

Les Cahiers de droit



La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, le droit commun et les principes généraux du droit

H. Patrick Glenn

Volume 46, Number 1-2, 2005

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043842ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043842ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

The Preliminary Provision of the *Civil Code of Québec* refers to the concept of *jus commune*. Yet to just which *jus commune* is it referring? The author reviews the historic multiplicity of *jura communia* in Europe, including the *jus commune*, the common law and the general law of France. The latter has become transnational in character with the French Civil Code as an important contemporary element, but also including the general principles of law. As such, the Civil code should thus take its place within the framework of a much broader transnational legal tradition.

Cite this article

Glenn, H. P. (2005). La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, le droit commun et les principes généraux du droit. *Les Cahiers de droit*, 46(1-2), 339–352. <https://doi.org/10.7202/043842ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 2005

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, le droit commun et les principes généraux du droit

H. Patrick GLENN*

La Disposition préliminaire du Code civil du Québec fait appel à la notion de droit commun. Cependant, de quel droit commun s'agit-il? L'auteur constate la multiplicité historique des droits communs de l'Europe, y compris le ius commune, la common law et le droit commun français. Ce dernier serait devenu transnational en caractère, ayant le Code civil français comme élément contemporain important, mais comprenant aussi les principes généraux du droit. Le Code civil se situerait donc à l'intérieur d'une grande tradition juridique transnationale.

The Preliminary Provision of the Civil Code of Québec refers to the concept of jus commune. Yet to just which jus commune is it referring? The author reviews the historic multiplicity of jura communia in Europe, including the jus commune, the common law and the general law of France. The latter has become transnational in character with the French Civil Code as an important contemporary element, but also including the general principles of law. As such, the Civil code should thus take its place within the framework of a much broader transnational legal tradition.

* Titulaire de la Chaire Peter M. Laing, Faculté de droit et Institut de droit comparé, Université McGill.

	<i>Pages</i>
1 La multiplicité des droits communs	341
2 Le droit commun de la francophonie	344
3 Le droit commun au Québec	347
Conclusion	352

La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* dispose :

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.

Le lecteur remarquera, à la lecture du texte, que le Code civil n'est pas en conflit avec la Charte et les principes généraux du droit, mais qu'il régit les rapports indiqués en harmonie avec eux, que les principes généraux du droit ont un statut, par rapport au Code, égal à celui de la Charte, et que le Code établit, même de façon implicite, le droit commun.

Dans son article paru en 1924 sur la notion du « droit commun », le juge Adjuditor Rivard de la Cour d'appel racontait l'histoire d'une plaidoirie dans laquelle l'avocat, après avoir discuté les textes soulevés par son adversaire, invoquait avec éloquence le droit commun, qui seul devait s'appliquer au litige et assurer le gain de sa cause. Le juge l'interrompt : « Le droit commun, soit ! Je vous entends. Mais quel droit commun¹ ? » Et le juge Rivard de répondre : « On ne sait pas toujours très bien... il est souvent difficile de découvrir à quoi se rapporte cette expression ambiguë² ». L'ambiguïté de 1924 ne serait toujours pas dispersée, d'ailleurs, de nos jours, et

1. A. RIVARD, « La notion du « droit commun » », (1924-25) 3 *R. du D.* 257 ; pour des réponses possibles à la question, au Québec, voir J.E.C. BRIERLEY, « Quebec's « Common Laws » (*Droits communs*): How Many are There? », dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p.109.

2. A. RIVARD, *loc. cit.*, note 1, p. 258.

serait rendue même plus délicate par la version anglaise de la Disposition préliminaire, selon laquelle le Code civil établit non pas, et pour des raisons évidentes au Québec, la « common law » mais le « ius commune ». Ainsi, dans la langue anglaise, le ius commune, souvent vu comme un ennemi farouche par les juristes de common law (*common lawyers*), remplace tout simplement la common law³ !

Nous sommes en présence donc, explicitement ou implicitement, de trois expressions linguistiques — le droit commun, le ius commune, la common law — mais aussi de trois expériences historiques différentes, et la Disposition préliminaire réussit remarquablement bien à établir une harmonie, apparente et réelle, entre les trois. Le Code civil cependant, il le dit lui-même, ne peut tout régler. Il y a la Charte, les principes généraux du droit, les lois particulières et les droits communs, les iura communia, les common laws, qui circulent toujours, à l'extérieur et à l'intérieur du Code civil de même qu'à l'extérieur et à l'intérieur du Québec. Comment donc répondre à la question du juge d'Adjutor Rivard, à savoir « quel droit commun » ? En examinant successivement, croyons-nous, le phénomène de la multiplicité des droits communs, le phénomène particulier du droit commun d'origine française (que nous appellerons le « droit commun de la francophonie ») et, finalement, le droit commun au Québec et sa relation avec les principes généraux du droit et les lois particulières. Voyons d'abord le paradoxe de la multiplicité des droits communs.

