



DATE DOWNLOADED: Tue May 17 21:06:10 2022

SOURCE: Content Downloaded from [HeinOnline](#)

Citations:

Bluebook 21st ed.

Alain-Francois Bisson, Disposition Preliminaire du Code Civil du Quebec, La, 44 MCGILL L. J. 539 (1999).

ALWD 7th ed.

Alain-Francois Bisson, Disposition Preliminaire du Code Civil du Quebec, La, 44 McGill L. J. 539 (1999).

APA 7th ed.

Bisson, A. (1999). Disposition preliminaire du code civil du quebec, la. McGill Law Journal, 44(3), 539-566.

Chicago 17th ed.

Alain-Francois Bisson, "Disposition Preliminaire du Code Civil du Quebec, La," McGill Law Journal 44, no. 3 (November 1999): 539-566

McGill Guide 9th ed.

Alain-Francois Bisson, "Disposition Preliminaire du Code Civil du Quebec, La" (1999) 44:3 McGill L J 539.

AGLC 4th ed.

Alain-Francois Bisson, 'Disposition Preliminaire du Code Civil du Quebec, La' (1999) 44(3) McGill Law Journal 539

MLA 9th ed.

Bisson, Alain-Francois. "Disposition Preliminaire du Code Civil du Quebec, La." McGill Law Journal, vol. 44, no. 3, November 1999, pp. 539-566. HeinOnline.

OSCOLA 4th ed.

Alain-Francois Bisson, 'Disposition Preliminaire du Code Civil du Quebec, La' (1999) 44 McGill L J 539

Provided by:

CAIJ

-- Your use of this HeinOnline PDF indicates your acceptance of HeinOnline's Terms and Conditions of the license agreement available at

<https://heinonline.org/HOL/License>

-- The search text of this PDF is generated from uncorrected OCR text.

-- To obtain permission to use this article beyond the scope of your license, please use:

[Copyright Information](#)

La Disposition préliminaire du Code civil du Québec

Alain-François Bisson*

À tous les codificateurs ou recodificateurs, la question se pose de savoir s'il convient de gouverner le sens de l'œuvre codificatrice par le recours à des dispositions générales ou préliminaires organisatrices et orientées du système. Le codificateur québécois de 1991 a choisi d'exprimer l'effet de codification dans une seule disposition préliminaire de deux alinéas, riche de contenu et potentiellement de grandes conséquences, sous ses apparences lapidaires. On peut, avant même tout effort de théorisation proprement dite, tirer d'importants enseignements des étapes de sa formation et de ses commencements, tant doctrinaux que pratiques, d'application.

Le nouveau Code civil n'est pas un code de droit privé ; c'est un code de droit commun, qui n'a pas le droit privé pour objet exclusif. De plus, la Disposition préliminaire a déjà commencé à exercer une intéressante double action sur la doctrine et la jurisprudence. La doctrine a vu spontanément que la Disposition préliminaire comporte une directive générale implicite d'interprétation dynamique, légitimant une grande variété de moyens et de procédés. Par ailleurs, sans être encore exploitée autant qu'elle pourrait l'être sans doute, la Disposition préliminaire a fait une entrée plutôt rapide dans les débats et motivations judiciaires, dans les domaines les plus divers, du droit civil proprement dit au droit fiscal ou au droit du travail, en passant par la procédure civile et le droit municipal, deux domaines dans lesquels la Cour suprême a déjà consacré sa légitimité argumentative.

L'avenir seul le dira, mais la Disposition préliminaire pourrait être porteuse d'une réorganisation intellectuelle et pratique de tout le système juridique québécois.

The utility of including preliminary provisions in a civil code as a means of outlining both the organizational nature as well as the spirit of the law is a question often posed by drafters seized with the responsibility of (re)codification, as the case may be. In 1991, the drafters of the *Civil Code of Quebec* expressed the spirit of the Code in a preliminary provision consisting of but two paragraphs. Despite its succinctness, however, its content holds a wealth of nuances that may prove to have very important consequences. Furthermore, much can be learned from its early beginnings, and how its language and focus changed with each new drafting.

The new *Civil Code of Quebec* does not codify private law, but rather the *jus commune*, which does not only encompass the private law. Furthermore, the preliminary provision has already had an interesting impact on both doctrine and jurisprudence. Almost instantly, doctrine recognized that the preliminary provision gives an implicit general directive of dynamic interpretation. At the same time, the preliminary provision has been ushered into the courtroom to be debated as a point of law in fields ranging from civil law proper to tax law and labour law, while in the areas of civil procedure and municipal law, the Supreme Court has confirmed the preliminary provision's legitimacy.

Perhaps the preliminary provision holds the key to an intellectual and practical reorganization of the Quebec legal system, helping us to perceive and consider the law in new ways. This, however, only time will tell.

* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Texte légèrement remanié et augmenté de notes de la conférence Wainwright prononcée le 22 octobre 1998 à la Faculté de droit de l'Université McGill. Le ton personnel, voire à l'occasion familier, en a été largement conservé. Le conférencier est redevable à madame Julie Boulanger et à monsieur Jean Faullem, assistants de recherche, de l'aide apportée dans la réunion d'une partie de la documentation utile à la préparation de cette conférence et dans la vérification de certains détails.

© Revue de droit de McGill 1999

McGill Law Journal 1999

Mode de référence : (1999) 44 R.D. McGill 539

To be cited as: (1999) 44 McGill L.J. 539

Introduction

I. La Disposition préliminaire en gestation

- A. *Première version : le Code établit le droit*
- B. *Deuxième version : le Code établit le droit privé*
- C. *Troisième version : le Code établit le droit commun*

II. La Disposition préliminaire en action

- A. *Action sur la doctrine*
- B. *Action sur la jurisprudence*

Conclusion

Introduction

Le bruit a couru, et court encore parfois, que l'auteur de cette conférence serait aussi l'auteur de la Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* de 1991 ou qu'il aurait pris une part très importante à sa rédaction. Il profite donc de l'honneur exceptionnel qui lui est fait de s'adresser au plus averti des auditoires pour dire, une fois pour toutes, qu'il n'est pas l'auteur de la Disposition préliminaire, même si, par les commentaires qu'il a fait parvenir au Ministère de la justice¹, il n'est pas impossible qu'il ait eu quelque vague influence sur sa formulation, et même si, dans le milieu des années 80, à une époque où la Disposition préliminaire était encore la cible d'étranges attaques, il s'en est fait, avec d'autres, le défenseur, contribuant peut-être ainsi à sa survie. Il parlera donc de la Disposition préliminaire avec toute la naïveté d'un observateur extérieur, avec tous les hasards que cela comporte.

Aurait-il d'ailleurs été l'auteur de la Disposition préliminaire qu'il se serait rappelé ce que dit la sagesse judiciaire en la personne de Lord Halsbury : nul n'est dans une pire situation pour interpréter une loi que celui qui a participé à sa rédaction². Il se serait rappelé aussi Paul Valéry, opportunément cité par le regretté Pierre Carignan : «Pas d'autorité de l'auteur. Quoi qu'il ait voulu dire, il a écrit ce qu'il a écrit. Une fois publié, un texte est comme un appareil dont chacun se peut servir à sa guise et selon ses moyens : il n'est pas sûr que le constructeur en use mieux qu'un autre»³. Peut-être enfin se serait-il surtout rappelé cet avertissement de Gilles Vigneault, entendu sur les ondes, parole de poète, parole terrible pour tous les juristes bavards de la plume, législateurs, juges ou auteurs de doctrine : «Celui qui écrit prend le risque de tous les sens».

Cette mise au point étant faite — mise au point qui n'est donc en aucune façon un acte de désolidarisation — c'est précisément l'ambition et la vocation de toute codification réelle des lois civiles que de prédéterminer, à tous risques, l'interprétation des activités humaines ordinaires dans le but de prévenir les contestations qui peuvent en résulter ou d'en «préparer» la solution⁴. Dès lors, dans toute entreprise de codification ou de recodification, comme celle à laquelle le Québec, avec récemment bien d'autres pays dans le monde⁵, vient de procéder, la question se pose de savoir s'il n'est pas opportun d'insister sur cette destination englobante, doublée d'un souci d'exposition or-

¹ Notamment dans une lettre assez critique (qui elle-même n'est pas à l'abri, rétrospectivement, de toute critique) adressée à la direction du droit civil le 4 juillet 1984.

² *Hilder c. Dexter*, [1902] A.C. 474 à la p. 477.

³ P. Carignan, «De l'exégèse et de la création dans l'interprétation judiciaire des lois constitutionnelles» (1986) 20 R.J.T. 27 à la p. 29.

⁴ Voir M.-J. Longtin, «Les incidences de la réforme du Code civil sur la législation» dans *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1998, 1 à la p. 30.

⁵ Il est étonnant que le Québec soit encore présenté comme «à l'heure actuelle, [...] le seul pays au monde à avoir réussi la recodification de sa loi civile» (J.-L. Baudouin et Y. Renaud, *Code civil du Québec, Code de procédure civile*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998 à la p. 20).

donnée du droit, de la codification et s'il ne convient pas de gouverner le sens, dans tous les sens du mot, de l'œuvre codificatrice, par le recours à la définition ou, à tout le moins, la mise en valeur préalable de notions essentielles et par le recours à des préceptes organisateurs et orienteurs du système. Autrement dit, faut-il — et, si oui, comment et dans quelle mesure — exprimer ce qu'un éminent auteur français contemporain a proposé d'appeler l'effet de codification⁶ ?

Qu'on les nomme parties générales, dispositions générales, dispositions liminaires, titres ou dispositions préliminaires, dispositions introductives ou autrement, la question se pose à tous les codificateurs de leur utilité, de la forme qu'elles doivent emprunter et de l'étendue des fonctions qu'elles doivent remplir. La question, qui relève de l'art de légiférer autant que de la conception de l'ordre juridique, ne va pas sans discussion, parfois vive. Elle reçoit les réponses les plus diverses, ainsi que l'atteste le droit codifié comparé, selon la conjoncture politique au sens large, les humeurs sociales et intellectuelles du moment et du lieu, les opinions qui animent et divisent parfois la pratique et la doctrine, voire les personnalités présentes dans les équipes de codification. De cette diversité de réponses, et avant d'en venir à la réponse du législateur québécois, il ne paraît pas inutile de saisir quelques exemples tirés de codifications étrangères influentes.

Le projet de *Code civil des Français* de 1801 comportait, comme on le sait, un substantiel livre préliminaire de trente-neuf articles qui portait la marque du plus connu des quatre codificateurs français, Jean Étienne Marie Portalis. Le livre constituait, à côté de quelques dispositions plus techniques, un mini-traité de philosophie du droit et de la loi, ainsi que de l'application et de l'interprétation de celle-ci, où se conjugaient, en un style vigoureux et parfois pompeux, l'esprit du législateur révolutionnaire et la plus belle sagesse juridique antique⁷. Mais le Conseil d'État et certains tribunaux judiciaires jugèrent tout cela beaucoup trop doctrinal⁸ et Portalis dut accepter⁹

⁶ G. Cornu, «Codification contemporaine : valeurs et langage» dans *Codification, valeurs et langage, Actes du colloque international de droit civil comparé, Conseil de la langue française*, Montréal, Université McGill et Université de Montréal, 1985, 31 à la p. 42.

⁷ On peut trouver le texte de ce livre préliminaire dans P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, Paris, Au depot, 1827 à la p. 3 et s., ainsi que dans les très utiles extraits choisis et présentés sous la direction de F. Ewald, dir., *Naissance du Code civil, La raison du législateur*, Paris, Flammarion, 1989 à la p. 92 et en annexe de l'article de M.-C. Belleau, «Pouvoir judiciaire et codification : perspective historique» (1997-98) 28 R.D.U.S. 67 à la p. 120.

