LA DISPOSITION PRÉLIMINAIRE DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC*, L'IDÉE DE DROIT COMMUN ET LE RÔLE DU CODE EN DROIT FÉDÉRAL

France Allard*

Dans son article , l'auteure traite de la place qu'a le Code civil du Québec dans l'interprétation de la législation fédérale portant sur des matières qui, n'eut été des pouvoirs particuliers prévus à l'article 91, auraient relevé de la compétence générale des provinces sur la propriété et les droits civils en vertu du paragraphe 92(13). Effectivement, le droit fédéral, essentiellement incomplet, cherche à se nourrir des systèmes juridiques de droit civil et de common law. Le Code civil du Québec tient certainement, à cet égard, un rôle particulier. Des règles d'interprétation propres au droit fédéral viennent affirmer la place du droit civil et lui attribuer un rôle supplétif important.

La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit un certain nombre de compétences fédérales exclusives portant sur des matières qui, n'eut été des pouvoirs particuliers prévus à l'article 91, auraient relevé de la compétence générale des provinces sur la propriété et les droits civils en vertu du paragraphe 92(13). Cependant, malgré le caractère exclusif de ces compétences, le droit fédéral demeure un droit incomplet qui doit faire appel aux institutions réglementées par le droit provincial pour s'appliquer pleinement. Ce partage des compétences et le caractère incomplet du droit fédéral ont forcément un impact sur le rôle du *Code civil du Québec* en droit fédéral dans la mesure où il est la source principale de l'expression du droit provincial au Québec. Dans cette perspective, on peut s'interroger sur la nature des règles qui viennent s'appliquer à titre supplétif et sur le rôle du *Code civil du Québec* dans l'articulation de ce rapport. Si la

---

* Avocate générale, Spécialiste du droit comparé et directrice des Services de révision bijuridique (fiscalité et droit comparé), Direction des services législatifs, Ministère de la Justice, Gouvernement du Canada; chercheure au Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill. Je tiens à remercier Mme Nathalie Lacroix, parajuriste à la Direction des services législatifs, Ministère de la Justice, Gouvernement du Canada, qui, avec générosité, dévouement et son enthousiasme habituel, a collaboré à la recherche, de même que Mes Victoria Netten et Marie-Claude Gaudreault, également de la Direction des services législatifs, qui ont alimenté mes réflexions et contribué par leurs travaux et commentaires judicieux au développement de certaines parties de l'analyse. Les opinions exprimées dans ce texte le sont à titre personnel et ne doivent en aucun cas être imputées au ministère de la Justice.

Disposition préliminaire prévoit que le *Code civil du Québec* est, en toute matière, l'expression du droit commun du Québec, peut-il avoir ce rôle à l'égard du droit fédéral et, à ce titre constituer le fondement des lois fédérales, du moins dans leur application au Québec?

Introduction

L'impact du *Code civil du Québec*[1] sur la rédaction et l'interprétation de la législation fédérale lorsqu'elle s'applique au Québec est indéniable. Dans la foulée de son entrée en vigueur le 1er janvier 1994, le projet de revoir le corpus législatif fédéral au regard du renouvellement du Code civil a vu le jour et la *Politique sur le bijuridisme législatif* a été adoptée[2]. L'adoption de cette politique a mené à la reconnaissance formelle de l'égale valeur du droit civil et de la common law comme sources du droit fédéral au plan de la rédaction et de l'interprétation des lois fédérales. Elle a aussi favorisé la prise de conscience du rapport formel entre le droit fédéral et le droit des provinces, qui découle de la structure constitutionnelle canadienne, tel que l'expriment les articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*[3]. La prise en compte du droit civil québécois et de la common law applicable ailleurs au Canada fait maintenant partie des impératifs de l'activité législative fédérale. On en trouve l'expression dans la *Directive du cabinet sur l'activité législative*[4]. Dans cette perspective et en tenant compte du rapport entre le droit fédéral et le droit des provinces, quel rôle le *Code civil du Québec* peut-il jouer en droit fédéral?

Le Code civil n'est pas une loi comme les autres. Dans l'ordre juridique québécois, sa fonction à titre de droit commun du droit québécois est clairement exprimée par la Disposition préliminaire du Code. La question du rôle du Code civil et de l'effet de système de la Disposition préliminaire s'est d'ailleurs posée à chacun des événements qui ont souligné l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*[5]. Dans tous les cas,

---

1 L.Q. 1991, c. 64.

2 Justice Canada, *Politique sur le bijuridisme législatif*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 1995, Reproduite à l'annexe III de Louise Maguire Wellington, « Bijuridisme canadien : méthodologie et terminologie de l'harmonisation » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*. *Deuxième publication*, fascicule 4, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 1 à la p. 23.

3 L.R.C. 1985, c. I-21 [*Loi d'interprétation*]. Ces règles ont été introduites par la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4 [*Loi d'harmonisation n° 1*].

4 Gouvernement du Canada, en ligne : Bureau du Conseil privé <http:// www.pco-bcp.gc.ca>.

5 Jean-Maurice Brisson, « Le Code civil, droit commun? » dans Pierre-André Côté, dir., *Journées Maximilien-Caron 1993 – Le nouveau Code civil* : *interprétation*

la réflexion était toutefois limitée au seul ordre juridique québécois. Le texte qui suit se penche de manière plus particulière sur la charge interprétative de la Disposition préliminaire en ce qui a trait à la place du Code civil et la fonction qu'il remplit dans un contexte de droit fédéral et au regard des sources du droit fédéral.

À cet égard, plusieurs facteurs sont pertinents. Bien que le statut du *Code civil du Québec* à titre de droit commun du droit québécois soit pertinent, on ne peut saisir le rapport entre le droit fédéral et le Code civil à partir de ce seul statut. Le partage des compétences établi dans la *Loi constitutionnelle de 1867*[6] joue un rôle fondamental dans la compréhension de ce rapport. En effet, c'est à partir de celui-ci que l'on peut déterminer la structure qui fonde les rapports entre les différents ordres législatifs et les différentes règles qui viennent nourrir le droit fédéral, un droit essentiellement incomplet (1). Parmi ces règles, le *Code civil du Québec* tient certainement un rôle particulier. Toutefois, à partir de l'idée de droit commun, ce rôle reste ambigu et la charge interprétative de la Disposition préliminaire du Code civil limitée (2). Ceci dit, l'aménagement constitutionnel des rapports entre le droit fédéral et les droits provinciaux, de même que la nécessité de recourir à différentes sources pour l'application du droit fédéral ont été transposés dans des règles d'interprétation propres au droit fédéral. Celles-ci affirment notamment la place du droit civil en droit fédéral à titre de source de celui-ci. Ces règles d'interprétation sont en quelque sorte l'expression du code culturel du législateur fédéral, du moins en ce qui a trait au caractère bijuridique du droit fédéral, c'est-à-dire en ce qui a trait à la coexistence des traditions et des cultures de droit civil et de common law dans l'ordre juridique fédéral (3). À partir de là, le constat de la multiplicité des sources du droit fédéral soulève plusieurs questions dont celles de la place du Code civil parmi celles-ci et des limites de son effet systémique sur le droit fédéral.

1. L'exclusivité des compétences et le caractère incomplet du droit fédéral : des questions à géométrie variable

Au plan législatif, le partage des compétences sert à déterminer les éléments structuraux des systèmes juridiques qui coexistent au Canada, y compris les règles propres au droit fédéral, mais aussi à définir l'éventail

---

et application, Montréal, Thémis, 1993, 293; Alain-François Bisson, « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec » (1999) 44 R.D. McGill 539 [Bisson, « La Disposition préliminaire »]; H. Patrick Glenn, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, le droit commun et les principes généraux du droit » (2005) 46 C. de D. 339.

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

des règles, principes ou notions qui servent à l'application du droit fédéral, que ce soit à titre supplétif ou autrement[7]. Dans le contexte fédéral, « une qualification constitutionnelle doit toujours précéder l'interprétation législative »[8]. Dans cette perspective, les théories constitutionnelles sur l'exercice des compétences sont essentielles à l'établissement de la mesure des pouvoirs de chaque ordre de gouvernement et, du coup, à la compréhension du rapport entre les règles proprement fédérales et les règles provinciales, y compris celles qui sont prévues dans le *Code civil du Québec*.

La *Loi constitutionnelle de 1867* établit un partage des compétences entre le Parlement et les législatures provinciales, les compétences étant exclusives à chacun des ordres de gouvernement, tel que le prévoient les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*[9]. Le principe de l'exclusivité des compétences « repose sur les pouvoirs exclusifs, et non parallèles, répartis entre les deux ordres de gouvernement »[10]. On peut le décrire sommairement comme suit : le défaut pour un ordre de gouvernement de légiférer à l'égard de l'une des compétences énumérées ne permet pas à l'autre ordre de gouvernement de légiférer sur cette matière[11]. Dans une perspective fédérale, l'application du principe fait en

---

7 En parlant du rôle du juge dans les matières portant sur le partage des compétences, Ghislain Otis disait que le juge « structure d'une manière fondamentale le processus de construction du corpus juridique interne. Il fait œuvre de 'macro-construction' du droit car son action se fait sentir non pas dans le détail mais à l'échelle systémique. » : « La justice constitutionnelle au Canada à l'approche de l'an 2000 : uniformisation ou construction plurielle du droit ? » (1995-96) 27 Ottawa L. Rev. 261 à la p. 265.

8 Jean Leclair, « L'impact de la nature d'une compétence législative sur l'étendue du pouvoir conféré dans le cadre de Loi constitutionnelle de 1867 » dans Nicholas Kasirer, dir., *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Thémis, 1995, 614 à la p. 655.

9 *Supra* note 6, art. 91 : « […] l'autorité législative *exclusive* du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir […] ». Art. 92 : « Dans chaque province la législature pourra *exclusivement* faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérées, savoir […] ». Sont également utiles à la compréhension de ce rapport, d'autres articles de la *Loi constitutionnelle* (art. 93 à 95, de même que l'art. 129), d'autres textes constitutionnels, de même qu'un certain nombre de lois et de traités qu'il n'est pas nécessaire de mentionner aux fins de l'analyse proposée.

10 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22 [2007] 2 R.C.S. 3 au para. 32 [*Banque canadienne de l'Ouest*].

11 Pour une description plus détaillée des principes qui régissent le partage des compétences et comment les théories constitutionnelles ont pu évoluer en ce qui a trait à la mesure de l'exclusivité des compétences et des pouvoirs d'empiètement de chacun des ordres de gouvernement, voir : Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 aux pp. 447 et s. et Peter W. Hogg,

sorte que les activités ou entreprises qui relèvent d'une compétence fédérale ne sont pas assujetties aux lois provinciales. Or, ce principe qui semblerait nécessiter un découpage en compartiments étanches pour chacune des compétences est nécessairement atténué par d'autres principes qui permettent l'interaction des compétences, dont notamment la doctrine du double aspect, qui emporte la possibilité d'exercer des pouvoirs accessoires et l'application concomitante des règles adoptées en vertu des compétences de l'un ou l'autre des ordres de gouvernement en l'absence de conflit entre celles-ci.

Essentiellement, la plupart des questions que pose le partage des compétences opposent la compétence générale des provinces sur « la propriété et les droits civils dans la province » aux compétences plus particulières du droit fédéral en matière de droit privé. Les théories constitutionnelles élaborées par les tribunaux pour établir une médiation entre ces différentes compétences et déterminer la validité ou l'applicabilité d'une règle législative adoptée par l'un ou l'autre des ordres de gouvernement servent en quelque sorte à dessiner l'architecture du rapport entre les règles provinciales et fédérales et la mesure des aménagements admis, y compris eu égard au rôle du *Code civil du Québec* dans le cadre fédéral.