1 La multiplicité des droits communs

Le paradoxe des droits communs, c'est qu'il y en a eu, et il en existe toujours, plusieurs dans le monde, mais qu'il en est toujours question au singulier. Ainsi, on parle du ius commune, du droit commun, de la common law, du Gemeine Recht, du diritto commune, du derecho común mais jamais, ou presque, *des* droits communs et de leurs caractéristiques communes. Chaque droit commun représenterait ainsi une expérience unique et isolée, tendant vers l'universel sans jamais l'atteindre. C'est peut-être la généralité nécessaire d'un droit commun qui a empêché sa compréhension sous des formes multiples, car, s'il y a de nombreuses formes du particulier, ce qui est général doit nécessairement les dépasser pour

3. Pour M. Bisson, l'origine de ce texte reste un mystère, car le texte anglais adopté par l'Assemblée nationale aurait fait référence au « droit commun », en français et entre guillemets dans le texte anglais. La substitution de l'expression « ius commune » aurait eu lieu, mystérieusement, entre l'adoption du texte et sa publication officielle : A.-F. BISSON, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* », (1999) 44 *R. D. McGill* 539.

assumer une forme unique. C'était la compréhension romaine, pour qui le droit commun représentait soit le droit naturel⁴, de peu d'importance dans la pensée juridique romaine, soit le droit qui s'applique en l'absence d'exceptions, d'exceptions que ce même droit formule. C'était le décret général, d'application uniforme en l'absence de dispositions expresses contraires, tirées de la même source du droit. Le droit des testaments représentait ainsi le droit commun, car il y avait des exceptions particulières pour les testaments des soldats⁵. Des auteurs ont pu en conclure que la notion de droit commun présentait peu d'intérêt pour les juristes romains⁶. C'était simplement le droit, le *ius civile*, qui lui-même dictait les circonstances de son application et de ses exceptions.

Dans des circonstances radicalement différentes de celles de la renaissance du droit romain, à partir des XII^e et XIII^e siècles, la notion de droit commun va devenir centrale pour la pensée juridique occidentale. L'expression fait surface en Italie, chez les Lombards, à la fin du XII^e siècle («*commune lege vivant*»)⁷ et presque en même temps en Angleterre dans le manuel de Richard FitzNigel sur l'Échiquier, où l'auteur distinguait le droit de la forêt, dépendant de la volonté royale, du droit commun du royaume⁸. En France, l'expression est employée au moins dès le milieu du XIII^e siècle⁹. Au début, il est possible que le sens voulu soit celui du droit romain, du décret général, mais très vite en France, et ailleurs, la notion d'un droit «qui est commun à tous», dans le langage de Beaumanoir, acquiert le sens primordial qui durera pendant des siècles, c'est-à-dire d'un droit qui est commun non plus à cause de sa généralité, mais parce qu'il est commun *par rapport* à d'autres droits, tirés d'autres sources, qui ne sont pas communs mais particuliers¹⁰. Le droit qui est commun doit être iden-

4. Inst. I.II.1.

5. D. XXVIII.1, pour le testament du soldat.

6. F. CALASSO, *Introduzione al diritto commune*, Milan, Giuffrè, 1970, p. 48; P. PETOT, «Le droit commun en France selon les coutumiers», (1960) 38 *Rev. hist. dr. fr. et étr.* 413, 427.

7. F. CALASSO, *op. cit.*, note 6, p. 104.

8. R. FITZNIGEL, *Dialogus de Scaccario/The Course of the Exchequer*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 60.

9. P. PETOT, *loc. cit.*, note 6, p. 422-423, citant des décisions judiciaires.

10. Pour Beaumanoir, voir P. PETOT, *loc. cit.*, note 6, p. 414, 417; Ph. DE BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, Paris, Alphonse Picard, 1899, 2 vol.: *The Coutumes de Beauvaisis of Philippe de Beaumanoir*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, notamment aux pages xxiii, xxix et xxxii, sur l'expression «droit commun» chez Beaumanoir.

tifié, par le mot « commun », pour le démarquer des autres droits, différents, qui s'appliquent sur le même territoire. Ainsi est né le partenariat fructueux entre le droit qui est commun, ou plutôt les droits qui sont communs, et leurs *iura propria* particuliers, les droits locaux ou régionaux, écrits ou non écrits, urbains ou ruraux, qui s'appliqueraient en principe en premier, le rôle du droit commun étant en principe supplétif et non obligatoire. Le sens médiéval est donc très différent de celui du droit romain. Il n'y a plus de *ius unum*, mais une multiplicité de droits, de sources différentes, et le droit commun n'est plus *le* droit, mais est devenu simplement la dernière et l'ultime des ressources juridiques, à laquelle les juristes font appel surtout quand les sources locales font défaut.