⁸ Le Tribunal d'appel de Lyon, en particulier, fit les observations suivantes :

Toutes les maximes contenues dans ce livre préliminaire, même les moins contestées, sont certainement des abstractions *métaphysico-légales* essentiellement sujetes, comme tout ce qui est métaphysique, à controverse, à discussion, à interprétation. Il peut être utile aux publicistes de les développer, aux législateurs de les méditer, mais il est très dangereux de les ériger en principes, et de les consacrer dans un Code (Fenet, *ibid.*, t. 4 à la p. 36).

⁹ Ce qu'il fit, semble-t-il, d'assez bonne grâce, si l'on en juge par ses discours de présentation au Corps législatif, notamment celui du 24 novembre 1801 (3 frimaire an X). Voir le Rapport Boulanger

de réduire le livre préliminaire à un modeste titre préliminaire de six articles¹⁰. Cependant, de nombreuses dispositions du projet de livre préliminaire survivront, en quantité inégale et sous des formes diverses, dans des codes aux titres préliminaires plus prolixes, tels ceux des codes civils de la Louisiane, de Porto Rico ou du Chili.

La question fera de nouveau surface un siècle et demi plus tard, alors que la Commission de réforme du Code civil français débatta, longuement et de façon parfois houleuse¹¹, le point de savoir si un projet de nouveau Code civil devrait comporter, à l'imitation du code civil allemand notamment, une longue et substantielle partie générale. Cette solution ayant été finalement écartée¹², la Commission accouchera en 1959 d'un projet de livre préliminaire d'une cinquantaine d'articles portant sur la force obligatoire des lois, règlements et instruments internationaux, les conflits de lois dans le temps et dans l'espace, le rôle du juge et l'exercice anormal des droits¹³. Mais le projet de code et le projet de livre préliminaire n'auront jamais de suite, le législateur français ayant, à tort ou à raison, opté dans les années 60 pour des réformes effectuées à l'intérieur même du Code Napoléon.

Le code civil allemand, le *Bürgerliches Gesetzbuch*, le fameux «BGB» de 1896, contient, quant à lui, une partie générale. Mais, si les 240 articles de cette partie générale fournissent bien les assises conceptuelles de l'ensemble codifié dans un style dont l'abstraction et la précision, selon le point de vue, émerveillent ou exaspèrent le lecteur¹⁴, on n'y trouvera guère de dispositions expresses proprement organisatrices ou orientées du système¹⁵. Par ailleurs, la *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetz-*

dans *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture juridique française*, Paris, Dalloz, 1946 à la p. 77 [ci-après *Rapport Boulanger*].

¹⁰ L'un des plus connus, l'art. 4, faisait défense aux juges (sous peine de se rendre coupables de déni de justice) de refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi et les invitait ainsi implicitement, en cas de difficulté d'interprétation, à trouver secours dans l'esprit général du droit et de la législation. Cet article, amputé de sa sanction pénale, se retrouvera à l'art. 11 du *Code civil du Bas Canada* («C.c.B.-C.») et, aujourd'hui encore, mais déclassé, au «nouvel» art. 41.2 de la *Loi d'interprétation du Québec*, L.R.Q. c. I-16.

¹¹ Voir, pour l'amorce de ces débats, les *Travaux de la Commission de réforme du Code civil, année 1945-1946*, Paris, Sirey, 1947 à la p. 97 et s. ; parallèlement, avec une partie des mêmes acteurs, voir *Rapport Boulanger*, *supra* note 9 à la p. 73 et s.

¹² Elle avait d'ailleurs été fortement attaquée d'entrée de jeu :

Ce n'est pas autre chose qu'une idée de professeur en quête d'un plan pour une introduction à son cours de droit civil. Je ne mets assurément dans cette remarque rien de désobligeant, mais si un professeur de droit peut devenir législateur, il est clair qu'un législateur n'a pas à s'instituer professeur de droit (*Rapport Boulanger, ibid.* à la p. 75).

¹³ D'après divers textes dactylographiés réunis dans un document (photocopié, s.d.) intitulé «Commission de réforme du code civil, Avant projet de Code civil, Livre I et II et leur préliminaire, Rédaction en deuxième lecture» (disponible à la bibliothèque de droit, Université d'Ottawa, cote KJV444.21870.F797 1955).

¹⁴ Voir M. Pédamon, «Le centenaire du BGB» D. 1997.Chron.107.

¹⁵ Si ce n'est peut-être, par exemple, l'art. 133 relatif à l'interprétation des *erklärungen* (déclarations d'intention), article défavorable à l'interprétation littérale et dont les termes sont d'une telle généralité qu'ils semblent bien pouvoir s'étendre à toutes les formes d'actes juridiques, y compris les actes lé-

buche («EGBGB»), loi d'introduction au BGB qui était en fait un livre final plutôt que préliminaire du projet de BGB que le législateur allemand décidera, après discussion, de laisser en dehors du code¹⁶, fournira sans doute quelques indices, à travers les conflits d'autorités qu'elle règle, sur l'importance du code dans l'ordonnement juridique impérial et, aujourd'hui, républicain fédéral allemand, mais rien qui soit ouvertement et clairement exprimé¹⁷.

Le codificateur suisse de 1907 suivra une autre voie. Il écartera sans grand débat l'idée d'une partie générale à l'allemande¹⁸ et placera en tête du code civil un bref titre préliminaire de dix articles énonçant quelques principes fondamentaux pour l'interprétation et l'application de la loi. Deux de ces articles — les articles 1 et 4 — réglant de façon modérée, en quelques lignes soigneusement discutées et élaborées¹⁹, le problème des sources du droit et les rapports du juge et de la loi, devaient être promis à une juste réputation universelle, au point que l'on pardonnera volontiers à un auteur suisse d'avoir écrit, sans aucune modestie nationale, que le titre préliminaire de son code était «comme un portique clair et imposant, par lequel nous pénétrons dans les salles spacieuses de notre édifice juridique»²⁰.

Mais alors, pour prendre un dernier exemple, par où entrera-t-on dans l'édifice juridique bâti par le nouveau et encore incomplet code civil néerlandais (le *Burgerlijk Wetboek*, «BWB»), véritable laboratoire de droit commun européen ? Pas de grande partie générale à la manière allemande, mais pas non plus de ces dispositions préliminaires à la manière française ou suisse. Le premier artisan de la réforme, le professeur Meijers, avait bien proposé un titre préliminaire de neuf articles réglant les rapports entre les sources du droit et énonçant quelques principes fondamentaux, notamment en matière d'abus de droit. Sa théorie des sources, axée sur la loi, la coutume et l'équité, fut jugée très critiquable (mais il n'est aucune théorie générale des sources au

gislatifs. Voir I.S. Forrester, S.L. Goren et H.-M. Ilgen, *The German Civil Code*, South Hackensack, Rothman, 1975 à la p. XVI.

¹⁶ Voir S.L. Goren et I.S. Forrester, *Introductory Act to the German Civil Code and Marriage Law of the Federal Republic of Germany*, South Hackensack, Rothman, 1976 à la p. VII.

¹⁷ Il y a certes bien l'art. 2 de la loi d'introduction : «*Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm*». Littéralement, ceci signifie «loi au sens du Code civil et de cette Loi est toute norme de droit». Il faut cependant être quelque peu initié pour y voir, à première lecture, l'équivalent fonctionnel de l'art. 4 C.N. ou de l'art. 1^{er} du code civil suisse. Voir H. Buch, «La nature des principes généraux du droit» (1962) 39 Rev. D.I. & D.C. 55 à la p. 78.

¹⁸ E. Huber, le maître d'œuvre de la codification, déclarera : «Ce serait compliquer le code sans avantage sérieux» (H. Deschenaux, *Le titre préliminaire du Code civil*, Fribourg, Éditions universitaires, 1969 à la p. 5 et s.).

¹⁹ Voir notamment pour la genèse de l'art. 4 du code civil suisse, D. Manai, *Le juge entre la loi et l'équité*, Lausanne, Payot, 1985 à la p. 45 et s.

²⁰ P. Tuor, *Le Code civil suisse*, Zurich, Éditions polygraphiques, 1950 à la p. 26. Cette image du portique est récurrente : voir *Rapport Boulanger*, *supra* note 9 à la p. 87. Au satisfecit architectural décerné par Pierre Tuor, on opposera d'ailleurs le mécontentement exprimé, en recourant déjà à la même image, par le tribun Andrieux, lors des débats parlementaires sur le titre préliminaire du Code Napoléon, en 1801 : «Est-ce là un portique qui réponde à la majesté de l'édifice ?» (Fenet, *supra* note 7, t. 6 à la p. 58).

monde qui ne soit, par quelque biais, très critiquable). Quant aux principes fondamentaux, ils furent jugés mieux à leur place en un autre endroit. En conséquence, le titre préliminaire a été supprimé²¹. Mais, n'ayant pas voulu d'entrée principale, le codificateur néerlandais a dû se ménager bien des portes de côté ou des passages intérieurs : d'une part, par un livre troisième sur le «droit patrimonial en général», dans les dispositions générales duquel on retrouve, pris en sandwich entre la bonne foi et l'abus de droit, un article 12 qui, pour la détermination de ce que demandent la raison et l'équité, en appelle aux principes généraux du droit et aux conceptions néerlandaises du droit ; d'autre part, par des dispositions qui, à la fin de certains titres ou sections²², invitent l'interprète à procéder à des extensions analogiques des cas traités par le code à des cas non prévus ou non spécifiquement réglementés, exprimant ainsi, mais de façon dispersée, l'effet de codification.

Ces quelques exemples, qui pourraient être multipliés par dix, illustrent d'une façon remarquable la belle constance dans l'inconstance de l'esprit humain aux prises avec un problème pourtant commun et permanent. Au gré des codifications ou des recodifications, et quelquefois chez le même codificateur, les dispositions préliminaires apparaissent et disparaissent, s'allongent et raccourcissent, se campent fièrement en dispositions préalables à tout entendement du système ou, perdant leur caractère préliminaire, vont se noyer dans la masse normative.

Quoi qu'il en soit, se refusant au silence comme à la prolixité, le codificateur québécois de 1991 aura choisi, comme mesure élémentaire de prudence dans un système plein de vie mais en proie à d'insidieuses sollicitations, d'exprimer l'effet de codification avec une sobriété peut-être unique en son genre, facilitée par le fait que plusieurs principes fondamentaux sont posés dès les premiers articles du Livre premier sur les personnes et qu'à tort ou à raison, un certain nombre de règles concernant l'effet et l'application des lois ont été jugées plus à leur place dans d'autres instruments normatifs.

C'est donc une disposition préliminaire de deux alinéas que nous avons, une seule disposition en majesté, et il paraît utile de la citer, ne serait-ce qu'afin de la comparer avec des versions antérieures :

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.

²¹ A.S. Hartkamp, «La révision du code civil aux Pays-Bas, 1947-1992» dans *Nouveau Code civil néerlandais, Le droit patrimonial*, trad. par P.P.C. Haanappel et E. Mackaay, Deventer (Boston), Kluwer Law & Taxation, 1990 au n° 18.

²² Voir par ex. l'art. 58 du livre 3 et l'art. 216 du livre 6 du code civil néerlandais.