La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit un certain nombre de compétences fédérales exclusives portant sur des matières qui, n'eut été des pouvoirs particuliers prévus à l'article 91, auraient relevé de la compétence générale des provinces sur la propriété et les droits civils en vertu du paragraphe 92(13)[12]. On peut penser notamment aux compétences sur la réglementation du trafic et du commerce (paragraphe 91(2)), la navigation et les bâtiments ou navires (91(10)), les banques (91(15)), la banqueroute et la faillite (91(21)). Cette exclusivité pourrait laisser croire que tout ce qui relève d'une compétence du Parlement est du droit fédéral autonome, excluant l'ensemble des règles provinciales en cette matière. Pourtant, tel n'est pas le cas car la question demeure de savoir ce qui relève véritablement de cette compétence et quelles règles servent de support au droit fédéral, plus particulièrement en fonction de l'étendue de la compétence des provinces sur « la propriété et les droits civils dans la province ».

Constitutional Law of Canada, feuilles mobiles, 5 éd., vol. 1, Toronto, Thomson / Carswell, 2007 aux c. 15 et 16. Pour une analyse jurisprudentielle récente de la doctrine de l'exclusivité et de son application limitée, voir : *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, *supra* note 10.

12 Voir à cet effet : Hogg, *ibid*. aux pp. 21-2 et 21-3.

Par ailleurs, l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*[13] prévoit plusieurs compétences provinciales dont celle sur la « propriété et les droits civils dans la province » prévue au paragraphe 92(13), qui est la plus étendue de toutes les compétences. Mais que vise-t-elle?

L'interprétation historique de cette compétence est liée dans son énoncé et son contenu à ce que visait l'article VIII de *l'Acte de Québec de 1774* qui prévoyait la préservation du système de droit antérieur à la conquête en matière de « propriété et droits de citoïens au Québec »[14]. Contrairement aux autres compétences prévues par la *Loi constitutionnelle de 1867*, cette compétence a une portée telle en matière de droit privé qu'elle pourrait couvrir l'essentiel des règles de droit qui s'appliquent à l'ensemble des situations juridiques entre particuliers, si ce n'était de l'attribution de compétences fédérales couvrant des domaines plus particuliers qui en relèveraient autrement[15]. Il convient toutefois de noter que le libellé même du paragraphe 92(13) limite la compétence des provinces à la « propriété et les droits civils *dans la province* » [nos italiques]. La compétence du Parlement sur la propriété et les droits civils ailleurs que dans une province n'est donc aucunement visée.

Malgré la portée très large de cette compétence, le principe de l'exclusivité des compétences pose la question du rôle du *Code civil du Québec* à titre de droit légiféré provincial. Contrairement aux règles d'application générale non-légiférées de la common law qui s'appliquent de manière plus organique dans l'ensemble des juridictions de common

---

13 *Supra* note 6.

14 *An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America* (R.-U.), 14 Geo. III, c. 83, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 2. Sur le contenu de la notion et son interprétation historique, voir notamment : John E.C. Brierley, « Bijuralism in Canada » dans *Droit contemporain – Rapports canadiens au Congrès international de droit comparé*, *Montréal 1990*, Montréal, Yvon Blais / Institut de droit comparé, McGill University, 1992 à la p. 22; Louis-Philippe Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, Publications du Québec, 1986 à la p. 100; Hogg, *supra* note 11 à la p. 21-2; François Chevrette et Herbert Marx, *Droit constitutionnel : notes et jurisprudence*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982 à la p. 639; André Tremblay, *Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et droits civils*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1967 aux pp. 39 et s.

15 Voir : Hogg, *supra* note 11 aux para. 21-2 et 21-3, qui décrit l'objet de cette compétence comme « a compendious description of the entire body of private law which governs the relationships between subject and subject, as opposed to the law which governs the relationship between the subject and the institutions of government. » Voir également : Philippe Denault, *La recherche d'unité dans l'interprétation du droit privé fédéral. Cadre juridique et fragments du discours judiciaire*, Montréal, Thémis, 2008 aux pp. 30 et s.

law, y compris dans l'ordre juridique fédéral, le Code civil est essentiellement un texte législatif provincial, bien que d'une nature particulière[16]. Si le principe de l'exclusivité des compétences fait en sorte que le droit provincial ne peut s'appliquer relativement à une matière essentiellement fédérale, relativement à ce qui en ferait sa spécificité, son caractère véritable, le Code civil ne pourrait en principe pas plus s'appliquer en ces matières. Qu'en est-il vraiment?

L'idée n'est pas ici de faire une rétrospective du développement des théories constitutionnelles mais de simplement y faire une brève référence afin de mieux comprendre les cadres dans lesquels le rôle potentiel du Code civil en droit fédéral s'articule[17]. Avant même de considérer l'apport et la nature du Code civil comme source du droit fédéral, un exercice préalable de qualification de la compétence fédérale et de sa portée est nécessaire afin d'établir, dans un premier temps, la possibilité pour le droit provincial de s'appliquer, puis celle de considérer le Code civil comme source directe du droit fédéral.

À partir de décisions récentes, il semble généralement admis que le premier principe fondamental appliqué dans cette médiation entre les différentes compétences est celui de la nécessité de déterminer le caractère véritable (*pith and substance*) d'une loi ou d'une disposition législative en fonction de son objet réel, de ses finalités premières. Une fois celui-ci établi, on admet qu'un ordre de gouvernement a un pouvoir accessoire de toucher des matières qui, à proprement parler, ne sont pas de son domaine dans la mesure où les règles adoptées sont nécessaires à la réalisation de l'objet de la loi. Une loi peut ainsi affecter les matières relevant de l'autre ordre de gouvernement tout en étant un exercice valable de sa compétence. En cas de conflit entre la règle fédérale et la règle provinciale, la règle fédérale sera prépondérante[18].

---

16 Pour une comparaison entre le droit d'application générale des provinces de common law et celui exprimé dans le *Code civil du Québec* et entre le droit non-légiféré de common law et celui du droit civil québécois, voir : France Allard, « L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit civil : une relecture de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois » (2003) n.s. R. du B. 1.

17 Pour un énoncé concis de ces théories, voir : Jean Leclair, « L'interface entre le droit commun privé provincial et les compétences fédérales 'attractives' » dans Ysolde Gendreau, dir., *Un cocktail de droit d'auteurs*, Montréal, Thémis, 2007, 25.

18 Sur la question du conflit, il semble qu'il ne soit pas nécessaire qu'il y ait un conflit réel et direct, une simple entrave aux objets de la loi fédérale peut donner lieu à l'application du principe de prépondérance de la loi fédérale. Pour un énoncé récent de la doctrine de la prépondérance fédérale, voir : *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 10 aux para. 69 et s.

Si l'énoncé de ce principe semble assez direct, son application selon les différents domaines de compétences fédérales est variable selon la nature particulière de chacune des compétences. Certaines des compétences fédérales ont un caractère qui fait en sorte qu'elles dépendent de manière plus naturelle du droit provincial en matière de « propriété et de droits civils dans la province ». On peut penser aux compétences qui viennent réglementer des domaines dont les effets viennent se superposer à des situations préétablies en vertu du droit provincial, notamment, le droit de la faillite et de l'insolvabilité (91(21)), le droit fiscal (91(3)), ou des compétences qui viennent règlementer une partie d'un domaine plus large, par exemple le mariage et le divorce en matière de droit de la famille (91(26)). La jurisprudence donne alors un rôle certain au droit provincial et, au Québec, à l'ensemble des lois mais plus particulièrement aux règles du *Code civil du Québec* dans l'interprétation et l'application des règles législatives fédérales[19]. D'autres compétences semblent toutefois, du moins à prime abord, complètement exclure l'application du droit provincial. On peut penser aux matières relatives à la navigation et les bâtiments ou navires (91(10))[20], au droit relatif aux entreprises fédérales, dont notamment les banques (91(15)). On peut également penser aux règles applicables à la Couronne fédérale et au droit des immunités et prérogatives qui s'y rapportent. Pourtant, même ces champs de compétence ne sont pas fermés sur eux-mêmes. Les règles propres à ces domaines ne fournissent pas toujours l'ensemble des règles nécessaires à

---

19 Voir notamment : *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, 2004 CSC 68, [2004] 3 R.C.S. 461; *Lefebvre (Syndic de)*; *Tremblay (Syndic de)*, 2004 CSC 63, [2004] 3 R.C.S. 326; *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (P. G.)*, 2005 CSC 52, [2005] 2 R.C.S. 564 [*D.I.M.S. Construction*]; *St-Hilaire c. Canada (P. G.)*, 2001 CAF 63, [2001] 4 C.F. 289 (C.A) [*St-Hilaire*].

20 La dissociation complète du droit des provinces se pose sous ce chef de compétence pour les matières qui relèvent du droit maritime canadien tel que défini à l'article 2 de la *Loi sur les cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7. L'exclusivité de ce champ de compétence en ce qui a trait au droit maritime canadien a été confirmée par une série de décisions de la Cour suprême du Canada. Voir notamment : *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437 [*Succession Ordon*]; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *The Monk Corporation c. Island Fertilizer Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Chartwell c. Q.N.S.*, [1989] 2 R.C.S. 683; *ITO International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752. Certains auteurs posent un regard critique sur les conclusions qui sont généralement tirées des décisions de la Cour suprême du Canada et contestent leur bien-fondé. Voir par exemple : André Braën, « De l'effet relatif du contrat maritime ou de la relative uniformité du droit maritime canadien » (2001) 31 R.G.D. 473; Guy Lefebvre, « L'uniformisation du droit maritime canadien aux dépens du droit civil québécois : lorsque l'infidélité se propage de la Cour suprême à la Cour d'appel du Québec » (1997) 31 R.J.T. 577; Guy Tremblay, « L'application du droit provincial en matière maritime après l'affaire Succession Ordon », (1999) 59 R. du B. 679.

l'application des lois fédérales relatives à ces matières. Dans toutes les matières, on peut croire qu'il y a forcément un rôle pour le droit provincial en raison de la compétence de principe des provinces. Qu'en est-il? C'est ce que soulève la question de la complétude du droit fédéral. Peut-on dire du droit fédéral qu'il peut, dans les champs de compétence du Parlement, se suffire à lui-même?

Cette question soulève d'abord la question de la réception des régimes de droit privé coloniaux dans l'ordre juridique fédéral et de la possibilité qu'il existe un droit commun fédéral pour les matières qui relèvent des compétences du Parlement.

C'est à partir d'une lecture de l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*[21] que l'on aborde généralement cette question. Selon certains auteurs[22], cet article reconduit en faveur des provinces la réception du droit privé colonial propre à chacune d'elles lors de leur entrée dans la confédération, excluant toute réception du droit pré-confédéral dans l'ordre juridique fédéral. Pour d'autres[23], rien dans cet article n'emporte l'exclusion de la réception du droit privé colonial, plus particulièrement en ce qui a trait aux règles de common law.

Si on adopte l'opinion qui veut qu'aucun droit commun fédéral ne puisse exister en raison de l'absence de réception d'un droit privé colonial dans l'ordre juridique fédéral, on exclut du coup tout développement de règles proprement fédérales indépendantes des différents droits provinciaux, ce qui est contraire aux développements jurisprudentiels relatifs à certaines matières, notamment le droit maritime canadien, les questions portant sur les droits ancestraux et le titre aborigène et les immunités et privilèges de la Couronne fédérale. De plus, en se fondant sur la seule question de la réception pour exclure toute common law fédérale, on se trouverait à dissocier du texte législatif fédéral les règles fondamentales de la common law en ne les liant qu'à leur réaménagement par les législatures des différentes provinces ou en conférant l'appartenance de ce droit d'application générale aux provinces, ce qui

---

21 *Supra* note 6.

22 C'est l'opinion la plus courante chez les auteurs québécois. Voir notamment : Brisson, *supra* note 5 à la p. 298; Jean Leclair, « Réflexions sur les problèmes constitutionnels soulevés par l'abrogation du *Code civil du Bas Canada* » (1997) 99 R. du N. 155 aux pp. 158-59; Denault, *supra* note 15 aux pp. 27 et s.