Aujourd'hui, en Europe, il est question d'un renouveau du *ius commune*. Ce dernier aurait été commun à toute l'Europe et aurait informé et suppléé tous les autres droits européens, y compris le droit français et la *common law*. L'hypothèse est très discutable, car le *ius commune*, d'origine surtout italienne et allemande, aurait eu une influence très variable à travers l'Europe. Son influence était variable non pas à cause de l'existence de *iura propria* particulièrement coriace, mais à cause de l'existence de multiples droits communs, chacun d'un statut plus ou moins égal à celui du *ius commune*, et chacun ayant une gamme de *iura propria* dans la zone de son influence. La *common law* était ainsi un droit supplétif, composée de la jurisprudence des juges de la Couronne, qui cédait devant les coutumes locales ou régionales. Elle était appelée la « *common law* » parce qu'il a fallu l'identifier, par rapport aux autres droits présents en Angleterre, qui n'étaient pas communs mais particuliers. L'exemple de la France est même plus pertinent pour la situation actuelle au Québec. Il y avait un droit commun français, connu par ce nom et aussi sous le nom de « droit commun coutumier », ce qui a permis à Charles Du Moulin d'affirmer que les coutumes en France ne constituaient pas des *iura propria*, par rapport au *ius commune*, mais « notre seul droit commun¹¹ ». Avec la rédaction des coutumes, l'élaboration doctrinale de ce droit commun s'est intensifiée et s'est caractérisée surtout par l'élaboration de principes généraux du droit, souvent articulés sous forme de maximes, exprimant les « commonalités » rencontrées à travers les coutumes particulières, les *iura propria* de ce droit commun français. C'était le cas partout dans la France du droit commun

11. DU MOULIN, *Commentaire de la coutume de Paris, Epitome tituli I de feudis*, § 107 et 108, éd. 1681, t. I, p. 22-23, cité dans P. PETOT, *loc. cit.*, note 6, p. 413 ; et pour Coquille dans le même sens, voir : J. BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit français*, Paris, A. Fontemoing, 1898, p. 156 ; V. GUIZZI, « Il diritto comune in Francia nel XVII Secolo », (1969) 37 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1, 5.

coutumier que « la mort saisit le vif » et, cette « commonalité » une fois établie, elle pouvait être l'objet à la fois d'élaboration doctrinale et d'application jurisprudentielle plus répandue. À l'intérieur de ce droit commun français, la Coutume de Paris occupait une place importante. Vue comme une synthèse d'autres coutumes et rédigée deux fois au XVI^e siècle, elle ne remplaçait pas les autres coutumes, mais servait de guide et de supplément dans leur interprétation. Les historiens concluent qu'elle occupait la même place, en France, que les textes de Justinien ailleurs¹². Ainsi, en 1747, Bourjon a pu publier son traité en deux volumes : *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*¹³, et il s'agissait d'un droit commun exactement dans le même sens que le *ius commune* ou la *common law* constituaient des droits communs, c'est-à-dire communs par rapport aux droits particuliers, prioritaires, dans leur zone d'influence.

Avec la promulgation du Code civil français en 1804, on est venu à la conclusion que le droit commun français était mort, de la même manière qu'il a été décidé que le *ius commune* a succombé de manière générale au phénomène paneuropéen de la codification au XIX^e siècle.

La perspective est très eurocentrique. En réalité, les droits communs sont hors de l'atteinte de tout législateur national, car leur application n'est pas limitée à un seul territoire donné. Ils suppléent aux droits territoriaux là où le besoin s'exprime. Il y a donc aujourd'hui un droit commun de la francophonie, dont nous allons maintenant examiner les caractéristiques.

2 Le droit commun de la francophonie

Le droit reçu dans les colonies françaises d'autrefois dépendait de l'époque de la colonisation. Avant le Code civil français, c'était le droit commun français qui avait été reçu, et la Coutume de Paris constituait l'élément principal de ce droit. Tel était le cas pour la Nouvelle-France, à partir de 1663¹⁴, mais aussi, par exemple, pour la région de Pondichéry en

12. E. CHENON, *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, t. 2, Paris, Sirey, 1929, p. 317, 318 ; sur la coutume, voir : O. MARTIN, *Histoire de la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, Paris, Éditions Ernest Leroux, 1922.