Une première tentation serait de prendre la Disposition préliminaire mot à mot et d'en analyser chaque terme dans un but de systématisation. Mais ce serait avoir la prétention d'établir une dogmatique a priori de la Disposition préliminaire, ce qui, on en conviendra, serait hasardé : rien n'est joué en effet, **et il faudra de longues années pour que se produise pleinement l'effet de codification, pour ne pas dire l'effet de système, résolument recherché par la Disposition préliminaire.** Une seconde tentation serait de la saisir intuitivement en bloc, comme un grand moment poétique. Mais nous sommes devant une disposition surchargée de signes et dont le flou artistique porterait à des rêveries vagabondes trop peu scientifiques. Ah ! en vérité, c'est la mer ! D'aussi larges étendues ne peuvent s'embrasser d'un coup et, suivant le conseil de saint Thomas d'Aquin, selon lequel il faut entrer dans la mer par les petits ruisseaux²³, il a semblé qu'il y aurait plus d'utilité et de sécurité, plus d'enseignement aussi peut-être, à suivre la Disposition préliminaire dans les étapes de sa formation, puis dans ses commencements, tant doctrinaux que pratiques, d'application.

Ainsi, à la Disposition préliminaire en gestation succédera la Disposition préliminaire en action.

I. La Disposition préliminaire en gestation

Les historiens du droit ne manqueront pas un jour de relever ce paradoxe : que saluée par la doctrine étrangère comme «un véritable trésor pour la méthodologie juridique» et une cristallisation de «la quintessence de la définition d'un code»²⁴, comme «touchant aux fonctions mêmes d'une codification»²⁵ et comme exprimant la volonté d'établir une des plus amples codifications civilistes du XXe siècle²⁶, la Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* ne sera pourtant pas venue au monde sans difficulté. Partie de rien, elle aura rencontré beaucoup d'hostilité et n'aura finalement assuré sa viabilité qu'après bien des ajustements de formulation.

Le projet de l'Office de révision du Code civil, ne comportait pas de titre ou de disposition préliminaire. Il ne s'agissait pas d'un oubli, ce qui aurait d'ailleurs été bien étonnant, mais d'un choix délibéré. La raison qui en fut donnée, dans les mois qui suivirent le dépôt du rapport de l'Office à l'Assemblée nationale, était que «la plupart des règles relatives à la promulgation et à l'application des lois, qui débordent le cadre d'un Code civil, trouveraient tout naturellement leur place dans le chapitre premier

²³ «Ut per rivulos, non statim, in mare eligas introire» (*Prières de saint Thomas d'Aquin*, trad. par M. l'abbé Sertillanges, Paris, L'art catholique, 1921 à la p. 104).

²⁴ J.-L. Bergel, «Spécificités des codes et autonomie de leur interprétation» dans *Le nouveau code civil du Québec, Interprétation et application*, Montréal, Thémis, 1993 [ci-après *Interprétation et application*], 3 à la p. 7.

²⁵ R. Cabrillac, «Le nouveau code civil du Québec» D. 1993.Chron.267 à la p. 269.

²⁶ H.W. Baade, Recension de *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law* de J.E.C. Brierley et R.A. Macdonald (1995) 40 R.D. McGill 571.

des lois générales du Québec, intitulé : *Loi d'interprétation*²⁷. Va pour la promulgation. Mais, pour le reste, comment abandonner les orientations fondamentales d'un système qui, en dépit d'un appareil doctrinal de plus en plus puissant, ne va pas encore toujours de soi, à une loi aussi peu inspirée et aussi mal fagotée que la *Loi d'interprétation*, venue se superposer en 1868, à la suite d'on ne sait toujours pas quelle grossière erreur d'optique, au titre préliminaire du *Code civil du Bas Canada*, pourtant applicable aux «lois en général» ? Comment, de surcroît, abandonner ces orientations à une loi qui, ce qui n'est pas une mince étrangeté en pays de droit civil codifié, repose sur une conception étriquée de la fonction législative et traduit un profond malaise à l'égard de celle-ci ? Le législateur ne croira pas devoir suivre sur ce point les recommandations implicites du rapport de l'Office. Le nouveau Code comportera donc une disposition préliminaire, dont la complexion va s'affirmer au cours de trois phases de discussion auxquelles correspondent autant de versions successives.

A. Première version : le Code établit le droit

Dès 1982, une disposition préliminaire apparaît²⁸ à l'occasion du projet de loi 106 portant réforme au *Code civil du Québec* du droit des personnes. Il convient de la citer :

Le Code civil régit, sauf les dispositions particulières de la loi, les personnes qui se trouvent au Québec, l'exercice de leurs droits, leurs rapports entre elles ainsi que leurs biens.

Ce Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent l'esprit, la lettre ou l'objet de ses dispositions, établit le droit et constitue le fondement des autres lois.

En cas de silence ou d'insuffisance, ces règles sont complétées par celles qui se dégagent d'une jurisprudence constante et d'une doctrine reçue ou des principes généraux du droit ainsi que parfois de la coutume et des usages.

D'emblée, s'y discernait, dans ses éléments et sa terminologie, une certaine influence du rapport des codificateurs de 1866, du code civil suisse, voire des discours de Portalis, ce qui n'était pas le signe de mauvaises fréquentations intellectuelles, tan-

²⁷ P.-A. Crépeau, «Les enjeux de la révision du Code civil» dans A. Poupart, dir., *Les enjeux de la révision du Code civil*, Montréal, Université de Montréal, 1979, 11 à la p. 18. Il convient de rappeler que ce qui était alors le chapitre premier et d'une certaine manière introductif des Statuts refondus de 1964 est devenu depuis, par les «vertus» de la classification alphanumérique, le chapitre I-16 des Lois refondues du Québec.

²⁸ En 1981 déjà, des projets de titre préliminaire circulaient au Ministère de la justice. Énonçant, en une quinzaine d'articles, des directives d'interprétation et des règles générales de droit transitoire, ils étaient d'une facture très différente de celle des versions successives de la Disposition préliminaire, mais on pouvait cependant y noter, dès ce moment, la volonté d'installer solidement le futur code dans son rôle supplétif en cas de lacunes des autres lois, ainsi qu'une attirance pour la théorie de l'effet immédiat de la loi nouvelle qui devait présider, quelque dix ans plus tard, à l'élaboration de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, mod. par L.Q. 1995, c. 33.

dis qu'au surplus, sans en avoir été influencée, la disposition ne disait au fond rien de très différent de ce que l'on pouvait trouver dans le titre préliminaire récemment remanié de certains codes étrangers d'honorable réputation, comme par exemple celui du code civil espagnol.

Pourtant, la Disposition préliminaire déplut, comme en témoignent notamment les auditions de la Commission permanente de la Justice, puis de la Sous-commission des Institutions. Elle contenait, il est vrai, quelques maladresses, les unes vénielles, les autres moins. Parler de l'exercice des droits paraissait bien superflu. Mettre l'esprit avant la lettre ne pouvait qu'être source de perplexité et s'accordait mal au demeurant, avec la place par ailleurs très secondaire assignée aux principes généraux du droit. Régir les personnes qui se trouvent au Québec pouvait être interprété comme annonçant un retour incongru à un principe de stricte territorialité des lois. Dire que le Code établit le droit, sans qualificatif, pouvait bien passer comme l'expression d'un truisme navrant, tout en laissant le champ d'opération du Code dans un vague inquiétant.

Mais les attaques porteront surtout sur le Code comme fondement des autres lois et — faut-il s'en étonner quand on sait que le projet néerlandais de titre préliminaire se brisa précisément sur cet écueil ? — sur les sources complémentaires du droit.

Des représentants de la pratique commerciale s'émurent²⁹ à l'idée que le titre sur les personnes morales pût avoir primauté sur les lois commerciales ou en déranger l'économie, tandis qu'une intervenante bien connue des commissions de consultation sur la réforme du Code civil s'éleva contre le fait que la Disposition préliminaire, en faisant du Code le fondement des autres lois, ne reconnût pas la place primordiale de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* dans la hiérarchie des lois³⁰.

Quant au troisième alinéa de la Disposition préliminaire sur les sources complémentaires du Code, si les représentants de la Chambre des notaires³¹ et de la Commission des services juridiques³² déclarèrent pouvoir fort bien s'en accommoder, il n'en fut pas de même pour l'opposition officielle, qui s'interrogea et interrogea sur la signification de certains de ses termes³³, et surtout pour le Barreau, qui en réclama carrément la suppression, avec succès comme on le verra³⁴. Ce qui déplut principalement, ce furent la jurisprudence constante et la doctrine reçue. Pourtant, la jurisprudence constante est une notion mondialement familière aux civilistes et la Cour suprême du

²⁹ Sans que la Disposition préliminaire fût d'ailleurs expressément évoquée par eux, quoiqu'ils l'eussent évidemment à l'esprit. Voir Québec, Assemblée nationale, Commission permanente de la justice, «Audition de personnes et d'organismes au sujet des projets de loi nos 106 et 107» dans *Journal des débats : Commissions parlementaires*, n° 7 (12 avril 1983) à la p. B-407 (J.-P. Létourneau) et à la p. B-439 (P. Martel).

³⁰ Voir *ibid.*, n° 29 (28 avril 1983) à la p. B-1730 (M. Dolment).

³¹ Voir *ibid.*, n° 7 (12 avril 1983) à la p. B-396.

³² Voir *ibid.*, n° 8 (13 avril 1983) à la p. B-478.

³³ Voir *ibid.*, n° 7 (12 avril 1983) à la p. B-395 et n° 8 (13 avril 1993) à la p. B-478.

³⁴ Voir *ibid.*, n° 7 (12 avril 1983) à la p. B-420.

Canada en fait état à l'occasion, ne serait-ce que pour en constater l'absence³⁵. En ce qui concerne la doctrine reçue, un éminent universitaire et juriste qui avait pleine vocation à en faire partie³⁶, en rajouta. Il ironisa en petit comité : «La doctrine reçue, qu'est-ce que cela veut dire ? Cela veut-il dire : quand mon éditeur a reçu le manuscrit de mon dernier livre ?». Pourtant, le qualificatif «reçue» était déjà dans le vocabulaire de Portalis³⁷, qui, en grand orateur du siècle des Lumières, ne peut être soupçonné d'employer des mots sans signification raisonnable, ainsi que dans celui des codificateurs de 1866³⁸.

B. Deuxième version : le Code établit le droit privé

Pour inégales que fussent les critiques adressées à la Disposition préliminaire, elles eurent le mérite de provoquer une seconde réflexion chez le législateur. C'est une Disposition préliminaire substantiellement remaniée qui réapparut donc en 1984, à l'occasion du projet de loi 20 portant réforme au *Code civil du Québec* du droit des personnes, des successions et des biens.

Il faut aussi citer cette version, car le législateur avait manifestement fait son lit : un qualificatif subira encore une modification capitale, mais, pour le reste, la Disposition préliminaire ne changera plus que sur des détails mineurs ou relativement mineurs.

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne, les principes généraux du droit et le droit international privé, les personnes, l'exercice des droits civils, 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 par implication, le droit privé. En ces matières, il fonde les autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

Outre l'apparition du qualificatif «privé» au deuxième alinéa, le troisième alinéa sur les sources complémentaires avait, on le voit, disparu, à l'exception des principes

³⁵ Voir *Hôpital Notre-Dame c. Patry*, [1975] 2 R.C.S. 388 à la p. 401, (1974) 10 N.R. 575. Les codificateurs de 1866 employaient aussi les expressions «jurisprudence établie» (*Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3 à la p. 39, 162 D.L.R. (4^e) 1 [ci-après *Gauthier* avec renvois aux R.C.S.]) et «jurisprudence arrêtée» (Québec, Commissaire chargé de codifier les lois du Bas Canada en matière civile, *Code Civil du Bas Canada : Rapports*, Québec, Desbarats, 1865 à la p. 217 [ci-après *Rapports*]). Le terme «jurisprudence» a été défini comme une «[h]abitude de juger dans un certain sens et, lorsque celle-ci est établie (on parle de jurisprudence constante, fixée), résultat de cette habitude : solution consacrée d'une question de droit considérée au moins comme autorité, parfois comme source de droit» (G. Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1987 [ci-après *Vocabulaire juridique*]).