23 Roderick Macdonald, « Encoding Canadian Law » dans John E.C. Brierley *et al.*, dir., *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville (QC) / Montréal, Yvon Blais / C.R.D.P.C.Q., 1997, 579, plus particulièrement aux pp. 609 et s. Sur les principes de la réception des systèmes juridiques au Canada, voir généralement : Hogg, *supra* note 11 aux pp. 2-1 et s.

remettrait en question la conception même du rapport entre le droit légiféré et non légiféré en common law et ses modes de développement[24].

S'ajoute à cela le fait que la question de la réception par l'ordre juridique fédéral de droit privé colonial n'est pas limitée au seul article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*[25]. En effet, l'article 146 prévoyant la possibilité d'admettre d'autres colonies ou provinces, de même que le territoire de la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest, permet d'affirmer que la réception du droit anglais s'établit au moment de leur réception dans ces territoires. Considérant que plusieurs provinces ont reçu leur droit et leur constitution de l'ordre juridique fédéral à partir d'un découpage de ces territoires pour lesquels la réception du droit anglais a été fixée législativement par le Parlement au 15 juillet 1870[26], il est difficile de considérer que l'ordre juridique fédéral n'a aucunement reçu de droit privé colonial.

Au surplus, la compétence du Parlement sur la propriété et les droits civils ailleurs que dans une province n'est aucunement exclue par l'article 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans un premier temps, si importante soit-elle eu égard aux provinces, cette compétence échappe aux territoires, qui bien qu'ils aient des pouvoirs similaires à ceux des provinces, ne les détiennent qu'en raison de leur dévolution par le Parlement en vertu de lois particulières et non en vertu d'une quelconque reconnaissance constitutionnelle[27]. Pour reprendre les termes d'une analyse effectuée par Me Marie-Claude Gaudreault :

---

24 Pour une description de ce rapport et des règles d'interprétation qui en découlent, voir : Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5e éd., Toronto, LexisNexis, 2008 aux pp. 429 et s. Sur les modes d'évolution de la common law, voir notamment : *Succession Ordon*, *supra* note 20; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654. Pour une analyse de la question que la common law n'est pas rattachée à un lieu ou à un ordre juridictionnel donné, il faut lire Macdonald, *ibid*. aux pp. 611 et s.

25 *Supra* note 6.

26 *Acte des territoires du Nord-Ouest*, S.C. 1886, c. 50, art. 11. Certaines parties des territoires admis ont été concédées aux provinces de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba qui tiennent leur statut de provinces de lois fédérales. Pour une présentation détaillée de ces questions, voir : Marie-Claude Gaudreault, *La législation fédérale et le rapport au droit privé dans les territoires canadiens* : *une question de complémentarité* [à paraître en 2010]. Ce texte sera publié sur le site bijurilex.gc.ca.

27 Les parties restantes des territoires admis dans l'union canadienne à la suite du découpage en faveur des provinces de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba sont demeurées des territoires sous l'autorité du Parlement et tiennent leurs pouvoirs de différentes lois fédérales. Voir : *Loi sur les territoires du Nord-Ouest*, L.R.C. 1985, c. N-27; *Loi sur le Yukon*, L.C. 2002, c. 7; *Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, c. 28.

> [l]ors de l'admission de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest dans l'union canadienne en 1870, la plénitude des compétences prévues à la Loi constitutionnelle de 1867 et donc tous les pouvoirs pour légiférer pour le bien-être et le bon gouvernement futurs de ce territoire sont en fait accordés au Parlement du Canada. Le pouvoir de légiférer pour tout territoire non érigé en province est réitéré à l'article 4 de la Loi constitutionnelle de 1871, toujours en vigueur[28].

Dans un deuxième temps, il existe des situations juridiques qui ne prennent naissance dans aucune province et où aucune règle provinciale ne peut s'appliquer[29]. Dans ce contexte, un renvoi à un corpus supplétif qui ne se rattache au droit d'aucune province en particulier s'impose. Aussi, fait reconnu par la jurisprudence, il existe des zones ou territoires fédéraux qui ne font partie d'aucune province[30]. Dans tous ces cas, on peut affirmer que la situation juridique n'a aucun lien avec une province et que la compétence sur la propriété et les droits civils relève alors de la compétence constitutionnelle du Parlement, avec ce que cela implique au plan des sources et des règles d'application générale auxquelles il est alors fait référence[31].

Ceci dit, que l'on adopte l'une ou l'autre des positions, la question reste entière de savoir s'il existe un droit commun fédéral applicable en toute matière ou si celui-ci est un droit essentiellement incomplet, bien que de manière variable, avec, selon les contextes, des droits communs multiples ou différents.

En matière d'interprétation du droit fédéral, l'idée d'incomplétude du droit fédéral est devenue une idée reçue. En effet, tant les décisions de la

---

28 Marie-Claude Gaudreault, *supra* note 26 [références omises].

29 Pour un exemple, voir : *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94. La *Loi sur la responsabilité de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, c. C-50, art. 32, reconnaît d'ailleurs les cas où une situation juridique peut prendre naissance ailleurs que dans une province.

30 *Re*: *Ownership of Off Shore Mineral Rights (British Columbia)*, [1967] R.C.S. 792. Le tribunal, en reconnaissant l'application de la jurisprudence britannique à cet effet, a conclu que le territoire de la province se termine à la ligne des basses eaux, mais comprend les eaux intérieures ainsi que celles qui se trouvent entre deux « bras de terre » (*between the jaws of the land*). Donc, au delà de cette ligne, le territoire ne fait partie d'aucune province. Il peut toutefois être considéré comme partie du territoire canadien relevant du gouvernement central dans la mesure où le Canada exerce sa souveraineté sur celui-ci.

31 Voir le paragraphe introductif de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 6, ainsi que le pouvoir de légiférer du Parlement sur toutes les matières touchant à ces territoires en vertu de l'article 4 de la *Loi constitutionnelle de 1871* (R.-U.), 34-35 Vict., c. 28 (19 juin 1871), réimprimée dans L.R.C. 1985, App. II, n° 11, toujours en vigueur.

Cour suprême du Canada que celles de la Cour d'appel fédérale des dernières années confirment le caractère supplétif du droit des provinces en cas de silence de la loi fédérale lorsqu'il est nécessaire d'avoir recours à des règles ou principes qui relèvent de la « propriété et des droits civils dans la province »[32]. Comme le disaient si bien Jean-Maurice Brisson et André Morel, « [d]ire de la législation fédérale qu'elle n'est pas autonome, c'est affirmer simplement que, prise isolément, elle n'exprime pas la totalité du droit applicable dans les matières qui ressortissent à la compétence du Parlement »[33].

Pourtant, cette prétention d'incomplétude du droit fédéral n'a pas toujours été admise. S'il est vrai que le texte législatif comporte toujours une part de silence, de non-dit sur lesquels il repose, les règles sous-jacentes à son interprétation, bien que souvent tirées des droits provinciaux, ont longtemps été considérées incorporées au droit fédéral. La conception qu'il existerait un droit d'application générale propre au droit fédéral, un corpus général sous-jacent aux textes législatifs fédéraux, malgré la multiplicité de ses sources, a longtemps été reçue[34]. Il a fallu que la Cour suprême du Canada se prononce sur la question de la compétence de la Cour fédérale sur les « lois du Canada » en vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour exclure la prétention que le droit provincial nécessaire à l'application du droit relevant des compétences fédérales, qu'il y ait ou non de texte législatif fédéral, devient du droit fédéral par incorporation pour tout ce qui relève de la compétence du Parlement[35]. C'est alors que l'idée même qu'il puisse exister un droit commun unifié a été formellement rejetée et que le caractère incomplet du droit fédéral a été articulé[36].

---

32 Voir les décisions citées à la note 19, de même que l'index de jurisprudence en matière d'harmonisation et de bijuridisme, Gouvernement du Canada, en ligne : Ministère de la Justice http://canada.justice.gc.ca/fra/bijurilex/biju/repe1-case.html.

33 Jean-Maurice Brisson et André Morel, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité et dissociation » (1996) 75 R. du B. can. 297 à la p. 300.

34 Voir notamment : Hogg, *supra* note 11 à la p. 7-28. Voir également : France Allard, « La Cour suprême du Canada et son impact sur l'articulation du bijuridisme » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*. *Deuxième publication*, fascicule 323, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 1 à la p. 23.

35 Voir les arrêts : *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 1054 [*Quebec North Shore Paper*]; *McNamara Construction c. R.*, [1977] 2 R.C.S. 654; *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695. Ce caractère incomplet du droit fédéral a été réitéré très clairement dans les motifs de M. le juge Robert Décary dans *St-Hilaire*, *supra* note 19. Voir également les propos de Mme la juge Bertha Wilson dans l'arrêt *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322.

36 Plusieurs critiquent la portée accordée par la doctrine à ces arrêts. Voir

On peut dès lors tirer la conclusion que, en l'absence d'une incorporation des différents droits provinciaux au droit fédéral, pour s'appliquer pleinement dans une province, les lois fédérales s'appuient à titre supplétif sur le droit provincial en matière de « propriété et droits civils dans la province ». Aussi, compte tenu de la compétence limitée du Parlement sur la « propriété et les droits civils » qui, dans une province, ne peut s'exercer qu'à titre accessoire à une compétence fédérale, le Parlement n'est pas habilité à réglementer de manière systémique les notions fondamentales et générales du droit privé en toute matière et pour tout le Canada, même s'il a cette compétence en certaines matières et sur certains lieux[37].

Considérant cet impératif, dans les rapports entre les lois qui relèvent des domaines de compétences fédérales et celles qui relèvent de la compétence des provinces, l'exercice du pouvoir accessoire pour réaménager l'impact de certaines règles provinciales est assez courant dans la rédaction des lois fédérales. S'il est vrai que de façon générale, les tribunaux ont élargi le champ d'action du Parlement par une reconnaissance de pouvoirs accessoires très larges et ont appliqué la théorie du « champ occupé », reconnaissant à ce titre la prépondérance de

---

notamment : Ruth Sullivan, « The Challenges of Interpreting Multilingual, Multijural Legislation » (2004) 29 Brook. J. Int'l L. 985 à la p. 1041; Macdonald, *supra* note 23 aux pp. 610 et s. Ces décisions ont eu peu d'impact en common law, sauf en ce qui a trait aux questions procédurales et de juridiction qui étaient la question même soulevée par ces arrêts. Cependant, l'impact du précédent établi dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper*, *supra* note 35, sur la prise en compte et la reconnaissance de la particularité des règles de droit civil, plus particulièrement celles qui sont prévues dans le Code civil, explique peut-être pourquoi la doctrine québécoise a généralement tiré de ces arrêts des conclusions différentes de celles qu'en ont tiré les juristes de common law. Voir notamment : Brierley, *supra* note 14 à la p. 35; Brisson et André Morel, *supra* note 33 à la p. 310; Louis LeBel et Pierre-Louis LeSaunier, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada » (2006) 47 C. de D. 179 aux pp. 217 et s.; Allard, *supra* note 34 aux pp. 23 et s. Pour une explication approfondie de cette question, voir l'excellente analyse de Denault, *supra* note 15 aux pp. 43 et s. Il y a cependant lieu de souligner si ces arrêts semblent exclure l'idée même qu'il existe un droit commun fédéral d'application générale, ils n'emportent pas l'exclusion d'un droit non-écrit proprement fédéral applicable en certaines matières et la possibilité, comme pour tout texte législatif, d'être interprété par les tribunaux pour en déterminer la portée et le sens, sans que ceux-ci ne découlent des droits provinciaux.

37 Voir nos propos *supra*, p. 281 et s. sur la compétence du Parlement en matière de propriété et droits civils.

la règle fédérale en cas de conflit[38], la question se pose toutefois de savoir jusqu'où il peut aller[39]?

Nous ne croyons pas que le Parlement pourrait investir l'ensemble des matières qui relève de la propriété et des droits civils aux fins d'application d'une loi fédérale. Aucune théorie constitutionnelle ne le permet. En effet, s'il est possible d'affecter une matière qui relève de la compétence provinciale, le Parlement ne peut, par l'effet d'une loi particulière, élargir unilatéralement la portée d'une compétence exclusive conférée par la *Loi constitutionnelle de 1867*. C'est donc dire que ce qui ne relève pas de la spécificité fédérale et du contenu essentiel d'une compétence fédérale peut être réglementé, en cas de silence, par le droit des provinces, en vertu de la compétence résiduaire de principe des provinces sur « la propriété et les droits civils dans la province »[40].