13. F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, Paris, chez Grangé, Rouy, 1747, 2 vol.

14. Voir l'*Édit de création du conseil souverain de Québec*, 1663, dans *Édits, Ordonnances royales, Déclarations et Arrêts du Conseil d'État du roi concernant le Canada* (1854), t. I, p. 37 ; voir L. ANTIER, *La survivance de la Seconde Coutume de Paris, Le droit civil du Bas-Canada*, Rouen, Imprimerie des Petites Affiches, 1923, p. 15 (Coutume considérée comme « droit commun » de la colonie).

Inde¹⁵. Au Québec, la Coutume, et ainsi le droit commun d'origine française, reste aujourd'hui une source supplétive du droit¹⁶. Le droit français reçu constituait évidemment un droit commun dans le sens médiéval et non romain. Il acceptait la primauté du droit local, écrit ou non écrit, et fonctionnait comme droit supplétif, toujours sujet à l'acceptation et à la modification par la population sur place. En Nouvelle-France la Coutume de Paris a été modifiée, localement, de manière importante¹⁷. C'était aussi le cas pour le Code Louis de procédure civile¹⁸ et pour le droit du mariage¹⁹. Le droit de la population autochtone subsistait en grande partie. Après 1804, c'était de temps à l'autre le Code civil qui était introduit dans les colonies, mais il est vite devenu évident que ce qui fonctionnait comme décret général en France, dans le sens romain, ne pouvait fonctionner que comme droit commun, relationnel et supplétif, outre-mer. Ainsi au XIX^e siècle, la loi française a été introduite en bloc au Sénégal et dans l'île de Rapa (Polynésie française). Dans les deux cas, l'effort a été abandonné²⁰. Même une politique dite de gouvernement « direct » ne pouvait éliminer les *iura propria* des colonies.

Avec la codification de 1804, cependant, on a cessé de parler du droit commun d'origine française. C'est comme si le modèle territorial français, en France, s'imposait ailleurs et même pour les relations juridiques entre les

-
15. Pour la Coutume à Pondichéry, voir: J.-C. BONNAN, «Inde (Culture juridique)», dans D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2003, p. 815, 817; D. ANNOUSSAMY, *The French Legal System and its Indian Connections*, Bangalore, National Law School of India University, 1995, p. 107, 129, 146.
 16. 2747-3174 *Québec inc. c. Procureur général du Québec*, [1996] 3 R.C.S. 919, 973-974 (j. L'Heureux-Dubé) (ancien droit «dans son rôle supplétif»).
 17. A. MOREL, *Histoire du droit*, Montréal, Librairie de l'Université de Montréal, 1974, p. 46.
 18. J.-G. CASTEL, *The Civil Law System of the Province of Quebec*, Toronto, Butterworths, 1962, p.15.
 19. J. BOUCHER, «L'acculturation juridique dans l'histoire du droit de la famille au Québec», (1967) 21 *Rev. jur. et polit., indép. et coop.* 174, 178-181.
 20. Pour Rapa, voir A.P. OTTINO, «Juridiction française et droit coutumier à Rapa les enjeux d'une traduction», [2002] *Droit et cultures* 153, notamment à la page 170; et pour le Sénégal, voir: S. SIDIBÉ, *Le pluralisme juridique en Afrique (L'exemple du droit successoral sénégalais)*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 21-31, pour la réadmission du droit local; B. SCHNAPPER, «Les tribunaux musulmans et la politique coloniale au Sénégal (1830-1914)», (1961) *Rev. hist. dr. fr. et étr.* 90, notamment aux pages 103 et 124 (boycottage des tribunaux français par la population musulmane; réinstauration des tribunaux islamiques); et généralement E. LE ROY, «Le Code civil au Sénégal ou le vertige d'Icare», dans M. DOUCET et J. VANDERLINDEN, *La réception des systèmes juridiques: implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994, notamment à la page 300 («un transfert plus apparent que réel »).