³⁶ Il s'agit du professeur Jean Pineau, aussi réputé pour sa science en droit civil que pour son esprit attique.

³⁷ Voir Fenet, *supra* note 7, t. 1 à la p. 471 : «opinion ou maxime reçue».

³⁸ *Rapports*, *supra* note 35 : «opinion reçue» (*prevailing opinion*) ; voir aussi le dictionnaire *Le Petit Robert*, s.v. «hétérodoxe».

généraux du droit, recasés en bonne place dans le premier alinéa. Ces sources étaient ainsi réabandonnées à la science juridique et aux mouvements spontanés de la pratique. Ce n'est pas une grosse perte et peut-être est-ce même une perte heureuse. Il y a toujours quelque danger et quelque vaine prétention, l'autorité de la loi étant sauve, à vouloir enfermer en quelques mots l'interprète dans un cadre a priori de sources³⁹. D'ailleurs, pour ne reprendre que les notions qui avaient, semble-t-il, le plus agacé, celles de doctrine reçue et de jurisprudence constante, on ne voit guère pourquoi, devant un cas inattendu où la loi ou son interprétation jusque-là acceptée sont en défaut, un juge se priverait du secours d'une opinion doctrinale nouvelle ou hétérodoxe, si elle vient à point pour justifier raisonnablement sa décision. De même, si la bonne méthode civiliste répugne à ce que l'on accorde autorité décisive, comme cela se voit quotidiennement, à n'importe quel jugement du seul fait qu'il s'agit d'un jugement, on peut facilement concevoir qu'une décision même isolée, si elle est solidement argumentée, puisse constituer une base suffisante de motifs dans des affaires subséquentes. Au demeurant, l'idée même de jurisprudence constante ne suppose-t-elle pas en général qu'il y ait eu, à un moment, une première décision, suivie, ou confirmée par concordance de solution, par une série d'autres décisions ?

Mais, même ainsi amputée, la disposition déplut encore. Ne pouvant plus s'en prendre au troisième alinéa, on s'en prit à la disposition en bloc. Un éminent praticien et ancien haut magistrat⁴⁰ douta qu'il fût utile de définir ce qu'était un code, à quoi l'on pouvait toutefois immédiatement répondre que, si lui savait ce que c'était, plusieurs ne le savaient toujours pas. Évoquant des fantômes prospectifs, il demandait la disparition de la Disposition préliminaire, parce qu'on y trouverait sûrement, en raison de sa rédaction et de son contenu, des sens qu'on ne soupçonnait pas. La Sous-commission du Barreau sur la révision du Code civil demanda elle aussi, cette fois, la suppression de la Disposition préliminaire, au triple motif que la référence à la *Charte des droits et libertés de la personne* était inutile, celle-ci établissant elle-même sa prépondérance, qu'il était douteux que le Code civil fût effectivement le fondement des lois statutaires⁴¹ et, reprenant un argument du magistrat précité, que le Code Napoléon et le *Code civil du Bas Canada* n'avaient pas d'équivalent de la Disposition préliminaire et que personne n'avait eu à s'en plaindre⁴². Arguments aisément démolissables ...

Aussi bien, la nouvelle Disposition préliminaire poursuivra son chemin en Sous-commission des Institutions. Sans doute y discuta-t-on encore un peu de son opportu-

³⁹ À moins que l'air juridique ambiant ne permette d'apporter à l'opération toute la finesse de formulation nécessaire (les art. 1 et 4 du code civil suisse constituant à cet égard un exemple hors du commun).

⁴⁰ Si ses propos ont été bien rapportés, voir (1985) 17:10 Barreau à la p. 23.

⁴¹ Ce «statutaire», hérésie de vocabulaire en système moderne de droit civil codifié, a décidément la vie dure et fournit parfois le moyen d'écrire des énormités. Voir *P.(D.) c. S.(C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141 à la p. 177, 108 D.L.R. (4^e) 287.

⁴² Québec, Assemblée nationale, Sous-commission des institutions, «Étude détaillée du projet de loi 20» dans *Journal des débats : Commissions parlementaires*, n° 2 (28 mai 1985) à la p. S-CI-10 [ci-après «Projet de loi 20»].

nité. En réponse aux questions de l'opposition officielle, les légistes du gouvernement la justifèrent par le besoin d'affirmer, en contexte nord-américain, que l'on était en pays de droit civil, évoquèrent les spectres de la common law et firent valoir que ce qu'ils appelèrent le «magnifique» livre de Frederick Parker Walton sur le domaine et l'interprétation du *Code civil du Bas Canada*, montrait assez la nécessité d'une disposition comme celle-là⁴³. C'est finalement à des amendements de détail que l'on procédera : les références au droit international privé et à l'exercice des droits seront supprimées comme étant inutiles ; «par implication» sera remplacé par «de façon implicite» et «fonde» sera remplacé par l'expression «constitue le fondement»⁴⁴.

En fin de débat, le député Leduc posera subitement la question suivante : «Est-ce qu'on ne peut pas dire, en fait, que le Code civil, cela constitue le droit commun ?». Sa question tombera à plat⁴⁵ et la Disposition préliminaire sera adoptée sans autre amendement.

C. Troisième version : le Code établit le droit commun

Le 17 décembre 1986, le gouvernement ayant changé de mains et alors qu'on s'apprêtait à débattre de certains articles du projet de loi 20 laissés en suspens, le nouveau Ministre de la justice demanda la réouverture de la Disposition préliminaire pour y proposer un amendement. C'était pour remplacer, dans le deuxième alinéa, les mots «le droit privé» par les mots «le droit commun». Faisant allusion à la vive controverse doctrinale et jurisprudentielle soulevée autour et à propos de l'affaire *Laurentide Motels*⁴⁶, le ministre déclara qu'il convenait «de clarifier la portée voulue de la disposition». Les légistes du gouvernement, qui étaient d'ailleurs les mêmes que ceux qui avaient conseillé le gouvernement précédent, vinrent préciser, en se fondant sur les formules particulièrement étudiées d'un auteur de doctrine⁴⁷, qu'il fallait entendre par droit commun :

l'ensemble des principes et des règles qui s'appliquent à tous les sujets de droit à moins qu'il n'y ait des règles exorbitantes de ce droit commun prévues dans les lois ou dans les règles de common law exclusivement applicables à la couronne ou aux corporations publiques⁴⁸

et qu'il s'agissait là d'une expression «plus englobante» que celle de droit privé.

C'est avec ce changement majeur que la Disposition préliminaire sera adoptée à l'unanimité, après que l'on eut indiqué que l'expression «droit commun», par précau-

⁴³ Voir *ibid.* à la p. S-CI-27.

⁴⁴ *Ibid.* à la p. S-CI-28 et s.

⁴⁵ Voir *ibid.* à la p. S-CI-30.

⁴⁶ *Beauport c. Laurentide Motels*, [1986] R.J.Q. 981, 3 Q.A.C. 163 (C.A.) [ci-après *Laurentide Motels* avec renvois aux R.J.Q.].

⁴⁷ P. Garant, «Les sources du droit de la responsabilité de la puissance publique» (1986) 46 R. du B. 260 à la p. 266.

⁴⁸ «Projet de loi 20», *supra* note 42, n° 1 (17 décembre 1986) à la p. S-CI-6.

tion supplémentaire et peut-être excessive dans le contexte, apparaîtrait non traduite et en italique dans la version anglaise, la traduction «common law» pouvant être source de confusion⁴⁹.

Une première conclusion s'impose ici : les conditions dans lesquelles et les raisons pour lesquelles l'on est passé, dans la formulation de la Disposition préliminaire, du «droit privé» au «droit commun» ne laissent planer aucun doute sur l'intention bien arrêtée du législateur de donner la plus grande extension possible au champ opérationnel, tant conceptuel que normatif, du Code civil, pas plus qu'il n'existe de doute sur la normativité de la Disposition préliminaire elle-même⁵⁰.

C'est donc en cet état qu'en 1990, la Disposition préliminaire réapparaîtra en tête du projet de loi 125, projet complet cette fois de *Code civil du Québec*, et elle ne changera plus, sauf sur un détail intrigant. Il y aura bien encore quelques barouds d'honneur, et la Confédération des syndicats nationaux en particulier, faute d'avoir compris l'esprit de la Disposition préliminaire, fera connaître son inquiétude devant ce droit commun fondement des autres lois et susceptible à ses yeux de compromettre l'autonomie du droit du travail⁵¹, mais le législateur ne bougera pas. La Disposition préliminaire sera de nouveau adoptée à l'unanimité en Sous-commission des Institutions, le 27 août 1991, sans aucun débat de fond. Elle fournira seulement le prétexte d'un court échange courtois entre le député Holden et le Ministre de la justice sur la vérification de la version anglaise du Code civil en général⁵².

Une surprise, cependant : lorsque, dûment adopté et sanctionné, le nouveau Code civil sera publié par l'Éditeur officiel du Québec, le «droit commun» en italique de la

⁴⁹ Voir *ibid.* Quel que soit le désordre de certains esprits, ces craintes diffuses étaient-elles vraiment fondées ? Il est piquant de constater que, trois ans plus tard, dans l'arrêt de la Cour suprême qui tranchera l'affaire *Laurentide Motels*, *supra* note 46, dans un sens favorable à l'application aux municipalités, sous les conditions que l'on sait, du droit commun de la responsabilité civile exprimé à l'art. 1053 C.c.B.-C., le regretté juge Beetz, qui ne peut guère être suspecté de laxisme dans la défense des spécificités du droit civil québécois, ne verra aucun danger à écrire dans la version originale anglaise de son jugement : «In Quebec, the "droit commun" — that is the common law of the land — is the civil law» (*Laurentide Motels c. Beauport*, [1989] 1 R.C.S. 705 à la p. 724, 23 Q.A.C. 1). En toute hypothèse, d'autres façons de rendre, en anglais, l'expression «droit commun» auraient sans doute mérité plus d'attention : voir J.E.C. Brierley, «Les langues du Code civil du Québec» dans *Interprétation et application*, *supra* note 24, 129 à la p. 142 [ci-après «Langues du Code civil»] ; J.-M. Brisson et N. Kasirer, *Code civil du Québec, Édition critique*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997 à la p. 1.

⁵⁰ Voir C. Gonthier, «Introductory Remarks» dans *The New Civil Code: Ottawa, A Practical Guide To What An Ontario Lawyer Needs To Know About Quebec Law*, Ottawa, le mercredi 6 avril 1994 à la p. 9 (disponible à la bibliothèque de droit, Université d'Ottawa, cote KEQ222.285.N486 1994).

⁵¹ J. Boileau, «Une dernière touche au nouveau Code civil» *Le Devoir [de Montréal]* (7 août 1991) A11.

⁵² Québec, Assemblée nationale, Sous-commission des institutions, «Étude détaillée du projet de loi 125 — Code civil du Québec (1)» dans *Journal des débats : Commissions parlementaires*, n° 3 (27 août 1991) à la p. SCI-70. Il convient de noter que, contrairement à ce que laisse entendre cet échange, le professeur Brierley n'était nullement «directement impliqué» dans la révision de la version anglaise du Code («Langues du Code civil», *supra* note 49 à la p. 143).

version anglaise de la Disposition préliminaire sera devenu un «*ius commune*». Cette expression est certes l'équivalent, mot pour mot, de «droit commun»⁵³, même si l'on peut estimer que c'est vraiment faire bon marché de ses charges historiques bien particulières que de la raviver dans un code moderne à usage «interne». Mais comment cette expression latine s'est retrouvée dans la version anglaise définitive de la Disposition préliminaire, cela demeure un mystère. Aucune recherche ne laisse voir jusqu'ici qu'elle ait jamais été discutée et adoptée par l'Assemblée nationale.