On peut ainsi affirmer que le droit fédéral ne connaît pas de droit commun unifié s'appliquant en toute matière. Il se fonde sur un corpus aux sources multiples déterminées en fonction de la nature des compétences constitutionnelles attribuées au Parlement, des lieux d'application des règles et des matières visées. Il ne connaît pas de corpus cohérent et déterminé mais un corpus qui se trouve à la fois dans les droits provinciaux, le droit non écrit issu de différentes sources (droit civil, common law, droit autochtone, droit international, principes constitutionnels, etc.) et de règles particulières propres à certaines matières du droit fédéral (par exemple, en ce qui a trait aux immunités et prérogatives de la Couronne fédérale, aux droits ancestraux et au titre aborigène). Il emporte ainsi des renvois multiples à différentes sources supplétives, parfois issues du droit provincial, parfois issues d'un autre droit supplétif, qu'il soit fédéral ou encore plus général.

---

38 Voir à ce sujet : Leclair, *supra* note 17; Otis, *supra* note 7; François Joyal, « Le principe de la primauté de la législation fédérale en droit constitutionnel canadien » (1993) 27 R.J.T. 109; Bruce Ryder, « The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism : Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations » (1991) 36 R.D. McGill 308.

39 Voir par exemple : *Renvoi fait par le gouvernement du Québec en vertu de la Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, *L.R.Q.*, *ch. R-23*, *relativement à la constitutionnalité des articles 8 à 19*, *40 à 53*, *60*, *61 et 68 de la Loi sur la procréation médicalement assistée*, *L.C. 2004*, *ch. 2 (Dans l'affaire de)*, 2008 QCCA 1167, appel entendu à la C.S.C., en délibéré, 32750 (24 avril 2009).

40 L'étendue de la spécificité fédérale et de ce qui constitue le contenu essentiel d'une compétence sera forcément particularisé en fonction de la nature propre de chacun des domaines de compétence fédéraux. Voir à cet effet : Leclair, *supra* note 8 à la p. 614.

Cette multiplicité des droits supplétifs du droit fédéral rend la détermination de ceux-ci et du moment opportun de leur application plutôt complexes. En effet, comme le droit fédéral n'est pas ancré dans une seule tradition juridique ni organisé à partir d'une source fondamentale unique ou organisatrice, la question de savoir quelles sources supplétives viennent compléter le texte législatif fédéral est centrale à l'interprétation et l'application de ce texte.

C'est donc dans le monde des silences du droit fédéral que vient se poser de manière plus particulière le rôle du *Code civil du Québec* dans l'interprétation et l'application du droit fédéral. Comme le disait si bien Randal N. Graham, « [t]he printed characters that exist between the margins of a text are merely the tip of the iceberg, merely traces of the meaning that lies beyond the printed page »[41]. En effet, tout ce que l'on écrit est voué à être incomplet et, dès lors, des sources supplétives viennent compléter le texte pour lui donner un sens.

Parmi ces sources, il y a bien sûr le *Code civil du Québec* qui a un rôle central dans l'articulation des règles provinciales en matière de propriété et droits civils dans la province, lorsqu'il est nécessaire d'avoir recours à celles-ci pour l'application du texte fédéral au Québec. Cette nécessité peut découler d'un renvoi explicite au droit du Québec ou d'un renvoi implicite découlant d'une dépendance aux règles et notions du droit civil pour permettre la mise en œuvre de la règle fédérale[42].

À cet égard, le Code civil n'est en principe considéré que dans la mesure où le droit provincial joue un rôle supplétif au plan de l'application d'un texte législatif fédéral et non comme source d'application immédiate du droit fédéral. Le Code civil ne pourrait en effet occuper un champ spécifiquement fédéral tel le droit d'auteur ou encore le statut des banques, même en l'absence de législation fédérale. D'ailleurs, sur les caractères spécifiques de la compétence fédérale, le Parlement n'a pas à faire échec au droit provincial, y compris aux règles qui sont exprimées dans le Code civil. Il tient sa compétence de la *Loi constitutionnelle de 1867* et les règles

---

41 Randal N. Graham, *Statutory Interpretation – Theory and Practice*, Toronto, Emond Montgomery, 2001 à la p. 64 : « Les caractères (d'imprimerie) / (symboles imprimés) entre les marges d'un texte ne sont que la pointe de l'iceberg, de simples indices du sens qui se cache derrière le texte (les pages imprimées) » [notre traduction].

42 Pour une description de ce principe de complémentarité, voir plus particulièrement : Brisson et Morel, *supra* note 33. Voir également : Henry L. Molot, « Article 8 du Projet de loi S-4 : modification de la *Loi d'interprétation* » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien. Deuxième publication*, fascicule 6, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 1.

qu'il édicte ne sont pas un droit d'exception au droit des provinces en matière de « propriété et droits civils dans la province »[43]. Par contre, le caractère résiduaire de la compétence provinciale en matière de propriété et droits civils peut faire en sorte que certaines des règles du Code civil s'appliqueront par défaut en application de la théorie du double aspect dans la mesure où celles-ci ne constituent pas un empiètement dans la sphère de la spécificité de la compétence fédérale.

Dans cette perspective, le rapport entre le droit fédéral et les droits provinciaux en matière de « propriété et droits civils dans la province » s'avère nécessaire dans plusieurs circonstances et il se dessine en fonction de droits supplétifs multiples, même lorsqu'il s'agit d'une loi dite de nature publique[44]. C'est d'ailleurs cette asymétrie juridique qui caractérise le droit fédéral canadien[45].

Cependant, considérant la multiplicité des sources du droit fédéral, dans l'interprétation et l'application du droit fédéral, le Code civil n'est rien d'autre qu'une source parmi d'autres, qui ne fait qu'organiser les règles supplétives provinciales du Québec et leur donner leur contenu normatif complet en raison de sa nature particulière de droit d'application générale du droit civil québécois. Ainsi, bien que la jurisprudence reconnaisse la spécificité du *Code civil du Québec* en tant que source du droit commun au Québec, elle ne fait aucune distinction entre le Code civil et les autres lois provinciales dans leur rôle supplétif au droit fédéral. Son caractère particulier qui en fait l'équivalent fonctionnel des règles non légiférées de common law (*judge-made law*) semble écarté du cadre d'interprétation des lois fédérales.

Pourtant, les principes d'interprétation applicables aux lois fédérales de même que le rapport entre celles-ci et les règles sous-jacentes à leur interprétation ne sont pas différents de ceux qui ont été développés par les tribunaux pour l'interprétation des lois particulières dans les provinces. Il existe en effet certains principes de base en matière d'interprétation des lois pour comprendre le rapport entre le texte législatif et les règles sous-jacentes qui viennent lui donner un sens. Parmi celles-ci, on peut mentionner celle qui veut que les textes législatifs sont censés s'interpréter en harmonie avec le droit d'application générale, de même que celle qui veut que les textes législatifs viennent réitérer, ajuster, compléter, remplacer ou déroger aux règles et principes établis par le droit

---

43 Sur ce point, voir : Roderick Macdonald, *supra* note 23 aux pp. 612 et 613. Voir cependant : Brun et Tremblay, *supra* note 11 à la p. 478.

44 Sur ce point, voir les motifs du juge Robert Décary dans *St-Hilaire*, *supra* note 19.

45 *Ibid.*

d'application générale. C'est la présomption de la stabilité du droit et de sa cohérence avec l'ensemble du droit[46]. Dans cette perspective, on serait tenté de croire que le Code civil pourrait, à titre de droit d'application générale, opérer par rapport au texte législatif fédéral un rôle semblable à celui que joue le droit non-légiféré de common law compte tenu de sa fonction similaire. Or, ce rôle est difficile à justifier d'emblée à l'extérieur du rapport de complémentarité entre le droit fédéral et le droit civil québécois[47]. Sur la base de la réception d'un droit privé en droit fédéral, il semble que seule la common law ait été reçue. Aussi, les règles d'interprétation concernant le rapport entre le texte législatif et les règles d'application générale ont été développées dans un contexte où une seule tradition juridique entrait en jeu et surtout, par rapport à un droit non-légiféré de common law (même si ce rapport entre le *Code civil du Québec* et les lois particulières au Québec est similaire). De plus, ces règles d'interprétation ne tiennent pas compte de la mixité des sources de ce droit d'application générale ni de la particularité du Code civil comme lieu d'expression de celui-ci. Considérant comment ces règles ont été développées, il faut chercher ailleurs pour déterminer le potentiel d'application du Code civil en droit fédéral autrement qu'à titre de droit supplétif provincial.

À partir de ces constats, que faire alors de la fonction du Code civil comme lieu d'expression du droit d'application générale? Quel peut être l'impact de la Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* et de la fonction renouvelée du Code civil sur les sources du droit fédéral et son interprétation?

2. La charge interprétative limitée de la Disposition préliminaire en droit fédéral et l'ambiguïté du rôle du Code civil du Québec et de l'idée de droit commun

L'idée de droit commun n'est pas une idée fixe. Elle est porteuse de plusieurs sens. On dit toutefois du *Code civil du Québec* qu'il est le droit commun du droit québécois, étant la source principale des règles, principes et institutions du droit civil québécois. Ce rôle est clairement exprimé dans la Disposition préliminaire du Code civil, qui dispose :

---

46 Voir plus particulièrement : Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5e éd, Markham, LexisNexis, 2008 aux pp. 429 et s.; Richard Tremblay, *L'essentiel de l'interprétation des lois*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2004 aux pp. 29 et s. Voir aussi : Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Thémis, 1999 aux pp. 636 et s.; Donald Poirier, *Introduction générale à la common law*, 2e éd., Bruxelles / Cowansville (QC), Bruylant / Yvon Blais, 2000 aux pp. 365 et s.

47 Voir sur ce point l'ensemble des propos de Philippe Denault, *supra* note 15.

> Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.
>
> Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au Code ou y déroger.

Si on a souvent souligné la fonction de la Disposition préliminaire dans l'ordonnancement juridique québécois, on s'est très peu penché sur son apport dans un contexte de droit fédéral. Tenant compte de son impact sur la compréhension du rapport entre le Code civil et les autres sources et de l'affirmation de sa fonction de droit commun, quelle peut être la charge interprétative de la Disposition préliminaire en droit fédéral? Quelle fonction le Code civil peut-il avoir en contexte fédéral dans la mesure où le droit fédéral se nourrit de sources multiples?

Pour aborder la charge interprétative de la Disposition préliminaire en droit fédéral et la possibilité pour le *Code civil du Québec* d'agir à titre de droit commun du droit fédéral, il faut d'abord s'entendre sur l'effet de la Disposition préliminaire en droit québécois et sur l'idée de droit commun qui y est exprimée.

Une des caractéristiques principales de la Disposition préliminaire est qu'elle exprime l'orientation de système qu'assure le Code civil sur l'ordonnancement juridique québécois. Ce rôle « porteur d'une orientation générale d'interprétation »[48] assurant la cohérence et le développement harmonieux de l'ensemble normatif québécois, tant en matière publique que privée, a été décrit comme un effet de codification[49]. En prenant la forme d'un tout cohérent dans lequel on trouve la formulation des règles et des principes de base du droit civil québécois, le Code civil assume un rôle systémique dans son rapport aux autres sources du droit québécois[50]. Le texte même de la Disposition préliminaire établit d'ailleurs le rapport entre les sources principales du droit civil québécois. Le rapport privilégié entre

---

48 Cette description non pas de la Disposition préliminaire, mais de ce que signifie l'effet de codification est empruntée à Alain-François Bisson, « Effet de codification et interprétation » (1986) 17 R.G.D. 359 aux pp. 361-62.

49 L'expression est de Gérard Cornu et a été reprise par Bisson, « *La Disposition préliminaire* », *supra* note 5. Pour ce rôle du Code civil en droit public, voir : *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663.