pays francophones. Ce n'était évidemment pas le cas, car le droit commun français, qui éventuellement *incluait* le Code civil français, a continué à fonctionner comme auparavant, outre-mer. Le Code civil français a même donné un nouvel élan à ce droit commun de la francophonie et Imre Zatzjy a observé que le droit français et le Code civil français jouaient le rôle d'un «droit commun» des pays latins à travers le XIX^e siècle, quand la théorie juridique était même à son plus haut degré de nationalisme²¹. Au Québec on a parlé du Code civil français comme d'un «Eldorado», tellement il a été cité devant les tribunaux québécois²². Ainsi, les codes nationaux et territoriaux existaient, mais il y avait aussi des relations entre les codes et des similitudes dans leur interprétation, de sorte qu'un droit commun de la francophonie, normatif bien que non obligatoire et supplétif, a prévalu. Le langage du droit comparé du XIX^e et du XX^e siècle a échoué entièrement à capter la dynamique de ce droit commun de la francophonie en parlant de «systèmes» et de «familles» de droit et en concentrant sur une taxonomie statique des droits nationaux. Il faut penser simplement à l'effet normatif, dans le monde francophone et au-delà, de l'arrêt de la Cour de cassation française dans l'affaire *Jandheur*, sur la responsabilité pour la garde des choses, pour apprécier le caractère transnational de ce droit commun de la francophonie²³. À la vérité, le droit commun d'origine française exerce une influence au-delà de la francophonie, car de nombreux pays de l'Europe, de l'Amérique latine, du Moyen-Orient et de l'Asie ont participé, et le font toujours, à l'élaboration de ce droit commun largement d'expression française²⁴.

C'étaient la mobilité et la loyauté des populations européennes qui ont donné lieu à la notion de droit commun, en Europe et au-delà. Ainsi, le droit d'un territoire métropolitain a été transporté ailleurs avec des colons, mais ce droit a dû subir un processus de médiation, dans le territoire de son

21. I. ZATJAY, «La permanence des concepts du droit romain dans les systèmes juridiques continentaux», (1966) *Rev. int. dr. comp.* 353, 359, citée dans J. CAIRNS, «Comparative Law, Unification and Scholarly Creation of a New *Ius Commune*», (1981) 32 *N. Ir. Legal Q.* 272, 282.

22. M. BIBAUD, «Observations sur le projet de code canadien», dans *Commentaires sur les lois du Bas-Canada*, Montréal, Cérat et Bourguignon, 1859, p. 376, cité dans J.-M. BRISSON, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Thémis, 1986, p. 143.

23. Ch. réunies, 13 février 1930, arrêt *Jandheur*, *D.* 30,1,57, S.30.1.121.

24. Pour l'influence du Code en général, voir : TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La circulation du modèle juridique français*, t. XLIV, Paris, Litec, 1994; *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz/Litec, 2004; F. WIEACKER, *A History of Private Law in Europe*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 275; et pour le Moyen-Orient, voir K. BÄLZ, «Europäisches Privatrecht jenseits von Europa? Zum fünfzigjährigen Jubiläum des ägyptischen Zivilgesetzbuches (1948)», (2000) *ZEUP* 51.

arrivée, avec le droit, écrit ou non écrit, déjà sur place. Il n'y avait pas de pouvoir politique capable de dire le droit, de manière uniforme et obligatoire, pour un tel territoire. Dans le processus de colonisation on constate donc le même processus d'harmonisation continue de droits multiples qui a pu être observé dans le fonctionnement des droits communs en Europe. La répétition du processus, d'ailleurs, crée une communauté — de droit commun — qui possède sa propre dynamique. Chaque droit commun existe au-delà du droit des juridictions à l'intérieur de sa zone d'influence. Il ne peut pas être éliminé, et si des mesures peuvent être prises pour essayer de bloquer son influence (des règles de non-citation, comme au XIX^e siècle dans plusieurs pays européens)²⁵, aucune autorité nationale ne peut empêcher que son propre droit contribue au développement du droit commun, tel qu'il est perçu par d'autres membres de la communauté de droit commun. Même un pays à l'origine d'un droit commun, telle la France, ne peut pas empêcher le développement continu de ce droit commun, au-delà de ses frontières. L'effet maximal du nationalisme juridique, dans un tel cas, n'est pas d'isoler le pays nationaliste, mais de le constituer comme *ius proprium*, comme droit particulier, à l'intérieur d'un droit commun maintenant d'ordre transnational.

Nos propos devront être concrétisés, cependant, en fonction des circonstances particulières du Québec et par rapport à la Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*.