De cette longue gestation de neuf années, dont les étapes n'ont été décrites qu'à grands traits, sans insister plus qu'il n'était nécessaire sur la faiblesse ou la bizarrerie de certaines interventions, il résulte en tout cas que la Disposition préliminaire n'est pas un simple ornement d'architecture, une simple décoration de façade ; elle est elle-même élément premier d'architecture, de disposition de l'édifice juridique. S'y expriment finalement les volontés législatives les plus fortes, les plus décidées, dont il convient alors de voir si, et comment, elles ont commencé à se traduire en action.

II. La Disposition préliminaire en action

Si l'on s'en tenait à quelques détails très malicieusement et malhonnêtement sélectionnés, il serait possible de faire croire que le codificateur de 1991 a largement raté son effet et que la Disposition préliminaire n'a pas fait une entrée très dynamique dans le monde juridique québécois. Car si l'on peut faire seulement reproche aux cours de recyclage du Barreau et de la Chambre des notaires d'avoir accordé un traitement⁵⁴ imprudemment sommaire, quoique nullement négatif, à la Disposition préliminaire, d'autres détails, matériels et intellectuels, pourraient inquiéter.

Détails matériels : c'est, par exemple, un éditeur pourtant sérieux qui, publiant une version du nouveau Code civil coordonnée à celle du *Code civil du Bas Canada*⁵⁵, omet tout simplement de reproduire la Disposition préliminaire. C'est encore une édition récente du nouveau Code civil qui, dans ses tables de concordance avec le *Code civil du*

⁵³ Elle apparaît d'ailleurs, en tant qu'équivalent, dans la version anglaise de la célèbre introduction de Maurice Tancelin à la réédition de l'ouvrage de 1907 de F.P. Walton, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*, Toronto, Butterworths, 1980 à la p. 2.

⁵⁴ Une vingtaine de lignes. On ne saurait toutefois en faire grief au professeur Monique Ouellette qui, déjà lourdement chargée du droit des personnes, n'avait manifestement pas reçu mandat d'en dire davantage. Voir M. Ouellette, «Livre premier : Des personnes» dans *La réforme du Code civil*, Sainte-Foy (Qc.), Presses de l'Université Laval, 1993, 3 à la p. 15.

⁵⁵ M. Gaudet, *Codes civils comparés et dispositions transitoires*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993. L'exemple du traitement par prétérition de dispositions essentielles vient cependant parfois de haut : voir par ex. la mésaventure arrivée à l'art. 1, al. 2 du *Code de procédure civile* («C.p.c.»), «omis» par la refonte générale des lois de 1977, sous prétexte qu'il ne s'agissait que d'une disposition de droit transitoire, et dont les codificateurs de 1965 avaient pourtant dit qu'il posait le principe de l'application immédiate des lois de procédure. Voir H. Reid et D. Ferland, *Code de procédure civile annoté du Québec*, vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1979 à la p. 32. Au début des années 90, le législateur lui-même, les tribunaux et la doctrine auront oublié jusqu'à son existence.

Bas Canada, indique la «disposition finale»⁵⁶ du *Code civil du Québec*, mais pas la Disposition préliminaire. Par ailleurs, la Disposition préliminaire, malgré sa présence dans les motifs, est parfois absente de la «législation citée» en tête du texte informatisé de certains jugements⁵⁷, tandis qu'elle ne paraît pas toujours exciter l'attention des rédacteurs d'abstracts et de sommaires des recueils de jurisprudence officiels⁵⁸.

Détails intellectuels : ce sont des auteurs, au demeurant excellents, qui en fournissent des exemples. Assez nombreux sont ceux qui qualifient la Disposition préliminaire de préambule et vont même parfois jusqu'à substituer «préambule» à «disposition préliminaire»⁵⁹. Il est vrai qu'au cours des débats parlementaires, les légistes du gouvernement eux-mêmes en auront à l'occasion fait autant, sans doute pour des raisons tactiques⁶⁰. Mais ce n'est pas un préambule ; c'est une disposition⁶¹. Un auteur se demande pourtant si la disposition, «malgré» son caractère préliminaire, ne pourrait pas fournir de nouvelles données sur les relations entre le droit commun et certains aspects de disciplines particulières⁶². Ce «malgré» est surprenant car «préliminaire» ne veut pas dire autre chose que «ce qui précède un tout, afin d'y introduire, mais fait partie de ce tout»⁶³. Un autre auteur, enfin, dans un article d'une estimable clarté⁶⁴, ne fait qu'une maigre allusion à la Disposition préliminaire et réussit le tour de force de ne prendre appui sur aucune de ses composantes dans son exposé des méthodes et moyens d'interprétation en droit civil

⁵⁶ Sans d'ailleurs lui trouver, curieusement, de disposition de comparaison dans le C.c.B.-C. Voir Baudouin et Renaud, *supra* note 5 à la p. 1094.

⁵⁷ Voir par ex. *Augustus c. Gosset*, [1995] R.J.Q. 335 (C.A.), en ligne : QL (AQ) [ci-après *Augustus*] ; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), en ligne : QL (AQ) [ci-après *Godbout*].

⁵⁸ Voir par ex. *Doré c. Verdun*, [1997] 2 R.C.S. 862, 150 D.L.R. (4^e) 385 [ci-après *Doré* avec renvois aux R.C.S.].

⁵⁹ Voir par ex. Bergel, *supra* note 24 à la p. 7 ; L. Lilcoff, «La circulation du modèle juridique [français] et le droit commercial québécois» dans H.P. Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1993, 399 à la p. 402 ; S. Normand, «De la nécessité de commentaires officiels au Code civil du Québec» (1991) 51 R. du B. 288 à la p. 293 ; G. Trudeau, «Synthèse des délibérations» dans *Le Code civil et les relations du travail*, Sainte-Foy (Qc.), Département des relations industrielles de l'Université Laval, 1993, 79 à la p. 81.

⁶⁰ Sans ces raisons en effet, certaines déclarations auraient de quoi estomaquer : voir «Projet de loi 20», *supra* note 42 à la p. S-CI-28.

⁶¹ Voir Gonthier, *supra* note 50 à la p. 9 ; J.-L. Baudouin, «Conférence de clôture» dans *Interprétation et application*, *supra* note 24, 319 à la p. 323 ; D. Lemieux, «L'impact du Code civil du Québec en droit administratif» (1994) 15 Admin. L.R. (2^e) 275 à la p. 296 ; J.E.C. Brierley, «The Renewal of Quebec's Distinct Legal Culture» (1992) 42 U.T.L.J. 484 à la p. 499 [ci-après «Distinct Legal Culture»].

⁶² M.-F. Bich, «Droit du travail québécois : genèse et génération» dans Glenn, *supra* note 59, 515 à la p. 541 ; voir toutefois *Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 c. Caisse populaire Saint-Stanislas de Montréal*, R.E.J.B. 98-09766, en ligne : Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (arbitrage de grief) <<http://rejb.cedrom-sni.qc.ca>> (date d'accès : 13 octobre 1999) [ci-après *Syndicat des employées et employés*].

⁶³ *Vocabulaire juridique*, *supra* note 35, s.v. «Préliminaire» : «Ex. les dispositions préliminaires d'un code [...] qui ont la même valeur positive que les autres dispositions du code».

⁶⁴ C. Lemieux, «Éléments d'interprétation en droit civil» (1994) 24 R.D.U.S. 221.

québécois⁶⁵.

Mais, pour irritants qu'ils puissent être, ces quelques détails que la probité, pour certains d'entre eux, commanderait d'ailleurs de replacer dans leur entier contexte, ne peuvent être aucunement mis en balance avec l'intéressante double action que la Disposition préliminaire a déjà commencé d'exercer, sur la doctrine d'une part et, d'autre part et surtout, sur la jurisprudence, car c'est là que se jouera son destin et, avec lui, celui du système tout entier.

A. Action sur la doctrine

La Disposition préliminaire va orienter les commentaires et les réflexions de la doctrine dans deux directions solidaires et qui ne sont ici séparées que pour les besoins de l'exposé.

La doctrine va d'abord voir spontanément que la Disposition préliminaire comporte une directive générale implicite d'interprétation, non pas large, comme on le voit trop souvent écrit⁶⁶, mais dynamique au sens propre, ce dynamisme pouvant très légitimement conduire l'interprète à des interprétations strictes comme à des interprétations extensives, en fonction de la position et de la nature des normes, ainsi que des situations à traiter.

Il est impossible de rendre compte dans le détail de la façon dont la doctrine exprime ce dynamisme, auquel invitent des commentaires officiels⁶⁷ aux références portaliennes. La doctrine, y compris le présent conférencier, a d'ailleurs procédé par petites touches, grands coups de chapeau et, au total, d'assez confortables généralités⁶⁸. Au demeurant, rien de bien neuf n'est possible sous le soleil, depuis plus de sept mille ans, aurait pu dire La Bruyère, qu'il y a des hommes, et qui interprètent. Mais la doctrine, de façons diverses et de différents points de vue, a bien relevé en quoi cer-

⁶⁵ Comparer J.E.C. Brierley, «Preface» (1994) 39 R.D. McGill 743 à la p. 746 : «It is with the Preliminary Provision in mind, and in exploiting its full import, that a general theory of interpretation of Quebec private law must be constructed».

⁶⁶ Car la prétention de tout élargir, et de tout élargir en même temps, se heurte à d'insurmontables obstacles rationnels et pratiques.

⁶⁷ Ces commentaires demeurent cependant quelque peu en deçà de ce qui aurait pu et dû être dit. En particulier, étant donné l'évolution significative du texte de la Disposition préliminaire au cours des débats parlementaires, il est surprenant de constater l'absence de toute référence au droit commun (celui-ci apparaît toutefois dans les commentaires sous les articles 300 et 1376) : Québec, Ministère de la justice, *Commentaires du ministre de la justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993 aux pp. 1, 204 et 833 [ci-après *Commentaires du ministre de la justice*].

⁶⁸ On pourra consulter, entre autres : Baudouin, *supra* note 61 ; Bergel, *supra* note 24 ; A.-F. Bisson, «Dualité de systèmes et codification civiliste» dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1992, 39 ; A.-F. Bisson, «Nouveau Code civil et jalons pour l'interprétation : traditions et transitions» (1992) 23 R.D.U.S. 1 [ci-après «Nouveau Code civil»] ; P.-A. Côté, «L'interprétation de la loi en droit civil et en droit statutaire : communauté de langue et différences d'accents» (1997) 31 R.J.T. 45.

tains éléments de la Disposition préliminaire, dans une conception ouverte et holistique de l'interprétation, venaient légitimer, s'il en était besoin, une grande variété de moyens et de procédés, en pleine conscience de l'inévitable et peut-être même opportune «incomplétude» du Code⁶⁹.

Cinq éléments peuvent dès maintenant retenir l'attention :

- (1) «Harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne*», Code et Charte étant placés à presque égalité⁷⁰ dans un rapport de réciprocité interprétative, comme l'ont déjà fait voir par anticipation, quelque opinion que l'on ait du résultat, certains arrêts de la Cour suprême⁷¹.
- (2) «Harmonie [...] avec les principes généraux du droit», êtres normatifs énigmatiques et plastiques toujours en attente de service, sur l'existence autonome, la nature, la provenance et les fonctions légitimes desquels on ne s'est jamais guère entendu⁷², mais qui sont comme l'âme et l'armature du

⁶⁹ «Indeed it can be argued that in the civil law tradition of France and Quebec, the recognition of the ultimate insufficiency of legislative enactment is a central tenet of the very philosophy of the Civil Code as a style of law-making» (J.E.C. Brierley, «Quebec's "Common Laws": How many are there?» dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 111 à la p. 116).