50 Alain-François Bisson, « L'interprétation adéquate des lois » dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 87 à la p. 97, où l'auteur parle de « réflexe de système ».

le Code civil, la *Charte des droits et libertés de la personne*[51] et les principes généraux du droit y est souligné. Les lois particulières sont pour leur part implicitement identifiées dans la mesure où il est établi que le Code sert de « fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au Code ou y déroger ». À ce titre, la Disposition préliminaire favorise l'interprétation d'ensemble du droit civil québécois[52].

La Disposition préliminaire déclare également que le Code civil est, en toutes matières, le droit commun du droit civil québécois et le fondement des autres lois. C'est probablement l'énoncé de la Disposition qui a eu le plus de résonance dans la doctrine et la jurisprudence[53]. La question se pose alors de savoir à quelle notion de droit commun elle renvoie et si seul le Code civil peut se prévaloir de cette fonction.

Lorsque l'on parle du Code civil, il semble que l'on revient toujours à Portalis. Le Code reflète les idées autour desquelles une société est constituée[54]. Il est d'ailleurs devenu courant de le qualifier de « constitution civile »[55]. L'essentiel des institutions nécessaires pour régir les personnes, les rapports entre les elles et les biens y sont exprimées. C'est dans cette perspective que la Disposition préliminaire le qualifie de droit commun. Le Code civil établit les principales institutions du droit civil, le droit d'application générale servant de base substantielle à l'ensemble des situations juridiques, en l'absence de règles qui y

---

51 L.R.Q. c. C-12.

52 John E.C. Brierley, « Code civil of Quebec – Preface » (1994) 39 R.D. McGill 743 à la p. 746.

53 *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862. Voir également : *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc.*, *division 'Économos' c. Collin*, 2004 CSC 59, [2004] 3 R.C.S. 257 et *Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable inc.*, 2006 CSC 50, [2006] 2 R.C.S. 591.

54 Voir aussi le Discours préliminaire de Portalis, « Discours préliminaire du Code civil » dans *Projet du Code civil*, An VIII (1800), t. 1, Paris, Lepetit jeune, An IX (1801), qui, bien qu'il n'utilise pas l'expression, n'en souligne pas moins les caractères. Pour consulter le texte du discours, voir en ligne : Ministère de la Justice <http://www.justice.gc.ca/fra/pi/gci-icg/code/page05.html>.

55 Voir : Gil Rémillard, « Le nouveau Code civil : un véritable contrat social » dans Serge Lortie, Nicholas Kasirer et Jean-Guy Belley, dir., *Du Code civil du Québec. Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Thémis / C.R.D.P.C.Q. Université McGill / Ministère de la Justice du Canada, 2005, 283 à la p. 284 et Paul-André Crépeau, « Une certaine conception de la recodification » dans Lortie, Kasirer et Belley, *ibid* à la p. 25, qui ont tous deux repris, comme d'autres, l'image sociologique du rôle du Code dans l'imaginaire collectif décrit par Jean Carbonnier, « Le Code civil » dans Pierre Nora, dir., *Les lieux de mémoire*, t. 2, vol. 2, *La Nation, l'État, le patrimoine*, Paris, Gallimard, 1986, 294 à la p. 309.

dérogeraient[56]. Par l'impact des catégories juridiques qu'il comporte et des concepts pour lesquels il prévoit le sens et le régime juridique, il sert de cadre conceptuel à la pensée juridique civiliste; il offre une structure normative[57]. Aussi, du fait de son unité et des rapports qu'il entretient avec les différentes sources du droit québécois, il assume un rôle de droit supplétif en s'appliquant par défaut en l'absence de règles particulières puis en servant de fondement ou de source de règles sous-jacentes à l'ensemble des règles particulières[58]. Le rôle fondateur et référentiel du Code civil en droit québécois est bien établi.

Cependant, la Disposition préliminaire ne dit pas tout et cette idée de droit commun n'est pas la seule que le droit civil connaît. Il y a en effet une multiplicité de droits communs qui coexistent[59]. À ce sujet, j'ai déjà décrit l'incomplétude du Code civil comme expression du droit commun :

> […] le Code civil ne peut être la seule source du droit commun. Si tout le droit civil n'est pas dans le Code, on peut également dire qu'au plan de l'expression du droit commun, le Code civil ne peut tout régler, que ce soit en ce qui a trait aux principes supplétifs et sous-jacents à l'ensemble du droit québécois ou aux concepts opératoires. Aussi, la notion de droit commun ne se limite pas à ces seuls aspects. Elle a des sens multiples, même dans le contexte proprement québécois. Ainsi s'ajoutent à ce qui fait partie du droit commun les fondements inexprimés des règles du Code civil qui y sont présupposés, tel le rattachement à une tradition juridique plus large, les fondements et la

---

56 Voir la définition de « droit commun » dans Comité de rédaction, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, Montréal/Cowansville (QC), C.R.D.P.C.Q. / Yvon Blais, 2003, *s.v.* « droit commun » à la p. 124.

57 John E.C. Brierley, « Quebec's "Common Laws" (droits communs) : How Many Are There? » [Brierley, « Quebec's "Common Laws" »] dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 109 à la p. 122. Voir aussi : Brisson « La Disposition préliminaire », *supra* note 5 à la p. 296. Voir sur l'idée d'une norme structurée, gardienne de l'idée de cohérence du système, Marie-Josée Longtin, « La réforme du Code civil : la gestion d'un projet » dans Lortie, Kasirer et Belley, *supra* note 55 à la p. 203.

58 Voir : Brisson « La Disposition préliminaire », *supra* note 5 à la p. 296; 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*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, 103 à la p. 104.

59 À cet effet, voir : Brierley, « Quebec's "Common Laws" », *supra* note 57. Sur l'impact de notion plus élargie du droit commun dans le contexte de la Disposition préliminaire, voir aussi : Glenn, *supra* note 5 aux pp. 347 et s. Voir, de façon générale, sur l'importance de la notion comme outil conceptuel, la multiplicité de sens de la notion et son application dans un contexte plus large : H. Patrick Glenn, *On Common Laws*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

structure constitutionnels, un corpus de valeurs et de normes sociales plus ou moins précises et d'autres principes de natures variées[60].

Dans cette perspective, la réflexion sur le sens du droit commun ne peut être qu'une réflexion sur les sources du droit et cette multiplicité des droits communs du droit québécois est pertinente à la réflexion sur la multiplicité des sources du droit fédéral dans la mesure où celui-ci fait appel, dans son interprétation et son application, à plus d'une tradition juridique et à des référents multiples dans la recherche de sens. C'est là une idée à retenir pour la suite.

Ceci dit, malgré cette multiplicité des droits communs, le Code civil reste malgré tout la source principale du droit commun au Québec. D'ailleurs, l'aspect identitaire du Code civil dans la culture juridique québécoise est d'emblée reconnu, surtout dans un contexte de droit mixte où il occupe une place à part; il est, au plan juridique, le symbole de la spécificité du droit québécois dans le contexte canadien[61].

Ce rôle du Code civil à titre de droit commun et de fondement des autres lois est-il cependant possible en droit fédéral et la Disposition préliminaire peut-elle véritablement avoir un impact similaire en droit fédéral à celui qu'elle a dans l'ordre juridique québécois?

La Disposition préliminaire du Code organise l'ordre juridique québécois en fonction du système juridique qui lui est propre, de même qu'en fonction de la conception que se fait le législateur québécois des sources du droit et de leurs rapports entre elles. Or, cette conception a certes un impact sur l'interprétation et l'application de la législation fédérale en raison du caractère supplétif du droit provincial fondé sur le partage des compétences. Elle ne peut toutefois avoir le même effet organisationnel ou structurel sur le droit fédéral dans la mesure où celui-ci est nourri non seulement par le droit civil québécois mais également par plusieurs sources. La common law, les règles et coutumes autochtones[62],

---

60 France Allard, « La *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec* : deux textes fondamentaux du droit civil dans une relation d''harmonie ambiguë' » (2006) numéro thématique hors série R. du B. 33 aux pp. 60-61 [citations omises].

61 Sur cet aspect du *Code civil du Québec*, voir : Sylvie Parent, « Le Barreau du Québec et la réforme du Code civil » dans Lortie, Kasirer et Belley, *supra* note 55, 429 à la p. 433; Sylvio Normand, « Le Code civil et l'identité » dans Lortie, Kasirer et Belley, *ibid.* à la p. 619. Voir également : le 2e attendu du Préambule de la *Loi d'harmonisation n° 1*, *supra* note 3.

62 Voir pour une brève explication de la reconnaissance de ces coutumes, Sébastien Grammond, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit* canadien, Bruxelles / Cowansville (QC), Bruylant / Yvon Blais, 2003 aux pp. 287 et s.

ou encore les règles particulières en matière de droits ancestraux[63], les règles propres à certaines matières telles celles en matière d'amirauté et de droit maritime canadien[64], les règles issues du contexte particulier de certaines matières qui se nourrissent plus directement du sens donné par la pratique et la réglementation particulière que par une source fondatrice donnant une orientation générale d'interprétation[65], les règles propres aux privilèges et prérogatives de la Couronne fédérale[66] n'en sont que des exemples.

Dans cette perspective, l'effet de codification de la Disposition préliminaire sur l'interprétation d'ensemble du droit civil québécois ne peut jouer de la même manière dans le contexte fédéral. En tenant compte de la multiplicité des sources du droit fédéral, l'effet de cohérence systémique et l'intégration organique des situations en fonction des principes et de l'esprit des règles du Code civil ne peut s'articuler de la même manière dans l'ordre juridique fédéral. La typologie du Code civil, ses catégories et la polarisation des règles n'a pas, contrairement à celui qu'il a dans l'ordre juridique québécois, d'impact centralisateur et organisationnel sur l'ordre juridique fédéral.

Ceci dit, notre but n'est certainement pas de diminuer la valeur du *Code civil du Québec* ni de remettre en question son statut particulier dans l'ordre juridique québécois. Essentiellement, le Code est l'épicentre de la conception et de l'interprétation des règles du droit civil québécois et, lorsque les règles du droit québécois s'appliquent à titre supplétif en droit fédéral, le Code conserve indéniablement un rôle d'organisation et d'interprétation du droit. Cependant, ce sur quoi nous nous interrogeons, c'est sur son rôle à titre de droit commun du droit fédéral.

Le rôle du *Code civil du Québec* dans le contexte fédéral se comprend surtout à partir du partage des compétences et de la mixité de ses sources. En effet, sauf dans son application supplétive, le Code civil ne fournit pas les solutions au droit fédéral lorsque celui-ci n'y a pas pourvu. En dehors de son domaine même résiduaire, le Code civil ne peut s'appliquer par

---

63 Art. 35, *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11. Voir notamment : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1997] 3 R.C.S. 1010. Pour une description détaillée de ces droits et de leur régime constitutionnel particulier, voir : Jack Woodward, *Native Law*, feuilles mobiles, Toronto, Carswell, 1994 au c. 5.

64 Voir la jurisprudence citée *supra* note 20.

65 *Canada 3000 Inc.*, *Re*; *Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic de)*, 2006 CSC 24, [2006] 1 R.C.S. 865.

66 Voir généralement sur les privilèges et immunités de la Couronne, Hogg, *supra* note 11 aux pp. 10-14 et s.

défaut dans la sphère de la spécificité d'une compétence fédérale. Le Parlement n'a d'ailleurs pas à y faire échec. Il tient sa compétence directement de la Constitution sur les domaines qui lui sont spécifiquement attribués.

En effet, dans l'ordre juridique fédéral aux sources plurielles, le *Code civil du Québec* ne sert ni de base conceptuelle, ni de base philosophique au droit fédéral; il n'établit ni le système juridique, ni la méthode d'interprétation du droit fédéral; il ne représente ni l'ordre, ni l'unité, ni la rationalité du système de règles applicables. Si le Code civil a certainement un rôle à jouer dans l'interprétation du droit fédéral, il ne peut servir de fondement à celui-ci en toute matière au même titre qu'il le fait en droit québécois.