3 Le droit commun au Québec

Le *Code civil du Québec* est ainsi entouré et informé par le droit commun de la francophonie. Si le législateur québécois avait déclaré le Code civil d'ordre public dans sa totalité et avait interdit la citation de toute autre source de droit, la situation n'aurait pas été différente, car le Code civil resterait un *ius proprium* à l'intérieur de ce droit commun. Le Code continuerait, d'ailleurs, de contribuer à ce droit commun par son influence à l'étranger, comme les textes du présent numéro des Cahiers le démontrent²⁶. L'expérience européenne montre, d'ailleurs, que les droits

25. Pour des exemples, voir : B. GROSSFELD, *The Strength and Weakness of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 4 ; E. BUCHER, « Rechtsüberlieferung und heutiges Recht », (2000) *ZEuP* 394, 428 ; R. GIBERT, *Historia general del derecho español*, Granada, Imp. F. Roman, 1968, p. 62 ; J.-L. HALPÉRIN, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », (2000) *Rev. int. dr. comp.*, 717, 727.

26. Voir dans le présent numéro les textes sur l'influence d'un code à l'étranger, notamment ceux de Mme Esther Arroyo I. Amayuelas et de M. César Rivera sur l'influence du *Code civil du Québec* en Catalogne et en Argentine.

communs prévalent éventuellement sur les mesures isolationnistes²⁷. Quel est le sens, cependant, de la Disposition préliminaire du Code civil quand elle déclare que ce dernier *établit* le droit commun ? S'agirait-il d'un renouveau de la notion romaine de droit commun, dans le sens du décret général qui n'admettrait que ses propres exceptions ? Y aurait-il un droit commun du Québec dans le sens d'un droit commun positif, général et obligatoire, de contenu fixe ? C'est le Code civil lui-même qui répond à cette question, et la réponse est confirmée par d'autres sources du droit.

D'abord, il faut rappeler que la Disposition préliminaire énonce que le Code civil établit le droit commun en termes exprès ou *de façon implicite*. Comment peut-il établir le droit commun de façon implicite, c'est-à-dire non explicitée en règles formelles ? La seule façon de le faire est de prendre le Code civil comme indication des démarches à suivre, et la plus grande signification du *Code civil au Québec* est d'indiquer l'appartenance de ce dernier à la grande tradition civiliste et particulièrement au droit commun de la francophonie. Le droit commun au Québec est donc ouvert sur l'extérieur, et cette ouverture fait partie même de la définition du droit commun au Québec. En Allemagne, au XIX^e siècle, on a reconnu l'existence de multiples droit communs, le droit commun d'origine allemande se situant à l'intérieur d'un droit commun d'origine romaine, les deux cédant aux lois locales et particulières, et cette notion de droits communs multiples est peut-être utile pour conceptualiser la relation des droits contemporains. Soulignons, cependant, les relations étroites, sur le fond, entre le droit commun au Québec et le droit commun de la francophonie.

L'autre indication de l'ouverture du droit commun au Québec se trouve dans la déclaration de la Disposition préliminaire selon laquelle le Code civil remplit ses fonctions en harmonie, notamment, avec les principes généraux du droit. D'où vient cette dernière notion ? Son origine se trouverait dans le travail de synthèse effectué par des juristes médiévaux, en Allemagne et en France, pour réconcilier les coutumes différentes de leurs pays²⁸. Autrement dit, le principe général de droit, dans la France médiévale, était l'élément essentiel dans la construction du droit commun français, au-delà des *iura propria* des régions. « La mort saisit le vif » était un élément du droit commun, mais aussi un principe général du droit. Parler des principes généraux, c'est donc parler d'un droit commun supplétif, tiré de sources

27. Voir R. ZIMMERMANN, « *Statuta sunt stricte interpretanda* ? Statutes and the Common Law: A Continental Perspective », (1997) 56 *C.L.J.* 315, 326 (interdictions prussiennes de citer des sources étrangères « doomed to failure », comme c'était le cas pour « all attempts to enact statutes prohibiting to comment upon, interpret and develop the law »).

28. R. SCHULZE, « Le droit privé commun européen », (1995) *Rev. int. dr. comp.* 7, 18.

multiples, qui supplée en cas de besoin les droits locaux ou régionaux. La notion de principes généraux de droit a été reprise dans beaucoup de codifications européennes pour garder ouverte la possibilité de faire appel aux droits communs²⁹. Le Code civil français ne comprenait pas un tel texte, de sorte que la notion a dû être introduite jurisprudentiellement par la Cour de cassation, à partir de 1964³⁰. Aujourd'hui, cette Cour fait appel de manière croissante aux principes généraux, et leur pouvoir normatif est de plus en plus évident³¹. Comme c'était le cas auparavant entre les coutumes, des principes généraux sont vus de nos jours comme des « traits de liaison entre les droits nationaux³² ». Au Québec, les principes généraux du droit, et le droit commun qu'ils représentent, offrent aussi l'avantage de ne pas être du droit écrit. Ainsi, ils ne constitueraient pas de l'action gouvernementale susceptible de révision judiciaire pour assurer la compatibilité avec la *Charte canadienne des droits et libertés*³³.