⁷⁰ Certains auteurs vont même plus loin, voyant dans la Disposition préliminaire la volonté du législateur de rattacher les deux textes dans un rapport égalitaire et de placer le Code civil en haut de la hiérarchie des normes législatives. Voir Baudouin, *supra* note 61 à la p. 323 ; Lemieux, *supra* note 61 à la p. 296.

⁷¹ Voir par ex. *Béliveau St-Jacques c. F.E.E.S.P.*, [1996] 2 R.C.S. 345, 36 D.L.R. (4^e) 129 [ci-après *Béliveau St-Jacques* avec renvois aux R.C.S.] ; *Gauthier*, *supra* note 35.

⁷² Cela tient sans doute pour bonne partie à la variété des domaines du droit et des ordres politiques, existant ou en construction, dans lesquels les diverses autorités juridiques sont appelées à exercer leur mission. Dans un océan de littérature, on pourra consulter par ex. J. Boulanger, «Principes généraux du droit et droit positif» dans *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, Paris, L.G.D.J., 1950, 51 ; Buch, *supra* note 17 ; R. David, «La doctrine, la raison, l'équité» (1986) 11 R.R.J. 109 ; F. Ewald, «Une expérience foucauldienne : les principes généraux du droit» dans A. Jaubert, dir., *Michel Foucault : du monde entier*, Paris, Éditions de Minuit, 1986, 788 ; B. Oppetit, «Les principes généraux du droit en droit international privé» (1987) 32 A.P.D. 179 ; E. Pattaro, «Les principes généraux du droit entre raison et autorité» dans G. Haarscher *et al.*, dirs., *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, Nemesi, 1988, 273 ; G. Soulier, «Vers un droit uniforme ou vers un droit commun en Europe ?» dans *Ordres juridiques et espaces marchands*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1999, 17 à la p. 29 ; M. Van Hoecke, «The Use of Unwritten Legal Principles by Courts» (1995) 8 Ratio Juris 248 ; J.E.C. Brierley et R.A. Macdonald, dirs., *Quebec Civil Law, An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Edmond Montgomery, 1993 à la p. 128. Comparer R. Rodière, «Les principes généraux du droit privé français» dans *Journées de la Société de législation comparée, Année 1980*, Paris, Société de législation comparée - Librairies techniques, 1981, 309 à la p. 317 :

C'est une catégorie [les principes généraux] vaine et prétentieuse. Que si l'on veut signifier par là que la Raison, la Justice, l'Équité, le Bon Sens doivent nous guider, on n'ajoute rien aux commandements de l'esprit dans toutes les sciences et les arts, sauf à remplacer Bon Sens par Logique dans certaines. Encore les juristes n'en sauraient être dispensés !

système⁷³ et que certains iront débusquer dans la législation elle-même, d'autres dans l'esprit du droit national, d'autres encore dans la tradition juridique, d'autres enfin dans une espèce de raison universelle, ou en tout cas de large étendue, que le droit comparé serait propre à fournir⁷⁴.

- (3) «Ensemble de règles», appel à l'interprétation logique et à la mise en cohérence, si elle n'est pas déjà clairement réalisée, des normes codifiées⁷⁵.
- (4) «De façon expresse ou implicite», clin d'œil encore aux principes généraux du droit et à l'interprétation logique, plus spécialement cette fois aux vertus de l'analogie⁷⁶.
- (5) «La lettre, l'esprit ou l'objet», trois références-piliers, rapprochées de façon «caractéristique»⁷⁷ et qui n'épuisent certes pas toutes les avenues possibles de la démarche interprétative, mais qui sont appelées, comme le démontrent assez l'éclectisme et le pragmatisme de la jurisprudence⁷⁸, à jouer tour à tour ou en conjonction, plutôt qu'en opposition⁷⁹. Et si la lettre est première, ce n'est pas qu'il faut s'en tenir là, bien qu'on le puisse parfois, mais que dans un système où le droit légiféré est la source officielle première, il faut commencer par le texte ou en revenir au texte, pour admettre, comme l'écrit excel-

⁷³ «[A] reservoir of fundamental juridical precepts and essential legal values» («Distinct Legal Culture», *supra* note 61 à la p. 500).

⁷⁴ Buch, *supra* note 17 à la p. 70. C'est également une idée récurrente en doctrine québécoise récente que la mise en évidence des principes généraux du droit par la Disposition préliminaire justifierait un recours intensif au droit comparé. Voir J.E.C. Brierley, «The New Quebec Law of Trusts: The Adaptation of Common Law Thought» dans Glenn, *supra* note 59, 383 aux pp. 396-97 ; H.P. Glenn, «Le droit comparé et l'interprétation du Code civil» dans *Interprétation et application*, *supra* note 24, 175 à la p. 190 ; Gonthier, *supra* note 50 à la p. 9 ; P.-G. Jobin, «Le droit comparé dans la réforme du Code civil du Québec et sa première interprétation» (1997) 38 C. de D. 476. Évidemment, ces excellents auteurs ne soutiennent nullement que le droit comparé (entendons, les droits étrangers) serait source obligée de droit. Mais le danger est là, constant, source potentielle de désordres des motivations judiciaires et, à leur suite, de désordres de système : que l'on passe un peu trop facilement du recours au droit comparé pour découvrir, construire ou raffermir les principes généraux du droit, ou en étendre le rayon d'action, à un prétexte tiré des principes généraux du droit pour encombrer les argumentations d'exemples étrangers, bien inutilement la plupart du temps.

⁷⁵ «Nouveau Code civil», *supra* note 68 à la p. 12.

⁷⁶ *Ibid.* aux pp. 11, 12 et 17. Sur la théorie et le rôle de l'analogie, voir le numéro spécial de la Revue de la recherche juridique consacré à cette question, notamment G. Cornu, «Le règne discret de l'analogie» (1995) 20 R.R.J. 1067 ; M.J. Falcon Y Tella, «Quelques remarques à propos de l'analogie en droit» (1998) 41 R.I.E.J. 67 (article accompagné d'une bibliographie colossale, quoique non exhaustive, en langues allemande, anglaise, espagnole, française et italienne).

⁷⁷ M. Tancelin, *Des obligations*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1988 à la p. 128.

⁷⁸ G. Cornu, «Rapport de synthèse» dans F. Paychère, dir., *La découverte du sens en droit*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1992, 81 à la p. 84 [ci-après «Rapport de synthèse»].

⁷⁹ Voir Tancelin, *supra* note 77.

lemment le doyen Gérard Cornu, «en bonnes foi et volonté, le sens minimum qui recueille l'accord des esprits raisonnables»⁸⁰.

Tout cela rend assez peu dignes d'intérêt les controverses déplorablement scolaires qui font rage actuellement, aux plus hauts niveaux d'appel, sur ce qui serait la bonne méthode d'interprétation⁸¹. Pas davantage ne paraît-il d'un grand intérêt d'opposer, sans parler de la méthode littérale, la méthode exégétique à la méthode téléologique. De l'une à l'autre, il y a bien des passerelles subtiles et, surtout, l'exégèse a son temps et ses lieux, les aventures téléologiques ont les leurs⁸². À toutes les méthodes — et en ce sens, sous ses allures plutôt lapidaires, elle est éminemment pratique — la Disposition préliminaire fait bon accueil, pourvu certes que le Code soit maintenu dans le rôle qu'elle lui assigne.

Or, et c'est le deuxième point sur lequel la Disposition préliminaire va exercer une action sur la doctrine, celle-ci va voir dans la Disposition préliminaire, à côté de sa fonction interprétative et en relation avec elle, une fonction organisatrice du système. Les éléments ici importants de la disposition peuvent se ramasser ainsi : établissant le droit commun, le Code constitue le fondement des autres lois, qui peuvent elles-mêmes y ajouter ou y déroger. C'est un droit d'application générale et un droit supplétif, mais laissant leur place aux lois particulières ou spéciales, ce qui n'est au fond que normal dans un système homogène où le droit d'exception émane de la même autorité que celle qui édicte le droit général.

Déjà, sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, l'importance de son rôle en tant qu'expression du droit commun avait été abondamment discutée et généralement reconnue⁸³. Mais, par sa formulation même, la Disposition préliminaire a redonné vigueur et légitimité accrues à ce rôle, incitant la doctrine à des efforts de clarification sans précédent dans la redistribution des pièces sur l'échiquier des sources, dans un sens favorable au rôle central, quoique non exclusif, du Code civil.

C'est ainsi, pour ne prendre que deux importants exemples, qu'en droit du travail d'abord, domaine dans lequel s'étaient manifestées des inquiétudes précipitées, une doctrine remarquable de clarté et de concision a aussitôt remis les pendules à l'heure. Elle a pu facilement montrer, mais encore fallait-il le faire avec talent, que la Disposition préliminaire ne contenait aucune déclaration de guerre à la législation du travail, et qu'il se pouvait en revanche qu'en tant que droit commun, d'application générale et

⁸⁰ *Supra* note 78 à la p. 85. Voir en écho l'art. 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

⁸¹ Voir notamment *P.G. du Québec c. 2747-3174 Québec Inc.*, [1996] 3 R.C.S. 919, 140 D.L.R. (4^e) 577 ; *Verdun c. Toronto Dominion Bank*, [1996] 3 R.C.S. 550, 139 D.L.R. (4^e) 415 ; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, (1997) 153 D.L.R. (4^e) 1, 45 B.C.L.R. (3^e) 80 (C.A.C.-B.).

⁸² Et les retours à la lettre aussi, parfois étonnamment porteurs d'évolution du droit. Voir «Rapport de synthèse», *supra* note 78 à la p. 85.

⁸³ Encore que cette importance aurait été d'ordre plus utilitaire que substantiel. Voir J.-M. Brisson, «Le Code civil, droit commun ?» dans *Interprétation et application*, *supra* note 24, 292 à la p. 293 et s. [ci-après «Code civil, droit commun ?»].

supplétive, le Code apporte des compléments intéressants, et peut-être dans certains cas essentiels, à l'encadrement juridique des relations du travail⁸⁴.

C'est ainsi encore qu'une non moins remarquable doctrine de droit public, mais dont les réflexions s'étendront bien au-delà de celui-ci, ne pourra en arriver qu'à la conclusion que, étant sauvées les règles de common law *publique* qui paralyseraient éventuellement le jeu a priori du droit commun codifié, le droit commun exprimé par le nouveau Code et ses sources affiliées avait pleine vocation à remplir, dans un rapport de totale substitution⁸⁵, le rôle que tient dans les autres provinces la common law «non publique»⁸⁶. Encore une fois, la problématique n'était pas neuve, mais cette conclusion à laquelle on pouvait déjà parvenir non sans quelque peine autrefois a puisé de nouvelles forces et, pour tout dire, des certitudes dans la Disposition préliminaire. Les conséquences de cette conclusion dépassent d'ailleurs la sphère provinciale.