Lorsque la Disposition préliminaire établit que le Code sert de « fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes y ajouter ou y déroger », cela ne vaut que pour les lois particulières du Québec. Pour les lois particulières issues du Parlement, le rapport entre le droit fédéral et le Code civil n'est pas nécessaire en toutes circonstances, même dans son application au Québec. Les lois fédérales ne reposent pas sur le Code. Le droit fédéral s'articule à partir de ses propres règles issues de ses champs de compétence, de même que des règles propres aux différents systèmes juridiques des provinces et territoires. La règle fédérale n'a pas à déroger ou ajouter aux règles du Code civil lorsque la matière est dans son champ de compétence. En effet, comme je l'ai déjà mentionné, le Parlement ne tient pas ses compétences à titre d'exception du droit des provinces. Il les tient directement de la *Loi constitutionnelle de 1867*; il n'est pas nécessairement dépendant du droit des provinces en matière de propriété et droits civils.

Aussi, même dans les cas où la lecture du texte fédéral se fait en principe en complémentarité avec le droit des différentes provinces, cette lecture se fait d'abord en fonction du contexte qui détermine la nécessité ou non d'avoir recours aux règles provinciales dont celles du Code civil. Le recours aux règles provinciales est accessoire et non à l'origine du développement de la règle fédérale et de l'exercice de la compétence fédérale. On peut sur ce point conclure que le Code civil n'a pas en droit fédéral le rôle de droit commun que la Disposition préliminaire lui confère en droit québécois, sauf, peut-être, celui de « droit commun utilitaire »[67], c'est-à-dire un rôle établi à partir du lexique des institutions du droit civil

---

[67] L'expression est de Jean-Maurice Brisson et elle a été utilisée pour décrire ce qui était advenu du *Code civil du Bas Canada* comme source du droit québécois dans *supra* note 5 à la p. 301.

sans pour autant avoir d'effet structurant ou servir de renvoi substantiel nécessaire aux lois particulières.

On peut toutefois s'interroger sur la possibilité pour le Code civil d'avoir une fonction différente en droit fédéral de celle qui est exprimée dans la Disposition préliminaire. L'idée de droit commun ne se présente pas sous une seule forme. Sans pour autant avoir la même fonction de droit commun que dans l'orre juridique québécois, le Code civil pourrait peut-être avoir un autre rôle qui dépasse la simple idée de droit supplétif provincial?

Les règles d'interprétation bijuridique prévues aux articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*[68] articulent le rapport formel entre le droit fédéral et le droit des provinces en matière de propriété et droits civils. Elles affirment également le besoin de cohérence des systèmes en affirmant que le droit civil et la common law sont tous deux sources du droit fédéral. Quel est l'impact potentiel de ces affirmations?

3. *Les règles d'interprétation bijuridique* : *une expression du code culturel du législateur fédéral et une affirmation de la place du droit civil en droit fédéral*

Le régime à l'intérieur duquel le Parlement légifère en est un qui se fonde sur le principe de la primauté du droit, emportant de ce fait l'obligation pour le législateur fédéral d'élaborer les règles juridiques en conformité avec la Constitution. Dans ce contexte, les lois fédérales doivent être rédigées au regard du partage des compétences, en tenant compte des impératifs qui en découlent. Parmi ces impératifs, il y a ceux qui résultent de la mesure du rapport entre le droit fédéral et le droit des provinces dans l'exercice de leurs compétences respectives, puis ceux qui résultent du caractère supplétif d'une multiplicité de règles, notamment les règles provinciales en matière de propriété et droits civils dans la province.

Ce rapport variable entre le droit fédéral et les droits provinciaux est exprimé aux articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*, entrés en vigueur le 1er juin 2001[69]. Ils sont en quelque sorte l'inscription législative du code culturel du législateur fédéral. Ils traduisent l'impact de l'histoire constitutionnelle canadienne sur les règles fédérales, la coexistence des

---

68 *Supra* note 3.

69 Date d'entrée en vigueur de la *Loi d'harmonisation n° 1*, *supra* note 3, art. 8 qui a introduit les modifications apportées à la *Loi d'interprétation*, *supra* note 3.

sources, des langues et des cultures multiples du droit fédéral et leur interaction, plus particulièrement en ce qui a trait aux traditions de droit civil et de common law[70]. Les articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation* se lisent comme suit :

8.1 Both the common law and the civil law are equally authoritative and recognized sources of the law of property and civil rights in Canada and, unless 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	**8.1** Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, 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.
8.2 Unless otherwise provided by law, when an enactment contains both civil law and common law terminology, or terminology that has a different meaning in the civil law and the common law, the civil law terminology or meaning is to be adopted in the Province of Quebec and the common law terminology or meaning is to be adopted in the other provinces.	**8.2** Sauf règle de droit s'y opposant, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens diffèrent dans l'un et l'autre de ces systèmes.

Ces articles énoncent des règles d'interprétation bijuridique qui servent, comme les autres règles prévues à la *Loi d'interprétation*[71], de modèle théorique, de guide. Elles ont un rôle référentiel. Ces règles ont pour but de reconnaître formellement l'effet de la coexistence du droit civil

---

70 Ce qui n'exclut aucunement l'importance des règles et coutumes autochtones qui se placent, dans le contexte de ces règles, comme des situations où il pourrait ne pas être nécessaire d'avoir recours au droit des provinces à titre supplétif en raison des fondements constitutionnels de plusieurs droits autochtones, de la reconnaissance judiciaire de plusieurs règles propres aux rapports entre la Couronne fédérale et les peuples autochtones, et de règles de droit légiférées multiples dans les textes législatifs fédéraux.

71 *Supra* note 3. Pour une présentation générale des articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation* et sur la portée de leur pertinence, même en droit public, voir Henry L. Molot, *supra* note 42. Pour une lecture critique de ces articles quant aux ambiguïtés découlant de la lecture des textes anglais et français des articles, voir : Robert Leckey, « Legislation and Bilingualism » dans Michel Bastarache, dir., *Language Rights in Canada*, 2e éd., Cowansville (QC), Yvon Blais, 2004, 37 aux pp. 120 et s. Pour une description de ces règles dans un cadre plus général, voir : Michel Bastarache *et al.*, *The Law of Bilingual Interpretation*, Toronto, LexisNexis, 2008 aux pp. 114 et s. [Bastarache et al., *Bilingual Interpretation*]; Sullivan, *supra* note 46 aux pp. 121 et s.

et de la common law sur l'interprétation du droit fédéral. Elles établissent que le droit civil et la common law sont d'égale autorité en contexte fédéral et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et droits civils au Canada. Elles facilitent également l'identification des règles sous-jacentes à l'interprétation des lois fédérales par la reconnaissance de l'impact du partage des compétences et du rapport supplétif au droit privé des provinces dans l'application des textes législatifs fédéraux en vue d'en compléter le sens lorsque les notions relèvent de la « propriété et des droits civils dans la province ». De plus, elles favorisent une interprétation ambulatoire des textes législatifs fédéraux en faisant référence au droit privé des provinces en vigueur au moment de l'application du texte législatif fédéral.

La compétence résiduelle des provinces sur la « propriété et les droits civils dans la province » prévue au paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[72] est ainsi mise en lumière, de même que l'idée d'incomplétude du droit fédéral. Bien que le droit provincial ne soit pas le seul lieu d'expression des droits supplétifs du droit fédéral, de façon générale, le droit de chacune des provinces vient fournir au législateur fédéral le soutien conceptuel nécessaire à l'application du droit fédéral, de même que le soutien substantiel découlant des régimes juridiques propres aux différentes institutions régies par le droit provincial. Ce rapport est souvent décrit comme un rapport de complémentarité entre le droit fédéral et les droits provinciaux[73].

La confirmation de ce rapport de complémentarité du droit des provinces est d'ailleurs l'impact le plus immédiat des articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*. Ce rapport s'articule d'ailleurs assez aisément en plusieurs matières. Ainsi, par exemple, en matière de faillite et d'insolvabilité, les tribunaux ont régulièrement reconnu la coexistence des règles propres à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[74] avec celles des différentes lois provinciales[75]. On peut également trouver de

---

72 *Supra* note 6.

73 Sur le rôle supplétif du droit des provinces dans l'application des règles fédérales et la relation complémentaire entre le droit fédéral et les droits provinciaux, voir : Brisson et Morel, *supra* note 33; Denault, *supra* note 15 aux pp. 37 et s.; Marie-Noëlle Pourbaix, « S-4 : un premier projet de loi d'harmonisation » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien. Deuxième publication*, Fascicule 6, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2001, 1 aux pp. 7-8; de même que le préambule de la *Loi d'harmonisation n° 1*, *supra* note 3.

74 L.R.C. 1985, ch. B-3.

75 Voir notamment : *Robinson c. Countrywide Factors L.td.*, [1978] 1 R.C.S. 753; *Re Giffen*, [1998] 1 R.C.S. 91; *D.IM.S.*, *supra* note 19.

nombreux exemples en matière d'assurance-emploi[76] ou en matière fiscale[77]. Par ailleurs, on trouve aussi de nombreux exemples de dissociation du droit fédéral avec le droit provincial, que ce soit en raison du contexte particulier dans le cadre duquel s'applique une loi[78], en raison de la spécificité du domaine de compétence[79], ou encore, du fait qu'une disposition ou un texte législatif soit qualifié de « code complet »[80].

S'il est une chose à retirer des décisions des tribunaux, c'est que le contexte sera toujours un élément central à leur analyse et que la tension entre l'uniformité et les différences provinciales est toujours présente. Cependant, dans la mesure où rien ne s'oppose au renvoi au droit des provinces, la prise en compte du rapport de complémentarité emporte la possibilité pour une même règle d'être appliquée de manière différente selon son lieu d'application tout en étant conforme à l'objectif poursuivi par le législateur.

Dans cette relation d'opposition entre complémentarité et dissociation, le *Code civil du Québec* est indéniablement une source importante du droit fédéral à titre de droit fondamental du droit civil québécois à titre de droit provincial supplétif. C'est d'ailleurs le premier objectif des règles d'interprétation bijuridique de confirmer le rôle supplétif des droits provinciaux et d'affirmer la spécificité du droit civil dans l'ordre juridique fédéral. Ainsi, à partir des règles d'interprétation bijuridique et des cas où elles sont citées par les tribunaux[81], de même qu'en consultant l'essentiel de la doctrine qui s'est penchée sur ces articles, on aurait tendance à croire que le *Code civil du Québec* ne peut agir à titre de source du droit fédéral que sous ce seul plan. Pourtant, il y a là matière à réflexion.

Les règles prévues aux articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation* sont souvent perçues comme faisant apparaître une épistémologie de la

---

76 Voir notamment : *9041-6868 Québec Inc. c. M.R.N.*, 2005 CAF 334, (2005), 350 N.R. 201 (C.A.); *Combined Insurance Company of America c. M.R.N.*, 2007 CAF 60, (2007), 359 N.R. 358 (C.A.); *Grimard c. Canada*, 2009 CAF 47, [2009] 4 F.C.R. 592 (C.A.) [*Grimard*].

77 Voir notamment : *Continental Bank Leasing Corporation c. Canada,* [1998] 2 RCS 298; *Backman c. Canada*, 2001 CSC 10, [2001] 1 R.C.S. 367; *Spire Freezers Ltd. c. Canada*, 2001 CSC 11, [2001] 1 R.C.S. 391.

78 *Canada 3000*, *supra* note 65.

79 Pour un exemple récent, voir : *Colombie-Britannique (P.G.) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86.

80 Voir notamment : *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Gladstone c. Canada (P.G.)*, 2005 CSC 21, [2005] 1 R.C.S. 325.