Si le Code civil est ouvert aux sources du droit commun de la francophonie, en cas de besoin, il l'est aussi à d'autres sources de droit, d'origine locale. Le Code civil établit le droit commun au Québec, souvent en termes explicites, mais il est également un droit supplétif, comme c'est le cas avec le droit privé en général³⁴. À l'instar de tout droit commun supplétif, il cède ainsi aux sources plus spécifiques, plus impératives, ce qui est aussi prévu par la Disposition générale. Le Code en soi n'est donc pas un obstacle à la décodification, ce qui est déjà la leçon de maintes juridictions étrangères³⁵. La place d'un code civil dans une société donnée dépendra des valeurs de cette dernière et le Code peut servir de véritable constitution civile, comme c'était le cas en France au XIX^e siècle, ou de modèle fantôme dont l'importance est minimale ou même inexistante à cause d'autres textes plus dominants : pensons, par exemple, à l'Union soviétique. Notons que

29. Id., 19; G. Ermini, *Corso di diritto comune*, Milan, Giuffrè, 1989, p. 119; S. SCHIPANI, « *Principia juris, principium potissima pars*. Principios generales del derecho. (Apuntes para una investigación) », (1997) 3 *Roma e America. Diritto Romano Comune* 3, 17.

30. P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 65, 66, avec de nombreux exemples des principes généraux aux pages 70-81.

31. J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002.I.228.

32. R. SCHULZE, *loc. cit.*, note 28, 21; pour l'emploi du droit comparé comme élément dans l'articulation des principes généraux, voir P. MORVAN, *op. cit.*, note 30, p. 18, 19.

33. Dans ce sens, F. ALLARD, « L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit civil : une relecture de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois », (2003) *R. du B. numéro spécial* 1, 41-45.

34. Pour son caractère supplétif, voir A.-F. BISSEAU, *loc. cit.*, note 3, 558.

35. Pour la décodification et les mesures correctives qu'elle inspire, voir H.P. GLENN, « The Grounding of Codification », (1998) 31 *U. Cal. Davis L. Rev.* 765.

les opinions sont divisées sur cette question. En France, certains craignent que le Code civil ne devienne un simple « droit commun à titre résiduel³⁶ », tandis que d'autres insistent sur l'égalité de toute forme de législation et l'impossibilité de désigner un texte particulier, tel le Code civil, comme représentant le droit commun³⁷. Dans la mesure où un équilibre s'établit dans le débat, une certaine dynamique et une certaine collaboration entre les lois plus particulières et le Code civil³⁸ peuvent s'installer. À remarquer que l'harmonie n'est pas limitée exclusivement aux relations entre le Code civil, la Charte et les principes généraux du droit, mais elle peut exister aussi entre celui-ci et les lois dites spéciales.

Comme droit commun supplétif, le Code civil peut céder également aux sources de droit qui ne proviennent pas de la même source législative. Les droits privés européens ont généralement cédé devant les droits autochtones qu'ils ont rencontrés au cours de leur déplacement, et les tribunaux au Québec ont reconnu la priorité du droit autochtone dans certains domaines du droit, notamment en matière de conditions et de formalités d'adoption³⁹. Selon la Disposition préliminaire, le Code civil établit le droit commun « en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions » et son domaine d'application est nécessairement ainsi l'objet d'interprétation dans une société pluraliste. C'est le même processus d'interprétation qui caractérise les relations du Code civil avec d'autres droits communs, plus ou moins présents au Québec. Il y a une jurisprudence québécoise importante sur la question du droit applicable à la responsabilité civile des municipalités, puisque le droit public est en principe régi par la common law. S'agit-il d'un conflit de lois ou plutôt de l'harmonie inhérente entre deux droits communs de caractère essentiellement facultatif et supplétif ? Dans un cas précis, les deux droits sont interprétés et l'application de l'un ou de l'autre ne trouble pas la légitimité continue des deux, en général. Ainsi, il y aura des moments d'influence plus ou moins forte de l'un ou de l'autre des droits, sans que l'équilibre soit rompu. Le *Code civil du Québec* a vu son domaine d'application s'agrandir considérablement avec la promulgation de l'article 1376

36. Ph. RÉMY, « La recodification civile », (1997) 26 *Droits* 3, 10.

37. R. DAVID, « Droit commun et common law », dans *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, t. I, Milan, Giuffrè, 1969, p. 358.

