointement à un couple et que ces biens passent automatiquement aux personnes à charge. Est-ce qu'une telle loi vise véritablement la dépendance, et est-ce qu'elle va engendrer des stratagèmes juridiques complexes pour l'éviter? Enfin, on pourrait énoncer un certain nombre de critères pour éclairer le testateur quant à ses personnes à charge et quant à la nature de son obligation de soutenir ces personnes. On laisserait ainsi la liberté au testateur de rédiger un testament; dans les cas où le testateur manquerait à son devoir, les tribunaux pourraient amender le legs après coup. Dans cette hypothèse, le droit maximise la liberté d'agir des citoyens, définit des normes et des valeurs que doit respecter le testateur et permet aux personnes à charge, s'il ne le fait pas, d'obtenir une ordonnance de soutien. Nous croyons que la gouvernance dans une société démocratique doit privilégier des règles juridiques facilitatives plutôt que des règles coercitives.

V. Conclusion

Un éminent intellectuel a dit que l'éducation était une affaire bien trop importante pour qu'on l'abandonne aux seuls éducateurs. Il en va de même de la réforme du droit. C'est une mission bien trop importante pour qu'on s'en remette exclusivement à des organes officiellement constitués tels que la Commission du droit du Canada. Une commission indépendante peut certes jouer un rôle important dans le renouvellement du droit, mais ce n'est que l'un des organismes de réforme du droit. Elle comprend qu'elle contribue modestement à un vaste effort et estime d'ailleurs qu'il lui incombe d'encourager et de soutenir les activités de réforme du droit d'autres agents et organismes – citoyens, organisations non gouvernementales, groupes de défense, organismes privés.

Pour la Commission, réformer le droit veut dire avant tout réviser nos attitudes et nos attentes à l'égard du droit et du recours à celui-ci pour parvenir à une société plus juste. Les plus importants

réformateurs du droit sont toujours les citoyens et citoyennes, et non les Parlements. Ce sont eux qui renouvellent le droit en le vivant. Les pratiques quotidiennes par lesquelles le droit est contesté et modifié sont les vrais moteurs de son renouvellement.

Nous, comme société, ne pouvons reconnaître les vertus limitées, mais spécifiques, des organismes indépendants de réforme du droit, et en tirer profit, que si nous percevons clairement les possibilités d'une telle réforme du droit dans une démocratie. Je me suis efforcé ici de dégager ces vertus et leurs répercussions pour la Commission du droit du Canada. Elles se résument en une seule phrase. Déceler des occasions qui permettent aux citoyens d'examiner sur quoi est fondée leur opinion du droit et les amener à travailler avec persévérance à l'édification d'un système juridique plus juste grâce au renouvellement du droit.