81 Pour une liste de la jurisprudence citant les règles d'interprétation bijuridique, voir : Gouvernement du Canada, en ligne : Ministère de la Justice <http://canada.justice.gc.ca/fra/bijurilex/biju/repe1-case.html>.

séparation dans la compréhension du rapport entre traditions juridiques dans le contexte législatif fédéral. Certains les ont décrites comme une source de ségrégation des textes (*separate but equal*), excluant la possibilité de règles supplétives non-écrites proprement fédérales[82]. D'autres voient dans ces articles une conception séparatiste des sources[83]. Pourtant, si les articles 8.1 et 8.2 comportent en leur sein une lecture potentiellement séparée des textes en soulignant les identités provinciales particulières, tant au plan linguistique que systémique, ils comportent également une épistémologie de la mixité qui tient compte de la multiplicité des sources du droit fédéral[84]. C'est à partir de cette conception qu'il devient possible de voir dans le *Code civil du Québec* une source à la fois supplétive du droit fédéral comme texte légiféré du droit provincial québécois, de même qu'une source directe du droit fédéral, comme expression d'un des droits communs du droit fédéral.

Dans un premier temps, bien que les articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*[85] établissent le principe du caractère supplétif du droit des provinces dans l'application du droit fédéral, il n'en demeure pas moins que le recours au droit privé des provinces peut être exclu. L'article 8.1 prévoit d'ailleurs que le recours au droit des provinces en matière de « propriété et droit civils » n'entre en jeu que lorsqu'il est nécessaire de le faire en vue d'assurer l'application d'un texte législatif fédéral dans une province. L'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*[86] prévoit également qu'une règle de droit peut s'opposer à cette application supplétive, tout comme l'article 8.2 de la *Loi d'interprétation*[87] prévoit qu'une règle de droit peut s'opposer à l'application d'un sens propre à l'une ou l'autre des traditions juridiques. On décrit généralement cette exclusion du caractère supplétif du droit des provinces comme une dissociation du droit fédéral par rapport au droit des différentes provinces. Cette dissociation peut être

---

82 Sullivan, *supra* note 36.

83 Nicholas Kasirer, « L'outre-loi » dans Lynne Castonguay et Nicholas Kasirer, dir., *Étudier et enseigner le droit* : *hier*, *aujourd'hui et demain. Études offertes à Jacques Vanderlinden*, Bruxelles / Cowansville (QC), Bruylant / Yvon Blais, 2006, 329 aux pp. 331-32 et aux pp. 345 et s. L'auteur reconnaît toutefois que par la simple cohabitation des vocabulaires, un dialogue se crée entre les traditions et que le texte législatif fédéral possède par cette cohabitation une identité métissée.

84 Voir sur le paradoxe de l'interprétation des lois plurilingues : Pierre-André Côté, « La tension entre l'intelligibilité et l'uniformité dans l'interprétation des lois plurilingues » dans Jean-Claude Gémar et Nicholas Kasirer, dir., *Jurilinguistique* : *entre langues et droits – Jurilinguistics* : *Between Law and Language*, Bruxelles / Montréal, Bruylant / Thémis, 2005, 127.

85 *Supra* note 3.

86 *Ibid.*

87 *Ibid.*

explicite et découler des termes mêmes du texte législatif ou implicite et découler du contexte.

Partant de cette importance du contexte dans l'interprétation des textes législatifs, la coexistence des traditions juridiques et la multiplicité des sources du droit fédéral font nécessairement partie du contexte global dans lequel un texte doit être conçu et interprété. Cette coexistence des traditions nourrit également l'esprit, l'objet et la finalité du texte. D'ailleurs, au-delà de l'expression du rapport entre le droit fédéral et le droit des provinces, l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*[88] ne fait-il pas du droit civil et de la common law des sources à part entière du droit fédéral sans forcément les lier aux différents droits provinciaux?

Peut-être n'était-ce pas là l'intention des rédacteurs de cette disposition. Malgré l'inclination à croire qu'en l'absence de rapport supplétif avec le droit des provinces, seuls les principes de common law servent à l'articulation du droit fédéral, le droit civil, comme d'autres sources supplétives, peuvent venir nourrir les textes législatifs ainsi dissociés. En effet, si on accepte que le Parlement a en certaines matières et dans certains contextes une compétence en matière de propriété et droits civils et si on accepte que la common law et le droit civil sont tous deux sources du droit fédéral en cette matière, il devient alors possible d'affirmer que dans les situations où le droit provincial n'a pas de rôle supplétif, que les références propres aux deux traditions juridiques ont vocation à compléter le texte fédéral afin de tenir compte des différentes communautés interprétatives qui, dans leur approche à l'interprétation des textes, font appel à des structures cognitives différentes et sont l'expression de deux formes de connaissance du droit qui ont leurs propres principes de mémorisation, de reproduction et d'extension de la norme[89].

Ces aspects plus généraux, tout comme les règles les plus fondamentales de chacune des traditions juridiques sont, tel que le décrivait H. Patrick Glenn en ce qui a trait aux droits communs du droit québécois[90], des droits communs du droit fédéral, bien qu'à un autre titre que la notion que décrit la Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*. Ainsi, plusieurs des règles exprimées dans le Code civil pourraient contribuer à l'articulation du droit fédéral, plus particulièrement les règles qui, en l'absence d'un Code civil, subsisterait à titre de principes

---

88 *Ibid.*

89 Sur l'importance des communautés interprétatives dans l'interprétation des textes législatifs, voir : William S. Blatt, « Interpretive Communities : The Missing Element in Statutory Interpretation » (2000-01) 95 Nw. U.L. Rev. 629.

90 *Supra* note 5.

généraux. Aussi, en considérant la vocation des deux traditions juridiques à agir comme source supplétive du droit fédéral bien que détachées des droits provinciaux, on peut concevoir qu'il puisse même exister une sorte de « droit commun relationnel » (*relational common law*)[91] du droit fédéral où les frontières entre chacune des communautés ne sont ni étanches ni précises et où la règle qui s'en dégage se définie en terme de relation dynamique aux autres règles[92]. En effet, dans la rédaction des textes législatifs, il y a toujours lieu d'assurer une certaine cohérence des systèmes et de répondre aux attentes et aux conceptions de l'interprète dans une perspective où les rapports hiérarchiques entre les sources et les règles ne sont ni formels, ni statiques mais plutôt dynamiques, en tenant compte de la fonction de chacun des textes[93].

D'ailleurs, dans le processus de rédaction des textes législatifs fédéraux, la part des deux traditions juridiques dans leurs caractères généraux, tout comme la part des systèmes juridiques particuliers de chacune des provinces sont tous deux pris en compte dans la conception de la règle législative. C'est donc tant le caractère supplétif des droits provinciaux que les éléments plus fondamentaux des traditions juridiques qui sont pris en compte et servent de sources au développement de la règle fédérale. Dans ce processus, la tension entre le besoin d'uniformiser, le besoin de reconnaître les différentes identités linguistiques et juridiques et la reconnaissance des différences provinciales issues du fédéralisme est omniprésente et complexe.

Si les lois sont l'expression formelle d'une politique législative[94], le processus de réflexion lié à la mise en œuvre de cette politique en fonction des différentes sources du droit fédéral emporte nécessairement un

---

91 L'expression est de H. Patrick Glenn, *supra* note 59 à la p. 96.

92 Sur la possibilité d'établir une normativité implicite, immanente entre les différentes traditions, qui pourrait résulter en une normativité méta-traditionnelle, voir : Daniel Jutras, « Énoncer l'indicible : Le droit entre langues et traditions » (2000) 4 R.I.D.C. 781. Sur une approche dialogique qui suppose cette part de droit non-écrit nourrit par l'ensemble des sources du texte fédéral, voir : Nicholas Kasirer, *supra* note 83; Ruth Sullivan, *supra* note 36. Voir également : France Allard, « Entre le droit civil et la common law : la propriété en quête de sens » dans Jean-Claude Gémar et Nicholas Kasirer, dir., *Jurilinguistique* : *entre langues et droits – Jurilinguistics* : *Between Law and Language*, Bruxelles / Montréal, Bruylant / Thémis, 2005, 193.

93 William Eskridge, *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge (Ma), Harvard University Press, 1994; Randal N. Graham, « A Unified Theory of Statutory Interpretation » (2002) 23 Stat. L. Rev. 91.

94 Notre traduction de Elmer A. Driedger, *The Composition of Legislation*, Ottawa, E. Cloutier Queen's Printer, 1957 preface : « A statute is the formal expression of a legislative policy. »

dialogue entre les différentes institutions juridiques propres à l'une ou l'autre des traditions, entre les solutions apportées par les différents droits provinciaux à certaines questions, de même qu'entre les différentes règles proprement fédérales qui se nourrissent de plusieurs sources. La mise en œuvre variable d'une même politique législative ne fait pas de la règle une règle multiple mais une seule règle avec des composantes mixtes[95]. Dans cette perspective, la coexistence impose la prise de conscience de l'autre et influence les solutions législatives choisies. Comme le disait Nicholas Kasirer, « chaque texte de loi bijuridique porte toujours en lui-même une 'outre-tradition', qui vient, comme l'outre-langue, toucher la facture et le sens à donner à la loi »[96]. Les tribunaux reconnaissent d'ailleurs ce métissage tout en acceptant les particularités de chacune des traditions et des questions liées aux différences entre le droit des différentes provinces[97].

Il est vrai que les lois d'harmonisation procèdent à l'harmonisation du langage en faisant apparaître les termes propres à chacune des traditions et qu'elles n'ont pas pour effet d'uniformiser la norme ou d'établir une médiation entre le droit civil et la common law. Elles cherchent à refléter dans chacune des versions anglaise et française du texte législatif, le droit civil et la common law, sans pour autant procéder à l'adaptation de la norme en fonction des particularités des régimes propres à chacun des droits provinciaux[98]. C'est pourtant à partir de ces seules lois que la réflexion sur les rapports entre les sources du droit fédéral, l'impact des règles d'interprétation bijuridique et les méthodes de l'initiative d'harmonisation du droit fédéral avec le droit civil sont généralement abordés. Ces lois en sont sûrement la manifestation la plus visible. Cette visibilité par rapport aux autres interventions législatives peut expliquer la tendance à croire que ces règles et cette initiative ne tiennent pas compte

---

95 Pour une analyse de cette idée mais sous l'angle du bilinguisme, voir : Roderick Macdonald, « Legal Bilingualism » (1997) 42 R.D. McGill 119. En ce qui a trait aux textes bijuridiques, voir : Bastarache et al., *Bilingual Interpretation*, *supra* note 71 à la p. 3, une seule règle de droit est exprimée même si les textes sont différents; Kasirer, *supra* note 83 aux pp. 340 et s. Voir aussi : Sullivan, *supra* note 36 à la p. 1022.

96 Kasirer, *ibid.* à la p. 334. Voir également du même auteur « *Lex-icographie Mercatoria* » (1999) 47 Am. J. Comp. L. 653.

97 Voir l'exemple récent : *Grimard*, *supra* note 76. Pour une analyse de ce rapport dans les jugements de la Cour suprême du Canada, voir : 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.

98 Sur la nature des lois d'harmonisation et leurs objectifs, voir : André Morel, « L'harmonisation de la législation fédéral avec le *Code civil du Québec* – Pourquoi? Comment? » dans *L'harmonisation de la legislation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien. Recueil d'études*, Ottawa, Ministère de la Justice

du potentiel de mixité et de convergence des sources. La reconnaissance des spécificités des traditions juridiques et des systèmes juridiques provinciaux n'exclut pourtant pas la mixité.

Considérant ce double aspect du bijuridisme, le processus courant de révision des textes législatifs au regard du droit civil et de la common law opère un questionnement constant à propos du besoin ou non d'uniformiser l'application de la règle ou de laisser jouer les différences entre les différentes traditions et les systèmes juridiques des différentes provinces. Ainsi, les particularités propres à chacun des droits provinciaux ou à l'une ou l'autre des traditions juridiques nourrissent la pensée du rédacteur dans l'élaboration des règles. Le texte législatif est d'ailleurs plus qu'un simple assemblage de mots. Ce texte doit pouvoir s'appliquer dans un cadre plus large qui tienne comte de l'ordre juridique qui lui est propre. La connaissance de cet ordre juridique et de son fonctionnement sont essentiels au processus de rédaction et la prise en compte de la complexité de ce système et de sa dynamique sont essentiels à la réception des règles que le texte législatif établit. Dans cette perspective, la prise en considération des particularités propres aux traditions juridiques de droit civil et de common law et de celles qui sont propres aux systèmes juridiques provinciaux crée souvent une règle métissée qui emprunte aux règles de l'une et l'autre des traditions.