38. Sur ces relations réciproques, voir : A.-F. BISSON, *loc. cit.*, note 3, 563 ; J.-M. BRISSON, « Le Code civil, droit commun ? », dans *Le Nouveau Code civil, interprétation et application* (Les Journées Maximilien-Caron 1992), Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 293, à la page 310 ; et pour le phénomène en France, voir R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961.I.91, à la page 96.

39. *Deer c. Okpik*, (1980) 4 C.N.L.R. 93 (C.S.) ; et pour le mariage autochtone, voir *Connolly c. Woolrich*, (1867) 17 R.J.R.Q. 75 (C.S.).

C.c.Q., selon lequel c'est le Code qui s'applique à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public. L'article 1376 est du droit public, et ce dernier, au Québec, incorpore maintenant le Code civil pour la responsabilité étatique, se distinguant sur cette question du droit français qui a choisi de limiter le rôle du Code civil en autorisant l'articulation d'un droit public autonome pour régir la responsabilité étatique⁴⁰. Cette disposition particulière du droit public québécois se situe toutefois dans l'ensemble du droit public québécois, inspiré par la common law, de sorte que la responsabilité civile des administrateurs municipaux dépend toujours d'une interprétation détaillée, dans un cas précis, des deux droits communs⁴¹. N'est pas imposé, pour des cas particuliers, un droit de caractère essentiellement supplétif. On peut tout de même déclarer, de manière claire, sa pertinence.

Le même processus d'interprétation détaillée des droits est évident dans les relations entre le Code civil et le droit de tradition talmudique ou juive. Dans l'affaire *Amselem c. Syndicat Northwest*, il s'agissait de la légalité de la construction d'une «succah» juive sur le balcon d'un immeuble divisé en copropriété, et le demandeur alléguait que la construction violait la déclaration de copropriété qui gouvernait l'immeuble⁴². Il a fallu ainsi décider s'il existait une obligation de construire la «succah» en droit religieux, si la signature de la copropriété constituait une renonciation aux normes religieuses et si la construction violait les droits de propriété des autres copropriétaires. La pertinence des deux droits a été acceptée par tous les juges, à tous les niveaux. La décision éventuelle de la Cour suprême, en faveur de la construction de la «succah», ne touche en rien au rôle du droit civil et du droit religieux à l'avenir.

Le Code civil étant de caractère généralement facultatif et supplétif, il peut donc céder, dans des cas particuliers, aux autres droits. Bien sûr, il peut exister des règles impératives ou d'ordre public à l'intérieur du Code civil. C'est la caractéristique générale des règles des *iura propria*, qui écartent les droits communs supplétifs précisément à cause de leur caractère impératif. Autrement dit, le règle impérative, applicable de manière uniforme et obligatoire sur un territoire donné grâce à la volonté d'un législateur national, ne fait pas partie de la notion de droit commun telle qu'elle a été élaborée dans les traditions juridiques européennes. Quand le Code civil établit ainsi le droit commun, il le fait de manière facultative et supplétive, de sorte qu'il peut toujours céder à la volonté des parties et à

40. *Blanco*, Trib. des confl. 8 févr. 1873, S. 1873.III.153.

41. Voir, par exemple, *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663.

42. *Amselem c. Syndicat Northcrest*, 2004 CSC 47.

d'autres droits, en cas de besoin, et il le fait de manière aussi bien implicite qu'explicite. Ainsi, il y a toujours lieu de situer le débat dans le contexte, au moins, du droit commun de la francophonie. Ce caractère relationnel du droit commun, et du Code civil, est entièrement compatible, d'ailleurs, avec la prééminence de ce dernier. Il s'agit d'une prééminence méritée et non imposée.

Conclusion

Il est de la nature d'un droit commun, dans les traditions juridiques européennes, de ne pas avoir de frontières, géographiques ou conceptuelles, précises. Les droits communs flottent, ce qui est indiqué aussi par leur caractère non obligatoire et supplétif. Ils existent donc à l'intérieur de juridictions précises, mais aussi au-delà de celles-ci. Les relations entre les droits communs, et entre les droits communs et leurs *iura propria* respectifs, ne sont donc jamais définitivement établies. Il n'y a pas d'autorité ni de pouvoir pour les fixer, de manière générale. La tâche des juristes, qui est sans fin, devient alors de concilier, par une quantité infinie de décisions, et d'interprétations nécessairement subtiles, les relations perpétuelles entre les droits.