Une partie importante de cette doctrine s'est en effet constituée pour répondre au souci manifesté par le Ministère fédéral de la justice, au lendemain de l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, de faire procéder aux études nécessaires⁸⁷ en vue, notamment, de l'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la pro-

⁸⁴ Voir *Le Code civil et les relations du travail*, *supra* note 59, notamment les interventions de P. Verge à la p. 13 ; C. Fabien à la p. 16 ; F. Morin à la p. 67 ; G. Trudeau à la p. 79. La Disposition préliminaire invite d'ailleurs à une sérieuse réévaluation de la dichotomie excessive, devenue dogmatique chez certains, opérée entre le droit des rapports collectifs de travail et le droit des rapports individuels de travail. Voir Bich, *supra* note 62 à la p. 538 et s.

⁸⁵ Et, faut-il ajouter, de totale substitution du C.c.Q. au C.c.B.-C., sous réserve bien entendu des limites que le partage des compétences impose au pouvoir d'abroger des dispositions pré-confédérales dans des domaines aujourd'hui de compétence fédérale ; sous réserve également de tout ce qu'il n'est pas interdit (mais pas toujours obligatoire non plus) de conserver des interprétations antérieures, là où l'on peut estimer qu'il n'y a pas eu de modification substantielle de l'état du droit résultant de l'ancien Code. Mais ces réserves mises à part, l'argument tiré par certains auteurs du libellé de la disposition finale du Code et de l'art. 10 de la *Loi d'interprétation*, pour conclure à la non abrogation entière du C.c.B.-C. même dans les domaines de compétence provinciale, est stupéfiant. Voir M. Tancelin, «Les silences du Code civil du Québec» (1994) 39 R.D. McGill 748 ; R.A. Macdonald, «Encoding Canadian Civil Law» dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1994, 579 à la p. 632.

⁸⁶ S'il est permis de résumer de façon aussi péremptoire des études souvent très nuancées et dont les auteurs ne se réfèrent pas toujours explicitement à la Disposition préliminaire en tant que telle. Voir notamment «Code civil, droit commun ?», *supra* note 83 ; J.-M. Brisson, «L'impact du Code civil du Québec sur le droit fédéral» (1992) 52 R. du B. 345 ; Lemieux, *supra* note 61 ; P.-A. Côté, «La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l'Administration québécoise» (1994) 28 R.J.T. 411 ; J.-M. Brisson et A. Morel, «Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation» (1996) 75 R. du B. can. 297 ; P. Garant, «Code civil du Québec, Code de procédure civile et société distincte» (1996) 37 C. de D. 1141. Du point de vue d'un «privatiste», voir aussi J.E.C. Brierley, «Bijuralism in Canada» dans *Contemporary Law [I] Droit contemporain*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1992, 22 à la p. 32.

⁸⁷ On les trouvera réunies pour la plupart dans Canada, Ministère de la justice, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien : Recueil d'études*, Ottawa, Ministère de la justice, 1997 [ci-après *L'harmonisation de la législation fédérale*].

vince de Québec. On sait d'ailleurs, pour reprendre la formulation de certains auteurs⁸⁸, «que l'on s'entend généralement à affirmer qu'il n'existe pas de droit commun proprement fédéral⁸⁹, si ce n'est une common law d'application particulière en ce qui touche les immunités et privilèges de la Couronne» et que «c'est le droit des provinces qui, en l'absence de texte au contraire, constitue le droit fondamental par rapport auquel s'inscrit toute législation fédérale». Sans doute, la question de l'harmonisation se serait de toute façon posée, même en l'absence de disposition préliminaire. Mais, il est certain que la Disposition préliminaire, avec le puissant appareil doctrinal qu'elle a stimulé, en a considérablement affermi les contours. On en voit d'ores et déjà une possibilité d'effet palpable dans le projet fédéral de *Loi d'harmonisation no. 1 du droit fédéral avec le droit civil*⁹⁰ visant à reconnaître «la tradition du bijuridisme canadien et [...] à clarifier le droit applicable au droit fédéral à titre supplétif»⁹¹. Ce projet, en des termes qui ne sont pas à l'abri de toute critique — mais dont l'intention est claire — constate, dans son préambule, que le droit civil constitue le droit commun du Québec et, dans son article 8, confère pareille autorité, selon la province d'application concernée, au droit civil ou à la common law pour assurer éventuellement l'application des textes fédéraux.

Quel que soit le sort réservé à ce projet⁹², l'ampleur et la qualité des études auquel il a donné lieu illustrent en tout cas l'action roborative que, directement ou indirectement, la Disposition préliminaire a exercée sur la doctrine québécoise. Cette action n'est d'ailleurs pas sans écho dans la pratique.

B. Action sur la jurisprudence

La vie quotidienne du droit est complexe et, quittant le terrain des opinions ou convictions doctrinales, si agissantes qu'elles soient parfois, il faut bien admettre que, **quelles que soient la vigueur et l'ampleur des volontés du législateur-codificateur, seule l'épreuve judiciaire, avec tous les points de vue, intérêts et nuances de situation qui s'y manifestent, permettra d'en préciser et d'en mesurer la portée.** Encore faut-il dire qu'il y a deux réserves à l'appréciation de l'action exercée par la Disposition préliminaire sur la jurisprudence.

⁸⁸ Brisson et Morel, *supra* note 86 à la p. 310. Voir aussi *ibid.* à la p. 231.

⁸⁹ Il faut sans doute mettre à part le cas très particulier du droit maritime, illustré par une abondante jurisprudence suprême, fabriquée de constantes improvisations normatives et conceptuelles, où il n'y a de clair et d'assuré que les visées uniformisatrices. Sur la question, voir, en dernier lieu, A. Braen, «L'uniformisation du droit maritime canadien» (1998) 77 R. du B. can. 509. On a pu parler, en termes ironiques, d'une situation «incongrue», «alors que s'applique, à titre supplétif, un droit ignoré ou, à tout le moins, peu connu» (Longtin, *supra* note 4 à la p. 23).

⁹⁰ PL. C-50, 1^{re} sess., 36^e Parl., 1998, (1^{re} lecture le 12 juin 1998).

⁹¹ *Ibid.* à la p. 1a.

⁹² Au-delà de ses très grandes difficultés techniques, il soulève en effet d'immenses problèmes de politique juridique qui ne seront peut-être pas résolus aisément et de façon satisfaisante, si leur traitement ne trouve appui, au cours de l'épreuve parlementaire, dans des (bonnes) volontés éclairées et fermes.

En premier lieu, il se peut — et cela est même certain — que bien des décisions judiciaires appliquent la Disposition préliminaire et en respectent parfaitement l'esprit, sans qu'il soit jugé nécessaire de l'invoquer expressément. Sans doute le vocabulaire employé pourrait à cet égard fournir parfois des indices, mais, pour dresser un bilan exact et complet de ces applications tacites, il faudrait avoir lu la totalité de la jurisprudence potentiellement pertinente depuis 1994, et le conférencier n'a pas cru que l'aimable invitation qui lui était adressée comportait une obligation implicite aussi inhumaine.

En second lieu, et en quelque sorte à l'inverse, pour mesurer l'influence de la Disposition préliminaire, on ne saurait simplement tirer argument du nombre de fois où elle est mentionnée, car il est des cas où elle n'est mentionnée que pour planter un décor, sans être véritablement mise à contribution par la suite dans les raisonnements menant à la solution du litige⁹³, et d'autres cas où elle n'est évoquée que comme élément d'arguments purement rhétoriques qui auraient fort bien pu se tenir sans elle⁹⁴.

Il demeure qu'il semble bien, à ne regarder que la jurisprudence publiée, que l'importance tant argumentative que systémique de la Disposition préliminaire⁹⁵ a été rapidement «découverte» par les plaideurs et les juges, beaucoup plus rapidement, en a-t-on l'impression, que n'avait été découverte, à ses débuts, l'importance de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* elle-même.

La Disposition préliminaire va en effet être abondamment invoquée devant et par toutes les juridictions, des arbitres de griefs ou du Bureau de révision de l'évaluation foncière, par exemple, à la Cour suprême du Canada, en passant par toutes les juridictions intermédiaires, de première instance, de contrôle ou d'appel. Elle sera invoquée avec, certes, des assertions et des conséquences assez diverses, d'autant qu'il faut évidemment tenir compte de la teneur et de la nature des textes à interpréter et à appliquer et que la Disposition préliminaire elle-même doit parfois jouer en conjonction avec d'autres textes du Code civil, eux-mêmes à vocation fortement organisatrice, comme les articles 300 et 1376 dont la portée pratique, en tant qu'applications particulières⁹⁶ de la Disposition préliminaire⁹⁷, n'est pas encore pleinement précisée.

⁹³ Voir par ex. le «prologue» de l'attachante décision rendue dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Anselem*, [1998] R.J.Q. 1892 (C.S.), en ligne : QL (AQ).

⁹⁴ Voir par ex. *Béliveau St-Jacques*, *supra* note 71 à la p. 374.

⁹⁵ Qu'elle soit d'ailleurs perçue de façon résolument positive ou, sinon négativement, avec réserve.

⁹⁶ «Code civil, droit commun ?», *supra* note 83 à la p. 314. Il s'agit bien en effet d'applications particulières (comme l'est aussi par ex. l'art. 2877), à partir desquelles il serait donc illégitime de raisonner a contrario pour exclure, dans les cas non spécifiés, la vocation de droit commun du Code.

⁹⁷ En bonne logique, le jeu combiné de ces trois dispositions devrait aboutir à un rétrécissement spectaculaire du champ d'opération de la common law en droit public. La chose est évidente dans le domaine des obligations, spécialement dans celui de la responsabilité : Côté, *supra* note 86 à la p. 423, cité avec approbation dans l'arrêt *Doré*, *supra* note 58 à la p. 877. L'ampleur de ce rétrécissement potentiel dans l'application de certaines lois particulières de droit public est cependant plus difficile à supputer. Voir G. Pépin, «La loi québécoise sur la justice administrative» (1997) 57 R. du B. 633. La logique devrait en tout cas conduire aussi à des effets analogues dans d'autres domaines. Voir

Toujours est-il que la Disposition préliminaire va être invoquée :

- (1) par les uns, pour affirmer que le Code civil est, toutes disciplines confondues, une **loi fondamentale, si ce n'est «la loi fondamentale du Québec»⁹⁸**, parfois mise en relation à cet égard avec la Charte des droits et libertés de la personne⁹⁹ ;
- (2) par les autres, pour affirmer **la pleine vocation supplétive du Code, en cas de silence ou d'insuffisance des lois spéciales ou particulières¹⁰⁰** ;
- (3) par d'autres encore, pour souligner, s'il en est besoin, la possibilité pour les lois spéciales ou particulières de déroger au Code civil¹⁰¹ ;
- (4) par d'autres enfin — et l'on entre ici dans un champ de mines — pour affirmer que, dès qu'une loi a une finalité de droit public, et sauf règle contraire de droit public, légiférée ou non, le Code civil n'en peut être considéré comme le fondement que dans la mesure où cette loi fait appel, principalement ou accessoirement, à des notions de droit privé¹⁰².

Cette restriction aux notions de droit privé est une proposition qui, dans sa généralité, paraît très critiquable parce que, renversant l'ordre des choses voulu par la Disposition préliminaire, elle traduit une mauvaise compréhension non seulement de la notion de droit commun elle-même, mais aussi — pour reprendre un autre mot important de la Disposition préliminaire — de la notion d'objet. Cet objet, en effet, auquel se rapportent toutes matières dans lesquelles le Code établit le droit commun, a sans doute trait aux finalités poursuivies, mais tout autant, matériellement, aux institutions réglementées par le Code elles-mêmes, dont certaines constituent comme la grammaire de l'ordre juridique, sans qu'il y ait lieu de les rattacher a priori à la sphère privée plutôt qu'à la sphère publique¹⁰³. Il faut avoir l'audace de le dire — maigre au-

R.P. Gagnon, L. Lebel et P. Verge, *Droit du travail*, 2^e éd., Sainte-Foy (Qc.), Presses de l'Université Laval, 1991 aux pp. 740-41.