À ce titre, on peut donner comme exemple les modifications proposées à la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans le *Projet de loi C-10*, mort au feuilleton par l'ajout des paragraphes 248(30) et suivants[99]. Ces paragraphes ont pour effet d'atténuer la contrainte qui découle de la common law, qui ne reconnaît pas comme un don un transfert accompagné d'une contrepartie, si petite soit-elle. Cette solution s'inspire des possibilités offertes par les règles du droit civil qui permettent les donations rémunératoires et les donations avec charge alors que les dons partiels ne sont pas reconnus comme dons dans les juridictions de common law. Aussi, on peut citer des exemples nombreux de définitions législatives qui précisent, limitent ou étendent les concepts juridiques utilisés[100]. Ces

---

du Canada, 1997, 1 à la p. 24; Marie-Claude Gaudreault, « Canadian Legislative Bijuralism : An Expression of Legal Duality » (2006) 32 Commonwealth L. Bull. 205 à la p. 213 et s.

[99] Projet de loi C-10, *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu*, *notamment en ce qui concerne les entités de placement étrangères et les fiducies non-résidentes ainsi que l'expression bijuridique de certaines dispositions de cette loi, et des lois connexes*, 2e session, 39e Parl. (adoptée à la Chambre des communes le 29 octobre 2007, deuxième lecture au Sénat le 14 décembre 2007).

[100] Par exemple, la définition de « bien / *property* » à l'art. 2, *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, *supra* note 74. Voir sur l'application de cette notion : *Saulnier c. Banque*

définitions sont souvent l'expression d'une intégration ou recomposition de sens au regard des traditions juridiques afin, surtout, de faire en sorte que des situations juridiques similaires organisées en fonction de règles différentes soient au même diapason au fins d'application du texte législatif.

Ceci dit, malgré cette rédaction métissée, de façon générale, il est plus simple pour le législateur fédéral de laisser opérer ou de faire un simple renvoi aux régimes juridiques provinciaux. En effet, lorsque le texte législatif ne vise qu'à imposer des conséquences particulières à des situations juridiques préétablies, le législateur s'en remet généralement au droit applicable dans les provinces. Aussi, dans la recherche de sens du texte législatif, on peut affirmer que plus un terme a une charge technique, plus on aura tendance à s'en remettre aux règles provinciales pour déterminer son régime juridique. Dans ce cas, le rôle du *Code civil du Québec* sera évident. Par ailleurs, lorsqu'un terme a un potentiel polysémique ou lorsqu'il est assez générique pour prendre un sens en fonction de son contexte d'application, un sens propre au contexte fédéral peut être découvert[101]. La recherche de sens lié au contexte doit alors nécessairement prendre en compte le contexte global dans le cadre duquel le texte doit être interprété. Ce contexte comporte forcément des aspects liés aux multiples sources du droit fédéral pour le définir.

Il reste que, si l'on est pour tenir compte des traditions juridiques au-delà des dispositions particulières propres à chacun des systèmes juridiques provinciaux, il y a lieu de reconnaître que le Code civil peut avoir un apport qui dépasse son simple caractère de droit fondamental du droit supplétif provincial dans l'articulation du droit fédéral dans son application au Québec. Il devrait pouvoir s'appliquer, quelles que soient les matières, du moins dans ce qui dans le Code civil reflète des principes généraux du droit civil. Cette idée est peut-être contraire au fait que l'ordre juridique fédéral n'a formellement reçu que du droit anglais[102]. Cependant, à partir d'une ouverture sur l'évolution des sources du droit et de l'évolution des règles juridiques, rien n'empêche cette conclusion dans la

---

Royale du Canada, 2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166; la définition de « garantie / *security* » au paragraphe 224(1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985 (5e supp.), c. 1 et sa portée extensive telle que reconnue dans l'arrêt *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, 2009 CSC 29, [2009] 2 R.C.S. 94.

101 Voir à titre d'illustration : *Canada 3000*, *supra* note 65.

102 À noter ici que les règles pré-confédérales énoncées dans le *Code civil du Bas-Canada* touchant à des domaines de compétence fédérale, demeurées en vigueur à la suite de la confédération, ont été abrogées par l'article 3 de la *Loi d'harmonisation n° 1*, *supra* note 3. La question du développement d'un droit non-écrit servant de support à l'interprétation de ces règles n'a plus la même pertinence qu'avant leur abrogation.

mesure où, au-delà des règles de common law, d'autres sources participent à la construction de ce droit non-écrit propre à certaines matières fédérales. Faire autrement, exclurait la part du droit civil comme source du droit fédéral au même titre que la common law.

Si l'on admet cette possibilité, c'est d'abord le contexte et l'objet de la disposition qui déterminera le potentiel d'application des règles du droit civil. Aussi, si tout le Code civil est droit commun du droit québécois, toutes les dispositions du Code n'ont pas la même charge fondatrice ou le même potentiel de contribution aux principes fondateurs des règles du droit fédéral. L'impact de ce constat joue sur la mesure du rôle du Code civil dans son ensemble. Peut-être peut-il être une source supplétive complète à titre de droit provincial, tout comme les autres règles légiférées du droit québécois. Cependant, comme source directe agissant comme un des droits communs du droit fédéral, toutes les règles du Code civil n'ont pas la même vocation à la généralité. Certaines règles peuvent être qualifiées de règles fondatrices et générales qui peuvent se transposer en principes généraux et qui, même en l'absence du Code, subsisteraient. C'est cette part de principe qui peut jouer un véritable rôle de droit commun participant à la construction d'un droit non-écrit fédéral.

Ceci dit, si on peut aisément affirmer que le droit provincial ne peut s'appliquer à titre supplétif lorsqu'un texte est un « code complet » (qu'il s'agisse d'une loi dans son ensemble ou d'une disposition particulière), il demeure qu'un code complet n'est jamais tout à fait complet. Bien que le domaine réglementé puisse être considéré comme couvrant l'ensemble des questions nécessaires à la mise en œuvre d'une politique, dans plusieurs cas il sera malgré tout nécessaire de recourir à des concepts généraux tels les concepts de capacité juridique, de contrat, d'ordre public, de qualification des biens. Si ceux-ci n'ont fait l'objet d'aucune dérogation particulière dans un tel « code complet », comment leur attribuer un sens? En fait, et comme le Parlement n'a pas l'autorité pour tout réglementer ce qui relève de « la propriété et des droits civils dans la province », on revient un peu à la case départ. Dans l'ensemble de ces contextes, le *Code civil du Québec* joue forcément un rôle.

À ce jour, les tribunaux n'ont pas développé une approche raisonnée à l'application des règles d'interprétation prévues aux articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*, ni n'ont-ils développé de manière d'identifier les sources générales utilisées lorsque le contexte particulier d'un texte législatif confère au régime établi un sens propre au droit fédéral. Pourtant, la notion de droit commun est essentiellement multiple. Elle sert, au plan théorique, à identifier les sources du droit, malgré leurs fonctions variables.

Elle justifie le choix des règles appliquées, servant d'ultime justification au raisonnement juridique[103].

Quoiqu'il en soit, si nous reconnaissons qu'il serait difficile pour le Code civil d'être considéré, dans son entièreté, comme un des droits communs du droit fédéral, il reste que cette possibilité devrait pouvoir être reconnue pour les principes généraux du droit civil dont certains sont exprimés dans le Code civil. Cette possibilité reste toutefois à établir et elle supposerait une sensibilité face à l'autre qui devrait être partagée par tous[104].

Conclusion

Dans l'ordre juridique fédéral aux sources plurielles, le *Code civil du Québec* a une fonction certaine qui ne correspond toutefois pas à celle qu'il peut avoir en droit civil québécois tel qu'établie par la Disposition préliminaire. En effet, le Code civil ne peut avoir dans ce contexte le même effet de codification. Cependant, affirmer que le Code civil n'a pas le statut de droit commun au même sens qu'il peut l'avoir en droit civil québécois ne diminue toutefois en rien son impact sur l'interprétation du droit fédéral.

Dans un premier temps, comme source principale du droit civil québécois, il s'applique à titre supplétif lorsqu'il est nécessaire d'avoir recours au droit des provinces en matière de propriété et droits civils pour l'application du texte législatif fédéral dans la province, tel que le prévoit l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*[105]. Il a également un rôle de droit commun utilitaire dans la mesure où il fournit les concepts nécessaires à l'application du droit fédéral, ce à quoi réfère indirectement l'article 8.2 de la *Loi d'interprétation*[106]. Au-delà de cette fonction supplétive et utilitaire, le rôle plus large du Code civil en droit fédéral reste à établir.

Peut-être peut-il avoir une fonction plus large que celle de simple droit supplétif et avoir un impact sur la compréhension, sinon du contexte d'un texte législatif fédéral, de l'évolution du droit fédéral en fonction de la reconnaissance et du respect des différentes communautés interprétatives du texte législatif fédéral. L'article 8.1 de la *Loi d'interprétation*[107] ne fait-

---

103 Voir sur ce point : Brierley, *supra* note 57 aux pp. 113 et 114.

104 Sur les difficultés de l'émergence d'une culture partagée, voir : Jean-François Gaudreault-Desbiens, *Les solitudes du bijuridisme au Canada*, Montréal, Thémis, 2007.

105 *Supra* note 3.

106 *Ibid.*

107 *Ibid*.

il pas du droit civil une source à part entière du droit fédéral en matière de propriété et droits civils, au même titre que la common law? La prise de conscience de la possibilité pour le Code civil d'agir, en certaines circonstances, comme une source directe d'un droit fédéral non-écrit, où l'ensemble des sources du droit fédéral est pris en compte dans les matières où le droit provincial n'est pas nécessairement applicable à titre supplétif reste à établir. La mixité inhérente du droit fédéral devrait pouvoir permettre le dialogue entre les différentes identités juridiques canadiennes pour établir le sens de ses règles.

À tout événement, l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* a eu un effet direct sur le processus même de rédaction des lois fédérales. Le visage des lois fédérales a été à tout jamais changé par la prise de conscience des rapports entre les traditions juridiques dans l'ordre juridique fédéral.

ABSTRACT

The *Constitution Act, 1867*, provides for a number of exclusive federal powers over matters which would be within the provinces' general jurisdiction over property and civil rights under subsection 92(13), were it not for the specific federal heads of powers under section 91. Notwithstanding the exclusive character of these powers, federal law remains nonetheless incomplete; to fully apply within a province, federal law must rely on provincial legal concepts and institutions. This division of powers and the incomplete character of federal law necessarily have an impact on the role of the *Civil Code of Québec* in federal law, insofar as the Code is the primary source of the expression of provincial law in Quebec. In that respect, questions arise as to the nature of the rules that have a suppletive role in federal law. There are also questions as to the function of the *Civil Code of Québec* both in setting forth those rules and as a source of expression of this relationship of complementarity between federal law and the law of the provinces. To the extent that the Preliminary Provision states that the *Civil Code of Québec* lays down, in all matters, the *jus commune* of Quebec, can it have that same role in respect of federal law and as such constitute the basis of federal laws, at least when applied in Quebec?

As set out in its Preliminary Provision, the *Civil Code of Québec* has a primary function in Quebec civil law. Notwithstanding the important place the Code occupies as a source of federal law when applied in Quebec, the Code cannot carry the same role in the Canadian federal legal order, fed as it is by multiple legal sources, the weight and function it has in Quebec law. Indeed, the Civil Code cannot, in the federal legal order, have the same codification effect. However, to state that the Civil Code does not have the status of *jus commune* in the same sense it does in Quebec civil law in no way diminishes its fundamental impact on the interpretation of federal law when applied in Quebec.