⁹⁸ *Québec (Ministère de la justice) c. Syndicat de la fonction publique du Québec*, [1998] R.J.Q. 2771 (C.S.), en ligne : QL (AQ) [ci-après *Syndicat de la fonction publique*].

⁹⁹ Voir par ex. *Doré c. Verdun*, [1995] R.J.Q. 1321 à la p. 1328 (C.A.), en ligne : QL (AQ).

¹⁰⁰ Voir par ex. *Québec (Directeur de la protection de la jeunesse) c. S.P.*, [1997] A.Q. n° 3655 au para. 8 (C.Q.), en ligne : QL (AQ) [ci-après *Québec c. S.P.*] ; *Rosemère (Ville) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce*, [1997] A.Q. n° 2457 (C.S.), en ligne : QL (AQ) [ci-après *Rosemère*] ; *172684 Canada Inc. - Corp. de gestion c. Commission de la santé et de la sécurité au travail*, [1995] B.R.P. 367 aux pp. 398-99.

¹⁰¹ Voir par ex. *Hewquip Holdings c. Pointe-Claire (Ville)*, [1997] A.Q. n° 3409 au para. 147 (C.S.), en ligne : QL (AQ) [ci-après *Hewquip Holdings*].

¹⁰² Est condensée ici l'argumentation de la décision rendue par la Cour du Québec siégeant à trois juges dans l'affaire *Pellerin c. Thérien*, [1995] R.J.Q. 259 à la p. 263, en ligne : QL (AQ) [ci-après *Pellerin*], inf. par [1995] R.J.Q. 1329, mais sur d'autres motifs.

¹⁰³ En matière de prescription par exemple, seule une étourderie de rédaction peut expliquer la déclaration, sans aucune valeur positive, de la Cour suprême, selon laquelle «le domaine de la prescription est *fondamentalement* de droit privé» [nos italiques] (*Doré, supra* note 58 à la p. 881). Comparer *Rufange c. Q-Zip Inc.*, [1995] C.A.L.P. 600 aux pp. 605-06.

dace au demeurant — puisque c'est la Disposition préliminaire elle-même qui le dit : le Code civil n'est pas un code de droit privé ; c'est un code de droit commun, qui n'a pas le droit privé pour objet exclusif.

En tout cas, les débuts d'application du Code civil font apparaître la Disposition préliminaire comme élément des débats ou des motivations judiciaires dans les domaines les plus variés : en droit civil strictement entendu, il va de soi¹⁰⁴, mais aussi en procédure civile¹⁰⁵, en matière de protection de la jeunesse¹⁰⁶, en droit scolaire¹⁰⁷, en droit électoral¹⁰⁸, en droit fiscal¹⁰⁹, voire en matière de déontologie policière¹¹⁰, sans oublier deux domaines qui revendiquent plus ou moins hautement leur spécificité, le droit du travail et le droit municipal¹¹¹.

Là où la Disposition préliminaire apparaît en droit du travail, elle est généralement citée sans antipathie. Et, qu'il s'agisse par exemple d'interprétation des conventions collectives ou des contrats de travail, de protection des droits en cas de cession d'entreprise, de délais pour porter plainte pour congédiement illégal, du calcul des intérêts sur l'indemnité accordée pour congédiement illégal ou encore de la question récurrente de la norme du contrôle à exercer sur les juridictions inférieures du travail, on fait produire à la Disposition préliminaire les effets qu'elle admet elle-même : on recourra volontiers au droit commun pour ajouter substantiellement à la législation du travail ou en combler les lacunes¹¹², mais on n'hésitera pas non plus à l'écarter dans les

¹⁰⁴ La Disposition préliminaire apparaît alors le plus souvent pour faire le lien entre le Code civil et la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 ou confirmer celle-ci dans son rôle d'instrument, elle aussi, de droit civil. Voir *Hamel c. Malaxos*, [1994] R.J.Q. 173 (C.Q.), en ligne : QL (AQ) ; *Augustus*, *supra* note 57 ; *Institut national des arts appliqués (INAA) Inc. c. Grégoire*, [1997] R.R.A. 565 (C.S.), en ligne : QL (AQ) ; *Giauque c. Rivet*, [1997] R.R.A. 571 (C.S.), en ligne : QL (JQ) ; *Kosko c. Assurance vie Desjardins*, [1997] A.Q. n° 824 (C.S.), en ligne : QL (AQ).

¹⁰⁵ C'est ainsi que la Cour suprême, s'appuyant sur l'autorité de la Disposition préliminaire, a fait application de l'art. 2878 du Code civil pour déterminer la portée de la présomption de désertion d'appel prévue à l'art. 503.1 du C.p.c., lui-même droit commun sanctionnateur : voir *Construction Gilles Paquette Ltée c. Entreprises Végo Ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299, 146 D.L.R. (4^e) 193.

¹⁰⁶ Voir *Québec c. S.P.*, *supra* note 100.

¹⁰⁷ Voir *Commission scolaire Lakeshore c. Szasz*, [1996] A.Q. n° 2356 (C.S.), en ligne : QL (AQ).

¹⁰⁸ Voir *Pellerin*, *supra* note 102.

¹⁰⁹ Voir *Industrielle-Alliance, Compagnie d'assurance sur la vie c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1997] R.D.I. 526, [1997] R.J.Q. 2928 (C.A.) ; *Hewquip Holdings*, *supra* note 101.

¹¹⁰ Voir *Champagne c. Comité de déontologie policière*, [1996] A.Q. n° 2489 (C.Q.), en ligne : QL (AQ).

¹¹¹ Pour le droit du travail, voir par ex. le bel ouvrage récent de P. Verge et G. Vallée, *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997.

¹¹² Voir par ex. *Godbout*, *supra* note 57 ; *Automobiles Canbec Inc. c. Union des vendeurs d'automobiles et employés auxiliaires local 1974*, [1996] R.J.Q. 2709 (C.S.), en ligne : QL (AQ) ; *Beaulieu c. 9009-1356 Québec Inc.*, [1997] A.Q. n° 730 (T.T.), en ligne : QL (AQ) ; *Rosemère*, *supra* note 100 ; *Villa Médica c. Syndicat des employé(es) de Villa Médica (FAS-CSN)*, [1997] R.J.Q. 905 (C.S.), en ligne : QL (AQ) ; *Syndicat des employées et employés*, *supra* note 62 ; *Syndicat de la fonction publique*, *supra* note 98. Pour d'autres références et le caractère «apodictique» que la Disposition préliminaire confère à l'affirmation selon laquelle «le Code civil du Québec et les règles qu'il contient

cas où l'on estimera que la lettre, l'esprit, les finalités de la législation du travail confèrent à celle-ci un caractère dérogoire ou autorisent une qualification autonome des situations par rapport au Code civil¹³. La Disposition préliminaire n'est alors que le référent d'une pondération, pleine de modération, entre les ambitions et la vocation unificatrices de la codification et les intérêts propres au domaine concerné¹⁴.

Mais que des principes supérieurs touchant à la philosophie fondamentale du Code soient en cause, la Disposition préliminaire va se faire plus mordante et remettre le droit commun en position d'absolue commande. C'est ce qui s'est passé, comme on le sait, en droit municipal, dans l'affaire *Doré*¹⁵ où, dans une belle unanimité, la Cour supérieure, la Cour d'appel et la Cour suprême du Canada ont successivement conclu à la préséance de l'article 2930 du Code civil sur le système de courte prescription et d'avis préalable de l'article 585 de la *Loi sur les cités et villes*¹⁶ en matière d'action en réparation du préjudice corporel. Le recours à la Disposition préliminaire dans les motifs de la Cour d'appel comme dans ceux de la Cour suprême est ici d'autant plus remarquable qu'il n'était pas strictement utile à la solution du litige, l'économie et la succession dans le temps des textes ne laissant place à aucun doute sur la préséance de l'article 2930 du Code civil. Mais ce recours à la Disposition préliminaire a joué, notamment en Cour suprême, comme le moment nécessaire au déploiement d'une vaste argumentation faisant appel à toutes les méthodes et procédés d'interprétation¹⁷ et ramassant, comme dans un immense coup de filet, toutes les forces vives du Code au service d'un principe général de facilitation de la réparation des atteintes à l'intégrité physique. On pardonnera, pour une fois, à la Cour suprême l'intempérante longueur de ses motifs.

forment le substrat du droit du travail et [sont] l'assise de tout le construit juridique du rapport employeur-employé», voir le substantiel article de M.-F. Bich, «Contrat de travail et Code civil du Québec — Rétrospective, perspectives et expectatives» dans *Développements récents en droit du travail* (1996), Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1996, 189 aux pp. 192-93.

¹³ Voir par ex. *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc. c. Syndicat des travailleurs et des travailleuses des Épiciers Unis Métro-Richelieu*, [1996] R.J.Q. 1509 (C.A.), en ligne : QL (AQ) ; *Lecavalier c. Montréal (Ville)*, [1997] A.Q. n° 474 (T.T.), en ligne : QL (AQ) ; *Zellers Inc. c. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Zellers Inc.*, [1997] A.Q. n° 2411 (C.S.), en ligne : QL (AQ) ; *Propriétés Trizec c. Syndicat des travailleurs-euses de l'entretien de la place Ville-Marie*, [1997] A.Q. n° 4004 (C.S.), en ligne : QL (AQ).

¹⁴ Pour reprendre l'expression, transposable, utilisée à propos du droit commercial dans B. Saintourens, «L'intention du législateur, aspects de droit commercial français» dans *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Bruxelles, Story-Scientia, 195 à la p. 204.

¹⁵ *Supra* note 58. Voir aussi, sur une tout autre question, à la charnière du droit municipal et du droit du travail, *Assoc. des employés cadres de la ville de Salaberry-de-Valleyfield c. Salaberry-de-Valleyfield*, [1998] A.Q. n° 2144 (C.S.), en ligne : QL (AQ).

¹⁶ L.R.Q. c. C-19.

¹⁷ Y compris le recours aux débats parlementaires et à ces travaux «postparatoires» ou «exécutoirs» que sont les *Commentaires du ministre de la justice*, *supra* note 67.

Conclusion

Cinq ans à peine dans la vie d'une nouvelle codification, cinq ans à peine dans la vie d'une Disposition préliminaire qui entend lui donner force et consistance, ce sont les balbutiements de l'enfance et il est certes trop tôt pour dresser un bilan vraiment et pleinement significatif. Mais, si la doctrine et la jurisprudence révèlent quelques noyaux d'hésitation, et peut-être de résistance, on y voit bien aussi et surtout en quoi la Disposition préliminaire, disposition hautement symbolique — signe de reconnaissance et bannière ordonnatrice — pourrait être porteuse, *si on le veut bien*, d'une réorganisation, intellectuelle et pratique, de tout le système juridique québécois.

Sur cette réorganisation, le conférencier a ses opinions, comme il l'a laissé assez voir. Mais il ne saurait lui venir à l'esprit l'idée indécente qu'elles pourraient tenir lieu de ce qui ne peut être que le résultat d'une œuvre collective, affinée au contact des réalités pratiques. Et s'il est permis, pour terminer, de plagier Jean Carbonnier¹¹⁸, si cette conférence a paru refléter un parti pris, que l'on veuille bien sous-entendre, au delà de ce parti pris, une sympathie très profonde pour toutes les opinions qui divisent la doctrine et la jurisprudence, pour tous les sentiments qui font le Québec juridique d'aujourd'hui.

¹¹⁸ *Droit civil*, t. 1, 6^e éd., Paris, P.U.F., 1965 à la p. VI.

